UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

ROBERTO TAGLIARI CESTARI

Decisão Judicial e Realismo Jurídico:
evolução das pesquisas sobre o comportamento judicial

Ribeirão Preto

2016

ROBERTO TAGLIARI CESTARI

Decisão Judicial e Realismo Jurídico:
evolução das pesquisas sobre o comportamento judicial

Dissertação apresentada ao Programa de Pós
Graduação em Direito da Faculdade de Direito
de Ribeirão Preto da Universidade de São
Paulo para obtenção do título de Mestre em
Ciências. Versão Original.

Área de Concentração: Desenvolvimento no
Estado Democrático de Direito

Orientador: Prof. Dr. Sergio Nojiri

Ribeirão Preto

2016

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para quaisquer fins, desde que citada a fonte.

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

C421d Cestari, Roberto Tagliari
Decisão Judicial e Realismo Jurídico: Evolução das
pesquisas sobre o comportamento judicial / Roberto
Tagliari Cestari; orientador Sergio Nojiri. --
Ribeirão Preto, 2016.
201 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação
em Direito) -- Faculdade de Direito de Ribeirão
Preto, Universidade de São Paulo, 2016.

1. DECISÃO. 2. DECISÃO JUDICIAL. 3. REALISMO
JURÍDICO. 4. DIREITO E TECNOLOGIA. 5. PESQUISA
EMPÍRICA. I. Nojiri, Sergio, orient. II. Título

Nome: CESTARI, Roberto Tagliari

Título: Decisão Judicial e Realismo Jurídico: evolução das pesquisas sobre o comportamento judicial

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____

Prof. Dr. _____

Prof. Dr. _____

À Mariana, que esteve ao meu lado todos os dias, e que me incentivou e debateu quase tudo o que aqui está escrito.

Aos meus pais que me inspiram e que, alguns anos atrás, deram o exemplo e se tornaram mestres pela USP neste mesmo campus de Ribeirão Preto.

Ao meu irmão, que me ensina a ser curioso.

AGRADECIMENTOS

Ao meu professor, orientador e amigo *Sergio Nojiri* pela disponibilidade e atenção dispendida durante esses dois anos de mestrado. Especialmente pelas discussões muito proveitosas tanto sobre o tema da minha pesquisa, como sobre o papel da pesquisa para o Direito como um todo.

Aos desbravadores da primeira turma de mestrado da FDRP: *André, Pala, Carol, Conrado, Dani Lessa, Dani Rosim, Elisa, Felipe, Amorim, Sergião, Giovana, Hugo, Tobias, Júlia, Larissa, Lívia, Lucas Pinheiro, Lucas Issa, Luis Scoton, Luiz Gaban, Marcelo, Marcos, Otávio, Paulo Arena, Ragazzo, Reila, Salles, Rodrigo Lorente, Silvia, Silvio, Stéfanie e Vitor.*

Aos professores da FDRP *Paulo e Nuno*, pelas valiosas contribuições no meu exame de qualificação e em nome dos quais agradeço a todo corpo docente do Programa de Pós-Graduação da FDRP.

Aos colegas mestrandos *Igor e Gabi*, também orientados pelo prof. Nojiri pelas contribuições e excelentes debates.

À *Vânia*, um exemplo de presteza e simpatia.

À todo mundo do *Trilhante*, que nasceu junto com essa dissertação e compartilha o mesmo objetivo de difundir conhecimento jurídico: *Mari, Luis Cirino, Athus, Ângelo, Jamil, Guilherme, Isa Palmer, Junior, Thais, Cárita, Carol, Luis Scoton* e todos os outros que de alguma forma ajudaram.

“The proof of the pudding is in the eating”

(Provérbio Inglês)

“It is a capital mistake to theorize before one has data. Insensibly one begins to twist facts to suit theories, instead of theories to suit facts”

(Sherlock Holmes – A Scandal in Bohemia)

RESUMO EM PORTUGUÊS

CESTARI, R. T. **Decisão Judicial e Realismo Jurídico**: evolução das pesquisas sobre o comportamento judicial. 2016. 201 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2016.

Este trabalho tem como objetivo traçar um perfil da evolução das pesquisas sobre decisão judicial. Foi dada certa ênfase àquelas teorias e modelos influenciados pela teoria da decisão proposta pelo Realismo Jurídico Americano, ou seja, teorias e modelos que consideram fatores extrajurídicos que influenciam a decisão judicial e/ou que consideram que juízes decidem os casos primeiro com sua intuição, para somente depois racionalizar e fundamentar a decisão com argumentos jurídicos. O trabalho, em primeiro lugar, busca detalhar o pensamento realista, em seus aspectos históricos – como reação a formalismos existentes até então – e em seus aspectos teóricos – propondo (i.) uma teoria do direito; (ii.) instrumentalismo jurídico; e, especialmente (iii.) uma teoria da decisão judicial. Após a retomada do pensamento realista, o trabalho debate três modelos (ou teorias) modernos da decisão judicial: o modelo atitudinal, o modelo estratégico e o modelo psicológico. Posteriormente, e como último capítulo teórico, o trabalho aborda as novas possibilidades de estudo do comportamento judicial, especialmente trabalhos e experiências que utilizam a tecnologia e modelos computadorizados e algoritmos para a previsão de decisões. Alguns modelos computacionais serão examinados bem como alguns aspectos sobre base de dados e dados estruturados e não estruturados no direito, além de experiências com Mercados de Previsão e com a “Sabedoria das Multidões”. Após toda as abordagens teóricas, o trabalho adentra em um capítulo prático e empírico, sobre o estudo da decisão judicial no Brasil. Foram analisados alguns elementos de todas as dissertações e teses de mestrado e doutorado em direito defendidas nos anos de 2011 a 2014, para que se pudesse entender como a matéria do comportamento judicial é abordada na academia jurídica brasileira. Conclui-se, com os dados, que a pesquisa sobre decisão judicial no Brasil ainda é incipiente, predominantemente normativa e quase nada se debate a respeito de teorias ou modelos descritivos ou preditivos, tais quais as que foram examinadas nos capítulos anteriores.

Palavras-chave: Decisão Judicial, Comportamento Judicial, Teoria da Decisão, Atitudinal. Direito e Tecnologia. Previsão Judicial. Realismo Jurídico.

ABSTRACT

CESTARI, R. T. **Judicial Decision and Legal Realism**: the evolution of the research about judicial behavior. 2016. 201 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2016.

This dissertation aims to study the evolution of research on judicial decision. Special emphasis was placed on those theories and models influenced by the decision theory proposed by the American Legal Realism, which means those theories and models that consider extralegal factors that influence the judicial decision and/or theories and models that believe that judges decide cases first with their intuition, to only then rationalize and justify the decision using legal arguments. The dissertation first aims to break down the legal realist thought into two aspects: into its historical aspects, as being a reaction to existing formalisms, and into its theoretical aspects – as proposing (i.) a theory of law; (ii.) legal instrumentalism; and, finally (iii.) a theory of adjudication. After the analysis of the legal realism, the dissertation studies three modern models of judicial decision: the attitudinal model, the strategic model and the psychological model. Later, in the last theoretical chapter, this dissertation discusses new possibilities in the study of judicial decision, especially addressing works and experiences that uses technology, computer models and algorithms for predicting decisions. Some models will be examined in addition to some aspects of structured and unstructured data and databases in law, as well as experiences with Prediction Markets and with the “Wisdom of the Crowds”. After this theoretical approach, this dissertation enters into a practical and empirical chapter on the research of judicial decision in Brazil. All masters and doctoral thesis and dissertations in Law defended in the years 2011-2014 were analyzed, so that one could understand how the matter of judicial behavior is addressed in the Brazilian legal academy. The empirical research concludes that the research on judicial decision in Brazil is still incipient, predominantly normative and there is almost nothing regarding descriptive or forecasting theories or models such as those examined in the previous chapters.

Keywords: Judicial Decision. Judicial Behavior. Adjudication. Law and Technology. Judicial Forecasting. Legal Realism.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Linha do Tempo dos Modelos e Teorias sobre Decisão Judicial	37
Figura 2 - Quadro Esquemático do Capítulo	39
Figura 3 – Linha do Tempo dos Modelos e Teorias sobre Decisão Judicial	63
Figura 4 - Pontos Ideais dos Juízes e Nível de Intrusão dos Casos	72
Figura 5 - Martin Quinn Score ao Longo do Tempo	80
Figura 6 - Comparação entre Sistema Intuitivo e Deliberativo	101
Figura 7 – Tabela comparativa dos modelos apresentados.....	113
Figura 8 – Linha do Tempo dos Modelos e Teorias sobre Decisão Judicial	115
Figura 9 - Árvore de Decisão para a Juíza O'Connor.....	122
Figura 10 - Árvore de decisão do Juiz Thomas.....	123
Figura 11 - Modelo de Ruger <i>et al.</i> (2004)	127
Figura 12 - Modelo de Guimerà e Sales-Pardo (2011).....	129
Figura 13 - Resultados de Guimerà e Sales-Pardo (2011)	130
Figura 14 - Resultados obtidos do estudo de Katz <i>et al.</i> (2014).....	134
Figura 15 - <i>Forward Problems X Inverse Problems</i>	137
Figura 16 - Parte da decisão (TJSP) com Dados Estruturados.....	140
Figura 17 - Parte da decisão (TJSP) com dados não estruturados.....	141
Figura 18 - Tela Capturada (print) do website PredictIT (março de 2016.....	154
Figura 19 - Tela capturada (print) do website FantasySCOTUS	155
Figura 20 - Tela de Busca do Banco de Teses da CAPES	161
Figura 21 - Tela de Busca da Plataforma Sucupira.....	162
Figura 22 – Gráfico de disponibilização online	166

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Comparação das perspectivas descritiva, normativa e prescritiva	66
Tabela 2 - Cálculo do índice Segal Cover para juízes da Suprema Corte	78
Tabela 3 - Comparação de índices entre diferentes países	92
Tabela 4 - Tabela hipotética com dados estruturados.....	138
Tabela 5 - Quadro ilustrativo do exemplo hipotético	147
Tabela 6 - Resultados da primeira triagem.....	163
Tabela 7 - Disponibilização online.....	165
Tabela 8 - Decisão Judicial é tema central ou incidental?.....	167
Tabela 9 – Teses e Dissertações descritivas e normativas.....	168
Tabela 10 - Teses e dissertações realistas e não-realistas.....	169
Tabela 11 - Teses e dissertações interdisciplinares e não-interdisciplinares	169
Tabela 12 - Teses e dissertações com pesquisa empírica e bibliográfica.....	169
Tabela 13 - Títulos de trabalhos de acordo com a classificação temática	171
Tabela 14 - Resultados da classificação temática.....	172
Tabela 15 – Teses e dissertações que possuem metodologia.....	173
Tabela 16 - Teses e dissertações que possuem metodologia (disponíveis)	173

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	23
2. METODOLOGIA	29
2.1. <i>Delimitação da pesquisa: Decisão e Comportamento</i>	29
2.2. <i>Pergunta da Pesquisa: Como os juízes decidem?</i>	31
2.3. <i>Dois blocos: pesquisa bibliográfica e pesquisa empírica.</i>	33
3. DECISÃO JUDICIAL ONTEM: REALISMO JURÍDICO	37
3.1. <i>Realismo Histórico e Reação ao(s) Formalismo(s).</i>	40
3.1.1. Conservadorismo Político	41
3.1.2. Formalismo nos Tribunais	43
3.1.3. Formalismo nas Universidades	45
3.2. <i>Realismo Histórico e Surgimento “Acidental” no meio acadêmico</i>	47
3.3. <i>Realismo Teórico</i>	51
3.3.1. Realismo como Teoria do Direito	51
3.3.2. Realismo como Visão Instrumental	53
3.3.3. Realismo como Teoria da Decisão	57
4. DECISÃO JUDICIAL HOJE: MODELOS EXISTENTES	63
4.1. <i>Teoria da Decisão</i>	63
4.1.1. Teorias Normativas, Descritivas e Prescritivas da Decisão	64
4.2. <i>Teoria da Decisão Judicial</i>	67
4.3. <i>O modelo atitudinal.</i>	70
4.3.1. Proxy de Ideologia: Presidente que Aponta	74
4.3.2. Proxy de Ideologia: Segal-Cover Score.	75
4.3.3. Proxy de Ideologia: Martin-Quinn Score	79
4.3.4. O modelo atitudinal no Brasil – revisão de literatura	81
4.4. <i>O Modelo Estratégico</i>	86
4.4.1. Modelo Estratégico no Brasil – revisão de literatura	90
4.5. <i>Modelo Psicológico</i>	96
4.5.1. Dual Process	97
4.5.2. Vieses Cognitivos	103
4.6. <i>Síntese dos Modelos apresentados</i>	113
5. DECISÃO JUDICIAL AMANHÃ: ESTATÍSTICA, ALGORITMOS E MERCADOS DE PREVISÃO	115
5.1. <i>O projeto preditivo de Ruger et al. (2004)</i>	119
5.1.1. Modelo Estatístico	121

5.1.2.	Especialistas	124
5.1.3.	Resultados	125
5.2.	<i>O estudo de Guimerà e Sales-Pardo (2011)</i>	127
5.3.	<i>O estudo de Katz et al. (2014)</i>	131
5.3.1.	Metodologia	133
5.4.	<i>O futuro dos modelos computacionais preditivos de decisão</i>	135
5.4.1.	Problemas Inversos, ao invés de Problemas Diretos	135
5.4.2.	Dados não estruturados e IBM Watson. Fugindo da rigidez das variáveis.	137
5.4.3.	IBM Watson e dados não estruturados	143
5.4.4.	Um pouco além: Mercados de Previsão e o Wisdom of the Crowds:	146
6.	DECISÃO JUDICIAL NO BRASIL: TRAÇANDO UM PERFIL DA PESQUISA SOBRE COMPORTAMENTO JUDICIAL.	159
6.2.	<i>Metodologia</i>	159
6.2.1.	1ª Triagem por Palavras-Chave – Anos de 2011 e 2012	160
6.2.2.	1ª Triagem por Palavras-Chave – Anos de 2013 e 2014	161
6.2.3.	2ª Triagem – Manual – Todos os Anos	163
6.3.	<i>Análise final e resultados</i>	164
6.3.1.	Disponibilização Online	165
6.3.2.	Decisão Judicial é tema Central ou Incidental?	167
6.3.3.	Realista, Descritiva, Interdisciplinar e Empírica	168
6.3.4.	Classificação Temática dos Trabalhos	170
6.3.5.	Possui metodologia?	172
6.4.	<i>Algumas conclusões parciais sobre a pesquisa empírica.</i>	173
7.	CONCLUSÕES	177
7.2.	<i>Conclusões às perguntas da pesquisa</i>	177
7.3.	<i>Outras Conclusões</i>	180
8.	SUGESTÕES PARA TRABALHOS FUTUROS	185
9.	REFERÊNCIAS	189

1. INTRODUÇÃO

Como os juízes decidem? Esta tem sido uma das principais perguntas que a teoria do Direito tentou responder ao longo de sua história. Ao mesmo tempo em que é uma pergunta importante a ser feita por aqueles que desejam entender o sistema jurídico, não existe ainda consenso sobre qual seria a resposta correta (ou pelo menos qual seria o melhor ponto de partida para uma investigação). Cada abordagem parece trazer uma resposta diferente, de modo que a utilidade e a qualidade da pesquisa sobre esta temática acabam sendo diminuídas se não forem tomadas as devidas precauções – sendo que a principal delas é, indubitavelmente, uma delimitação precisa do tema. Portanto, investigar *como os juízes decidem* implica, antes de mais nada, responder também *qual a abordagem* deverá ser adotada para que esta pergunta seja satisfatoriamente respondida.

Assim, o objetivo primário deste trabalho é expor – de forma mais horizontal e menos vertical – qual foi a evolução das pesquisas sobre decisão judicial a partir do século XX. Fizemos isso com ênfase naquelas pesquisas que foram, de alguma maneira, influenciadas pela teoria realista da decisão judicial que, em breve síntese, prega dois enunciados básicos acerca do comportamento judicial. O primeiro enunciado estabelece que: (i.) *as decisões são tomadas com base não apenas em elementos jurídicos, mas também em elementos extrajurídicos*; enquanto o segundo enunciado estabelece que (ii.) *os juízes primeiro decidem intuitivamente, somente depois raciocinam e racionalizam a decisão com base em argumentos jurídicos* (vide Seção 3.3.3).

Além de se encaixarem nestes enunciados acima propostos pelo realismo jurídico, pesquisas sobre decisão judicial influenciadas pela teoria realista geralmente são descritivas. Assim, o que pretendemos iluminar com este trabalho é *como, de fato*, os juízes decidem, e não *como eles deveriam* decidir. Há uma diferença fundamental entre um trabalho que busca o primeiro caso daquele que busca o último. Investigar o comportamento judicial através de uma abordagem *descritiva* (ao contrário de abordagens *normativas* ou *prescritivas*) exige do pesquisador um afastamento daquilo que é usualmente ensinado nas faculdades de Direito.

Investigar teorias descritivas da decisão judicial exige, conseqüentemente, que o pesquisador busque em outras disciplinas respostas a perguntas que o Direito ainda não analisou por completo. Ou seja, respostas eminentemente marcadas pela interdisciplinaridade. Na década de 1930 certas abordagens do Direito já eram criticadas pelos realistas. Eles postulavam que o Direito deveria ser estudado não apenas pelo Direito, mas por outras áreas do conhecimento, em especial por outras ciências sociais de cunho mais prático e menos teórico. Os avanços e florescimento das pesquisas na Psicologia, na Estatística, nas Ciências Políticas e na Economia fizeram com que informações extremamente relevantes estivessem disponíveis para o mundo do Direito – especialmente para a compreensão do comportamento judicial.

Ao mesmo tempo em que os realistas buscavam interdisciplinaridade e uma abordagem prática em outras áreas do conhecimento, eles não possuíam ainda um arsenal instrumental suficiente para realizar pesquisas empíricas satisfatórias no âmbito do direito. Dessa forma, a Psicologia, como ciência autônoma, possuía poucas décadas de idade apresentando, ainda, de forma promissora as teorias behavioristas e psicanalíticas (LEITER, 2014, p. 8); a Estatística, somente poucos anos antes, havia concebido medidas elementares tais como *desvio padrão*, *variância* e *correlação*. A pesquisa empírica aplicada ao Direito estava apenas engatinhando na década de 1930, mas mesmo assim, ela já era invocada consistentemente pelo pensamento realista (LEITER, 2014, p. 10).

