XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

CLEULER BARBOSA DAS NEVES

JANAÍNA MACHADO STURZA

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

T314
Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP
Coordenadores: Cleuler Barbosa das Neves
Janaína Machado Sturza – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-800-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

A presente publicação é resultado do GT N. 28 – Teoria do Direito, da Decisão e Realismo Jurídico, realizado no XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO, nos dias 19, 20 e 21 de junho, na Universidade federal de Goiás- UFG.

O presente grupo de trabalho buscou refletir sobre as Teorias do direito, da decisão e do realismo jurídico, especialmente sob a perspectiva da proposta deste GT – qual seja, direito e ciência jurídica, da teoria da norma jurídica, da teoria da norma e teoria da decisão, teoria do ordenamento jurídico, direito e linguagem, positivismo(s) jurídico(s). Também sob o ponto de vista do paradigma da cientificidade, da falseabilidade, do pragmatismo filosófico e jurídico. Seguindo este cenário, discuti-se as relações entre Direito, Estado e Sociedade: os modelos formalista, sistêmico-operacional e realista. Destaca-se, ainda, o pensamento sistemático aberto a valores: a relevância dos princípios e sua constitucionalização, para além do direito como sistema de regras e princípios. A relação entre direito e moral. Discurso jurídico. Judicialização. Ativismo judicial. Decisionismo. Idealismo jurídico. Neoconstitucionalismo. Teoria da norma e teoria da decisão. Pragmatismo. Discurso jurídico. Decisionismo. Idealismo jurídico.

Nesse sentido, apresentamos os trabalhos que nortearam as discussões deste GT:

A POLARIZAÇÃO POLÍTICA BRASILEIRA E OS EFEITOS (ANTI) DEMOCRÁTICOS DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA, de autoria de Mauricio Martins Reis e Catharine Black Lipp João. Analisou os efeitos da polarização política na deliberação coletiva sob os ideais moral e epistêmico da democracia deliberativa. Serão abordadas teorias sobre o comportamento entre grupos sociais e a influência da polarização sobre eles para então serem examinados os pressupostos da democracia deliberativa e a sua prática na dinâmica do Tribunal do Júri. A abordagem é desenvolvida a partir do método indutivo, com o objetivo explicativo e o procedimento bibliográfico.

A SEPARAÇÃO DOS PODERES E OS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, de autoria de José Arthur Figueiras Deolino e Heleno Veloso de Faria júnior. Tratou sobre a separação clássica de poderes, que criou um sistema de freios e contrapesos com fincas a evitar que cada poder ultrapasse a sua esfera de competência. A proposta da pesquisa foi analisar a funcionalidade da judicialização

da política e dos diálogos institucionais no Estado Democrático de Direito com escopo de assegurar os direitos fundamentais do cidadão preservando a separação de poderes. A metodologia utilizada será a teórico bibliográfica, através do procedimento metodológico dedutivo, afim de demonstrar que a judicialização da política está compatível com a separação clássica dos poderes, bem como, que a teoria dos diálogos institucionais assegura tal tripartição.

DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL À JUDICIALIZAÇÃO E AO ATIVISMO JUDICIAL, de autoria de Taysa Pacca Ferraz De Camargo. A presente pesquisa expõe a abrangência temática das normas constitucionais como indutor da ativa intervenção do Poder Judiciário quando provocado, em questões de grande impacto social, muito em razão da letargia dos demais Poderes da República. Analisar-se-á como tal abrangência contribui para a judicialização da política e consequentemente ao ativismo judicial, compreendido como uma postura proativa do Poder Judiciário.

DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E LINGUAGEM JURÍDICO PENAL: OS LIMITES SEMÂNTICOS E JURÍDICOS ENTRE COGNITIVISMO E DECISIONISMO, de autoria de Ana Carolina Santana e Carlos Alberto Menezes. Este artigo se propõe a analisar a discricionariedade judicial na produção das decisões judicias penais. Será utilizada a epistemologia garantista para demonstrar que os pronunciamentos judiciais penais amparados em argumentos puramente éticos, morais ou políticos, não passam de mero decisionismo judicial. Será defendida a utilização de signos linguísticos precisos e determinados como forma de garantir que a semântica legal e a judicial estejam em coerência com a legalidade estrita e a estrita jurisdicionariedade, permitindo o exercício argumentativo de verificação e refutação. Aos naturais espaços de insegurança jurídica este trabalho proporá a aplicação dos princípios gerais como critérios pragmáticos de aceitação.

ENTRE MITOS E VERDADES SOBRE A IMPARCIALIDADE: A INFLUÊNCIA DA INTUIÇÃO NAS DECISÕES JUDICIAIS, de autoria de Taísa Magro Ostini e Sergio Nojiri. O objetivo do presente trabalho foi questionar o princípio da imparcialidade e seus efeitos práticos sobre os magistrados, a partir da investigação dos processos de tomada de decisão judicial. Para tanto, optou-se por uma abordagem interdisciplinar, construída sobre o marco teórico do realismo jurídico e com respaldo nos resultados de estudos psicológicos e neurocientíficos sobre os processos decisórios. O caminho percorrido permitiu afirmar a existência de decisões judiciais predominantemente intuitivas, influenciadas pela personalidade do julgador. A partir disso, concluiu-se pela inviabilidade de uma acepção ampla de imparcialidade (manifestada por juízes verdadeiramente imparciais) e pela interferência das emoções nos julgamentos.

JURISDIÇÃO CRIATIVA: PROMOÇÃO OU RISCO À ORDEM DEMOCRÁTICA?, de autoria de João Felipe Da Silva Neto , Ana Luiza Souza Carvalho. O presente trabalho pretende analisar a postura criativa do Poder Judiciário, diante da necessária efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição, e as consequências para a ordem democrática constitucional. Inicialmente é feito um levantamento histórico dos direitos fundamentais, seu posicionamento no contexto constitucional e a necessidade de uma postura ativista do judiciário na garantia dos direitos fundamentais. Em seguida analisa os princípios da proporcionalidade e ponderação balizando o poder judiciário na sua atuação ativista. Por fim aponta as possíveis consequências da postura ativista do Poder Judiciário para a ordem democrática vigente.

NEOCONSTITUCIONALISMO: A REINTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL, de autoria de Maria De Lourdes Araújo Cavalcanti Mundim e Ivan Dias da Motta. O artigo resulta de pesquisa acadêmica de revisão bibliográfica acerca do neoconstitucionalismo e seus reflexos no movimento denominado por ativismo judicial. Indica que, pela ressignificação dos valores insertos na norma constitucional advém o neoconstitucionalismo, privilegiando uma interpretação orientada à efetivação dos direitos fundamentais. Neste cenário, compelido pela inevitabilidade da reinterpretação do pacto político social, ao Poder Judiciário, no pleno exercício da função jurisdicional, incumbe o papel de condutor da implementação de ações e políticas públicas que assegurem a concretização desta vontade de Constituição, o que vem se denominando ativismo judicial.

O BARÃO DE LA BRÈDE E DE MONTESQUIEU: A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O ATIVISMO JUDICIAL, de autoria de Guilherme Augusto De Vargas Soares e Luis Felipe Leão Saccol. Este pequeno ensaio busca demonstrar, de maneira contextualizada, o surgimento da teoria da separação dos poderes através do modelo tripartido de Montesquieu. Visa também ilustrar a importância da teoria da separação dos poderes para conter o ativismo judicial. Fazendo, assim, uma análise da recepção do referido instituto sob a ótica da Crítica Hermenêutica do Direito, tendo como ponto de partida as mudanças de paradigmas ocorridas com o processo de redemocratização instaurado pela Constituição Federal de 1988.

O CONVENCIMENTO DOS JUÍZES É MESMO LIVRE? UM ENSAIO SOBRE A NECESSIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DE UM VERDADEIRO SISTEMA DE GARANTIAS PROCESSUAIS, de autoria de Pedro André Guimarães Pires , Karyna Batista Sposato. Nosso caminho histórico, marcado por uma construção pouco teórica do discurso jurídico, possui implicações na aplicação de um verdadeiro sistema de garantias processuais capaz de conter decisionismos e a arbitrariedade estatal. Algumas causas implicam efeitos

que revelam a necessidade de superar o livre convencimento. Modernidade tardia, esvaziamento do discurso constitucional e preponderância do político sobre o jurídico se correlacionam à mitigação das garantias processuais. Daí a necessidade de um sistema de garantias que supere a filosofia da consciência e resguarde a legitimidade democrática das decisões, o direito fundamental da parte a uma resposta correta, e o próprio estado de direito.

