

Universidade Federal de Minas Gerais

Paulo Morais Milan de Oliveira

**MODELOS DE COMPORTAMENTO JUDICIAL SOB A ÓTICA REALISTA:
EVOLUÇÃO, CONVERGÊNCIAS E O PROBLEMA DAS DECISÕES POLÍTICAS**

Belo Horizonte

2020

Paulo Morais Milan de Oliveira

**MODELOS DE COMPORTAMENTO JUDICIAL SOB A ÓTICA REALISTA:
EVOLUÇÃO, CONVERGÊNCIAS E O PROBLEMA DAS DECISÕES POLÍTICAS**

Versão Final

Dissertação de mestrado apresentada pelo Bacharel em Direito PAULO MORAIS MILAN DE OLIVEIRA ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, no âmbito da Área de Concentração “Direito e Justiça”, Linha de Pesquisa “História, Poder e Liberdade”, Área de Estudo “Direito, tecnociências e Interdisciplinaridade”, sob orientação do Professor Dr. Renato César Cardoso.

Belo Horizonte

2020

O48m Oliveira, Paulo Morais Milan de
Modelos de comportamento judicial sob a ótica realista:
evolução, convergências e o problema das decisões políticas / Paulo
Morais Milan de Oliveira. — 2020.

Orientador: Renato César Cardoso.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

1. Direito – Teses 2. Poder judiciário – Teses 3. Juízes – Teses
4. Processo decisório – Teses 5. Psicologia cognitiva – Teses I. Título

CDU(1976) 342.56

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Junio Martins Lourenço CRB 6/3167.



FACULDADE DE DIREITO UFMG

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JUSTIÇA
BEL. PAULO MORAIS MILAN DE OLIVEIRA

Aos quatorze dias do mês de agosto de 2020, às 14h, via plataforma virtual, reuniu-se, em sessão pública, a banca examinadora constituída de acordo com o art. 73 do Regulamento do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, e das Normas Gerais de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, integrada pelos seguintes professores: Prof. Dr. Renato César Cardoso (orientador do candidato/UFMG); Prof. Dr. Leonardo Martins Wykrota (PUC-MG) e Prof. Dr. Emilio Peluso Neder Meyer (UFMG), designados pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, para a defesa de Dissertação de Mestrado do **Bel. PAULO MORAIS MILAN DE OLIVEIRA**, matrícula nº **2018698219**, intitulada: **"MODELOS DE COMPORTAMENTO JUDICIAL SOB A ÓTICA REALISTA: EVOLUÇÃO, CONVERGÊNCIAS E O PROBLEMA DAS DECISÕES POLÍTICAS"**. Os trabalhos foram iniciados pelo orientador do candidato, Prof. Dr. Renato César Cardoso, que, após breve saudação, concedeu ao candidato o prazo máximo de 30 (trinta) minutos para fins de exposição sobre o trabalho apresentado. Em seguida, passou a palavra ao Prof. Dr. Leonardo Martins Wykrota, para o início da arguição, nos termos do Regulamento. A arguição foi iniciada, desta forma, pelo Prof. Dr. Leonardo Martins Wykrota, seguindo-se-lhe, pela ordem, os Professores Doutores: Emilio Peluso Neder Meyer e Renato César Cardoso. Cada examinador arguiu o candidato pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando ao mesmo, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Cada examinador atribuiu conceito ao candidato, em cartão individual, depositando-o em envelope próprio. Recolhidos os envelopes, procedeu-se a apuração, tendo se verificado o seguinte resultado:

Prof. Dr. Renato César Cardoso (orientador do candidato/UFMG) 90
Conceito:.....

Prof. Dr. Leonardo Martins Wykrota (PUC-MG) 90
Conceito:.....

Prof. Dr. Emilio Peluso Neder Meyer (UFMG) 90
Conceito:.....

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Av. João Pinheiro, 100 - 11º andar - Centro - Belo Horizonte - MG - Brasil - 30130-180
Fone: (31) 3409.8635 - E-mail: info.pos@direito.ufmg.br - https://pos.direito.ufmg.br

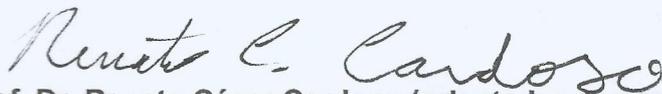


FACULDADE DE DIREITO UFMG

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

A banca examinadora considerou o candidato PAULO MORAIS MILAN DE OLIVEIRA, com nota 9,0. Nada mais havendo a tratar, o Professor Doutor Renato César Cardoso, orientador do candidato, agradecendo a presença de todos, declarou encerrada a sessão. De tudo, para constar, eu, Fernanda Bueno de Oliveira, Servidora Pública Federal lotada no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, mandei lavrar a presente ata, que vai assinada pela banca examinadora e com o visto do candidato.

BANCA EXAMINADORA:


Prof. Dr. Renato César Cardoso (orientador do candidato/UFMG)


Prof. Dr. Leonardo Martins Wykrota (PUC-MG)


Prof. Dr. Emilio Peluso Neder Meyer (UFMG)


- **CIENTE:** Paulo Morais Milan de Oliveira (Mestrando)

*Nullius addictus iurare in verba magistri, – quo me cumque rapit tempestas, deferor hospes.*¹

Horácio²

1 “Mas não rogues acaso sob que líder, sob qual lar me asseguro; não estou obrigado a jurar nas palavras de um mestre”

Tradução de PICCOLO, Alexandre Prudente. *O Homero de Horácio: Intertexto Épico no Livro I das Epístolas*. Orientador: Prof. Dr. Paulo Sérgio de Vasconcellos. Dissertação de Mestrado, Pós graduação em Linguística, UNICAMP, 2009, p.17.

2 Horácio, Epístolas, Livro 1, epístola 1, linhas 14 e 15.

RESUMO

O estudo do comportamento judicial é o estudo dos motivos pelo quais juízes tomam as decisões que tomam, de como prevê-las e de como explicá-las. Ele passou por intensa transformação do início do século XX até hoje: embora, historicamente, a perspectiva majoritária tenha sido a legalista — que defende que o comportamento de juízes é explicado pela interação mecânica entre os diferentes elementos do sistema de normas de cada ordenamento jurídico —, inovações metodológicas adotadas por cientistas políticos americanos interessados nesse fenômeno, durante o período entreguerras, mostraram que essa explicação não é muito adequada. A partir daí, abriu-se uma caixa de pandora e, ao longo do século, diversas abordagens concorrentes e, às vezes, mutuamente exclusivas surgiram para tentar substituir a visão legalista do comportamento judicial. As três maiores são a atitudinal, que argumentava que juízes se comportam de forma coerente com sua ideologia (ou, como chamavam, "atitudes") política ao longo do tempo; histórico institucional, que defendia que decisões eram melhor explicadas pela idéia de "evolução jurisprudencial" e não podiam ser compreendidas cientificamente; e a estratégica, que se dividiu em duas. A primeira versão da abordagem estratégica argumentava que juízes se comportam como atores racionais, que lançam mão de comportamento sofisticado e estratégico (em oposição ao comportamento "sincero" defendido pelo atitudinalistas), para manobrar num mar de relações de poder interconectadas, a fim de realizar seus objetivos políticos. A segunda versão abandonou a idéia de racionalidade clássica em prol de uma visão psicológica do fenômeno: juízes eram encarados como indivíduos com objetivos próprios variados, que fazem uso do mesmo comportamento estratégico para atingi-los; só que esses objetivos não são, necessariamente, racionais ou em prol do seu próprio interesse econômico. Por último, trabalho com autores contemporâneos que exploraram o comportamento de juízes sob a ótica da psicologia cognitiva, no intuito de explorarem os limites da cognição judicial. E busco estabelecer um ponto comum entre eles e os autores da visão psicológica da abordagem inicial, que convergem na concepção de que juízes fazem uso do sistema de pensamento intuitivo ao julgar. E exploro as consequências para o produto final de seu trabalho e evidências para essa idéia.

PALAVRAS CHAVE: Comportamento judicial, Tomada de decisão, Vieses, Heurísticas, modelo atitudinal, modelo estratégico.

ABSTRACT

The study of judicial behavior is the study of the motives behind the decisions of judges, and the study of how to predict and explain them. This field has mutated deeply throughout the 20th century: the historical consensus around a legalistic view of judicial behavior, which argues that judges decide based on the mechanical interaction between norms within a legal order, methodological innovations adopted by American political scientists in the interwar period showed evidence contrary to this assumption. From there onward, a veritable Pandora's box was opened and multiple concurring and often mutually exclusive approaches were proposed to further our understanding of judicial behavior. The three main ones were the attitudinal, historical-institutionalist and strategic approaches. Attitudinalists argued that judges behaved in a manner coherent with their political leanings (or "attitudes") over time whenever they dissented; historical institutionalists pleaded that the notion of "path dependence" was relevant to jurisprudence and capable of better explaining behavior, and rejected the careful scientific exploration of this phenomenon by the attitudinalists; and the strategic approach was divided in two different ones. The first one was based on the notion that judges' behavior is similar to that of a rational actor in an economic sense, and that they would strategize (and thus, not act sincerely as attitudinalists defended) so that they could realize their political objectives in a context of interconnected power struggles between various actors. The second one gave up on the idea of classical rationality and argued that judges must be viewed as individuals with their own psychological quirks, which define their objectives; in this instance, they behave strategically in order to realize such objectives, which need not necessarily be rational or in their own self interest. In the end I explore the work of more contemporary scholars who, armed with conceptions and tools from cognitive psychology, test the limits of judicial cognition. I argue that both the psychological strategic approach and the contemporary cognitive one both converge on a view of judicial behavior as composed primarily of intuitive reasoning, and explore briefly the consequences and evidences of such claim.

Keywords: Judicial Behavior, Decision making, biases, heuristics, attitudinal model, strategic model.

SUMÁRIO

RESUMOS.....	P.7
1. INTRODUÇÃO.....	P.10
2.GENÊSE DO BEHAVIORALISMO: O CONFLITO ENTRE REALISMO E LEGALISMO.....	P. 13
3.HERMAN PRITCHETT E O MOVIMENTO BEHAVIORALISTA: PRELÚDIO AO ATITUDINALISMO.....	P.20
4.SCHUBERT, SPAETH E A CONSOLIDAÇÃO DO MODELO ATITUDINAL.....	P.26
5.A GENESE DO NEOINSTITUCIONALISMO E SUAS CONSEQUÊNCIAS.....	P.36
6.A PESQUISA HISTÓRICO INSTITUCIONAL.....	P.39
7.O MODELO ESTRATÉGICO E A VISÃO DO JUIZ COMO ATOR RACIONAL..	P.47
8.A PSICOLOGIZAÇÃO DO MODELO ESTRATÉGICO.....	P.60
9.A LITERATURA CONTEMPORÂNEA: UMA INTRODUÇÃO.....	P. 70
10.A LITERATURA CONTEMPORÂNEA: EXPLORANDO VIESES E HEURÍSTICAS NO TRABALHO DO JUIZ.....	P.81
11.O MODELO DO JUIZ COMO TRABALHADOR.....	P. 95
12.OBSERVAÇÕES FINAIS.....	P. 116
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	P.119

1. INTRODUÇÃO

Busco, com esse trabalho, acrescentar ao campo de estudos ainda incipiente no Brasil do comportamento judicial. O objeto de estudos desse campo é o comportamento institucional de juízes e os motivos que os levam a tomar uma decisão no lugar de outra. Originalmente, um subcampo da academia de Ciência Política nos EUA, que, então, era chamado apenas de “Direito Público”³, era a parte da Ciência Política responsável por estudar o papel político do judiciário de um país. O nome desse campo também refletia a concepção legalista, que foi, inicialmente, adotada entre os autores que se dedicaram a estudar o papel dos juízes como atores políticos: como eles acreditavam que juízes se comportavam de acordo com o que está positivado em lei ou consolidado na jurisprudência, eles se viam como pessoas que estudavam, em última instância, Direito. À medida que essa concepção mudou e o campo como um todo ficou menos legalista, outros nomes começaram a ser usados: “Direito e Cortes”, “Política Judicial”, “Jurisprudência Política”, “Direito Público” (ainda que esse termo não tenha desaparecido totalmente).

A fim de manter a clareza ao longo do texto, adoto a nomenclatura utilizada por Maveety (2003, p.4-6), que chama o estudo das razões pelas quais juízes tomam as decisões que tomam de estudo do “comportamento judicial”. E trato os outros nomes como sendo intercambiáveis com esse, embora nem todo autor que citarei faça isso. A razão disso é que “comportamento judicial” é o nome que encapsula o questionamento que moveu esse campo de estudos desde sua concepção: desde os primeiros autores legalistas, a descoberta do que faz com que qualquer decisão judicial seja tomada sempre foi a descoberta do que faz um juiz decidir algo, independentemente da resposta dada. Além disso, o campo se tornou profundamente interdisciplinar, à medida que envelheceu. E esse é o nome que faz menos presunções sobre o objeto de estudos e conflita menos com outros termos já estabelecidos em áreas afins (“direito público”, por exemplo, induz qualquer acadêmico do Direito à confusão, à primeira vista, por ser o nome dado aos regimes jurídicos que regimentam a atuação do Estado).

Desde o início, o estudo do comportamento judicial foi altamente polarizante e marcado por divisões entre legalistas (perspectiva que via as cortes como operando por meio da interação lógica entre normas) e realistas (perspectiva que via as cortes como operando a partir da agência política de seus membros). Alguns de seus maiores autores, como Schubert e Spaeth (BENESH, 2003, p.119), por exemplo, relatam ter sido recebidos em eventos

3 O uso do nome “Direito Público” na Ciência Política é diferente do uso do termo no Direito.

acadêmicos literalmente a gritos por colegas indignados com suas ideias realistas. O conflito inicial era inevitável: de um lado, os legalistas buscavam aprofundar os ganhos do constitucionalismo e demonstrar que o governo democrático e republicano, advogado pelos “pais fundadores” dos EUA, representava o sonhado “governo de leis, não de homens” (POSNER, 2008, p. 41) iluminista. De outro, cientistas políticos buscavam estabelecer sua área como uma que produz conhecimento confiável e testável, e, ao fazer isso, encontraram evidências contrárias a essa afirmativa. Não que os realistas fossem contrários à democracia, pelo contrário.

Estudando o comportamento de ministros da Suprema Corte norte-americana, eles encontram falhas no modelo democrático daquele país e buscam entendê-las para poder corrigi-las, ou para, pelo menos, para possibilitar que o país aprendesse a lidar com elas. Com o tempo, a reputação negativa do realismo mudou e, hoje, ele é visto como parte do estabelecimento acadêmico e suas teorias, como ferramentas fundamentais para a compreensão dos tribunais. Nos EUA, os modelos de comportamento judicial criados por esses autores são parte de módulos básicos de disciplinas que estudam as cortes daquele país (particularmente, a Suprema Corte, que é, previsivelmente, a mais estudada de todas). E se popularizaram além da academia, para jornais, revistas jornalísticas e, em algum nível, para a imagem popular de como as cortes operam, a ponto de influenciar, até mesmo, o procedimento de confirmação de ministros da Suprema Corte. Benesh (2003, p.118) chega a afirmar que seria difícil encontrar, naquele país, um professor universitário ou pesquisador em “direito público” que não conseguisse definir o modelo atitudinal (o mais popular dos modelos realistas do comportamento judicial), por exemplo.

Inúmeros psicólogos, filósofos, sociólogos, matemáticos, economistas, estatísticos e professores de Direito se juntaram à causa e o campo cresceu metodológica e materialmente por isso. Materialmente, ele se expandiu e deixou de ser apenas um conjunto de estudos pouco articulados sobre a Suprema Corte dos EUA e se tornou uma forma de abordar cortes de direito, usada para entender melhor cortes inferiores e cortes de outros países também; essa dissertação é um exemplo disso. Metodologicamente, o campo absorveu conhecimentos de todas as áreas dos novos autores de comportamento judicial e, atualmente, ele é uma área de interseção entre a estatística, o direito, a psicologia e a ciência política. Apesar disso, avanços metodológicos representaram os maiores pontos de contenção para estudiosos do comportamento judicial. E essa contenção resultou na divisão da área em três linhas de pesquisa (MAVEETY, 2003, p. 5). Essas linhas são a linha atitudinal, a estratégica e a histórico-institucional. A primeira defende o uso de metodologia quantitativa, a segunda,

quantitativa e qualitativa e a última, majoritariamente, qualitativa. Falarei de cada uma delas, e das abordagens mais recentes que lançam uso da psicologia cognitiva, ao longo dos capítulos dessa dissertação.

A fim de deixar clara minha posição antes de explorar essas três linhas, destaco que este trabalho se orienta pela perspectiva da linha estratégica do comportamento judicial. Busco também a produção de consiliência entre o trabalho produzido nessa linha e as abordagens psicológicas recentes, porque acredito que o caminho para a produção de conhecimento científico sobre o comportamento judicial deve passar pelo trabalho de outros cientistas. Antes de ser “judicial”, o que os juízes fazem também é “comportamento” e, por causa disso, é necessário que uma teoria científica que os estude atente para o que é defendido pelos cientistas do comportamento em geral.

Pesquisadores do comportamento judicial já regularmente fazem uso de conceitos da psicologia cognitiva. É comum vermos estudos que testam a vulnerabilidade de juízes a usos ruins de heurísticas ou a vieses cognitivos (MUSSWEILER, ENGLISH, 2001; GUTHRIE, RACHLINKSY, WISTRICH, 2007; GUTHRIE, RACHLINKSY, WISTRICH, 2001) ou a erros por falta de energia mental (DANZIG, LEVAV, AVNAIM-PESSO, 2010) por exemplo. Essas iniciativas são extremamente importantes, mas, por si só, são muito limitadas: como essa abordagem da psicologia busca entender como chegamos (e falhamos em chegar) a conclusões lógicas, elas tendem a focar na correção falhas na apreciação de questões de fato em processos judiciais. Mas juízes não simplesmente aplicam leis prontas e óbvias em questões de fato controversas. Eles também interpretam o texto jurídico e são legisladores ocasionais (POSNER, 2008, p. 78).

A partir do momento em que haja alguma inadequação ou ambiguidade num texto jurídico e que seja possível interpretar a lei ou jurisprudência, de modo a gerar mais de uma resposta a partir de um mesmo texto, o juiz que fizer essa interpretação fará uma escolha. E essa escolha dificilmente será feita isoladamente da personalidade, valores e individualidade daquele juiz. Esse ato de interpretação/legislação é difícil de ser corrigido mediante desviesamento, porque ele não é economicamente otimizável, ao contrário das falhas que costumam receber esse tipo de correção.

Contudo, é possível que esse seja o caso apenas porque nossa compreensão, em geral, do comportamento judicial não seja refinada o suficiente ainda: a maioria dos modelos empíricos do comportamento judicial optaram, historicamente, por uma abordagem reducionista. E a abordagem da arquitetura da decisão requer uma compreensão mais profunda dos estímulos ambientais que exercem pressão sobre um tomador de decisão do que

nós temos sobre o trabalho de juízes.

Um modelo que foge dessa abordagem reducionista é o do “juiz como trabalhador”, proposto por Posner (2008) e testado posteriormente por Posner, Epstein e Landes (2013) no contexto dos juízes federais dos EUA. Esses autores, efetivamente, tentaram compreender o trabalho do juiz por meio da exploração categórica de todos os estímulos não-processuais, que podem ser relevantes para um tomador de decisões judiciais. E a testaram depois, fazendo uso de análise estatística e de extensos bancos de dados existentes sobre o trabalho de juízes federais americanos de 1ª e 2ª instâncias e da Suprema Corte. Apesar de rico, esse modelo ainda pode se beneficiar de maior refinamento teórico: ele adota uma perspectiva realista e estratégica, mas não faz uso das descobertas das ciências cognitivas, muito embora chegue em conclusões convergentes com os autores que fazem. Acredito que tanto o modelo do juiz como trabalhador quanto as iniciativas de desvios podem se beneficiar um do outro: o primeiro, recebendo reforços em sua fundação teórica (que é meramente estatística) e o segundo, recebendo um quadro mais completo de como juízes tomam decisões.

No primeiro capítulo exploro o conflito entre legalistas e realistas na academia norte-americana e a história do surgimento do movimento realista. Argumento que, ao contrário do que é tipicamente usado, os termos “legalista” e “realista” são anacrônicos atualmente, pois somos todos realistas agora. Os teóricos realistas defendiam uma abordagem empírica do comportamento judicial e os legalistas, uma abordagem teórica e baseada na doutrina jurídica e na jurisprudência. Como a posição realista encontrou popularidade (pelo menos nos EUA) e seus defensores encontraram evidências robustas a seu favor, tornou-se impossível fazer um argumento legalista que não recorra à evidência empírica para, pelo menos, mostrar que a posição realista está errada. Efetivamente, o realismo englobou o legalismo; a divergência tornou-se anacrônica à medida que a linha de combate foi movida para outros debates. Ao fim do capítulo exploro algumas abordagens “legalistas” recentes, mas reafirmo o propósito desse trabalho de explorar os modelos empíricos do comportamento judicial.

No segundo capítulo, exploro as origens filosóficas e políticas dos principais modelos do comportamento judicial. Essencialmente, as três linhas de estudo majoritárias dessa área podem traçar sua origem ao movimento behaviorista⁴ (muito embora uma delas seja por negação a ele), movimento político e filosófico popular entre acadêmicos de Ciência Política nos EUA da metade do séc. XX. O behaviorismo foi responsável por reviver o então decadente movimento realista do período entreguerras e promover uma perspectiva científica,

4 Diferente de behaviorista; o termo aqui é uma tradução livre que fiz do termo "behaviorist", que é usado no inglês e que difere de "behaviorism", que é o behaviorismo da escola Skinneriana da psicologia.

empírica, orientada pela formulação e teste de hipóteses dentro da Ciência Política. Junto do movimento behaviorista, exploro o trabalho de Hermann C. Pritchett, cujo trabalho seminal efetivamente originou as três principais linhas de estudo do comportamento judicial.

No terceiro capítulo, trabalho a primeira dessas linhas, a atitudinalista. Esse modelo começa em Pritchett, mas atinge seu potencial com o trabalho de Schubert e Spaeth. Esses dois autores, bem como outros contemporâneos deles, refinam as técnicas de análise estatística, elaboram em cima das hipóteses anteriores, produzem as bases de dados necessárias para o trabalho e, em geral, popularizam o modelo, que é o majoritário atualmente. Exploro essas técnicas, a força explicativa/preditiva do modelo, suas deficiências e a herança que o modelo deixa para outras abordagens.

O quarto capítulo é sobre um movimento que, similar ao behaviorismo mas menos bem-sucedido, transforma o estudo do comportamento judicial: o movimento neoinstitucionalista. Ele surge na academia de Ciência Política e argumenta em prol da influência de elementos institucionais (ou seja, não-processuais) no comportamento de juízes. Esse movimento rapidamente se divide em dois grupos, que, posteriormente, se tornariam as outras duas grandes linhas de estudo nessa área, junto da atitudinalista.

O quinto capítulo é sobre a primeira dessas linhas: a históricoinstitucional. Exploro o trabalho dos principais autores históricoinstitucionalistas, a rejeição deles aos princípios do movimento behaviorista e à investigação científica do comportamento judicial e sua dificuldade/rejeição em construir um modelo coerente de como juízes tomam decisões que pudesse ser testado. Acredito, contudo, que a rejeição ao método científico e o foco na produção de narrativas históricas torna essa linha menos útil para a compreensão descritiva do comportamento judicial e, portanto, não me delongo demais nela.

O sexto capítulo trata do modelo estratégico do comportamento judicial. Ao contrário do atitudinalista, esse modelo, na verdade, são dois: os primeiros autores que argumentavam que juízes agem estrategicamente ao decidir eram teóricos de ator racional, que atribuíam uma lógica puramente econômica a esse comportamento e, portanto, incoerente com as evidências. Exploro as críticas formuladas a eles e a reação a elas, que culminou na produção de um modelo psicologicamente orientado do comportamento judicial. O sétimo capítulo discute esse modelo psicológico e estratégico, suas origens e a relação dele com o modelo atitudinal.

No oitavo capítulo faço uma breve introdução da literatura contemporânea da psicologia cognitiva acerca da tomada de decisão. Exploro primeiro, brevemente, o problema mente-corpo da filosofia e argumento em prol de uma perspectiva reducionista nele, em consonância com os fundamentos filosóficos dessa abordagem psicológica. Depois, falo sobre

o problema da racionalidade e porque abordagens que presumem que seres humanos agem guiados por racionalidade econômica falham em descrever nosso comportamento. E apresento a teoria do processo dual de Kahneman e Tversky como alternativa a ela. Ao fim, falo trabalhos que buscam adaptar essa teoria para o contexto jurídico.

O nono capítulo fala sobre a literatura contemporânea do comportamento judicial que, inspirada na teoria do processo dual e a parte das demais linhas, tenta entender como funciona o comportamento de juízes. Apresento também os experimentos feitos por esses autores com juízes norte-americanos e israelenses, e as propostas formuladas por eles para melhorar as habilidades dos tomadores de decisão judiciais.

No décimo capítulo, falo sobre o modelo do juiz como trabalhador, de Posner, Epstein e Landes e sobre os testes realizados por esses autores, na tentativa de provar o quão realístico é esse modelo. Eu o comparo com os modelos clássicos e, ao final, falo sobre a convergência desse modelo com o anterior. O décimo primeiro e último capítulo consiste em reflexões sobre os modelos do comportamento judicial e sobre como fazer desviesamento sem comprometer a autonomia do judiciário.

2. GENÊSE DO BEHAVIORALISMO: O CONFLITO ENTRE REALISMO E LEGALISMO

A primeira das grandes mudanças de paradigma que o estudo do comportamento judicial sofreu foi a mudança do paradigma legalista/formalista para o paradigma realista. Embora possamos identificar teorias mais antigas que contêm traços de realismo, como os trabalhos de Holmes e Llewellyn (MAVEETY, 2003, p. 36), em geral considera-se que o primeiro autor a trazer um modelo teórico realista na área é Herman C. Pritchett (BAUM, 2003, p. 57), que inaugurou essa abordagem com estudos revolucionários sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos, durante a presidência dos ministros Roosevelt e Vinson (PRITCHETT, 1948, 1954). Nesses livros, que foram produzidos como continuação e reformulação de uma série de artigos publicados em anos anteriores, ele mapeou os alinhamentos políticos dos ministros da Suprema Corte americana e estabeleceu uma correlação entre seu alinhamento político, numa relação ordinal de esquerda-direita, e as decisões que eles tomavam em determinados assuntos. Ele descrevia o que chamou de “atitudes políticas” daqueles ministros como sendo a posição deles nesse eixo político para cada matéria avaliada pelo tribunal: um ministro poderia ser de direita em matéria penal e de esquerda em matéria civil, por exemplo.

Para produzir a relação, Pritchett ranqueou as decisões pretéritas dos ministros, alocou cada ministro em um eixo relativamente aos outros com base nessas decisões e, de posse desse mapa, argumentou que seria possível explicar e, até certo nível, prever as decisões futuras desses juízes. Efetivamente, dizia que os ministros da Suprema Corte tomariam decisões coerentes com a ideologia política subjacente a matéria processual, e que essas decisões seriam coerentes com outras que haviam tomado anteriormente.

Apesar de parecer simples, tal proposta revelava uma noção inovadora: a que as personalidades e as preferências pessoais de juízes, mais do que a lei propriamente dita, podem ser fatores preditivos para decisões judiciais. Leis e precedentes são iguais para todos os juízes em uma mesma jurisdição. E, se fossem o único fator que influenciasse a decisão, deveriam gerar decisões idênticas, independentemente da pessoa que estiver sendo julgada. Preferências políticas como as encontradas por Pritchett, por outro lado, variam de pessoa a pessoa e, se relevantes para a tomada de decisões judiciais, gerariam grande variância em decisões que, de outra maneira, não deveriam variar tanto. Ao focar em uma abordagem descritiva do comportamento judicial e privilegiar o estudo de elementos psicológicos dos decisores sobre o estudo dogmático da lei, Pritchett não apenas elaborava um argumento em

prol do atitudinalismo (linha de pensamento com a qual ele mais se identifica), mas fundamentalmente rompia com a tradição legalista que era até então dominante.

É necessário abrir um parêntese aqui: apesar de se originar na Ciência Política, o realismo legal, sobre o qual eu falo, não tem nenhuma relação com o realismo tipicamente estudado nas relações internacionais. O realismo das relações internacionais é uma corrente filosófica da ciência política, que traça suas origens nas ideias de figuras como Machiavel e no discurso de Tucídides. E que enxerga a política internacional como um jogo de poder entre facções politicamente organizadas, que buscam apenas o benefício próprio e que competem num cenário anárquico de ausência de governo global (WOHLFORTH, 2008). O realismo legal é uma abordagem metodológica, que defende a busca de uma compreensão científica do funcionamento do poder judiciário. A identidade do nome e a similaridade de origens (ambos movimentos dentro da Ciência Política) representam mera coincidência e os movimentos não devem ser confundidos.

A tradição legalista tem, possivelmente, séculos de idade: segundo Hespanha (1997), citado por Horta e Costa (2017), ela tem origem na reação iluminista à estrutura judiciária do Antigo Regime. Nessa época, os estados da Europa absolutista não só tinham a arbitrariedade como traço institucional de seus sistemas judiciários, como encaravam as leis como fonte legal subsidiária aos costumes. Ao longo do tempo, várias teorias normativas surgiram para limitar essa arbitrariedade – o direito processual, o constitucionalismo, o uso do direito romano e do direito natural, entre outros. Em última instância, essas teorias buscavam estabelecer um ordenamento jurídico, no qual o Estado fosse subordinado às leis e, no caso de *common law*, aos precedentes normativos, de modo a proteger os cidadãos de abusos de poder estatal.

À altura da revolução americana e da revolução francesa, vemos esse tipo de valor refletido nas novas ordens que foram estabelecidas: a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, e a Declaração de Independência, nos EUA, trazem várias disposições de direitos civis, que visavam proteger o interesse de indivíduos particulares contra abusos de poder estatal. Particularmente, no caso dos EUA, a Constituição ainda deu independência ao judiciário e elevou-o ao status de poder autônomo, a fim de garantir sua imparcialidade. Para as primeiras democracias – assim como para as atuais –, parte de sua narrativa legitimadora estava ligada à contraposição aos abusos do antigo regime. O legalismo como ideologia explicativa do comportamento judicial surge ligado à ideia de supremacia do direito: era necessário que a lei tivesse poder impositivo próprio, que se acreditasse que ela definia o resultado de processos judiciais e para que houvesse o “governo de leis e não de

homens” (POSNER, 2008, p. 41). Apesar de admirável, ela era, portanto, menos um modelo explicativo de como e porque decisões judiciais ocorrem e mais um conjunto de ideias sobre como o sistema judiciário deve funcionar numa sociedade democrática. Como consequência disso, o legalismo é parte da narrativa interna típica de juízes acerca do que é ser um bom profissional até hoje (VIANNA, CARVALHO, BURGOS, 2018, p.140-141).

Dessa narrativa de legitimidade surge a linha legalista de estudo do comportamento judicial – autores que defendiam que o Direito seria uma disciplina autônoma, na qual os motivos que levam decisões judiciais a serem tomadas são idênticos à estrutura lógico-formal da teoria do direito (MAVEETY, 2003, p.2; POSNER 2008, p.41; POSNER, EPSTEIN e LANDES, 2013, p. 2). Para autores dessa linha, prescrição e descrição do comportamento judicial se confundem. Essa confusão não só é coerente com a proposta do legalismo de estruturar o Estado do Direito, como é necessária para lidar com um dos maiores problemas enfrentados pela abordagem legalista – o problema da divergência entre decisões judiciais em casos idênticos.

Como a concepção legalista do comportamento judicial é mecânica e formal (tanto que o outro nome dessa abordagem é “formalismo”), seus proponentes entendem problemas jurídicos como sendo problemas lógicos: cada caso a ser decidido por um juiz consiste em uma proposição dada pelas questões de fato investigadas ao longo do processo, outra proposição que o juiz deve extrair do ordenamento jurídico de seu país utilizando de seus conhecimentos de teoria da norma jurídica⁵ e do referido ordenamento e a decisão que deve ser tomada é uma conclusão lógica das proposições anteriores. Para esses autores, é indiferente que o juiz seja de esquerda, direita, evangélico, ateu ou nazista: desde que ele desempenhe corretamente seu trabalho, conheça bastante o ordenamento jurídico e as ferramentas de interpretação dele e que investigue adequadamente o caso, não será possível ter mais de uma resposta. Assim, é natural que autores legalistas frequentemente misturem a descrição e a prescrição ao falar de comportamento judicial, pois sua preocupação não é meramente entender o que leva a tomada de decisões, mas também instruir o leitor sobre como tomá-las corretamente, caso ele seja um juiz, e explicar porque nem sempre dois juízes têm a mesma decisão em casos iguais, caso não seja. Como a abordagem legalista é incapaz de explicar esse tipo de divergência, ela recorre à ideia que juízes “ruins” tomam decisões diferentemente do que deveriam.

Autores legalistas mais antigos, como Burgess (MAVEETY, 2003, p. 2), aderem bem a essa descrição: há um enfoque substancial no estudo de documentos formais e atos

5 Por exemplo, a estrutura lógica descrita em Bobbio (1995, p. 82).

procedimentais e, devido à ausência de necessidade de enfrentar a crítica realista (que não havia sido formulada ainda), forte ânimo reformista e prescritivo. A crítica formulada pelos primeiros realistas legais, bem resumida por McClay (1994), citado por Maveety (2003, p.2) foi direcionada a eles: argumentavam que essa metodologia formalmente orientada era incapaz de proporcionar investigações vigorosas, céticas e empíricas acerca do comportamento de juízes. Posner (2008, p. 180) fala de legalistas mais recentes, como Weinreb (2016), e de como enfrentaram a crítica realista concentrando-se menos na estrutura lógico-formal da norma, como forma de explicar as decisões, e mais nos elementos que, segundo eles, permitiram uma concepção do Direito como “disciplina autônoma” da lógica – por exemplo, no caso de Weinreb, argumentando em prol do uso de analogia como forma quintessencial de raciocínio jurídico.

Outros autores utilizam ainda as chamadas “ideologias jurídicas” (mais comuns nos EUA do que no Brasil), como o “textualismo”, o “originalismo”, a “constituição viva”, que buscam completar a teoria da norma jurídica com conteúdo explicitamente político (no sentido de não ser mais meramente formal, como a teoria da norma jurídica é, por exemplo, em Bobbio), ainda que não necessariamente alinhadas em um eixo esquerda-direita, a fim de se obter proposições mais claras em zonas juridicamente cinzentas, ao custo de quase toda a pretensão descritiva que a abordagem legalista possa ter.

A dificuldade apresentada por ambas as abordagens é que, embora evitem alguns dos problemas do legalismo estrito, ainda são fundamentalmente descompromissadas com o empirismo que, como veremos, se revelou a grande força do realismo. Propostas como a de Weinreb, além de extremamente ambiciosas, ainda são uma tentativa de explicar o comportamento de juízes por meio de um modelo teórico construído indutivamente. E as ideologias jurídicas não só perdem muito de sua qualidade descritiva ao abandonarem o formalismo, como ainda não são bons elementos preditivos para decisões judiciais (POSNER, 2008, p. 346).

Os primeiros autores realistas formularam precisamente essa crítica: diziam que o legalismo não é capaz de explicar o que acontece nas cortes. E o motivo de ele não conseguir isso é falta de certa preocupação metodológica típica das *hard sciences*. Inspirados por Holmes (1881), autores como Brandeis, Llewellyn e Frank (PURCELL JR., 1969, p. 429) defendiam ser possível obter uma compreensão científica baseada em evidências acerca do funcionamento do Estado, particularmente do judiciário. Eles encaravam o problema do comportamento judicial como sendo um problema estritamente descritivo – queriam entender como decisões eram tomadas e preferiam deixar à dogmática jurídica e à filosofia do direito o

problema de definir prescritivamente como deve ser o Direito. Para eles, a lei não era o que estava escrito na doutrina legal, nos precedentes judiciais ou no texto produzido pelo Congresso Nacional, mas o que o Estado efetivamente sustentava por meio das decisões judiciais e ações de outras entidades estatais. Purcell Jr. (1969, p. 431) cita como que Frank (1963), um dos realistas mais extremos de sua geração, por exemplo, chegou a dizer que a lei só existia depois que houvesse uma decisão judicial a respeito de determinado fato e que antes, havia um estado de anomia.

Não surpreendentemente, essas afirmações encontraram intensa resistência na sociedade acadêmica dos EUA do período entre guerras: uma aliança de autores legalistas, defensores do direito natural e acadêmicos católicos se opôs a ela, argumentando que o abandono de pretensões prescritivas trazia consigo um relativismo moral que poderia levar o país ao autoritarismo. A contraposição entre a percepção de crescimento do tamanho do governo federal como consequência do New Deal (que tinha a maior parte desses primeiros realistas como apoiadores) e a ascensão do nazismo e do fascismo na Europa assustou profundamente essa geração de autores americanos e estigmatizou o discurso realista durante o entreguerras.

Segundo seus críticos, o realismo, ao defender que decisões judiciais não são necessariamente motivadas pela lógica jurídica ou, como alguns autores realistas da época afirmaram, por padrões morais absolutos, tirava todo o conteúdo moral do Direito e tornava impossível diferenciar a brutalidade do nazismo de um regime democrático como os EUA, pois tornaria a lei uma força coercitiva amoral. Embora os realistas, na verdade, estivessem fazendo um argumento puramente descritivo ao dizer que fatores não jurídicos e não éticos interferem na operação da lei (FRANK, 1931, citado por PURCELL JR., 1969, p.437), tivessem como objetivo aprofundar a democracia frente a essas descobertas, e fossem, em geral, politicamente progressistas, o estigma dessa crítica foi suficiente para sequestrar o debate por mais de uma década e garantir que pesquisa propositiva no campo do realismo legal só voltasse a ser produzida no pós-guerra, com os estudos de Herman Pritchett sobre a Suprema Corte dos EUA.

Um aspecto importante do pensamento realista era a preocupação metodológica: a partir do momento em que eles acreditavam que é possível obter uma compreensão científica do funcionamento do Estado, tornou-se necessário desenvolver uma metodologia que produzisse modelos teóricos capazes de prever como seus agentes – no caso do comportamento judicial, juízes – agiriam. Essa preocupação, que começa com a crítica fundamentalmente metodológica ao movimento legalista, guia os pesquisadores de

comportamento judicial até hoje. E representa um dos principais pontos de discordância entre as três maiores linhas de pesquisa da área.

Coerente entre todas as linhas do realismo legal e uma das primeiras e maiores contribuições dessa abordagem é a realização de que o comportamento de juízes não só não segue o padrão mecanicista defendido pelos legalistas, como é fortemente influenciado por fatores inteiramente externos à lei. O alinhamento político, a personalidade de juízes e até a alimentação deles e o quão cansados mentalmente estão no início e no fim de cada bloco de audiências foram apontados como sendo relevantes para a decisão de um caso (DANZINGER, LEVAV, AVNAIM-PESSO, 2011). Essa realização vai de encontro não só com expectativas sociais acerca do papel do juiz, como põe, potencialmente, em xeque o próprio princípio da imparcialidade judicial. E, por isso, enfrentou resistência do estabelecimento jurídico desde sua concepção.