Foi a partir da segunda metade do século XX que finalmente sentiu-se concretamente a evolução das pesquisas empíricas em Psicologia, Estatística, Ciências Políticas e Economia. Ironicamente, foi justamente a partir deste período que o Realismo Jurídico entrou em declínio, culminando com a crítica de H. L. A. Hart ao movimento em 1961, em seu capítulo VII do *Conceito de Direito*. A impressão que se tem é que os realistas estavam à frente de sua época e que não sobreviveram tempo suficiente para que observassem suas profecias finalmente se concretizando.

Engana-se, entretanto, quem acredita que a teoria realista da decisão também entrou em declínio tal qual o movimento. Ao contrário, o movimento realista, ao mesmo tempo em que sucumbia, deixava legado e abria espaço para o surgimento de novas teorias e movimentos influenciados pelo próprio movimento, e

que também estudavam o comportamento judicial de maneira *descritiva*, *interdisciplinar* e através de *pesquisa empírica*.

Em suma, esta é a delimitação simplificada da presente pesquisa. Como o próprio título indica, iremos trazer para este trabalho a evolução das pesquisas de decisão judicial que tenham **(i.) cunho ou influência da teoria decisória realista**, no sentido de que (a) analisam *as decisões judiciais como sendo tomadas com base não apenas em elementos jurídicos, mas também em elementos extrajurídicos*, ou que estabelecem que (b) *os juízes primeiro decidem intuitivamente, somente depois raciocinam e racionalizam a decisão com base em argumentos jurídicos*. Em segundo lugar, devem trazer **(ii.) abordagens descritivas**, em oposição a *abordagens normativas ou prescritivas*; que devem ser **(iii.) eminentemente interdisciplinares**, ou seja, se valem do instrumental de outras áreas do conhecimento – especialmente da psicologia, estatística, ciências políticas e economia; e, por fim, pesquisas que **(iv.) sejam comprovadas ou refutadas preferencialmente através de pesquisas empíricas**, em oposição à comprovação apenas teórica. A essas quatro características (i., ii., iii., iv.) conjuntamente iremos dar o nome de “*abordagem realista*” de uma pesquisa. E a elas estaremos atentos ao analisarmos as teorias da decisão que embasarão este trabalho.

A estrutura deste trabalho se dará com uma divisão em quatro partes, que podem ser agrupadas em dois blocos. As três primeiras partes formam o primeiro bloco e são um *apanhado teórico* sobre teorias de decisão com *abordagem realista*, enquanto o segundo bloco, com a última parte, é uma breve pesquisa empírica acerca das teses e dissertações brasileiras que também estudaram o tema da “decisão judicial”. Mais detalhes da disposição espacial deste trabalho e outras questões metodológicas encontram-se no capítulo metodológico (Capítulo 2).

O primeiro capítulo teórico (Capítulo 3) traz uma introdução ao realismo jurídico norte americano. Apesar de se tratar apenas de um texto introdutório – pois, como será visto, o movimento realista foi extremamente amplo e fértil – tentamos fugir de alguns lugares-comuns e simplificações caricaturadas do movimento. Na verdade, o realismo se contrapôs a algumas práticas e movimentos na *política* (Seção 3.1.1), nos *tribunais* (Seção 3.1.2) e nas *escolas de Direito* (Seção 3.1.3). Ou seja, será abordado o realismo como contraposição ao conservadorismo político, ao

formalismo nas cortes e ao formalismo nas universidades. Também exploraremos uma hipótese segundo a qual o nascimento do movimento ocorreu devido a um mero evento acidental (Seção 3.2).

Também será discutido neste primeiro capítulo o legado teórico do realismo jurídico americano (Seção 3.3). Nesta etapa do trabalho, o realismo jurídico, em sua abordagem teórica, foi dividido em três aspectos: (i.) Realismo Jurídico propondo uma teoria do Direito (Seção 3.3.1); (ii.) Realismo jurídico propondo uma visão instrumental do Direito (Seção 3.3.2); e (iii.) Realismo jurídico propondo uma teoria da decisão judicial (Seção 3.3.3). À teoria da decisão judicial realista será dada maior ênfase, posto que esta teoria inspirou e influenciou modelos e teorias do comportamento judicial subsequentes ao realismo jurídico e que serão vistos nos dois capítulos seguintes.

Em relação ao segundo capítulo teórico (Capítulo 4), vamos abordar teorias e modelos contemporâneos de decisão judicial. Especificamente vamos olhar para os três mais importantes deles: *modelo atitudinal* (Seção 4.3), *modelo estratégico* (Seção 4.4) e *modelo psicológico* (Seção 4.5). Será feita uma análise da bibliografia para cada uma delas, bem como uma revisão de artigos nacionais, quando houver, e que sejam correlatos.

Em linhas simples, o *modelo atitudinal* afirma que a decisão judicial pode ser influenciada por preferências político-ideológicas dos juízes. Para sua comprovação, elabora-se, geralmente, “*índices de ideologia*”. Vamos entrar em certo grau de detalhamento explicando três *proxies*¹ possíveis para ideologia: (i.) o partido político do presidente (Seção 4.3.1) que aponta os juízes da Suprema Corte (ou STF, no caso do Brasil); (ii.) o *Segal-Cover Score* (Seção 4.3.2), índice que leva em consideração o que é escrito em editoriais de grandes jornais americanos; e o (iii.) *Martin-Quinn Score* (Seção 4.3.3), índice calculado de acordo com as próprias decisões dos juízes através de uma metodologia estatística complexa, cuja grande

¹ *Proxy* é um termo bastante utilizado em língua inglesa que, dentre outras definições, significa um “*índice, número ou padrão que possa representar o valor de alguma coisa em um cálculo*” (definição do Dicionário de Oxford, tradução nossa). Como é impossível um cálculo exato para ideologia dos juízes, podemos então utilizar *proxies*, isto é, medidas alternativas que podem ser aplicadas para “representar” ideologia.

vantagem é ser dinâmico, isto é, consegue captar as mudanças ideológicas dos juízes ao longo do tempo.

Por sua vez, o *modelo estratégico* acredita que não apenas preferências políticas e ideológicas influenciam as decisões dos juízes, mas outros fatores “estratégicos” e institucionais. Como exemplo, pode-se citar a probabilidade esperada de votos contrários e favoráveis de seus pares, no caso de uma decisão colegiada. Trazendo a análise para o Brasil (Seção 4.4.1), também serão analisados, sob a égide desta teoria, artigos que versam sobre a (i.) *quantidade expressiva de processos novos e pendentes e a pressão por celeridade*; (ii.) *argumentação jurídica peculiar nos tribunais*; (iii.) *TV Justiça e transmissão televisiva das cortes*; (iv.) *“coalizões e panelinhas”*²; e por fim o importante (v.) *papel do relator* no resultado final da decisão.

Por fim, o modelo *psicológico* abordará dois temas centrais – e fundamentais – para a teoria da decisão judicial: (i.) a teoria do *dual process* (Seção 4.5.1) e (ii.) os *vieses cognitivos* (Seção 4.5.2). Em síntese, a teoria do *dual process* estabelece que em processos decisórios de questões difíceis – principalmente questões moralmente carregadas – as pessoas primeiro decidem intuitivamente, para somente depois racionalizar sobre a decisão. Isso significaria que, a princípio, para certos tipos de questões, os juízes julgam intuitivamente, para apenas em um momento posterior se valerem de argumentos e fundamentos jurídicos. Isso não seria um grande problema, desde que a etapa posterior deliberativa conseguisse suplantar a etapa intuitiva. O problema é que durante a racionalização os juízes estão sujeitos a *vieses cognitivos*, que são distorções cognitivas que fazem com que esta deliberação argumentativa não seja plenamente racional.

O terceiro capítulo teórico (Capítulo 5), último capítulo do primeiro bloco, diz respeito à influência da tecnologia da informação e como modelos e algoritmos avançados podem ser utilizados para a previsão judicial. Entraremos em detalhes nos estudos de Ruger *et al.* (2004) (Seção 5.1), Guimerà Sales-Pardo (2011) (Seção 5.2) e Katz *et al.* (2014) (Seção 5.3). Além disso, um pouco será debatido (Seção

² Tomamos emprestada a expressão utilizada no artigo de Fabiana Luci de Oliveira (2012a) que será debatido na seção 4.4.1.

5.4) sobre como tem se dado a evolução tecnológica especialmente em relação à revolução do *big data*, do supercomputador *Watson* e tecnologias de *Machine Learning*. Por fim, será dada ênfase nos Mercados de Previsão (*Prediction Markets*) e como eles poderiam ser utilizados para previsão de decisões judiciais baseando-se no que notoriamente é conhecido como Sabedoria das Multidões (*Wisdom of the Crowds*).

A última parte (Capítulo 6) é uma breve pesquisa empírica. Após realizada toda a exposição teórica, uma pergunta ainda permanece: o que a academia jurídica brasileira pesquisa em relação a decisão judicial? Buscamos em dissertações e teses de todos os programas de mestrado e doutorado em Direito brasileiros dos anos de 2011 a 2014. Tentamos classificar todas aquelas que dizem respeito à decisão judicial bem como algumas características de cada uma delas. Um dos objetivos é mapear o número de trabalhos que abordem visões *realistas*, *descritivas*, *interdisciplinares* e *empíricas* do comportamento judicial. Com a pesquisa empírica objetiva-se traçar o perfil da pesquisa jurídica *brasileira* sobre decisão judicial.

2. METODOLOGIA

É importante que sejam estabelecidas as bases sobre as quais este trabalho foi construído. Para isso, nada mais importante do que explicitar os pressupostos e limitações metodológicas antes de adentrarmos no conteúdo da pesquisa em si. O presente trabalho irá trilhar caminhos não muito tradicionais na pesquisa jurídica brasileira. Por essa razão, é importante explicitarmos as pressuposições e bases metodológicas nas quais iremos nos apoiar.

2.1. Delimitação da pesquisa: Decisão e Comportamento

A pesquisa, como remete o subtítulo do trabalho, trata sobre a “Evolução da Pesquisa sobre Comportamento Judicial”. Antes de mais nada, é fundamental delimitar o que se entende, no âmbito deste trabalho, por “comportamento judicial” e “decisão judicial”.

O uso de “decisão judicial” no título e “comportamento judicial” no subtítulo, apesar de diferentes – podemos citar aqui a principal diferença, como por exemplo o comportamento sendo gênero do qual decisão é espécie – neste trabalho optamos por utilizá-los indistintamente. O que deve ficar claro é que este trabalho *não* irá desenvolver as diferenças entre os termos *tomada de decisão* e *comportamento judicial*. Eles serão utilizados indistintamente ao longo do texto e significarão, ambos, apenas “decisão judicial”. Assumimos, pois, que esta é uma limitação da pesquisa.

Feita esta pressuposição e as decorrentes limitações, torna-se importante entender então “o que entendemos por *comportamento/tomada de decisão/judicial*?”. Esta é uma pergunta metodológica basilar, pois irá guiar o desenho da pesquisa, que por sua vez guiará a pesquisa a ser desenvolvida. Para bem delimitar o cerne da pesquisa, vamos analisar comportamento judicial por seus aspectos subjetivo, objetivo e temporal.

Em relação ao aspecto *subjetivo*, quem é o “tomador” da decisão? A abordagem neste ponto é bastante generalista: todo aquele que está apto a decidir questões jurídicas de mérito. Portanto, juízes, desembargadores e ministros. Além disso, não apenas isso, mas todos aqueles que estão aptos a decidir questões

jurídicas em *âmbito judiciário*. Essas duas convenções são capazes de limitar bem o aspecto subjetivo: primeiro porque vamos estudar aqueles que proferem decisões judiciais, excluindo assim aqueles que tomam decisões, em âmbito do judiciário, mas que não são decisões jurídicas. Não se inclui, por exemplo, servidores que tomam decisões administrativas ou de mero expediente, ou as partes quando decidem questões por auto composição ou acordos judiciais. O segundo aspecto reduz também a complexidade visto que somente será analisado o comportamento de quem é apto por formular decisões em âmbito do poder judiciário. Assim, por mais que questões jurídicas também sejam formuladas em âmbito administrativo (vide questões tributárias e o CARF ou questões do Direito do Consumidor e o Procon), a análise aqui será restrita apenas ao poder judiciário. Ou seja, em resumo, comportamento judicial em seu aspecto subjetivo é aquele “comportamento exercido por pessoa apta a tomar decisões jurídicas em âmbito do poder judiciário”. A esse respeito, importa também ressaltar que a palavra juiz será trabalhada ao longo de toda a pesquisa em sua definição *lato* – referindo-se a todos aqueles que se enquadram dentro da definição *subjetiva* aqui proposta, isto é, juízes, desembargadores e ministros – ou aqueles que ocupam funções semelhantes em outros países. Desta forma, quando nos referimos a *juízes*, na verdade o leitor deverá entender que a referência é válida também a todos aqueles que se enquadram na categoria subjetiva que acabamos de delimitar.

Em relação ao aspecto *objetivo*, deve-se entender quais atos serão considerados para a pesquisa. Comportamento traz a noção de conduta, prática, ação. Mas nem todas as condutas realizadas por um juiz/desembargador/ministro serão analisadas. Apenas serão consideradas as condutas tomadas no âmbito de um processo judicial. A prioridade são condutas que resolvem o mérito de algum conflito, mas decisões processuais não serão descartadas quando se mostrarem importantes.

Mas as delimitações subjetivas e objetivas ainda não são suficientes. Em relação ao aspecto *temporal*, algumas teorias (e inclusive muitos autores realistas também, como será visto nos próximos capítulos) postulavam que os juízes tomam decisões antes mesmo de analisar todos os elementos à sua disposição, tais como provas e pedidos das partes (STRUCHINER; BRANDO, 2014, p. 2010). O comportamento para nós resume-se ao que o juiz sentenciou ou votou. Isso não

significa excluir a análise das motivações que levaram aos juízes a decidir de uma ou de outra maneira, mas apenas selecionar as decisões que foram tomadas de forma “oficial” e institucionalizada.

Em resumo, definimos comportamento judicial em três aspectos: *subjetivo, objetivo e temporal*. Uma tentativa de sistematização ficaria aproximadamente desta maneira:

Comportamento judicial é considerado, para a presente pesquisa, a decisão tomada em âmbito de um processo judicial (com ênfase especial em decisões de mérito) de forma oficial e institucionalmente proferida por membro do poder judiciário que esteja apto para tal.

Ainda é importante notar, para que fique claro ao leitor – e sabe-se que esta é outra limitação importante da pesquisa – iremos utilizar indistintamente os termos *juiz, desembargador e ministro*. Sabe-se que há diferenças entre cada um destes termos e que elas são relevantes. Mas não serão consideradas no âmbito desta pesquisa.

2.2. Pergunta da Pesquisa: Como os juízes decidem?

Após traçados os panoramas e alguns pressupostos, a presente pesquisa tentará concluir, finalmente, respondendo à pergunta básica da pesquisa: “como os juízes decidem?”.

É claro que não existem grandes ilusões sobre chegarmos a um resultado único ou definitivo como resposta. Na verdade, o que se espera é justamente uma multiplicidade de respostas, mas que, pelo menos, elas pudessem ser sistematizadas. Desta forma, de modo a facilitar e sistematizar a pesquisa, a pergunta pode ser melhor reformulada da seguinte forma: “o que sabemos sobre como os juízes decidem?”.

Entretanto, antes desta pergunta ser respondida – que é a principal do trabalho – precisa-se também delimitar alguns outros aspectos que ensejam outras perguntas que devem ser respondidas antes. O primeiro desses aspectos, é tentar entender o que se quer dizer quando falamos em “como os juízes decidem”. Afinal,

saber como os juízes decidem é *saber o que*? Nesta questão em particular, entende-se que há várias formas de encarar o problema. Essa não é verdadeiramente uma pergunta da pesquisa a ser respondida, mas uma outra pressuposição que o presente trabalho tomará como ponto de partida. Ou seja, para fins desta pesquisa, entender como os juízes decidem *significa saber, com uma probabilidade maior do que a mera aleatoriedade, como os juízes irão se comportar em decisões futuras.*

Mas é possível prever decisões? Conseguimos saber o que os juízes decidem ou vão decidir? Esta pergunta pode ser capciosa. Há um ímpeto em se afirmar de pronto que é impossível prever qual decisão um juiz irá tomar. Entretanto, isso não é verdade. Se forem considerados os casos fáceis, a previsão é relativamente simples, e não basta muita comprovação empírica para se buscar um modelo preditivo que supere a mera aleatoriedade. Dessa forma, apenas como exemplo da hipótese, é fácil prever que um juiz considerará improcedente a ação que visa o não pagamento de IPTU simplesmente porque o autor da demanda apenas argumenta que tributação é algo injusto e um roubo do Estado e que ele não quer pagá-la. Ora, esse é um caso fácil e o modelo teórico legal/tradicional dá conta de entender com facilidade que os juízes basearão suas decisões em normas jurídicas para tomar esse tipo de decisão, obrigando o pagamento. Por outro lado, em outro exemplo, saber se um juiz declarará união estável ou mero “namoro qualificado” uma convivência intensa entre um casal por anos a fio sem a celebração de casamento, é *uma tarefa mais complexa*. O modelo teórico legal/tradicional já parece não possuir tantos elementos normativos que possam ser utilizados para previsões mais consistentes. Ou pior, os elementos normativos poderão justificar um ou outro lado do discurso, e outros fatores (agora extrajurídicos) podem contribuir para que um juiz decida de uma forma ou outra. Será que estes outros fatores podem influenciar a decisão do juiz? Quais fatores são esses? Será que o sexo do juiz influencia? Sua ideologia? Suas intuições? A estrutura institucional a que ele está inserido?

Em síntese, a busca por responder a essas perguntas foi o que determinou a formatação final deste trabalho, dividido em dois principais blocos e fará um levantamento sobre o estágio atual da pesquisa sobre comportamento judicial.

2.3. Dois blocos: pesquisa bibliográfica e pesquisa empírica.

Como já foi adiantado, o presente trabalho, quanto a metodologia da pesquisa empregada, pode ser dividido em dois blocos. O primeiro bloco é *teórico e bibliográfico* (compreende os capítulos 3, 4 e 5), enquanto o segundo bloco é *prático e empírico* (refere-se ao capítulo 6).