O IMPULSO DA POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO PELA INGERÊNCIA ESTATAL NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, de autoria de Karla Vaz Fernandes e Susana Silva Araújo. Este artigo tem por objetivo discutir o quanto a força da atuação judiciária desnivela a interdependência harmônica dos poderes estatais. Serão revisadas bibliografias que visem identificar se há ou não positividade no impulso da politização do judiciário, em decorrência da ineficiência crônica do Estado na tentativa de garantir o acesso dos cidadãos aos direitos fundamentais. O texto busca demonstrar qual o grau de influência da ingerência estatal, legislativa e executiva, na concretização dos direitos fundamentais sobre o crescimento do chamado processo de politização do Judiciário brasileiro. Questiona-se se a intromissão judicial torna realmente efetiva a concretização dos direitos fundamentais.

OS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL SÃO DIREITOS ?: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOB A PERSPECTIVA DAS TEORIAS DOS DIREITOS HUMANOS E DO REALISMO JURÍDICO, de autoria de Jéssika Saraiva de Araújo Pessoa. Este artigo possui como objeto de estudo à efetividade dos Direitos Humanos, a sua materialização na realidade social brasileira, sob a perspectiva das teorias dos Direitos Humanos e do Realismo Jurídico. O problema que se propõe esse artigo é se os Direitos Humanos no Brasil são Direitos? ou meras garantias formais, ideologias a serem alcançadas?. Quando à metodologia, utilizou-se o método dedutivo, o procedimento o monográfico, o objetivo metodológico adotado foi o descritivo, a técnica de pesquisa aplicada foi à revisão bibliográfica e documental. O recorte teórico central são os autores Costa Douzinas, Lorena de Melo Freitas e Benjamin Cardozo.

OS EFEITOS DO PÓS-POSITIVISMO NO PROCESSO PENAL, de autoria de Manoela Pereira Moser. Esta pesquisa tem por objetivo a análise dos efeitos do pós-positivismo, através dos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização, no âmbito do Processo Penal. Será realizado um estudo sobre o julgamento do AI no HC nº 239.363/PR, que declarou inconstitucional o preceito secundário do art. 273, §1º-B, V, do CP; e, aplicou a pena prevista no art. 33 da Lei 11.343/2006, bem como, o HC nº 152.752, que permitiu a execução da pena após a condenação em segundo grau. Por fim, procurar-se-á estabelecer quais os limites e os efeitos deste movimento para o Estado Democrático de Direito.

PRINCÍPIOS JURÍDICOS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS DOUTRINAS PENAL E TRIBUTÁRIA, de autoria de Jamir Calili Ribeiro. A doutrina tem asseverado a existência de princípios jurídicos, especialmente em contraponto às regras. As doutrinas penal e tributária operam baseando-se em um conjunto de normas que elas nomeiam "princípios". A partir desta constatação, pretendeu-se defender a ideia de que as distinções entre princípios e regras não são necessárias para compreender o ordenamento jurídico e a sua aplicação, bastando compreender a noção interpretativa dada ao conceito de princípios sem que seja necessário contrapô-lo à ideia de regras. A hipótese que se defende é a de que as doutrinas penal e tributária tratam os princípios como rótulo para os direitos fundamentais.

REFLEXÕES SOBRE A FORMAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL À LUZ DO REALISMO JURÍDICO, de autoria de Victor Colucci Neto. Analisa-se o processo de formação da decisão judicial à luz do realismo jurídico, movimento desenvolvido nos Estados Unidos nas décadas de 1920 e 1930, frente à clássica ideia formalista de que os juízes seriam mero aplicados do direito ao caso concreto. Apresenta-se neste trabalho a abordagem da influência das preferências político-ideológicas ou pessoais do juiz no processo decisório, analisando modelos de comportamento judicial. Expõe-se ideia acerca da harmonização entre realismo e formalismo jurídico e o modelo dual de julgamento. A pesquisa ora desenvolvida visa refletir sobre o que realmente ocorre no processo de tomada de decisão judicial.

Desejamos a todos uma bela e produtiva leitura!!

Inverno de 2019.

Profa. Dra. Janaina Machado Sturza – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI

Prof. Dr. Cleuler Barbosa das Neves - Universidade Federal de Goiás - UFG

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ENTRE MITOS E VERDADES SOBRE A IMPARCIALIDADE: A INFLUÊNCIA DA INTUIÇÃO NAS DECISÕES JUDICIAIS

BETWEEN MYTHS AND TRUTHS ON IMPARTIALITY: THE INFLUENCE OF INTUITION IN JUDICIAL DECISIONS

Taísa Magro Ostini
Sergio Nojiri

Resumo

O objetivo do presente trabalho foi questionar o princípio da imparcialidade e seus efeitos práticos sobre os magistrados, a partir da investigação dos processos de tomada de decisão judicial. Para tanto, optou-se por uma abordagem interdisciplinar, construída sobre o marco teórico do realismo jurídico e com respaldo nos resultados de estudos psicológicos e neurocientíficos sobre os processos decisórios. O caminho percorrido permitiu afirmar a existência de decisões judiciais predominantemente intuitivas, influenciadas pela personalidade do julgador. A partir disso, concluiu-se pela inviabilidade de uma acepção ampla de imparcialidade (manifestada por juízes verdadeiramente imparciais) e pela interferência das emoções nos julgamentos.

Palavras-chave: Decisão judicial, Realismo jurídico, Imparcialidade, Intuição, Emoções

Abstract/Resumen/Résumé

The objective of this paper was to question the principle of impartiality and its practical effects on magistrates, based on the investigation of judicial decision-making processes. For that, an interdisciplinary approach was chosen, built on the theoretical framework of legal realism and with the support of results from psychological and neuroscientific studies on decision-making processes. The path followed has allowed affirming the existence of predominantly intuitive judicial decisions, influenced by the personality of the judge. Therefore, we concluded by the infeasibility of a broad sense of impartiality (manifested by truly impartial judges) and by the interference of emotions on trials.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial decision, Legal realism, Impartiality, Intuition, Emotions

1 INTRODUÇÃO

Considerada um atributo indispensável à função jurisdicional, a imparcialidade suscita os mais apaixonados discursos, sejam oriundos de teóricos e operadores do Direito, sejam oriundos de indivíduos alheios ao domínio da prática forense.

Tratando especificamente de seu sentido "técnico", é praticamente unânime na doutrina do Direito a aceitação do princípio da imparcialidade, respaldado no artigo X, da Declaração Universal dos Direitos Humanos,[1] e compreendido na ordem constitucional brasileira a partir do princípio do juiz natural (art. 5º, inciso LIII, da CF),[2] da proibição a juízos ou tribunais de exceção (art. 5º, inciso XXXVII, da CF),[3] e das garantias e vedações estipuladas aos magistrados (art. 95, *caput* e parágrafo único, da CF). [4]

Tendo como base os ensinamentos doutrinários, pode-se compreender o postulado da imparcialidade em duas diferentes acepções. Na primeira, afigura-se como mandamento ao órgão investido de poder decisório,[5] o qual deve se colocar "[...] entre as partes e acima delas [...]" (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 71).

Fabiana Severi, nesse sentido, afirma que o contínuo processo de formação dos magistrados, o qual abrange desde a graduação universitária até os conhecimentos incorporados nas práticas profissionais cotidianas, tem a "neutralidade" [6] como meta-valor. Mais do que um simples saber técnico, tal preceito orienta um conjunto de características e posturas que identifica a figura do juiz e promove o sentimento de pertencimento entre os membros da carreira. Para a autora, integrar o "corpo da Magistratura", portanto, é condição

[1] Artigo X. Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

[2] Artigo 5º, LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

[3] Artigo 5º, XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

[4] Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. Parágrafo único. Aos juízes é vedado: I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; III - dedicar-se à atividade político-partidária. IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração."

[5] Para parte da doutrina, o princípio da imparcialidade está contido no princípio do juiz natural que, de forma mais abrangente, tal como previsto na Constituição (art. 5º, inciso LIII), refere-se, sobretudo, à competência do órgão investido de jurisdição. Os autores Nelson Nery Junior e Rosa Maria A. Nery explicam o princípio do juiz natural pela afirmação de que "A causa deve ser julgada por juiz imparcial, competente, *pré-constituído* pela lei, isto é, constituído primeiro do que o fato a ser julgado". (NERY JUNIOR; NERY, 2014, p. 238).