Acredito que, em última instância, o argumento realista é difícil de ser aceito, porque destrona a Razão do centro do pensamento jurídico. Pouquíssimos autores realistas diriam que juízes são todos mal-intencionados ou que não se importam com a lei. Pelo contrário, ao que tudo indica, o alinhamento com uma atuação legalista é fonte de prestígio social e associada à realização profissional de juízes (POSNER, 2008, p.60-61). Contudo, é inegável que fatores externos interfiram em suas decisões. Os realistas acreditam que, embora juízes geralmente queiram fazer um bom trabalho e ser imparciais, eles, como quaisquer seres humanos, não decidem ou pensam em um vácuo. As consequências políticas, morais, pessoais, de carreira, psicológicas e outros muitos fatores interferem no processo de tomada de decisão e direcionam decisões judiciais para um lado ou para outro, independentemente do caráter ou da intencionalidade do decisor. Definir quais são esses fatores, até onde interferem e quais modelos teóricos nos permitem testá-los, elaborá-los e usá-los para prever o comportamento futuro de juízes tem sido a principal preocupação de autores que estudam comportamento judicial desde então.

Apesar dos quase cem anos de enfrentamento, a divergência entre legalismo e realismo ainda está viva, mas os campos de batalha mudaram com o tempo. Embora o chamado “legalismo estrito”, que defendia a concepção mecanicista do comportamento judicial não tenha mais muitos defensores, tanto o movimento realista acatou algumas críticas de seu opositor como o contrário também ocorreu. Realistas e legalistas não discordam mais nem a respeito da existência de influências extralegais em decisões judiciais, nem da influência de leis e jurisprudência nessas decisões, mas da extensão de cada fator nas decisões. O fato de realistas e legalistas terem encontrado esse espaço comum popularizou a expressão “somos

todos realistas agora” (ALEXANDER, 2002; SINGER, 1988).

A partir do momento em que ambas as partes aceitam que leis e fatores extralegais são relevantes para explicar e prever decisões judiciais, o campo de batalha deixa de ser filosófico e passa a ser empírico. Acontece que a medição empírica das influências atuantes sobre o comportamento de juízes era precisamente o argumento que os realistas buscavam fazer desde o início. Assim, o legalismo efetivamente se tornou uma das categorias do estudo realista da tomada de decisões judiciais (POSNER, EPSTEIN E LANDES, 2013, p. 53). E o contexto legal dos casos que chegam ao tribunal é encarado pelos realistas modernos como parte do ambiente decisório, ao qual juízes estão submetidos, junto de diversas outras categorias. Em outras palavras, ninguém mais discorda que leis influenciem o comportamento de juízes: a diferença entre realistas modernos e legalistas modernos é que os primeiros falam que a lógica legal é um dentre vários fatores que influenciam decisões judiciais. E que a melhor forma de compreender essas decisões varia caso a caso. Já os segundos, afirmam que ela é o elemento principal e fundamental explicador de toda decisão judicial, embora não seja nunca o único.

Embora o projeto realista legal tenha sido, desde sua concepção, um projeto de descrição do comportamento judicial, surgiram vertentes prescritivas do realismo legal ao longo dos tempos, sendo as três maiores pragmatismo legal, a escola do processo legal e algumas linhas da vertente histórico-institucional. Cada uma dessas escolas tentou, à sua própria maneira, elaborar uma teoria normativa do direito que, orientada pelas conclusões das escolas realistas, conciliasse princípios democráticos com a dificuldade encontrada em se fazer um “governo de leis e não de homens”.

A escola do processo legal apostou nos chamados “princípios neutros” (POSNER, 2008, p.247; WECHSLER, 1959, citado por KRITZER, 2003, p. 389), que norteariam um sistema jurídico mais justo: eles buscavam contrabalançar a tendência encontrada pelos realistas em ver decisões sendo tomadas por motivos externos ao direito com um compromisso mais rígido com as regras. Segundo essa escola, juízes teriam que se esforçar para decidir por meio de princípios neutros, isto é, decidir de forma a criar precedentes amplos que vinculem o próprio juiz futuramente e que independam das partes do caso em questão. Assim, apesar de não evitarem totalmente influências extralegais na decisão, juízes ao menos se precaveriam contra novas influências, atingindo casos futuros. E criariam um sistema jurídico, em geral, mais estável e próximo do texto constitucional.

Os pragmáticos, segundo Posner (2008, p.231), por outro lado, argumentam que juízes devem assumir seu papel como “legisladores ocasionais”. Embora os métodos de resolução de conflitos legalistas resolvam bem casos jurídicos rotineiros, seria necessário o uso de

adjudicação positiva para casos que lidem com zonas jurídicas cinzentas. Como seria inevitável que o juiz excedesse a lei nesses casos, os pragmáticos defendem que ele deveria parar de se perguntar meramente “o que a lei diz sobre isso” e passar a se perguntar “o que, dentro do permitido pela lei e frente aos interesses sociais e econômicos desse caso, é mais interessante que seja decidido”, em um processo de análise de custo-benefício, que considere impactos externos da decisão e outros fatores que sejam relevantes ao caso. Essencialmente, defendem que o juiz assuma um papel de legislador e, ativamente, regule a zona juridicamente cinzenta que tiver encontrado. Além disso, também defendem o uso de precedentes o menos abrangentes possíveis, pois precedentes menores facilitam a experimentação com a jurisprudência e ajudam o judiciário, como um todo, a encontrar soluções melhores de políticas públicas para esses problemas juridicamente complexos.

A linha históricoinstitucional dos pesquisadores realistas buscou, por último, criar uma teoria realista que fosse ao mesmo tempo descritiva e prescritiva: eles rejeitam o método científico e, em geral, argumentam que o comportamento das cortes é historicamente inserido demais para qualquer metodologia quantitativa conseguir abordá-lo. Nem todos os adeptos dessa linha buscaram fazer uma teoria normativa, mas os que o fizeram, argumentam que as cortes são parte da instituição política de um país e, como tal, devem fazer política pública também. Para eles, as conclusões dos realistas (de que atitudes políticas influenciam o comportamento de juízes, principalmente) são óbvias e parte do contexto institucional do poder judiciário. E buscaram entender como esse contexto afeta o comportamento judicial e como compreender o papel do juiz como ator político. Falarei mais dela adiante na sua própria seção.

Nenhuma dessas abordagens alcançou sucesso em gerar consenso na área e a perspectiva de uma teoria realista normativa ainda é uma ideia divisiva. Cito-as apenas para fins de completude: não busco resolver ou acrescentar a essa discussão. Nessa dissertação, concentro-me no aspecto descritivo do realismo legal. Assim, começarei a falar dos principais trabalhos feitos pelos realistas, até agora, representando as maiores linhas de pesquisa, e mais uma nova quarta linha que ainda está nascendo, ao final.

3. HERMAN PRITCHETT E O MOVIMENTO BEHAVIORALISTA: PRELÚDIO AO ATITUDINALISMO

Segundo Maveety (2003, p. 54), a primeira das escolas realistas a se estruturar no pós-guerra, na década de 40, foi a escola atitudinal, que teve origem com o livro “The Roosevelt Court”, de Herman Pritchett (1948) e os artigos do mesmo autor, que antecederam ao livro. Antes de falar sobre essa escola, porém, devo falar do movimento behavioralista dentro da ciência política e como ele, junto do realismo legal sobre o qual falei anteriormente, inspiraram essa geração de autores atitudinalistas.

O behaviorismo⁶ foi, segundo Dahl (1961), um movimento político e acadêmico que teve origem na escola de Ciência Política de Chicago, sob a presidência de Charles Merriam (1921) e varreu a Ciência Política norte-americana dos anos 30 aos 50. Ele tinha como objetivo a aproximação da Ciência Política, que então era estudada sob um viés histórico, normativo e em geral mais subjetivo, a uma ciência mais parecida com as *hard sciences*, ou, pelo menos, com as escolas mais metodologicamente engajadas das outras ciências sociais. Esse movimento não buscava instituir linhas de pesquisa próprias, mas redefinir os termos nos quais era feita pesquisa em ciência política. Podemos ter uma imagem do que ele representou quando vemos, por exemplo, Dahl (1961) afirmando que um nome melhor que “abordagem behavioralista” seria “humor behavioralista” ou mesmo “abordagem científica” da Ciência Política.

Os behavioristas advogavam que a ciência política deveria adotar com mais afinco o emprego de metodologia de análise estatística, possível por meio da coleta de dados em questionários. E que ela deveria privilegiar a pesquisa quantitativa sobre a qualitativa e a formulação de conclusões descritivas sobre as prescritivas. Eles viam essas mudanças como necessárias para construir conhecimento genérico, testável, reproduzível, sistemático e interdisciplinar, que eles avaliavam como sendo mudanças necessárias para aproximar sua área das *hard sciences*, gerando resultados mais confiáveis e úteis para políticas públicas. Segundo Schubert (1964), o movimento behavioralista tinha pouco em comum com a jurisprudência tradicional, mas bastante em comum com o realismo legal descrito anteriormente. Somit e Tanenhaus (1967) argumentam que o behaviorismo era orientado por quatro máximas:

1. A ciência política pode se tornar uma ciência capaz de predição e

6 Behavioralismo e behaviorismo são dois movimentos acadêmicos distintos: o behaviorismo tem origem na psicologia e o behavioralismo, na ciência política, e precede o behaviorismo.

explicação.

2. A ciência política deve se importar primariamente, senão exclusivamente, com fenômenos que podem ser observados.
3. Evidências devem ser quantificadas e conclusões devem ser tomadas em cima de evidência quantificável.
4. A pesquisa deve ser orientada e direcionada por teorias.

Uma das características mais marcantes do movimento behaviorista foi a percepção do indivíduo como elemento fundamental da política, consequência da busca por evidência observável pelos behavioristas. Um dos motivos apontados por Dahl (1961) como fundamental para a ascensão do behaviorismo foi o crescimento do uso de questionários como forma de metrificar o comportamento político de cidadãos, administradores públicos, legisladores, juízes. Ao contrário da forma como se estudava Ciência Política até então, o uso de questionários permitia aos behavioristas produzir evidência empírica sobre a política, particularmente, sobre perfis e atitudes políticas de indivíduos. Por meio de questionários, indivíduos politicamente relevantes se tornavam observáveis – e alvos possíveis para estudos empíricos, conforme defendido pelos behavioristas.

Isso teve consequências imensas para o estudo do comportamento judicial. O primeiro autor a aplicar as ideias defendidas pelos behavioristas no estudo de como juízes agem foi Herman C. Pritchett, em uma série de artigos que, uma vez reunidos, seriam seu trabalho seminal “The Roosevelt Court” (PRITCHETT, 1948). Com esse trabalho, Pritchett inaugura a abordagem atitudinal do comportamento judicial, e publiciza, pela primeira vez, uma série de ideias que definiriam a forma como a Suprema Corte americana é estudada até hoje, efetivamente iniciando o estudo do comportamento judicial nos termos que conhecemos.

Segundo Baum (2003, p. 59), Pritchett considerava que existiam três tipos de atitudes políticas que influenciavam fortemente o comportamento de juízes: atitudes em relação à lei, atitudes políticas e atitudes referentes a preferências estruturais. O primeiro grupo dizia respeito à atitude que o juiz teria com relação ao seu papel como intérprete da lei – se ele acreditava que deveria ser mais um ativista ou um legalista judicial, por exemplo. O segundo grupo seriam as preferências políticas do juiz, que Pritchett colocava num eixo unidimensional de esquerda-direita; o terceiro, dizia respeito às atitudes do juiz em relação a questões estruturais do governo, como federalismo e equilíbrio de poderes. Para ele, o fator que melhor explicava decisões judiciais era o balanço entre as atitudes políticas e as outras duas.

Antes de falar das preferências políticas, que são onde a escola atitudinal mais se concentrou, é importante caracterizar as outras duas. As “atitudes” de Pritchett nada mais são do que posições que os ministros podem adotar em um eixo: podem ser ativistas ou legalistas, de esquerda ou de direita. E servem para traduzir uma dicotomia da posição judicante em um conceito relativamente claro. Além disso, é relevante que o que Baum chama de “atitudes estruturais” e “atitudes com relação à lei” são posições que o próprio Pritchett misturava ocasionalmente. Só vamos ver uma definição mais clara dessa relação com a crítica institucionalista, que origina o próximo movimento dentre os estudiosos de comportamento judicial.

As atitudes estruturais dizem respeito ao quão ativista ou legalista o juiz é, ou seja, o quanto ele acha que agir como legislador é parte do seu papel como magistrado. Pritchett dá o exemplo, em seu segundo livro, de como, na corte Vinson⁷ (PRITCHETT, 1954), cinco dos nove ministros daquela época eram progressistas, mas um deles, o ministro Frankfurter, era menos ativista do que os outros. E, portanto, suas decisões eram menos bem explicadas por ideologia apenas. Essa visão acerca da importância de elementos institucionais (a lei e o papel do juiz num contexto político e de estado) por parte de Pritchett é o que fez Baum (2003) afirmar que ele pode ser visto quase como um predecessor do movimento neoinstitucionalista que viria depois. E é um ponto de divergência entre ele e os outros autores da escola atitudinal.

As atitudes em relação à lei dizem respeito à posição dos ministros da Suprema Corte em relação ao seu próprio papel institucional como ministros. Na época em que Pritchett escreveu, a Suprema Corte passava por um período de transformação, deixando de ser uma corte quase exclusivamente unânime para ser uma corte na qual era comum ver votos vencedores e votos vencidos (até hoje essa tendência se mantém). Além disso, a corte constitucional dos EUA tende a decidir casos difíceis (PRITCHETT, 1948, p.22): ela tem ainda mais discricionariedade do que o Supremo Tribunal Federal brasileiro na seleção dos casos que vai julgar. E usa essa discricionariedade para decidir casos com precedentes fracos, leis ambíguas ou temas divisivos, em suma, casos nos quais a amplitude interpretativa da decisão é maior.

Apesar dessa amplitude decisória toda, os ministros da Suprema Corte americana desempenham um papel fundamental na formulação de política pública naquele país: quando um ministro precisa decidir, por exemplo, sobre a legalização do casamento gay, ele não está

7 "Corte Vinson" é o nome dado por Pritchett à Suprema Corte americana durante a presidência do ministro Fred Vinson, que durou de 1946 a 1953.

sendo respondendo como ele se sente em relação ao tema, mas como ele acha que a corte deve proceder, dado o trâmite processual até aquele momento. O conflito entre essas duas tendências – a de injetar valores pessoais nas suas decisões, devido à abertura interpretativa dos casos difíceis e a necessidade de se ater ao papel institucional da corte – é o que Baum identificou em Pritchett como sendo “atitudes em relação à lei”. E não é difícil ver como elas se relacionam com as atitudes políticas para explicar o comportamento judicial.

Por último e mais relevante, Pritchett avaliou o que chamou de “atitudes políticas” dos juízes. A tese principal dele era simples: se um juiz tomou uma decisão politicamente motivada sobre um determinado assunto uma vez, ele tenderia a repetir o feito, caso se deparasse com esse assunto novamente. Juízes conservadores tenderiam a se comportar de forma conservadora e juízes liberais, de forma liberal⁸.

Segundo Baum (2003), Pritchett apoiou-se em uma característica fundamental do sistema de voto colegiado para medir isso: juízes estão sempre concordando ou discordando expressamente uns dos outros, dicotomicamente. Esse fenômeno permite a simplificação de uma decisão judicial que, analisada doutrinariamente, contém elementos de complexidade em uma métrica quantificável – se cada ministro era “contra” ou “a favor” de decisões que, por exemplo, expandiam direitos civis, independentemente dos motivos pelos quais decidiriam assim.

Pritchett, então, calculava a frequência com que essa concordância e discordância acontecia, a fim de estruturar blocos de voto em cada um dos temas que, mais frequentemente, eram decididos pela Suprema Corte norte-americana. De posse desse registro de blocos de voto, ele fazia análise doutrinária das decisões para qualificar os blocos (“bloco pró-direitos civis”, “bloco contra direitos civis”, por exemplo) e para qualificar os motivos, relativos às outras atitudes, pelas quais os blocos seriam mais ou menos coesos. Com isso, ele poderia plotar um gráfico, que identificava quão mais ou menos engajado cada ministro seria dentro das três atitudes. E para que lado ele penderia em uma série de questões, que poderiam ser utilizadas para, por exemplo, prever decisões futuras daqueles juízes em situações parecidas⁹.

Essa técnica foi desenvolvida como resposta a duas limitações da pesquisa exclusivamente quantitativa percebidas por Pritchett: o problema do acesso às atitudes políticas de juízes e o problema da circularidade. O primeiro diz respeito à dificuldade de

8 Observe que o uso da palavra "liberal" aqui é o típico dos EUA, e diz respeito a alinhamentos políticos de esquerda, não ao liberalismo clássico.

9 Observo que, apesar de Pritchett não ter se dedicado à atividade preditiva, seus sucessores atitudinalistas se dedicaram.

acessar a atitude política de juízes: não é possível equalizar a parte dispositiva de uma decisão e seus fundamentos, pois um juiz que vote a favor, por exemplo, da expansão dos direitos civis não necessariamente o faz por defender politicamente tais direitos, uma vez que, para Pritchett, a decisão pode ter partido de outro tipo de atitude. Igualmente, questionários não são uma métrica adequada nesse contexto, pois juízes, como figuras públicas poderosas, têm interesse em preencher o questionário, de modo a se pintar numa luz melhor do que a verdadeira (por exemplo, passando-se por mais legalista do que realmente é). O segundo diz respeito à circularidade – definir quais as atitudes políticas de um juiz com base nas decisões passadas dele e usar isso para tentar prever as futuras cria um círculo, no qual a análise se limita a um tipo de manifestação das atitudes políticas dos juízes e faltam referências externas que verifiquem que as atitudes diagnosticadas nas decisões são coerentes com o que o juiz de fato pensa. Essa falta de referências externas faz com que qualquer variável confundente que interfira nessa decisão seja extremamente difícil de ser detectada e prejudica a precisão da pesquisa.

Esses dois problemas serão recorrentes entre autores atitudinalistas e, de certa forma, fundamentais para se entender a divisão de abordagens nesse campo. Pritchett (BAUM, 2003) defende que o problema do acesso às atitudes políticas pode ser resolvido por meio de análise doutrinária qualitativa e gasta parcela substancial de seu trabalho nessa análise. Além disso, defende o uso de biografias para resolver o problema da circularidade (apesar de não fazer uso dessa ferramenta em sua obra). Essas duas respostas seriam adotadas posteriormente pelos adeptos da linha histórico-institucional que, rejeitando a metodologia quantitativa, concentram-se na elaboração de biografias judiciais e no estudo doutrinário de decisões como forma de compreender o comportamento de juízes (Davis, 2003).

4. SCHUBERT, SPAETH E A CONSOLIDAÇÃO DO MODELO ATITUDINAL

Os sucessores de Pritchett na escola atitudinal não seguiram sua deixa com relação nem ao institucionalismo, nem à pesquisa qualitativa. A partir de Schubert, vemos a escola atitudinal abandonando a ideia de que exista mais de um tipo de atitude a ser estudada no contexto judicial, focando sua atenção exclusivamente na pesquisa quantitativa de atitudes políticas. Eles viam a pesquisa qualitativa de Pritchett como sendo subjetiva demais e sem guias claras de como proceder para reproduzi-la em novos contextos. E viam as atitudes que não fossem a política como sendo difíceis de provar e pouco explicativas.

Isso começa em Schubert, que é creditado por Segal (2003) com a criação do primeiro modelo propriamente atitudinal do comportamento judicial. Ele foi o primeiro a aplicar técnicas de análise estatística mais refinadas¹⁰, a usar de teoria dos jogos e, principalmente, análise de escalograma, que é a ferramenta mais importante do arsenal atitudinalista.

A análise de escalogramas também pode ser chamada de “escala cumulativa” ou de “escala de Guttman”. E serve para estabelecer se determinada atitude política foi determinante em uma decisão ou não e qual a escala ordinal de atitudes políticas entre os juízes estão decidindo aquele caso em relação à atitude política estudada. Por exemplo, num caso em que há um questionamento relativo ao direito de acesso à Justiça, ela serviria tanto para estabelecer quais juízes são mais e menos favoráveis a esse direito, como para identificar se o resultado dos votos foi por causa da opinião de tais juízes em relação ao acesso à justiça ou alguma outra atitude política (por exemplo, se aqueles juízes sempre votam a favor do Estado, independentemente da matéria).

Segal (2003) explica que o conceito fundamental por trás da análise de escalograma em Schubert é o de “unidimensionalidade”: uma análise unidimensional é aquela que consegue, adequadamente, isolar apenas uma série de casos, nos quais uma única atitude política foi relevante para sua decisão. Apenas nesses casos a metodologia de Schubert funcionaria, mas neles, ela seria suficiente para identificar quais as atitudes políticas dos juízes em relação a um tema e fornecer precisa evidência empírica, que pode ser utilizada, preditivamente, depois.

Para atingir unidimensionalidade, é necessário primeiro isolar todos os casos que lidam com o tema a ser estudado como, por exemplo, o direito de acesso à justiça. Depois, retira-se desse conjunto todos os casos unânimes, pois eles não só inchariam os números e

¹⁰ O público alvo dos livros de Pritchett era o público leigo americano, e ele não se aventurou demais em análise estatística por isso.

tornariam difícil a comparação, como, efetivamente, não são informação relevante, uma vez que o objetivo do escalograma é estabelecer as diferenças de atitudes políticas de um juiz relativamente a outro e casos unânimes não dão informação sobre essa relação. Nesse ponto, é necessário estabelecer os dois polos que o tema estudado pode ter (no caso do exemplo do acesso à Justiça, tais polos podem ser “deferir o direito à ação” e “indeferir o direito de ação”) e ordená-los em uma ordem de mais extremos para menos extremos (por exemplo, começando por um caso em que o direito de ação é muito claro, até um no qual ele é muito forçado).

De posse dessa ordem, é necessário plotar um gráfico ilustrando como cada ministro votou na ordem de extremidade dos casos. Caso cada voto tenha sido acompanhado por um voto igual em casos menos extremos pelos mesmos juízes (por exemplo, se os juízes que deferiram direito de ação em casos mais extremos também tenham deferido em casos menos extremos e os juízes que fizeram o contrário tenham mantido igual coerência) é possível falar que o caso tem unidimensionalidade e é passível de análise via escalograma. Se mais de 10% dos casos estudados contiverem decisões que fujam do padrão esperado, é indício que o caso isolado contém multidimensionalidade de atitudes e nenhuma conclusão pode ser retirada dele.

Com o escalograma, Schubert determinava qual a relação do deferimento desses casos a partir de dois fatores, que ele identificou como sendo as duas atitudes políticas mais relevantes para explicar decisões judiciais: liberalismo político (entendido no contexto de direitos civis) e igualdade econômica (entendida como ser a favor ou contra a parte economicamente desfavorecida). O uso delas estabelecia uma escala ordinal de liberalismo para os casos e, depois, para os ministros que os decidiram. Cada juiz teria, nessa escala, um “ponto ideal” de liberalismo vs. conservadorismo em cada eixo (liberdades civis e desigualdade econômica), no qual ele seria indiferente a respeito de qual opção política estaria contida na sua decisão. Pontos além e aquém do ponto ideal daquele juiz fariam com que ele tivesse uma atitude política forte o suficiente a respeito daquele caso para fazer um dissenso, deferindo ou indeferindo o pedido, de acordo com a posição do caso nesse gráfico. Apesar da relativa simplicidade da técnica empregada por Schubert – avaliando dois dentre a multiplicidade de princípios em jogo na maior parte dos casos que chegam às cortes –, ela conseguiu explicar a maior parte das decisões da Suprema Corte norte-americana até então, segundo Segal (2003). Esse sucesso fez com que o modelo atitudinal, inicialmente proposto por Schubert, crescesse até se estabelecer como principal modelo explicativo do comportamento de cortes de direito nos EUA, segundo Benesh:

"One would be hard-pressed to find a public law scholar, a law school professor, or a judicial behavioralist who could not define the attitudinal model." (BENESH, Sara C. 2003, p. 118)

While dispute over the pervasiveness of the attitudinal model continues today, no one now studying the Court could presume to understand its decisions without reference to its attitudinal makeup, and certainly no one would find mention of ideology and judging in the same sentence abhorrent. This is a testament to the work of Schubert and Spaeth. Indeed, while the legal community may still be among the most reticent, one noted legal scholar asserts, "If legal scholars fail to confront the attitudinal model, the resultant legal research will appear increasingly irrelevant" (Cross 1997, 254)." (BENESH, Sara C. 2003, p. 121)

Todavia, a metodologia inaugurada por Schubert ainda precisava lidar com os problemas do acesso às atitudes políticas e da circularidade, levantados anteriormente por Pritchett (e pelos críticos ao movimento atitudinal). Embora a análise de escalograma não tenha propiciado acesso mais direto às atitudes políticas dos juízes, ela ajudou a eliminar estatisticamente da população de casos aqueles nos quais essas atitudes estavam pouco claras (papel da seleção de casos com unidimensionalidade) e, com isso, delimitar melhor as influências de cada tipo de atitude no comportamento de juízes. Mas ela não ajudou com a circularidade. Embora a análise de escalograma (e as outras técnicas de análise estatística empregadas em menor escala por Schubert) fosse um avanço sobre a metodologia de Pritchett, na qual montavam-se tabelas baseadas em votos e tentava-se prever votos baseados nessas tabelas, o problema da circularidade não havia sido resolvido adequadamente ainda. A explicação para decisões futuras ainda vinha de decisões passadas, sem referências externas que validassem cruzadamente a análise.

Isso mudaria com o trabalho de Harold J. Spaeth (BENESH, 2003). O maior proponente do modelo atitudinal e principal discípulo de Schubert buscou refinar o então já bem estabelecido modelo atitudinal, lidar com o problema da circularidade e criar um *framework* de pesquisa que pudesse ser utilizado por outros como base para novas pesquisas. Inspirado por ideias da economia clássica e da teoria dos jogos, o modelo apresentado,

inicialmente, por Spaeth e Rohde (1976), consolidado por Spaeth e Segal (1993) e revisitado novamente por Spaeth e Segal (2002) via juízes como indivíduos racionais, que buscam maximizar suas preferências políticas dentro de um cenário de constrição de decisões, similar a um jogo econômico¹¹. Para eles (SEGAL, 2003, p. 88), os juízes eram atores políticos orientados por resultados, motivados por atitudes políticas e constrangidos por “regras do jogo” formais e informais. Spaeth e seus coautores defendiam que juízes agem racionalmente com o objetivo de maximizar a realização das suas opções político-ideológicas, em um cenário no qual precisam fundamentar a decisão politicamente motivada que fizerem na lei e na jurisprudência de seu país, bem como lidar com as restrições inerentes ao judiciário. Assim, o processo de tomada de decisão de um juiz seria mais similar à busca da decisão que o juiz em questão quer tomar (motivado pelas atitudes políticas dele), dentre as decisões possíveis de se tomar naquele ordenamento jurídico, do que com o processo de construção da decisão por meio de comparação entre fatos do caso e previsão legal defendido pelos legalistas.

Nesse modelo, as características do caso seriam, portanto, uma restrição à decisão judicial, não a “razão de ser” dela. Para os atitudinalistas que seguiram Spaeth, esse papel caberia às atitudes e aos valores políticos do juiz. Esses dois conceitos também são construídos a partir da evidência extraída dos votos dos ministros. Para Spaeth, atitudes políticas são conjunto de casos nos quais o escalonamento cumulativo foi possível de ser construído (SPAETH, 1979, p.122), de modo a indicar um conjunto de crenças inter-relacionadas por parte dos juízes estudados. E valores políticos são conjuntos de atitudes políticas com valores altos de correlação mútua nas decisões de um juiz ao longo do tempo. Enquanto o escalonamento cumulativo explica bem as posições de juízes em questões pontuais – por exemplo, proteções processuais do réu penal –, a meta-análise desse escalonamento e a identificação de valores políticos explicam a influência em decisões judiciais maiores – por exemplo, “respeito às liberdades civis”. E também explicam blocos de voto, além de ajudarem a entender a evolução ideológica das decisões de uma corte.

Spaeth defende o modelo atitudinal, afirmando que seu sistema conseguiu prever ou explicar 85% dos casos decididos pela Suprema Corte norte-americana, entre 1958 e 1976, por exemplo (SPAETH, 1979, p.122-131). Essa alta correlação entre atitudes políticas e resultados de decisões judiciais é a melhor evidência a favor do modelo atitudinal e contrária ao modelo legalista. Spaeth argumenta ainda que essa correlação só é tão alta porque juízes,

¹¹ A idéia havia sido proposta inicialmente por Schubert (1960), que criou o jogo Certiorari e o jogo dos Hughberts para tentar explicar alguns tipos de decisões tomadas pela suprema corte, mas só foi incorporada ao modelo atitudinal com Spaeth.

principalmente Ministros da Suprema Corte, estão entre os atores políticos mais livres de todos (SEGAL e SPAETH, 2002, p. 92-93). Protegidos por uma série de garantias, juízes não podem ser demitidos, ter o salário reduzido, não precisam ser eleitos (normalmente), só podem ter suas decisões revisadas por outros juízes, têm capacidade administrativa para definir sua própria carga de trabalho (seja por meio da delegação para assessores ou da rejeição de casos, no caso da Suprema Corte), precisam fazer poucas concessões a outras partes interessadas. No jogo econômico da decisão judicial, que fez parte do modelo atitudinal após Spaeth, eles têm uma capacidade incrível de transformar suas atitudes políticas em política pública: enquanto um deputado precisaria fazer alianças e concessões para aprovar um projeto de lei, além de pensar em sua situação de reeleição no futuro, um juiz precisaria apenas atentar às ações de outros juízes superiores, que poderiam cassar sua decisão; no caso de ministros da Suprema Corte, nem isso. E é essa liberdade dos juízes que permitiu a Spaeth fazer previsões com a escala e alta precisão.

Enquanto Pritchett e Schubert se ocupavam de elaborar modelos teóricos e metodologias capazes de explicar o comportamento de juízes, Spaeth quis colocá-las em teste. E, para isso, ele precisava de bases de dados sobre as quais estruturar suas tabelas de escalonamento cumulativo. Preocupado com erros metodológicos advindos da comparação de estudos que usam bases de dados diferentes, Spaeth foi um dos criadores da “U.S. Supreme Court Database”¹², que é uma das primeiras e a maior base de dados indexada sobre decisões da Suprema Corte norte-americana. Cada entrada dela diz respeito a um caso julgado pela Suprema Corte. E contém uma série de informações, que podem ser usadas para testar qualquer hipótese, organizadas em conjuntos. São variáveis como pano de fundo de casos (jurisdição originária, lugar de onde veio o caso, disposição dele antes de chegar à suprema corte), cronologia dos casos (datas dos argumentos orais, decisões, protocolo das petições), características das decisões (direção ideológica dos votos, área e temas do caso), resultados (qual parte ganhou, se houve declaração de precedente, se houve declaração de inconstitucionalidade) e dados das opiniões emitidas (informações sobre os votos, opiniões e blocos de voto dos juízes) (SPAETH e SEGAL; 2000, citados por BENESH, 2003, p.130).

Essas informações presentes na base de dados podem ser usadas para testar um sem número de hipóteses, o que contribuiu para o crescimento e popularização do modelo atitudinal. Benesh (2003, p.131) aponta que, entre 1991 e 2000, 78% dos estudos quantitativos em comportamento judicial utilizaram essa base de dados. Outras bases de dados

12 Acessível em <http://scdb.wustl.edu/about.php>

similares foram criadas posteriormente, como a que foi compilada por Donald R. Songer¹³ ou por Cass Sunstein (2006), cada uma tentando consertar problemas percebidos nas outras, embora nenhuma tenha a amplitude e profundidade da base de dados Spaeth. O resultado coletivo delas foi a facilitação do acesso de pesquisadores em comportamento judicial a dados confiáveis e o consequente aumento do número e da qualidade de estudos nessa área, a partir daí.

Nenhuma base de dados similar existe no Brasil. Embora existam iniciativas como o “Supremo em Números”¹⁴, a “Justiça em Números”¹⁵ ou outras pesquisas sobre o perfil dos magistrados brasileiros (VIANNA, CARVALHO, BURGOS, 2018), as bases de dados são mais focadas na coleta de metadados e não indexam as decisões com a profundidade que vemos na base de dados Spaeth, por exemplo. Faltam dados vitais para uma análise atitudinal, como perfil socioeconômico das partes, direção ideológica da decisão, atitudes políticas relacionadas ao caso, perfis das partes envolvidas. Essas bases de dados também não são orientadas por teorias do comportamento judicial como a base de dados Spaeth é – dados sobre orientação política dos juízes e de suas decisões são ausentes, por exemplo. A produção de uma base de dados detalhada como a base de dados Spaeth seria uma ferramenta extremamente poderosa para a melhor compreensão das forças que movem o judiciário brasileiro e insumo para políticas públicas no futuro. E sua ausência, provavelmente, é um dos principais motivos pelos quais esse campo de estudos se encontra subdesenvolvido aqui.

Outros autores fizeram contribuições importantes para o modelo atitudinal após Spaeth. Segal e Cover (1989), por exemplo, buscaram enfrentar o problema da circularidade, que era apontado, desde Pritchett, como um detrimento ao modelo atitudinal. Naquela época, Pritchett montava suas tabelas de atitudes políticas com base nos votos dos ministros da Suprema Corte e as utilizava para explicar esses votos (e outros): o problema de circularidade era óbvio. Schubert começa a abordar o problema com a utilização de votos anteriores para a construção das tabelas de atitudes políticas que explicariam votos posteriores – com isso, efetivamente, diluindo os dados que demonstrariam a existência de cada atitude e explicando decisões futuras, usando padrões decisórios e não decisões singulares. O modelo de Spaeth (BENESH, 2003, p. 123) seguia essa mesma metodologia, mas isso se provou problemático: ainda faltava qualquer tipo de verificação cruzada externa, que demonstrasse que os juízes estudados possuem as atitudes políticas apontadas pelos pesquisadores. A circularidade havia diminuído, mas ainda estava presente.

13 Acessível em <https://www.artsandsciences.sc.edu/poli/juri/appct.htm>

14 Acessível em <https://www.fgv.br/supremoemnumeros/>

15 Acessível em <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>

Segal e Cover respondem a esse problema com a criação do Score Segal-Cover (SEGAL e COVER 1989). Esse score mede o quão conservador ou liberal¹⁶ determinado ministro da Suprema Corte é com base nas reações de editoriais de jornais e revistas politicamente carregados do momento de sua nomeação. O score varia de 1.00 (unanimemente liberal) a -1.00 (unanimemente conservador) e, apesar de imperfeito, oferece um tipo de verificação externa e independente para a análise convencional de atitude política. Para calcular esse score, Segal e Cover pegavam um conjunto de jornais e revistas de grande circulação no país, com tendências políticas abertamente de esquerda ou de direita. E, de posse dos editoriais desses jornais e revistas, identificavam se cada um avaliava o recém-nomeado ministro da Suprema Corte como sendo liberal, conservador ou moderado a cada parágrafo. Eles usavam esses dados na seguinte fórmula:

$$\frac{(\text{número de identificações liberais} - \text{número de identificações conservadoras})}{(\text{identificações liberais} + \text{identificações moderadas} + \text{identificações conservadoras})}$$

E, assim determinavam, efetivamente, uma média das opiniões dos jornalistas que opinaram sobre a nomeação. Embora seja uma medida imperfeita, Segal e Cover encontraram correlação de 0.80 entre o score dos ministros que mediram e os votos desses ministros em casos envolvendo liberdades civis, o que indica que o score é, no mínimo, um bom *proxy*.

O maior problema do score Segal-Cover, em última instância, é que editoriais de jornais ainda são uma medida bastante imprecisa de alinhamento político. Jornais e revistas jornalísticas buscam vender edições e não produzir conhecimento, de modo que apenas se ocupam com nomeações para ministros da Suprema Corte, fato que torna impossível o cálculo de um score Segal-Cover para juízes de tribunais inferiores. Além disso, algumas matérias são mais chamativas para a mídia do que outras: mesmo Segal e Cover atentam que questões relativas às liberdades civis dominam os editoriais. E que outras matérias menos interessantes pra o público leigo, como federalismo e tributação, são pouco encontradas nesses textos, o que torna o score menos preciso para essas matérias. Esses dois problemas, somados a outras questões metodológicas controversas – por exemplo, Posner, Epstein e Landes (2013, p. 74) apontam que o fato do score ser calculado parágrafo a parágrafo faz com que jornais que usem editoriais mais longos ou com mais intervalos sejam super-representados – impediram

16 Novamente, utilizo essas palavras no sentido que os americanos as utilizam: conservador como sendo alinhado com os valores do partido republicano (e, em geral, com movimentos políticos de direita) e liberal como sendo alinhado com os valores do partido democrata (e, em geral, com movimentos políticos de esquerda).

que esse score fosse mais amplamente usado.

Outros autores propuseram respostas diferentes ao problema da verificação externa. Alguns criaram outros scores¹⁷, mas a maior parte baseada na base de dados Spaeth e, portanto, não externos às decisões judiciais que buscam explicar. O score Segal-Cover ainda é o principal medidor de atitude política independente de votos de juízes. Outros propuseram um medidor de atitudes políticas, que é usado por autores acadêmicos e jornalistas praticamente desde que há uma Suprema Corte – o partido do presidente que apontou o ministro. A lógica é que o processo de seleção utilizado por presidentes privilegiaria ministros que compartilham de seus valores políticos e ideológicos e que isso ajudaria a verificar atitudes políticas obtidas por meio de escalonamento cumulativo. Essa metodologia também é bastante precária. Como apontam Posner, Epstein e Landes (2013, p.71-72), presidentes não decidem quem indicarão para ministro da Suprema Corte com base apenas em alinhamento ideológico, mas também levam em consideração fatores pessoais, de política partidária e de política no congresso. E é comum que errem na escolha do candidato também.

O fato de a verificação externa ser um problema que o modelo atitudinal nunca conseguiu resolver efetivamente tem a ver com a maior crítica não-legalista que é levantada contra esse modelo. O foco na pesquisa empírica e quantitativa e a busca por um modelo preditivo do comportamento judicial fizeram com que os atitudinalistas dedicassem pouquíssima atenção para a construção de teoria. Segundo Benesh (2003, p. 125), esses autores viam construção de teoria como exercício indutivo e predição como seu objetivo real, e isso se reflete no seu trabalho. É difícil dizer se o modelo atitudinal é um modelo de como e porque juízes tomam as decisões ou se é apenas um método de previsão de decisões judiciais. Como ferramenta, ele é poderosíssimo: vemos a “teoria das dicas” de Tanenhaus (1963), por exemplo, conseguir prever com precisão incrível¹⁸ decisões de “*certiorari*”¹⁹ da Suprema Corte norte-americana. Há alguma similaridade com o experimento mental da “caixa chinesa” de Searle (1980): atitudinalistas conseguem dizer que dado *input* que entra no gabinete de um juiz vai resultar em certo *output*. Mas não sabem explicar se o que acontece dentro do gabinete leva de um a outro.

O modelo atitudinal ainda enfrentou outros problemas. Para começar, atitudinalistas

17 Por exemplo, o Score Martin-Quinn (MARTIN e QUINN, 2002) e o score Epstein et al. (2006), ambos baseados em votos tirados da base de dados Spaeth.

18 Segundo o próprio Tanenhaus, o valor p de sua pesquisa – isto é, a chance da distribuição de decisões favoráveis e contra agências reguladoras em casos relativos a *certiorari*, ser aleatório – estava entre 0.001 e 0.05, valor infimo para ciências sociais.