As bases teóricas para o primeiro bloco, como o próprio título desta dissertação esclarece, é o pensamento realista norte-americano. A exposição das teorias da decisão seguirá uma ordem, para fins didáticos, que é denominada: *decisão judicial ontem* (Capítulo 3); *decisão judicial hoje* (Capítulo 4); e *decisão judicial amanhã* (Capítulo 5). Para que o leitor consiga localizar-se mais facilmente, criamos uma “seta do tempo” com os principais tópicos abordados no primeiro bloco e que estará presente no início de cada um dos capítulos do primeiro bloco.

Desta forma, o *primeiro capítulo do primeiro bloco* (Capítulo 3) é dedicado à exposição do pensamento realista da década de 1930, especialmente no que tange à teoria da decisão. Apesar de possuírem o mesmo nome, o realismo jurídico escandinavo não será estudado neste capítulo, uma vez que se trata de um movimento com menor popularidade na academia bem como seus autores possuíam um perfil mais filosófico e menos afim ao nosso tema (LEITER, 2014, p. 3–6).

O *segundo capítulo do primeiro bloco* (Capítulo 4) trata de uma exposição de teorias e modelos de decisão judicial modernos que possuem uma *abordagem realista*³. Utilizamo-nos de uma classificação bastante usual das teorias com abordagem realista da decisão para apresentar três populares modelos: modelo atitudinal, modelo estratégico e modelo psicológico⁴. As razões para a escolha destes três modelos (ou teorias, usaremos ambos os termos indistintamente) está melhor delimitada no início do respectivo capítulo.

³ Como já explicitado na introdução, classificamos uma teoria como possuindo uma abordagem realista aquela que for (i.) *descritiva*; (ii.) *interdisciplinar*; (iii.) *preferencialmente empírica*; e que (iv.) *parta de pressupostos da teoria da decisão realista norte-americana*.

⁴ A esse respeito, vide as classificações de Posner (2010), dentre as quais estão compreendidas as teorias psicológica, atitudinal e estratégica.

Por sua vez, o *terceiro capítulo do primeiro bloco* (Capítulo 5) trata sobre a evolução da tecnologia da informação e modelos informatizados de predição e análise da decisão judicial. A escolha de analisar tais modelos em um capítulo em apartado decorreu de, pelo menos, dois fatores: (i.) em primeiro lugar, não há praticamente nada escrito sobre modelos e algoritmos computadorizados e decisão judicial no Brasil – ao mesmo tempo em que a relevância do tema é indiscutível; (ii.) em segundo lugar, este é um campo extremamente fértil e promissor de estudo no Direito, e muito popular em algumas das mais importantes universidades do mundo⁵.

Neste último capítulo da primeira parte demos especial importância para os estudos de Ruger *et al.* (2004), o estudo de Guimerà e Sales-Pardo (2011) e o estudo de Katz *et al.* (2014). A razão para a escolha destes trabalhos se deu pela relevância que estes estudos nutrem na literatura estrangeira – especialmente os de Ruger *et al.* (2004) e o de Katz *et al.* (2014)⁶.

Deve ser notado que os trabalhos da primeira parte (capítulos 3 a 5) são em sua maioria norte-americanos. A razão para isso é que (i.) não existem muitos bons trabalhos brasileiros – ou pelo menos que gozem de similar notoriedade dos trabalhos americanos a esse respeito; (ii.) não existe para teorias da decisão, ao contrário de outras áreas mais dogmáticas do direito, a frequente limitação *common law* x *civil law*, uma vez que o estudo da “teoria da decisão”, salvo algumas diferenças institucionais, é bastante parecido em diferentes países do mundo.

Outra observação metodológica é quanto à horizontalidade do trabalho. Um dos objetivos é apresentar vários estudos sobre comportamento judicial. Desta forma, a abordagem horizontal – mais rasa, porém, mais ampla foi preferida em detrimento de uma abordagem verticalizada – mais profunda, mas mais estreita.

⁵ Apenas com exemplo, vide o projeto *codeX* (mais informações disponíveis em: <<https://law.stanford.edu/codex-the-stanford-center-for-legal-informatics/>>, acesso em fev/2016) da Stanford, e o *Law Without Walls* da Univ. of Miami (Disponível em: <<http://lawwithoutwalls.org>>, acesso em fev/2016).

⁶ Tanto é verdade que em 2016 um artigo da Financial Times sobre a evolução do direito na era da tecnologia cita ambos os trabalhos. Financial Times: “*Technology: Breaking the law*” (SKAPINKER, 2016). Este artigo foi traduzido para o português pelo Valor Econômico: “*Tecnologia pode reduzir custos da advocacia*”, publicado no dia 12/04/2016.

Para o segundo bloco (Capítulo 6), a pesquisa realizada foi a pesquisa empírica com base nas teses e dissertações defendidas nos cursos de pós-graduação *stricto sensu* (mestrado e doutorado acadêmicos) em Direito, nos anos de 2011, 2012, 2013 e 2014. O objetivo inicial era abranger também o ano de 2010, mas não havia dados disponíveis. Apesar desta segunda parte tratar de um levantamento das pesquisas nacionais, não iremos entrar em muitos detalhes em relação ao conteúdo. Para cada uma delas, tentaremos (se disponível) analisar apenas seis elementos: (i.) *título*; (ii.) *sumário*; (iii.) *resumo*; (iv.) *introdução*; (v.) *metodologia*; e, por último, (vi.) *conclusão*. Como é possível notar, não iremos avançar em relação ao desenvolvimento destes trabalhos, pois o objetivo aqui não é uma pesquisa de profundidade, mas uma pesquisa eminentemente quantitativa para traçar algumas conclusões sobre temas, formatos e metodologia dos trabalhos levantados. Para facilitar o entendimento, a metodologia detalhada sobre as limitações da pesquisa e a coleta e análise dos dados está toda elencada no próprio capítulo 6. Ainda é importante ressaltar que todos os dados pesquisados (crus e tratados) estão disponíveis online para visualização e download (e que pode ser útil para eventuais trabalhos futuros).⁷

Por fim, por mais que seja um preciosismo, cabe esclarecer sobre a abordagem em relação a termos e citações em inglês. Para preservar a fluidez e a semântica com maior fidelidade, optou-se por não traduzir termos ou citações que estejam em língua inglesa

⁷ Os dados pesquisados estão disponíveis em: <<https://goo.gl/so2NMf>>.

.

3. DECISÃO JUDICIAL ONTEM: REALISMO JURÍDICO

Figura 1 – Linha do Tempo dos Modelos e Teorias sobre Decisão Judicial

Fonte: Elaborado pelo Autor

“Our Business is prophecy, and if prophecy were certain, there would not be much credit in prophesying” (RADIN, [S.d.], p. 362).

Não há dúvidas de que o movimento realista foi um dos mais importantes e influentes movimentos teóricos no pensamento jurídico do século XX. Na verdade, alguns autores afirmam categoricamente que o Realismo jurídico foi o movimento *mais* importante do último século (LEITER, 2002, p. 1) ou, pelo menos, no que concerne à teoria da decisão (TUMONIS, 2012, p. 1366).

É bastante comum a premissa de que um dos maiores legados deixados pelos partidários do movimento realista foi uma robusta teoria da decisão judicial (SCHAUER, 2012, p. 6). Entretanto, é importante destacar que o movimento realista trouxe mais do que a contribuição sobre como os juízes julgam. O Realismo Jurídico foi um movimento extremamente disperso e diverso, coexistindo, inclusive, ideias opostas entre seus membros. Dificilmente algum acadêmico considerado “realista”⁸ poderia ser considerado como o verdadeiro representante do movimento (GOLDING, 1981, p. 1034). Os acadêmicos que estudam teoria jurídica têm se envolvido, por anos, em um espécie de disputa a respeito de qual o real significado e o legado do realismo jurídico (KREITNER, 2010, p. 767). Não há que se negar,

⁸ Existe uma certa polêmica na listagem de quem eram os “verdadeiros realistas”. É importante saber que, até hoje, não há consenso sobre quem deveria estar ou não na lista.

entretanto, que a teoria da decisão judicial foi, de fato, o legado mais debatido (e talvez criticado) pela teoria moderna do Direito. Por essa razão é que o realismo jurídico se torna o sustentáculo desta dissertação sobre decisão judicial e deverá ser analisado em mais detalhes neste capítulo.

Um dos grandes problemas percebidos com o estudo do realismo jurídico é que muitas vezes se mistura algum aspecto *histórico* com a *teoria*, e ao se definir o que realmente foi o Realismo Jurídico, a *resposta-padrão* traz a concepção de Realismo: ou sendo uma (i.) resposta ao formalismo jurídico até então vigente [visão histórica]; ou sendo (ii.) uma teoria/escola do Direito [visão teórica] com determinados preceitos. O resultado disso é que muitas vezes a definição é incompleta (trazendo apenas a parte histórica ou trazendo apenas a parte teórica) e não retrata a difusa complexidade que envolveu o Realismo Jurídico norte-americano. Pior ainda, existe uma generalização e simplificação de forma “caricaturada” sobre o que foi o Realismo Jurídico.⁹ E infelizmente esta simplificação pode ter sido a causa de o movimento, com tamanha influência em outros países, ter angariado expressão praticamente nula no pensamento jurídico brasileiro (FERREIRA, 2011).

De fato, se a visão que assumíssemos fosse essa concepção *caricaturada* do realismo jurídico, nem mesmo faria sentido prosseguir com a presente pesquisa, visto que, em última análise, uma decisão se resumiria simplesmente à figura do juiz. Assim sendo, da mesma forma que é impossível prever a roupa que ele irá vestir na manhã seguinte, também seria impossível prever sua próxima decisão judicial em relação a um caso. E se mesmo assim conseguíssemos – de alguma forma miraculosa ou transcendental – prever qual será a decisão tomada por um juiz referente a um caso que lhe é apresentado, a tarefa de *classificar* ou tentar algum tipo de *padronização* também seria impossível e, conseqüentemente, a utilidade deste trabalho, nula. Porque ainda haveríamos de lidar com a diversidade de pensamentos, preconceitos, ideologias, aspectos esses bem resumidos pelo dito

⁹ A frase mais comum associada ao pensamento realista “o que o juiz comeu no café da manhã determinará sobre como ele irá decidir posteriormente” na verdade nunca foi dita por um pensador realista (LEITER, 2002, p. 9; TUMONIS, 2012, p. 1371). Ela reflete a ideia de que os fatores jurídicos/legais não exercem nenhuma influência sobre as decisões judiciais.

popular, “*cada cabeça, uma sentença*”. Felizmente, como já foi dito anteriormente, não é essa a visão que será apresentada aqui sobre o realismo jurídico.

Primeiramente, cabe novamente (vide capítulo metodológico) salientar que não iremos nos adentrar no Realismo Jurídico Escandinavo – cujo pensamento floresceu também na década de 1930 sob influência de Karl Olivecrona, Vilhelm Lundsted e Alf Ross – este último sendo o mais conhecido entre os acadêmicos brasileiros¹⁰. Em linhas simples, a diferença vital entre os dois realismos é que o realismo jurídico americano possui uma abordagem mais pragmática, ao passo de que o realismo jurídico escandinavo, por sua vez, é mais filosófico (LEITER, 2014, p. 17). Apesar de ser um estudo desejável, neste trabalho não haverá aprofundamento maior na comparação entre os dois movimentos.

Trataremos apenas do realismo americano e por motivos didáticos – conforme já salientado, iremos dividir o estudo em (i.) realismo histórico; e (ii.) legado teórico do movimento realista. A divisão que elaboramos é a seguinte:

Figura 2 - Quadro Esquemático do Capítulo

Fonte: Elaborado pelo Autor

¹⁰ Duas boas comparações entre os dois “*realismos jurídicos*” foram realizadas por Gregory Alexander e Torben Spaak (ALEXANDER, 2002; SPAAK, 2007).

3.1. Realismo Histórico e Reação ao(s) Formalismo(s).

A história mistura-se com a teoria em muitos trabalhos acadêmicos que tratam sobre o realismo jurídico norte-americano. Isto porque não apenas o realismo trata sobre questões práticas, mas ele surgiu também na prática da aplicação e do ensino do Direito, nos bancos dos tribunais e das principais escolas de Direito dos Estados Unidos.

A ideia mais comum quando se fala do realismo com uma abordagem histórica é que este movimento foi uma reação – uma espécie de levante – contra o formalismo até então vigente. Novamente ressalta-se: esta é uma visão também simplificadora, afinal, o que era o “formalismo vigente”? Quem era realmente formalista? Não nos parece que, mesmo na década de 30 houvesse pensadores relevantes que adotavam radicalmente a ideia tradicional (e também aqui caricaturada) do silogismo mecanicista em que o Direito seria uma espécie de “máquina” na qual o juiz insere (inputs) os *fatos*, e recebe (*outputs*) a *decisão judicial*. Roscoe Pound popularizou essa analogia do Direito como sendo uma “*slot-machine*”:

Idea of a slot machine administration of justice: put the facts in the slot, pull a lever, and pull out the pre-appointed decision. There was a vain endeavor in the nineteenth century in all systems to make the judicial process conform to this theory. (POUND, 1921, p. 170)

Entretanto, essa visão, que mais parece um esquete, é absolutamente simplista e irreal (TAMANAH, 2008; TUMONIS, 2012, p. 1362), ou, pelo menos, tem uma definição extremamente deformada (MACAULAY; MERTZ, 2014, p. 2)¹¹. A verdade é que, ao invés de ser dividido em dois movimentos claramente definidos (formalismo vs. Realismo) com visões opostas “sobre a decisão judicial, a história do pensamento da teoria do Direito deve ser vista como sendo muito mais complexa e complicada do que aparenta (RUBIN, 2011). Desta sorte, é pertinente então,

¹¹ De fato, é interessante notar a infinidade de trabalhos, principalmente no Brasil, que simplificam a noção de que o “realismo foi uma reação ao formalismo”. Basta uma simples busca na internet com as palavras-chave “realismo jurídico” e “formalismo” para que se perceba a repetição constante dessa simplificação.

entendermos qual a razão do senso-comum em entender o realismo jurídico como um movimento que simplesmente se contrapôs ao formalismo jurídico.

Na verdade, como já foi dito, o movimento realista nunca foi uníssono. A diversidade de autores e ideias tornam, pois, a tarefa de agrupar esses autores em uma função ingrata. Mas o que de fato pode ser sintetizado é que os realistas realizaram, isto sim, várias críticas a diversas práticas que até então eram comuns no mundo jurídico. Ou o que podemos chamar de críticas aos “formalismos”. Mas não aquele formalismo simplista, caricaturado. Na verdade, esses *formalismos* podem ser considerados como uma série de práticas e eventos que ocorriam na política, na prática jurídica; e, por fim, também no ensino jurídico. Cada um desses “formalismos” será detalhado a seguir, mas não com a profundidade ideal, posto que este não é o escopo do presente trabalho.

Assim, com finalidade pedagógica apenas, podemos dividir esses *formalismos* em três grupos: (i.) *Conservadorismo Político*; (ii.) *Formalismo nos Tribunais*; e (iii.) *Formalismo nas Universidades*. Cumpre então esclarecer um pouco mais cada um desses pontos¹².

3.1.1. Conservadorismo Político

A reação política adotada pelo movimento realista é muito bem explicado por Alexander (2002), em obra que traz uma exemplar comparação entre os realismos escandinavo e americano. Como já foi ressaltado no capítulo metodológico, não é escopo também aqui a análise do realismo escandinavo, entretanto, a análise política que o autor realiza em relação ao movimento americano é digna de nota.

A primeira característica que traduz uma reação política no movimento realista é que ele pode ser considerado como uma extensão do movimento político progressista americano (ALEXANDER, 2002, p. 132), trazendo crítica ao conservadorismo político vigente até então. Uma das razões para essa presença também no campo político é que o momento histórico em que o surgimento do realismo jurídico se insere é especialmente turbulento. Situado exatamente no entre-

¹² Deve ser esclarecido ao leitor que essa divisão “pedagógica” já foi proposta – mas de maneira um pouco diversa – em trabalho anterior do autor (CESTARI; NOJIRI, 2015).

guerras, bem como no ápice da depressão econômica de 1929, os Estados Unidos encontravam-se na pior crise econômica de sua história. O capitalismo industrial introduziu mudanças econômicas profundas; a imigração alcançou níveis elevados, estimulando um sentimento de antipatia entre cidadãos; a concentração de renda espaçou ainda mais a distância entre ricos e pobres e aumentou o ressentimento e oposição entre classes sociais distintas. Em suma, havia um sentimento de que o pensamento liberal clássico – econômico e político – havia se esgotado e se mostrava injusto. Pela primeira vez na história americana, a esquerda aparentava possuir uma relevante força na política (ALEXANDER, 2002, p. 135-136).

Essas condições econômicas e sociais fizeram com que houvesse por parte do governo diversas tentativas de reformas econômicas e sociais, desde o fim do século XIX e começo do século XX. Os progressistas não eram revolucionários, mas desejavam algumas reformas – mantendo-se os fundamentos das ordens econômicas e políticas (ALEXANDER, 2002, p. 136). Tais reformas foram responsáveis por uma revisão substancial do liberalismo econômico (ALEXANDER, 2002, p. 137). O governo cada vez mais tornou-se ativo e ajustando regras jurídicas dos mercados e da atividade econômica, como pensão, proibição do trabalho infantil, regulamentação do trabalho das mulheres – todas com base no argumento de que o governo tem obrigação de proteger os hipossuficientes dos membros mais fortes da sociedade (ALEXANDER, 2002, p. 137).

Sem dúvida isso afetou o pensamento e as abordagens realizadas pelos realistas. Por exemplo, apenas pouco do escasso trabalho empírico desenvolvido pelos realistas envolveu teoria da decisão e teoria jurídica¹³, mas a maioria possuía fortes laços com a política e com aspectos sociais. A razão para isso é que o ambiente acadêmico – e portanto a pesquisa em Direito – foi imensamente afetado pela Grande Depressão (CROSS, 1997, p. 256-257) e pelo cenário socioeconômico. E há uma clara associação entre progressismo político, o *New Deal*¹⁴, e o realismo jurídico:

¹³ A pesquisa empírica era tratada com grande empatia pelos realistas, mas não foi aplicada efetivamente (LEITER, 2014). A relação entre realismo jurídico e pesquisa empírica será debatida mais adiante.