[6] O termo "neutralidade" não foi utilizado de forma despretensiosa por Severi, visto que a autora trata de preceito muito mais abrangente do que a imparcialidade tida como princípio orientado ao julgador, tema recorrente na doutrina.

que exige do indivíduo o controle das particularidades inerentes a sua subjetividade em prol da assunção de uma identidade coletiva, neutra, e própria da carreira (SEVERI, 2016, p. 99-103).

Em uma segunda acepção, a imparcialidade consiste em garantia processual fundamental posta à disposição dos indivíduos, orientada à proteção do julgamento justo e equilibrado.

Nada obstante a notoriedade dessa proteção, a figura do julgador imparcial é colocada em xeque em face de pesquisas oriundas dos campos da Psicologia e da Neurociência a respeito dos processos cognitivos relacionados à tomada de decisão.

De forma simplificada, esses ramos do conhecimento discorrem sobre o caráter intuitivo de grande parte das decisões humanas, as quais são frequentemente determinadas pela influência de atalhos cognitivos – as heurísticas[7] e os vieses[8] –, o que dificulta a mobilização de mecanismos verdadeiramente deliberativos. Essas decisões intuitivas estão diretamente relacionadas a crenças e valores previamente incorporados à personalidade do sujeito, e os fundamentos racionais que aparentemente teriam motivado a escolha são, na verdade, parte de uma espécie de reconstrução do processo decisório, orientados ao objetivo de justifica-la a si próprio e perante terceiros (STRUCHINER; BRANDO, 2014, p. 172-173).

O conflito é evidente. Como todo e qualquer ser humano, os juízes não passam ilesos às heurísticas e aos vieses cognitivos que interferem no processamento das decisões (HAIDT, 2013, p. 875).

Descarta-se, assim, a ideia de imparcialidade em seu sentido mais amplo, porquanto parece ser inviável a concepção de um julgador "neutro", comprometido com a verdade formal, capaz de abandonar por completo as suas convicções particulares e de ater-se tão somente às provas dos autos para, após, subsumir os fatos à norma jurídica aplicável. O meta-valor da "neutralidade", tão almejado pela carreira da magistratura, aparenta ser, diante dessa situação, inconcebível em termos práticos.

A afirmação da existência (e frequência) de julgamentos influenciados por processos mentais intuitivos contrapõe-se à ideologia formalista tradicionalmente cultuada pela teoria jurídica tradicional, ao menos no que tange à sua capacidade descritiva. Isso porque o reconhecimento de que a intuição interfere no processo de tomada de decisão judicial conduz a um natural questionamento acerca da natureza deliberativa de certos

[7] Heurísticas são procedimentos simplificados aos quais a pessoa recorre para tentar responder adequadamente a perguntas complexas, mesmo que tais respostas sejam geralmente imperfeitas. (KAHNEMAN, 2012, p. 110).
[8] Vieses são erros sistemáticos que tendem a se repetir em determinados contextos. (KAHNEMAN, 2012, p. 10).

processos decisórios, afastando a velha ideia do caráter puramente racional das escolhas dos juízes e, consequentemente, de sua integral vinculação ao conjunto de regras legais.

Essa afirmação está muito mais próxima das propostas realizadas pelos realistas jurídicos norte-americanos da primeira metade do século XX, que consagravam o caráter indeterminado do Direito (LEITER, 2002, p. 3) e atribuíam ao magistrado papel muito mais significativo – o de criação – desenvolvido com base em elementos jurídicos, mas também (e talvez predominantemente) em elementos extrajurídicos (LEITER, 2002, p. 6-7) [9].

Assim, o presente texto propõe-se a analisar o complexo campo da personalidade humana e dos processos de aprendizagem gerados a partir das relações do indivíduo com o meio. Com o conhecimento atingido nos dias de hoje, não se faz possível a afirmação de postulados absolutos sobre os motivos por detrás do comportamento judicial. Contudo, espera-se que, com apoio de estudos na área da Psicologia e da Neurociência, associados a evidências empíricas, seja possível formular hipóteses dotadas de valor explicativo.

O questionamento do valor da imparcialidade jurídica, nesse sentido, constitui um ponto de partida para outras indagações, que serão objetos deste trabalho: na prática, ainda é possível trabalhar com a hipótese de um juiz imparcial? No que diz respeito às partes do processo, será que a adoção de uma postura equidistante pelo julgador é sempre desejável?

O artigo irá primeiramente discorrer sobre o realismo jurídico como base filósofo-teórica precursora de um modelo descritivo das decisões judiciais. O pressuposto é de que os mais recentes estudos da Psicologia e da Neurociência fortalecem esse modelo. Com base nessas premissas, serão então respondidas as indagações acima, acerca do valor da imparcialidade como um mito ou como uma "verdade" [10].

2 ASPECTOS FILOSÓFICOS PARA A EXPLICAÇÃO DO COMPORTAMENTO DOS MAGISTRADOS: ENTRE O FORMALISMO E O REALISMO JURÍDICO

A concepção formalista do Direito, ainda predominante como marco teórico na doutrina brasileira, apresenta como características fundamentais a crença de que o ordenamento jurídico constitui um sistema hermético e racional, capaz de fornecer soluções

[9] Leiter lembra que todos os realistas concordavam que o Direito e as razões jurídicas eram racionalmente indeterminadas e que, portanto, a melhor explicação para a questão de como os juízes decidem estava além do próprio Direito. A principal afirmação do realismo, segundo Leiter, era de que os juízes respondem primeiramente aos estímulos dos fatos do caso, ao invés das regras e razões legais.

[10] O termo verdade foi colocado entre aspas para constar o entendimento ora adotado de que não existe uma verdade absoluta, objetivamente aferível.

para qualquer situação concreta e, como consequência, o desempenho de função meramente silogística pelos juízes, responsáveis pela descoberta e declaração das normas aplicáveis ao caso (TUMONIS, 2012, p. 1363-1365).

No contexto do formalismo jurídico, aparece a figura do "juiz boca da lei", porquanto não há espaço para a criação na atividade judicial, que deve ser unicamente movida pelo encontro da solução adequada, já delineada pelo conjunto de regras, princípios e precedentes sedimentados.

Contudo, a ideia de que o Direito é construído a partir de regras, princípios gerais e precedentes, institutos previamente estabelecidos para facilitar a convivência em sociedade, parece ser incompatível com os escopos de uma teoria descritiva. Em primeiro lugar, porque, de um lado, os conflitos são inevitáveis, extremamente diversificados e evoluem com o passar do tempo, e, de outro, o legislador tem uma capacidade limitada de prever e regular o comportamento humano (CARDOSO; SILVEIRA, 2017, p. 270-271). E, em segundo lugar, porque a heterocomposição pública, principal mecanismo utilizado para a solução de conflitos, tem como elemento central a figura do juiz, que, assim como qualquer outro ser humano, é permeado por aspectos de sua subjetividade (ainda que tenha sido "educado" nos moldes da identidade profissional marcada pelo ideal da "neutralidade" [11]).

Apesar deste trabalho não visar a análise de um conceito de Direito[12], ele não irá se furtar a abordar, ainda que ligeiramente, algumas ideias a respeito da prática judicial nascidas no realismo jurídico norte-americano da primeira metade do século XX. A despeito da heterogeneidade desse movimento, algumas afirmações foram recorrentes entre seus autores, formando o que Brian Laiter denomina de *Core Claim*[13] do realismo, que consiste na alegação de que o Direito é "indeterminado" e, portanto, as regras jurídicas não são suficientemente capazes de servir de fundamento para as decisões judiciais. As decisões judiciais, nessa linha de raciocínio, sofrem influência preponderante de estímulos gerados a partir do contato do juiz com o caso concreto (LEITER, 2002, p.3-7).