19 Nome dado à decisão da Suprema Corte que aceita ou rejeita ouvir determinado processo e, possivelmente, revisá-lo.

tendem a estudar quase que, exclusivamente, decisões da Suprema Corte. E, como demonstrado por Epstein, Landes e Posner (2013. p. 199 e 253), quanto mais hierarquicamente alta uma corte, mais sujeita ela está à influência das ideologias de seus juízes, fato que limita a capacidade explicativa do modelo atitudinal. Outro problema é que ele não consegue explicar casos de consenso: tais casos são excluídos do escalonamento cumulativo por não oferecerem informações relativas à posição dos juízes (se todos concordam, não há como saber quem é mais ou menos radical naquele tema). Benesh (2003, p.124) afirma que casos de consenso não são necessariamente casos rotineiros: se fossem decididos facilmente por precedente, não chegariam à suprema corte. E há relato de vários casos notoriamente difíceis, como *Brown vs Board of Education*, (caso histórico que dessegregou as escolas públicas norte-americanas) que foram unânimes. A incapacidade do modelo atitudinal de explicar e prever casos unânimes é uma fraqueza inquestionável no modelo, particularmente porque a análise legalista explica relativamente bem esse tipo de caso: se não há espaço no texto da lei para dissenso, um legalista argumentaria, não haverá dissenso. Notoriamente, contudo, ela também não explica bem *Brown vs Board of Education*, por causa do forte caráter de escolha política dessa decisão.

Por último, há ainda o fato de o modelo, como um todo, ainda depender, enormemente, de uma concepção de racionalidade advinda da economia clássica, que é pouco suportada pela psicologia contemporânea. A noção de que juízes seriam “políticos de togas” racionais, que buscam, meramente, maximizar suas opções políticas, num cenário de restrições jurídicas, tal qual um ator econômico busca maximizar seu bem-estar num cenário de restrições de mercado é útil para a formulação e o teste de hipóteses. Mas, como diriam Thaler e Sunstein (2008, p.6), diz respeito ao comportamento dos “*homo oeconomicus*”, não dos “*homo sapiens*”. Em outras palavras, essa noção de juiz racional requer um nível de coerência lógica interna que o ser humano não é capaz de atingir: vemos em Kahneman (2012, p.513-519), por exemplo, como que o julgamento humano é inconsistente com o modelo tradicional de ator racional defendido pela economia clássica. O *homo sapiens*, sistematicamente, interpreta errado dados, usa atalhos mentais ruins para poupar energia mental e falha em reconstruir adequadamente suas memórias.

Guthrie, Rachlinsky e Wistrich (2007) demonstraram como juízes especificamente estão sujeitos a esse tipo de erro: eles aplicaram o Cognitive Reflection Test²⁰ em juízes federais do circuito do estado da Flórida, nos EUA, e tiveram um resultado idêntico à média

20 Um teste simples de três perguntas que avalia a capacidade do sujeito de resistir ao impulso de dar a primeira resposta que lhe vem à mente, criado por Shane Fredrick (2005).

geral da população, considerando a margem de erro. Os mesmos autores também aplicaram testes relativos aos vieses de ancoragem, retrospectiva e representatividade nesse grupo de juízes e, apesar de esse grupo ter sido um pouco mais resistente aos vieses de retrospectiva e representatividade, eles ainda estavam sujeitos a tomar decisões viciadas por tais vieses. Essencialmente, se o modelo de juiz como ator racional politicamente motivado fosse uma explicação adequada do comportamento judicial, seria esperado que juízes tivessem resistências altíssimas a vieses cognitivos e uma capacidade anormal de controlar seus impulsos de resposta, o que não é coerente com as evidências encontradas até agora.

Por último, o modelo atitudinal nunca conseguiu oferecer uma resposta muito coerente para o estudo de decisões de juízes inferiores à Suprema Corte. Embora o procedimento de escalonamento cumulativo seja capaz de produzir informação mesmo para esses casos, ainda é extremamente difícil fazer referência cruzada para as atitudes políticas desses juízes, uma vez que, raramente, chamam a atenção o suficiente de jornais e revistas jornalísticas para tornar possível o cálculo de um score Segal-Cover. E o número maior de juízes torna o escalonamento cumulativo uma tarefa muito mais dispendiosa. É relevante também que as evidências apontem que cortes inferiores sejam menos sujeitas à influência de opções político-ideológicas de seus magistrados (POSNER, EPSTEIN e LANDES, 2013, p. 199), o que contribui para a redução do poder explicativo/preditivo do modelo atitudinal nessas cortes.

A partir dessas críticas ao modelo atitudinal, outras linhas de pesquisa se formaram. A crítica institucionalista, sobre a qual falarei a seguir, teve como consequências a criação do “modelo estratégico do comportamento judicial” e da linha de pesquisa histórico-institucional, que não chegou a produzir um modelo próprio para o comportamento judicial, mas contribuiu para a discussão de outras formas²¹. Além disso, a crítica ao papel central da racionalidade no modelo atitudinal produziu uma série de estudos mais recentes, que ainda não se consolidaram numa linha clara, baseados em ideias da psicologia cognitiva e da economia comportamental.

21 Outras linhas de pesquisa surgiram das investigações institucionais, mas essas são as duas mais influentes.

5. A GENESE DO NEOINSTITUCIONALISMO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Assim como o modelo atitudinal foi criado como resposta às críticas formuladas pelo movimento behaviorista, o modelo estratégico foi criado como resposta às críticas formuladas pelo movimento neoinstitucionalista. De forma similar também, esse movimento não teve início no campo do comportamento judicial, mas em outro campo da Ciência Política – o estudo do poder legislativo. Os primeiros neoinstitucionalistas eram adeptos de teorias de ator racional, assim como os atitudinalistas: eles estudavam o comportamento de congressistas norte-americanos, como sendo o comportamento de atores que buscam maximizar sua possibilidade de reeleição (WHITTINTON, 2000, p. 609). Esses autores propunham que o objetivo final de qualquer congressista é maximizar a realização de suas preferências políticas, tal qual os atitudinalistas pensavam acerca de juízes. Mas, como isso não era possível se não se reelegessem, a reeleição se tornava o foco principal dessa análise. Sorrateiramente, essa constatação trazia uma consequência não intencional: a necessidade de reeleição é uma característica institucional (por isso o nome) do poder legislativo, uma “regra do jogo” e uma variável não-atitudinal, uma vez que políticos de todos os lados do espectro ideológico precisam se reeleger. Da mesma forma, o nome “novo” institucionalismo trazia uma constatação: essa preocupação com questões institucionais era diferente da anterior (o legalismo), porque era feita sob uma perspectiva realista agora.

Essa recontextualização do papel do legislador fez com que surgisse uma contradição entre a teoria tradicional de ator racional e os dados encontrados por esses novos institucionalistas. A teoria tradicional ditava que, dado que legisladores fossem maximizadores de preferências políticas com um conjunto de atitudes políticas preestabelecido, seria fácil para uma minoria no Congresso introduzir novas matérias polarizantes que dividissem a base de apoio da maioria e, com isso, conseguir melhorar sua própria posição (WHITTINTON, 2000, p. 610). As evidências não mostravam que isso fosse muito comum, contudo: coalizões eram comuns e, em geral, estáveis. Acontece que o modelo de ator racional “puro” que era utilizado até então não previa as consequências de dinâmicas institucionais que eram extremamente relevantes: congressistas influentes sabiam utilizar a jurisdição de comitês, regras procedimentais e outras características do jogo político do legislativo para diminuir o custo de se formar uma coalização, restringir as escolhas que seus colegas podiam fazer e controlar o fluxo de informação, de modo a aumentar sua própria capacidade de direcionamento legislativo.

A partir daí, o institucionalismo começou a se espalhar por outras áreas da Ciência

Política, até chegar ao estudo do comportamento judicial. Maveety (2003, p. 193) resume o ponto de vista neoinstitucionalista como sendo o argumento que “dinâmicas de grupo importam” para o comportamento político. Graber (2018, p.2) faz um resumo similar ao falar que eles acreditam que “a forma como uma atividade é organizada importa” (novamente, para o comportamento político). Ambos falam coisas parecidas: o argumento neoinstitucionalista é, em última instância, que o comportamento de atores políticos inseridos num contexto institucional (seja essa instituição o congresso nacional ou um tribunal estadual) é constringido por uma série de fatores formais (como regras do jogo) e informais (como dinâmicas de grupo) que configuram, juntos, uma rede entrelaçada. Para a perspectiva neoinstitucionalista, cada ator age considerando a resposta esperada de outros atores, e os outros agem considerando a resposta esperada dele. Essencialmente, tanto o legislador quanto o juiz precisariam se atentar tanto às regras que regem seu trabalho (por exemplo, se o juiz é eleito ou ingressa na carreira via concurso público), quanto às ações de seus colegas e às consequências que elas trarão para seu próprio trabalho (por exemplo, as posições consolidadas que os juízes de um colégio tem influenciam uns nos outros).

Ecoando as palavras de Dahl sobre o behaviorismo, Bleich (2018) e Whittington (2000, p. 617) ambos descrevem o institucionalismo como sendo “mais um humor” do que “uma teoria clara ou abordagem analítica própria”, para autores histórico-institucionalistas como ele. De fato, não seria absurdo falar que o mesmo é verdadeiro também para os autores da linha estratégica – as duas linhas de pesquisa que surgiram como parte do enfrentamento do behaviorismo pelo institucionalismo. A partir do momento em que cientistas políticos começaram a se interessar pelas consequências de variáveis institucionais, foi lançado um desafio: o behaviorismo desbancou o institucionalismo “antigo” do legalismo como paradigma do comportamento judicial, sob o argumento de que aquele conjunto de teorias não seria consistente com a evidência encontrada. O novo institucionalismo precisava fazer algo similar para se instalar como um “humor” capaz de inspirar pesquisa legítima e produzir conhecimento.

Das muitas abordagens que sobreviveram ao longo do tempo, não é surpresa que as duas maiores ofereçam duas respostas diferentes para esse problema. Adeptos da abordagem histórico-institucional argumentam que o behaviorismo estava errado em insistir em um compromisso empírico mais robusto por parte dos cientistas políticos e retornaram às origens institucionalistas com estudos normativos e qualitativos, concentrando-se no histórico normativo de uma instituição como sendo a explicação do comportamento de juízes e encarando o protagonista da ação judicial como sendo o próprio Estado. Do outro lado,

defensores da linha estratégica buscaram construir uma ponte entre a literatura atitudinal, então consolidada, e suas novas investigações inspiradas pelo institucionalismo, concentrando-se na produção de conhecimento interdisciplinar (por exemplo, utilizando teorias da economia e da psicologia social para construir seu modelo). E utilizando o fenômeno da fluidez de votos como evidência empírica da existência de fatores não-atitudinais influenciando o comportamento de juízes. Vamos falar de cada um desses movimentos agora.

6. A PESQUISA HISTÓRICOINSTITUCIONAL

Das três maiores linhas de pesquisa do comportamento judicial, a linha histórico-institucional é a menos integrada com todas as outras (MAVEETY, 2003, p.285). Ela também é a menos coesa internamente de todas: ao contrário dos autores atitudinais, que, consistentemente, dialogavam entre si e buscavam reforçar e comentar os trabalhos uns dos outros, os autores histórico-institucionais estão espalhados entre várias tradições diferentes e cronologicamente distantes uns dos outros. O que os une em uma linha coerente é a rejeição ao “humor behaviorista”, citado por Dahl (1961), a adoção de metodologia de pesquisa primariamente qualitativa e uso da pesquisa histórica como principal fonte de dados. Outro elemento comum a vários deles é a ideia de “continuidade de caminho” da jurisprudência: o comportamento de juízes poderia ser explicado, em parte, a partir do histórico da jurisprudência daquele tribunal.

O primeiro autor histórico institucional é, segundo Clayton (2003, p. 289), o historiador e comentarista político Edward Corwin. A maior contribuição de Corwin para essa abordagem foi metodológica: contemporâneo da revolução behaviorista, ele foi um de seus maiores críticos e advogou o uso da história como método fundamental de análise da Ciência Política. Encarando as instituições políticas de um país como entidades normativas dotadas de uma vida própria, que evoluem e mudam ao longo do tempo por meio das escolhas políticas da sociedade que regulam, ele defendia que o papel da Ciência Política seria o de compreender essa evolução e, a partir dela, educar os atores políticos (inclusive juízes) sobre política (CLAYTON, 2003, p. 290). A Ciência Política dos autores histórico-institucionalistas é, portanto, frequentemente normativa, em contraste às outras linhas de estudo do comportamento judicial.

Corwin também era cético em relação aos métodos de pesquisa empregados pelos behavioristas: ele argumentava que o projeto de produzir uma ciência preditiva do comportamento judicial era incompatível com a razão e a liberdade humanas (CLAYTON, 2003, p. 307-308). E que a política é interconectada demais com outros fenômenos para ser estudada por meio de modelos quantitativos — não haveria como controlar as variáveis. Essa crítica foi herdada por outros autores histórico-institucionalistas posteriores e a análise histórica ainda é o principal método empregado por autores nessa linha.

Para tornar mais claro o que é a análise histórica defendida por Corwin, podemos nos voltar a um Bleich (2018), autor histórico-institucionalista mais recente, que argumenta em prol da análise histórica como sendo a forma mais adequada de se explicar a evolução da

jurisprudência da Corte de Cassação da França, em relação à restrição ao discurso de ódio.

Segundo esse autor, tal jurisprudência evoluiu no sentido de, inicialmente, apenas restringir discurso de ódio direcionado a minorias, depois expandiu as proteções a discursos de ódios direcionados também a maiorias e, por último, voltou a manter as restrições apenas a discursos de ódio direcionados a minorias. Segundo ele, esse comportamento não seria compatível com a explicação dos modelos atitudinais do comportamento judicial, porque as decisões protetivas de minorias e de maiorias estariam irregularmente espalhadas entre presidentes das turmas (único dado disponível no sistema francês para esses casos). E porque o processo de seleção de magistrados seria burocrático e independente de pressões políticas nesse caso, impossibilitando o uso do “apontamento pelo presidente” como *proxy* para atitudes políticas.

Ele também realizou pesquisa qualitativa consistente em entrevistas com advogados e juízes e obteve resultados fortes contrários à influência de atitudes políticas na tomada de decisão, o que ele julgou como um indício de que elas não seriam uma boa explicação. Igualmente, ele descartou o modelo estratégico do comportamento judicial (que será abordado na próxima parte desse texto), argumentando que não haveria consistência entre a ideologia do partido que estivesse no poder na França e a progressão da jurisprudência estudada, considerando que esse tipo de pressão política é um elemento típico do modelo estratégico.

Bleich (2018), então, argumenta que o fenômeno que melhor acompanha a evolução dessa jurisprudência seria o histórico e conteúdo ideológico da lei francesa, o posterior interesse de grupos de pressão nacionalistas na questão e a integração desse regime ao regime maior da Corte Europeia de Direitos Humanos. A lei francesa, publicada em 1972, teria tido um conteúdo pró-minoria forte, o que explicaria as proteções inicialmente conferidas a esses grupos. Num segundo momento, uma associação nacionalista francesa denominada “AGRIF” se interessa pelo assunto e dá início a uma campanha jurídica de processos que discutem discurso de ódio direcionados à maioria (brancos franceses), aproveitando-se de que a lei de 1972 teria utilizado termos racialmente neutros para qualificar os sujeitos de sua proteção.

Em 2000, uma série de reformas passadas pelo parlamento europeu e pelo congresso da França deram mais poder à Corte Europeia de Direitos Humanos e ampliaram o acesso da população a ela, fazendo pressão nos tribunais franceses para ajustarem suas decisões, de modo que fossem coerentes com o que é decidido naquela corte, que era mais protetiva dos direitos de minorias que de maiorias. A partir daí, a jurisprudência francesa retornou ao padrão de restringir o discurso de ódio direcionado a minorias com mais afinco do que àquele direcionado a maiorias, novamente. Bleich (2018) conclui argumentando que o caso é um

exemplo de como atores políticos oportunistas podem usar texto legal neutro para esvaziar o sentido de uma lei protetiva a minorias.

A análise de Bleich representa um exemplo interessante de trabalho histórico-institucional: ele não só deixa de lado o caráter comportamental da tomada de decisão judicial em prol do enfoque no quadro maior, como representa um retorno à noção de normatividade e autoridade da lei, similar ao argumento clássico formulado pelos legalistas. A diferença é que a lei é encarada do ponto de vista realista aqui: a proteção contra discurso de ódio direcionado a minorias não vem apenas da construção mecânica do texto legal, mas do compromisso político dos juízes que aplicam essa lei em contextos historicamente situados. A lei, na metodologia histórico-institucionalista, é o ponto de partida explicativo do comportamento judicial, não a história toda (como seria para um legalista). Eles a analisam junto do histórico de evolução institucional da jurisprudência daquela corte (como era decidido até então), do contexto histórico geral (a emergência de grupos nacionalistas bem assessorados juridicamente, por exemplo) e do contexto institucional daquela corte (como foi, no caso de Bleich, a influência da corte europeia sob a jurisprudência francesa).

Outro elemento fundamental da pesquisa histórico-institucional que iniciou em Corwin foi a ênfase desses autores nas idiosincrasias de cada juiz como fatores explicativos de seu comportamento. Segundo Clayton (2003, p. 306), a maior contribuição Corwin para a área foi rejeitar que a distinção ideológica de esquerda-direita fosse suficiente para explicar qualquer decisão judicial, sob o argumento de que tais ideologias são sempre historicamente contextuais. Esquerda e direita teriam um sentido hoje e outro ontem; além do mais, outros fatores menos facilmente enquadrados nessa distinção dicotômica também seriam relevantes (por exemplo, ele argumenta que a convicção para o darwinismo social era um fator importante na sua época). Dessas outras convicções, dentre as mais importantes estariam o papel que os juízes sentem que têm; sua convicção com relação a como interpretar a lei, similarmente às “atitudes em relação a lei” de Pritchett.

Autores como o biógrafo judicial Mason (DAVIS, 2003) expandiriam, a partir dessas ideias, posteriormente. Para eles, instituições são entidades dotadas de vida e autonomia próprias, que influenciam e são influenciadas pelos atores políticos que as compõem: juízes são influenciados pelo papel social que exercem e, por meio de suas ações, definem qual é o papel das instituições das quais fazem parte. Para eles, teorias de ator racional egoísta jamais seriam capazes de explicar o comportamento judicial adequadamente, porque ignorariam a influência desses papéis. Nem sempre um juiz tentaria apenas maximizar suas preferências políticas porque, ao decidir, ele também atenta ao seu papel institucional como juiz

(WHITTINGTON, 2000, p. 615). Mason populariza esse ponto com sua biografia do ministro Brandeis: um advogado corporativo rico que entra para a Suprema Corte norte-americana e compõe o bloco liberal dentro dela, teoricamente agindo contra o que seria seu interesse egoísta.

Para esses autores, entender juízes como parte de um sistema que combina indivíduo e instituição derivava de uma ideia fundamentalmente contrária ao “humor” behaviorista: enquanto atitudinalistas radicais rejeitavam que a lei fosse relevante para entender o comportamento judicial e atitudinalistas moderados e adeptos da linha estratégica acreditavam que ela exercia, no máximo, uma influência moderada sobre os juízes, os histórico-institucionalistas defendiam que a lei exercia não apenas influência sobre o comportamento de juízes, mas autoridade (WHITTINGTON, 2000, p. 614).

Essa autoridade deriva da influência de papéis institucionais no comportamento dos juízes. Para os autores dessa linha, atores políticos não podem ser vistos como indivíduos capazes de tomar as próprias decisões, mas como entidades historicamente situadas, cujo comportamento não é apenas constrangido pela instituição da qual fazem parte, mas definido por ela. Em vez de privilegiar conceitos oriundos da economia como “risco” e “alocação de recursos”, comuns na narrativa atitudinal (que usa esses conceitos para estruturar a orientação das atitudes políticas), histórico-institucionalistas centralizam o simbolismo dos atos legais, da lei, do papel e da instituição do judiciário (WHITTINGTON, 2000, p. 615) como elementos que explicam o comportamento de juízes. De forma similar ao legalismo, eles argumentavam que a constituição cria uma ordem normativa que explica o comportamento de juízes, por meio da formação de preferências institucionais neles.

Como parte dessa tradição vemos, por exemplo, a pesquisa de Gillman (1993, p.29-32 e 44-45), citada por Graber (2000, p.9), explorando “ideias legais autônomas” ao longo da história da Suprema Corte norte-americana, argumentando, por exemplo, que, ao contrário do que os atitudinalistas afirmavam, a Suprema Corte da presidência do ministro Lochner, notoriamente conservadora, agia com lealdade a valores constitucionais antigos e não a valores político-ideológicos, quando ela decidia contrariamente a ações de classe que representavam trabalhadores.

Um conceito importante para histórico-institucionalistas é o de instrumentalidade da lei (WHITTINGTON, 2000, p. 621). Eles diferenciam sua abordagem daquela defendida por autores atitudinalistas e estratégicos argumentando que, ao contrário deles, o histórico-institucionalista não adota uma perspectiva instrumental acerca da lei, isto é, ele acredita que a lei tenha significância ideológica e peso normativo. Para um instrumentalista,

categorias legais não seriam úteis para explicar o comportamento judicial, porque o objetivo de qualquer juiz seria, fundamentalmente, exercer seu poder de decisão, de modo a maximizar a realização de preferências externas à lei. Nessa perspectiva, a lei é, no mínimo, um instrumento para a política judicial e, no máximo, um obstáculo a ser superado por juízes suficientemente motivados. Um não instrumentalista argumentaria que o processo de socialização de profissionais do Direito, o treinamento jurídico e os critérios de seleção de pessoal das cortes contribuem para que juízes e seus assessores internalizem e reproduzam o discurso positivado em lei, o que faria com que seu comportamento fosse orientado por conceitos legais.

Segundo Whittinton (2000, p. 326), esses autores consideram o instrumentalismo como incompatível com o institucionalismo, julgando ser contraditório acreditar que a lei possa, ao mesmo tempo, ser imprecisa o suficiente para não explicar bem o comportamento de juízes e precisa o suficiente para constrianger o comportamento deles. Outros institucionalistas (sobre os quais falarei no próximo capítulo) discordam dessa posição. O não instrumentalismo é excepcional dentre estudiosos do comportamento judicial, que são, em maioria, herdeiros do movimento behavioralista.

Para Gillman (2003, p.337), o autor responsável por transformar as ideias de críticos do behaviorismo como Corwin e Mason em uma teoria minimamente consistente do que seria a análise histórico constitucional é Howard McCloskey. Historiador de formação e crítico tanto da metodologia behaviorista, quanto da possibilidade de se produzir Ciência Política que não fosse também normativa, McCloskey acreditava que era possível entender o comportamento das cortes por meio da compreensão dos papéis sociais e políticos que elas representam. Ele usa essa noção de “papéis sociais” como ligação entre a autoridade dada à lei por autores anteriores a ele e a importância de convicções judiciais vista, por exemplo, em Corwin.

McCloskey (GILLMAN, 2003, p. 338) afirma que juízes representam papéis dentro de instituições que estão inseridas num contexto maior de governança e eles têm forte influência sobre seu comportamento. O papel social exercido por uma corte é, ao mesmo tempo, o de estrutura normativa que constriange comportamento e de estrutura política localizada historicamente e em um contexto maior de interesses políticos, que traz uma concepção valorativa em si. Essas duas características seriam vitais para se compreender como as cortes exercem poder. Para McCloskey, o poder das cortes vem de sua legitimidade e esta, da sua capacidade de atrair suporte dos cidadãos e dos grandes interesses constituídos no Estado em que essa corte está inserida para a “instituição” da corte (o papel institucional exercido pela

organização que é o poder judiciário, em seus vários níveis). Esse suporte viria da percepção que a corte segue a lei instituída naquele Estado, o que daria autoridade normativa para a lei perante os juízes e faria com que ela pudesse explicar seu comportamento. Elementos como a vinculação de juízes a precedentes e à estrutura de recursos serviriam para convencer tais interesses de que as cortes seguem uma estrutura normativa estável; que eles não meramente são cortes, mas que “parecem” com cortes de direito. Juízes mais ativistas sacrificariam um pouco dessa legitimidade e, para McCloskey, esse é o motivo da perspectiva legalista ser tão entrenchada entre operadores do Direito.

Como é possível ver, similarmente aos legalistas antes dele, McCloskey era, ao mesmo tempo, teórico de como as cortes funcionavam e de como elas deveriam funcionar. O discurso acerca da estrutura legal, que providencia a legitimidade das cortes, servia tanto para tentar explicar o comportamento delas quanto para argumentar sobre a fonte de sua legitimidade. Contudo, ele não é um legalista: vemos em Gillman (2003, p. 349) que McCloskey diferenciava dois tipos de estudiosos do comportamento judicial – chamando os legalistas de “inocentes” e os realistas de “iniciados”. Ele completa o conceito, criticando os demais realistas (que não fossem histórico-institucionalistas), argumentando que, apesar de eles terem crédito por constatarem que as cortes de direito são entidades políticas, falharam em perceber as características delas, além desse fato. Para ele, o papel das cortes era ser uma entidade que, continuamente, tentava encontrar uma posição apropriada para si mesma na sociedade americana (que é a que ele estudava), dentro de seu contexto histórico particular. E ele via o comportamento judicial pela lente desse conflito.

Autores histórico-institucionalistas posteriores ainda são fortemente influenciados por essa visão: a análise de Bleich sobre crimes de ódio na França, que citei anteriormente, por exemplo, não fala expressamente dos conceitos explorados por McCloskey, mas depende implicitamente de sua visão. Ao argumentar que a manipulação do sistema institucional das cortes por atores políticos novos que ingressaram nesse sistema buscando reforçar suas visões políticas, Bleich implicitamente reforça a importância tanto do papel social da corte (que é ao mesmo tempo parte do sistema judiciário da França e do sistema maior da União Europeia), quanto da percepção de legitimidade da corte (que envolve a percepção de imparcialidade e soberania do Direito, utilizada pelo grupo nacionalista para seus fins, e o conteúdo político das decisões daquela corte, que, eventualmente, foi parte da causa da reforma de suas posições nesse tema).

Devido à sua característica rejeição ao behaviorismo, o histórico-institucionalismo é a abordagem realista do comportamento judicial que menos dialoga com as demais. Enquanto

autores atitudinalistas e estratégicos frequentemente compõem artigos e livros em conjunto, e confrontam as visões um do outro, a rejeição de autores histórico-institucionalistas em adotar metodologia de pesquisa quantitativa fez com que seus trabalhos tivessem pouco espaço em comum para discutir com os outros. Discordâncias quanto à metodologia também têm um papel nessa rixa: embora autores atitudinalistas e estratégicos discordem, fundamentalmente, acerca de como melhor explicar o comportamento de juízes e, frequentemente, recorram a ferramentas metodológicas diferentes, ambos ainda trabalham com uma metodologia predominantemente quantitativa. E buscam sustentar cada novo elemento teórico que produzem em evidência empírica estatisticamente relevante, ainda que nem sempre tenham sucesso nessa empreitada.

Autores histórico-institucionais, por outro lado, trabalham um tipo de análise fundamentalmente teórica e usam evidência para, no máximo, ilustrar seus argumentos. Eles também raramente empregam o tipo de análise estatística utilizado, por exemplo, por Schubert para demonstrar a relevância de seus argumentos e superestimam o valor de provas anedóticas. Por exemplo, o estudo sobre a mudança na política contra discurso de ódio na Corte de Cassação da França, que citei anteriormente (BLEICH, 2018), argumenta que o modelo atitudinal seria insuficiente para explicar a mudança observada por dois motivos: primeiro, porque ela seria inconsistente com a sequência de presidentes daquela corte, uma vez que os mesmos presidentes teriam presidido tanto decisões contra, quanto a favor das restrições observadas. Segundo, porque o autor entrevistou vários experts no assunto – juízes, advogados que militam nesse tipo de causa, membros de associações de combate ao racismo – e nenhum deles teria afirmado que ideologia política foi um fator relevante em mudanças jurisprudenciais. Contudo, ele não produz uma análise de escalonamento cumulativo (ou alguma outra técnica que tenha efeito similar), que demonstre um fracasso do modelo atitudinal e utiliza um *proxy* extremamente fraco (o presidente da corte) para a composição política daquele tribunal – e sequer qualifica esse *proxy*, caracterizando as atitudes políticas de cada presidente.

Além disso, o uso de entrevistas não aleatórias, não anônimas com atores políticos claramente interessados no tema em questão é uma falha metodológica inegável, particularmente dada a tendência desse tipo de entrevistado de se colocar como mais legalista do que realmente é (POSNER, EPSTEIN e LANDES, 2013, p. 50). Comparativamente, quando autores estratégicos como Epstein, Landes e Posner rejeitam a explicação do modelo atitudinal (POSNER, EPSTEIN e LANDES, 2013, p. 199) eles o fazem após extensa análise de dados, marcando a relevância estatística de suas conclusões. E, assim como os

atitudinalistas, ainda encontram substancial influência de ideologia no comportamento das cortes, embora não acreditem que seja o único fator relevante. A consequência é que autores histórico-institucionalistas tendem a ser ignorados por seus pares (WHITTINGTON, 2000, p. 629) com mais frequência, e a produzir trabalhos menos influentes por causa disso.

Essa divisão entre autores histórico-institucionalistas e os demais é ampliada ainda por dificuldades em integrar o conceito de “instituição” utilizado por essa escola com o dos demais neoinstitucionalistas. Whittington (2000, p. 615-616) aponta que, desde o início, os autores que se interessaram por estudar o comportamento de juízes usam o conceito de “instituição” proposto por Smith (1988), que seria “*relatively enduring patterns of behavior that (1) have arguable importance for human decisions that significantly shape social development and (2) appear subject to meaningful modification through such choices and conflicts*”. Em contrapartida, os demais neoinstitucionalistas veem “instituições” como algo muito mais próximo de uma ideia de “regras do jogo”²², devido à influência que a teoria dos jogos teve no desenvolvimento dessa abordagem.

Os conceitos não poderiam ser mais diferentes e é fácil ver, a partir deles, porque essas duas escolas, ambas autodenominadas “neoinstitucionalistas”, não conseguem conciliar seus trabalhos. O próprio Whittington (2000), ele mesmo um histórico institucionalista, admite que há alguma verdade nas críticas formuladas a esse conceito, que seria tão amplo que impossibilitaria uma investigação rigorosamente empírica sobre a influência de instituições no comportamento judicial. Maveety (2003, p. 287) mostra que esse alargamento conceitual faz com que trabalhos dessa abordagem corram o risco de ter um escopo amplo demais e falarem não de comportamento judicial, mas de história ou sociologia dos tribunais.

Outro problema enfrentado por essa abordagem foi não ter conseguido construir um modelo histórico institucional do comportamento judicial, tal qual, por exemplo, Spaeth fez com o modelo atitudinal, que tornasse o modelo testável e comparável com outros. Isso teve várias causas, dentre elas, a dificuldade de conciliar a diversidade intelectual que marca autores histórico-institucionais, em geral, mais unidos na crítica ao behaviorismo do que na proposição de conceitos próprios comuns, bem como a própria resistência desses autores a esse tipo de construção teórica integrativa. Maveety (2003, p. 24) aponta que autores dessa abordagem costumam se preocupar mais com a produção de estudos etnográficos, que buscam compreender em profundidade uma corte em específico, e não em produzir uma teoria unificada do comportamento judicial. A falta de um modelo que reunisse o trabalho dos principais autores da área em uma construção teórica coerente serviu para isolar os

²² Falarei mais a fundo sobre esse conceito no próximo capítulo.

históricoinstitucionalistas, pois tornava seu trabalho menos acessível a novas gerações de acadêmicos e dificultava a obtenção de premissas claras para fundamentar políticas públicas ou para testar e comparar com outros modelos.

Ao contrário deles, os autores da linha estratégica buscaram conciliar as novas ideias trazidas pelo institucionalismo com os valores do movimento behavioralista e com as observações do modelo atitudinalista. Nisso eles tiveram mais sucesso: apesar de o modelo atitudinalista ainda ser o mais sólido empiricamente, é difícil encontrar um estudo sobre o comportamento judicial que não seja minimamente institucionalista. E mesmo o mais cético dos atitudinalistas teria dificuldade em refutar completamente o trabalho desses autores. E muitas das linhas de investigação mais vanguardistas, dentro do estudo do comportamento judicial, são fortemente inspiradas pela abordagem estratégica. Falarei sobre ela agora.

7. O MODELO ESTRATÉGICO E A VISÃO DO JUIZ COMO ATOR RACIONAL

A outra grande abordagem institucionalista é a abordagem estratégica do comportamento judicial, que, por sua vez, começa como uma abordagem de ator racional. Brenner (2008), citando Baum (1997, p. 32), elenca uma série de premissas que são comuns a autores que encaram o comportamento judicial como sendo um tipo de comportamento estratégico pautado pela racionalidade:

1. Indivíduos têm objetivos que eles buscam alcançar;
2. Esses objetivos são perseguidos instrumentalmente, e não como fins em si mesmos;
3. Tipicamente, presume-se que esses objetivos são limitados em número e que pessoas em papéis similares têm o mesmo tipo de objetivos;
4. Pessoas agem buscando seus objetivos com base na crença que têm das opções disponíveis para eles e das consequências dessas opções;
5. Normalmente, mas não sempre, presume-se que tais indivíduos vão agir buscando maximizar a realização de seus objetivos;
6. Indivíduos consideram os resultados coletivos de suas ações quando tomam uma decisão

De maneira similar, Epstein e Knight (2000, p. 2) colocam os três pilares da abordagem estratégica como sendo a ideia que atores sociais fazem escolhas para alcançar seus objetivos (que, para eles, não são exclusivamente políticos), que essas escolhas são estratégicas, levam em consideração a resposta esperada de outros atores e que são estruturadas pelo contexto institucional em que são tomadas.

O resultado dessas premissas é que eles vêem o comportamento de juiz como sendo um comportamento sofisticado, ou estratégico, em contraste ao comportamento sincero (agindo de acordo com suas preferências) que o modelo atitudinal defende. Esse comportamento estratégico é a fundação da ideia de racionalidade para os primeiros autores estratégicos. Desde que juízes definam objetivos instrumentais, cujo propósito é realizar suas preferências políticas, e ajam, estrategicamente, para maximizar as chances de alcançá-los, eles estariam agindo racionalmente. Em oposição, um juiz que votasse sinceramente de acordo com suas preferências, mas ignorasse as restrições a que está sujeito e, por causa disso, tomasse uma decisão ineficaz agiria irracionalmente, ou seja, agiria na contramão da realização de seus objetivos (muito embora siga-os “em espírito”).

Essa abordagem tem início com o livro “*Elements of Judicial Strategy*”, de Walter Murphy (1964). O modelo inaugurado por Murphy buscava conciliar a ideia behaviorista de

instrumentalidade da lei, com a atenção dada pelos novos institucionalistas ao papel constritor que as “regras do jogo” exercem sobre o comportamento de juízes. A abordagem estratégica de Murphy concebia o juiz como um indivíduo politicamente motivado que usava da racionalidade para maximizar a efetivação de suas concepções políticas, em um cenário no qual fatores externos constroem seu horizonte de decisão. Esses fatores podem ter origem na estrutura formal do trabalho do juiz, por exemplo, a possibilidade de revogação de decisões da Suprema Corte norte-americana pelo Congresso daquele país por meio do processo legislativo. Podem também se originar na estrutura social do trabalho do magistrado, por exemplo, a necessidade de apaziguamento dos colegas de turma de um juiz, a fim de não ser sempre o voto vencido. Por causa desse entrelaçamento de relações de poder, o juiz seria como um rei feudal: poderoso sobre sua corte, mas só poderia agir até onde os outros senhores feudais interessados lhe permitissem agir.

Antes de entrar nas posições de outros autores estratégicos, é importante diferenciar a posição atitudinalista das primeiras posições estratégicas, uma vez que ambas trabalham com um modelo de ator racional. Para os primeiros, juízes são atores racionais, que agem de forma a realizar sua visão política por meio de suas decisões, em um contexto no qual a lei serve para pouco mais do que separar os casos nos quais há abertura interpretativa (e portanto, possibilidade de dissenso) dos casos nos quais não há essa abertura (e portanto, geram consensos). Como os atitudinalistas estudavam exclusivamente as causas do dissenso em decisões judiciais, a lei não era vista como algo que constrange o comportamento, mas como uma variável a ser eliminada do estudo por meio do escalonamento cumulativo.

Por outro lado, os autores da abordagem estratégica viam o papel da racionalidade no trabalho do juiz como sendo um de adequação de meios a fins: embora reconhecessem que o objetivo último dos magistrados era o de efetivar suas visões políticas de mundo, eles argumentavam que isso não era tão simples quanto “decidir na direção do que você acredita”. E que juízes estavam sujeitos a pressão de diversos grupos de interesse, que poderiam interferir em seu trabalho. Esses grupos, efetivamente, definem as regras do jogo: o congresso nacional, o presidente, os colegas de turma, todos têm poderes formais e informais de afetar uma decisão. E o juiz, como ator racional, precisa bolar uma estratégia de sucesso para que seu comportamento efetivamente se converta em realização de política. É possível afirmar, portanto, que a diferença é que a racionalidade atitudinal é expressa por meio da concepção de um juiz que age com sinceridade em suas convicções. E a racionalidade estratégica é expressa por meio da elaboração de comportamento sofisticado e insincero, que lhe permita atingir esses mesmos objetivos políticos.

As abordagens estratégica e atitudinal não são, necessariamente, incompatíveis entre si. Mas há uma dificuldade no campo de transformar as restrições apontadas pelos autores estratégicos em dados quantitativos. E, portanto, é comum a posição entre autores atitudinalistas de reconhecer a importância de restrições institucionais no comportamento, mas se colocarem como céticos perante a falta de evidência que a prove (SEGAL e SPAETH; 1993, citados por WHITTINGTON, 2000, p. 609). O que tornou essas abordagens compatíveis foi o fato de ambas serem behavioristas²³: a abordagem estratégica ainda buscava construir Ciência Política a partir da empiria, ainda fazia amplo uso de pesquisa quantitativa e ainda buscava produzir teorias capazes de prever e explicar decisões judiciais, de modo que ela não pôde abrir mão das construções teóricas e das observações dos atitudinalistas sem que estivesse ignorando evidência.

Segundo Epstein e Knight (2003, p. 204) e Segal (2003, p.91), o primeiro trabalho estratégico e o primeiro autor a aplicar teoria dos jogos e noções de racionalidade ao comportamento de juízes, inclusive, foi um atitudinalista. Schubert (1960) dedica um capítulo inteiro do livro "*Quantitative Analysis of Judicial Behavior*" ao "Jogo dos *Hughberts*", no qual ele lança mão da teoria dos jogos, para compreender o comportamento dos ministros Roberts e Hughes (juntando-se seus nomes e ajustando para o plural, temos "*Hughberts*"). Esses dois ministros tinham um comportamento relativamente anômalo na Suprema Corte: não eram fortemente de esquerda ou de direita e, portanto, tinham o poder de alterar a balança de votos daquela corte.

Para Diesing (1971, p. 117), o jogo designava dois objetivos para os juízes "*Hughberts*": o de maximizar o poder de seu próprio voto e o de maximizar o número de coalizões unânimes da Suprema Corte (e, portanto, maximizar a autoridade das decisões da corte, uma vez que um voto unânime é menos questionável). A primeira consequência disso é que os *Hughberts* sempre buscarão fazer parte da maioria e nunca farão um voto vencido, migrando sempre para o lado que fará o voto vencedor. A segunda consequência é que, para maximizar seu próprio poder de voto, eles sempre buscarão formar a menor coalizão vencedora com os outros ministros, a menos que seja possível formar um voto unânime, pois a menor coalizão vencedora maximiza o poder de barganha deles com seus colegas de turma.

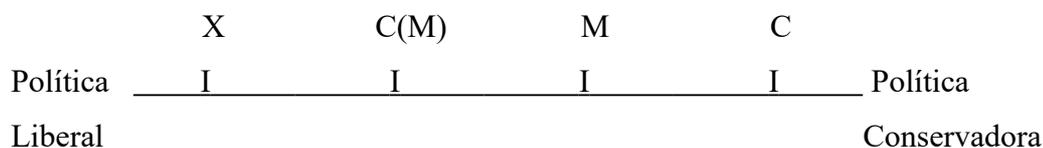
Apesar de imperfeito, esse jogo inovou por levar em consideração não apenas as atitudes políticas desses ministros, mas a dinâmica interna de poder da corte como um todo; tratava a decisão não como produto do trabalho de vários indivíduos que, coincidentemente,

23 Ao descrever o estratégico Baum, por exemplo, Graber (2018, p.21) o classifica como "um institucionalista e behaviorista";

integravam o mesmo órgão, mas de um grupo institucionalmente interligado.