¹⁴ Para uma objetiva contextualização histórica, vide o trabalho de Macedo (2008).

The demythologizing tendencies of the Realists, their commitment to decision-making by experiment, their preference for empiricism rather than abstraction, even their questioning of moral absolutes, were in harmony with the spirit of the first New Deal. (TAMANAH, 2006, p. 69)

Da mesma forma que os realistas foram associados com o pensamento progressista *político*¹⁵ e com críticas ao conservadorismo vigente, eles também foram responsáveis por duras críticas ao conservadorismo *jurídico*, ou em outras palavras, ao formalismo que permeava as cortes americanas.

3.1.2. Formalismo nos Tribunais

A crítica dos realistas, como não poderia deixar de ser, também se estendeu aos tribunais. Especialmente para a Suprema Corte, que vivia, desde o início do século até a década de trinta a chamada “era Lochner”. A “era Lochner” foi um período na história da Suprema Corte Americana em que as decisões refletiam um profundo apreço pelo *laissez-faire* e pela classe capitalista em detrimento de outras políticas socioeconômicas, como a regulação da atividade econômica pelo governo e a promoção de direitos sociais.

A “era Lochner” tem em sua designação relação com o emblemático caso *Lochner v. New York*, decidido em 1905 pela Suprema Corte Americana. Em uma breve síntese do caso, havia em Nova Iorque uma regulamentação trabalhista limitando a jornada máxima semanal em 60 horas e a jornada diária em 10 horas. Após receber multas por infringir essas regras, *Lochner* (que era proprietário de uma padaria) ingressou com uma ação judicial alegando que as cobranças eram inconstitucionais. A ação foi julgada procedente pela Suprema Corte em relação ao ponto central (saber se a limitação de horas imposta pela lei municipal violava a liberdade de contratar, prevista na 14ª emenda da Constituição Americana). Apesar de vencido, o voto de Oliver Wendell Holmes Jr. no caso é ainda hoje extremamente popular e citado. Em uma clássica – e realista – frase de seu voto, Holmes afirmou

¹⁵ Apesar dessa associação entre realismo e *New Deal*, deve-se fazer a ressalva de que não existiu um “movimento político organizado” entre os realistas.

que “*Proposições gerais não decidem casos concretos. A decisão irá depender de um julgamento ou intuição mais implícita do que qualquer premissa*”¹⁶.

Tamanaha (2008) também indica o caso *United States v. E. C. Knight Co.*¹⁷ como notoriamente retratado como o auge do formalismo nos tribunais que os realistas supostamente criticavam. A *Knight Co* foi uma refinaria adquirida pelo *American Sugar Refining Company*, grupo que, após a aquisição, era responsável por 98% do refinamento de açúcar nos Estados Unidos. Ao mesmo tempo, uma lei federal (*Sherman Antitrust Act*, 1890) proibia o monopólio comercial de bens¹⁸. Dessa forma, os Estados Unidos, através do *Sherman Act* tentou impedir a aquisição da *Knight Co* pela *American Sugar Refining Company*. A surpresa foi que a Suprema Corte decidiu que o *Sherman Act* não se aplicava ao caso em questão, uma vez que a lei explicitamente trazia em seu texto “comércio”, enquanto o grupo era formado por refinarias (indústrias). Por mais que fosse o sentido da lei impedir um monopólio tão evidente, a decisão tomou a interpretação literal restritiva (formalista, portanto), não permitindo que o significado fosse ampliado para seu sentido mais óbvio.

A era *Lochner* se estendeu até o ano de 1936 (portanto desde 1905 até 1936) com o caso *West Coast Hotel Co. v. Parrish* (29 de março de 1937), que reverteu o entendimento da decisão *Adkins v. Children’s Hospital*, para convalidar que é possível e constitucional lei estadual restringir a liberdade econômica e estabelecer valores de piso salarial. Esta foi, portanto, a primeira decisão não mais considerada representativa deste período ultraconservador na Suprema Corte.

E foi durante a era *Lochner* que o movimento realista começou a se organizar e tecer críticas ao conservadorismo que operava na Suprema Corte Americana. Sendo assim, uma das frentes da crítica realista foi justamente as decisões tomadas pelos juízes durante esse período.

¹⁶ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

¹⁷ *United States v. E. C. Knight Co.* 156 U.S. 1 (1895).

¹⁸ A lei, *ipsis litteris*, estabelecia: “*Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States... shall be deemed guilty of a felony*”. Nota-se que a lei fala especificamente de comércio (*trade or commerce*).

3.1.3. Formalismo nas Universidades

Nas faculdades de Direito, a figura que representa o formalismo é, indubitavelmente, Christopher Langdell e seu método do caso. Langdell foi professor e diretor da Universidade de Harvard em 1870, e com sua obra “*Selection of Cases on the Law of Contracts*”, inaugurou um sistema de análise de casos práticos no Direito que posteriormente seria seguido pela Harvard Business School em 1920, pela Harvard Medical School em 1985, e posteriormente por várias outras universidades no mundo e em diversas áreas do conhecimento – inclusive no Brasil atualmente. Langdell foi inovador e enfrentou muita resistência de alunos e professores ao criar e implementar uma metodologia de estudo diferente da que existia até então:

Langdell's approach was completely different. In his course on contracts, he insisted that students read only original sources – cases – and draw their own conclusions. To assist them, he assembled a set of cases and published them, with only a brief two-page introduction. (GARVIN, 2003, p. 56)

O que estava por trás do método de casos de Langdell era a ideia de que o Direito era uma ciência que possuía métodos rígidos para ser “praticada”. O Direito era, portanto, ciência determinada (ou, pelo menos, determinável). Assim, caberia ao jurista analisar os casos práticos e deduzir regras e princípios que seriam norteadores das decisões. Como se nota, “Duas premissas eram necessárias para Langdell: que o Direito fosse considerado uma ciência; e que todo material dessa ciência fosse considerado como contido nos livros” (FRANK, 1947, p. 1304; GARVIN, 2003, p. 56).

Em pouco tempo, inúmeras faculdades também adotaram o método langdelliano, e o estudo de caso espalhou-se de Harvard para, já em 1907, 30 das 92 escolas de Direito que existiam na época. O projeto realista, portanto, nasceu e começou como uma crítica não apenas ao formalismo que se impunha nos tribunais, mas também o formalismo jurídico que se impunha no modo de aprendizado dos estudantes de Direito. Como será visto adiante, uma das características do realismo foi justamente demonstrar a dificuldade de determinação do Direito (novamente, o

método langdelliano supunha um direito determinado, fechado e lógico). Note que, sob esse aspecto, não se quer fazer nenhuma crítica aqui ao método Langdelliano – possivelmente o estudo de casos foi um avanço para o ensino jurídico americano. A crítica realista ia além. O método de caso poderia ser bom, mas não era suficiente para que os alunos a ele submetido entendessem o que realmente se passava nos tribunais.

Mas há aqui um contraponto: acredita-se que Langdell também foi um empirista, de certa forma. Seu método era justamente analisar uma série de casos reais. Além disso, o que se buscava no método do caso era a *previsibilidade* de ações futuras nas cortes, outra bandeira dos realistas. Mas mesmo assim ele foi duramente criticado pelos realistas (especialmente por Jerome Frank). Para Frank, ele era um empirista que não ia a campo. Ele nutria uma espécie de antipatia pela prática diária do Direito nas cortes, mas ao mesmo tempo uma especial afeição com os livros que continham as decisões dessas mesmas cortes:

The experience of the lawyer in his office, with clients, and in the court-room with judges and juries, were, to Langdell, improper materials for the teacher and his student. They must, he insisted, shut their eyes to such data. They must devote themselves exclusively to what was discoverable in the library. (FRANK, 1947, p. 1304)

Uma referência clássica do pensamento realista é a preferência pelo “*law in action*” em contraposição ao “*law in books*”¹⁹. Para Frank (1947), Langdell claramente era partidário da filosofia do *Law in Books* em detrimento do “*Law in Action*”. E mais: por ser diretor de Harvard, a mais influente escola de Direito dos Estados Unidos, Langdell teria influenciado negativamente por décadas o ensino jurídico daquele país. Nas palavras de Frank:

The neurotic escapist character of Langdell stamped itself on the educational programs of our leading law schools. As a consequence, until a short time ago, most of the teachers in those schools either

¹⁹ Para mais detalhes e aprofundamento nesta famosa expressão, vide artigo publicado por Roscoe Pound, com o nome de *Law in Books and Law in action* (POUND, 1910) ou ainda o artigo *Law in Action*, de Paul Sayre (SAYRE, 1914).

had little or no experience in active legal practice or, more important, if they had, yet when they withdrew from practice to teaching, they succumbed to an atmosphere in which the memories of practice became shadowy and unreal. The Langdell spirit choked legal education. (FRANK, 1947, p. 1304)

Oliver Wendell Holmes Jr também teceu críticas a Langdell, chamando-o de “o maior teólogo de todos os tempos” (TAMANAH, 2006, p. 64). Apesar de certa admiração pelas conquistas de Langdell, Holmes rejeitava a ideia langdelliana de que o Direito era construído logicamente através de princípios e regras, afinal, segundo suas próprias palavras, o Direito não deveria ser fruto da lógica, mas sim da experiência (HOLMES, 2011, p. 5).

É claro que a acidez nas críticas – especialmente de Frank – deve ser tomada com cautela e não há como negar a importância do método langdelliano para todas as áreas do conhecimento. Entretanto, ela demonstra de forma inquestionável que uma das críticas dos realistas era justamente de como as escolas de Direito direcionavam erroneamente o ensino de seus alunos.

3.2. Realismo Histórico e Surgimento “Acidental” no meio acadêmico

Não há muita dúvida em ter sido Karl Llewellyn o responsável por cunhar o termo “realismo”, com seu artigo de 1930 “*A Realistic Jurisprudence – the next step*” (LLEWELLYN, 1930). Não se pode dizer o mesmo, entretanto, do surgimento das ideias realistas no meio acadêmico. Tamanaha (2008), de quem tomamos emprestado o termo “surgimento como acidente” (TAMANAH, 2008, p. 735) dedica várias páginas de seu artigo para desconstruir a ideia de que o realismo inaugurou um pensamento que até a década de 1930 era desconhecido. Apenas como um exemplo, abaixo transcreve-se um trecho de um discurso do então presidente americano Theodore Roosevelt, em 1908:

The decisions of the courts on economic and social questions depend upon their economic and social philosophy; and for the peaceful progress of our people during the twentieth century we shall owe most to those judges who hold to a twentieth century economic and

social philosophy and not to a long outgrown philosophy, which was itself the product of primitive economic conditions. (CARDOZO, 1921, p. 167)

É evidente, portanto, que a ideia de que a decisão judicial sempre é acompanhada de um viés pessoal afetando seu resultado é anterior a dos realistas. E não é preciso esforço de pesquisa. É absolutamente intuitiva a noção de que um juiz, ao decidir, por mais que procure ser isento e imparcial, é influenciado por motivações pessoais, história de sua vida, educação e outros fatores que constroem sua personalidade. As pessoas são diferentes e interpretam diferentemente os fatos. A histórica – e antiga – discussão sobre a neutralidade do método científico também já trazia algumas dessas ideias de que o “cientista” (em analogia ao juiz) traz, junto a suas conclusões, interpretações influenciadas por uma série de fatores externos e internos.

Como já citado, a cunhagem do termo “Realismo” se deu em âmbito acadêmico. Mas não foi apenas Llewellyn responsável pelo surgimento do pensamento realista. Na verdade, entre os anos de 1930 e 1931 houve um intenso movimento de publicações e correspondências trocadas entre Karl Llewellyn, Roscoe Pound e Jerome Frank que culminou na “criação” – um pouco artificial, inclusive – do realismo, como se verá a seguir.

Em 1930, Karl Llewellyn publica *A Realistic Jurisprudence – The Next Step* no *Columbia Law Review*. No mesmo ano, Jerome Frank publica seu renomado *Law and the Modern Mind*, em que emprega a psicologia – principalmente behaviorismo – para inter-relacioná-la com o Direito. Tanto foi importante a psicologia para Frank que, ao invés de a ideia clássica de considerar *Fato + Regra = Decisão*; Frank formulava *Estímulo + Personalidade do Juiz = Decisão* (LEITER, 2002, p. 9-10). O behaviorismo também foi alvo de estudos por Underhill Moore (MOORE; CALLAHAN, 1943), que aliás foi um dos poucos realistas que também praticou pesquisa empírica com um rigor metodológico mais avançado (Llewellyn mesmo em seu *A Realistic Jurisprudence – the next step* faz referência à pesquisa empírica, todavia não a tendo realizado).

No ano seguinte, em 1931, Roscoe Pound, diretor da faculdade de Direito de Harvard, respondeu criticamente com *The Call for a Realist Jurisprudence*, publicado no *Harvard Law Review*. Assim que se viram em uma disputa acadêmica, Llewellyn e Frank (apesar de este último não figurar formalmente como autor) escreveram, em 1931, *Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound*.

Essa troca de "debates" através de publicações em algumas das principais revistas jurídicas norte-americanas provavelmente não existiu apenas por amor à argumentação. Antes das três publicações, um caso que trouxe muita comoção pública nos Estados Unidos foi a condenação à pena capital de Sacco e Vanzetti, dois italianos acusados de assassinato em um roubo. O caso repercutiu em todo o mundo pela fragilidade do julgamento e inconsistência das provas (inclusive no Brasil, ganhando toda a primeira página do jornal Folha da Manhã do dia 22 de agosto de 1927). Apesar de ambos, Llewellyn e Pound, nutrirem o mesmo sentimento de que os italianos eram inocentes, Pound, por ser diretor de Harvard, decidiu adotar uma postura mais neutra e menos ativa em um caso em que poderia exercer grande influência. Llewellyn, por seu turno, abandonou a neutralidade e atacou a decisão do governador Fuller em manter a sentença de execução e negar o pedido de clemência. Llewellyn então organizou uma petição em que acreditava que os professores de Harvard o seguiriam, entretanto, poucos o fizeram, estando entre os ausentes, Roscoe Pound. Sacco e Vanzetti foram executados no dia 23 de agosto de 1927 (HULL, 1990).

Na análise de Hull (1990), parece ter havido um certo ressentimento entre Pound e Llewellyn durante o caso Sacco e Vanzetti, o que motivou provavelmente o sutil ataque de Llewellyn em seu "*A realistic jurisprudence...*" e, consequentemente, o contra-ataque de Pound no "*The call for a realist jurisprudence...*". Ou seja, o "acidental" envolvimento político de ambos (mais agressivo do primeiro e mais conservador do segundo) no caso dos italianos parece ter levado a essa notável troca de artigos que marca o nascimento do Realismo Jurídico.

Entretanto, apesar do aparente conflito entre os dois acadêmicos, Pound elogiou o trabalho intelectual de Llewellyn através de uma carta enviada a este, fazendo com que houvesse uma aparente superação das divergências. Não apenas isso, mas posteriormente, Llewellyn e Pound trocaram várias cartas privadas

inclusive com compilações de listas de possíveis realistas. Foram, ao que se sabe, duas cartas com as listas, uma inclusive com quarenta e quatro nomes. Sabe-se ainda que Llewellyn também enviou uma versão para Frank (TAMANAHA, 2008, p. 736). Interessante ainda que nas duas listas de possíveis realistas de Llewellyn vários dos nomes que ali estavam eram de acadêmicos que não representavam o pensamento filosófico ou teórico (*jurisprudence*) e nunca foram considerados realistas, mas tinham assinado a petição promovida por Llewellyn a favor de Sacco e Vanzetti (HULL, 1990, p. 1322).

De certa forma, o nascimento do Realismo Jurídico, como movimento, muito se deveu aos acontecimentos políticos e sociais que permearam o ambiente acadêmico no final da década de 1920 e início da década de 1930. Pound e Llewellyn continuaram a trocar correspondências intensivamente por mais duas décadas. Essa história – que é pouco contada ao se tratar do Realismo Jurídico – mostra, portanto, como os acontecimentos do dia a dia influenciaram o surgimento, acidental, desse movimento. Hull conclui de maneira exemplar seu artigo:

The history of Jurisprudence is always written in terms of movements and doctrines, but as the contextualist historian will tell you, the story is lived by real men and women whose ideas and expressions of those ideas – whether in correspondence or public forums – are predominantly influenced by the conditions of their lives. These conditions include their involvement in the great intellectual and moral crises of their times as well as these Jurisprudents' interaction with each other. It is this dimension which the historian tries to reconstruct from her sources. New doctrine is thus less a product of prior doctrine in some sort of genetic mutation, and more a historical artifact of human controversy and action. (HULL, 1990, p. 1334)

A história do Realismo Jurídico é, no final das contas, uma combinação de ideologias progressistas e críticas contundentes ao sistema até então vigente. Mas como também não podia deixar de ser, ela também se deu como um acidente, como um mero – e exemplar – fruto do acaso.

3.3. Realismo Teórico

Trazido este panorama histórico acerca do realismo jurídico, nada mais importante do que discutir o mais relevante para a presente pesquisa: o legado teórico do movimento, e mais especificamente, o legado deixado em relação ao estudo do comportamento judicial.

Na verdade, para que o entendimento sobre a teoria realista seja tanto mais didático como mais preciso, este trabalho realiza a divisão do pensamento realista em três conceitos “diferentes”, seguindo caminho já trilhado anteriormente (CESTARI; NOJIRI, 2015). O primeiro, é o (i.) *Realismo como uma Visão Instrumental do Direito*; (ii) o *Realismo como Teoria do Direito*; e, por fim, e mais importante para este trabalho, (iii.) o *Realismo como Teoria da Decisão Judicial*.

Abordagem semelhante foi realizada por Nojiri (2005, p. 64), ao distinguir as principais características da doutrina realista como (i.) uma visão funcionalista do fenômeno jurídico (Visão Instrumental); (ii.) o Direito como resultado das decisões proferidas pelos juízes (Realismo como Teoria do Direito); e (iii.) destaque para os fatores subjetivos, econômicos ou sociais que movem o Direito (Realismo como Teoria da Decisão Judicial).