Noutros termos, para os realistas, o Direito não pode ser identificado como um simples conjunto de regras, princípios e precedentes. Na medida em que o pensamento jurídico presta-se à solução de conflitos concretos, deve-se concebê-lo como fruto da

[11] Tal como abordado pelo já referido trabalho da professora Fabiana Severi.
[12] Não iremos, aqui, nos deter nas complexas questões relacionadas a esse assunto, tão bem exposto no famoso livro de H.L.A. Hart (HART, 2001).
[13] A expressão *Core Claim* deve ser compreendida como o núcleo do pensamento realista, constituído de afirmações que permitem caracterizar determinada teoria como pertencente ao movimento.

experiência, não da lógica (HOLMES, 1991, p.1 apud GODOY, 2013, p. 67) [14]. Dessa forma, é possível afirmar que a atividade judicial não se resume à mera tarefa silogística de aplicação das leis, mas apresenta feições muito mais elaboradas, porquanto frequentemente sujeita à influência de fatores estranhos ao Direito (STRUCHINER; BRANDO, 2014, p. 174-177).

Diversos autores ligados ao movimento realista também partilharam a visão de que os argumentos jurídicos elencados como a motivação da decisão são, na realidade, o resultado de um processo de fundamentação *posterior* que visa apenas conferir-lhe credibilidade. Essa visão foi amplamente entendida como um desafio a uma concepção tradicional de Direito e de tomada de decisão judicial, especialmente aquela que sustenta que os materiais legais oficiais, como os códigos, podem gerar aplicações diretas, mecânicas ou lógicas no processo.

Praticamente todos os realistas repudiaram a crença de que as fontes legais oficiais e a doutrina, por si só, são capazes de produzir resultados incontroversos. Em vez disso, sustentaram que a doutrina jurídica normalmente não determina resultados legais sem a influência substancial de elementos não-legais, cuja existência e aplicação são variáveis e manipuláveis. Os resultados jurídicos, dessa forma, serão muitas vezes o produto não exclusivo ou mesmo predominantemente do direito oficial, mas principalmente de "outra coisa".

A opinião sobre o que constitui essa "outra coisa" variou entre os realistas, alguns acreditando que são preferências ideológicas ou políticas dos juízes, e outros afirmando que a tomada de decisões é baseada nas predileções, preconceitos e idiossincrasias pessoais conscientes ou subconscientes de determinados juízes. De qualquer forma, todos estavam comprometidos com a opinião de que o que importava era algo "diferente", ou pelo menos que ia além do direito positivo, das regras legais, da doutrina e do raciocínio jurídico, como tradicionalmente concebido. O realismo jurídico, portanto, desafiou a visão de que fontes e métodos legais tradicionais desempenham um papel substancial na causa e na explicação das decisões judiciais (SCHAUER, 2013, p. 754-756).

Há, ainda, que se considerar o fato de que a atividade judicial está inserida em um contexto normativo cuja amplitude, generalidade e complexidade não raramente admitem soluções contraditórias para uma mesma situação. Essas características acabam

[14] Nas palavras de Holmes Jr.: "A vida do direito não tem sido lógica: tem sido experiência. As necessidades sentidas em todas as épocas, as teorias morais e políticas que prevalecem, as intuições das políticas públicas, claras ou inconscientes, e até mesmo os preconceitos com os quais os juízes julgam, têm importância muito maior do que silogismos na determinação das regras pelas quais os homens devem ser governados." (HOLMES, 1991, p.1 apud GODOY, 2013, p. 67).

potencializando a subjetividade inerente ao processo interpretativo (STRUCHINER; BRANDO, 2014, p. 174-175; GODOY, 2013, p. 5).

Da hipótese realista, surge a necessidade de se investigar, com maior atenção, quais seriam então os fatores, alheios ao tecnicismo jurídico, que influenciam o convencimento do julgador. A importância da tarefa já havia sido muito bem ressaltada pelo realista jurídico Jerome Frank, expressa na afirmação de que "a maneira pela qual o juiz obtém os seus palpites é a chave para entender o mecanismo judicial." (FRANK, 2009 [1930], p. 112).

Para Frank, os estímulos à tomada de decisões estariam muito mais relacionados à personalidade do juiz do que à ordem jurídica. E, assim, o Direito seria indeterminável, aferível, em cada caso, a depender dos traços pessoais do julgador.[15]

Não há como ignorar que o realismo jurídico norte-americano contribuiu de forma significativa ao estudo das decisões judiciais, principalmente pela sua atenta observação do comportamento de magistrados. Contudo, a metodologia realista, pautada na análise dos julgados das Cortes e desprovida de rigorosa base filosófica e embasamento científico, foi muito criticada, o que se agravou com a difusão das ideias positivistas defendidas por H. L. A. Hart.[16]

Ademais, as considerações de Hart acerca da existência de "casos fáceis" e "casos difíceis" no Direito colocaram dúvida a respeito da hipótese realista sobre a indeterminação do Direito. A distinção encontrada na teoria de Hart, de que nos "casos fáceis", a solução é facilmente ditada por regras jurídicas claras e incontestes (ou por entendimentos firmados em precedentes vinculantes)[17], e de que apenas nos "casos difíceis" há um maior esforço cognitivo por parte do julgador, porquanto inexistentes normas diretamente aplicáveis para dirimir adequadamente o conflito[18], foi um duro golpe ao realismo jurídico.

---

[15] Se a personalidade do juiz é fator central na administração do direito, então o direito pode variar de acordo com sua personalidade (FRANK, 2009 [1930], p. 119-120).

[16] O positivismo de Hart destaca-se por sua postura moderada, a qual se deve à premissa de que as regras jurídicas estão sujeitas à textura aberta da linguagem. Nesse sentido, o autor concebe a existência de certa discricionariedade na atuação dos magistrados, na medida em que reconhece que os padrões jurídicos são, muitas vezes, incertos e obscuros e, assim, ensejam a tomada de escolhas acerca de sua utilização em um caso concreto. No entanto, a autonomia decisória encontra-se restrita a um núcleo duro de significado, constituído por conceitos claros extraídos, principalmente, de regras gerais e, de "forma imperfeita", de interpretações firmadas na jurisprudência. Diante de suas concepções, o jurista conclui que a atividade judicial é falível, o que ocorre quando as decisões são proferidas em desconformidade com as regras e precedentes consolidados. (HART, 2001, p. 149).

[17] Em face da atual "cultura dos precedentes", que ganha cada vez mais força no cenário jurídico brasileiro, é certo que, a existência de um entendimento judicial vinculante para determinada matéria fornece solução clara e inequívoca, talvez de uma forma até mais acentuada do que uma regra positivada.

[18] Struchiner e Brando exemplificam os casos difíceis como sendo aqueles em que a regra aplicável não é clara, em que não há regra (anomalia), ou em que há conflito normativo (STRUCHINER; BRANDO, 2014, p. 182).

Todavia, há, atualmente, certo consenso no sentido de que Hart interpretou de maneira equivocada os realistas, como se eles insistissem que o Direito seria sempre indeterminado e que as regras legais seriam rotineiramente incapazes de gerar diretamente resultados legais. Hart pensava que os realistas estavam concentrados apenas nos "casos difíceis". Se os realistas tivessem reconhecido a onipresença dos resultados gerados pelas regras, argumentou Hart, eles não teriam feito as alegações que fizeram sobre leis e regras legais em geral (SCHAUER, 2013, p. 758-759).

Apesar de Hart e os realistas discordarem sobre o tamanho da indeterminação no Direito, eles concordaram sobre a sua existência. Hart falou sobre uma "zona de penumbra" na qual os juízes exercitam uma discricionariedade judicial, enquanto realistas como Karl Llewellyn achavam que os juízes procuram promover os objetivos internos do sistema legal e externos da política[19]. Ainda, outros realistas, como Jerome Frank, seguiram numa direção um pouco diferente, opinando que fatores psicológicos e demais fatores pessoais é que atuam no processo de decisão judicial (SCHAUER, 2013, p. 759).

De todo modo, tendo em vista as ideias em comento, parece ser possível afirmar que os magistrados, *ao menos em uma parte* das situações que enfrentam, não baseiam seu convencimento exclusivamente em material jurídico, e apenas recorrem ao ordenamento em busca de confirmação para a decisão tomada. Em primeiro lugar, porque sempre haverá "casos difíceis", indissociáveis do uso de técnicas interpretativas e integrativas e, sobretudo, ensejadores de julgamentos moral-intuitivos. Em segundo, porque são frequentes decisões judiciais que contrariam o conteúdo literal das normas jurídicas.