Epstein e Knight (2000) apontam como Murphy (1964), inspirado pelo jogo dos *Hughberts* e pelo trabalho de Pritchett, postulou que o comportamento de ministros da Suprema Corte poderia ser previsto não apenas por suas atitudes políticas, mas pelas reações que cada ministro esperava que os outros atores políticos interessados fossem ter. Nos EUA, o Congresso (e, por meio de sua influência no Congresso, o Presidente) pode interferir em decisões da Suprema Corte de uma miríade de formas: é possível, embora raro, que cassem diretamente uma decisão da Suprema Corte, por meio da aprovação de leis que contradigam os entendimentos jurisprudenciais da corte; podem congelar salários; cortar o orçamento da corte e cassar suas competências. Assim, um juiz que tivesse como objetivo maximizar a realização de suas preferências políticas não poderia simplesmente votar sempre no que sua intuição manda: uma decisão conservadora demais ou progressista demais poderia causar alarde político suficiente para que o Congresso fizesse algo a respeito. E acabasse por legislar na direção oposta àquela inicialmente desejada ou punir a corte como um todo. Assim, um juiz que agisse racionalmente e fosse motivado ideologicamente tomaria a decisão mais próxima possível de seu ponto ideal (onde ele quer que a decisão esteja, descontadas as variáveis institucionais), mas apenas até o limite do que ele acha que será tolerado pelos seus companheiros juizes, sem prejudicar a formação de uma coalização vencedora e sem gerar uma revisão seus votos ou outra consequência negativa pelo Congresso Nacional.

Epstein e Knight (2003, p.201-202) fazem uso do seguinte gráfico para explicar esse conceito, imaginando que ele representa o horizonte interpretativo de um juiz hipotético que precisa interpretar uma lei ambígua:



Nesse gráfico, X representaria o status quo da interpretação antes da atuação do nosso juiz hipotético; M seria a média das posições dos congressistas sobre o tema; C seria a média dos congressistas nos comitês-chave que definem a pauta do congresso e C(M) seria o ponto de indiferença desses comitês, ou seja, o ponto até onde seria possível levar a interpretação, sem que isso instigasse uma reação institucional pelo Congresso norte-americano. No modelo atitudinal, o juiz buscaria sempre decidir próximo de sua posição ideal – no caso de um juiz liberal, por exemplo, à esquerda de X. Para Murphy, esse mesmo juiz deveria decidir no ponto

C(M), que é o ponto mais à esquerda possível, que não atrairia a atenção dos comitês do congresso; um juiz mais conservador, de outra maneira, provavelmente decidiria em um ponto o mais à direita possível de C(M), pelos mesmos motivos.

Apesar de se posicionar firmemente no campo behaviorista do debate, Murphy contraditoriamente, não buscou estabelecer hipóteses testáveis (EPSTEIN e KNIGHT, 2003, p. 208-209) ou dar nenhum tipo de estrutura formal para suas proposições, dizendo apenas que um juiz “pode” se comportar de uma maneira ou de outra e sempre dando espaço para outras possibilidades. Ele afirmava, por exemplo, que, frente a uma renovação de uma das cadeiras da Suprema Corte, um juiz mais antigo “pode” tentar convencer o novato a entrar para seu bloco de votos (mas também pode não fazer isso). A falta de análise sistemática do comportamento e de exploração da evidência empírica que sustentasse as ideias de Murphy fez com que autores seguintes da abordagem estratégica fossem forçados a enfrentar o problema da verificação de uma forma que seus colegas atitudinalistas e histórico-institucionalistas nunca precisaram; os primeiros porque construíram seu modelo limitando-se estritamente ao que é demonstrado empiricamente; e os segundos, porque nunca pretenderam ter esse nível de confiabilidade em seu trabalho.

Apesar de críticas de atitudinalistas, como Schubert, pela falta de hipóteses testáveis e de histórico-institucionalistas e como Mason, pelo perigo de se expor demais os jogos de poder internos da Suprema Corte (EPSTEIN E KNIGHT, 2003, p.206) para a legitimidade dela, o trabalho de Murphy instigou uma nova geração de autores que formariam a abordagem estratégica, que buscou enfrentar as críticas recebidas por Murphy e demonstrar o efeito de restrições institucionais no comportamento de juízes. Isso teve como consequência a divisão dos autores estratégicos em dois campos: os que, seguindo o exemplo de Murphy, buscaram explorar como que a teoria dos jogos e a perspectiva de ator racional poderiam contribuir para o estudo do comportamento judicial e os que buscaram influências na literatura atitudinal, na psicologia e em outras ciências sociais, e construíram um paradigma sociopsicológico desse comportamento.

Epstein e Knight (2000, p. 646-651) usam da distinção estabelecida por Snidal (1985, p.27) para dividir o primeiro grupo em autores que usam a teoria dos jogos como ferramenta para descrever o comportamento judicial e os que a utilizam como ferramenta de análise desse comportamento. Os primeiros são autores que usam a teoria dos jogos meramente como forma de expressão de um problema histórico – como um caso judicial, por exemplo. Esse tipo de trabalho usa a linguagem da teoria dos jogos para tentar entender um caso em particular. Epstein e Knight dão o exemplo do trabalho de Brams (1990) sobre como é

possível entender os votos de dois ministros da Suprema corte no caso Watergate, por exemplo, por meio de uma matriz que mostra como a decisão tomada é a racionalmente melhor para os objetivos daqueles juízes (ter uma decisão eficaz, evitar uma crise constitucional e votar a favor do presidente²⁴), mesmo que não represente a melhor opção possível. Fazendo um jogo similar ao dilema do prisioneiro, Brams mostra como os ministros Blackmun e Burger, votaram contra o presidente Nixon, porque sabiam que ele poderia tentar descumprir a decisão da corte e, conseqüentemente, sofrer um impeachment. E um voto não-consensual seria um voto mais fraco e, portanto, suscetível a isso. Os ministros preferiam ter uma decisão contrária às suas preferências imediatas, porém eficaz, do que reduzir a autoridade da Suprema Corte como um todo — causando uma crise constitucional— e colocar o presidente numa situação que pudesse levá-lo a enfrentar um impeachment.

O uso de teoria dos jogos como ferramenta descritiva é menos útil para estudar o comportamento judicial do que a história de casos judiciais, contudo. Ela requer conhecimento histórico do caso como um todo, inclusive seu resultado, de modo que só pode ser feita após o trânsito em julgado. E só pode ser tão precisa quanto a captação de informações históricas que a informou, além de não servir para tentar prever o comportamento de juízes antes de decidirem. No caso de Brams, por exemplo, descobriu-se posteriormente que o ministro Burger era contrário à posição do presidente Nixon o tempo todo, a partir de anotações de um de seus colegas com quem discutiu o caso, o que invalidaria a explicação dada por Brams (embora seja possível montar um novo jogo para os outros ministros à luz de novos dados).

Tanto Snidal quanto Epstein e Knight concordam que o segundo grupo encontrou uma ferramenta substancialmente mais poderosa para compreender o comportamento de juízes – o uso de teoria dos jogos como instrumento de análise do ambiente decisório deles. Os autores que optam por essa abordagem argumentam que é possível usar as ferramentas da teoria dos jogos para entender o contexto institucional, no qual juízes estão inseridos, o tipo pressão política que podem sofrer ao tomar decisões e as conseqüências disso no ponto ideal de suas decisões. Epstein e Knight (2003, 2000) citam o trabalho de Eskridge (1991) que, similarmente a Murphy se interessa pela influência do Presidente da República e do Congresso Nacional na decisão de um Ministro da Suprema Corte norte-americana. Eskridge argumenta que a separação dos poderes nos EUA pode ser vista como um jogo. E que ele explica o porquê de ministros conservadores ocasionalmente tomarem decisões liberais e

24 Ele estipula que os ministros Blackmun e Burger eram favoráveis ao caso do presidente porque eles votaram a seu favor em outros momentos do processo.

vice-versa.

O “jogo da separação dos poderes” imagina que uma decisão da Suprema Corte passa por uma linha de decisões de vários atores políticos após o trânsito em julgado, ao longo dos quais será decidido se haverá nova lei que revogue a interpretação dada pela corte. Essa corrente de decisões começa com comitês-chave do Congresso norte-americano, que detêm substancial poder de definir agendas e influenciar congressistas (como o comitê do Judiciário por exemplo) e decidem se querem tentar revogar essa decisão. Depois, as câmaras do Congresso escrevem e votam em uma lei que revoga a decisão da Suprema Corte e, caso o resultado seja positivo, o presidente da república decide se vai vetar ou não a referida lei. Se vetá-la, o Congresso ainda vota novamente pela possibilidade de cassação do veto presidencial. Nesse jogo, é necessário que todos esses atores decidam consecutivamente que querem que a decisão da Suprema Corte seja revertida para que isso aconteça. E isso, efetivamente, limita o horizonte decisório da Suprema Corte ao espaço dentro dos pontos de indiferença dos comitês chave do Congresso Nacional, de seus comitês-chave e do presidente (pontos até onde esses atores políticos não estão coletivamente dispostos a se mover para repudiar a decisão).

A conclusão do jogo de Eskridge é bastante similar às observações de Murphy. E é uma forma estruturada de se pensar em como o design institucional dos três poderes interfere na decisão de uma corte constitucional. Por exemplo, uma das conclusões que Eskridge desenha, é que, em contraste com o modelo legalista, a composição atual do Congresso Nacional seria mais importante para a interpretação de uma lei do que a composição do Congresso de quando essa lei foi aprovada, pois é o Congresso atual que vai decidir se vai tentar revogar ou não tal interpretação ou punir de alguma outra forma a Suprema Corte por ela.

O modelo estratégico de Eskridge e outros similares a ele²⁵ tinham como objetivo aprimorar o modelo atitudinal por meio da introdução de variáveis institucionalistas. E, com isso, produzir um modelo que previsse melhor o comportamento de juízes. A divergência fundamental entre esses estratégicos e os atitudinalistas, segundo Segal (1997, p. 29), é que, para os primeiros, juízes não são livres para decidir de acordo com suas atitudes, devido a restrições institucionais, como as delineadas em jogos, como o jogo de separação dos poderes. E, para os segundos, o design institucional do judiciário (vitaliciedade, garantias salariais e a autonomia institucional desse poder como um todo) é suficiente para assegurar que juízes consigam votar de acordo com suas preferências e, portanto, basta entender as

25 Por exemplo os modelos de Spiler e Gely (1992).

atitudes políticas dos juízes para entender suas decisões.

Criticando os modelos estratégicos baseados em jogos de separação de poder, Segal (1997, p. 31) defende que eles não só não delimitam corretamente o ambiente decisório das cortes como não encontram sustentação empírica forte. Para que o jogo da separação de poder explique o comportamento judicial, ele argumenta, é necessário que juízes tenham os insumos necessários para formularem suas estratégias de voto. E que o perigo de uma revogação legislativa seja algo real o suficiente para justificar o esforço de formular tais estratégias. Assim, esses modelos presumem, por exemplo, que as cortes têm informações perfeitas ou, pelo menos, muito boas sobre as posições do Congresso e dos comitês-chave que seriam responsáveis por iniciar o processo legislativo, caso estivessem insatisfeitos com sua decisão. Eles precisariam que as questões decididas em cada processo fossem unidimensionais, isto é, lidassem com uma matéria jurídica de cada vez²⁶.

O modelo também presume que o Congresso tem um custo de transação baixo o suficiente para que cada decisão tenha o potencial de ser revisitada. E presume que os comitês do congresso têm um número ilimitado de vetos em potencial a serem usados para rever decisões judiciais, o que não é o caso, uma vez que o processo legislativo envolve a troca de votos e há outros itens na agenda dos comitês. Além disso, Segal (1997) aponta que a Suprema Corte tem o poder de interpretar qualquer lei nova que seja produzida pelo Congresso. E pode usar esse poder para reafirmar sua posição anterior, o que minimizaria os efeitos de uma possível revogação da decisão no comportamento de um juiz. O resultado desses fatores seria, segundo Segal, que tais restrições institucionais representariam um efeito fraco e esporádico.

Segal busca provar essa crítica por meio da base de dados Spaeth, que ele usa para testar o modelo representado no jogo da separação de poderes. Ele compara a posição política de cada membro da Suprema Corte norte-americana, durante a transição do governo do presidente Jimmy Carter (presidente democrata e liberal que governou durante um congresso liberal) para o presidente Ronald Reagan (presidente republicano e conservador cuja eleição marcou também uma guinada conservadora no Congresso). E não encontra variância significativa nas atitudes políticas das decisões dos ministros da Suprema Corte dessa época. Segal conclui afirmando que, embora seja inegável que existam casos nos quais esse tipo de

26 Segal (1997) dá o exemplo do caso *Rosenberger vs University of Virginia* 1995, no qual uma universidade pública foi obrigada a bancar um jornal cristão, no qual discutia-se não a laicidade do Estado, mas aplicação do princípio da igualdade, visto que a universidade em questão bancava jornais de alunos, e deveria ser obrigada a tratar igualmente o jornal de cunho religioso. Seria quase impossível para um juiz ter uma informação precisa sobre a posição média do Congresso e dos comitês-chave acerca de tantos valores diferentes, particularmente quando estão interconectados.

constrição institucional é relevante, a relação entre a possível revogação legislativa de uma decisão da Suprema Corte e as estratégias de voto de seus ministros é fraca. E a frequência de ministros daquela corte de tentar compensá-la é baixa, o que prejudica a capacidade preditiva desses jogos.

Nem todos os pesquisadores dessa época fizeram uso da teoria dos jogos e da abordagem estratégica de ator racional com o intuito de fazer uma análise formal da estrutura judiciária como Eskridge. Rohde, por exemplo, se interessava pela formação de coalizões vencedoras na redação de opiniões em cortes colegiadas de juízes. Baseando-se na teoria do conflito de Axelrod (1970, p. 5), Rohde (1972, p.210) partia de um princípio basilar: dada informação perfeita sobre um caso, um juiz qualquer de uma turma buscará formar a menor coalizão vencedora possível, pois há um custo grande em atrair novos votos. Esse custo não é pago em dinheiro, contudo, mas em barganha: para que um juiz politicamente motivado atraia votos de outros que não compartilhem das mesmas atitudes políticas, ele precisará diluir sua posição e achar um meio termo.

Nisso, Rohde encontra uma constrição institucional para o comportamento de um juiz: a decisão mais próxima de suas atitudes políticas não necessariamente é a que se identifica perfeitamente com elas, mas o meio termo mais próximo possível que ainda gere uma coalizão vencedora. Como consequência, ele postulou que juízes deveriam buscar formar a menor coalizão vencedora possível. Segundo Rohde (1972,P. 213), a única exceção para esse tipo de comportamento seria quando a vontade ou a autoridade da corte estivessem sob ameaça. O caso Watergate, que citei anteriormente, é um exemplo de ameaça à autoridade da corte: juízes naquele caso votaram contra suas preferências, em nome de uma frente unida à ameaça de desobediência da sentença pelo presidente Nixon. Ele qualifica “ameaça à vontade da corte” como sendo quando uma decisão induzirá restrição das competências decisórias da Corte pelo Congresso Nacional. Nesse caso, seria racional também que um juiz votasse contrário às suas preferências, no intuito de não diminuir seu próprio poder e a competência jurisdicional.

Para contrastar, Murphy (1964), segundo Brenner (1998, p.368), via a formação de coalizões como sendo uma questão de custo e valor: formar a menor coalizão vencedora permite a um juiz fazer sua posição valer sobre as demais. E, portanto, vale o pagamento de um custo alto (em termos de ajuste da posição para abarcar as demandas de outros colegas). A partir daí, o valor ganho a cada voto adicional na mesma coalizão diminui e, com isso, o preço dela, em termos de ajustes do voto, diminui igualmente. Para Murphy (1964), um juiz agiria racionalmente ao mudar muito sua posição para ser vitorioso. E, ao mudá-la pouco, para dar

mais força a um voto já representativo de uma coalizão vencedora. Rohde, segundo Brenner (1998, p. 369) não acredita ser necessário qualquer esforço para a formação de uma coalizão maior que a mínima, salvo em casos de ameaça à corte.

Por si só, essas diferenças conceituais significariam pouco, não fosse o fato que Murphy não apresentou nenhuma evidência que demonstrasse que seu modelo se aproximava da realidade, enquanto Rohde buscou estabelecer hipóteses testáveis e prová-las por meio de evidência. Armado de suas duas hipóteses – que, em casos de não ameaça, a corte tenta formar a menor coalizão vencedora e que, em casos de ameaça, ela forma coalizões maiores, ele recorreu a dados da corte sob a presidência do ministro Warren para prová-la. Separando os casos daquela corte em casos de ameaça e de não ameaça, ele demonstrou como que, quando não houve ameaça, as coalizões eram de oito ou nove ministros (próximas do consenso) em 16.3% dos casos. E de cinco ou seis ministros (portanto, menor coalizão vencedora) em 63% dos casos. Do outro lado, quando havia alguma ameaça à corte, as coalizões de oito ou nove ministros representavam 46.4% dos casos e as de cinco ou seis ministros, 42.7% dos casos. Os dados pareciam favorecer suas hipóteses e demonstrar como que, embora o modelo atitudinal explique bem o comportamento de juízes em isolado, o modelo estratégico de Rohde explicaria seu comportamento como um grupo, pelo menos relativamente à redação de opiniões judiciais.

Um trabalho de alto impacto com o de Rohde trouxe consigo respostas à altura, e muitos outros autores começaram a dissecar a metodologia ali empregada, na expectativa que as respostas trouxessem em si maior legitimidade à abordagem estratégica do comportamento judicial que, desde Murphy, era vista como sendo promissora, porém infundada. Um crítico importante foi Brenner (1979), que apontou, por exemplo, como os números encontrados por Rohde eram inferiores aos valores que se esperaria encontrar, caso os ministros votassem (e portanto, formassem coalizões) aleatoriamente. Apesar de os números encontrados por Rohde parecerem significativos, o fato de ele avaliar coalizões mínimas vencedoras coloca a população esperada de coalizões em uma situação em que votos são distribuídos aleatoriamente, no pico da curva do sino de uma distribuição normal de resultados. Em outras palavras, os valores encontrados por Rohde ainda não seriam suficientes para provas as hipóteses que ele estabeleceu.

Brenner (1998) também encontrou erros metodológicos na pesquisa de Rohde. A seleção de dados feita por Rohde viciava seu estudo na direção da confirmação de suas hipóteses. O período em que a corte foi presidida pelo ministro Warren foi um período no qual o regimento interno da Suprema Corte norte-americana tinha regras fracas para encorajar o

consenso dos ministros: tanto estudar casos relativos a direitos civis (casos que tendem a ser importantes, nos quais os ministros se esforçariam mais para escrever uma opinião), quanto filtrar os casos nas quais a corte estava ameaçada (que Brenner vê como um incentivo forte para os ministros da corte mostrarem uma frente unida e fazer uma decisão unânime). Esses três fatores contribuiriam fortemente para a formação de coalizões mínimas vencedoras na Suprema Corte, mas não demonstrariam que juízes em geral (ou mesmo ministros da Suprema Corte em geral) naturalmente buscassem formar coalizões mínimas em qualquer situação. Mesmo com esses fatores confundentes na pesquisa de Rohde, Brenner revisou os dados e demonstrou como que, mesmo na corte sob a presidência do ministro Warren, 38% das coalizões mínimas vencedoras (de cinco ou seis ministros, dentre nove) haviam ganhado membros entre os primeiros e os últimos votos do processo. Se a hipótese de Rohde estivesse correta, seria extremamente raro que uma coalizão já ganhadora ganhasse um novo membro a partir do momento que tem a maioria.

Brenner (2003, p.275-278) aponta que os problemas da teoria de Rohde, provavelmente, tinham como causa a existência de vários jogos diferentes e a influência das relações desses jogos uns com os outros, que, juntos, criam um cenário profundamente mais complexo do que Rohde previra. Além disso, segundo Brenner, juízes não teriam apenas a formação de coalizões mínimas vencedoras e a realização de preferências políticas como objetivos ao escrever um voto. Eles também têm outros objetivos, como agradar seus colegas de coalizão, reduzir a tensão entre os blocos de voto da corte, escrever decisões que sejam aceitas sem tensão por composições futuras da corte, escrever decisões que sejam bem vistas pela população em geral e pelos tribunais inferiores, que sejam academicamente respeitáveis ou que sejam passíveis de serem escritas antes do fim de algum prazo relevante. São todos fatores que podem influenciar a decisão de um juiz em um caso de não ameaça, por exemplo.

Da mesma forma, seus colegas de turma não formam coalizões apenas para maximizar seu poder pessoal, mas também podem integrá-las por concordarem ou serem indiferentes à fundamentação da decisão majoritária, porque querem fazer parte do time vencedor, para agradarem aos juízes da coalizão vencedora, dentre uma série de outros motivos. Esses fatores todos, se encarados do ponto de vista da teoria dos jogos, poderiam integrar jogos diferentes dos descritos por Rohde e tornar o modelo mais complexo. Vistos fora dessa perspectiva, eles apontam para o desenvolvimento da abordagem estratégica, na direção de se tornar menos dependente da ideia de racionalidade e mais focada em entender como funciona o comportamento dos juízes como indivíduos: as dinâmicas sociais internas à corte e os valores e estilos de vida dos ministros começavam a ser vistos como fatores a influenciar determinada

decisão.

Epstein e Knight (2003) caracterizam o desenvolvimento da abordagem estratégica em três períodos distintos: ascensão, queda e reemergência. O primeiro período tem início com o trabalho de Murphy e é caracterizado pelas abordagens de ator racional como a de Murphy e Rohde; o segundo, pelo sucesso da crítica a essas abordagens por autores atitudinalistas e pela vitória do atitudinalismo. Os poucos trabalhos que foram produzidos nesse segundo período consistiram ou em críticas às abordagens de ator racional, ou em trabalhos baseados no paradigma sociopsicológico do comportamento judicial, sobre o qual falarei a seguir. O terceiro período vem, de um lado, da redescoberta de pesquisadores do comportamento judicial de áreas diversas da Ciência Política (como o Direito ou a Economia), como Eskridge, da análise de ator racional e, de outro, dos autores estratégicos da linha sociopsicológica que avançaram no sentido de alcançar maior consiliência entre o estudo do comportamento judicial e a psicologia científica.

8. A PSICOLOGIZAÇÃO DO MODELO ESTRATÉGICO

A partir da segunda era da abordagem estratégica do comportamento judicial, surgem autores que, respondendo às críticas formuladas aos adeptos da perspectiva de ator racional, começam a investigar motivos não políticos para o comportamento judicial. Segundo esses autores, juízes não agiriam, necessariamente, de maneira racional: embora tenham objetivos de realização política, eles também desejam se afirmar dentro da dinâmica de grupo interna das cortes, preservar seu bem estar pessoal e de sua família, alcançar prestígio acadêmico, dentre outras motivações.

Epstein e Knight (2003, p. 206-207) dividem os autores que buscam essas alternativas sociopsicológicas para o comportamento judicial em quatro grupos: os que fazem análise de background e personalidade; aqueles que analisam atitudes políticas; os que seguem a hipótese dos papéis sociais e os da “small group theory”, que estuda dinâmicas de grupos de turmas judiciais. Essas quatro abordagens têm em comum o fato de seguirem o que Epstein e Knight chamam de “modelo S-R” do comportamento judicial, que encara as decisões de juízes como sendo fruto de um sistema, no qual os dados do caso são um estímulo (*stimulus*, em inglês, compõe o “S”) e a decisão é a resposta (*response*, em inglês, fazendo o “R”). Esse trabalho era, essencialmente, diferente dos trabalhos de ator racional: sem descrever interações claras entre um estímulo e uma resposta, tal qual os adeptos da teoria dos jogos faziam, esses autores recorriam à interdisciplinariedade com a sociologia e com a psicologia para demonstrar os conceitos que eles apresentavam.

Além disso, o modelo S-R volta a enxergar juízes como atores fundamentalmente preocupados com seus próprios objetivos: apesar de ainda fazerem estratégia, ela teria menos a ver com a navegação em um oceano de redes de poder interconectadas, em busca da maximização de preferências políticas, e mais a ver com a realização de objetivos múltiplos e interconectados para cada juiz. Por exemplo, enquanto o modelo de ator racional colocaria a formação de coalizões como uma forma de maximização de poder pessoal para cada juiz, o modelo S-R as enxerga mais como consequências da socialização de juízes, que buscam balancear votos bem escritos, suas próprias preferências políticas, sua relação com os outros membros da corte e uma série de outros fatores. Esses fatores ocasionalmente poderão resultar em dinâmicas similares às descritas por Rohde ou Eskridge, nas quais a formação de coalizões mínimas ou atuação do legislativo representam estímulos fortes.

Mas essas dinâmicas são, em última instância, mediadas pelos objetivos traçados pelo juiz que toma a decisão e que pode, por exemplo, simplesmente não se importar com a

influência do legislativo ou com a opinião de seus colegas. Além disso, ao contrário dos teóricos de ator racional, proponentes do modelo S-R argumentam que, devido à multiplicidade de fatores envolvidos, não é possível criar uma estrutura formal, tal qual um jogo que explique com precisão o processo de tomada de decisão judicial em abstrato, sem levar em consideração as idiosincrasias²⁷ de cada decisor.

Um dos primeiros autores a propor um modelo sociopsicológico foi Howard (1968). Escrevendo numa época em que a literatura sobre comportamento judicial era firmemente dividida entre defensores da metodologia quantitativa e da qualitativa, ele tinha como objetivo fundar um caminho do meio e estabelecer uma ponte entre o modelo atitudinal e o modelo estratégico (que, naquela época, ainda era de ator racional). Howard argumentava que decisões judiciais colegiadas são comportamentos de grupo. E que o tratamento dado a elas pelo modelo atitudinal como comportamentos individuais introduzia variáveis confundentes na análise e produzia um modelo que era simples demais. As dinâmicas de grupo internas da corte seriam uma variável que não podia ser ignorada – e ele defendia ter encontrado prova disso no conceito de “fluidez”.

Fazendo uso de registros pessoais de ministros da Suprema Corte norte-americana, Howard mostrou como as decisões tomadas por eles não eram lineares como defendiam os atitudinalistas, mas fluidas. Em outras palavras, juízes praticariam um tipo de barganha interna entre objetivos diferentes, que teria como resultado sua mudança de opinião ao longo do processo, antes de se comprometerem com um voto, fundamentação ou redação em particular. A menos que os juízes mudassem de atitudes políticas com igual frequência, o que não é razoável de se imaginar, a existência de fluidez atentaria para alguma outra variável relevante além de atitudes políticas. Para Howard, essas variáveis seriam as dinâmicas de grupo das turmas, nas quais formação de blocos, coalizões e lideranças influenciariam o conjunto dos votos da corte.

Fluidez seria, predominantemente, encontrada em três situações: juízes novos na corte, que ainda não encontraram seu ponto de equilíbrio e oscilam entre posições diferentes; juízes que agem estrategicamente, buscando evitar uma sentença ineficaz ou maximizar seu poder pessoal e juízes que, por algum motivo, mudaram de opinião com relação aos fatos do caso. Howard mostra relatos de juízes mudando a redação, fundamentos e até mesmo o próprio voto pouco antes da última conferência, na qual o resultado último de um processo seria decidido. E defende que o fenômeno da fluidez de votos seria comum o suficiente para que votos de

27 Não que o modelo de ator racional ou o modelo atitudinalista não levem em consideração tais idiosincrasias; apenas eles as reduzem às atitudes políticas de cada juiz, enquanto o modelo S-R pretende ser mais amplo que isso.

juízes fossem uma informação ruim sobre atitudes políticas individuais. Segundo Maveety e Maltese (2003, p.234), a descrição da fluidez de Howard foi um desafio tanto para atitudinalistas, quanto para históricoinstitucionalistas: ela, simultaneamente, mostrou indícios da existência de variáveis não atitudinais relevantes para prever e explicar o comportamento de juízes e mostrou como que a análise doutrinária de votos judiciais seria um critério ruim para se entender o comportamento de juízes.

Assim como fez com Rohde, Brenner (1980) respondeu vigorosamente ao trabalho de Howard. Ele analisou os documentos pessoais de vários ministros da Suprema Corte dos EUA, que serviram entre 1945 e 1958, em busca de evidências de fluidez forte, caracterizada como quando um juiz muda para o lado diametralmente oposto de uma discussão, ou de fluidez fraca, caracterizada como quando um ministro, até então indiferente, toma uma posição mais enérgica em determinado caso. Ele também comparou as posições de juízes nas conferências iniciais e nos votos finais, para ver se havia evidência de alterações de curso (minorias se tornando maiorias), por causa da fluidez. E se havia diferenças entre casos corriqueiros e casos maiores.

O resultado da pesquisa de Brenner foi desfavorável à hipótese de Howard: 88% dos votos em casos corriqueiros e 90% dos votos em casos de alto impacto não continham nenhum indício de fluidez, forte ou fraca. Embora houvesse mudanças de votos entre as primeiras conferências e o voto final em 61% dos processos, 83% deles tinham apenas um ou dois juízes mudando de posição. E, desses, 86% diziam respeito a uma mudança, que, meramente, confirmava uma maioria já estabelecida. O trabalho de Brenner também era metodologicamente mais sólido do que o de Howard: embora não seja imediatamente extrapolável para contextos diversos do estudado, ele fez uma análise extensa, que incluiu todos os casos, inclusive os que geraram consenso ao longo do termo de um juiz da Suprema Corte americana, enquanto que Howard cita apenas os casos que melhor ilustram seu argumento, anedoticamente.

Brenner concedeu um ponto a Howard, contudo: a pesquisa que realizou mostrava como havia um movimento claro em direção à formação de consensos na Suprema Corte. Fluidez podia ser um fenômeno incomum, mas, quando acontecia, normalmente era em direção à formação de consensos entre os ministros. Ele detectou uma tendência à formação de consensos, que não é bem explicada pelo modelo atitudinal: atitudes políticas mudam lentamente e é difícil explicar porque juízes agem contra suas atitudes em prol da formação de consenso, sem recorrer a ideias institucionais como dinâmicas de grupo ou regras regimentais favoráveis à formação de consenso. Hagle e Spaeth (1991) tentaram adequar o modelo

atitudinal para explicar o fenômeno da fluidez, mas apenas apresentaram um modelo que explicasse mudanças de votos que transformassem uma minoria anterior em uma maioria, que é um evento que representa a absoluta minoria das mudanças de posições de juízes, segundo a pesquisa de Brenner que citei anteriormente. Revisitando a questão em um artigo posterior, o próprio Brenner (1992) admitiu que dinâmicas de grupo internas à corte são a melhor explicação para o fenômeno da formação de consenso entre a primeira conferência e o voto final na Suprema Corte dos EUA.

O fato de ser quase dez vezes mais provável que um juiz que experiencie fluidez mude sua opinião da minoria para a maioria que o contrário evidencia que o fenômeno provavelmente não é consequência desses juízes simplesmente terem mudado aleatoriamente de opinião sobre o caso. Igualmente, não há nova instrução processual entre a primeira conferência e o voto final, de modo que não há mudança no estímulo que o caso oferece ao juiz. Ele também testa se os juízes que experienciaram fluidez o fizeram por terem sido convencidos por argumentos de seus colegas, mas não detectou diferenças de comportamento substanciais entre juízes que tomam decisões consistentes e que tomam decisões fluidas em casos similares no período estudado, o que indica que esses ministros defendiam o voto original e mudaram de posição por conta de alguma variável não atitudinal. Brenner conclui afirmando que um modelo que demonstrasse a interação entre dinâmicas de grupo e variáveis atitudinais seria um modelo mais preciso do que um modelo atitudinal puro, pois conseguiria explicar melhor os motivos pelos quais se forma consenso em turmas de juízes.

Muito antes do artigo de Brenner, outro orientando de Pritchett havia dado os primeiros passos nesse caminho. Danelski (WALKER, 2003, p. 252) foi um dos primeiros autores estratégicos a se interessar pela influência do exercício de funções de liderança dentro da Suprema Corte dos EUA, além de ter sido um autor que tentou conciliar elementos dos modelos estratégico sociopsicológico, estratégico de ator racional e atitudinalista. Fazendo uso de fontes primárias como registros particulares de ministros da Suprema Corte dos EUA acerca das conferências de voto de processos dos quais participaram, cartas e outros registros pessoais e documentos secundários como registros históricos, biográficos, bem como discursos e artigos acadêmicos redigidos por esses juízes, Danelski encontrou certos padrões nas relações de liderança da corte que poderiam ser responsáveis pelo fenômeno observado por Brenner.

Primeiramente, ele argumenta que, embora qualquer ministro possa exercer a função de líder da corte, o presidente está na posição mais forte para assumir esse papel. Pelo regimento interno da Suprema Corte, naquela época, o presidente que votasse com a maioria

em determinado processo poderia escolher quem iria redigir a fundamentação da decisão. E isso dava enorme poder para ele de decidir tanto o escopo da decisão quanto o tamanho da coalizão vencedora. Dependendo do caso, apontar um ministro radical demais ou apaziguador demais poderia resultar em uma coalizão menor e, portanto, em uma decisão mais fraca; bem como a fundamentação de uma decisão poderia alterar o precedente que ela forma.

Danelski designa quatro objetivos para líderes de cortes: fazer com que sua opinião sobre o resultado dos casos seja maioria, garantir que fundamentações bem escritas e favoráveis às suas ideias sejam redigidas, manter a coesão social dos membros da corte e maximizar o número de decisões unânimes. Os dois primeiros são objetivos políticos e são relativos ao controle ideológico que o líder exerce sobre a corte; os outros dois são institucionais e dizem respeito à produção de decisões fortes e manutenção da autoridade institucional da corte.

Contrastando o estilo de liderança de dois presidentes da Suprema Corte dos EUA, os ministros Taft e Hughes, ele também identifica duas características de liderança diferentes que auxiliam na realização desses objetivos: alguns líderes seriam como Taft, melhores em liderança social – mediadores capazes de aliviar tensões e conciliar interesses – e outros, como Hughes²⁸, seriam efetivos líderes de trabalho – respeitados intelectualmente por seus colegas e capazes de comandar substancial poder legislativo nas decisões da corte. A obra de Danelski foi inovadora em três aspectos: primeiramente, porque, embora ele estudasse dinâmicas de grupo sob uma perspectiva sociopsicológica, não rejeitou o papel da estratégia no comportamento judicial: o líder da Suprema Corte ainda tem uma série de objetivos a serem cumpridos e precisa bolar um comportamento sofisticado que os atinja – por exemplo, no caso de Taft, Danelski cita sua aliança com outro ministro, mais intelectualmente respeitado do que ele, como a forma encontrada por um líder social para realizar objetivos que normalmente requereriam um líder de tarefas. Em segundo lugar, porque ele não rejeita a perspectiva atitudinal, uma vez que ainda coloca a realização de atitudes políticas entre os objetivos de ministros da Suprema Corte, embora esses estejam mediados pelas dinâmicas de grupo institucionais daquela corte. E, por último, porque, embora reconhecesse o papel de certa racionalidade no comportamento do líder da Suprema Corte, essa seria um tipo de racionalidade limitada, mediada por informações disponíveis e personalidades desses indivíduos: um líder que não fosse adepto o suficiente da técnica jurídica ou que não tivesse o tipo de personalidade propensa a enfrentar as necessidades emocionais dos seus colegas e

28 Segundo Danelski, Hughes é um exemplo de presidente competente em ambos os tipos de liderança; eu o menciono como exemplo de líder de tarefas, aqui, meramente, em contraste à Taft, que Danelski caracterizava como sendo apenas um líder social.

conciliar as tensões inerentes à estrutura social da corte teria muita dificuldade em perceber esses objetivos e em atingi-los²⁹.

Talvez o melhor exemplo do paradigma sociopsicológico do modelo estratégico do comportamento judicial seja o trabalho de Baum. Como Graber (2018, p.21) coloca, Baum é um institucionalista e um atitudinalista que defende que juízes devem ser vistos, primeiramente, como indivíduos que têm objetivos de vida similares aos de qualquer pessoa e, só depois, devem ser vistos como juízes. Para Baum (1997, p. 14), há primeiro um estado, no qual os futuros candidatos a juiz estão espalhados pela sociedade, cada qual com seus próprios objetivos de vida, que ele chama de “objetivos inerentes”, que não, necessariamente, são relevantes para o trabalho do juiz (por exemplo: casar e ter filhos). O processo de seleção de juízes é feito com base em uma série de critérios, que variam de acordo com a forma de recrutamento e os coloca de frente a situações judiciais que podem ou não ser relevantes para seus objetivos inerentes.

Ao longo do tempo, a experiência judicial molda esses indivíduos e faz com que eles selecionem uma série de “objetivos operativos”, isto é, objetivos que são capazes de influenciar o trabalho do juiz (por exemplo: garantir que inocentes não sejam presos, manter seu nível de renda de modo a sustentar sua família, ser reeleito) que serão relevantes para as estratégias a serem utilizadas posteriormente por esses juízes. Nessa perspectiva, “comportamento judicial” seria tudo que juízes fazem para avançar nesse segundo grupo de objetivos. O trabalho do juiz seria, portanto, alcançar um equilíbrio entre diversos objetivos diferentes e interconectados. E esses objetivos podem gerar tanto comportamento estratégico, quanto sincero: um juiz em conflito entre abrir mão de uma posição que lhe é cara e formar uma coalizão vencedora pode optar por qualquer um dos dois comportamentos, pois ambos atendem a objetivos diferentes.

Baum argumenta que há razão para crer que os objetivos operativos de juízes, em todo o poder judiciário, seguem um modelo piramidal, no qual juízes de cortes inferiores têm grande variância de objetivos. E, à medida que subimos a estrutura de cortes instâncias, esses objetivos vão sendo reduzidos à realização de política (BAUM, 1997, p. 70). Não só o número de juízes inferiores é maior, mas eles também são um grupo mais heterogêneo, em termos de objetivos, segundo a pesquisa de Baum (1997, p. 24). Do outro lado, a literatura atitudinal é fortíssima no sentido de apontar a preponderância de motivação política na Suprema Corte. Essa configuração indica a existência de fatores institucionais, que afetam a seleção de

²⁹ Danelski dá o exemplo da corte sob a presidência do ministro Stone, que era um indivíduo combativo e pouco engajado com a coesão social da corte e que, conseqüentemente, não exerceu efetivamente o papel de líder, mesmo durante sua presidência.

objetivos dos membros do poder judiciário. Se o comportamento de juízes fosse sempre sincero (isto é, não-estratégico) e não tivesse componentes institucionais, seria de se esperar que os objetivos operativos de juízes de tribunais superiores e inferiores fossem similares, visto que ambos agiriam de acordo com suas atitudes políticas nesse cenário.

Baum (1997, p. 30), portanto, elenca uma série de fatores institucionais e atitudinais que são relevantes para o processo de conversão de objetivos inerentes em objetivos operativos. O primeiro desses é o processo de recrutamento de juízes, que seleciona candidatos com objetivos diferentes, tanto por meio de processos de autoseleção, quanto de seleção por parte do agente recrutador. Do lado da “oferta”, isto é, dos candidatos, Baum argumenta que ocorre autoseleção para cargos de magistratura, de acordo tanto com as expectativas sociais do cargo – ele cita pesquisa que indica, por exemplo, que candidatos a tribunais superiores tendem a ser mais interessados por política –, quanto das características institucionais dele – um advogado bem remunerado no setor privado, por exemplo, teria um custo de oportunidade maior para entrar para a magistratura. Do outro lado, a “demanda” seleciona candidatos com objetivos diferentes também. Juízes selecionados por eleição, apontamento político e concurso público têm currículos diferentes e objetivos operativos diferentes – por exemplo, os dois últimos não precisam se preocupar com reeleição e podem se dar ao luxo de ser mais insensíveis à opinião pública.