3.3.1. Realismo como Teoria do Direito

Provavelmente o bordão realista mais repetido é aquele que diz que o “*Direito é aquilo que os juízes decidem*”. Ou, em uma outra versão, o “*Direito é a previsão da decisão dos juízes*”. Essa simples ideia é o legado que os realistas deixaram do realismo como uma *teoria do Direito*. Ressalte-se que estamos usando uma *abordagem restritiva* sobre o que é uma teoria do Direito. Consideramos aqui uma teoria do direito como sendo uma teoria que quer responder à seguinte indagação: o *que é o Direito?*

Se a resposta a esta indagação é “o Direito é o que os juízes decidem” ou “o Direito é a previsão do que os juízes irão decidir”, então o legado teórico realista (em relação a uma teoria do Direito) não foi muito relevante. E de fato, com a crítica posterior de Hart, segundo o qual, o Realismo é uma piada (LEITER, 2001, p. 278), o modelo teórico realista sobre o que é o Direito não se sustentou. De fato, é difícil

rebater as acusações de Hart quando ele demonstra que as regras jurídicas (*legal rules*) são importantes para que o Direito seja entendido. A despeito da crítica de Hart – que será detalhada a seguir, não há como negar que a teoria defendida pelos realistas é tão radical como sedutora.

A ideia do Direito como sendo apenas resultado do comportamento judicial foi ilustrada por Holmes através de um personagem hipotético que ele chamou de “*bad man*”. Conforme sua passagem, do *Path of the Law*:

If you want to know the law and nothing else you must look at it as a bad man, who cares only for the material consequences which such knowledge enables him to predict. What constitutes the law? You will find some text writers telling you that it is something different from what is decided by the courts of Massachusetts or England, that it is a system of reason, that it is a deduction of principles of ethics or admitted axioms or what not. But if we take the view of our friend the bad man we shall find that he does not care two straws for the axioms or deductions, but that he does want to know what the Massachusetts or English courts are likely to do in fact. I am much of his mind. The prophecies of what courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by law. (HOLMES, 1897, p. 4)

Na verdade, esta visão do Realismo como Teoria do Direito é compartilhada por poucos autores realistas. Eles simplesmente não estavam interessados em responder o que é o Direito. Segundo Leiter (2001, p. 279), enquanto o Positivismo Jurídico (escola na qual filia-se Hart) é essencialmente uma teoria do Direito, o realismo por sua vez é essencialmente uma teoria da adjudicação, da decisão. Portanto, o Realismo como Teoria do Direito tem uma expressão diminuída e menos relevante no legado teórico realista.

Hart denominou os realistas como *rule-skeptics* (ceticismo em relação às normas). Na definição de Hart, os *céticos em relação às normas* defendem a tese de que o “discurso sobre estas é um mito, ocultando a verdade de que o Direito consiste apenas nas decisões dos tribunais e nas previsões a respeito dessas decisões” (HART, 2009, p. 177). Para o autor, a tese é absolutamente incoerente, porque uma vez que há um tribunal decidindo, não há como dizer que não existem

normas – afinal, até mesmo para a organização dos tribunais são necessárias normas jurídicas.

A verdade é que, apesar de a maioria dos realistas terem escrito sobre a importância da previsão das decisões judiciais, é difícil afirmar que eles consideravam a previsão judicial como sendo uma teoria do Direito. Mesmo assim, Hart parece sugerir que sim. Para Leiter (LEITER, 2002, p. 28), os realistas tinham muito a dizer sobre decisão judicial e como as regras funcionam na prática, entretanto explicitamente eles não diziam sobre o *conceito de Direito*. O pensamento orientado para os tribunais era menos um pensamento sobre o que é o DDireito, e mais uma exaltação da *utilidade* de um pensamento orientado para os tribunais. Ou seja, para os realistas, *o que alguém deseja saber sobre o Direito é o que os tribunais irão decidir*. Isso não significa dizer que *o Direito é o que os tribunais irão decidir*. Essa diferença é, portanto, fundamental e consegue pelo menos minimizar a acusação de Hart contra os realistas.

Se esse fosse o pressuposto, provavelmente Hart concordaria com Leiter, porque em sua obra “*O Conceito de Direito*” ele mesmo admite que o ceticismo em relação às normas merece realmente nossa atenção, mas apenas como uma teoria sobre a função das normas na decisão judicial (HART, 2009).

3.3.2. Realismo como Visão Instrumental

Em linhas simples, uma visão instrumental (ou funcional) do Direito quer dizer aquela que enxerga o Direito como *meio* e não como uma *finalidade*. Ou seja, o Direito por si só não faz sentido, não se sustenta, a não ser que haja alguma finalidade – diversa do próprio Direito – que o justifique.

O ponto de partida e inspiração para o instrumentalismo realista foi o *pragmatismo* e o *consequencialismo* filosóficos, que estavam em voga com o pensamento do quarteto: John Dewey, William James, Charles Sanders Peirce e Oliver Wendell Holmes Jr. Os três últimos faziam parte do chamado “*The Metaphysical Club*”, agremiação intelectual que produziu a origem do “pragmatismo” nos Estados Unidos. A *visão instrumental* (e pragmática) *do Direito* é compartilhada

por vários autores realistas, dentre eles Llewellyn, Roscoe Pound, Jerome Frank, Felix Cohen e Walter Wheeler Cook²⁰.

Para os realistas, o Direito era produto da ação de advogados e juízes ao invés de uma atividade científica ou filosófica. E, portanto, seria mais importante o estudo do Direito se direcionar para como as instituições jurídicas operam *de fato*, ao invés de teorizar em como o Direito *deveria* funcionar, ou o que seria justo. Dessa forma, por exemplo, de acordo com Llewellyn, questões sobre o que o direito “deveria ser” devem temporariamente ficar fora do foco do estudo acadêmico, enquanto não houver um entendimento adequado sobre o que o “Direito é” (LLEWELLYN, 1931). Entender a realidade atual do Direito é pré-requisito para que se possa buscar uma futura evolução do sistema jurídico (TAMANAH, 2006, p. 68). Na definição de Llewellyn:

They [Realists] view rules, law as means to ends; as only means to ends; as having meaning only insofar as they are means to ends. They [Realists] suspect, with law moving slowly and the life around them moving fast, that some law may gotten out of joint with life. This is a question in first instance of fact: what does law do, to people, or for people? In the second instance, it is a question of ends: what ought law to do to people, or for them? (LLEWELLYN, 1931, p. 1223, grifo nosso)

O instrumentalismo também era essencial para o Direito na visão de Walter Wheeler Cook. Para o autor, as leis e normas jurídicas são como “aparelhos” através dos quais a sociedade irá regular a conduta humana e atingir objetivos que são desejáveis. Seguindo esse raciocínio, o valor de uma norma jurídica pode ser determinado apenas se se descobrir como essa norma funciona na vida prática: se ela realmente promove ou, ao contrário, retarda a promoção de suas finalidades. Se isso é verdade, então é necessário que saibamos quais são as finalidades que as normas devem promover, para que então possamos entender quais tipos de normas jurídicas são adequados para promover tais finalidades (COOK, 1927, p. 308).

²⁰ Apesar de o instrumentalismo jurídico permear estudos de vários dos realistas, “nem todos os realistas eram “instrumentalistas”, e nem todos os “instrumentalistas” eram realistas” (TAMANAH, 2006, p. 71).

O trabalho de Felix Cohen acerca do instrumentalismo é também extremamente interessante, pois o autor foi o primeiro (e único) realista preocupado com os desdobramentos filosóficos do realismo jurídico (GOLDING, 1981, p. 1033) bem como com as correntes – até então – atuais da filosofia. Como ressalta Leiter (LEITER, 2002), o movimento era primariamente formado por advogados (e alguns cientistas sociais) e não por filósofos. Ou seja, Cohen parece ter trilhado caminhos um pouco distintos (e mais teóricos) com seu trabalho seminal *Transcendental Nonsense and the Functional Approach* (COHEN, 1935). Este artigo, de 1935, é provavelmente o alicerce teórico para a visão funcionalista do Direito americano, com duras críticas a uma “abordagem metafísica”, mais teórica e tradicional.

É interessante – e curiosa – uma abordagem *teórica* justamente sobre os excessos da *teoria* descolada da prática. E é justamente isso que Cohen faz: aborda de forma filosófica uma crítica à filosofia/teoria no Direito:

Our legal system is filled with supernatural concepts, that is to say, concepts which cannot be defined in terms of experience, and from which all sorts of empirical decisions are supposed to flow. Against these unverifiable concepts modern jurisprudence presents an ultimatum. Any word that cannot pay up in the currency of fact, upon demand, is to be declared bankrupt, and we are to have no further dealings with it. (COHEN, 1935, p. 823)

Felix Cohen realiza uma espécie de *ranking* acerca da utilidade dos termos utilizados pelo Direito. Quanto mais preciso (e precisão está relacionada com a utilidade prática) de um termo jurídico (ou definição), mais importante este termo será para a teoria do Direito. Cohen insistia de que nenhuma definição pode ser considerada verdadeira ou falsa, mas apenas útil ou inútil (COHEN, 1935, p. 835; GOLDING, 1981, p. 1051). Alguns dos termos que ele (e outros realistas) consideravam *nonsense*, (ou ainda, na definição de Cohen, como *teológicos*) e portanto, fadados ao fracasso (*bankrupt*) eram: *Title*²¹, *Contract*²², *Due Process*, *Police Power*²³, *Fair Value*, dentre outros (COHEN, 1935, p. 823).

²¹ Karl Llewellyn discorreu sobre as confusões trazidas pelo termo “*title*”, ou título (em tradução livre).

Fazendo uma arriscada tentativa de um paralelo com Direito brasileiro nos dias atuais, a crítica serviria para termos tão amplos como abstratos tais como “*boa-fé*”, ou o conceito de “*empresa*” com seus inúmeros desdobramentos teóricos, ou ainda o termo “*dignidade da pessoa humana*”. Se não há concordância ou um mínimo de precisão sobre o que significam esses termos, estudá-los a fundo na verdade só geraria um esforço metafísico que distanciaria o estudioso dos verdadeiros – e reais – problemas que o Direito enfrenta.

Como exemplo, Cohen traz a definição de “o que é o Direito”. Imagine-se, portanto, a tentativa de definir “o que é o Direito”. Uma das várias possíveis definições/respostas para essa pergunta seria a *definição realista*, segundo a qual “o direito é o que as cortes decidem”. Essa definição realista de que o Direito é o que os tribunais decidem não levantaria muitas ambiguidades (talvez levantasse a questão sobre o que seria um tribunal ou o que seria uma decisão, mas estas são ambiguidades não muito expressivas).

Considere-se agora, uma outra definição de Direito, como sendo “a regra de conduta civil prescrita pelo poder supremo em um Estado, ordenando o que é certo e proibindo o que é errado”. A confusão e ambiguidade com este outro possível conceito de Direito, faz com que o esforço em o entender (e as diversas teorias que aí podem ser inseridas) seja tão grande que usá-lo torna-se totalmente inútil. Teóricos poderiam abstrair, nessa definição, muitas teorias e conceitos que são absolutamente irrefutáveis – e qualquer refutação seria uma disputa interpretativa que não teria fim e não traria nenhuma consequência prática desejável. Felix Cohen, em seu artigo, entra a fundo sobre as inconsistências desta segunda definição provando linha por linha que a primeira definição do Direito (o Direito é o que os tribunais decidem) é superior à segunda, não por ser mais verdadeira, mas por permitir que advogado, juízes, estudantes possam tanto entender melhor o fenômeno jurídico como criticá-lo de maneira mais embasada. Afinal, como criticar o que nem se pode entender com certa clareza? (COHEN, 1935, p. 834–844). Este

²² Herman Oliphant discorreu sobre as confusões trazidas pelo termo “*contract*”.

²³ Haines, Brown, T.R. Powell, Finkelstein e Cushman combateram termos constitucionais como “*due process*” e “*police power*”, que podem ser traduzidos como “devido processo legal” e “poder de polícia” respectivamente.

raciocínio teórico de Cohen²⁴ reflete magistralmente a noção de instrumentalismo do Direito.

Em suma, instrumentalismo (ou funcionalismo) é uma doutrina filosófica que sustenta que “uma coisa é aquilo o que ela faz”, ou ainda “uma coisa é seus efeitos, manifestações e suas relações com outras coisas”. (GOLDING, 1981, p. 1051). Para o autor, “*all concepts that cannot be defined in terms of the elements of factual experience are meaningless*” (COHEN, 1935, p. 826).

3.3.3. Realismo como Teoria da Decisão

A teoria da decisão foi o legado mais importante deixado pelo realismo jurídico (LEITER, 2001). Entretanto, o debate acerca de como os juízes decidem *não foi inaugurado pelos realistas* (TAMANAHA, 2008), ao contrário do que é comumente reproduzido – inclusive em âmbito acadêmico. Ainda assim, não há como negar o mérito acerca do esforço – e sucesso – do pensamento realista em direção de uma visão menos romantizada do Direito e com finalidades mais práticas. Se os realistas não inauguraram o debate acerca do comportamento judicial, pelo menos eles o fizeram popular e acessível.

Ou seja, apesar de comumente levarem o mérito de precursores de uma teoria da decisão judicial mais cética, que não depende apenas das normas jurídicas, os realistas americanos nada mais fizeram do que consolidaram um pensamento já existente anteriormente. Por exemplo, em 1918, muito provavelmente pela influência da psicologia behaviorista e psicanálise²⁵, já se falava sobre o papel da mente e do inconsciente nas decisões judiciais e como tais decisões podem ser entendidas como um “reflexo” da consciência do juiz que a proferiu. Vide, por exemplo, trecho de Theodore Schroeder:

Thus it is that every opinion is unavoidably a fragment of autobiography for those who know how to read the impulses and experiences behind the words, unconsciously expressed in their

²⁴ O autor também traz esse tipo de raciocínio de “utilidade” para outras definições jurídicas.

²⁵ Ambas teorias que floresceram nas primeiras décadas do século XX, influenciadas respectivamente pelos estudos de Skinner/Pavlov/Watson e Freud. Leiter (LEITER, 2014, p. 8) também ressalta a influência da psicologia nos primórdios do pensamento realista.

choice, by methods that are not at the command of the ordinary reader. (SCHROEDER, 1918, p. 93)

Outro exemplo desse pensamento antes mesmo do realismo jurídico existir é um trecho de um discurso proferido por Theodore Roosevelt, em 1908 e cujo teor é essencialmente realista:

The decisions of the courts on economic and social questions depend upon their economic and social philosophy; and for the peaceful progress of our people during the twentieth century we shall owe most to those judges who hold to a twentieth century economic and social philosophy and not to a long outgrown philosophy, which was itself the product of primitive economic conditions. (CARDOZO, 1921, p. 167)

O próprio Oliver Wendell Holmes Jr, escreveu seu famoso bordão em 1881: “*The life of the law has not been logic, it has been experience*” (HOLMES, 2011, p. 5), antes mesmo de os três principais autores realistas (Frank, Llewellyn e Pound) começarem seus respectivos cursos de Direito. Portanto, como é notável²⁶, deve-se prosseguir com cautela na simples afirmação de que os realistas inauguraram esse tipo de pensamento.

E a razão para que vários outros autores já tivessem falado, escrito e estudado sobre essa faceta da decisão judicial é extremamente simples: porque é óbvio que existem outros fatores (e não apenas as normas jurídicas) que influenciam a intuição de um juiz:

The reason the core realists insights about judging were articulated decades earlier than commonly thought is that they are plainly evident aspects of judging in common law systems. It is as simple as that. (TAMANAH, 2008, p. 760-761)

²⁶ Tamanaha (2008) traz mais de uma dezena de citações realistas feitas por pensadores antes mesmo de surgir o movimento realista.

Mas do que realmente tratou a teoria da decisão suportada pelo realismo? Apesar de que este trabalho irá aprofundar a matéria sobre teoria da decisão no próximo capítulo, cabe agora uma síntese do pensamento realista no que tange ao comportamento judicial. Apesar de o movimento realista ser considerado extremamente diverso, dissonante e de difícil síntese, no que tange à teoria da decisão, os principais realistas pareciam concordar entre si. Entre os autores mais importantes, como por exemplo Karl Llewellyn, Jerome Frank, Max Radin, Underhill Moore, Hessel Yntema, Felix Cohen, Herman Oliphant, Leon Green, Joseph Hutcheson, todos eles nutriam um interesse em entender o funcionamento da tomada de decisão, e compartilharam teorias importantes e substanciais sobre o comportamento judicial (LEITER, 2001, p. 280).

Em síntese, os realistas *concordavam* com a seguinte tese acerca da adjudicação na decisão dos casos: (i.) os juízes inicialmente centram a sua atenção e reagem aos fatos concretos do caso em questão, ao invés de reagirem à racionalidade e às normas jurídicas. (ii). Em seguida, os juízes buscam (consciente ou inconscientemente) argumentos jurídicos que confirmem sua intuição. Como na maioria dos casos (especialmente nos casos difíceis²⁷) é possível argumentar para um ou outro lado da questão, esta não é uma tarefa tão difícil como possa aparentar.

Apesar da concordância em relação a estes termos no comportamento judicial, eles discordavam sobre como se dava essa “reação” aos fatos concretos do caso. Como os juízes respondem a esses fatos? Uma minoria deles – especialmente Jerome Frank e Joseph Hutcheson – acreditavam que fatores intrínsecos psicológicos na personalidade do juiz determinavam a sua decisão (o famoso bordão “*o que o juiz comeu no café da manhã determina como ele irá decidir*”, apesar de que nenhum realista proferiu esta frase). Para eles, prever como as cortes irão julgar é tarefa impossível (ou no mínimo impraticável até o dia em que a mente humana consiga ser completamente entendida) (LEITER, 2001, p. 281). Em suma, para alguns (poucos) autores realistas, a personalidade do juiz possui maior impacto na decisão judicial até mesmo do que as regras jurídicas (TUMONIS, 2012, p. 1362). O fato é que, sem um consenso e uma resposta clara sobre a como se dava “reação”

²⁷ Uma boa e objetiva definição sobre o que são casos difíceis pode ser encontrada em Struchiner e Brando (2014, p. 181-184).

aos fatos, os realistas buscavam um estudo mais empírico e científico do Direito (SEGAL; SPAETH, 2002, p. 88).