Há que se ressaltar, ainda, que mesmo nos "casos fáceis", eventual correspondência entre o conteúdo do julgamento e o material jurídico aplicável não afasta por completo a influência de aspectos subjetivos na decisão tomada. Isso porque é possível cogitar de que parte desses "casos fáceis" já tenha sido "casos difíceis" em algum momento anterior, o que leva a admitir a ocorrência de julgamentos intuitivos ou "criativos" para a formação de um precedente judicial ou de um entendimento que influenciou a posterior criação de uma lei.

Seja como for, após o término da Segunda Guerra Mundial, a influência das teorias realistas se arrefeceu. Aliás, tratando-se do cenário jurídico brasileiro, o culto ao

[19] Frederick Schauer aponta que o realista Karl Llwellyn, dentre outros vários autores ligados ao movimento, argumentava que os juízes baseiam suas decisões em certas regras, mas essas regras nem sempre são aquelas constantes de fontes legais (SCHAUER, 2013, p. 751).

pensamento formalista prevalece até os dias atuais – o ensino do Direito[20], tal como proposto pelos manuais e reproduzido nas salas de aula, desenvolve-se de maneira autônoma e isolada, e toma por base a perspectiva da clássica Teoria do Direito, para a qual a leitura de autores como Ronald Dworkin[21] faz-se obrigatória.

A crença exagerada no formalismo como teoria descritiva e o apreço à tradicional postura que se espera do magistrado – o ideal de "neutralidade" – dificultam a observação crítica sobre o procedimento de julgar e, consequentemente, sobre o papel do Direito em um Estado Democrático.

3 A RELATIVA CONFIRMAÇÃO DA HIPÓTESE REALISTA

Mais recentemente, modernos estudos sobre as limitações da racionalidade humana, sobretudo em relação a processos cognitivos e de tomada de decisões, parecem conferir o embasamento científico necessário para a credibilidade, ainda que não absoluta, das hipóteses realistas (STRUCHINER; BRANDO, 2014, p. 178-179). A tal ponto que, diante do atual conhecimento disponível, a ideia de um juiz imparcial, comprometido em buscar a melhor solução para o caso e responsável por zelar pelo ordenamento, não pode ser concebida de outra forma que não como uma utopia.[22]

Esta última afirmação, que produz sérias consequências no plano da teoria do Direito, encontra amplo respaldo nos âmbitos da Psicologia e da Neurociência. Nessas áreas do conhecimento, não é novidade o questionamento da racionalidade humana, ao menos da ideia de racionalidade pura, tal como defendida no auge do Iluminismo.

Daniel Kahneman, por exemplo, propôs juntamente com Amos Tversky, a hipótese de que os processos de escolhas e julgamentos estão relacionados ao funcionamento interativo de dois diferentes sistemas cerebrais. São eles: o sistema 1, automático, rápido, inconsciente e intuitivo, praticamente independente de esforços e sem percepção de controle

[20] O referido "ensino do Direito" está associado ao estudo do sistema jurídico, da força das normas e do papel do julgador, desenvolvido pelos manuais de Direito e integrante de um "treinamento" para a formação de juristas nas academias, treinamento esse que se inicia a partir de disciplinas básicas e propaga-se ao longo de toda a graduação.

[21] A visão do Direito como integridade, construída por Ronald Dworkin, destoa-se da posição formalista "pura" por reconhecer o protagonismo da interpretação judicial, atribuindo maior relevância à função do julgador. Contudo, há semelhanças que podem ser apontadas, na medida em que o autor superestima a figura de um juiz ideal, representada pela alegoria do Juiz Hércules, cuja atuação - responsável, proba, e diligente - estaria absolutamente comprometida com a estrutura política e os princípios jurídicos consolidados pela comunidade, não podendo, assim, derivar de suas próprias convicções de justiça. (DWORKIN, 2007, p. 305).

[22] Essas ideias parecem agrupar, ainda que de maneira bastante superficial, uma visão legalista sobre a vinculação do juiz à lei e também às propostas elaboradas por Ronald Dworkin acerca do Direito como integridade e da figura do Juiz Hércules, comprometido em realizar a interpretação mais compatível com a ideologia de sua comunidade. Estas últimas serão abordadas mais especificamente ao final do capítulo.

voluntário; e o sistema 2, esforçado, lento, consciente e deliberativo, requisitado por atividades mentais mais complexas, capaz de conferir-lhes a devida atenção (KAHNEMAN, 2012, p. 26; STRUCHINER; BRANDO, 2014, p. 179).

Ao contrário do que se pode pensar, o fato é que, em diversas situações, a mente humana tende a procurar o caminho "mais fácil", e a reduzir os esforços em sua atividade; precisa-se simplificar para compreender. É o que parece ocorrer com predominância nos julgamento morais. Assim, uma vez estimulado um julgamento dessa natureza, o sistema 1 é o primeiro a ser acionado e, justamente por seu caráter intuitivo, provoca, de imediato, a formação de um sentimento avaliativo sobre a situação, posteriormente convertido em decisão, sem que haja qualquer ponderação de ordem racional. Essa atuação do sistema 1 possivelmente estará respaldada em atalhos cognitivos – as heurísticas e os vieses –, que tomam o lugar de questões mais difíceis, visando à simplificação dos problemas[23].

Todavia, as pessoas tendem a não se conformar com a escolha pura e simples; necessitam justificá-la, e o fazem tanto para si próprias, quanto para a sociedade. É nesse momento que entra em ação o sistema 2, responsável por encontrar argumentos racionais capazes de amparar a intuição tida pelo sistema 1. Dito de outra forma, é o sistema 1 que julga, e o sistema 2 apenas "advoga" em seu favor.

Não bastasse, a racionalidade por detrás do convencimento é ainda mais questionada quando considerado que o sistema 2, em sua posição de "advogado" do sistema 1, atua com parcialidade e seletividade, orientado a buscar, dentre as evidências disponíveis, aquelas que possam servir a seus propósitos, podendo fazê-lo, inclusive, mediante distorções interpretativas. Por vezes, a busca já se inicia de forma enviesada, sendo o raciocínio motivado a ir diretamente ao encontro das justificativas para o juízo previamente formado. O mecanismo consciente e deliberativo encontra-se, assim, viciado pelo fenômeno do "viés confirmatório"[24] (STRUCHINER; BRANDO, 2014, p. 189-201).

23 Ensina Kahneman que o sistema 1 "monitora continuamente o que está acontecendo fora e dentro da mente, e gera continuamente avaliações dos vários aspectos da situação sem intenção específica e com pouco ou nenhum esforço. Essas *avaliações básicas* (*basic assessments*) desempenham importante papel no julgamento intuitivo, pois elas facilmente entram no lugar de questões mais difíceis — essa é a ideia essencial da abordagem de heurísticas e vieses." (KAHNEMAN, 2012, p. 101).

24 O fenômeno do viés confirmatório manifesta-se como uma tendência involuntária que as pessoas têm de direcionar o seu processo de busca por evidências, ou de selecionar apenas as evidências convenientes dentre todas as encontradas, para reforçar argumentos ou decisões previamente concebidos, quando estes são questionados. (STRUCHINER; BRANDO, 2014, p. 201).

O grande problema é que, na maior parte das vezes, o indivíduo deliberante não tem consciência de todo esse processo e acredita piamente na racionalidade de suas escolhas.[25] Conforme Kahneman (2012, p.29):

> O Sistema 1 gera continuamente sugestões para o Sistema 2: impressões, intuições, intenções e sentimentos. Se endossadas pelo Sistema 2, impressões e intuições se tornam crenças, e impulsos se tornam ações voluntárias. Quando tudo funciona suavemente, o que acontece na maior parte do tempo, o Sistema 2 adota as sugestões do Sistema 1 com pouca ou nenhuma modificação. Você geralmente acredita em suas impressões e age segundo seus desejos, e tudo bem — normalmente.

A confiança na escolha racional contribui para a manutenção do *status quo*. As impressões incorporadas como crenças dão origem a novas impressões, estas ajustadas aos mesmos arranjos mentais que as primeiras. A limitada capacidade de compreensão, associada ao desconforto gerado pela incerteza frente ao que é "novo", levam a mente humana a abusar de sentimentos, estereótipos e preconceitos na tomada de decisões, sempre orientada a reduzir os esforços necessários ao processo cognitivo e a confirmar valores enraizados.[26]

As relações entre os dois sistemas são utilizadas como alicerce para o modelo sócio-intuicionista criado por Jonathan Haidt, que se presta especificamente à explicação dos mecanismos desenvolvidos em julgamentos morais. Na esteira de tudo o que foi tratado, o autor afirma que o julgamento moral tem caráter afetivo, surge a partir de um "flash" de intuição que é trazido à consciência, e vem acompanhado de um processo de racionalização posterior que busca aferir-lhe credibilidade, este de caráter esforçado e controlado (HAIDT, 2013, p. 871-872; STRUCHINER; BRANDO, 2014, p. 189-201).