Outro fator que influencia a formação de objetivos operativos nas cortes é o que Baum chamou de “situações da corte”: as possibilidades de progressão de carreira, remoção do cargo, transferência para cargos hierarquicamente iguais, porém de maior prestígio, podem ser relevantes. Nos EUA, nem todos os juízes têm a segurança de continuarem no seu trabalho: alguns tem mandatos fixos e precisam ser reeleitos ou reapontados para o cargo, de modo que, lá, isso estabelece diferenças valorativas entre as várias comarcas, as mais estáveis sendo mais valiosas e as menos estáveis influenciando mais na escolha de objetivos do juiz.

Naturalmente, ao contrário daquele país, os juízes brasileiros têm direito à vitaliciedade, após a conclusão de seu estágio probatório, mas ainda existem outros fatores que influenciam a atratividade do trabalho em determinado tribunal. Diferenças de remuneração, prestígio social, qualidade de vida no trabalho e capacidade de exercer poder tornam alguns tribunais mais valiosos que outros – por exemplo, a elevação da primeira para segunda instância seria vista pela maior parte dos juízes como parte da progressão de sua carreira. Critérios de promoção influenciam, portanto, os objetivos operativos de um juiz: esses critérios podem estimular um juiz que esteja interessado em progredir a decidir de maneira similar às instâncias superiores ou a cultivar uma boa imagem pública, por exemplo.

No caso do Brasil, em que juízes novos frequentemente são lotados em comarcas menos desejáveis, devido ao sistema de transferência por antiguidade, não seria difícil imaginar também que conseguir transferências para comarcas mais centrais, ou mais próximas de sua cidade natal, sejam um objetivo operativo de alguns juízes. Baum excepciona a Suprema Corte dos EUA apenas, cujos ministros não podem ser promovidos para nenhum cargo superior. Mas cita exemplos de ministros daquela corte que cultivavam abertamente a opinião pública, com o intuito de se candidatarem a cargos eletivos – especificamente o ministro Hughes, que foi estudado por Danelski, concorreu à presidência dos EUA, ou os ministros Black e Jackson (BAUM, 1997, p. 43), que competiram pela nomeação ao posto de presidente da Suprema Corte³⁰ –, evidenciando que ainda há alguma preocupação com carreira mesmo entre ministros da Suprema Corte, embora seja menor que no caso de um juiz de uma corte menos atraente. Outra questão relacionada à carreira que pode influenciar objetivos operativos de juízes, para Baum, é a preocupação com a renda: como a maioria das pessoas, eles se preocupam com seu bem-estar material e podem procurar incrementar sua renda tanto por meios lícitos (por exemplo, buscando fazer sua reputação no intuito de obter público para palestras), quanto ilícitos (por exemplo, recebendo presentes ou favores de partes interessadas em processos em sua mesa).

Qualidade de vida no trabalho também é um fator importante: frente à crescente judicialização da vida cotidiana nos EUA, Baum (1997, p. 44) argumenta que juízes estão progressivamente mais preocupados com o manejo da sua carga de trabalho, por exemplo. Procedimentos de delegação da carga de trabalho para assessores, limitação do recebimento de recursos em instâncias superiores e diminuição da quantidade de jurisdições obrigatórias têm sido tendência naquele país. E representam uma tentativa dos tribunais controlarem melhor sua própria carga de serviço. Essa redução é particularmente interessante, porque representa um sacrifício consciente por parte de membros do poder judiciário da capacidade de exercerem atos de poder e fazerem política, bem como de oportunidades de ganhar notoriedade e prestígio social em prol de qualidade de vida no trabalho. E não seria consistente com um modelo puramente atitudinal do comportamento judicial.

Outro fator de influência na formação de objetivos operativos da corte é o público-alvo para o qual juízes escrevem suas decisões: como qualquer texto, uma decisão judicial não é escrita sem público. E algumas decisões, como as da Suprema Corte, não são escritas exclusivamente para a leitura das partes do processo. Baum (1997, p. 47) estabelece dois tipos

30 Ao contrário de como é no Brasil, nos EUA, esse posto é preenchido por meio de nomeação pelo presidente da república e confirmado pelo Congresso Nacional.

de grupos que podem afetar a formação de objetivos operativos de juízes: a população em geral (opinião pública) e grupos de interesse específicos (academia jurídica, partidos políticos, etc). Baum aponta que, para avaliar se há relação entre esses grupos e decisões de juízes ou ministros da Suprema Corte é necessário que três critérios sejam atendidos: congruência, ou seja, que haja identidade entre objetivos do grupo e ações da corte; covariação, ou seja, que haja evolução de tendências no grupo e na corte e, por fim, influência, ou seja, relação causal entre os objetivos de um grupo e da corte. Ele ressalta que é extremamente difícil provar o terceiro critério e que a literatura científica reflete essa dificuldade. Mas afirma que há evidências da existência dos dois primeiros critérios em casos pontuais: por exemplo, demonstrando congruência e covariação entre a opinião pública e as decisões da Suprema Corte norte-americana (MISHLER, SHEEHAN, 1993) entre os anos de 1965 e 1981, embora essa relação seja menos consistente depois desse período³¹. Ele também cita o papel do governo federal como litigante de sucesso, substancialmente, acima da média na Suprema Corte, a fim de demonstrar congruência entre o comportamento da corte e de grupos de interesse, embora seja difícil dizer se isso se deve à preparação dos procuradores públicos daquele país ou ao exercício de influência, por meio da relação especial que o governo federal tem com a Suprema Corte, comparativamente a outros litigantes.

O último dos fatores que Baum lista são as atitudes políticas dos juízes, fazendo uso da literatura atitudinal. Apesar de questionar a metodologia adotada por Schubert e Spaeth, argumentando que ela supervaloriza a unidimensionalidade de decisões, Baum (1997, p. 41) reconhece a importância de atitudes políticas como formadoras de objetivos operativos.

Contudo, o trabalho de Baum se assemelha ao de Murphy, no sentido de que, em ambos, a ênfase é dada na formulação de hipóteses plausíveis e não no teste delas; e na formulação dessas hipóteses no modo condicional – argumentando que juízes “podem” ser influenciados pelos fatores ora elencados. Baum não dispensa completamente a evidência empírica. E cita trabalhos de diversos outros autores, no intuito de fundamentar suas observações. Mas ele próprio admite incerteza com relação ao modelo proposto e não busca demonstrar suas hipóteses. Um modelo extremamente similar ao de Baum, ou seja, um modelo estratégico que vê o comportamento judicial sob uma ótica psicossociológica, foi proposto por Posner (2008, p. 57) e, posteriormente, testado por Epstein, Landes e Posner

31 Os autores especulam que, devido à uma guinada conservadora na Suprema Corte, decorrente do apontamento de novos ministros exclusivamente por presidentes republicanos, entre 1965 e 1992, a corte passou a representar menos bem a opinião pública, que ficou mais progressista nesse período. Apesar da dificuldade em manter consistência, o estudo demonstra que, dadas as características institucionais adequadas – o funcionamento equilibrado do sistema de apontamento de novos ministros – é possível que a opinião pública seja um fator de influência nos objetivos dos ministros.

(2013). O modelo desses autores, chamado de “perspectiva do juiz como participante do mercado de trabalho”, trata o comportamento de juízes como um comportamento não necessariamente racional, no qual o indivíduo investido da função judicante estabelece objetivos operativos para seu trabalho a partir de uma lógica de agente e principal, em que o juiz é o agente e o Estado, seu principal. Essa relação é diferente da relação empregatícia, arquétipo desse tipo de relação agente-principal, porque ele não é mediado apenas pela troca de dinheiro, mas por outros bens sociais, como poder decisório, influência política, prestígio e qualidade de vida (pelo menos no contexto de juízes americanos). Antes de explorá-la, contudo, discutirei os avanços da literatura contemporânea do comportamento judicial, no sentido da integração dessa área com a economia comportamental e com a psicologia cognitiva, necessárias à compreensão do modelo de Epstein, Landes e Posner.

9. A LITERATURA CONTEMPORÂNEA: UMA INTRODUÇÃO

Fora da Ciência Política, outros pesquisadores fizeram avanços no estudo do comportamento judicial, principalmente no que tange à interação desse com a economia comportamental. Inspirados pelo trabalho revolucionário de cientistas como Kahneman e Tversky (1974) e Sunstein e Thaler (2008), eles exploraram as formas de como o comportamento de magistrados difere da concepção clássica de racionalidade e como a estrutura do trabalho deles e a própria natureza do pensamento humano estimulam determinados tipos de comportamento e desestimulam outros.

Esses autores enxergam o trabalho do juiz menos como um problema único a ser estudado e mais como uma área que pode se beneficiar das descobertas mais recentes da psicologia científica: embora eles ainda sigam uma perspectiva bastante similar ao modelo S-R defendido pelos autores estratégicos, a ênfase é dada não à identificação de ligações entre estímulos e respostas específicos nas cortes, mas à identificação de padrões de comportamento previamente estabelecidos na literatura psicológica e à verificação de sua aplicabilidade no contexto judicial. Assim, é necessária a revisão de alguns conceitos-chave dessa literatura antes de explorarmos sua aplicação nas cortes.

O primeiro desses é um conceito filosófico relativo ao problema mente corpo, subjacente à pesquisa de todos esses autores: o materialismo. Churchland (2004, p.17) define materialismo em contraposição ao dualismo, como sendo as duas principais correntes de pensamento criadas em resposta a esse problema. O problema mente corpo é, segundo Churchland (2004), a questão a respeito da verdadeira natureza dos fenômenos mentais e se eles são fenômenos puramente físicos ou se há neles alguma força maior, animando-os. Os dualistas historicamente foram maioria, mas estão em declínio na academia e defendem a posição que diz que há uma substância extracorpórea não física – que pode ser chamada de mente, alma, vontade, vários outros nomes –, que é responsável por controlar nossos corpos e é quem verdadeiramente somos; um “fantasma na máquina”. Os segundos, inspirados pela biologia evolucionária darwinista, argumentam que, na falta de provas acerca dessa substância, é necessário reduzir nossa concepção de processos mentais a processos físicos do cérebro. Há, naturalmente, distinções em cada um desses grupos. Churchland distingue o dualismo da substância, o dualismo popular e o dualismo da propriedade e distingue o materialismo em reducionista e eliminativista; e ainda explora a posição funcionalista, que é compatibilista entre dualismo e materialismo, e a posição do behaviorismo filosófico.

O primeiro é baseado na filosofia de René Descartes e é baseado numa distinção entre

a matéria, que para Descartes tinha como propriedade fundamental ocupar espaço físico, e a razão humana, que não ocupava espaço e servia apenas para pensar. A prova dessa distinção, para Descartes, seria a experiência humana de introspecção e a realidade percebida por meio dela, além de invenções como a linguagem e a matemática, que seriam produto exclusivo da razão. Elas se comunicavam por meio de uma terceira substância, de natureza mista, que ele chamou de “espíritos animais”, que correriam em nossas veias e comunicariam as intenções da razão para o corpo e o fariam agir de acordo. Esse tipo de dualismo pode ter sido bem popular em sua época, mas ficou relegado à história da filosofia: previsivelmente, argumentar que objetos inanimados são incapazes de fazer operações matemáticas e se comunicar por uma língua seria anacrônico em uma era dominada por computadores pessoais.

Churchland (2004) chama o segundo tipo de dualismo popular, e representa a concepção típica que a maioria das religiões segue de “fantasma na máquina”: haveria algum tipo de manifestação, forma energética, espírito, mente ou qualquer outro nome que seja dado efetivamente, animando nossos corpos e sendo a causa de nossa vontade a todo momento. Esse é um tipo de dualismo extremamente comum entre as pessoas, devido à influência de ideias religiosas relativas à “vida após a morte”, na qual essa essência sobreviveria à morte do corpo.

O terceiro tipo de dualismo descrito por Churchland é o dualismo de propriedade: diferente dos demais, ele tenta conciliar a existência dessa substância extracorpórea com a identidade entre processos físicos e mentais defendida pelos materialistas. Para um dualista dessa vertente, o cérebro é a origem da agência humana e não, a “mente”; contudo, o cérebro é dotado de uma série de características especiais e únicas a ele, que, tradicionalmente, são associadas à mente: capacidade de sentir emoções, agência, desejos, etc. Para um dualista de propriedade, essas qualidades fazem com que qualquer investigação física dos fenômenos mentais do cérebro esteja destinada fundamentalmente ao fracasso. Não seria possível, por exemplo, compreender as emoções humanas por meio do recurso da neurociência, pois seria necessário o uso de uma ciência cognitiva voltada diretamente à compreensão de fenômenos mentais para tal.

Do outro lado do debate, o materialismo mais básico, segundo Churchland (2004), é o materialismo reducionista. Essa posição filosófica também é chamada de “teoria da identidade”, porque representa a ideia de que há uma identidade numérica entre os processos mentais e os processos do cérebro, ou seja, que todas as propriedades presentes no que chamamos de mente também estão presentes no cérebro. Uma vez que fossem idênticos e o cérebro pudesse plenamente explicar a mente (ainda que nós não conheçamos por completo

essa explicação ainda), não seria necessário um conceito de mente, apenas de cérebro; portanto, reduzir-se-ia a mente ao cérebro. Em termos simples, estados mentais seriam meramente a forma imperfeita como a nossa percepção, por meio do sentido da introspecção, percebe os estados do cérebro, tal qual a cor vermelha é a forma imperfeita pela qual nossa visão percebe os fótons de luz que alcançam nossos olhos.

A outra posição, o materialismo eliminacionista se concentra precisamente nessa imperfeição da percepção: enquanto o reducionista acredita que a neurociência poderá um dia explicar os processos mentais que percebemos, o eliminacionista acredita que a neurociência poderá um dia explicar o cérebro. E que, por ela buscar conhecê-lo com métodos muito mais precisos que nossa percepção, ela estará certa, ainda que contradiga nossa percepção interna acerca dos nossos estados mentais, isto é, ela não tem sequer a obrigação de encontrar paralelos com os sentimentos e pensamentos que, tipicamente, associamos à nossa individualidade. Assim como abandonamos outras construções teóricas primitivas acerca da física ser baseada nas vontades dos deuses ou nos quatro elementos, por exemplo, deveríamos abandonar as ideias de que nosso senso comum nos mostra acerca de nossos estados mentais (ou, melhor dizendo, estados do cérebro), à medida que formos conhecendo como eles realmente funcionam, o eliminativista argumentaria.

As duas últimas teorias exploradas por Churchland não são nem materialistas nem dualistas, mas ambas são compatíveis com o materialismo. A primeira é o behaviorismo filosófico³², que argumenta que estados mentais nada mais são do que formas ruins de se falar sobre comportamento. E o funcionalismo, que argumenta que há identidade entre funções mentais e funções do cérebro, mas não necessariamente estruturas, de modo que poderíamos conceber de outros seres pensantes que não tenham um cérebro, mas alguma outra estrutura que desempenhe essa função, como uma inteligência artificial. Ambos rejeitam o dualismo e reconhecem que estados mentais – desejos, atitudes, comportamentos – são fruto não das aspirações de um ente místico que não pode ser conhecido, mas de alterações eletroquímicas no cérebro e, como consequência, de pressões evolutivas exercidas sobre nossos antepassados.

O argumento em prol do materialismo é um argumento forte, porque é um argumento cético: a existência de uma força imaterial que, apesar de não deter energia (no conceito físico da palavra, isto é, agitação dos átomos) ou matéria e conseguir influenciar matéria no mundo real, implicaria a reescrita de porção substancial do que conhecemos sobre a física, pois

³² Segundo Churchland (2004), esse behaviorismo traça origens em comum com o behaviorismo metodológico, que é o que tipicamente associamos à psicologia científica, mas é um conjunto teórico diverso desse.

violaria a lei de conservação da energia e, possivelmente, requereria a descoberta de uma quinta força fundamental do universo. Do outro lado, a explicação evolucionista da “mente” como percepção interna dos estados do cérebro, que é uma estrutura biológica que surgiu e se desenvolveu como consequência de pressão evolutiva, é coerente com o que entendemos da história das origens da nossa espécie. É uma explicação que requer menos elementos para atingir seu objetivo (atinge o critério da “navalha de Occam”) e, graças a avanços recentes na neurociência, conhecemos, cada vez mais, os estados do cérebro e a influência deles no nosso comportamento.

Isso é importante porque o grupo de autores sobre o qual trato nesse capítulo estudam como o comportamento de juízes não se conforma a um modelo de racionalidade baseado na obediência a princípios de lógica formal e como a “razão” comete uma série de erros sistêmicos, que têm origem evolutiva e são comuns a toda a espécie humana. Em outras palavras, eles argumentam não podemos esperar comportamento economicamente racional de juízes, porque eles são seres humanos. E seres humanos não evoluíram num cenário em que maximização de utilidade econômica fosse um traço fortemente selecionado pelo ambiente.

Como consequência, quando comparamos o comportamento de seres humanos ao comportamento esperado pela concepção clássica de racionalidade, descobrimos que ele erra com frequência. E que esses erros não são aleatórios, mas direcionados a uma série de comportamentos que foram adaptativos em algum ponto da história da nossa espécie. Thaler e Sunstein (2008) brincam com essa distinção falando de duas espécies diferentes de seres humanos: os *homo oeconomicus* (abreviados para “econs”) e os *homo sapiens* (“humanos”). Econs se importam, primariamente, com incentivos positivos e negativos para ações e com a maximização da própria utilidade: se um produto que desejam fica mais caro, eles começam a comprar menos dele, por exemplo; que esse produto seja um doce ou uma coalizão triunfante em uma turma judicial pouco importa. Humanos, por outro lado, são criaturas bastante sociais e, apesar de responderem a incentivos em algum nível, também se importam com ritos sociais, moralidade, têm recursos mentais escassos para planejar seu comportamento e seguem padrões de comportamento bem mais complexos que os econs. Assim, racionalidade econômica é uma característica dos econs, não dos humanos, Thaler e Sunstein argumentam. E pesquisas que a presumem explicam bem melhor o comportamento dos econs do que o de humanos de verdade.

Para ser claro, econs não existem; eles são só uma maneira criativa de ilustrar o problema de se usar um modelo simplista e pouco empírico do funcionamento da capacidade humana de tomada de decisão. O problema de modelos teóricos como o de Rohde não era

apenas que ele falhou em prever a existência de outros jogos interconectados, que influenciavam a formação de coalizões na corte, como Brenner apontou, mas que o modelo S-R, que ele adotava, presumia uma ligação direta entre incentivos e respostas, na qual os juízes reagiam aos estímulos do caso egoisticamente, levavam suas posições até as últimas consequências, caso isso fosse resultar na maximização de utilidade. E sabiam bolar as estratégias que resultariam na dita maximização.

Segundo Jolls, Thaler e Sunstein (1998, p.1476), os três princípios que orientam a análise econômica tradicional são que atores econômicos (1) buscam maximizar sua utilidade, (2) a partir de um conjunto estável de preferências e (3) buscam acumular uma quantidade ótima de informação acerca dos mercados relevantes. Esses três princípios estão presentes nos modelos do comportamento judicial, que presumem que o juiz age como ator racional até agora, como o modelo atitudinal e o modelo estratégico de Rohde. Em contraposição a esses três princípios, os mesmos autores levantam três princípios que explicam o comportamento de atores econômicos, segundo a economia comportamental, que é a área da economia que busca entender como humanos, e não econs, tomam decisões: racionalidade limitada, interesse próprio limitado e força de vontade limitada.

Falar que humanos agem com “racionalidade limitada” é falar que eles não são capazes de sempre agir de modo a maximizar sua utilidade, porque dispõem de capacidades limitadas, tanto de poder computacional, quanto de armazenamento de dados na memória. Como resultado disso, precisamos recorrer a uma série de recursos que nos ajudem a compensar essa deficiência – por exemplo, fazendo anotações de coisas que não conseguiremos guardar na memória – e isso tem consequências no nosso comportamento. Um dos principais recursos que Jolls, Thaler e Sunstein (1998) apontam como causando maiores diferenças, se comparado com o comportamento esperado de um econ, são atalhos mentais, também chamados de “heurísticas”.

Para compreender o que são esses atalhos, precisamos recorrer ao trabalho de Kahneman e Tversky (1974; KAHNEMAN 2012, p. 139), psicólogos que estudaram como o processo de tomada de decisão humano funciona e que encontraram muitas das formas que atualmente conhecemos de como ele diverge do que é esperado por um modelo tradicional de racionalidade. Segundo Kahneman e Tversky, nosso cérebro não tem apenas um, mas dois sistemas de tomada de decisão, que eles chamaram de “sistema 1” (ou S1) e “sistema 2” (ou S2), para simplificar. Esses dois sistemas têm papéis evolutivos diferentes e funções diferentes no nosso comportamento. E, embora possam atuar em conjunto, caso a situação exija, cada um tem uma série de comportamentos tipicamente associados a ele. O sistema 1 é

responsável por pensamento “rápido”, instintivo e inato, como detectar emoções na voz de uma pessoa, ler uma frase escrita (quando se sabe ler e a frase é de fácil leitura), reconhecer estereótipos ou encontrar um caminho que você está acostumado a andar. É um sistema de pensamento irrefletido, involuntário e similar a um “piloto automático” que nos guia por comportamentos que internalizamos e conseguimos fazer sem gasto algum de energia mental. O S1 não chega a ser um reflexo, mas é parecido com um, no sentido de ambos serem reações automáticas sobre as quais não temos controle. A diferença entre ambos é a origem (o S1, assim como outras funções cognitivas, fica no cérebro e os reflexos têm origem na medula) e o fato do S1 lidar com comportamento aprendido – é possível treinar seu sistema 1 para que ele desempenhe novos comportamentos, como, por exemplo, quando aprendemos a escrever ou a dirigir e, com o tempo, essas habilidades se tornam automatizadas.

O sistema 2, por outro lado, é mais parecido com o sistema de pensamento associado à ideia típica de racionalidade: Kahneman e Tversky chamam-no de pensamento “devagar”, porque ele é usado quando precisamos realizar uma tarefa trabalhosa, que requer energia mental e reflexão, como preencher um formulário complexo, dirigir um carro pela primeira vez ou realizar uma operação matemática difícil. O sistema 2 não funciona como piloto automático, mas como um motorista metódico que checa cada passo, à medida que dirige seu carro e, por causa disso, ele é muito mais exaustivo do que o sistema 1. É muito comum o aprendizado de um novo comportamento se dar por meio do exercício desse comportamento inicialmente pelo sistema 2 e, com o tempo, o comportamento é internalizado e a pessoa consegue realizá-lo exclusivamente com o sistema 1.

Os atalhos mentais que Jolls, Thaler e Sunstein citam são consequência do uso de um sistema em uma situação em que o outro seria melhor. O sistema 2 é muito custoso de se usar e a energia mental que ele demanda é um recurso limitado que, uma vez gasto, leva tempo para recuperarmos. A forma como nosso cérebro descobriu para poupá-la quando possível é substituir o uso do sistema 2 pelo uso do sistema 1 e, com isso, poupar energia e apresentar uma resposta imediata ao problema à sua frente. Esse tipo de troca acontece com maior frequência quando nossa capacidade de concentração está comprometida, como, por exemplo, quando estamos bêbados ou cansados. Chamamos de “heurística” quando utilizamos o sistema 1 para responder algo que deveria ter sido avaliado pelo sistema 2, e de “viés” a tendência natural que temos de empregar determinados tipos de heurísticas.

Uma dessas é a heurística da disponibilidade. Kahneman (2012, p. 530) descreve-a como sendo a substituição de uma pergunta difícil, típica do S2, por uma pergunta que o S1 consegue responder com facilidade acerca do quão fácil é lembrar de determinado evento. O

exemplo que ele dá diz respeito a acidentes automobilísticos: a partir do momento que esses acidentes são noticiados com frequência, começamos a temê-los mais e eles passam a levantar reações emocionais fortes e, por isso, serem mais fáceis de lembrar. Pessoas expostas a esse tipo de notícia e que desenvolvam esse tipo de reação emocional, ao serem perguntadas acerca da frequência de mortes por acidente relativamente a mortes por doença, dão frequências maiores para os acidentes do que eles realmente têm. Porque determinado fato era mais emocionalmente marcante, ele era mais fácil de ser lembrado e, portanto, mais disponível à memória; e, por ser mais disponível, presumimos que ele é mais comum do que realmente é. E isso não é comum apenas com perguntas relativas à frequência de determinado evento: Kahneman mostra que esse fenômeno acontece quando julgamos a probabilidade de um fato ser verdadeiro (ser mais fácil de ser lembrado torna-o mais provável) ou ao estipular correlações de fatos (fatos independentes parecem mais correlatos se tiverem uma associação cultural forte, ainda que contraditória). E afeta tanto leigos, quanto experts – até mesmo entre especialistas em estatística, que entendem profundamente a importância de populações amostrais e outros conceitos necessários para se lidar com probabilidade. Isso acontece porque, independentemente da capacidade intelectual e do conhecimento que uma pessoa qualquer possua, todos temos reservas limitadas de energia mental. E todos evoluímos em um contexto em que poupar essas reservas e automatizar comportamentos era altamente selecionado reprodutivamente e nascemos predispostos a usar esse tipo de atalho para poupar esforços.

A disponibilidade não é a única heurística identificada: desde o início do trabalho de Kahneman e Tversky, centenas de outras foram encontradas, com maior ou menor verificabilidade. Falarei mais delas no próximo capítulo, quando explorar os autores que testaram sua incidência entre profissionais da área jurídica. Esse tipo de atalho mental e a limitação do sistema 1 e do sistema 2 são precisamente o que Jolls, Thaler e Sunstein falam, quando sustentam que um modelo do comportamento judicial que seja mais próximo da realidade não deva partir do princípio da racionalidade econômica clássica, mas da racionalidade limitada. A limitação não tem a ver com incapacidade desses profissionais, mas pelo fato de que, assim como todos nós, eles dispõem de energia mental limitada, utilizam heurísticas que, ocasionalmente, os induzem a cometer erros de julgamento e não são, em geral, bons estatísticos intuitivos. A principal diferença entre um modelo que presuma racionalidade limitada e um que presuma racionalidade econômica, para o comportamento judicial, é que o primeiro não poderá imaginar que um magistrado consiga sempre ter a visão de longo prazo necessária para desenvolver as estratégias necessárias para que seu

comportamento seja adequadamente explicado, por exemplo, por um jogo econômico, pois o tipo de visão a longo prazo necessário para esse tipo de estratégia requer uso intenso do sistema 2 e o tipo de atenção ao uso de atalhos mentais que não é esperado de nenhuma pessoa. Outra consequência é que passa a ser virtualmente impossível encontrar um comportamento que tenha custo de transação igual a zero, porque todo comportamento ainda custa esforço mental, e esse é um recurso escasso.

O segundo princípio que Jolls, Thaler e Sunstein contrastam com a racionalidade econômica clássica é o da força de vontade limitada. A ideia por trás dele é de que seres humanos, ao contrário de econs, não são capazes de exercer autocontrole o tempo todo. O exemplo que esses autores dão disso é emblemático: um fumante que deseja parar de fumar e não consegue paga por um programa de reabilitação que promete ajudá-lo nesse intuito. Economicamente, esse comportamento é irracional: o fumante está alocando recursos que poderiam ser utilizados aumentando seu bem-estar de outra maneira para que uma pessoa o force a fazer algo que ele mesmo já queria fazer antes de contratar o programa. O exemplo passa a fazer sentido, contudo, a partir do momento que concebemos esse fumante como sendo uma pessoa que não tem a capacidade de exercer força de vontade o suficiente e paga por um serviço que ajuda a compensar essa falta da força de vontade. Esse princípio também é baseado no trabalho de Kahneman (2012, p. 52). O sistema 2 não é responsável apenas por reflexão metódica, mas pelo exercício de autocontrole sobre nossas ações e pensamentos. A consequência disso é que o exercício de autocontrole – não fumar, no exemplo acima – é uma ação que gasta energia mental. Outra consequência é que, dada a capacidade limitada de energia mental do ser humano, o exercício de atividades mentais exigentes gasta não só nossa capacidade de fazer esse tipo de atividade, mas de exercer autocontrole. Atividade física também contribui para o esgotamento de energia mental – que também chamado é de “depleção do ego – e ela é correlacionada com a taxa de glicose no sangue.

A hipótese da depleção do ego é outro ponto de divergência com relação a um modelo de racionalidade econômica. Enquanto modelos como o de Rohde presumiam que juízes teriam força de vontade virtualmente infinita para avaliarem as posições de seus colegas, suas próprias posições e bolarem a estratégia necessária para atingir a coalizão mínima vencedora, um modelo que presuma força de vontade limitada deverá reconhecer que perseguir uma estratégia requer exercício de autocontrole e de função cognitiva e, como tal, tem um custo de energia para o juiz que, como qualquer pessoa, instintivamente busca evitar gastos de energia mental. Ou seja, o custo de transação de qualquer comportamento não automático (como negociar uma coalizão mínima ganhadora, por exemplo) sempre é maior que zero, porque

requer exercício de seu sistema 2 e gasto da energia necessária. Nem todo processo justificará esse gasto de energia e esse pode ser um dos motivos pelos quais Brenner encontrou substancialmente menos coalizões mínimas que o modelo de Rohde previra, por exemplo.

O último dos princípios apontados por Jolls, Thaler e Sunstein é o do interesse próprio limitado. Em um modelo de racionalidade clássica, vigora a ideia de que o comportamento de atores econômicos pode ser entendido como parte da busca pela maximização de seus próprios interesses; no caso de juízes, por exemplo, a realização de suas atitudes políticas ou a formação de uma coalizão mínima vencedora. A proposta do princípio do interesse próprio limitado, por sua vez, é que, embora pessoas, via de regra, busquem maximizar seus próprios interesses, frequentemente estão dispostas a abrir mão deles em nome de valores morais que percebam como mais importantes que seu próprio bem. Interesse próprio limitado é diferente de altruísmo: o que eles querem dizer com essa expressão não é apenas que indivíduos ajam pensando nos outros, mas que eles definem seus objetivos com um palato mais amplo do que meramente o próprio bem-estar e a realização de suas próprias atitudes políticas. Eles argumentam que juízes e advogados também são sensíveis a questões de “*fairness*” e que elas fazem com que esses atores se comportem tanto de forma mais gentil quanto de forma mais mesquinha do que o esperado. Isso é particularmente notório em casos nos quais uma das partes incorre em gastos injustificáveis para punir a outra por uma percepção de injustiça.

O exemplo usado por Jolls, Thaler e Sunstein é o do jogo de ultimato, um jogo econômico no qual duas partes competem por um valor simbólico de 10 dólares. Nesse jogo, as partes se alternam nos papéis de propositor e de receptor. O propositor recebe os 10 dólares e propõe dar uma parte desse valor para a outra parte e, se aceita a proposta, ambas vão para casa com o dinheiro que receberam. Se recusada, o dinheiro volta para os pesquisadores e nenhuma das partes recebe nada. A teoria econômica tradicional diz que não há motivo algum para recusar qualquer valor, pois o custo de recusar é não receber nada. E, portanto, receber até 1 centavo que seja ainda é lucrativo para o receptor. Contudo, isso não é o que acontece. Jolls, Thaler e Sunstein fizeram esse experimento com três turmas, nas escolas de negócios do Instituto de Tecnologia de Massachussets (Massachussets Institute of Technology) e da Universidade de Chicago e da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago, em duas ocasiões diferentes. Na primeira, foi usado um jogo padrão como controle; na segunda, exigiram que cada aluno que desempenhasse o papel de receptor deveria contribuir com cinco dos dez dólares envolvidos. A teoria que queriam testar era que os alunos não ignorariam o custo de cinco dólares quando fizessem suas demandas, muito embora a teoria econômica clássica diz que deveriam. O valor médio demandado pelo receptor para que ambos pudessem

receber foi de US\$1,94, quando os alunos não contribuíram com nada; e de US\$3,43 quando tiveram que contribuir com cinco dólares, com uma percentagem substancial dos receptores exigindo receber quatro ou cinco dólares e recusando propostas inferiores a essa. Mesmo o grupo controle pagou, na média, mais do que a teoria econômica clássica prevê que pagariam. E o grupo que contribuiu com cinco dólares viu uma média substancialmente maior nos valores pagos, porque os alunos receptores frequentemente preferiam “pagar” ao não receber nada do que aceitar receber menos que os cinco dólares que eles colocaram no jogo ao começar. Isso seria explicado porque, embora as pessoas ajam, em geral, buscando realizar seus próprios interesses e objetivos, às vezes, têm reações morais fortes o suficiente, em uma situação que percebam como sendo injusta em que ficariam dispostas a ir contra seus interesses para ver outra pessoa punida ou recompensada.

Um modelo que estude o comportamento de atores jurídicos precisaria levar isso em consideração, dada a carga moral associada a grande parte dos processos judiciais. A depleção do ego também pode ser uma causa de limitações ao interesse próprio: perseguir seu próprio interesse é uma atividade que gasta energia e, portanto, tem um custo de transação maior que zero.

Embora Jolls, Thaler e Sunstein não tenham recorrido ao trabalho de Haidt (2012, p. 100), ele oferece um complemento interessante para a ideia de “interesse próprio limitado” que eles constroem. Haidt propõe pensarmos na moralidade, entendida descritivamente³³, como uma aquisição evolutiva que tem o papel de gerar coesão social entre grupos de humanos. Em algum ponto da nossa história evolutiva, ele defende (2012, p. 187), grupos de humanos competiam entre si. Os grupos com os indivíduos que fossem melhores em trabalhar como grupo foram selecionados positivamente. E uma das principais ferramentas que esses grupos desenvolveram foi um senso intuitivo de certo e errado.

Esse senso tem uma imensa variância cultural, mas gira em torno de certos elementos em comum, que são transculturais e seriam a base evolutiva em torno da qual as nossas culturas construíram suas estruturas morais prescritivas. Esses elementos comuns seriam 6 valores dicotômicos, os quais Haidt chamou de “fundações morais” – cuidado/dano, proporcionalidade/roubo, lealdade/traição, autoridade/subversão, pureza/degradação e liberdade/opressão – que estariam presentes, de alguma forma, em quase todos os sistemas morais humanos. E teriam evoluído em resposta a desafios adaptativos, mas reavaliados e

³³ Para deixar claro, essa abordagem não é de maneira alguma exclusiva com a abordagem prescritiva que tipicamente é produzida por filósofos da ética, apenas estuda um objeto diferente. Haidt queria entender quais mecanismos nosso cérebro usa para processar moralidade e quais as consequências deles em nosso comportamento e não como atingir um ideal de bem ético.

ressignificados culturalmente. Cuidado/dano, por exemplo, viria do instinto original de cuidar de crianças, mas teria sido ressignificado para aplicar também, por exemplo, a animais que estão sendo retirados de seus lares pelo aquecimento global, vítimas de crimes violentos ou cuidados com os espíritos dos antepassados, dependendo da cultura. O valor de “justiça” que Jolls, Thaler e Sunstein argumentam limitar o interesse próprio de atores econômicos num sistema jurídico é apenas um desses (proporcionalidade/roubo³⁴), que Haidt (2012, p.136) afirma ter evoluído como resposta ao desafio evolutivo da cooperação com estranhos, como forma de assegurar trocas recíprocas positivas com pessoas de fora do grupo. Não é difícil imaginar que um magistrado mais sensível a outra fundação, além da de proporcionalidade/roubo, pudesse ver uma situação moralmente carregada como sendo digna de um comportamento contraditório, tal qual os alunos jogando ultimato.

Assim, um modelo realístico de como juízes se comportam também seria diferente do “conjunto complexo de jogos” descrito por Brenner em reação ao trabalho de Rohde, porque juízes poderiam agir de forma contrária a seu próprio interesse, em reação a um estímulo moralmente carregado do caso. Não é difícil imaginar um juiz que abra mão de formar uma coalizão mínima vencedora que fosse votar de acordo com sua posição política, porque ela teria consequências que, naquele caso, vão de encontro com seu código moral pessoal, por exemplo.

Os três princípios levantados por Jolls, Sunstein e Thaler e seus fundamentos teóricos ajudam a contextualizar o trabalho dos autores sobre os quais falarei agora. Rompendo com a ideia de que juízes, advogados e outros atores jurídicos operam segundo modelos de racionalidade econômica clássica, eles caminham nos mesmos passos que autores como Danelski, Howard, Baum e Epstein e Knight antes deles. E enxergam o comportamento judicial como um modelo de estímulos e respostas, no qual certas características inatas do ser humano, como o uso de heurísticas, por exemplo, estimulam comportamentos sistematicamente enviesados. Embora esses autores não tradicionalmente se intitulem parte da abordagem estratégica do comportamento judicial, é claro ver que adotam um modelo de estímulo e resposta. E que ambos se ocupam das consequências que as estratégias mentais utilizadas por juízes ao julgar casos têm para o resultado desses.

34 No texto original de ambos os autores, é utilizada a intraduzível palavra "fairness" para esse valor.

10. A LITERATURA CONTEMPORÂNEA: EXPLORANDO VIESES E HEURÍSTICAS NO TRABALHO DO JUIZ

Inspirados pelo trabalho seminal de Kahneman e Tversky e pelos avanços da economia comportamental, os trabalhos sobre os quais falarei a seguir exploram as limitações cognitivas do comportamento judicial e as consequências do uso de heurísticas e vieses, da depleção do ego e de outros fenômenos identificados pela economia comportamental no trabalho de juízes.

O primeiro sobre o qual falarei é o de Shai, Levav e Avnaim-Pesso (2011). Inspirados pelo velho adágio, eles decidiram testar empiricamente se, de fato, decisões judiciais são influenciadas pelo o que o juiz comeu no café da manhã. Apesar de caricata, a hipótese encontra apoio na ideia de depleção do ego: decidir é uma atividade que requer exercício tanto de autocontrole quanto da função cognitiva. E, como exaure a energia mental utilizada pelo sistema 2, o café da manhã é tanto uma oportunidade para o juiz aumentar o nível de glicose do seu sangue (e portanto, restaurar energias para o S2), quanto descansar da tomada de decisões e recuperar naturalmente essa energia.

Apesar de bastante pontual, o trabalho de Shai, Levav e Avnaim-Pesso foi marcante: testando o desempenho de juízes israelenses decidindo sobre a concessão de liberdade condicional para prisioneiros, eles identificaram saltos altíssimos na proporção de decisões concedendo a liberdade condicional em relação às que negam o pedido no início da manhã e logo depois do café da manhã e do almoço dos juízes estudados. No contexto desses pedidos, em específico, os autores interpretaram que as decisões que negavam o pedido de liberdade condicional seriam o status quo, pois as decisões que concediam demoravam quase 50% a mais de tempo para serem tomadas (média de 7,37 minutos versus média de 4,97 minutos) e, em média, tinham fundamentações mais longas (média de 89,61 palavras versus média de 47,36 palavras).