A maioria dos realistas, entretanto, reconhecendo que a previsão judicial não é uma tarefa impossível, acreditava que as decisões judiciais se encaixavam em alguns padrões. Tais padrões não são exclusivamente relacionados com as normas jurídicas, mas sim com o conteúdo fático do caso, ou seja, é a *situação* que determina o resultado do caso (LEITER, 2001, p. 281). Não existe aqui, portanto, uma negação completa das regras jurídicas

The “realistic judge” will not fool himself or anyone else by basing decisions upon circular reasoning from the presence or absence of corporations, conspiracies, property rights, titles, contracts, proximate causes, or other legal derivatives of the judicial decision itself. Rather, he will frankly assess the conflicting human values that are opposed in every controversy, appraise the social importance of the precedents to which each claim appeals, open the courtroom to all evidence that will bring light to this delicate practical task of social adjustment, and consign to Von Jhering's heaven of legal concepts all attorneys whose only skill is that of the conceptual acrobat. (COHEN, 1935, p. 842)

Como já foi trazido neste trabalho, H. L. A. Hart criticou especialmente a ideia do Realismo Jurídico como uma *teoria do Direito*. Fez ataques severos aos *rule-skeptics*, e a noção de que o Direito é aquilo que os tribunais decidem (ou a previsão do que irão decidir). Tudo isso já foi abordado previamente. Entretanto, o jurista inglês também não deixou de criticar a *teoria da decisão* dos realistas – segundo a qual os juízes chegam inicialmente a decisões de forma intuitiva ou por “palpite”, e somente em uma segunda etapa eles escolhem “em um catálogo de normas jurídicas” quais as normas mais adequadas ao caso em questão (HART, 2009, p. 182).

Para Hart, é possível uma sociedade composta de juízes como esses. Entretanto, é evidente que a maior parte das decisões são tomadas após um “autêntico esforço” de cumprir normas aceitas como corretas. E mesmo que essa decisão seja tomada de forma “intuitiva” ela acontece com base nas normas que o

juiz dispunha previamente e cuja aplicabilidade seria geralmente reconhecida (HART, 2009, p. 182). Hart não vai muito além, e de fato, não traz nenhum argumento que embase sua crítica à teoria da decisão trazida pelos realistas (LEITER, 2001, p. 301).

Em síntese, é inquestionável que o legado realista *em relação a uma teoria da adjudicação* foi extremamente relevante para o mundo acadêmico jurídico. Mesmo com a crítica de Hart (que foi melhor *em relação ao realismo jurídico como teoria do Direito*; e foi extremamente fraca *em relação ao realismo como teoria de adjudicação*), o legado realista perdurou no tempo e foi responsável por influenciar o surgimento posterior de vários movimentos na teoria do Direito, tais como, para citar alguns notórios, o *law and economics* e o *new legal realism*²⁸.

²⁸ Alguns outros movimentos que foram inspirados no pensamento realista são *Critical Legal Studies*, *Law and Society*, *Law and Development*, *Law and Neuroscience*, *Law and Psychology*, *Jurimetrics*, *Law and Emotions*, *Law and Arts*, *Legal Informatics* e *Empirical Legal Studies*.

4. DECISÃO JUDICIAL HOJE: MODELOS EXISTENTES

Figura 3 – Linha do Tempo dos Modelos e Teorias sobre Decisão Judicial

Fonte: Elaborado pelo autor

Para que possamos discorrer sobre “teoria da decisão judicial, é necessário voltarmos um passo atrás para que fique claro o que entendemos como “teoria da decisão”, para que, só assim, possamos adentrar o tema “decisão judicial.

4.1. Teoria da Decisão

Existem inúmeros trabalhos em distintas áreas do conhecimento que tentam enunciar o que se entende por *teoria da decisão*. Estudar sobre *tomada de decisão* parece ter sido majoritariamente privilégio das ciências econômicas, da psicologia e da filosofia²⁹. Independentemente da abordagem disciplinar (se econômica, psicológica ou filosófica), iremos adotar, neste trabalho, uma ideia simples e intuitiva sobre o que é tomada de decisão: “*Dadas duas situações, “situação A” e “situação B”, um indivíduo escolhe a “situação A” em preferência à “situação B”, ou vice-versa*” (EDWARDS, 1954, p. 380). Ou seja, a tomada de decisão é considerada um processo cognitivo que resulta na enumeração, em ordem de preferências, entre as alternativas possíveis. Para que a tomada de decisão seja possível, consequentemente é necessário que haja mais de duas alternativas possíveis a

²⁹ A esse respeito, vide, genericamente, o trabalho de Edwards *et al.* (EDWARDS; WINTERFELD; MILES, 2007; EDWARDS, 1954).

serem consideradas pelo tomador de decisão. Agir decisivamente – no sentido de agir *tomando decisões* – faz parte do dia a dia de todos os seres humanos. Como exemplo ilustrativo, pode-se citar tomadas de decisão desde a simples escolha da roupa para vestir para ir ao trabalho, até decisões mais complexas como a melhor alternativa de tratamento para um doente terminal. Definido, portanto, o que entendemos sobre a *tomada de decisão*, devemos partir agora para o que entendemos ser uma *teoria da decisão*.

Uma teoria da decisão nada mais é do que uma teoria que tem como objetivo ou uma (i.) tentativa de prever as decisões futuras; ou uma (ii.) tentativa de explicar as decisões passadas já tomadas. Na verdade, esses dois objetivos tendem a convergir. Isso porque, para que uma explicação ou teoria sobre como uma decisão é tomada seja considerada correta, é necessário que essa explicação possa, de algum modo, ser testada. E uma das formas pelas quais se dará esse teste é justamente através da previsão de decisões futuras. Assim, se tenho uma teoria que explica porque muitas pessoas preferem um carro branco a um carro vermelho, essa explicação só vai ser reputada mais ou menos verdadeira, a partir do momento em que ela é testada ou validada. E uma das formas de fazer isso é o teste com escolhas futuras sobre a cor do carro³⁰.

Os objetivos por trás de uma teoria da decisão são bastante simples, portanto. Ou a teoria explica decisões passadas ou ela prevê decisões futuras. Entretanto, os modelos teóricos de tomada de decisão podem ficar um pouco mais sofisticados, como será visto adiante.

4.1.1. Teorias Normativas, Descritivas e Prescritivas da Decisão

Um dos objetivos do presente trabalho é estudar a decisão judicial em sua forma *descritiva*, ou seja, estudar *como* os juízes decidem, ignorando o aspecto “normativo” da decisão, que se traduz pela ideia de como os juízes *devem* decidir. O binômio *descritivo/normativo* é bastante reconhecido pelos acadêmicos do Direito

³⁰ Esta não é, entretanto, a única forma de testar uma teoria da decisão que explica decisões passadas. É possível que decisões passadas sejam divididas em grupos de forma que as próprias decisões passadas (e não futuras) possam ser utilizadas como teste para a teoria.

como sendo essa contraposição entre (i.) como uma situação é de fato (abordagem descritiva); e (ii.) como uma situação *deveria* ser (abordagem normativa).

Consequentemente, uma teoria *descritiva* da decisão judicial seria aquela que tenta explicar como os juízes decidem de fato, podendo inclusive tentar explicar como serão feitas decisões futuras. Por outro lado, uma teoria *normativa* da decisão judicial seria aquela que tenta fornecer elementos de como os juízes deveriam decidir. Essa abordagem dúplice (entre teorias descritivas e normativas) é a escolhida, por exemplo, no trabalho de Struchiner e Brando (2014).

Entretanto, para que haja uma rigorosa tradução entre outras Ciências Sociais e a Teoria do Direito³¹, cabe dizer que, em âmbito de outras áreas do conhecimento (como a Psicologia ou a Economia, por exemplo) que estudam a tomada de decisão de forma mais ampla, grande parte da conceituação de *teorias normativas da decisão* e de *teorias descritivas da decisão* não coincide com aquela feita pelos teóricos do Direito.

Geralmente o que outras ciências sociais adotam é a *abordagem tripartida* do estudo da tomada de decisão, proposta por Bell, Raiffa e Tversky (1988). É bastante aceita a noção de que o estudo da tomada de decisão pode ser decomposto em três perspectivas (descritiva, normativa e prescritiva), e não apenas em duas (EDWARDS; WINTERFELD; MILES, 2007, p. 5). Para que fique mais fácil o entendimento – uma vez que, repita-se, a comunidade acadêmica jurídica está acostumada com a divisão bipartida (descritiva e normativa), iremos, de acordo com Bell, Raiffa e Tversky (1988), brevemente explicar cada um dos elementos da classificação tripartida.

A primeira perspectiva é a (i.) *perspectiva descritiva*, que está preocupada com *como* e *porque* as pessoas pensam e agem da maneira que o fazem. A abordagem descritiva pode envolver modelos estatísticos e utiliza comumente experimentos empíricos. Acadêmicos estudam através desta abordagem sem nenhuma preocupação em tentar modificar, influenciar ou moralizar o

³¹ *Tradução Rigorosa* entre diferentes ciências sociais é umas das bandeiras do Novo Realismo Jurídico – vide: <<http://www.newlegalrealism.org/>> (acessado em fev. 2016). Segundo o movimento, para que haja uma efetiva e eficaz interdisciplinaridade, é necessário que os conceitos sejam rigorosamente traduzidos entre distintas áreas de conhecimento (ERLANGER *et al.*, 2006, p. 341).

comportamento humano. Como exemplo, a neurociência faz um bom trabalho na abordagem descritiva da decisão judicial.

A segunda perspectiva é a (ii.) a *perspectiva normativa*, em que uma abordagem abstrata tenta capturar, através de *modelos e indivíduos ideais*, regras gerais da tomada de decisão. Por exemplo, um modelo consequencialista ou de “escolha racional” da decisão judicial pode ser considerado uma *abordagem normativa* da decisão (e não descritiva, como poderia parecer em uma primeira análise).

Por fim, (iii.) a *perspectiva prescritiva*, que, como o próprio nome revela, prescreve como um indivíduo deve fazer melhores escolhas, ou fazer a escolha correta. Geralmente esta abordagem traz elementos externos para que a decisão seja a melhor possível. No Direito, por exemplo, uma *perspectiva prescritiva* da decisão poderia recomendar que juízes tragam elementos morais ou alguma racionalidade moral ou sopesamento principiológico para que a decisão seja tomada. É extremamente comum, em artigos acadêmicos do Direito, a construção de modelos e racionalidades *prescritivos* para a interpretação judicial.

Tabela 1 - Comparação das perspectivas descritiva, normativa e prescritiva

Perspectiva Descritiva	Perspectiva Normativa	Perspectiva Prescritiva
Foco em como as pessoas reais fazem julgamentos e tomam decisões. Algumas pesquisas descritivas desenvolvem modelos matemáticos.	Foco em escolhas racionais e em modelos normativos em que são construídos em pressuposições (axiomas), os quais as pessoas levam em consideração para a tomada de decisão.	Foco em como fazer com que as pessoas tomem melhores decisões usando modelos com as devidas percepções e limitações do julgamento humano.

Fonte: Elaborado pelo autor

De acordo com os autores (BELL; RAIFFA; TVERSKY, 1988), a validação de cada uma das abordagens geralmente é também diferente. A validação da *perspectiva descritiva* se dá geralmente por comprovação empírica. A validação da *perspectiva normativa* se dá, por outro lado, pela adequação teórica e lógica. E, por fim, a validação da *perspectiva pragmática* se resolve através da comprovação de

sua habilidade em ajudar as pessoas a tomarem melhores decisões. É claro que é difícil enquadrar e definir de maneira precisa cada uma das perspectivas no estudo da decisão, e também é difícil delimitar tipos específicos de validação para cada uma das abordagens. O fato é que mesmo existindo as “*zonas cinzentas*” no limiar de cada uma das perspectivas, uma classificação abstrata é útil para que o estudo da decisão seja mais organizado.

Voltando para as *ciências jurídicas*, o que usualmente se entenderia no Direito por *teoria normativa* da decisão na verdade deve ser lido, na abordagem tripartida, como teoria *prescritiva* da decisão. E o que se entenderia na academia jurídica como *teoria descritiva* da decisão deve tanto ser entendido como teoria *descritiva* (como os juízes empiricamente decidem) ou como teoria *normativa* (modelos teóricos de decisão judicial).

Cabe adiantar que o foco deste trabalho será nas *teorias descritivas e normativas* da decisão judicial (repita-se, normativas no sentido de serem modelos teóricos de decisão). Portanto, abordagens *prescritivas* tais como formas de interpretação judicial, debates sobre a discricionariedade dos juízes, teorias com caráter mais filosófico, ou teorias que estabelecem como os juízes *devem* decidir *serão preteridas* no âmbito desta pesquisa em favor das teorias com caráter mais descritivo.

Feitas, portanto, algumas considerações sobre o que é *tomada de decisão* e os formatos que as *teorias da decisão* podem tomar, cumpre agora discorrer sobre o que é uma *teoria da decisão judicial*.

4.2. Teoria da Decisão Judicial

Juízes são humanos³². Esta simples e óbvia frase na verdade possui um sentido implícito e que iremos explorar ao longo deste trabalho: decisões judiciais

³² Sobre a afirmação “juízes são humanos”, vide a seguinte citação de Brian Tamanaha: “*Judges are subject to cognitive framing, they sometimes engage in motivated reasoning, and they have prejudices, predilections and preferences that can subconsciously or consciously influence their legal decisions. Judges have different intellectual abilities, different masteries of legal knowledge, different capacities to engage in legal reasoning, different personality traits, different interests. They have differences in work ethics, differences in integrity and honesty, differences in commitment to the*

devem ser estudadas da mesma forma que decisões são estudadas por outras ciências sociais (principalmente pela Psicologia e pela Economia). É comum que tradicionalmente a análise da decisão judicial no Direito seja um estudo apartado e distante das outras ciências sociais, como se os juristas não pudessem se aproveitar de quase um século do estudo da teoria da decisão que muito avançou em outras ciências sociais. Concordamos com a ideia de Struchiner e Brando:

Não acreditamos que juízes tenham algum tipo de privilégio epistêmico, ou de qualquer outra natureza (...) reconhecer isso é o primeiro passo para tentar construir saídas e soluções normativas mais inteligentes, capazes de alavancar a qualidade de processamento de informações para a tomada de decisão dos julgadores. (STRUCHINER; BRANDO, 2014, p. 173).

Os realistas da década de 1930 já sabiam disso. Entretanto, faltava-lhes métodos práticos e evolução nos estudos e tecnologias estatísticas para que eles pudessem comprovar de forma empírica, sua teoria:

For most of the Realists, however, the commitment to science and scientific methods was more a matter of rhetoric and metaphor, than actual scholarly practice: one sees it, for example, in the common Realist talk about the necessity of “testing” legal rules against experience to see whether they produced the results they were supposed to produce. (LEITER, 2002, p. 2-3)

Atualmente não existem muitas dúvidas de que os realistas estavam corretos de alguma forma. Primeiro porque empiricamente modelos legalistas teóricos de decisão judicial, como será visto adiante, explicam³³ muito pouco sobre como os juízes decidem. Segundo porque as pesquisas em comportamento e previsão judicial têm mostrado certa tendência para a busca de fatores não-jurídicos (fatores

judicial role. They have different temperaments and differences in ability and willingness to engage in self-reflection and self-control. Some judges are wise and thoughtful, while others are less so. These human factors will always be a part of judging.” (TAMANAH, 2010, p. 194).

³³ O verbo “explicar” aqui possui conotação estatística; tais modelos não são capazes de prever decisões futuras nem são convalidados empiricamente.

externos ao Direito) na decisão judicial em detrimento de uma sistematização das suas próprias normas e seu ordenamento (fatores internos ao Direito)³⁴.

Uma vez que a *teoria realista* sobre a tomada de decisão já foi apresentada em capítulo anterior, cumpre agora passarmos para teorias que surgiram *após* o referido movimento e que pelo realismo foram influenciadas, notadamente após a segunda metade do século XX³⁵. Não há um consenso sobre como classificar e simplificar essas diferentes teorias sobre comportamento judicial surgidas após o realismo. Na verdade, em uma abordagem mais ampliada, o Direito é uma área do conhecimento praticamente inteira voltada à decisão judicial. O conhecimento jurídico é predominantemente prescritivo e suas prescrições, em última instância, são o que pautam a decisão judicial. Entretanto, como já foi dito, o foco deste trabalho serão teorias que *descrevem* como a decisão judicial é tomada, e não aquelas que *prescrevem* como a decisão judicial *deveria* ser tomada.

Segundo Posner (2010, p. 19), as teorias descritivas sobre o comportamento judicial podem ser classificadas em nove espécies distintas: *atitudinal*, *estratégica*, *sociológica*, *psicológica*, *econômica*, *organizacional*, *pragmática*, *fenomenológica* e *legalista*. A opção adotada neste capítulo é adentrarmos em apenas três destes modelos teóricos: modelo *atitudinal*, modelo *estratégico* e modelo *psicológico*. No capítulo subsequente, ainda, a análise será aprofundada em alguns outros modelos informatizados e algoritmos de análise e previsão de decisões judiciais.

Uma breve explicação sobre este corte metodológico – em relação às 9 teorias apresentadas por Posner – há de ser feita aqui. A teoria *legalista* já foi brevemente examinada no capítulo anterior acerca do realismo jurídico e não é escopo do presente trabalho. Por sua vez, as teorias *econômica* e *pragmática* mereceriam um estudo em apartado (elas fazem parte do extenso movimento *law and economics*) e, devido a suas particularidades, também não serão estudadas no âmbito desta pesquisa. Por fim, as teorias *sociológicas*, *organizacionais* e

³⁴ Esta tendência, entretanto, não é muito observada em trabalhos brasileiros de pós-graduação, como será visto no capítulo 6.

³⁵ O movimento realista foi responsável em grande parte pelo surgimento de novas teorias sobre decisão judicial: “*Legal realism was reflected in the quantitative studies of Supreme Court decision making that political scientists began to undertake in the 1940s*” (KLEIN; MITCHELL, 2010, p. 5).

fenomenológicas são menos populares³⁶ no estudo de comportamento judicial e muitas vezes se confundem especialmente com a teoria estratégica. Portanto, também não serão analisadas. Resta então a análise das teorias *atitudinal*, *estratégica* e *psicológica*, que será feita a seguir.