Por outro lado, Haidt não nega que as pessoas sejam capazes de desempenhar raciocínios verdadeiramente deliberativos, mesmo nos julgamentos morais. O fato é que isso demanda afinca atuação do sistema 2; exige maiores atenção, tempo e empenho por parte da mente humana, não se esquecendo, é claro, da voluntariedade necessária para reprimir o primeiro julgamento intuitivo e superar, assim, a tendência ao comodismo. E, por esses motivos, o fenômeno acaba sendo mais raro, dependendo da confluência de dois fatores: (i) uma intuição inicial fraca e (ii) uma capacidade de processamento elevada (HAIDT, 2013, p. 873).

[25] Struchiner e Brando atentam a para a ausência de consciência sobre as causas que determinam o julgamento intuitivo. Conforme os autores, "o sistema 2 também tem a função de operar como "porta-voz" do sistema 1, construindo justificativas para comportamentos cuja causação não chega à consciência." (STRUCHINER; BRANDO, 2014, p. 189).

[26] Conforme já explicitado anteriormente, esse processo de decisão não racional e inconsciente, caracterizado pelo uso de atalhos cognitivos e pela racionalização *post hoc*, permeada pelo fenômeno do viés confirmatório, é denominado de heurística, e tem por objetivo simplificar e agilizar a obtenção do resultado.

Para a decisão "mais consciente", ainda que se possa refrear o impulso afetivo, é imprescindível que a ponderação sobre as razões apresentadas seja realizada com cautela e responsabilidade. Mesmo que a pessoa esteja aberta à aceitação de valores diferentes, em parte, daqueles já introjetados em sua personalidade, pode ocorrer de os argumentos "eleitos" pela persuasão, aparentemente racionais, serem, na verdade, frutos de crenças emanadas do outro, estas de origem ilegítima. Nesse caso, o que ocorre é uma perpetuação do julgamento moral intuitivo, ainda que indireta.

No modelo proposto por Haidt, essa situação é indicativa do elo da persuasão racional dos julgamentos morais, caracterizado pela argumentação firme em prol de um posicionamento, uma retórica que não raramente apresenta cunho afetivo, direcionada ao convencimento do outro (HAIDT, 2013, p. 872; STRUCHINER; BRANDO, 2014, p. 195-196). A essa dimensão do convencimento do outro, soma-se também o elo da persuasão social, pelo qual a moralidade é veiculada por processos automáticos e inconscientes que remetem às normas de socialização do grupo (HAIDT, 2013, p. 872-873; STRUCHINER; BRANDO, 2014, p. 195-196).

Nesse contexto, cumpre analisar quais as origens dos valores incorporados pelos indivíduos que os expõem ao público, sobretudo, em que medida são resultantes da influência do processamento do sistema 1, para aferir qual a racionalidade por detrás da decisão tomada por aqueles afetados pela persuasão. Ademais, não se pode perder de vista que grande parte dos argumentos persuasivos são estrategicamente criados com o único objetivo de convencer o outro, a partir de elementos que suscitam o domínio das paixões e encobrem, assim, o esvaziamento lógico.

Transpondo as conclusões para o âmbito das decisões judiciais, não há como desconsiderar o fato de que os juízes são seres humanos, e, nessa condição, não passam ilesos aos mesmos atalhos cognitivos a que se submetem todas as pessoas. O julgamento judicial, ao menos no que tange aos "casos difíceis", que não encontram soluções previamente determinadas pelo ordenamento ou aferíveis a partir de casos semelhantes, é, em última análise, um julgamento moral, provavelmente intuitivo, possivelmente “distorcido” por heurísticas e vieses, e submetido ao processo de racionalização *post hoc*, que encontra amplo amparo no vasto e indeterminado material jurídico existente.

E, mesmo nos casos em que o convencimento seja formado a partir de maior esforço deliberativo, o que, como mencionado, demanda que a intuição inicial seja fraca e que o julgador “ative” sua consciência para superar o impulso decisório, questiona-se a origem dos argumentos adotados a partir da persuasão que, sobretudo nos "casos difíceis" em

contextos de decisões colegiadas,[27] podem estar associados ao conjunto ideológico de outro indivíduo.

O contexto exara certo pessimismo. A percepção do caráter afetivo dos julgamentos faz com que a racionalidade das escolhas e o valor da imparcialidade, ao menos em seu sentido mais amplo, não possam ser vistas de outro modo que não como ilusões. Nesse sentido, Jonathan Haidt trabalha o fenômeno da "ilusão da escolha racial" no campo geral da ética, definido por ele como: "a crença em uma racionalidade confiável, capaz de operar de modo efetivo e imparcial mesmo quando interesse próprio, preocupações com a reputação e conflitos intersociais atraem uma conclusão particular" (2013, p. 867) [28].

Refuta-se, aqui, a postura do juiz formalista, rigorosamente vinculado à aplicação das leis escritas (ou à aplicação dos precedentes). Ademais, igualmente reprovável a visão do Direito como integridade, proposta por Ronald Dworkin, que, embora considere o protagonismo da interpretação judicial, superestima a figura de um juiz ideal, "modelo", (representada pela figura do Juiz Hércules), cuja atuação – responsável, proba, e diligente – estaria absolutamente comprometida com a estrutura política e os princípios jurídicos consolidados da comunidade.[29]

Por outro lado, atribui-se força à hipótese realista, o que incumbe de alguns deveres. Em primeiro lugar, daquele dever há muito tempo suscitado por Jerome Frank (FRANK, 2009, p. 112): para que haja um mínimo de previsibilidade a respeito das decisões judiciais, faz-se então necessário investigar quais os fatores que coordenam a decisão intuitiva, reais responsáveis pela formação do convencimento do julgador.

Em segundo, da tarefa de averiguar, por meio de estudos empíricos, em que medida decisões intuitivas ocorrem nos "casos difíceis", levando em consideração as diferentes estruturas do Poder Judiciário (órgãos monocráticos e colegiados), para verificar se há divergências determinadas pela amplitude e/ou pela força vinculante das decisões. Espera-

[27] Aponta-se, como exemplo, os debates que antecedem as decisões colegiadas em "casos difíceis" nos tribunais superiores, em que cada ministro pode argumentar em prol de seu posicionamento para tentar atrair a simpatia dos demais.

[28] Tradução nossa.

[29] A integridade constituiria, assim, um mandamento à busca pela melhor solução, ditada por interpretações já consolidadas por outros juízes (DWORKIN, 2007, p. 488). Interessante destacar as seguintes palavras do autor: "Mas quem quer que aceite o direito como integridade deve admitir que a verdadeira história política de sua comunidade irá às vezes restringir suas concepções políticas em seu juízo interpretativo geral. Se não o fizer - se seu limiar de adequação derivar totalmente de suas convicções de justiça e a elas for ajustável, de tal modo que essas concepções ofereçam automaticamente uma interpretação aceitável -, não poderá dizer de boa-fé que está interpretando a prática jurídica" (DWORKIN, 2007, p. 305).

se que o presente trabalho tenha o condão de suscitar abordagens mais detalhadas dessas questões por outras pesquisas.

Finalmente, a constatação do caráter intuitivo de certas decisões desconstrói a ideia da já referida "ampla imparcialidade", o que incumbe também dos deveres de: (i) investigar se resiste alguma eficácia no mandamento da imparcialidade, considerado da perspectiva de seus destinatários – os juízes –; e (ii) problematizar a constância na preferência por uma postura judicial imparcial e desprovida de afetividade, do ponto de vista da proteção dos anseios das partes – será que a imparcialidade, a equidistância do magistrado, é sempre desejável? Esses questionamentos são objetos da conclusão deste breve artigo.