Eles teorizaram que, como fugir do status quo requer mais esforço mental para racionalizar um motivo pelo qual eles concederiam os pedidos de liberdade condicional, os juízes que estivessem passando por depleção do ego, depois de um longa sessão de trabalho, usariam o “piloto automático” do S1 para decidir e simplesmente negariam os pedidos. Embora Shai, Levav e Avnaim-Pesso não tenham medido diretamente o uso de recursos mentais desses juízes e, portanto, não seja possível confirmar a hipótese da depleção do ego, é inegável que o efeito registrado é relevante e forte: as pausas para comida tiveram um fator de influência maior que a gravidade do crime, o número de encarceramentos prévios, o número

meses servidos na penitenciária e a formulação de um programa de reabilitação para o prisioneiro. Esse efeito mostra evidência da influência do design institucional da corte no comportamento de juízes: não como jogos econômicos entre atores racionais que buscam maximizar seu próprio interesse, mas como a estrutura organizacional do trabalho do juiz—mediada pelas características inatas dos sistemas de tomada de decisão humanos — é um fator extrajurídico, que afeta o resultado desse trabalho. No caso em questão, as pausas para almoço e café da manhã, as sessões de julgamento longas e exaustivas, que geram depleção do ego e, até mesmo, a predisposição para negar a concessão de liberdade condicional foram fatores institucionais. E, embora pareçam banais, sua manutenção ou mudança tem efeitos reais no comportamento dos juízes, sendo, portanto, uma escolha de política pública.

Shai, Levav e Avnaim-Pesso não buscavam elaborar um modelo sistêmico do comportamento judicial, apenas testar uma hipótese caricaturalmente discutida nos corredores de tribunais. Mas outros pesquisadores, que usam a mesma abordagem, tentaram elaborar um modelo. Guthrie, Rachlinsky e Wistrich (2007; 2001), por exemplo, propõem o que eles chamam de “*intuitive-override model*”. Esse modelo é fortemente inspirado pela psicologia de Kahneman e pela teoria do pensamento dual. E coloca que juízes tomam decisões, majoritariamente, seguindo suas intuições do S1 (ou seja, segundo uma série de comportamentos automatizados ao longo de sua carreira e vida pessoal). Mas, frente a alguns estímulos, em específico, são capazes de sobrepor tais intuições com pensamento deliberativo do S2 (usando algo mais parecido com o raciocínio jurídico defendido pelos legalistas). Guthrie, Rachlinsky e Wistrich argumentam que o pensamento deliberativo, apesar de menos eficiente energeticamente, gera menos erros de julgamento que o intuitivo, porque é muito difícil para juízes desenvolverem suas intuições adequadamente. Mas vamos por partes.

Primeiramente, Guthrie, Rachlinsky e Wistrich argumentam que juízes, atuando como tal, decidem utilizando primariamente o S1, responsável por pensamento intuitivo e automático. Eles chegaram a essa conclusão após dois testes — o primeiro com 195 juízes federais norte-americanos e o segundo, com 252 juízes de circuito lotados no Estado da Flórida — acerca da suscetibilidade deles ao uso de pensamento intuitivo e heurísticas. O primeiro estudo avaliou a suscetibilidade de juízes aos vieses de ancoragem, aversão à perda, egocentrismo e de confirmação; o segundo, testou os juízes, primeiramente, em um teste geral de predisposição ao uso de raciocínio intuitivo. E, depois testou-os pelos vieses de ancoragem, confirmação e representatividade. Vou explorar um por um.

O primeiro viés testado foi o de ancoragem (GUTHRIE, RACHLINSKY E WISTRICH, 2001, p.792; GUTHRIE, RACHLINSKY E WISTRICH, 2007, p. 19).

Kahneman (2012, p. 152) coloca esse viés como quando frente a uma pergunta que tenha uma resposta numérica difícil de responder ou imprecisa buscamos utilizar algum número recentemente visto como “âncora”, a partir do qual ajustamos o valor que buscaremos responder. Por exemplo, se perguntarmos a um número estatisticamente significativo de pessoas qual a idade de Ghandi quando morreu, mas citarmos a possibilidade de ter sido após os 114 anos ou ter sido antes dos 35 anos, as duas perguntas terão, em média, respostas diferentes (a primeira sendo na média mais alta e a segunda, mais baixa). Esse fenômeno ocorre porque preenchemos as falhas de informação (não saber a idade que Ghandi tinha quando morreu, por exemplo) com um cenário imaginado que seja consistente com o número que nos ancorou. Esse fenômeno é observado mesmo quando o valor é inteiramente irrelevante para a pergunta feita, por exemplo, se ele for derivado de uma rolagem de dados, feita gratuitamente antes da pergunta.

O trabalho de Guthrie, Rachlinsky e Wistrich indica que juízes são bastante vulneráveis ao viés de ancoragem. Testando casos de litigância civil de reparação por danos, eles apresentaram casos hipotéticos para os juízes nos dois experimentos e pediram a eles que decidissem o resultado. E, em ambos, o efeito da ancoragem foi substancial: as médias de valores reparados foram até perto de 200% maiores nos casos em que houve ancoragem, na comparação com o caso controle, que era idêntico, com exceção da âncora.

Mussweiler e Englich (2001) conduziram uma série de experimentos ainda mais completos, dessa vez num contexto penal, testando o mesmo viés. E chegaram a conclusão similar. Eles fizeram três experimentos: o primeiro, em 19 juízes alemães de primeira instância; o segundo, em 44 alunos sêniores do curso de Direito de uma universidade alemã e o terceiro, em um grupo de 16 juízes de uma Corte Superior Regional (Landgericht), de segunda instância, alemã. Junto de um grupo de outros juízes alemães, os pesquisadores simularam toda a documentação processual necessária para condenar uma pessoa pelo crime de estupro, segundo o sistema jurídico daquele país. A âncora introduzida foi o tempo de encarceramento pedido pelo Ministério Público: parte dos sujeitos receberia uma âncora pequena (2 meses, aumentados para 12 a partir do segundo experimento, como resultado de *feedback* dos sujeitos do primeiro experimento) ou grande (34 meses de prisão). E pediram que os sujeitos do experimento julgassem o acusado.

A partir do segundo experimento, foi apresentada a parte dos sujeitos uma âncora irrelevante (a opinião de um aluno de computação de primeiro ano inventado, que teria feito o teste antes); para o resto, foi utilizada a mesma âncora de antes, isto é, a opinião do membro do Ministério Público. Ao final, eles foram depois perguntados acerca do quão realístico era o

caso simulado e da certeza que tiveram da sentença comutada. Os resultados indicaram que, tanto que os juízes menos experientes de primeira instância, quanto os alunos de direito e os juízes mais experientes de segunda instância foram fortemente influenciados pelo efeito de ancoragem. A diferença entre as médias dos grupos de alta ancoragem e baixa ancoragem foi de 10 meses para o primeiro experimento, 7 meses para o segundo e 9 meses para o terceiro. A maioria esmagadora dos participantes julgou o caso realístico e, tanto a certeza sobre a decisão, quanto o realismo do caso foram fatores independentes da diferença de tempos de condenação. Não houve diferença significativa registrada entre a âncora do ministério público (que pode ser vista como informação relevante, embora naquele ordenamento não seja) e a âncora do aluno de computação (que é totalmente irrelevante para o processo).

O efeito de ancoragem foi forte e presente tanto nos experimentos de Mussweiler e Englich quanto de Guthrie, Rachlinsky e Wistrich. E não dependeu nem de tempo de experiência dos sujeitos, nem da possível relevância processual do valor âncora.

O segundo viés testado (GUTHRIE, RACHLINSKY E WISTRICH, 2001, p.796) foi o de aversão à perda. Segundo Kahneman (2012, p.352), atribuímos maior valor psicológico à perda do que ela vale em si. Em situações de incerteza, quando precisamos fazer uma escolha que envolva a possibilidade de ganho e perda monetária, por exemplo, atribuímos muito mais peso à possibilidade de perda que à de ganho. O resultado disso é que, quando há aversão a perda, preferimos uma opção matematicamente inferior desde que ela não envolva a certeza de perda alguma – como Kahneman coloca, “a dor de perder novecentos dólares é maior do que 90% da dor de perder mil dólares”.

Guthrie, Rachlinsky e Wistrich testaram um caso com juízes, no qual precisariam aconselhar uma das partes em um caso de reparação de danos; metade aconselhou o réu e a outra metade, o autor. No caso em específico, havia 50% de chance do réu ser obrigado a pagar 200 mil dólares para o autor e 50% do caso não resultar em obrigação de transferência monetária alguma. Se as partes não fizessem acordo, os honorários advocatícios dos dois advogados seria de 50 mil dólares. Os juízes que aconselhavam o autor receberam uma oferta de acordo 60 mil dólares a serem pagos pelo réu; e os que aconselhavam o réu, uma oferta de acordo que resultaria no pagamento de 140 mil dólares pelo réu. Matematicamente, o lado do autor envolvia o recebimento de 50 mil dólares em utilidade, caso fosse ao julgamento e o lado do réu, envolvia o pagamento de 150 mil dólares em utilidade³⁵. As propostas eram equivalentes, ambas envolvendo o recebimento de 10 mil dólares acima do valor mediado

35 Ambos os valores obtidos, multiplicando-se a chance de cada opção (200 mil e zero dólares) pelo valor da condenação (200*50% +0*50%) e subtraindo os 50 mil dos honorários. Os números são diferentes porque a condenação é +200 mil dólares para o autor e -200 mil para o réu.

pelo risco do processo. Contudo, 39,8% dos juízes aconselhou o autor a receber os 60 mil dólares, mas apenas 25% deles aconselhou o réu a pagar 140 mil. A diferença de quase 15% é substancial e estatisticamente relevante. E indica que os juízes estudados passaram por uma experiência de aversão à perda. Considerando o crescente papel de juízes e outros servidores judiciais como mediadores de casos de acordo, e a frequência de situações de incerteza, nas quais é necessário comparar uma chance de ganho em potencial com uma chance de perda em potencial, é difícil imaginar que esse viés não seja comum nas cortes.

O terceiro viés testado por Guthrie, Rachlinsky e Wistrich foi o de confirmação (GUTHRIE, RACHLINSKY E WISTRICH, 2001, p.799; GUTHRIE, RACHLINSKY E WISTRICH, 2007, p. 24). Kahneman (2012, p. 106) o descreve como sendo quando reinterpretemos eventos passados, de modo que se tornem coerentes com um evento que aconteceu depois deles — por exemplo, ao sermos perguntados se uma pessoa é amigável, seletivamente buscamos as memórias a respeito dessa pessoa, que confirmem essa resposta. Isso acontece porque o sistema 1 é ruim em suspender a crença em algo e tende a buscar evidências que confirmem uma afirmação. E somos resistentes a usar o sistema 2, a menos que ele seja absolutamente necessário. Juízes, particularmente juízes penais, julgam apenas depois da realização dos fatos ilícitos e, portanto, são, particularmente, vulneráveis a esse viés, em teoria.

Guthrie, Rachlinsky e Wistrich testaram ambos os grupos de juízes com um teste que envolvia um caso judicial, no qual o autor havia recebido uma restrição ao direito de ação, após usá-lo para protocolar uma série de processos temerários e havia apelado da decisão que aplicou a restrição. Parte dos juízes leu também o resultado dessa apelação (que poderia ser uma de três opções, segundo uma regra razoavelmente simples) e parte não. O juízes tiveram de avaliar qual era o resultado mais previsível da apelação. Em todos os casos, houve um aumento substancial da percentagem de juízes que julgou o resultado do caso como sendo ou o mais provável de todos (em duas das três opções) ou o segundo mais provável (na terceira opção, que era minoritária e, mesmo assim, o grupo que foi enviesado para confirmá-la teve uma diferença de 2% para a que foi escolhida por mais juízes como sendo mais provável). O fato de o resultado de um processo ter sido aquele em teoria não diz nada sobre a probabilidade do resultado obtido. Contudo, esses juízes, sistematicamente, acreditaram que o resultado, qualquer que fosse, sempre foi o mais provável, demonstrando ação do viés de confirmação.

Em um segundo experimento, similar, Guthrie, Rachlinsky e Wistrich (2007) pediram ao grupo de juízes de circuito da Flórida que avaliassem um caso hipotético, no qual eles

deveriam deferir ou negar um pedido de revista de um carro pelo critério de “causa provável” colocado pela lei americana³⁶. Metade dos juízes soube que foram encontradas drogas no carro, após uma revista sem mandado, e a outra metade teve que depender apenas da sua habilidade de prever o resultado do mandado. Nesse segundo experimento, contudo, não houve diferença estatisticamente significativa entre os dois grupos. Os autores julgam que isso aconteceu porque o critério estabelecido pela lei que regia o segundo experimento é substancialmente mais complexo do que o do primeiro. E, portanto, que os juízes que o julgaram usaram o sistema 2 e, por causa, disso não incidiram em viés de confirmação.

O quarto viés testado é o viés de representatividade (GUTHRIE, RACHLINSKY E WISTRICH, 2001, p.805; GUTHRIE, RACHLINSKY E WISTRICH, 2007, p.22). Kahneman (2012, p. 186) o descreve como sendo quando substituímos uma pergunta difícil (responsabilidade do S2) acerca da frequência de um caso em um grupo maior pela pergunta mais fácil (responsabilidade do S1) sobre o quão representativo esse caso é do estereótipo de um grupo maior. Para ilustrar, Kahneman fala do problema sobre a “especialidade de Tom W.”. Resumidamente, ele apresenta um aluno de graduação hipotético, chamado Tom W., que é dotado de grande inteligência, mas pouco criativo; tem facilidade com sistemas e redação mecânica e maçante e com pouca simpatia por outras pessoas. E pergunta ao leitor se seria mais provável que Tom W. cursasse ciência da computação ou ciências sociais/serviço social. A maioria das pessoas responderia “ciência da computação” como sendo mais provável porque, intuitivamente, associam essa descrição com o estereótipo de alunos da ciência da computação, muito embora alunos de ciências sociais/serviço social fossem muito mais numerosos. Objetivamente, a descrição de Tom W. oferece pouca informação sobre seu curso, e é mais provável que ele frequente um curso que tem mais alunos, do que um curso que tenha menos alunos, pelo mesmo motivo que é mais provável que uma pessoa acerte 5 números na loteria do que ela acerte 6 – a população de “acertadores de 5” é maior que a de “acertadores de 6”.

Os dois grupos de juízes receberam um problema que testaria o uso do viés representatividade – um caso judicial real que deveriam julgar, no qual uma pessoa se machucou depois que um barril se soltou de suas amarras e caiu na cabeça dela. No caso, ficou provado que o barril pode ter sido amarrado negligentemente ou não (e, naturalmente, isso afetaria a reparação de danos). Além disso, eles sabiam que barris assim são amarrados negligentemente em 0,01% dos casos e que, quando são, há 90% de chance de se soltarem das

36 Esse critério requer análise de quão provável é que um crime tenha sido cometido para permitir a revista; ele envolve, portanto, um critério de previsibilidade tal qual o outro experimento.

amarras e machucarem alguém; mas que, mesmo quando são amarrados adequadamente, ainda possuem 1% de chance de se soltarem das amarras. O caso perguntava aos juízes qual era a chance, aproximadamente (0-25%, 26-50%, 51-75%, 76-100%), do barril ter sido amarrado negligentemente. Matematicamente, a chance é de 8,3% pois, embora a chance de se soltar é alta, quando amarrado negligentemente, a população de casos de negligência é muito baixa, se comparada à de casos de amarras bem-feitas. Portanto, a chance de as condições “barril se soltou” e “barril foi amarrado corretamente” serem simultaneamente verdadeiras é quase dez vezes maior que a chance das condições “barril se soltou” e “barril foi amarrado negligentemente” serem simultaneamente verdadeiras. Os juízes tiveram um desempenho acima da média. E cerca de 40% deles acertaram a percentagem aproximada, mas outros 40% disseram que a chance era maior que 75%. Guthrie, Rachlinsky e Wistrich julgaram que isso ocorreu porque associaram a situação “barril se soltou das amarras e feriu alguém” como sendo representativa do grupo “barris amarrados negligentemente” e não se preocuparam em observar a taxa base de barris que se soltam entre os negligentes e os corretos. Responderam, portanto, usando seu sistema 1.

O último dos vieses testados foi o que Guthrie, Rachlinsky e Wistrich chamaram de “viés egocêntrico” (GUTHRIE, RACHLINSKY E WISTRICH, 2001, p.811). Segundo esses autores, ele seria a tendência de superestimar as próprias habilidades e características positivas. Esses autores testaram isso no primeiro grupo de juízes federais por meio de um questionário, no qual eles respondiam sobre sua impressão acerca do quão frequente as decisões que tomam no trabalho diário são revertidas por cortes superiores, em relação a seus colegas. O resultado foi que 87,7% dos juízes avaliados acreditam estar entre os 50% de juízes que menos têm decisões revertidas por cortes superiores, fato que só seria possível se todos eles nunca tenham tido nenhuma decisão revertida, o que é altamente improvável.

Por último, Guthrie, Rachlinsky e Wistrich aplicaram um teste geral de propensão ao pensamento intuitivo em juízes de circuito da Flórida, o “Cognitive Reflection Test” (GUTHRIE, RACHLINSKY E WISTRICH, 2007, p. 10) ou CRT. Esse teste, desenvolvido por Fredrick (2005), consiste de três perguntas simples:

1. Um taco e uma bola de beisebol juntos custam US\$1,10. O taco custa US\$1 a mais que a bola. Quanto custa a bola? _____ centavos de dólar.
2. Se 5 máquinas produzem 5 produtos em 5 minutos, quanto tempo levaria para 100 máquinas produzirem 100 produtos? _____ minutos.
3. Um lago tem uma faixa de vitórias-régias crescendo nele. A cada dia, o espaço

ocupado pelas vitórias-régias dobra. Se foram necessários 48 dias para que as vitórias-régias o lago topo, quanto tempo foi preciso para que elas cobrissem metade do lago? _____ dias.

Essas perguntas foram criadas com o intuito de estimular o sujeito que as responde a fazer isso usando seu sistema 1 e, assim, incorrer em erro. A resposta intuitiva para as três perguntas (10 centavos, 100 minutos e 24 dias, respectivamente) é também a incorreta. E, para acertar as perguntas, é preciso usar o sistema 2 e pensar um pouco sobre os termos que as perguntas colocam. Em outras palavras, as respostas corretas (5 centavos, 5 minutos e 47 dias, respectivamente) não são intuitivas, mas também não são difíceis – não requerem conhecimento de matemática ou interpretação de texto maior do que o que uma criança teria. E, basicamente, só precisam que você preste atenção a elas para serem respondidas corretamente.

É interessante perceber também que a maior parte das pessoas que faz o teste pela primeira vez erra a maioria das perguntas: a média de acertos, no trabalho de Fredrick, é de 1,24 perguntas e mesmo o grupo com maior média de acertos registrado (alunos do MIT) ainda acertam uma média de “apenas” 2,18 perguntas. Para fim de comparação, os juízes da Flórida que responderam a esse teste fizeram uma média de 1,23 perguntas corretas, valor quase idêntico à média geral do teste. No teste, a maior parte das questões erradas foram com a resposta intuitiva (e não com uma resposta totalmente inesperada). E não houve correlação estatisticamente significativa entre os resultados do CRT e as características demográficas dos juízes (gênero, idade, tempo de experiência e partido político). O questionário foi aplicado em um momento de relaxamento para os juízes, junto de outras perguntas que, coletivamente, levavam cerca de 15 minutos para serem respondidas. Então, depleção do ego, provavelmente, não foi um fator relevante também.

A conclusão de Guthrie, Rachlinsky e Wistrich, a partir desses experimentos, foi que juízes, bem como qualquer outra pessoa, são vulneráveis ao uso inadequado do sistema 1. Para esclarecer, o uso do sistema 1 em si não é, necessariamente, um problema: para as coisas em que ele é “bom” em fazer, o sistema 1 é incrivelmente preferível ao sistema 2 (imagine que ter de pensar sobre cada movimento que você faz ao andar, por exemplo, tornaria essa atividade quase impossível). Contudo, esses autores consideram que, embora os dois sistemas sejam necessários, a atividade do magistrado em particular se beneficia mais do uso do sistema 2: ele é melhor em deliberar sobre temas complexos, em avaliar os vários lados de uma questão e em interpretar sistemas lógicos como o ordenamento jurídico de um país. O modelo proposto por esses três autores difere um pouco dos outros que apresentei até agora,

pois não é fundado em pesquisa sobre o conteúdo de decisões judiciais, mas sobre reações de juízes em experimentos psicológicos e nas consequências de teorias já fundadas para o comportamento de juízes. Eles acreditam que juízes, via de regra, decidem com o sistema 1, mas, em alguns casos específicos (por exemplo, casos de regras complexas e difíceis de se aplicar sem uso do sistema 2), eles se esforçam para usar o sistema 2 e tomam decisões melhores por isso. Uma linha de estudo que mescle as duas metodologias e teste, por exemplo, se decisões da Suprema Corte sobre institutos legais mais complexos são correlacionados com menor influência de atitudes políticas ou de algum viés de fácil identificação seria interessante para provar essa hipótese, mas Guthrie, Rachlinsky e Wistrich não fizeram nada similar a isso. Mesmo assim, o fato de retirar sua força argumentativa da teoria do processo dual de Kahneman e Tversky, que é bem validada, faz com que tudo que esses autores precisem para seu modelo é demonstrar que juízes se comportam de forma similar a qualquer outro humano.

Eles concluem argumentando que é possível “desenviesar” o trabalho de juízes, por meio de uma série de iniciativas voltadas a estimular o uso do sistema 2 sobre o sistema 1. Diminuir as restrições de tempo para que juízes e assessores possam recuperar energia mental; estabelecer roteiros para decisões rotineiras de modo a permitir que o S1 possa apenas seguir o roteiro preestabelecido pelo S2; dividir as funções dos juízes, separando, por exemplo, o juiz que sentencia do que coleta evidências, para que ele seja exposto ao mínimo de elementos enviesadores ao longo do processo; dar treinamento em estatística para juízes e forçá-los a escrever fundamentações extensas que, por sua própria natureza, requerem uso do S2 são todas possibilidades levantadas para isso, embora muitas sejam impraticáveis no dia a dia do judiciário.

Em última instância, talvez não seja possível fazer com que juízes parem de julgar com seu sistema 1: os casos judiciais são bastante repetitivos, o trabalho do magistrado é maçante e mentalmente exaustivo. E as situações adequadas para a formação de uma classe de “filósofos judiciais”, que fazem uso preponderantemente do sistema 2, talvez seja um projeto utópico e não descreva bem como o trabalho de um juiz realmente é. Retornarei a isso no próximo capítulo, quando falarei do modelo de Posner, Epstein e Landes.

Recorro ao trabalho de Jolls e Sunstein (2006) acerca de procedimentos de desenviesamento favorecidos pela lei para aprofundar essa discussão. Segundo esses autores, a lei contribui para o desenviesamento de tomadores de decisão (não apenas juízes, pois eles não estavam focados no estudo do comportamento judicial) de três formas diferentes: por meio de insulamento decisional, de desenviesamento direto e de desenviesamento indireto.

O primeiro método, a que chamaram de insulamento decisional, é quando a lei decide colocar uma barreira entre potenciais fontes de enviesamento e as consequências que essas fontes poderiam ter. Por exemplo, podemos imaginar que o regime de suspeição e impedimento de juízes é uma técnica de insulamento decisional para o comportamento de juízes. Essas normas não buscam eliminar o viés do juiz que está decidindo, mas eliminar as consequências desse viés, ou seja, o poder que um juiz enviesado tem de influenciar um processo. É uma técnica que não precisa influenciar nem o S1 nem o S2, e funciona mesmo que o tomador de decisões em questão se recuse veementemente a ser desenviesado. O problema que Jolls e Sunstein levantam a respeito do insulamento decisional é que ele faz muito pouco ou nada para reduzir vieses implícitos – vieses que a própria pessoa não vê que tem, mas que testes como o IAT³⁷ podem revelar e que influenciam seu comportamento. Esse tipo de viés implícito é sutil e, como mesmo o tomador de decisões raramente tem conhecimento dele, e é difícil elaborar normas que o prevejam e insulem suas consequências.

O segundo tipo de técnica que Jolls e Sunstein apresentam é o desenviesamento direto. Ele ocorre quando a lei representa um tipo de política pública que tem o efeito direto de promover desenviesamento no grupo de pessoas que é alvo dela. Leis antidiscriminação são repletas de exemplos disso, segundo esses autores. Essas leis tipicamente punem tomada de decisão conscientemente enviesada, como quando proíbem diretamente a discriminação racial ou por gênero na contratação de empregados. Elas também podem punir a manutenção consciente de ambientes que favorecem o enviesamento, como quando proíbem, no caso da lei americana, “ambientes de trabalho hostis a minorias” ou exigir condutas desenviesadoras de administradores, como quando obrigam empresas a fazer treinamentos internos antidiscriminação e promover ações afirmativas que, além de ajudarem na integração social de minorias discriminadas, também têm efeito desenviesador, por promover a convivência entre essas minorias e tomadores de decisão em um ambiente de trabalho. Essencialmente, a lei está forçando diretamente a adoção de políticas que promovam o desenviesamento nesse caso.

Esse tipo de norma é mais eficaz contra vieses implícitos, porque afeta diretamente o comportamento dos tomadores de decisão. E, portanto, pode induzir a mudanças de comportamento que, por sua vez, podem ser automatizadas, passando a integrar o sistema 1.

37 IAT, ou "Implicit Bias Test" é, segundo Jolls e Sunstein (2006), um teste associativo que serve para mostrar quão rápido é o caminho sináptico feito entre diversos tipos de associação, por exemplo, entre cor da pele e sensações ruins. Quanto mais rápida a reação da pessoa que faz o teste de associar dois grupos de palavras ("pele negra" e "sensação desagradável", por exemplo), mais curto é o caminho sináptico e mais forte a associação implícita entre essas palavras. Esse teste é frequentemente usado para, por exemplo, medir vieses racistas implícitos; tais vieses têm consequências comportamentais.

Contudo, ele é limitado por precisar afetar primeiro o sistema 2 para depois, com sorte, ser aprendido pelo sistema 1. No contexto do comportamento judicial, podemos imaginar, por exemplo, o princípio do livre entendimento motivado, que obriga juízes brasileiros a fundamentarem todas as suas decisões por escrito, como sendo uma norma jurídica que, ativamente, promove uma política de desviesamento direta.

O terceiro tipo de técnica de desviesamento elencado por Jolls e Sunstein é o desviesamento indireto. A maior vantagem dessa técnica é que ela aborda diretamente o sistema 1 e, portanto, é muito mais eficaz para combater o enviesamento implícito, que é um problema mais difícil de se resolver do que o explícito. A primeira forma de se fazer isso que eles discutem é o alargamento das proibições de leis antidiscriminação, para incluírem comportamentos de viés implícito. Isso teria como consequência o exercício de pressão sobre empresas e órgãos governamentais de encontrarem formas adequadas à estrutura de trabalho que combatesses vieses implícitos e os comportamentos decorrentes deles. Jolls e Sunstein dão o exemplo de uma firma de contabilidade que começou a listar o gênero dos contadores que receberam cada tarefa todo os dias, como forma de controle, para que certos tipos de tarefas sejam sendo designadas desproporcionalmente a um gênero.

Outro exemplo seria o caso, para questões de direito do consumidor, das propagandas de cigarro: empresas produtoras de cigarro são obrigadas a colocar imagens fortes em seus rótulos, explicando as consequências da prática de fumar. Essas imagens fortes são chocantes e, portanto, fáceis de lembrar, o que pode afetar os consumidores por meio do viés de disponibilidade (essas imagens são mais disponíveis). O segundo tipo de desviesamento direto que eles discutem é o que ocorre por meio da simbologia da lei. Quando a Constituição permite a realização de ações afirmativas, que buscam efetivar a integração socioeconômica de minorias, ela sinaliza esse valor. E cria um espaço em que tomadores de decisão podem adotar políticas de desviesamento eles mesmos (por exemplo, por meio da adoção de ações afirmativas em sede de empresas privadas). A criação desse espaço seria um tipo de desviesamento indireto.

Comparadas às outras duas técnicas, essa ainda é bastante incipiente. Ela depende muito mais do que as outras do conhecimento que temos acerca de como o sistema 1 funciona, e quais tipos de estímulos podem afetá-lo e como. Uma aposta promissora são as *nudge units*, grupos dedicados de planejamento de arquitetura da decisão inspirados pelo trabalho de Sunstein e Thaler (2008, p. 72). A ideia por trás dos *nudges* é que não é possível, em qualquer cenário, que evitemos nos enviesarmos por elementos do ambiente decisório em que estamos. Mas que é possível, por meio de planejamento cuidadoso e fundamentado,

construirmos um ambiente, no qual os elementos enviesadores são favoráveis ao bem-estar das pessoas envolvidas. E *nudge units* são as unidades de planejamento responsáveis por avaliar esses ambientes de decisão e introduzir mudanças sutis neles, que os tornem menos viciados.

Thaler e Sunstein observam que existem características comuns em ambientes de decisão viciados. Escolhas cujos benefícios e custos são cronologicamente distantes, por exemplo, testam nossa capacidade de autocontrole e tornam difícil o uso contínuo do sistema. Outro elemento problemático é quando o ambiente nos exige escolhas pouco frequentes, de modo que podemos aprender pouco com as escolhas passadas em relação às futuras; ou quando a decisão não envolve *feedback* o suficiente para que tal aprendizado ocorra.

Nesse tipo de cenário, eles advogam o uso de *nudges*, ou “empurrõezinhos” para direcionar sutilmente as pessoas para a direção certa, influenciando o S1 delas. Esses *nudges* podem ser mudanças no ambiente decisório que o tornem menos viciado ou só estímulos que favoreçam escolhas percebidas pelos planejadores como melhores nesse cenário viciado. Um exemplo famoso é o da escolha de contribuição previdenciária nos EUA: naquele país, o empregado pode escolher qual a porcentagem do salário dele será destinada como contribuição para o fundo previdenciário. E o governo obriga o empregador a equiparar o investimento nesse fundo até o valor de 6% do salário. Esse é um ambiente decisório viciado: o custo (redução salarial) e o benefício (aposentadoria) são muito distantes temporalmente um do outro (e portanto, vulneráveis à aversão a perda). Não há muita oportunidade para aprender ou *feedback* (a partir do momento que você não está recebendo aposentadoria o suficiente, já é tarde demais para corrigir o problema) e, portanto, não é de se surpreender que pessoas que escolham contribuir abaixo do valor de 6% sejam comuns.

Também é claro nesse exemplo que há um ganho de bem-estar tanto para o indivíduo (que desfrutará de uma terceira idade mais confortável) quanto para o Estado (que poupará gastos com saúde e serviço social para essa pessoa, quando ela estiver mais velha) com a contribuição. E que 6% é um valor ótimo, porque maximiza o ganho monetário do contribuinte. Thaler e Sunstein propõem uma mudança nas regras, para que o registro de empregados na taxa base ótima (6%) passe a ser o padrão e que para que a contribuição tenha um valor diferente o empregado precise preencher um formulário. Atualmente, acontece o contrário (o empregado precisa ativamente optar pelos 6% e a opção padrão é o não recolhimento): a maioria das pessoas que não contribui não faz isso porque não quer (a contribuição previdenciária, nesse sistema, é basicamente um aumento de salário deferido temporalmente), mas porque não se deu ao trabalho de preencher os formulários de opção. Ao

trocar para que o preenchimento do formulário fosse o padrão e que fosse necessário fazer o pedido para sair do sistema, esse grupo de pessoas entraria no sistema previdenciário e seria beneficiado sem, contudo, restringir o direito de quem desejar sair.

Outra medida proposta, desta vez com o intuito de evitar a aversão à perda, é começar a contribuição com um percentual baixo e ir aumentando até os 6%, à medida que a pessoa for promovida ou tenha outros aumentos de salariais. Como nessa situação ela estaria apenas diminuindo o aumento de salário (e não reduzindo seu salário total) e o princípio da aversão à perda atribui peso psicológico maior a reduções do que a ajustes de aumento, seria possível criar uma situação cognitivamente mais confortável, que estimulasse os empregados a contribuírem para o fundo previdenciário. Essa abordagem tem as vantagens de ser extremamente eficiente em custo, capaz de influenciar o sistema 1 das pessoas (que é, segundo Thaler e Sunstein, substancialmente mais poderoso que o sistema 2) e de gerar soluções facilmente escaláveis. Mas sofre do problema de envolver, efetivamente, uma transferência de poder decisório dos tomadores de decisão para os planejadores de *nudges* que, por sua vez, também podem ser viesados. E ela requer clareza a respeito da melhor opção, o que não pode ser obtido em todo tipo de problema. Não obstante, *Nudge units* ao redor do mundo têm empregado esse tipo de prática, com o objetivo de reduzir problemas decorrentes de vieses em políticas públicas e empresas privadas com algum sucesso.

A aplicação de desviesamento indireto no contexto do comportamento judicial é mais complexa, contudo. Primeiramente, porque o conflito é parte inerente do motivo pelo qual o poder judiciário existe. E muitas das situações nas quais um resultado é obviamente melhor que outro são resolvidos extrajudicialmente. Processos judiciais são muito diferentes do exemplo da contribuição previdenciária, no sentido que eles, ao contrário do exemplo dado, frequentemente não possuem uma solução ótima fácil de identificar. O judiciário poderia se beneficiar com a resolução de alguns problemas que enfrenta com os esforços de uma *nudge unit*, claro – identificar ambientes decisórios viciados em processos repetitivos ou regras processuais, por exemplo.

Além disso, *nudges* podem ajudar a combater alguns problemas de interesse de administração judiciária, como o excesso de recursos e processos temerários que são protocolados, por serem problemas nos quais a solução ótima é clara (protocolar apenas processos e recursos que têm chances de ganhar) e o ambiente decisório é viciado (advogados e partes enfrentam divisão temporal grande entre custos e benefícios do processo e é difícil para partes que não forem litigantes frequentes aprenderem quando arriscar e quando não arriscar com um processo). *Nudges* podem ser bastante benéficos aí. Mas é muito difícil

imaginar seu uso diretamente no trabalho de juízes, pois envolveria transferir o centro de tomada de decisão do juiz para o planejador judicial da *nudge unit*. E isso conflita com normas de competência judicial e, possivelmente, também com valores constitucionais democráticos sobre a tripartição de poderes. Além disso, seria praticamente impossível para o operador da *nudge unit* decidir como deve, por exemplo, influenciar juízes em uma situação de sopesamento de princípios ou outras situações nas quais a solução é difícil. Também é difícil imaginar o uso de *nudges* suplementando a tomada de decisão de juízes, mesmo em algumas situações simples, como apreciação de provas. Embora alguns tipos de prova sejam objetivamente superiores a outros (por exemplo, provas técnicas de alto nível de precisão versus depoimentos orais), muitos deles podem não ser facilmente comparáveis e, no entanto, ainda esconderem vieses – por exemplo, em casos de conflitos de depoimentos de testemunhas (um juiz preconceituoso pode dar menos valor ao testemunho de uma minoria, mesmo sem saber disso por causa de um viés implícito).

Em outras palavras, *nudges* podem ajudar o judiciário na prática de desenvolvimento de juízes e, com isso, aumentar a precisão de decisões judiciais. Porém, devido ao caráter complexo de muitos dos problemas rotineiramente enfrentados pelo judiciário, o alcance de *nudges*, bem como de outras formas de desenvolvimento indireto, é bastante limitado.

Uma das características mais interessantes do trabalho com *nudges*, contudo, e que também é apontado por Guthrie, Rachlinsky e Wistrich como útil para desenvolvimento de juízes é a preocupação com o ambiente decisório de juízes. Embora o modelo atitudinalista famosamente tenha se ocupado dos estímulos aos quais juízes eram expostos quando julgavam um caso, ele presumia os juízes como entidades monolíticas e imutáveis, que consideravam apenas os dados do caso como relevantes para sua decisão.

O movimento institucionalista introduz novos elementos a essa equação, ao questionar se existem estímulos na estrutura legal e social do trabalho de juízes que interagem com os estímulos de caso. E, com isso, influenciam o resultado final que é a decisão judicial. Autores como Jolls, Sunstein, Thaler, Kahneman, Guthrie, Rachlinsky e Wistrich nos ajudam a ver como essa interação pode ocorrer: estímulos podem forçar respostas do sistema 1 ou do sistema 2 e isso tem consequências imensuráveis para o resultado final de uma decisão. E mesmo influências extremamente pontuais como *nudges* podem provocar mudanças substanciais em um comportamento, ao fazer uma pessoa revisitar um mesmo estímulo com um sistema de pensamento diferente. Além disso, eles também ajudam mostrar como juízes, bem como a maioria dos profissionais de qualquer área, tendem a fazer uso do sistema 1 sempre que possível, muito embora, eles argumentam, muitas decisões se beneficiariam de

uso maior do sistema 2.

O último modelo do comportamento judicial que explorarei é o produzido por Posner, Epstein e Landes. Ele é interessante, porque ajuda a compreender exatamente quais os estímulos institucionais aos quais um juiz está exposto em seu trabalho, e como o processo de tomada de decisão ocorre, pelo menos superficialmente.

11. O MODELO DO JUIZ COMO TRABALHADOR

Proposto por Posner (2008, p.57) e, posteriormente, testado por Posner, Epstein e Landes (2013), este é um modelo estratégico do comportamento judicial. E argumenta que é possível compreender o comportamento de juízes por meio de uma lógica de agente e de principal, tipicamente encontrada em relações de emprego, mas ajustada para as condições únicas do trabalho do magistrado.

A ideia por trás desse modelo é que o comportamento de juízes pode ser explicado por meio de dois fatores: a relação entre “vendedores” e “compradores” no mercado de trabalho jurídico e o fator de utilidade judicial. O primeiro fator diz respeito ao recrutamento de novos candidatos ao cargo de juiz e o segundo, aos estímulos recebidos por juízes já empossados, que fazem com que eles se sintam satisfeitos com o cargo.

Apesar de a profissão de juiz concorrer com outras carreiras jurídicas para recrutar bacharéis em direito, ela tem uma série de características próprias, que a individualizam das demais. Para começar, o mercado de juízes, bem com o de outros servidores públicos, é um monopsonio, ou seja, é um mercado inteiramente controlado por um único comprador (o Estado), que tem o poder de definir unilateralmente os subsídios pagos para os vendedores (os juízes) e de escolher qualquer candidato que quiser para o cargo. Isso significa que os objetivos do Estado ao selecionar candidatos para o cargo de juiz são mais importantes do que os objetivos dos candidatos, que podem exercer poder sobre o recrutamento apenas mediante autoseleção. Do lado do Estado, segundo Posner (2008), existem dois objetivos em tensão, em relação ao recrutamento de juízes federais: recrutar bons juízes e recrutar juízes que tomem decisões que favoreçam as atitudes políticas do partido do presidente ou da maioria do Congresso Nacional que o escolheu³⁸.

O primeiro objetivo, por um lado, requer um candidato imparcial e competente em navegar pelo labirinto normativo do ordenamento jurídico pátrio, pois a estabilidade e a imparcialidade do judiciário são bens sociais tanto para o país como um todo (pois geram riqueza), quanto para o estabelecimento político, que depende do judiciário para resolver conflitos entre outros atores políticos.

O segundo objetivo, em contraste, busca selecionar um candidato parcial e que vá utilizar o espaço interpretativo e a discricionariedade do cargo para decidir a favor dos valores e das políticas defendidas por um partido em particular³⁹. Esse conflito é resolvido, pelo

38 Os juízes federais dos EUA são indicados pelo Poder Executivo e confirmados pelo Legislativo, ao contrário do Brasil, que recruta por meio de concurso público e do quinto constitucional.

39 Novamente, considerando aqui o caso dos EUA, que é um país politicamente bipartidário.

menos em parte, pela própria estrutura institucional do judiciário: o sistema de indicações políticas confirma o caráter político da posição. E as proteções de que juízes gozam ajudam a garantir que eles sejam independentes. É importante para os políticos que os candidatos sejam comprometidos politicamente com suas posições, mas não sejam comprometidos demais também. Um juiz incompetente ou visto como exageradamente politizado pode ter o efeito contrário e enfraquecer as posições políticas de quem o indicou, além de prejudicar a estabilidade geral do judiciário, que é benéfica para os atores políticos do Legislativo e do Executivo. No caso do Brasil, em particular, o objetivo político é verdadeiro apenas para ministros do STF, do STJ e ingressantes em tribunais pelo quinto constitucional, visto que os demais juízes são todos recrutados por meio de concurso público, e portanto são mais resistentes à pressão política de partidos. É, contudo, importante observar que mesmo os concursos públicos não são totalmente isolados de pressões políticas: tanto a escolha da banca quanto a realização de prova oral eliminatória contribuem para que haja alguma pressão, ainda que ela seja exercida pelo próprio Tribunal, em vez de outro poder.