4.3. O modelo atitudinal.

Na segunda metade do século passado, ao mesmo tempo em que o realismo jurídico entrou em declínio após a dura crítica feita por Hart (HART, 2009; LEITER, 2001, p. 279), um intenso movimento empírico começa a emergir relacionando o Direito com outras áreas do conhecimento³⁷ bem como estudando estatisticamente a decisão judicial e suas influências extrajurídicas. O estudo quantitativo que centrou atenção nos fatores políticos e ideológicos que influenciam nas decisões judiciais é conhecido como modelo/teoria “atitudinal”. Os atitudinalistas parecem ter validado aquilo que os realistas falavam, mas que, até então, não podiam comprovar:

The political science attitudinalists' empirical evidence brings something new and important to the debate over the basis of judicial decision-making. Historically, the debate between realists and formalists often amounted to countermending assertions (sometimes supported with anecdotal examples), judged in favor of the side with the most persuasive rhetoric. (CROSS, 1997, p. 256)

Jeffrey Segal e Harold Spaeth consolidaram e popularizaram o modelo atitudinal com o livro *The Supreme Court and the Attitudinal Model*, em 1993. Em 2002, ambos relançaram uma versão revisada de seu livro: “*The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*” (SEGAL; SPAETH, 2002). A popularidade que alcançou o estudo dos autores fez com que dificilmente este modelo de decisão seja citado na literatura acadêmica sem que os autores o sejam também.

³⁶ Nery (2013) também concorda com a afirmação de que as teorias legal, atitudinal e estratégica são as mais proeminentes na academia.

³⁷ Especialmente a esse respeito, o surgimento dos movimentos *Law and...* (Law and Economics, Law and Development, Law and Society, etc.).

O modelo atitudinal é uma amálgama de influências que traz conceitos tanto do realismo jurídico como das ciências políticas, psicologia e economia. Em linhas simples, os juízes decidem casos difíceis de acordo com suas atitudes ideológicas e valorativas. Ou seja, basicamente um juiz conservador irá ter comportamento diverso de um juiz progressista, por exemplo (SEGAL; SPAETH, 2002, p. 86). A preocupação dos atitudinalistas é relacionar as decisões judiciais com a ideologia dos juízes. Apesar de os trabalhos dizerem respeito principalmente aos juízes da suprema corte americana, a teoria atitudinal pode ser utilizada em qualquer instância judicial – inclusive fora do poder judiciário – vários estudos contemplam a teoria atitudinal aplicada aos poderes executivo e principalmente legislativo (MARTIN; QUINN, 2002, p. 136).

Embora interesse à comunidade acadêmica estudos atitudinais em várias instâncias do judiciário – inclusive em processos administrativos – é muito mais fácil perceber a relação entre *attitudes*³⁸ (ideologias) e decisão em casos da Suprema Corte. A primeira razão é que os casos da Suprema Corte são menos formais e mais difíceis. É da natureza dos casos difíceis exigir menos influência do Direito (pois há argumentos plausíveis para ambos os lados) ao mesmo tempo em que a *moral* possui um papel mais predominante. Ou seja, há menos espaço para as influências *legais* e mais espaço para influências *extralegais* na decisão. Outra razão é que a Suprema Corte é o topo da pirâmide hierárquica na magistratura e as decisões desta corte não podem ser revertidas. Dessa forma, a decisão não será (ou será em grau menor) contaminada com preocupações hierárquicas ou se a decisão pode ser revertida em uma instância superior.

Outras justificativas³⁹ incluem: ausência de *accountability* eleitoral, ausência de *accountability* político e controle da agenda feito pela própria corte. A falta de *accountability* eleitoral significa que a corte não tem que prestar contas a um eleitorado – uma vez que são membros indicados (e não eleitos). A ausência de *accountability* político se dá pelo fato de que, uma vez investidos no cargo, os membros não podem ser removidos; além disso, os juízes da suprema corte não

³⁸ Apesar da semelhança com a palavra brasileira, *attitude*, em inglês, tem significado diferente. A palavra americana significa *predisposição, posição ou orientação*.

³⁹ Emprestamos a tradução e a sintetização destas justificativas de Ribeiro e Arguelhes (2013). Originalmente estão levantadas por Segal e Spaeth (2002, p. 92-97).

prestam contas pelo mérito de suas decisões. O controle de agenda ocorre porque os casos que são decididos pelos juízes da suprema corte são casos que os próprios membros da corte escolhem previamente. Isso faz com que os casos provavelmente serão mais difíceis e não possuem uma resposta clara baseada nas normas e regras jurídicas.

Because few areas in political life can be well represented by unconstrained choice, judicial scholars have carefully limited the attitudinal in its pure form to the one area where it most plausibly applies: the decision on the merits. (SEGAL; SPAETH, 2002, p. 96)

Teorias atitudinais sobre decisão judicial não são tão recentes. Desde a década de 1960 já havia estudos atitudinais em relação à Suprema Corte Americana. Por exemplo, um estudo realizado por *Glendon Schubert* em 1965 classificava juízes e decisões em relação a *mandados de busca e apreensão*. Seria possível classificar os mandados de acordo com o “*nível de intrusão*”. Por exemplo, buscas sem autorização judicial podem ser consideradas mais intrusivas do que buscas com autorização judicial. Outras características também podem ser utilizadas para essa classificação (tal como se a busca é *parcial/delimitada* ou *irrestrita*). Em segundo lugar, poder-se-ia realizar a classificação dos juízes de acordo com sua possível ideologia dominante (*liberal, moderado e conservador*), de acordo com o que eles decidiam em *mandados de busca e apreensão*. Schubert classificou os juízes em “*pontos ideais*”, como se pode notar abaixo (SEGAL; SPAETH, 2002, p. 90).

Figura 4 - Pontos Ideais dos Juízes e Nível de Intrusão dos Casos

Fonte: Elaborado pelo autor, baseado em Segal e Spaeth (2002)

No esquema acima, o *Caso 1* envolve um mandado de busca e apreensão com um nível baixo de intrusão (por exemplo, *com autorização judicial* e busca *delimitada*). No *Caso 2*, este nível é elevado (por exemplo, *sem autorização judicial* e busca *irrestrita*). O *Juiz A*, em suas decisões, decide desfavorável ao *Caso 1* e ao *Caso 2*. O *Juiz C* vota favorável a ambos os casos. Já o *Juiz B* decide contrariamente apenas ao *Caso 1*, confirmando o *Caso 2*. Geralmente aqueles que apoiam duros mandados de apreensão são comumente considerados mais “conservadores” e aqueles que tendem a rejeitar a maioria dos mandados por afrontarem liberdades individuais são considerados mais “liberais”. É possível então fazer uma escala ideológica em que *Juiz A* é mais liberal que *Juiz B*, que por sua vez é mais liberal que o *Juiz C* (SEGAL; SPAETH, 2002, p. 91).

Este é o fundamento da teoria atitudinal. Com essa classificação é possível não apenas entender quais as influências que um juiz recebe na hora da sua tomada de decisão como é possível também servir como subsídio para uma estimativa sobre como será sua decisão em casos futuros que envolvam algum aspecto ideológico.

Como já citado, a teoria atitudinal foi fortemente influenciada pelo realismo jurídico. No capítulo anterior, argumentamos sobre os três legados teóricos deixados pelo realismo jurídico: (i.) realismo como visão instrumental; (ii.) realismo como teoria do Direito; e, por fim (iii.) realismo como teoria da decisão judicial. O modelo atitudinal tem como ponto de partida não apenas o enunciado acerca da teoria do Direito (direito é aquilo que os juízes decidem), mas sobretudo o legado mais importante sobre a decisão judicial: a decisão é tomada sustentada em elementos extralegais e não apenas em normas jurídicas (RIBEIRO; ARGUELHES, 2013, p. 94).

É evidente que a associação entre ideologia e decisão não é totalmente livre. O enunciado atitudinal estabelece que os juízes julgam de acordo com suas ideologias e preferências políticas. Entretanto sendo sempre limitadas às *regras do jogo* e às *situações fáticas* de cada caso (RIBEIRO; ARGUELHES, 2013, p. 95). Ou seja, o juiz traz de fato suas premissas pessoais e políticas, mas também o conhecimento e experiência no Direito. A principal crítica ao modelo atitudinal é que,

mesmo com preferências, ainda assim o modelo legal prevaleceria. O *background* de cada um dos juízes pode variar, as situações fáticas podem mudar, mas o Direito (e as normas jurídicas) ainda permaneceriam o “*alfa e ômega*”⁴⁰ na decisão judicial. (SISK; HEISE; MORRISS, 1998, p. 1500)

Se a preocupação da teoria atitudinal é revelar a correlação entre decisão judicial e ideologia, para que a teoria seja testada empiricamente é relevante que se faça o “cálculo” da variável explicativa. Isto é, é *necessário calcular a ideologia do juiz em que se quer fazer o teste atitudinal*. Existem várias maneiras de que este cálculo seja realizado, e a literatura tem avançado muito tanto na complexidade como na criatividade das diferentes metodologias quantitativas. Vamos explicar três delas a seguir.

4.3.1. Proxy de Ideologia: Presidente que Aponta

Para que um modelo atitudinal funcione e consiga explicar de alguma forma o comportamento judicial, como foi já dito, é necessário que a ideologia política dos juízes seja medida. A *proxy*⁴¹ de ideologia mais popular em estudos atitudinais nos Estados Unidos é o partido político que indicou o juiz (FERREIRA, 2013, p. 10). Não apenas em relação aos juízes da Suprema Corte, mas também juízes que ocupam outros cargos e que também são indicados pelo presidente. O problema em utilizar esta *proxy* de ideologia é que não há como fazer comparações entre os juízes através de uma *escala* de ideologia. Se dois juízes forem indicados pelo mesmo presidente (ou pelo mesmo partido), não é possível mais fazer comparações ideológicas entre eles, uma vez que a possibilidade é apenas binária: ou ambos serão considerados conservadores (se foram apontados por um presidente republicano) ou ambos serão considerados liberais (se foram apontados por um presidente democrata).

Não se pode negar que a utilização do presidente responsável pelo juiz como *proxy ideológico* é um avanço considerável (FERREIRA, 2013). Isto porque, previamente a única medida que se utilizava para mensurar ideologia dos juízes

⁴⁰ *Alfa* e *ômega* são respectivamente a primeira e a última letra do alfabeto grego. Representam, figurativamente o “princípio e o fim”.

⁴¹ Vide nota *supra* n. 1.

eram seus próprios votos e sentenças. Utilizar os próprios votos e sentenças, entretanto, traz limitações: quando se utiliza as próprias decisões como métricas ideológicas, faz-se impossível demonstrar que a ideologia afeta essas decisões, uma vez que as mesmas decisões que servirão para provar a relação entre ideologia e votos e sentenças também serviram para calcular a métrica ideológica. Tem-se, portanto, uma circularidade indesejável⁴².

4.3.2. Proxy de Ideologia: Segal-Cover Score.

Especialmente tendo em mente a limitação de que há uma circularidade prejudicial em analisar a ideologia através das decisões dos juízes: “*One cannot demonstrate that attitudes affect votes when the attitudes are operationalized from those same votes*” (SEGAL; COVER, 1989, p. 558), um modelo de escore (pontuação) foi criado por Jeffrey Segal e Albert Cover, a partir de seu artigo “*The American Political Science Review*”, publicado em 1989.

É evidente que não é tarefa fácil desenvolver uma medida independente de ideologia dos juízes, principalmente quando não se deseja utilizar suas próprias decisões. Em síntese, o que Segal e Cover estavam buscando era uma metodologia de mensuração de ideologia dos juízes que devesse cumprir os seguintes requisitos: (i.) os dados deveriam possuir conteúdo ideológico; (ii.) os dados deveriam ser comparáveis entre si; (iii.) os dados deveriam ser independentes das sentenças e decisões dos juízes mensurados; (iv.) os dados não deveriam apresentar erros sistêmicos (SEGAL; COVER, 1989, p. 560).

Desse modo, os autores rejeitaram algumas possibilidades, uma vez que elas não se encaixavam dentro dos quatro requisitos. Por exemplo, a mensuração da ideologia presente nas sentenças proferidas enquanto os juízes estavam em instâncias inferiores não era possível, uma vez que muitos dos juízes da Suprema Corte Americana não tiveram experiências em instâncias inferiores (logo, os dados

⁴² Na verdade, acreditamos que esta preocupação presente no trabalho de Segal e Cover (1989) não seja totalmente relevante. Dependendo do número de decisões disponíveis, é possível que haja uma separação entre conjunto de treinamento e conjunto de teste. Atualmente há mecanismos estatísticos e em *machine learning* que fazem com que uma mesma amostra possa ser rearranjada várias vezes para que os resultados sejam melhores. Iremos adentrar, em capítulo posterior, em modelos que utilizam a mesma base de dados tanto para treinamento como para testes.

não seriam comparáveis). Da mesma forma, utilizar discursos proferidos e artigos escritos por esses juízes também não era uma boa opção, pois esses discursos muitas vezes eram racionalizações que não indicavam as reais ideologias dos juízes, ou quando indicavam, poderiam referir-se a casos anteriores (os dados possuiriam erros sistêmicos, ou, não eram independentes de suas sentenças e decisões) (SEGAL; COVER, 1989, p. 560).

Segal e Cover chegaram à conclusão que, para que esses requisitos fossem cumpridos, a melhor alternativa para um índice comparável de ideologia para os juízes seria uma análise meticulosamente estruturada de editoriais de grandes jornais que citavam os juízes no período *após* sua nomeação pelo presidente *até* sua posse efetiva realizada no senado americano. Ou seja, em linhas simples, o *Segal-Cover score* é uma pontuação que reflete a ideologia dos juízes da Suprema Corte de acordo com o que os grandes jornais americanos acreditavam que fossem suas ideologias.

A metodologia é simples. Quatro grandes jornais foram selecionados: dois com viés mais liberal (*NY Times* e *Washington Post*) e dois com viés mais conservador (*Chicago Tribune* e *Los Angeles Times*). Cada parágrafo desses jornais que citasse os juízes e que contivesse algum conteúdo ideológico seria classificado como *liberal*, *moderado*, *conservador* ou *não aplicável*. Para que o conteúdo fosse considerado *liberal*, era necessário que os trechos demonstrassem apoio aos *direitos humanos de acusados*, apoio a *mulheres e minorias* em casos de igualdade, apoio ao *indivíduo* em casos *contra o governo* em relação a casos sobre privacidade e em relação a casos envolvendo o *first amendment* da constituição americana⁴³. Para que se considerasse o parágrafo como *conservador*, a opinião do juiz sob escrutínio deveria ser justamente oposta a isso. Se houvesse valores *conservadores* como *liberais* em um mesmo parágrafo, este deveria ser considerado *moderado*. A pontuação para cada um dos parágrafos foi estabelecida como 1. A pontuação final era obtida com uma média desses pontos:

$$\text{Segal Cover Score} = \frac{\text{Liberal} - \text{Conservador}}{\text{Liberal} + \text{Conserador} + \text{Moderado}}$$

⁴³ A primeira emenda constitucional americana refere-se a algumas liberdades, tais como liberdade de expressão, liberdade de imprensa, de livre associação e liberdade religiosa.

O resultado do escore estaria sempre dentro de um intervalo de -1 a +1, sendo -1 o resultado mais conservador, e +1 o resultado mais liberal. No estudo de Segal e Cover (1989), esse escore foi considerado a *variável independente*.

Feito o cálculo do *escore de ideologia*, o próximo passo para que se “testasse” a relação entre a ideologia e as decisões dos juízes era a *codificação dos votos* em decisões judiciais de cada um dos juízes. O resultado dos votos dos juízes da suprema corte seria então a *variável dependente*⁴⁴. A codificação dos votos individuais dos juízes se deu de acordo com um “percentual liberal” em seus votos. Os *votos liberais* devem ser (i.) a favor do acusado em um processo penal; (ii.) a favor de liberdades civis; (iii.) a favor de indigentes; (iv.) a favor de indígenas; e (v.) contra o governo em casos sobre devido processo legal e privacidade (SEGAL, JEFFREY A.; COVER, 1989).

Ambos os resultados (da variável independente e dependente) encontram-se na tabela abaixo.

⁴⁴ Uma variável independente é a medida que não depende de nenhuma outra variável para seu resultado. De forma oposta, uma variável dependente depende do resultado de outras variáveis.

Tabela 2 - Cálculo do índice Segal Cover para juízes da Suprema Corte

Justice	Values ^a	Votes ^b
Warren	.50	78.1
Harlan	.75	41.9
Brennan	1.00	77.9
Whittaker	.00	43.4
Stewart	.50	51.5
White	.00	43.4
Goldberg	.50	89.6
Fortas	1.00	80.4
Marshall	1.00	79.7
Burger	-.77	29.7
Blackmun	-.77	42.9
Powell	-.67	37.9
Rehnquist ^c	-.91	19.5
Stevens	-.50	56.3
O'Connor	-.17	30.9
Rehnquist ^d	-.91	23.0
Scalia	-1.00	34.7
Kennedy	-.27	40.0

^aDerived by authors. The range is -1.00 (extremely conservative) to 1.00 (extremely liberal).
^bPercentage liberal in civil liberties cases, 1953-88.
^cValues and votes as Nixon appointee.
^dValues and votes as Reagan appointee.

Fonte: Segal e Cover (1989)

A correlação final entre as variáveis é de 80 (80%). É um número bem significativo que denota que há uma forte relação entre juízes com escores liberais tendendo a tomar decisões liberais, enquanto juízes com escores mais conservadores, tendem a tomar decisões mais conservadoras.

Os resultados devem ser interpretados de maneira rigorosa, entretanto. O estudo não explica por que em determinados casos um juiz vota de forma liberal e em outros tipos de caso esse mesmo juiz vota de modo conservador. O que o modelo explica de forma bastante relevante é o porquê um juiz X vota de forma mais conservadora do que um juiz Y. O escore Segal-Cover é útil para que sejam feitas comparações entre juízes e análises posteriores de suas decisões. Desse modo, a criação deste índice foi um dos importantes passos que a teoria atitudinal realizou para consolidar-se como uma das mais importantes teorias sobre o comportamento judicial.

4.3.3. Proxy de Ideologia: Martin-Quinn Score

Um problema que o escore Segal-Cover enfrenta é a mutabilidade ideológica dos juízes da suprema corte ao longo do tempo. Isto é, em princípio é perfeitamente possível que um juiz mude sua orientação política e ideológica decorrido algum tempo na atividade jurisdicional. O modelo Segal-Cover não consegue capturar essa possibilidade, fazendo com que, no longo prazo, sua precisão seja diminuída.