4 CONCLUSÃO: A IMPARCIALIDADE POSSÍVEL E DESEJÁVEL

As pesquisas nas áreas da Psicologia e da Neurociência sobre os processos decisórios tornam evidente o papel fundamental desempenhado pela intuição nos julgamentos, que, em alguma medida, apresentam caráter irracional e afetivo, e refletem aspectos incorporados à personalidade do julgador. Principalmente no contexto de julgamentos moralmente carregados, essas decisões, a princípio intuitivas, são posteriormente sujeitas a um processo de racionalização *post hoc*, consistente na busca por fatores jurídicos (normas, princípios e precedentes) capazes de conferir-lhes a roupagem adequada. O procedimento é facilitado pela ampla gama de recursos disponíveis no ordenamento e pela várias técnicas de interpretação (STRUCHINER; BRANDO, p. 199-201).

A etapa de justificação pode ser sucedida por aquilo que Struchiner e Brando, em uma releitura do modelo de Haidt, denominam de "dimensão social da moralidade", consistente na argumentação em prol de determinado julgamento moral que é direcionada a outras pessoas, na tentativa de persuadi-las. Tratando-se das decisões judiciais, a "dimensão social da moralidade" verifica-se principalmente nas sessões de julgamentos colegiados e, quando desenvolvida por meio da linguagem ("elo da persuasão racional"), também no dever de fundamentação imposto a todos os magistrados (STRUCHINER; BRANDO, p. 195).

No entanto, não se pode ignorar a existência de decisões mais próximas às prescrições formalistas, de certa forma adstritas ao ordenamento, derivadas da aplicação direta de dispositivos legais ou da reprodução de soluções jurisprudenciais já consolidadas para "casos fáceis". Ou, ao menos, de decisões que, embora originalmente intuitivas, acabam sendo moderadas pelo material jurídico, diante da clareza de sua aplicabilidade.

Ademais, há de se admitir também que parte das decisões judiciais pode apresentar *algum* cunho deliberativo, o que, de acordo com Haidt e Struchiner e Brando,

ocorre quando o sistema 2 é chamado a refletir sobre a intuição inicial produzida pelo sistema 1, podendo superá-la em prol de uma escolha racional. Todavia, atenta-se outra vez para a baixa incidência do fenômeno da deliberação nos julgamentos de caráter moral, pois ele pressupõe um cenário em que a intuição inicial é fraca e a capacidade de processamento do julgador é elevada.

Em especial, a capacidade de processamento dos julgadores é altamente prejudicada pela estrutura do Poder Judiciário brasileiro – o elevadíssimo volume de demandas que nele aportam, várias delas de caráter repetitivo, o curto espaço de tempo para a tomada de providências e a inexistência de mecanismos de *feedback* efetivos desestimulam, e até inviabilizam, os esforços deliberativos.

A tarefa de investigar como as decisões judiciais de fato são tomadas não é nada simples. Com efeito, espera-se que o trabalho tenha esclarecido a impossibilidade de se afirmar conclusões absolutas sobre o tema, e, notadamente, de se tentar classificar as decisões em categorias definidas de acordo com os fatores que as tenham motivado.

Além disso, ressalta-se que, além da abordagem selecionada por este estudo, existem diversas outras teorias que rompem com o formalismo e propõem-se a descrever a atividade judicial, cada qual com hipóteses e métodos próprios.

Apenas a título de exemplo, pode-se citar a abordagem da análise comportamental do Direito, realizada com base nos modelos legalista[30], ideológico[31] e estratégico[32], construções teóricas que visam a elucidar os fatores que influenciam as escolhas dos juízes. No referido campo de estudo, destaca-se uma possível interação entre os modelos ideológico e estratégico, no sentido de compreender as decisões dos "casos difíceis" como resultantes da modulação das preferências sinceras do sujeito por fatores contextuais internos e externos ao Judiciário (GIBSON, 1983, p. 32).

[30] O *modelo legalista* aproxima-se da teoria formalista do Direito ao propor que as decisões judiciais são determinadas pelo "material jurídico ortodoxo", que corresponde aos textos normativos, aos precedentes judiciais, às técnicas de hermenêutica e à dogmática jurídica tradicional. (MELLO, 2018, p. 692-693).

[31] Inspirado por propostas do realismo jurídico norte-americano, o *modelo ideológico* elege a ideologia do magistrado – conjunto de valores e ideias que constituem a sua própria visão de mundo – como o fator preponderante na tomada de decisões. Nesse sentido, as alusões que são feitas pelo juiz a regras legais e outros elementos pertencentes ao "material jurídico ortodoxo" advém de um mero processo de racionalização posterior à escolha, que objetiva justificá-la (MELLO, 2018, p. 694).

[32] O *modelo estratégico*, por sua vez, compatibiliza-se com o modelo ideológico, mas descreve comportamentos judiciais mais sofisticados, pautados em certa racionalidade. Dessa forma, compreende que, em muitas situações, além dos próprios valores ideológicos, o magistrado considera também as expectativas e possíveis reações de outros agentes políticos – os demais membros de um órgão colegiado ou órgãos superiores do Poder Judiciário, os Poderes Executivo e Legislativo ou a própria sociedade – para tomar uma decisão que possa prevalecer ou influenciar o desenvolvimento do Direito (MELLO, 2018, p. 699).

As constatações sobre o caráter intuitivo dos julgamentos e o processo de racionalização posterior colocam à prova o postulado da imparcialidade e seus reais efeitos práticos. Com efeito, não há como crer na figura do julgador "neutro" e justo, comprometido em descobrir a verdade sobre os fatos e em aplicar-lhes a melhor tutela extraída do ordenamento, de modo a perpetuar os valores da comunidade. A visão formalista, o discurso da "neutralidade" inerente ao profissionalismo típico da magistratura e a alegoria do "Juiz Hércules" manifestam-se quase como mitos.

Conforme assevera N. M. P. A. F. Luna, "o modelo padrão de educação jurídica trata a interpretação como uma ciência, o raciocínio legal como um processo puramente dedutivo e a emoção como inimiga da razão" (LUNA, 2018, p. 29), o que lhe assegura o caráter meramente prescritivo, distanciando-o do que verdadeiramente ocorre na atividade de julgar. O resultado final dessa contradição é a formação de operadores do Direito – principalmente magistrados – que ignoram a influência da intuição nos processos decisórios e, assim, tornam-se incapazes de refreá-la.

Diante desse cenário, algumas considerações fazem-se necessárias, a iniciar pela equivocada premissa de que uma total separação entre Direito e emoções, Direito e afetividade, seja possível. De acordo com Luna, "as emoções não devem ser afastadas do direito, porque fazem parte da própria natureza humana: o Direito é feito pelos homens e para os homens" (LUNA, 2018, p. 31). Portanto, na medida em que o Direito é criado e recriado a todo o momento por indivíduos dotados de singularidade e afetividade, e que se direciona a indivíduos dessa mesma natureza, não há como concebê-lo como racionalidade pura.

É justamente por esse motivo que também é inviável a acepção da imparcialidade como um julgamento totalmente livre das emoções (que os antigos chamavam de paixões), ou como a busca da verdade sem influência de considerações particulares, próprias da subjetividade de cada julgador.

Mas, além de impossível, a separação total entre Direito e emoções – parte da "ampla imparcialidade" – não é nem desejável. Com efeito, o esvaziamento afetivo do processo decisório seria altamente prejudicial à qualidade dos provimentos jurisdicionais, pois ensejaria uma atividade apreciativa exageradamente abstrata, resumindo-se a discussões no plano normativo, e resultando em soluções possivelmente distantes das particularidades de cada caso concreto e dos anseios e objetivos das partes envolvidas.

Na verdade, as emoções devem permear o raciocínio jurídico (ainda que em pequena quantidade) para lembrar os operadores do Direito, especialmente os juízes, que, em última análise, suas decisões podem gerar sérias repercussões nas vidas de outras pessoas, o

que exige grande responsabilidade no desempenho de suas funções. Para lembrar-lhes de que o mero encerramento formal do processo não é o mesmo que o fim de um conflito jurídico-social.

No campo da relação entre Direito e emoções, merecem destaque os estudos relacionados à empatia, considerada como um elemento fundamental para a legitimidade dos processos deliberativos democráticos. Nesse sentido, Struchiner e Tavares citam o trabalho de Morrel, no qual ele afirma que "apenas colocando a empatia no coração da deliberação pode a democracia cumprir sua promessa de originar decisões legítimas que concedem igual consideração a todos na sociedade" (STRUCHINER; TAVARES, p. 127).