Do outro lado do mercado de trabalho judicial, temos os candidatos aos cargos de juiz. Apesar de o mercado ser um monopólio e, por isso, esses candidatos conseguirem exercer pouquíssimo poder sobre o processo de recrutamento, ainda há o fenômeno da autoseleção. O cargo de juiz tem várias particularidades que o tornam mais atrativo para algumas pessoas e menos para outras. Posner observa que, no mercado norte-americano, os salários de juízes são substancialmente menores que os de um advogado particular de nível similar, de modo que, frequentemente, o salário não é o principal motivador dos candidatos ao cargo de juiz. Por outro lado, juízes têm uma série de ganhos não monetários únicos à profissão. Juízes são vitalícios, seus subsídios são irredutíveis e eles não podem ser demitidos, exceto nas situações mais excepcionais, características que têm tanto caráter monetário (pois garantem “salário” a longo prazo) quanto não monetário (atrai candidatos aversos a risco). A vitaliciedade permite que um juiz não precise se preocupar com seu futuro, enquanto advogados similarmente bem colocados no mercado de trabalho enfrentam um ambiente profissional cada vez mais competitivo e a perspectiva de perder emprego ou clientes. Competição estimula o bem-estar do comprador, não do vendedor: e, no contexto do mercado de trabalho, o comprador é o empregador (no caso de juízes, o Estado). E a ausência de competição favorece o bem-estar do vendedor (os juízes), segundo Posner.

Além disso, juízes comandam muito mais respeito e deferência do que comandariam se fossem meros advogados. Enquanto um advogado deve agir com deferência em relação a várias pessoas – seus clientes, juízes dos seus casos, chefes no escritório – juízes não só não

precisam agir com deferência na maioria de suas relações profissionais, como são o alvo da deferência de advogados, promotores e de outros servidores públicos. Essa deferência tem fundamento não só na capacidade do juiz de exercer poder, mas também no próprio caráter simbólico do papel do juiz, que é associado com a defesa do “reino do direito” e visto como alicerce do estado democrático, em grande parte por influência de ideias legalistas. Outra fonte de deferência é, com frequência, a própria capacidade intelectual pessoal do juiz, uma vez que seu trabalho é lido com atenção por um público “fiel” de advogados e servidores. Alguns juízes alcançam até mesmo um posto de pequena celebridade no mundo jurídico, se forem particularmente competentes.

Uma consequência importante da relevância da deferência como parte da remuneração não monetária de juízes é que críticas profissionais ou acadêmicas, reversões constantes por tribunais superiores ou ataques à legitimidade da corte podem ser interpretados como ataques pessoais, por diminuírem o prestígio e a deferência que juízes têm e recebem. Esse é um motivo identificado por Posner pelo qual juízes, em geral, sentem-se ultrajados ao serem concebidos como “políticos de robes”, que não se importam com o direito, muito embora suas decisões, frequentemente, tenham cunho político. Essa busca por deferência também é um motivo identificado por Posner, pelo qual juízes buscam escrever fundamentações e dissensos bem-feitos. E porque são aversos a terem suas decisões cassadas por tribunais superiores.

Segundo Posner, outro elemento importante da função de utilidade do trabalho de juiz é o poder. Esse poder se manifesta de duas formas: como autonomia e como capacidade de exercício de atos de poder. Juízes gozam de grande discricionariedade em seu trabalho e não têm nenhum superior hierárquico, pois, mesmo quando outros tribunais cassam suas decisões judiciais, o controle exercido é indireto. E não revoga a autoridade do juiz, nem sua capacidade de tomar decisões semelhantes no futuro; a cassação de uma decisão também não implica redução salarial ou qualquer tipo de punição. A irredutibilidade salarial e vitaliciedade contribuem para isso: é difícil o controle até mesmo de comportamentos objetivamente prejudiciais ao judiciário e aos jurisdicionados, como descumprimento de obrigações por exemplo. E, comparado com o tipo de controle exercido sobre empregados no setor privado, há apenas uma obrigação mínima de prestação de contas sobre como o serviço é desenvolvido.

Juízes também têm a capacidade de exercer atos de poder, e isso pode ser uma fonte de satisfação no trabalho. Eles não só têm uma quantia razoável de discricionariedade em seu trabalho, como, frequentemente, tomam decisões de cunho político, como é demonstrado tanto pela literatura atitudinal clássica, quanto por trabalhos mais recentes (SUNSTEIN,

SCHKADE, ELLMAN e SAWICKI, 2006). Eles podem influenciar o desenvolvimento do ordenamento jurídico de seu país por meio de suas decisões, realizar suas atitudes políticas e, em alguns casos, exercer um alto grau de controle sobre as vidas das pessoas, cujos casos ele julga.

A possibilidade de promoção é um estímulo importante também. Embora essa possibilidade não seja um fator que influencie o comportamento de juízes da mesma forma que influencia o comportamento de empregados de uma empresa particular, por exemplo, ele ainda é relevante. Embora juízes tipicamente sejam promovidos por critérios de antiguidade, tanto no Brasil quanto nos EUA, a promoção por merecimento ainda é possível, tanto para instâncias superiores de um mesmo tribunal, quanto para outros tribunais mais altos na hierarquia. A maioria dos juízes não concorre a esse tipo de promoção e não está sujeito a pressão comportamental resultante da competição por esse tipo de vaga. A pequena percentagem que está no grupo de idade correto, tem desempenho alto o suficiente para se qualificar e os contatos certos para ser indicado, contudo, está sujeito a esse tipo de pressão. É plausível imaginar que se comportem de modo a maximizarem as chances de serem indicados, pois o trabalho em cortes superiores é mais valorizado, tanto no aspecto monetário, quanto no aspecto não monetário. Uma característica apontada por Posner, Epstein e Landes como sendo desse comportamento de buscadores de promoção é a tomada de decisões mais criativas e arriscadas – apesar de esse tipo de decisão ser revertida mais frequentemente pelas cortes superiores, elas também atrairiam mais prestígio e melhorariam a reputação do juiz que as toma.

Outro fator de utilidade do trabalho do juiz é o tempo de lazer. Posner aponta que, apesar de muitos juízes terem uma ética de trabalho respeitável, o fato de não poderem ser punidos, terem o salário reduzido, serem dispensados, exceto em situações gravíssimas, ou recompensados por trabalho excepcional faz com que seja difícil controlar o quanto cada juiz trabalha. Os que trabalham muito, frequentemente o fazem porque gostam do trabalho e querem fazer isso; por outro lado, juízes que quiserem maximizar o tempo de lazer podem fazer uso de seu corpo de assessores e assistentes, para dedicar substancialmente mais tempo a outras atividades, sem prejuízo do cumprimento de suas obrigações, na comparação com o que um advogado conseguiria fazer. Em outras palavras, um elemento importante do trabalho de juízes é aversão ao esforço: juízes diferentes têm graus diferentes de aversão ao esforço e usam seu tempo e energia mental com maior ou menor intensidade no trabalho.

No caso dos EUA, onde salários de juízes são menores, há, segundo Posner, um custo de oportunidade, pois um juiz mais averso ao esforço enfrenta um custo de oportunidade

maior ao ir para o setor privado do que um que seja menos averso ao esforço, pois aversão ao esforço é um traço muito mais punido no setor privado do que no trabalho de um juiz. Por causa disso, juízes mais aversos ao esforço precisam valorizar mais as condições únicas do seu trabalho do que seus colegas menos aversos, que poderiam provavelmente ter sucesso como, por exemplo, advogados caso pedissem exoneração. No Brasil, contudo, as diferenças nesse custo de oportunidade são mais achatadas, dados os altos salários pagos a membros do judiciário, de modo que mesmo juízes pouco aversos ao esforço não teriam a ganhar indo trabalhar como advogados. Posner, Epstein e Landes também propõem que juízes mais aversos ao esforço têm incentivos maiores para votar de acordo com a maioria e para confirmar decisões de outros juízes e agências governamentais, pois revogar uma decisão ou escrever um voto minoritário requer mais esforço do que o contrário.

Essa liberdade para usufruir de bastante tempo de lazer caso queira traz consigo um paradoxo, contudo. Posner aponta como que, embora haja pouquíssimo controle sobre o quão dedicado qualquer juiz é e, apesar de a maioria dos juízes ter um ou mais assessores para ajudá-los a formular decisões, é comum encontrar juízes que trabalham tanto quando advogados do setor privado, que enfrentam uma situação de competição muito mais feroz. Um exemplo que ele dá desse fenômeno é a opção pelo regime de “juiz sênior” feita pela maioria dos juízes federais norte-americanos em idade para aposentar: um juiz que atinja determinada idade pode pedir a conversão para o regime de “juiz sênior” e continuar trabalhando com salário integral e/ou manter sua carga de trabalho igual ou reduzi-la por até a metade, à sua escolha. A maioria dos juízes que atinge a idade para fazer isso não se aposenta e prefere ou se manter ativo ou fazer opção pelo regime de juiz sênior, muito embora receberiam o mesmo valor se se aposentassem. Numa visão estritamente econômica da questão, eles estão pagando para trabalhar como juízes – coisa que um econ jamais faria, mas que faz sentido para um humano que recebe substanciais benefícios não monetários pelo seu trabalho.

Posner propõe que isso ocorre porque juízes são similares a artistas, no sentido de que parte do que os motiva a trabalhar é o próprio orgulho que eles têm do seu trabalho. Ele compara o trabalho do artista com o do escritor criativo, propondo que ambos trabalham por dinheiro e buscam lazer. Mas nenhum dos dois tipicamente se comporta de maneira a maximizar a renda ou o tempo de lazer. Ambos escolheram sua carreira em vez de outra que poderia proporcionar mais lazer ou mais renda, porque tiram satisfação da produção de textos de escrita criativa ou da produção de decisões judiciais. Essa satisfação está ligada a outros fatores da função de utilidade judicial: candidatos também escolhem ser juízes porque

acreditam que eles são pilares do regime democrático, porque gostam da sensação de exercer poder, da independência e da estabilidade do cargo, da deferência que recebem e das relações sociais que criam a partir desse trabalho. E isso, frequentemente, é suficiente para preferirem continuar trabalhando a se aposentar.

Essa distinção é particularmente interessante porque, não fosse ela, seria possível imaginar que o modelo proposto inicialmente por Posner trata do comportamento judicial como um comportamento de ator racional clássico, que busca meramente maximizar a utilidade “objetiva” do cargo. Ele, na verdade, fala da utilidade conforme ela é percebida subjetivamente pelos juízes – alguns preferindo maximizar seu tempo de lazer, outros, o de trabalho, por exemplo. Essa subjetividade torna o modelo proposto por Posner mais compatível com a descrição de racionalidade, interesse próprio, e força de vontade limitados de Jolls e Sunstein, porque permite que haja um filtro subjetivo da utilidade pelas preferências do indivíduo. Como juízes são seres humanos e a percepção de utilidade deles é a de um *homo sapiens* e não de um *homo oeconomicus*, há espaço para que ele aja de forma aparentemente contraditória – é concebível que um juiz que extraia grande quantidade de satisfação da sensação do seu tempo de lazer, por exemplo, aja de maneira contrária às suas intuições políticas com frequência, a fim de maximizar seu tempo de lazer. Essa concepção não é inteiramente diferente da de “objetivos operativos” que encontramos em Baum também, e tem consequências similares.

O comportamento desses juízes superdedicados, na verdade, seria coerente, nesse modelo, com o de uma pessoa que automatizou um comportamento complexo (o de julgar) e se sente bem em desempenhar uma tarefa que ele consegue fazer bem e com pouco esforço; que extrai satisfação subjetiva do seu trabalho. Posner (2008, p. 63) descreve o trabalho do juiz como “em grande extensão intuitivo” e “inconsciente”. E argumenta que juízes fazem um tipo de análise bayesiana, na qual suas preconcepções intuitivas estabelecem uma base de pensamento e os estímulos do processo fazem com que ele ajuste essa base até chegar à conclusão que será sua decisão. Só que essa análise bayesiana é absolutamente subjetiva: ele ajusta sua visão inicial com base na percepção, ainda marcada por intuições, de qual testemunha falou a verdade, qual advogado tem melhores argumentos, etc. As preconcepções servem para mediar esse ajuste, tanto quanto servem para formar a ideia base do que o juiz pensa de um caso. O tipo de apreciação descrita por Posner, ao longo desse processo, é compatível com a sensação de conforto cognitivo (KAHNEMAN, 2012, p. 78) associada ao exercício de atividades do sistema 1. E o tipo de ajuste que ele sugere também é compatível com raciocínio de S1, pois é um julgamento intuitivo e inconsciente, influenciado pelos

valores morais e políticos do indivíduo.

Claro que nem todo juiz consegue percorrer o difícil caminho de automatização de um comportamento tão refinado quanto o de julgar um processo judicial. Esse tipo de automatização requer anos de treinamento e dedicação singular. E é de se esperar que nem todos atinjam esse patamar de excelência. Posner também observa que é comum que juízes sigam o papel de líder ou o de seguidor em um tribunal. E que líderes trabalhem mais e que seguidores se comportem de forma mais parecida com a de um maximizador de lazer. Ele descreve essa distinção pela capacidade de ambos – argumenta que os juízes que se tornam líderes dentro da dinâmica social do tribunal costumam ser mais capazes. E que, para eles, o custo de oportunidade de perder tempo de lazer em prol de tempo de trabalho é menor, pois não só eles têm maior chance de produzir trabalhos excepcionais que agregarão prestígio ao seu nome (e isso é parte da função de utilidade judicial), como gastam menos esforço para fazer isso por serem mais capazes.

Se fizermos uso dos conceitos trabalhados no capítulo anterior, podemos imaginar que, na verdade, juízes que assumem o papel de líderes o fazem porque conseguem automatizar o trabalho judicial e julgar utilizando seu sistema 1, enquanto que os seguidores precisam de usar o sistema 2. Como o sistema 2 é exaustivo, esse segundo tipo de juiz precisaria depender mais do trabalho de assessores e de outras técnicas de administração do esforço (e, portanto, se comportaria de forma mais parecida com a de um maximizador de lazer). E teria mais dificuldade em assumir papéis de liderança, em comparação a seus colegas mais assertivos, que julgam utilizando o sistema 1⁴⁰.

O fato de alguns juízes julgarem utilizando o sistema 1 também é coerente com o modelo atitudinal. Podemos ver em Haidt (2012, p. 180) que há intensa correlação entre identidades políticas e sensibilidade a certas fundações morais; e que sentimentos morais são essencialmente criaturas do sistema 1. Não seria um salto muito grande imaginar que juízes, ao julgar usando seu sistema 1, deixassem vazar (conscientemente ou não) outros comportamentos automatizados, como reações morais e preferências políticas, para suas decisões processuais. Ademais, voltando a Schubert, os dois valores políticos que o modelo atitudinal encontra no âmago da maior parte dos dissensos em decisões da Suprema Corte são

40 Uma observação importante que devo fazer aqui é que é extremamente raro que uma atividade qualquer seja desempenhada exclusivamente fazendo uso de um sistema ou de outro. Provavelmente ambos os tipos de juízes que descrevi aqui fazem uso de ambos os sistemas para julgar, apenas variando qual sistema é predominante. Contudo, a capacidade de automatizar parte das tarefas necessárias para trabalhar como juiz certamente proporcionaria economia energética tremenda para o magistrado. E poderia, inclusive, liberar reservas de energia mental para que ele aplicasse seu sistema 2 em problemas mais complexos do seu trabalho. O modelo "*intuitive-override*" que descrevi anteriormente me parece ser uma boa descrição desse processo.

relacionados a desequilíbrio de poder econômico e a liberdades civis, dois temas com carga moral extremamente saliente.

O corolário do modelo proposto por Posner está na relação entre a influência de estímulos institucionais (salário, supervisão, etc) e de estímulos pessoais (preconceitos, vieses, comportamento do S1). Ele argumenta que, dado o fato do primeiro grupo de estímulos ser extremamente fraco para um juiz, a influência do segundo é maior. Isso é ilustrado pela comparação entre o trabalho de um juiz e o de um empregado com alta discricionariedade numa empresa privada, como um diretor, por exemplo. Enquanto ambos gozam de discricionariedade, o trabalho do empregado é fácil de medir, na maior parte das vezes: empresas tem como objetivo o lucro e um superior desse empregado pode medir se o trabalho do empregado está aumentando ou diminuindo o lucro que a empresa auferir e responder de acordo com o resultado dessa medida.

O trabalho de um juiz, por outro lado, é praticamente impossível de se medir no mesmo nível, pois envolve questões que nós, como sociedade, não decidimos qual é a resposta certa ainda e que, portanto, não são metrificáveis. Além disso, ele requer mais autonomia que o empregado, porque independência na resolução de conflitos é um dentre vários serviços que o judiciário presta à sociedade. O resultado é que, enquanto o empregado de uma empresa privada é um agente cujo principal (seu chefe) consegue metrificicar e cobrar qualidade de seu trabalho, o juiz é um agente semi-independente cujo principal (o Estado) é difuso e incapaz de exercer controle muito preciso. Essa última característica torna os estímulos pessoais internos do juiz mais fortes comparativamente e resulta no modelo bayesiano de julgamento proposto por Posner.

Além disso, o empregado da empresa provavelmente trabalha em um regime de “administração por exceção”, nos quais casos rotineiros são resolvidos nos níveis mais baixos da hierarquia de trabalho. E, à medida que casos não rotineiros aparecem, eles são levados para empregados progressivamente mais altos na hierarquia para resolverem. O judiciário opera de forma diferente, com todos os níveis hierárquicos atendendo tanto a casos rotineiros quanto não rotineiros (os níveis mais baixos ainda filtram a maioria dos casos rotineiros, mas ainda há presença de ambos os tipos na maior parte das instâncias). Enquanto o secretário de uma empresa vai levar para sua chefe um problema que esteja acima da alçada dele, um juiz de primeira instância terá que resolver um caso não rotineiro primeiro, para, depois esse caso ser resolvido novamente na segunda instância, por exemplo. Acontece que na empresa, essa divisão existe porque há divisão do trabalho: empregados de nível hierárquico mais alto estão, em teoria, mais bem preparados para lidar com problemas mais complexos do que os de nível

mais baixo. No judiciário isso não acontece: juízes em todos os níveis são treinados, primariamente, para resolver casos utilizando técnicas legalistas, que são melhores para resolver problemas rotineiros do que não rotineiros.

Uma abordagem estritamente legalista do comportamento judicial não é capaz de explicar todas as decisões que são tomadas, como vimos anteriormente. E é necessário que existam casos nos quais o juiz haja com um papel normativamente criativo (ou, como Posner coloca, como um “legislador ocasional”). Posner (2008, p. 76) argumenta que, nesses casos, o treinamento dos operadores jurídicos falha e, frente a estímulos institucionais fracos, estímulos pessoais do juiz, como suas atitudes políticas, por exemplo, tornam-se mais fortes. Obviamente, os desafios que o diretor de uma empresa e um juiz enfrentam são diferentes. Não estou argumentando que a administração por exceção seja um sistema melhor ou que juízes precisem de mais supervisão, mas tento descrever as consequências da atual configuração institucional do trabalho do magistrado.

Esses é o desenho geral do modelo de comportamento judicial inicialmente proposto por Posner: é um trabalho em larga escala intuitivo; o “principal” relativo ao agente juiz é difuso e exerce pouca influência após o recrutamento; o procedimento de recrutamento de juízes é afetado pelo fato de o mercado de trabalho dessa profissão ser um monopsonio, no qual o comprador busca tanto juízes independentes e competentes, quanto juízes politicamente comprometidos; a remuneração desse trabalho tem um caráter não monetário forte e, por fim, que juízes agem buscando seu próprio bem (interesse próprio em lazer, se sentir bem com o trabalho, respeito, etc) mas não a qualquer custo (moralidade e aversão ao esforço, por exemplo, são fatores que limitam a busca do interesse próprio).

O modelo proposto também é caracterizado por uma série de binômios, como o da criatividade e continuidade, no qual um juiz mais criativo exerce mais poder e adquire mais prestígio ao custo da manutenção da continuidade da lei e, caso exagere na aplicação de criatividade, da perda de sua própria reputação e prestígio. Há o binômio esforço e lazer, no qual, em várias situações, o juiz precisará sacrificar lazer empregando esforço para, por exemplo, escrever um voto minoritário, na aposta de que ele terá alguma consequência. Discorrerei agora sobre os testes realizados acerca desse modelo por Posner, Epstein e Landes (2013), com o intuito de testar essa teoria nas instâncias da Suprema Corte norte-americana, das cortes federais de apelação (de 2ª instância) e nas cortes distritais federais (1ª instância) dos EUA.

Os testes sobre a Suprema Corte se concentraram em três elementos: no quão politicamente engajada é essa corte (POSNER, EPSTEIN e LANDES, 2013, p.106), na

mudança da orientação ideológica de juízes ao longo do tempo (POSNER, EPSTEIN e LANDES, 2013, p.116) e o efeito das convicções políticas de um juiz nos seus colegas, isto é, efeitos de grupo (POSNER, EPSTEIN e LANDES, 2013, p.144). Para esses testes, os autores usam uma versão revisada da base de dados Spaeth e os scores de atitudes políticas Segal-Cover e Martin-Quinn⁴¹. O resultado do primeiro teste foi coerente com o que outros autores, como Sunstein (SUNSTEIN, SCHKADE, ELLMAN e SAWICKI, 2006) e os atitudinalistas encontraram, no sentido de confirmar o caráter político dos votos de juízes e que a orientação ideológica deles é o melhor previsor de decisões. Em casos de liberdades civis, por exemplo, a quantidade de votos conservadores dados por ministros classificados como conservadores era aproximadamente três vezes maior do que a quantidade de votos conservadores dados por ministros classificados como liberais⁴². O voto não era uniformemente distribuído e algumas poucas matérias fugiam à divisão tradicional de liberal e conservador – conservadores votavam de forma mais liberal do que liberais em matérias relativas a federalismo, por exemplo. Mas o faziam sistemática e consistentemente, o que indica que a aparente incongruência apenas reflete a visão acerca da política americana sobre esses temas (o Partido Republicano é favorável a causas relativas aos direitos dos estados, por exemplo). Não só isso, os votos acompanharam mudanças maiores na política norte-americana, tomando uma guinada à direita em matérias relativas à economia no período Reagan em diante, por exemplo, e ficando mais fortemente ideológicos entre 1980 e 2009, acompanhando a homogeneização dos partidos Democrata e Republicano.

Mais interessante que isso, para fins do modelo aqui discutido, é o teste que realizaram acerca do fenômeno da “deriva ideológica”, isto é, da tendência prevista pelo modelo de mudança ideológica de juízes ao longo do tempo. A ideia é que a função de utilidade do trabalho de juízes inclui a satisfação que eles têm ao exercer poder e realizar suas atitudes políticas, e tais atitudes mudam ao longo do tempo para algumas pessoas. Se as atitudes políticas de um ministro mudarem ao longo do tempo e ele continuar tomando decisões coerentes com as atitudes políticas do partido do presidente que o indicou, ele serviria à utilidade desse partido e não à sua própria, e o modelo prevê o contrário. Em outras palavras, o exercício de poder que constitui parte da remuneração não monetária do trabalho do juiz tem um caráter de autoexpressão. E a deriva ideológica para longe da posição inicial que fosse

41 Como falei antes, o *score* Segal-Cover é baseado na percepção de atitudes políticas de um ministro da Suprema Corte pela mídia, na data de sua nomeação. O outro *score*, Martin-Quinn, é mais tradicional, calculado *ex ante*, com base nos votos de ministros a partir da base dados Spaeth.

42 Para evitar problemas de circularidade (principalmente com o *score* Martin-Quinn, que também usa a base dados Spaeth), eles classificaram os ministros como liberais ou conservadores de acordo com o trabalho qualitativo de biógrafos e historiadores judiciais e de outros cientistas políticos, além do *score* Segal-Cover.

próxima à do presidente/partido que o recrutou seria uma evidência desse tipo de autoexpressão.

Posner, Epstein e Landes (2013, p. 116) testaram a deriva ideológica, medindo cinco variáveis: o tempo de cada ministro no cargo, medido em mandatos; a idade do ministro quando foi nomeado; se ele era juiz no distrito de Columbia (onde fica a capital) antes da nomeação; se ele era um juiz federal de 2ª instância antes da nomeação; e os *scores* de atitudes políticas do juiz, segundo o score Martin-Quinn; e do presidente, segundo o *score* Poole, que é calculado com base nas posições dos presidentes em relação às leis que tramitaram no Congresso Nacional durante seu governo. Os critérios relativos ao passado do ministro nomeado, se ele era juiz no distrito de Columbia ou juiz federal de 2ª instância, dizem respeito à possibilidade de o presidente ter confiança em seu conhecimento acerca das atitudes políticas do candidato à Suprema Corte, antes de sua nomeação, pois, em teoria, o candidato que trabalhasse em DC estaria geograficamente próximo à Casa Branca. E, por isso, sua avaliação seria mais confiável e o juiz federal de 2ª instância já teria passado por um procedimento de nomeação similar, tendo uma grande variedade de decisões passadas que o time de assessores da Casa Branca poderia usar para conhecer suas posições políticas.

Eles encontraram evidência de deriva ideológica – dos 23 ministros que serviram por mais de 15 mandatos, 12 ficaram mais conservadores ou liberais ao longo do tempo. As variáveis que melhor previam a deriva ideológica eram tempo de mandato e se o juiz havia servido no distrito de Columbia antes de ser nomeado – a primeira variável, positivamente (a deriva ideológica aumenta com o tempo); e a segunda, negativamente (juizes que haviam servido no distrito de Columbia derivavam menos). Os autores atribuem essa segunda característica ao fato de esses juizes serem mais facilmente investigados pelo presidente antes da sua nomeação. E, como consequência disso, já começarem seu mandato mais próximos das posições ideológicas do presidente. Assim, o serviço no distrito de Columbia servia, na verdade, como *proxy* para a variável “similaridade inicial às atitudes políticas do presidente”. E, de fato, os juizes que eram mais parecidos ideologicamente com o presidente derivavam menos ao longo de seus mandatos.

Os dados também demonstraram a existência de deriva para longe da ideologia do partido do presidente: com o tempo, ministros da Suprema Corte que não tivessem começado seu trabalho já próximos ideologicamente do partido do presidente que os nomeou tendem a derivar para longe das suas posições iniciais, e isso se reflete nas decisões deles. As outras variáveis – idade e serviço prévio na corte federal de apelações não tiveram impacto estatisticamente significativo na deriva ideológica.

Posner, Epstein e Landes (2013, p. 144) também investigaram três efeitos de dinâmicas de grupo: o de radicalização, que dita que quanto mais ministros conservadores ou liberais forem nomeados para a Corte, mais conservador ou liberal⁴³, respectivamente, cada ministro fica; o de conformidade, que dita que quanto mais ministros conservadores ou liberais uma turma tiver, mais o grupo minoritário votará de acordo com o majoritário; e de radicalização política, que diz que, quanto mais conservadores ou liberais uma turma tiver, mais o grupo minoritário buscará antagonizar o majoritário. Eles não encontraram nenhum indício estatisticamente significativo nesse sentido para a Suprema Corte.

Mais interessante que a pesquisa sobre a Suprema Corte foi o trabalho que eles desenvolveram sobre a Corte Federal de Apelações, de 2ª instância. Essa corte é diferente da Suprema Corte, porque tem jurisdição obrigatória e não pode escolher os processos que julga. E porque suas decisões podem ser revertidas pela Suprema Corte (ao contrário da Suprema Corte, que não tem instância recursal superior). Além disso, os processos das Cortes Federais de Apelações são julgados por turmas de três juízes, em comparação com os nove da Suprema Corte.

Para investigar a Corte Federal de Apelações, Posner, Epstein (2013, p. 53) e Landes fizeram uso de duas bases de dados: a base de dados Songer, que contém decisões extraídas aleatoriamente de todas essas cortes, numa taxa de 15 por ano, entre 1925 e 1960, e 25 por ano, de 1961 a 2002, e inclui decisões de um total de 538 juízes (aproximadamente 90% da corte). A base dados Sunstein contém dados apenas de processos ideologicamente salientes, que envolvem temas como aborto, pena de morte e discriminação. O uso das duas bases de dados é importante, porque a maioria dos casos que chegam à corte são casos propostos por usuários do benefício da justiça gratuita, que litigam sem advogado e propõem ações absolutamente sem fundamento. O resultado é que a base de dados Songer, por pegar uma amostragem representativa dos casos que a Corte Federal de Apelações julga como um todo, mostra um viés massivo em prol de decisões conservadoras, porque ele julga como “conservadoras” decisões contrárias ao autor de processos penais e civis, muito embora sejam apenas recursos descabidos interpostos porque têm custo próximo de zero para os autores. Controlando por casos politicamente relevantes como a base de dados Sunstein faz, a maioria desses é filtrado; além disso, o fato de ela selecionar processos politicamente salientes faz com que ela gere uma população de casos mais comparáveis com os da Suprema Corte.

Testando a base de dados Songer, Posner, Epstein e Landes (2013, p. 158) primeiro

43 Uso o termo "liberal" aqui no mesmo sentido que Posner, Epstein e Landes, isto é, para denotar ideologia política de esquerda.

buscam encontrar indícios de decisões politicamente motivadas. Eles encontram um efeito marginal: controlando por outras variáveis, juízes apontados por presidentes do Partido Republicano têm, em média, 4,5% a mais de chance de tomarem uma decisão conservadora do que juízes apontados por presidentes do Partido Democrata. Em comparação, na Suprema Corte, a diferença dessa mesma chance era substancialmente maior: 17%. Posner, Epstein e Landes acreditam que um dos motivos possíveis de esse número ser tão baixo é o fato de ela incluir muitos casos sem mérito algum, que são indeferidos com o uso de ferramentas legalistas independentemente das atitudes políticas do juiz decisor. Eles avaliam se o mesmo efeito (influência política em decisões) pode ser encontrado na base de dados Sunstein, que filtra a maior parte desses processos espúrios e encontram números parecidos, embora diferenças estruturais entre as duas bases de dados tornem a comparação imperfeita.

Posner, Epstein e Landes recorrem, então, a uma terceira base de dados, a Yung, que inclui apenas dados de votos de juízes que emitiram pelo menos 100 votos, entre 1977 e 2009, e ranqueia os juízes em conservador, moderado e liberal, com base no conteúdo de suas decisões. Essa base de dados tem a vantagem de excluir juízes que ficaram pouco tempo no cargo e não produziram uma amostra estatisticamente significativa de votos. E, ao contrário da base de dados Songer, ela mostra a composição das turmas de juízes em cada decisão. Por isso, permite que se controle por efeitos de colegialidade, de modo que o quadro desenhado por ela é bem mais preciso.

Eles comparam o *score* da base de dados Yung com o próprio *score*, que chamaram de “*score* Epstein-Landes-Posner” e é baseado em material secundário, assim como o *score* Segal-Cover. A diferença é que, enquanto o *score* Segal-Cover usa material de mídia escrita (editoriais de revista) para medir a percepção de atitudes políticas de um ministro da Suprema Corte, após sua nomeação, o *score* Epstein-Landes-Posner faz o mesmo com mídia digital⁴⁴. Eles dividem juízes em fortemente conservadores, moderadamente conservadores, fortemente liberais e moderadamente liberais. E encontraram resultados surpreendentes, quando compararam as duas classificações e a classificação por partido do presidente que nomeou o juiz: 23% dos juízes que votavam conservadoramente, segundo Yung, eram classificados como moderadamente liberais pelo *score* Epstein-Landes-Posner (0% eram fortemente liberais); e 40% dos juízes fortemente ou moderadamente conservadores segundo o *score* Epstein-Landes-Posner tomavam decisões liberais com frequência, segundo Yung. Juízes fortemente liberais votavam de forma liberal de forma mais consistente do que juízes

44 Uma observação importante aqui é que, embora Posner, Epstein e Landes descrevam, em termos gerais, como calculam seu *score*, eles não apresentam o passo a passo do procedimento, ao contrário de Segal e Cover. Assim, a confiabilidade desse *score* não é mais baixa, porque ele não é reproduzível.

fortemente conservadores votavam de forma conservadora. Mas até os juízes fortemente conservadores tinham uma percentagem substancial que votava de maneira liberal.

Além disso, o partido do presidente também seguiu uma tendência parecida: aproximadamente um terço dos juízes nomeados por presidentes do Partido Republicano votava liberalmente; e um terço dos juízes nomeados por presidentes do Partido Democrata votava conservadoramente, com a observação de que todos os juízes fortemente ideológicos foram apontados por presidentes dos partidos esperados. O terço que está “errado” é composto exclusivamente por juízes moderados.

É possível tirar algumas conclusões disso: primeiro, que tanto o partido do presidente quanto *scores ex ante* como o *score* Epstein-Landes-Posner são bons *proxys* para as atitudes políticas de um juiz, embora a precisão de ambos seja mais fraca na 2ª instância do que é na Suprema Corte. Segundo, que atitudes políticas ainda são uma influência relevante nos votos de juízes de 2ª instância, embora sejam menos relevantes do que são na Suprema Corte⁴⁵. E, por último, que aproximadamente um terço da população de decisões estudada não pode ser explicada pelas atitudes políticas dos juízes; motivos possíveis para isso incluem deriva ideológica, resolução por técnicas legalistas e/ou viés a favor da confirmação de decisões de primeira instância.

Parte desse efeito, certamente, é de responsabilidade do viés de colegialidade, contudo. Posner, Epstein e Landes testaram se as atitudes políticas dos juízes de cada turma afetam os votos uns dos outros. E encontraram uma relação quase linear: quanto mais democratas participam de uma mesma turma, maior a percentagem de decisões daquela turma (tanto da turma como um todo, quanto de cada juiz, em particular) de serem liberais, e o mesmo vale para republicanos e conservadorismo. Mesmo a introdução de um juiz democrata minoritário em uma turma de juízes fortemente conservadores, por exemplo, é suficiente para que as decisões dessa turma sejam mais moderadas, em média: não só minorias se ajustam à posição de maiorias em uma turma, mas o oposto também é verdadeiro.

Os autores argumentam que esse efeito pode ser tanto por causa de aversão ao dissenso (juízes preferirem chegar a um meio termo do que deixar que a turma tenha um voto diferente dos outros), quanto como consequência de um membro da maioria que seja moderado e, ocasionalmente, vote de acordo com o membro da minoria (considerando que as turmas são de três juízes). De toda forma, esse efeito é coerente com a função de utilidade

45 Posner, Epstein e Landes descobriram, no entanto, que os juízes fortemente liberais e fortemente conservadores da Corte Federal de Apelações ainda tomam decisões politicamente motivadas com mais frequência do que a média dos ministros da Suprema Corte. E que, portanto, só seja possível falar que, na média, a Corte Federal é menos ideológica, já que a média é influenciada pela multidão de juízes moderados.

judicial: a produção de dissensos ou a exclusão sistemática de um membro da turma das decisões desta seriam um fator de atrito social entre os membros dessa turma, que precisam se encontrar todos os dias e trabalhar juntos. A moderação de posições, seja por meio de barganha ou de suavização, é uma solução que preserva laços sociais e evita o desgaste do ambiente de trabalho dos juízes, que poderia reduzir a satisfação do trabalho deles. Ela também representa um fenômeno de aversão ao esforço, que explorarei mais à frente.

O outro efeito testado por Posner, Epstein e Landes foi o efeito de dinâmicas de grupo nas turmas dessa corte. Eles buscaram os mesmos três efeitos que buscaram na Suprema Corte: de conformidade, de radicalização de grupos e de radicalização política. Não encontraram nenhuma evidência dos dois últimos, e isso é coerente com o modelo proposto: o efeito de radicalização política, se confirmado, requereria que juízes ativamente diminuíssem a satisfação tirada da qualidade do ambiente de trabalho deles, porque implicaria a introdução de conflito no ambiente de trabalho. O efeito da radicalização política não é coerente com a ideia de aversão ao esforço, pois não haveria motivo para um juiz que já pertence ao lado majoritário de um conflito político se esforçar por mais radicalização – não só ele não ganharia muito com isso como se esforçaria sem motivo.

Eles encontraram efeito de conformidade, contudo. Segundo esse efeito, quanto mais juízes de determinada orientação ideológica forem nomeados para uma corte (avaliando a corte regional como um todo, não turmas individuais) mais os juízes do lado minoritário vão se conformar à posição majoritária e votar contra suas próprias atitudes políticas. Segundo Posner Epstein e Landes, esse efeito ocorre porque a Corte Federal de Apelações tem menos espaço do que a Suprema Corte para rejeitar precedentes. E, se essa corte for, por exemplo, majoritariamente conservadora, ela produzirá mais precedentes conservadores e diminuirá o espaço que juízes liberais têm para tomar decisões liberais. Além disso, juízes conservadores serão maioria em mais turmas e isso influenciará o comportamento dos menos conservadores.

Analisando a base de dados Songer, Posner, Epstein e Landes (2013) encontram precisamente esse efeito, particularmente com juízes liberais (eles mudam mais seus votos quando estão em uma corte com juízes conservadores). Isso significa que, quando um juiz da minoria sai de um tribunal politicamente balanceado e um juiz da maioria é nomeado em seu lugar, o equilíbrio político do tribunal é alterado, tanto pela mudança de conjuntura política, quanto os juízes restantes da minoria passam a tomar decisões mais politicamente alinhadas com as da maioria. Se o tribunal já era desbalanceado para um lado ou para outro antes da troca, contudo, o ganho do lado majoritário seria proporcionalmente menor, por causa do efeito de conformidade.

Por último, Posner, Epstein e Landes encontraram um fenômeno curioso nas decisões desse tribunal. Avaliando o efeito de colegialidade, eles repararam que mesmo turmas de três juízes nomeados por um presidente do partido republicano ainda reafirmavam uma decisão liberal de 1ª instância em 62% das vezes. E uma turma de três juízes nomeados por um presidente do Partido Democrata, reafirmava decisões conservadoras de 1ª instância em 45% das vezes. Naturalmente, cada turma reafirmava decisões de acordo com suas atitudes políticas com mais frequência que isso, mas o número de reafirmações de ideologias opostas ainda era alto demais para ser explicado por imperfeições no uso do partido do presidente como métrica, combinado com efeitos de colegialidade. A conclusão de Posner, Epstein e Landes é que as decisões dos juízes de primeira instância exercem um forte apelo para os de 2ª instância e, dado ao efeito comparativamente mais fraco de atitudes políticas nesse tribunal, é suficiente para enfraquecer inclinações ideológicas.

As duas explicações que os autores atribuem para esse efeito são o fato que no sistema processual americano, não é possível a reapreciação de provas em sede de apelação na maioria dos casos, e isso limita as decisões que podem ser tomadas pela 2ª instância. Além disso, decisões que reafirmem uma decisão já tomada demandam menos esforço e o comportamento de juízes inclui aversão ao esforço. É permitido, naquele ordenamento jurídico, que o juiz de 2ª instância que decida reafirmando a decisão da 1ª instância decida meramente falando “reafirmo” em alguns casos. E, mesmo quando há obrigação de fundamentar a decisão, uma fundamentação que reafirme a decisão da primeira instância ainda é mais fácil de fazer do que uma que a revogue (afinal, os argumentos já estão lá). A percentagem alta de reafirmações de decisões de 1ª instância sugere que aversão ao esforço seja uma explicação forte, pois ela acontece mesmo em cortes que têm regras fracas de deferência à 1ª instância.

Posner, Epstein e Landes também estudaram as cortes distritais, de 1ª instância. Fazendo uso de cinco bases de dados diferentes, dentre elas as bases Sunstein e Yung, eles avaliaram a importância de ideologia nas decisões, de efeitos de seleção e do efeito da discricionariedade dessas cortes. E encontraram evidências de comportamento ideológico mais conservador em processos relativos a relações de trabalho e discriminação e comportamento ideológico mais liberal em processos relativos a federalismo. Além disso, juízas mulheres e juízes não brancos foram mais prováveis de tomar decisões liberais do que juízes homens e juízes brancos (POSNER, EPSTEIN e LANDES, 2013, p.219). Também encontraram uma tendência geral de decisões de essas cortes serem mais conservadoras (POSNER, EPSTEIN e LANDES, 2013, p.214) e de juízes mais conservadores tenderem a

dar sentenças de prisão mais longas, em média (POSNER, EPSTEIN e LANDES, 2013, p.250).

Os efeitos de ideologia existem, mas são mais fracos do que na Corte de Apelações, o que suporta a teoria desses autores de que a influência de ideologia em decisões judiciais aumenta: quanto mais alto o juiz estiver na hierarquia judicial, maior será a influência de ideologia (isso é o efeito de seleção – as cortes inferiores selecionam menos os casos que julgam do que as superiores. E, portanto, pegam mais casos em absoluto e, desses, menos casos prestigiosos e com cunho político, em média). Esse efeito de seleção é tão forte que sobrepõe o efeito da discricionariedade – em teoria, quanto mais discricionariedade um tribunal teria, mais espaço haveria para que ele julgasse motivado politicamente. E, apesar de ser o tribunal mais baixo de todos, as cortes de primeira instância têm muita discricionariedade como consequência de sua competência investigativa (a produção de provas sobre os fatos do caso ocorre primariamente na 1ª instância).

Contudo, o efeito contrário foi registrado por Posner, Epstein e Landes (2013, p. 241): as cortes de 1ª instância são as menos politicamente motivadas de todas, mesmo quando a supervisão de cortes superiores é mínima (e portanto, a discricionariedade é maior). Eles atribuem isso ao efeito de seleção, que compensa (e um pouco mais) a liberdade dada pela discricionariedade. Posner, Epstein e Landes também encontraram evidências mais fracas de aversão ao esforço: juízes de 1ª instância têm uma tendência a indeferir processos sem apreciação de mérito com frequência relativamente alta. Parte desses indeferimentos são mera reação a ações protocoladas natimortas, mas a porcentagem de decisões conservadoras é alta demais para ser explicada só por isso. Essa porcentagem também aumentou substancialmente, após uma decisão da Suprema Corte que concedeu mais discricionariedade para juízes distritais indeferirem processos sem apreciação de mérito, indicando que isso era uma demanda desses juízes mesmo antes da decisão. Os autores explicam isso argumentando que esse efeito indica aversão ao esforço, já que um processo que é indeferido no início não gera procedimento de execução, cálculo de danos ou de pena ou qualquer outro tipo de trabalho para o juiz. E, mesmo que haja uma apelação, as cortes de 2ª instância tendem a reafirmar decisões da 1ª instância.

Posner, Epstein e Landes também testaram efeitos relativos ao fenômeno da aversão ao dissenso, que são independentes de tribunal. Eles (POSNER, EPSTEIN e LANDES, 2013, p.284-286) encontram uma relação positiva forte entre o tamanho das decisões majoritárias e a existência de decisões minoritárias: em processos nos quais um juiz emite uma opinião em dissenso, as decisões majoritárias são, em média, 41% mais longas na Corte Federal de

Apelações e, desde que a decisão cite o dissenso, 1000 palavras a mais, em média, na Suprema Corte. Isso indica uma relação entre aversão a dissenso e aversão ao esforço: fazer um voto de dissenso representa esforço maior tanto para o juiz que discorda, quanto para a maioria que discorda dele.

Eles também notaram que o ganho de reputação por um dissenso, representado pela quantidade de citações desse voto de dissenso por outros tribunais ou pelo mesmo, é estatisticamente equivalente a zero. Os autores (POSNER, EPSTEIN e LANDES, 2013, p. 290-291) sugerem que o motivo pelo qual juízes fazem votos de dissenso não é, na verdade, para melhorar sua reputação (embora hajam casos notáveis de ministros que fizeram sua reputação na base de dissensos, como o do ministro Holmes; esses parecem ser casos excepcionais e antigos), mas para dar vazão ao desejo de autoexpressão, que é parte da função de utilidade judicial. Esse desejo de autoexpressão é mais forte quanto mais fraca for a constrição de carga de trabalho do juiz – há uma relação inversa entre produção de votos de dissenso e carga de trabalho também (POSNER, EPSTEIN e LANDES, 2013, p.293). E há a influência do viés de colegialidade sobre o qual falei anteriormente.

Outro fator que influencia o dissenso é a quantidade de juízes numa corte e a diferença ideológica entre eles. Essencialmente, quanto maior o número de juízes numa mesma corte (mas não necessariamente na mesma turma) e mais diversos politicamente eles forem, maior a chance de haver um voto de dissenso. Outro efeito é que quanto mais tempo de serviço, menor a chance de um juiz emitir um voto de dissenso: é registrado um declínio significativo da quantidade de dissensos por juiz depois da metade do seu tempo no cargo e outro declínio se ele assume a posição de juiz sênior.

Posner, Epstein e Landes não conseguem apresentar uma prova tão forte para o modelo do juiz trabalhador quanto, por exemplo, os propositores do modelo atitudinal conseguiram. A função de utilidade judicial determina que o juiz vai retirar utilidade de seu trabalho por meio da produção de satisfação pessoal interna com o trabalho; da satisfação externa com as consequências do trabalho de juiz e das atividades extras a que tem acesso por causa do cargo de juiz (palestras, por exemplo); do tempo e da qualidade do lazer que ele desfruta; da renda produzida por atividades extras e pelo trabalho de juiz, além de outras variáveis menos comuns, como a possibilidade de promoção. Eles encontram evidências para aversão ao esforço na tendência da 2ª instância de reafirmar decisões da 1ª, mesmo quando são decisões contrárias à ideologia política dos juízes da 2ª instância, em casos politicamente salientes; na resistência ao dissenso por parte de minorias e majorias em turmas da 2ª instância; na relação inversa entre carga de trabalho e casos de dissenso em juízes de 2ª

instância e na tendência de juízes de 1ª instância de indeferirem processos sem apreciação de mérito.

Eles também encontraram um viés de colegialidade forte em juízes de 2ª instância, o que indica tanto aversão ao dissenso (e portanto, ao esforço), quanto necessidade de manter o coleguismo com os outros juízes da turma – negociar uma posição moderada com eles é mais saudável para as relações de colegas de trabalho, dos quais um juiz minoritário discorda politicamente, do que fazer votos de dissenso o tempo todo. Também foi encontrada uma relação fraca com a carga de trabalho sendo positivamente correlacionada com indeferimento de ações sem apreciação de mérito na 1ª instância, embora o uso de “números de processo por juiz” tenha sido um medidor imperfeito disso (o trabalho do juiz não é proporcional apenas ao número de processos; ele tem também obrigações administrativas. E, além disso, não é possível presumir que processos demandem esforço homogenicamente).

O baixo grau de citações de votos de dissenso também é uma evidência, apesar de ser prova contrária à hipótese de que juízes fazem dissensos em busca de reputação. Como juízes também produzem mais dissensos quando estão em turmas compostas por outros juízes que discordam ideologicamente deles, é possível argumentar em prol de um modelo de autoexpressão: o juiz que é minoria tenta barganhar com seus colegas em prol de decisões moderadas (viés de colegialidade). Mas, falhando nessa barganha, ele sente que precisa produzir um dissenso, mesmo que isso custe esforço para ele e para seus colegas, a fim de expressar sua consciência. É possível que esse dissenso tenha um caráter punitivo também, dado que as decisões de maiorias nesses casos cresçam substancialmente de tamanho médio e, presumivelmente, de esforço demandado quando há um dissenso. Se for o caso, esse seria um exemplo de “interesse próprio limitado”, no qual o juiz “paga” esforço para punir seus colegas que falharam em negociar uma decisão moderada.

O fenômeno da deriva ideológica identificado entre ministros da Suprema Corte reforça a ideia de que juízes busquem autoexpressão: esses ministros não se importam de votar contra a posição do partido do presidente que os nomeou, caso derivem para longe dela, porque veem a necessidade de autoexpressão como parte da fonte de satisfação com o trabalho do juiz, mesmo que isso não se converta em política pública. Observo que é possível também que a hipótese do “dissenso como forma de buscar reputação” ainda esteja correta, porque não necessariamente os juízes têm conhecimento do quão pouco citados e lidos são os votos de dissenso. Ademais, o fato de os EUA terem um histórico de juízes famosos, como Holmes e Brandeis, que adquiriram prestígio e reputação substanciais pelos dissensos que produziram, pode criar a percepção errada de que dissensos ainda possam proporcionar a um

juiz contemporâneo reputações similares às deles.

Posner, Epstein e Landes também demonstram que há influência de convicções políticas em todos os níveis de jurisdição, embora ela seja notoriamente maior quanto mais alto o magistrado estiver na hierarquia de tribunais, por causa do efeito de seleção e da diluição de casos politicamente salientes nas instâncias inferiores em outros mais rotineiros. Apesar de isso não ser um dado novo, é relevante que evidências dele sejam encontradas utilizando-se metodologias diferentes da época do trabalho de Pritchett até hoje, o que indica a força explicativa do modelo atitudinal.

Eles falham, contudo, em uma série de outras explicações. Não há medição alguma de papéis de liderança em tribunais e apenas superficialmente eles testam o “modelo bayesiano de tomada de decisão”. Isso pode ser atribuído a falhas nas bases de dados utilizadas: a maior parte das bases de dados é construída por meio da coleta de informações relevantes para uma perspectiva atitudinal ou, quando muito, estratégica de ator racional do comportamento judicial. Não existe nos EUA um banco de dados que referencie cruzadamente, por exemplo, dados socioeconômicos e de background de juízes com suas decisões, a fim de ver a extensão da influência das concepções deles no trabalho do juiz. A maioria das bases de dados tem dados sobre o fim dos processos também. E esse tipo de pesquisa requereria entender como a posição do juiz avançou durante a instrução. Da mesma forma, as bases de dados falam muito pouco sobre a renda dos juízes, sobre as atividades extrajurídicas desempenhadas por eles (palestras, aulas etc), de modo que é difícil medi-las.

Mesmo sem prova direta *ex post* do modelo de tomada de decisão bayesiano que esses autores propõem, podemos encontrar alguns indícios dele. Primeiramente, nas investigações feitas por Posner, Epstein e Landes sobre características de *background* de juízes: eles encontram tendências estatisticamente significativas de o voto de juízas mulheres e de juízes não brancos ser mais frequentemente liberal que o de juízes homens e de juízes brancos, por exemplo; particularmente, o voto de juízes negros em ações penais é substancialmente mais liberal do que o de outros. E esses efeitos são indícios da influência de concepções bayesianas no comportamento desses juízes.

Além disso, o modelo bayesiano de tomada de decisão encontra consiliência em estudos como os que foram feitos por Mussweiler e Englich ou Guthrie, Rachlinski e Wistrich sobre vieses e intuição no comportamento judicial. Falar de “tomada de decisão bayesiana” nada mais é que falar que juízes decidem primeiro com base na intuição e depois ajustam essa intuição, se acharem necessário e se estimulados adequadamente. Essa é, literalmente, a premissa do modelo de “*intuitive-override*” de Guthrie, Rachlinski e Wistrich, apenas usando

ferramentas conceituais diferentes. Observadas essas deficiências, a quantidade de evidências para esse modelo ainda é maior do que a de qualquer outro modelo estratégico até então.

Comportamento judicial é um fenômeno complexo que talvez nunca seja compreendido em sua integridade. E, por muito tempo, foi estudado por meio de teorias que tentavam simplificá-lo – o modelo legalista reduzia esse comportamento à lei e o atitudinal, à política, por exemplo. Ele conseguia explicar alguns casos simples, mas falhava ao explicar qualquer decisão minimamente não rotineira. O modelo atitudinal conseguia prever com precisão dissensos em decisões unidimensionais da Suprema Corte, mas ele é substancialmente menos eficaz para mensurar cortes inferiores. E também tem dificuldade para explicar outros tipos de decisão (por exemplo, ele consegue explicar porque um juiz discordou de outro, mas não porque um juiz que deveria discordar de outro, concordou). Nesses casos, é necessário recorrer a conceitos mais complexos, como aversão ao esforço ou a formação de coalizões judiciais. O modelo estratégico de ator racional conseguiu montar um modelo internamente coerente, mas falhou ao demonstrar esse tipo de comportamento em juízes reais. Seus sucessores comportamentais, como o próprio modelo de Posner ainda estão tentando se estabelecer.

O volume de dados processado por Posner, Epstein e Landes é imenso e existem evidências para muitos dos elementos do modelo – aversão ao esforço, a importância da colegialidade e o caráter político inescapável de decisões judiciais – por exemplo. Ele também é um modelo bem mais ambicioso que os outros: eles buscaram enumerar e testar praticamente todo tipo de estímulo institucional e pessoal que pode influenciar a satisfação com o trabalho de um juiz federal. O fato de encontrarem evidência para apenas parte do modelo (e de encontrarem pouca evidência contrária) não depõe contra esse modelo, mas a favor. Ele provavelmente não é a melhor descrição de como juízes se comportam, mas é um bom ponto de partida, a partir do qual podemos acrescentar evidências e refinar premissas, até encontrarmos um novo paradigma.

12. OBSERVAÇÕES FINAIS: PERSPECTIVAS PARA O FUTURO

Por fim, nesse último capítulo, farei algumas observações sobre os modelos de comportamento judicial, que explorei até agora.

Uma das técnicas de desviesamento citadas por Guthrie, Rachlinski e Wistrich é a aumentar o grau de *feedback* que juízes têm sobre seu trabalho. Ao contrário da maioria das outras proposições formuladas por esses autores, essa é uma técnica de desviesamento direto. A ideia é que, apesar do S1 representar comportamento automático, ele não necessariamente representa comportamento inato. Não nascemos aprendendo a dirigir, mas a maioria dos motoristas desenvolve uma compreensão automatizada de como controlar um carro; da mesma forma acontece com o trabalho do juiz.

Vemos em Kahneman (2012, p. 295) uma representação interessante de como esse processo funciona: à medida que somos expostos a novos estímulos e recebemos *feedback* pelo nosso comportamento, nosso sistema 1 se ajusta e aprende a fazer novas associações emocionais, que podem resultar no desenvolvimento de uma perícia. Um bombeiro experiente provavelmente tem um sexto sentido bastante preciso acerca dos perigos presentes em um edifício em chamas, porque ele teve acesso a um vasto repositório de experiências emocionalmente carregadas, que ele consegue reconstruir, com certa facilidade, por meio da memória de eventos perigosos que ele presenciou, como incêndios. De forma parecida, um mestre enxadrista, com milhares de horas de experiência jogando xadrez, consegue, intuitivamente, antecipar todos os movimentos possíveis de uma partida só de olhar para as peças em um tabuleiro, graças a um procedimento similar ao do bombeiro, pelo qual ele passou.

O problema desse tipo de processo de automatização é que ele depende fortemente do ambiente no qual essa pessoa estava inserida quando ela automatizou o comportamento. Kahneman identifica dois critérios que são necessários para que haja a criação de intuições proficientes em determinada habilidade: o ambiente no qual essa habilidade é treinada deve ser regular e previsível; deve haver prática prolongada, na qual há oportunidades de aprendizado dessas habilidades. Se essas duas condições forem atendidas, é bastante possível que uma pessoa consiga automatizar um procedimento que, até então, era exclusivo do sistema 2. E ela começará a realizá-lo pelo sistema 1, observando-se que alguns comportamentos são, naturalmente, mais fáceis de serem aprendidos do que outros, mesmo em ambientes propensos para tal (aprender a falar é mais fácil que aprender a dirigir, por exemplo). Kahneman chama ambientes de aprendizado bons para a educação do sistema 1 de

ambientes “regulares” e ambientes ruins para esse aprendizado, de ambientes “perniciosos”. O xadrez é um exemplo de um ambiente regular: ele é extremamente previsível, sendo um jogo com regras fixas. E tudo que o você precisa para desenvolver experiências repetidas com ele são as peças e um tabuleiro (e, opcionalmente, um oponente).

Guthrie, Rachlinski e Wistrich argumentam que o ambiente de tomada de decisão de um juiz é pernicioso. Para começar, ao contrário do xadrez, há pouquíssimo *feedback*. Como vimos na pesquisa deles, a maioria dos juízes não consegue sequer dizer com que frequência suas decisões são revertidas por tribunais superiores. E, muito menos, recebem *feedback* das partes envolvidas e de seus advogados. Além disso, eles argumentam que, como muitos juízes são generalistas e julgam todos os tipos de casos em sua jurisdição, a regularidade do trabalho é comprometida. E é necessário tempo demais para que o juiz suficientemente exposto a determinado tipo de processo para desenvolver intuições melhores.

Kahneman descreve as condições necessárias para a criação de um ambiente decisório não pernicioso, isto é, que o ambiente seja previsível, regular e permita a prática prolongada do comportamento, cujas intuições buscamos aprimorar. Acontece que não são apenas ambientes não perniciosos que aprimoram intuições. Tanto ambientes perniciosos quanto não perniciosos oferecem estímulos recompensadores para os tomadores de decisão que estão inseridos neles. A diferença é que, em um ambiente não pernicioso, tais recompensas se alinham com o que, efetivamente, vai resultar na melhoria da qualidade do trabalho que está sendo desenvolvido – por exemplo, um enxadrista que pratique muito provavelmente ganhará mais partidas. Por outro lado, um ambiente pernicioso recompensará intuições aleatórias, pois recompensará comportamentos que não necessariamente resultem em melhores resultados. Voltando ao exemplo do enxadrista que pratique sua arte sempre, mas jogando contra um computador que decide aleatoriamente suas jogadas dificilmente desenvolverá uma intuição muito precisa de como o jogo flui e de quais jogadas são melhores. O ambiente decisório de juízes se aproxima mais da descrição de um ambiente decisório pernicioso. E as pesquisas de Mussweiler e Englich e Guthrie, Wistrich e Rachlinsky dão indícios de que, pelo menos, alguns juízes julguem utilizando, primariamente, o sistema 1. Se essa hipótese estiver realmente correta, o modelo proposto por Posner, Epstein e Landes nos permite entender melhor quais estímulos estão formando a base dessas intuições.

Kahneman dá o exemplo de um médico do início do séc. XX que avaliava pacientes com sintomas de febre tifoide apalpando suas línguas. Como esse médico não lavava as mãos, acabava transmitindo a doença entre pacientes e, inadvertidamente, realizando o próprio diagnóstico. O ambiente dele era previsível e a prática era prolongada, mas o aprendizado

usava os estímulos errados para selecionar comportamento e gerava previsões incorretas. O ambiente de tomada de decisão de juízes não é muito diferente desse: processos judiciais são razoavelmente similares, principalmente nas instâncias superiores ou em varas especializadas; mesmo os juízes generalistas descritos por Guthrie, Rachlinski e Wistrich provavelmente ainda lidam com alguns tipos de casos com frequência muito maior que outros. Da mesma forma, a vitaliciedade, inamovibilidade e benesses monetárias e não monetárias características do cargo de juiz garantem que a maioria dos juízes fiquem no mesmo cargo por longos períodos de tempo, de modo que é difícil imaginar que não tenham prática continuada. Existem, igualmente, motivos para acreditar que muitos juízes tirem satisfação do seu trabalho e sejam positivamente estimulados por ele. Ou seja, existe o ambiente necessário para desenvolvimento de intuições de perícia, mas não existem necessariamente as condições para que essas intuições coincidam com os objetivos institucionais do cargo de juiz. O erro de Guthrie, Rachlinski e Wistrich não foi só afirmar que falta *feedback* para o desenvolvimento das habilidades dos juízes, mas também deixar de reconhecer o *feedback* que já existe e que contribui para seu enviesamento.

O modelo do juiz trabalhador ajuda a compreender com maior profundidade esses estímulos. Se juízes são movidos por aversão ao esforço, manutenção de relações de colegialidade ou atitudes políticas, por exemplo, as intuições que eles desenvolvem vão refletir esses estímulos. Em outras palavras, é possível imaginar que juízes não sejam melhor compreendidos como maximizadores de utilidade geral, mas como maximizadores da função de utilidade judicial; de fato, isso está no centro da proposta do modelo de Posner, Epstein e Landes. A função de utilidade judicial inclui características que beneficiam a todos, como a manutenção da independência do judiciário e a busca pelo aumento da própria reputação e de prestígio, mediante a produção de decisões vistas como justas pela comunidade jurídica e, em algum nível, pela sociedade em geral. Mas o objetivo dela não é a utilidade geral ou a produção de decisões justas⁴⁶.

Em outras palavras, o caráter público do trabalho do juiz talvez não se estenda apenas à produção de decisões judiciais, mas também às condições nas quais esse trabalho é prestado e no ambiente decisório em torno do qual as decisões são tomadas. Definir a rotina de trabalho, atividades extrajurídicas, remuneração, estrutura de julgamento colegiado e outras características institucionais do cargo do juiz não são decisões politicamente neutras, muito embora não compreendamos completamente ainda as consequências delas para a tomada de

46 A definição do que seja a função do cargo de juiz em uma sociedade democrática foge ao escopo desse trabalho; apenas cito alguns dos elementos que o senso comum associa a essa função.

decisões judiciais. O poder judiciário tem uma característica única de ser, simultaneamente, um prestador de serviços e uma fonte de poder. Essas características estão em particular conflito no estudo do comportamento judicial que desenhei até agora: como prestadores de serviços, é interessante que o ambiente decisório de juízes seja desenhado de modo a criar uma cultura de alto desempenho e a maximizar a utilidade que eles geram para os jurisdicionados. Mas, como atores políticos que exercem poder, é importante preservar a autonomia e as prerrogativas institucionais dos juízes. A tensão entre essas características não pode ser resolvida por meio do estudo do comportamento judicial, mas esse campo talvez possa nos proporcionar uma percepção melhor de como nossos juízes estão posicionados no eixo serviço-poder. E, se assim desejarmos, proporcionar insumos para produção de políticas públicas que os movam para um dos lados desse eixo, mantendo a função de utilidade judicial na direção dos objetivos que nossa sociedade estipula para o papel do juiz.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

1. ALEXANDER, Gregory S., **Comparing the Two Legal Realisms—American and Scandinavian**. Ithaca. Cornell Law Faculty Publications 455. 2002. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/455>. Acesso em: 11 Julho 2020.
2. AXELROD, Robert. **Conflict of Interest: a theory of divergent goals with application to politics**. Chicago. Markham Publishing Company, American Political Science Review, 64(04), 1259–1261. 1970.
3. BAUM, Lawrence. C. Herman Pritchett: Innovator with an Ambiguous Legacy. In: MAVEETY, Nancy (org.). **The Pioneers of Judicial Behavior**. Ann Arbor. University of Michigan Press, 2003. Disponível em: www.jstor.org/stable/10.3998/mpub.11980. Acesso em: 11 Julho 2020.
4. BAUM, Lawrence. **The Puzzle of Judicial Behavior**. Ann Arbor. University of Michigan Press. 1997. Disponível em: www.jstor.org/stable/10.3998/mpub.14435. Acesso em: 11 Julho 2020.
5. BENESH, Sara C. Harold J. Spaeth: Supreme Court Computer. In: MAVEETY, Nancy (org.). **The Pioneers of Judicial Behavior**. Ann Arbor. University of Michigan Press, 2003. Disponível em: www.jstor.org/stable/10.3998/mpub.11980. Acesso em: 11 Julho 2020.
6. BLEICH, Erik. Historical Institutionalism and Judicial Decision-Making: Ideas, Institutions, and Actors in French High Court Hate Speech Rulings. **World Politics**, 70(1), 53-85. 2018.
7. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 6ª ed., 1995.
8. BRAMS, S. **Negotiation Games: Applying Game Theory to Bargaining and Arbitration**. New York: Routledge. 1990.

9. BRENNER, S. (1979). Minimum Winning Coalitions on the U.S. Supreme Court. Charlotte. **American Politics Quarterly**, 7(3), 384–392. 1979.
10. BRENNER, S. Rational Choice And Supreme Court Decision Making: A Review Essay. Charlotte. **Southeastern Political Review**, 26(2), 361–378. 2008.
11. BRENNER, S., & DORFF, R. H. The Attitudinal Model and Fluidity Voting on the United States Supreme Court: A Theoretical Perspective. **Journal of Theoretical Politics**, 4(2), 195–205. 1992.
12. BRENNER, Saul. David Rohde: Rational Choice Theorist. In: MAVEETY, Nancy (org.). **The Pioneers of Judicial Behavior**. Ann Arbor. University of Michigan Press, 2003. Disponível em: www.jstor.org/stable/10.3998/mpub.11980. Acesso em: 11 Julho 2020.
13. BRENNER, Saul. Fluidity on the United States Supreme Court: A Reexamination. **American Journal of Political Science**, vol. 24, no. 3, 1980, pp. 526–535. Charlotte. Disponível em: www.jstor.org/stable/2110831. Acesso em: 10 Junho 2020.
14. CARP, Robert A. Joseph Tanenhaus: The “Learned Discipline” of Public law. In: MAVEETY, Nancy (org.). **The Pioneers of Judicial Behavior**. Ann Arbor. University of Michigan Press, 2003. Disponível em: www.jstor.org/stable/10.3998/mpub.11980. Acesso em: 11 Julho 2020.
15. CHURCHLAND, Paul M. **Matéria e consciência: uma introdução contemporânea à filosofia da mente**. São Paulo. Editora UNESP, 2004.
16. CLAYTON, Cornell W. Edward Corwin ad a Public Scholar. In: MAVEETY, Nancy (org.). **The Pioneers of Judicial Behavior**. Ann Arbor. University of Michigan Press, 2003. Disponível em: www.jstor.org/stable/10.3998/mpub.11980. Acesso em: 11 Julho 2020.
17. DAHL, Robert A. The Behavioral Approach in Political Science: Epitaph for a

- Monument to a Successful Protest. New Haven. **The American Political Science Review**, vol. 55, no. 4, 1961, pp. 763–772. Disponível em: www.jstor.org/stable/1952525. Acesso em: 26 Feb. 2020.
18. DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSO, Liora. Extraneous factors in judicial decisions. **Proceedings of the National Academy of Sciences** 108.17: 6889–6892. 2011. Disponível em: <https://www.pnas.org/content/108/17/6889>. Acesso em: 30 Junho 2020.
- 19.
20. DAVIS, Sue. Alpheus Thomas Mason: Piercing the Judicial Veil. In: MAVEETY, Nancy (org.). **The Pioneers of Judicial Behavior**. Ann Arbor. University of Michigan Press, 2003. Disponível em: www.jstor.org/stable/10.3998/mpub.11980. Acesso em: 11 Julho 2020.
21. DIESING, P. **Patterns of Discovery in the Social Sciences**. New York. Routledge. 1971.
22. ENGLICH, Birte & MUSSWEILER, Thomas. Sentencing under uncertainty: Anchoring effects in the courtroom. **Journal of Applied Social Psychology**. 31. 1535–1551. 2001.
23. EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Toward a Strategic Revolution in Judicial Politics: A Look Back, A Look Ahead. **Political Research Quarterly**, vol. 53, no. 3, 2000, pp. 625–661. Disponível em: www.jstor.org/stable/449201. Acesso em: 21 May 2020.
24. EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Walter F. Murphy: The Interactive Nature of Judicial Decision Making. In: MAVEETY, Nancy (org.). **The Pioneers of Judicial Behavior**. Ann Arbor. University of Michigan Press, 2003. Disponível em: www.jstor.org/stable/10.3998/mpub.11980. Acesso em: 11 Julho 2020.
25. EPSTEIN, Lee; LINDSTADT, René; SEGAL, Jeffrey A.; WESTERLAND, Chad. The Changing Dynamics of Senate Voting on Supreme Court Nominees. Chicago. **The Journal of Politics**, vol. 68, no. 2, pp. 296–307. 2006. Disponível em: www.jstor.org/stable/10.1111/j.1468-2508.2006.00407. Acesso em: 11 Julho 2020.

26. ESKRIDGE, William N. Jr. Overriding Supreme Court Statutory Interpretation Decisions. New Haven. **Yale Law Journal** 101:331–417. 1991.
27. ESKRIDGE, William N., Jr. Reneging on History?: Playing the Court/Congress/President Civil Rights Game. Berkeley. **California Law Review** 79:613–84. 1991.
28. FRANK, Jerome. Book Review of Karl N. Llewellyn: The Bramble Bush, some Lectures on Law and its study. New Haven. **Yale Law Journal**, XL. 1931.
29. FRANK, Jerome. Law and the Modern Mind. New York. Anchor Books. 1963.
30. FREDERICK, Shane. Cognitive Reflection and Decision Making. **Journal of Economic Perspectives**, 19 (4): 25-42. 2005.
31. GILLMAN, Howard. Robert G. McCloskey, Historical Institutionalism and the Arts of Judicial Governance. In: MAVEETY, Nancy (org.). **The Pioneers of Judicial Behavior**. Ann Arbor. University of Michigan Press, 2003. Disponível em: www.jstor.org/stable/10.3998/mpub.11980. Acesso em: 11 Julho 2020.
32. GILLMAN, Howard. The Constitution Besieged: The Rise & Demise of Lochner Era Police Powers Jurisprudence. Durham. Duke University Press. 1993.
33. GRABER, Mark, Institutionalism as Conclusion and Approach. Baltimore. **U of Maryland Legal Studies Research Paper** No. 2018-12. 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3157358>. Acesso em: 11 jul 2020.
34. HAGLE, T. M.; SPAETH, H. J. Voting Fluidity and the Attitudinal Model of Supreme Court Decision Making. **Western Political Quarterly**, 44(1), 119–128. 1991.
35. HAIDT, Jonathan. The Righteous Mind: Why Good People Are Divided by Politics and Religion. New York. Pantheon Books, 2012.

36. HESPANHA, António M. Panorama histórico da cultura jurídica Européia. Mem Martins: Europa-América, 1997.
37. Holmes, O. W. The common law. Boston. Little, Brown, and Co. 1881.
38. HORTA, Ricardo de Lins e; COSTA, Alexandre Araújo. Das teorias da interpretação à teoria da decisão: por uma perspectiva realista sobre as influências e constrangimentos sobre a atividade judicial. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, Fortaleza, v. 15, n. 20, p. 271-297, jul. 2017. ISSN 2447-6641. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/1387>. Acesso em: 11 jul. 2020.
39. HOWARD, J. Woodford. On the Fluidity of Judicial Choice. **The American Political Science Review**, vol. 62, no. 1, pp. 43–56. 1968. Disponível em: www.jstor.org/stable/1953325. Acesso em: 10 June 2020.
40. KAHNEMAN, Daniel. Rápido e Devagar: Duas formas de pensar. Rio de Janeiro, Objetiva, 2012.
41. KRITZER, HERBERT M. Martin Shapiro: Anticipating the New Institutionalism. In: MAVEETY, Nancy (org.). **The Pioneers of Judicial Behavior**. Ann Arbor. University of Michigan Press, 2003. Disponível em: www.jstor.org/stable/10.3998/mpub.11980. Acesso em: 11 Julho 2020.
42. MARTIN, A., & QUINN, K.. Dynamic Ideal Point Estimation via Markov Chain Monte Carlo for the U.S. Supreme Court, 1953–1999. **Political Analysis**, 10(2), 134-153. 2002.
43. MAVEETY, Nancy; MALTESE, John Anthony. J. Woodford Howard Jr.: Fluidity, Strategy and Analytical Syntehsis in Judicial Studies. In: MAVEETY, Nancy (org.). **The Pioneers of Judicial Behavior**. Ann Arbor. University of Michigan Press, 2003. Disponível em: www.jstor.org/stable/10.3998/mpub.11980. Acesso em: 11 Julho 2020.
44. MAVEETY, Nancy. The Study of Judicial behavior and the Discipline of Political

- Science. In: MAVEETY, Nancy (org.). **The Pioneers of Judicial Behavior**. Ann Arbor. University of Michigan Press, 2003. Disponível em: www.jstor.org/stable/10.3998/mpub.11980. Acesso em: 11 Julho 2020.
45. MERRIAM, Charles. 1921. The Present State of the Study of Politics. Chicago. **American Political Science Review** 15:173–85. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/1944081?seq=1#metadata_info_tab_contents. Acesso em 11 julho 2020.
46. MISHLER, William; SHEEHAN, Reginald S. The Supreme Court as a Countermajoritarian Institution? The Impact of Public Opinion on Supreme Court Decisions. **The American Political Science Review**, vol. 87, no. 1, 1993, pp. 87–101. Disponível em: www.jstor.org/stable/2938958. Acesso em: 20 June 2020.
47. MURPHY, Walter F. Elements of Judicial Strategy. Chicago. University of Chicago Press, 1964.
48. PRITCHETT, C. Herman. Civil Liberties and the Vinson Court. Chicago. University of Chicago Press. 1954.
49. PRITCHETT, C. Herman. The Roosevelt Court: A Study in Judicial Politics and Values. New York. Macmillan. 1948.
50. PURCELL JR., Edward A. American Jurisprudence between the Wars: Legal Realism and the Crisis of Democratic Theory. In: **The American Historical Review**, vol. 75, no. 2, 1969, pp. 424–446. Disponível em: www.jstor.org/stable/1849692. Acesso em: 11 Julho 2020.
51. REUS-SMIT, C., SNIDAL, D., & WOHLFORTH, W. Realism. In: **The Oxford Handbook of International Relations**. Oxford. Oxford University Press. Disponível em: <https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199219322.001.0001/oxfordhb-9780199219322-e-7>, acesso em: 11 Jul. 2020, from

52. ROHDE, David W. Policy Goals and Opinion Coalitions in the Supreme Court. East Lansing. **Midwest Journal of Political Science**, vol. 16, no. 2, pp. 208–224. 1972. Disponível em: www.jstor.org/stable/2110056. Acesso em: 5 June 2020.
53. ROHDE, David W.; SPAETH, Harold J. Supreme Court Decision Making. San Francisco: W. H. Freeman. 1976.
54. SCHUBERT, Glendon A. Quantitative Analysis of Judicial Behavior. Glencoe, Ill: Free Press, 1960.
55. SCHUBERT, Glendon. Judicial Behavior: A Reader in Theory and Research. Chicago: Rand McNally. 1964.
56. SEARLE, John R. Minds, Brains and Programs. In: The Behavioral and Brain Sciences, vol. 3. Cambridge. Cambridge University Press. 1980. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/behavioral-and-brain-sciences/article/minds-brains-and-programs/DC644B47A4299C637C89772FACC2706A> Acesso em: 11 jul 2020.
57. SEGAL, Jeffrey A. Glendon Schubert: The Judicial Mind. In: MAVEETY, Nancy (org.). **The Pioneers of Judicial Behavior**. Ann Arbor. University of Michigan Press, 2003. Disponível em: www.jstor.org/stable/10.3998/mpub.11980. Acesso em: 11 Julho 2020.
58. SEGAL, Jeffrey A. Separation-of-Powers Games in the Positive Theory of Congress and Courts. Stony Brook. **The American Political Science Review**, vol. 91, no. 1, pp. 28–44. 1997. Disponível em: www.jstor.org/stable/2952257. Acesso em: 31 maio 2020.
59. SEGAL, Jeffrey A.; COVER, Albert D. Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices. New York. **The American Political Science Review**, vol. 83, no. 2, 1989, pp. 557–565. Disponível em: www.jstor.org/stable/1962405. Acesso em: 31 Mar. 2020.

60. SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. New York: Cambridge University Press. 2002.
61. SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the Attitudinal Model*. New York. Cambridge University Press. 1993.
62. SINGER, Joseph William. Legal Realism Now. Berkeley. **California Law Review** 76, nº. 2. 1988. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3480619?seq=1>. Acesso em: 11 Julho 2020.
63. SMITH, Rogers M. Political Jurisprudence, the “New Institutionalism” and the future of Public Law. New Haven. **American Political Science Review**. 82:89-108. 1988.
64. SNIDAL, Duncan. The Game Theory of International Politics. **World Politics**, vol. 38, no. 1, 1985, pp. 25–57. Disponível em: www.jstor.org/stable/2010350. Acesso em: 11 Julho 2020.
65. SOMIT, Albert; TANENHAUS, Joseph.. *The Development of Political Science*. Boston. Allyn and Bacon. 1967.
66. SPAETH, Harold J. *Supreme Court Policy Making: Explanation and prediction*. São Francisco. W.H. Freeman. 1979.
67. SPAETH, Harold J.; SEGAL, Jeffrey A. The U.S. Supreme Court Judicial Database: Providing New Insights into the Court. *Judicature* 83:228–35. 2000.
68. SPILLER, Pablo T.; GELY, Rafael, 1992. Congressional Control or Judicial Independence: The Determinants of U.S. Supreme Court Labor-Relations Decisions, 1949-1988. **RAND Journal of Economics**, The RAND Corporation, vol. 23(4), pages 463-492. 1992. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/2555900?read-now=1&refreqid=excelsior%3Ad4103e42a44e24bc7d883028530b1f81&seq=14#page_scan_tab_contents Acesso em: 11 jul 2020.

69. SUNSTEIN, C., SCHKADE, D., ELLMAN, L., & SAWICKI, A. Are Judges Political?: An Empirical Analysis of the Federal Judiciary. Washington, D.C.. Brookings Institution Press. 2006. Disponível em: www.jstor.org/stable/10.7864/j.ctt12879t7, acesso em: 5 julho 2020.
70. SUNSTEIN, Cass R.; JOLLS, Christine, The Law of Implicit Bias. **California Law Review**, Forthcoming; Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 552; U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 289; U of Chicago, Public Law Working Paper No. 124. 2006. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=897553>. Acesso em 11 julho 2020.
71. SUNSTEIN, Cass R.; JOLLS, Christine; THALER, Richard H. A Behavioral Approach to Law and Economics. 50 **Stanford Law Review** 1471. 1998. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12172&context=journal_articles, acesso em: 11 julho 2020.
72. TANENHAUS, Joseph. Supreme Court Attitudes toward Federal Administrative Agencies. Chicago. **Journal of Politics** 22, p. 502–524. 1963.
73. THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, And Happiness. New Haven. Yale University Press. 2008.
74. TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. **SCIENCE**, p. 1124-1131. 1974.
75. VIANNA, L. D., CARVALHO, M. A., BURGOS, M. B. Quem somos: a magistratura que queremos. **Associação dos Magistrados Brasileiros**, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://www.amb.com.br/pesquisa/2019/publicacoes.php> , acesso em 11 jul 2020.
76. WALKER, Thomas G. David J. Danelski: Social Psychology and Group Choice. In: MAVEETY, Nancy (org.). **The Pioneers of Judicial Behavior**. Ann Arbor. University of Michigan Press, 2003. Disponível em: www.jstor.org/stable/10.3998/mpub.11980. Acesso em: 11 Julho 2020.

77. WECHSLER, Herbert. Toward Neutral Principles of Constitutional Law. **Harvard Law Review**, vol. 73, no. 1, p. 1–35. 1959. Disponível em: www.jstor.org/stable/1337945. Acesso em 11 Julho 2020.
78. WEINREB, L.L.. Legal reason: The use of analogy in legal argument. Cambridge. **Cambridge University Press**. 2016.
79. WHITTINGTON, Keith. Once More Unto the Breach: PostBehavioralist Approaches to Judicial Politics. Princeton. **Law & Social Inquiry**, 25: p. 601-634. 2000. Disponível em: http://www.princeton.edu/~kewhitt/Once_more.pdf; Acesso em: 11 jul 2020.