Assumir a empatia como um sentimento relevante à atividade judicial significa contrapor-se, em alguma medida, à tradicional ideia de imparcialidade como princípio processual que significa equidistância das partes[33]. Ainda que se tenha reservas com essa forma de trabalhar com a empatia no Direito, compreende-se, no mínimo, que o mandamento da imparcialidade não é sempre querido, e que em certas situações, a fim de obter um provimento mais adequado, é recomendável que o juiz adote uma abordagem mais empática, aproximando-se das partes na tentativa de entender os seus interesses e os motivos fáticos que permeiam o conflito[34].

Há, no entanto, que se tomar as devidas precauções para que esse exercício não possa transformar-se em favorecimento de algum dos polos do conflito. Assim, para que não haja o fortalecimento de vieses, o julgador deve tentar se colocar no lugar de ambas as partes, considerando seus interesses e suas motivações.

De todo modo, também não se está a defender aqui uma completa permeabilidade do Direito às emoções, deixando-o totalmente à mercê da subjetividade dos julgadores. Na verdade, o que se sugere é o estabelecimento de um ponto de equilíbrio, em que o campo jurídico seja compreendido como "racionalidade fundada sobre sentimento" (LUNA, 2018, p. 44).

Destarte, outras considerações hão de ser feitas, a respeito da efetividade do postulado da imparcialidade. Ao contrário do que sustenta a doutrina tradicional do Direito, a aceitação do caráter afetivo das decisões não esvazia o princípio da imparcialidade em sua totalidade, mas apenas impõe a necessidade de se interpretá-lo de maneira mais realista. Nesse

[33] Tal como ensinam CINTRA; GRINOVER; DINAMRCO, 2014, p. 71.

[34] Como exemplo, os conflitos situados no âmbito do Direito de Família, que exigem do juiz até mesmo o desempenho de função mediadora, ou os pedidos de indenização por danos morais, no sentido de ser inviável um arbitramento feito de maneira completamente objetiva, porquanto a questão envolva o sofrimento sentido pela parte autora.

sentido, uma "dose de imparcialidade" torna-se compreensível e necessária para refrear abusos, verificáveis, por exemplo, na prática que se convencionou chamar de "ativismo judicial".

Contudo, frise-se, outra vez, que decisões verdadeiramente deliberativas e imparciais, baseadas unicamente na razão e com absoluta separação das emoções, são coisas que não se verificam no mundo real, no dia a dia dos tribunais. Nesse sentido, é fundamental que os juízes conscientizem-se da parcela de irracionalidade que domina o processo decisório; eles devem estar cientes de suas próprias limitações racionais que, na verdade, são as mesmas limitações que atuam nos mecanismos cognitivos de qualquer ser humano. E não só: é também fundamental que os julgadores tenham conhecimento de que a afetividade é inerente aos julgamentos e que não pode ser combatida como um todo; mas que é possível – e desejável – certo controle.

A esse respeito, ainda há muita ausência de boa informação. Não é porque alguém se submeteu e foi aprovado em um difícil concurso público (ou nomeado por razões políticas para a composição de uma corte), que automaticamente vestiu um suposto "manto da imparcialidade".

Aliás, o "mito da imparcialidade" alimenta-se de certa cultura jurídica que tem raízes distantes; está presente desde a formação de alunos nas faculdades de direito. Muito antes de ocuparem cargos na magistratura, há um processo de desenvolvimento acadêmico a reforçar determinada visão de mundo, com destaque para a construção de convicções próprias sobre Direito e Justiça que incluem a criação de figuras míticas como os Juízes Hércules.

Há que se renovar e revitalizar o conteúdo programático das faculdades de direito, sobretudo com uma visão interdisciplinar do Direito. É essencial que o ambiente acadêmico ofereça, na formação dos juristas, disciplinas básicas e metodologias específicas voltadas ao estudo da prática forense a partir de uma perspectiva integrada à Psicologia e à Neurociência, com enfoque, por exemplo, na questão da tomada de decisões.

Nesse sentido, tal formação poderia compreender a temática das relações indissociáveis entre o Direito e as emoções, para demonstrar em que medida ela é desejável e em que medida deve ser controlada. A Psicologia e a Neurociência possuem centenas de estudos sobre as emoções que são ignorados nas faculdades de direito.

Na atual cultura jurídica dominante, o "mito da imparcialidade" irradia para a atuação profissional dos operadores do direito, o que se verifica pela criação de modelos (ideias) de decisão judicial, capazes de resolver casos de maneira justa e correta. O tema da fundamentação das decisões judiciais serve como um bom exemplo: a doutrina tradicional

costuma afirmar que a verificação da compatibilidade da fundamentação com a solução engendrada pode servir de controle sobre a qualidade da decisão. Contudo, como alertaram os realistas jurídicos norte-americanos, a decisão pode ter sido amplamente influenciada por fatores afetivos, mas a fundamentação da sentença, construída a partir de uma racionalização *post hoc*, pode criar uma narrativa que busque principalmente acobertar as reais motivações do julgador.

O processo de tomada de decisões é muito mais complexo e instável do que pode parecer à primeira vista. Motivações emocionais ou intuitivas a interferir ou influenciar o processo de tomada da decisão judicial são muito mais comuns do que imagina a teoria tradicional do Direito. O ato de decidir, de julgar um caso concreto, não pode ser visto como puramente racional. Portanto, qualquer tentativa descritiva da atividade judicial – e do próprio Direito – deve questionar o ideal de imparcialidade e levar em consideração a relação entre Direito e afetividade, relação esta de caráter inabalável e, em certas situações, até desejável.

REFERÊNCIAS

CARDOSO, J. A.; SILVEIRA, S. S. da. Entre a exegese e a heresia jurídica: a busca pela efetividade do projeto jurídico constitucional. Rev. Fac. Direito UFMG, n. 71, p. 269-288, jul./dez. 2017. Disponível em: https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1881>. Acesso em 25 nov. 2018.

CINTRA, A.C.A.; GRINOVER, A.P.; DINAMRCO, C.R.. **Teoria Geral do Processo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FRANK, Jerome. **Law and the modern**. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009 [1930].

GIBSON, James L. From simplicity to complexity: the development of theory in the study of judicial behavior. **Political Behavior** 5 (1), 1983, p. 7-49 .

HAIDT, Jonathan. Moral Psychology and the Law: how intuitions drive reasonig, judgment, and the search for evidence. **Alabama Law review**, v. 64, 2013. Disponível em:

https://www.law.ua.edu/pubs/lrarticles/Volume%2064/Issue%204/4%20Haidt20867-880.pdf. Acesso em 29 nov. 2018.

HART, H. L. A. **O conceito de Direito.** Tradução: A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

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

LEITER, Brian. American legal realism. **Public law and legal theory research paper.** The University of Texas School of Law**.** n. 42, out. 2002. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=339562>. Acesso em 29 nov. 2018.

LUNA, N. M.P.A.F. Pensar direito e emoção: uma cartografia**. Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v.8, n.2, ago. 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5062/3738>. Acesso em 02 dez. 2018.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. "A vida como ela é": comportamento estratégico nas cortes. **Revista Brasileira de. Políticas Públicas**. Brasília, v.8, n.2, ago. 2018. Disponível em: < https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5481>. Acesso em 30 mar. 2019.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional.** 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SCHAUER, Frederick. Legal Realism Untamed, **Texas Law Review**, Vol. 91, 2013. Disponível em: http://texaslawreview.org/wp-content/uploads/2015/08/Schauer.pdf. Acesso em 22.02.2019.

SEVERI, F. C.. O gênero da justiça e a problemática da efetivação dos direitos humanos das mulheres. **Revista Direito e Práxis**, vol. 7, núm. 13, p. 80-115, 2016. Disponível em:<http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/16716>. Acesso em 17 nov. 2018.

STRUCHINER, N.; BRANDO, M.S.. Como os juízes decidem os casos difíceis do direito? In: STRUCHINER, N.; TAVARES, R.S.(Org). **As novas fronteiras do Direito**: da filosofia moral à psicologia experimental. Rio de Janeiro: PoD Editora, 2014.

STRUCHINER, N.; TAVARES, R.S. Direito & emoções: uma proposta de cartografia In: STRUCHINER, N.; TAVARES, R.S.(Org). **As novas fronteiras do Direito**: da filosofia moral à psicologia experimental. Rio de Janeiro: PoD Editora, 2014.

TUMONIS, Vitalius. Legal realism & judicial decision-making. **Jurisprudence**. Mykolas Romeris University, v. 19, n. 4, p. 1361-1382, 2012.