A mutabilidade ideológica é a principal característica do modelo apresentado por Andrew Martin e Kevin Quinn em 2002 (*“Dynamic Ideal Point Estimation via Markov Chain Monte Carlo for the US Supreme Court, 1953-1999”*). O resultado do modelo é também uma pontuação (quanto mais positivo, mais conservador; quanto mais negativo, mais liberal). Uma das diferenças em relação ao modelo Segal-Cover é que aqui a pontuação é dinâmica, isto é, varia de acordo com o tempo. Dessa forma, o juiz Scalia, por exemplo, inicia sua pontuação com aproximadamente +2 pontos, entretanto, alguns anos depois sua pontuação aproxima-se a +4. Isto quer dizer que, ao longo do tempo, o juiz Scalia tornou-se mais conservador em suas decisões. Outra diferença é que os cálculos são baseados nas decisões judiciais dos juízes enquanto membros da suprema corte, e não em fontes externas – tais quais os editoriais de jornais (MARTIN; QUINN, 2002).

Uma vez que o escore Martin-Quinn é dinâmico, sua representação é melhor demonstrada através de uma série temporal, conforme abaixo.

Figura 5 - Martin Quinn Score ao Longo do Tempo

Fonte: Martin; Quinn (2002). Cada cor representa um juiz.

A metodologia do cálculo Martin-Quinn é extremamente complexa e envolve algoritmos e simulações randômicas que apenas podem ser realizadas por computadores. Não cabe aprofundarmo-nos na lógica dos modelos estatísticos e algorítmicos utilizados. Eles serão tomados aqui como pressupostos.

Após a publicação do artigo inaugural (MARTIN; QUINN, 2002), o modelo foi ampliado para contemplar os juízes desde 1937 até 2015. O importante aqui é que o uso desses escores atitudinais tornou-se extremamente difundido e usual em vários trabalhos jurídicos e de ciência política que tratam do comportamento dos juízes da suprema corte americana (CAMERON, 2015, p. 2). A vantagem de utilizar o mesmo escore em diferentes trabalhos (Segal-Cover ou o Martin-Quinn) é que a comparação entre diferentes estudos é facilitada e a comunidade acadêmica pode-se tornar mais colaborativa (infelizmente, a tradição na pesquisa jurídica geralmente é a não colaboração entre os acadêmicos). Ou seja, ao tomar os escores de ideologia como pressupostos, é possível que o estudo atitudinal desenvolva e evolua mais rapidamente.

4.3.4. O modelo atitudinal no Brasil – revisão de literatura

Existem poucos trabalhos que analisam o modelo atitudinal sob a ótica institucional brasileira. Vamos analisar brevemente alguns dos mais importantes⁴⁵.

Ribeiro e Arguelhes (2013) analisam o papel das diferenças institucionais na transposição de modelos estrangeiros (principalmente o modelo atitudinal) para a realidade brasileira. A conclusão a que os autores chegam é pela impossibilidade de uma simples transposição acrítica da teoria atitudinal americana para a realidade brasileira. Entretanto, esta conclusão está longe de ser um impedimento para que se estude mais (e o Brasil possui deficiências no estudo sobre comportamento judicial) essa teoria. Não podemos correr o risco de rejeitar o modelo atitudinal pelas razões erradas. Segundo os autores, um debate teórico entre análises americanas e análises brasileiras pode trazer bons resultados, desde que seja clara a observação do *“cenário institucional específico dentro do qual operam os juízes cujo comportamento se pretende explicar”*.

Jaloretto e Mueller (2011), por sua vez, analisam os votos divergentes dos ministros do STF e fazem correlação com o número de ministros apontados no mandato do ex-presidente Lula. O objetivo era entender se há mudança no modo de decisão de acordo com o presidente que aponta o ministro. Para os autores, que analisaram centenas de ações diretas de inconstitucionalidade entre 2002 e 2009, não há evidências empíricas significativas que suportem a afirmação de que o método de escolha dos ministros do STF constitui fator de influência nas cortes. Uma complementaridade teórica para esse estudo encontra-se em outro estudo de Arguelhes e Ribeiro (2010), em que os autores fazem um levantamento teórico sobre as finalidades políticas envolvidas na indicação de ministro da corte e das dificuldades que qualquer “modelo atitudinal” enfrentará ao tentar explicar relação entre preferências políticas presidenciais e comportamento esperados de membros do STF. Algumas dessas dificuldades⁴⁶ são:

⁴⁵ Os trabalhos selecionados aqui foram alguns dos poucos estudos que trabalham com a abordagem atitudinal. A seleção se deu pela importância através de citações em outros trabalhos.

⁴⁶ Estas dificuldades têm caráter notadamente estratégico (o modelo estratégico será visto adiante neste trabalho). O trabalho dos autores, contudo, faz referência explícita à aplicação modelo atitudinal.

alinhamento prévio de preferências entre todos os atores internos e externos à coalizão; certeza de que o indicado estará alinhado com as preferências presidenciais em todos os aspectos possivelmente relevantes bem como de que sua atuação individual fará diferença no jogo colegiado interno ao tribunal. (ARGUELHES; RIBEIRO, 2010)

Oliveira (2008) Faz um estudo misto entre análise quantitativa e análise qualitativa. Em relação à análise *qualitativa*, a autora analisou alguns argumentos em alguns casos específicos. Em relação à análise *quantitativa*, a autora utilizou uma amostra randômica de 300 ADIs que foram julgadas no período de 1988 a 2003 (n = 1666 casos). A variável dependente considerada foi a procedência ou improcedência do pedido – isto é, se o objeto da Adin era constitucional ou inconstitucional. A autora selecionou 10 variáveis independentes: (i.) regime do presidente que indicou o ministro; (ii.) origem da norma contestada [federal, estadual ou do judiciário]; (iii.) parte peticionante; (iv.) objeto em questão; (v.) orientação do ministro; (vi.) experiência em anos na corte; (vii.) carreira prévia antes de ser ministro; (viii.) presidente eleito ao tempo do julgamento; (ix.) voto do relator; (x.) liminar deferida.⁴⁷

A pesquisa de Oliveira é problemática em um ponto fundamental⁴⁸: sua variável dependente. Ela está enunciada de forma que seu resultado não traz grande relevância para o estudo: “a Adin declarou seu objeto constitucional ou inconstitucional?”. A justificativa da autora é que uma corte que declara mais leis inconstitucionais é uma corte mais ativista. Ao passo que uma corte que declara mais leis constitucionais é uma corte mais passiva. Discordamos da associação. Veja que não faz muito sentido analisar várias características da corte (presidente que indicou o ministro, carreira prévia do ministro, anos de experiência, dentre outros) para relacioná-las todas com apenas: a procedência ou improcedência do pedido. É perfeitamente possível que pedidos em uma ADIN sejam mal fundamentados ou sem fundamentação alguma. Votar improcedente (manter a constitucionalidade) para tais pedidos não significa que a corte está sendo menos ativista ou mais passiva. Isto porque, até mesmo intuitivamente, é fácil constatar que

⁴⁷ O original do artigo é “*temporary injunction*” (o artigo foi escrito em língua inglesa).

⁴⁸ Este ponto, na nossa opinião, invalidaria as conclusões quantitativas da autora.

existem muitos outros fatores (além do ativismo da corte) que fazem com que uma decisão declare a inconstitucionalidade de uma lei ou norma objeto de uma ADIN. São necessários mais elementos. A variável dependente poderia ter sido desdobrada, por exemplo, por resultado em relação ao poder executivo (se o resultado foi favorável ou desfavorável ao governo); ou se o resultado representa algum viés ideológico (resultado mais conservador ou mais progressista).

O estudo de Leoni e Ramos (2006) é importante pelos seus resultados: usando apenas uma dimensão são explicadas 86% das decisões. A modelagem dos dados inclui os 17 ministros do STF que estiveram na corte do período de 1989 a 2003. Além disso, na análise foram adicionadas mais duas variáveis: se o partido que pedia a ADIN era o PT (partido de oposição à época) ou se o Governo era parte. O modelo utilizado para estimar os pontos ideais foi o *Markov Chain Monte Carlo*, o mesmo utilizado para o score Martin-Quinn. Diferentemente da dimensão liberal-conservador que é utilizada no estudo de Martin-Quinn, no Brasil existe certa dificuldade em pontuar um índice que leve em conta a divisão binária conservadorismo/liberalismo. A alternativa utilizada, então foi utilizar a dimensão pró/contra governo (situação/oposição). Esse modelo conseguiu prever corretamente 86% das decisões, superando os 79% utilizando a regra da maioria⁴⁹.

Mais uma vez (em consonância com outros estudos brasileiros) a conclusão é a de que não há evidências de que exista uma relação entre decisões dos juízes e presidente que os apontou. Também em consonância com outros trabalhos, há a comprovação de que o número de decisões unânimes é bastante elevado na corte brasileira.

Desposato, Ingram e Lannes (2012) fazem três críticas ao trabalho de Leoni e Ramos. Uma delas é o número limitado de decisões analisadas e o método de amostragem não é explícito no texto; outra crítica é que na modelagem dos dados

⁴⁹ A regra da maioria é aquela que faz a previsão como se todos os juízes votassem de acordo com a maioria.

existe confusão entre abstenções com posição minoritária; e, por fim, a análise pode ter sofrido por um viés de generalização⁵⁰.

Por fim, o trabalho de Ferreira (2013), calcula *pontos ideais*⁵¹ para os ministros do STF através de 756 ações diretas de inconstitucionalidade julgadas pelo Supremo Tribunal Federal no período de 2002 e 2012. Os pontos ideais foram calculados em duas dimensões: (i.) ações de relevante interesse econômico do governo federal e (ii.) ações que envolvem o pacto federativo. A metodologia utilizada pelo autor é a *nominal three-step estimation* (NOMINATE), muito utilizada em análises do poder legislativo – especialmente o americano – onde existem muitos votantes e muitas dimensões. É importante ressaltar que não conseguimos enxergar no estudo uma clara correlação entre um resultado específico de acordo com as duas dimensões (relevante interesse econômico do governo federal; pacto federativo) e alguma orientação ideológica proposta (lembrando que um modelo atitudinal quer explicar as decisões principalmente por correlacioná-las com a ideologia do tomador de decisões). O que o modelo calcula, na verdade, são preferências dos ministros em (i.) votar leis que favoreçam o governo federal – primeira dimensão; (ii.) votar leis que favoreçam estados – segunda dimensão. Outra característica com a metodologia do autor, é que para cada composição diferente da corte, uma análise diferente deve ser feita. O modelo fez seis diferentes análises para 9 diferentes composições da corte. Após rodar o modelo, o autor discute a relação entre o presidente que indicou o ministro e o resultado dos pontos ideais – e ressalta que não há qualquer padrão neste sentido⁵² (a indicação pelo presidente não traz algum agrupamento nos votos dos ministros). O que se pode concluir apenas é que a maioria do tribunal votou favoravelmente aos interesses econômicos do governo federal e maneira contrária a um papel maior dos Estados na federação.

O trabalho de Desposato, Ingram e Lannes (2012) faz uma classificação em pontos ideais em duas dimensões tal qual o de Ferreira (2013). Um aspecto

⁵⁰ Segundo os autores, o viés de generalização ocorreu porque os ministros foram analisados conjuntamente quando, na verdade, eles podem nunca ter convivido durante o mesmo período.

⁵¹ Como brevemente citado anteriormente, “pontos ideais” são os pontos teóricos em que se pode situar um juiz de acordo com sua ideologia. Os escores de Segal-Cover (1989) e Martin-Quinn (2002) medem pontos ideais.

⁵² Mais uma vez o estudo está de acordo com outros estudos que tentam captar a relação entre presidente que indicou e os votos do ministro indicado.

interessante no trabalho dos autores são as críticas aos modelos anteriores, o que sugere um tímido debate⁵³ sobre as diferentes teorias no cenário acadêmico. No modelo por eles criado os autores analisam todas as ADIs com decisões não-unâнимes entre 1989 e 2010 e, ao *contrário dos outros estudos*, chegam à conclusão que há uma dimensão ideológica no STF relevante principalmente pelos ministros apontados pelo Presidente Lula, havendo uma cisão ideológica entre eles e os ministros apontados por outros presidentes. Eles também concluem com uma mudança relevante no padrão dos votos após a reforma do judiciário de 2004.

Outro trabalho que merece ser brevemente citado é a pesquisa de Ribeiro (2012), que conclui que o STF é influenciado por questões extrajurídicas políticas e econômicas. Ele concluiu também que é comum o STF declarar a inconstitucionalidade de normas com impacto negativo nas contas governamentais (argumento econômico), ao mesmo tempo em que não é comum a declaração de inconstitucionalidade que vá contra o governo (argumento político).

Uma conclusão parcial a respeito do modelo atitudinal no Brasil é que este parece ser um dos poucos tópicos em que a pesquisa empírica quantitativa está cada vez mais presente no estudo do Direito e da decisão judicial. E mesmo assim, a origem destes trabalhos inovadores é majoritariamente da ciência política e não de acadêmicos do Direito. A pesquisa e a discussão atitudinal no Brasil ainda são ínfimas ao compararmos com os trabalhos americanos, mas parece que têm evoluído nos últimos anos.

Outra conclusão a que podemos chegar é que o STF (e principalmente outros tribunais) possui um modelo institucional complexo e absolutamente diferente do modelo americano. Aquele que busca um modelo atitudinal americano e o aplica de maneira automática invariavelmente incorrerá em graves problemas metodológicos. É necessário que haja bases de dados comuns a todos os pesquisadores e, não apenas isso, mas que suas arquiteturas também sejam boas e confiáveis. É muito difícil a comparação entre trabalhos quando cada pesquisador codifica o resultado de uma ADIN de forma diferente, ou trata votos vencidos de forma distinta.

⁵³ Em nossa opinião, infelizmente no Brasil é difícil encontrar um debate com críticas e respostas ocorrendo entre dois ou mais artigos acadêmicos no Direito.

A pesquisa quantitativa, quando comparada com a pesquisa qualitativa é mais fácil para gerar resultados (afinal, basta apertar uma tecla e o modelo roda automaticamente). Mas ao mesmo tempo, demanda muito mais tempo e esforço para que os resultados façam mais sentido. É necessário que haja bases de dados unificadas, abertas e confiáveis. É necessário que nossa educação jurídica também dê subsídios para esse tipo de pesquisa – infelizmente seria surpreendente um acadêmico do Direito engendrar uma pesquisa atitudinal (ou qualquer pesquisa quantitativa) se ele não conhece simples conceitos estatísticos ou não tenha acesso a um apoio acadêmico que vá nessa direção.

4.4. O Modelo Estratégico

Lee Epstein e Jack Knight (1998), em “*The Choices Justices Make*”, definem e sistematizam o que é atualmente chamado de modelo estratégico. Apesar de ser uma abordagem diversa, o modelo estratégico não desconsidera as preferências político-ideológicas do modelo *atitudinal*. Pelo contrário, o modelo estratégico desenvolve-se, assim como o atitudinal, a partir da pressuposição de que os juízes são motivados pelas suas preferências políticas (HETTINGER; LINDQUIST; MARTINEK, 2004, p. 123). O modelo estratégico seria, então, um *passo além* ao que os atitudinalistas defendem. Epstein e Knight resumizam a perspectiva estratégica como a seguinte:

Judges may be primarily seekers of legal policy, but they are not unconstrained actors who make decisions based only on their own ideological attitudes. Rather, justices are strategic actors who realize their ability to achieve their goals depends on a consideration of the preferences of other actors, the choices they expect others to make, and the institutional context in which they act. (EPSTEIN; KNIGHT, 1998, p. 10, grifo nosso)

Enquanto o modelo atitudinal argumenta que um juiz irá se comportar de acordo com suas preferências político-ideológicas, o modelo estratégico vai além: juízes com as mesmas preferências político-ideológicas podem agir de forma distinta, porque existem considerações estratégicas diferentes para cada um deles. Existe evidência empírica sugerindo que muitas vezes índices de preferência não

conseguem ser suficientemente satisfatórios para explicar decisões judiciais; o comportamento estratégico pode explicar alguns desses casos. (HETTINGER; LINDQUIST; MARTINEK, 2004, p. 123–124). Ou seja, aqui a ideologia deixa de ser a variável explicativa principal (CRESTANI, 2013).

O modelo estratégico faz parte do modelo de *escolha racional* ⁵⁴. Isso quer dizer que a escolha foi realizada porque é a melhor escolha disponível para o agente, após ponderados custos e benefícios. Escolhas racionais maximizam preferências/utilidade do agente de forma que, se ele escolhesse de forma diversa, ele não estaria agindo racionalmente. Em linhas simples, sua formulação genérica do modelo estratégico é a seguinte: (i.) os atores sociais tomam decisões para alcançar certos objetivos; (ii.) atores sociais agem estrategicamente no sentido que suas escolhas dependem das suas expectativas sobre as escolhas de outros atores; (iii.) essas escolhas são estruturadas pela moldura institucional na qual elas estão inseridas. (EPSTEIN; KNIGHT, 2000).

Apesar de a inegável associação de Epstein e Knight (1998) com o modelo estratégico, a origem do pensamento estratégico se deu algumas décadas antes, já na década de 1960 com alguns modelos de escolha racional estudando o comportamento das cortes em relação a seu arranjo institucional⁵⁵. Apesar de não terem muito evoluído nos anos seguintes, a partir da década de 1990 o modelo estratégico volta com força como uma teoria importante do comportamento judicial (EPSTEIN; KNIGHT, 2000, p. 635). O estudo de Marks⁵⁶ em 1989, foi considerado o estudo que pavimentou o caminho para que esta nova abordagem se consolidasse (EPSTEIN; KNIGHT, 2000, p. 626; SPILLER; GELY, 2007, p. 3). Os primeiros trabalhos⁵⁷ analisavam a possibilidade (e a dificuldade) de o congresso americano em reverter as decisões da suprema corte (SPILLER; GELY, 2007). Apenas pelo

⁵⁴ Modelo de escolha racional é tradicionalmente classificado (pela abordagem tripartite, vide início do capítulo) como um modelo *normativo* de decisão.

⁵⁵ Epstein e Knight (2000, p. 628), assim como os atitudinalistas, também citam o trabalho de Schubert de 1965, além de o *Elements of Judicial Strategy* (Murphy) como precursores do modelo de “escolha racional” que embasa o comportamento estratégico.

⁵⁶ O estudo de 1989 de Marks foi também publicado posteriormente (2012) no Journal of Law Economics and Organization (MARKS, 2012)

⁵⁷ Spiller e Gely (2007) denominam o início da década de 1990 como a “*primeira onda*” da abordagem estratégica; e o final da década de 1990 e início dos anos 2000 como a “*segunda onda*” da abordagem estratégica.

fato de existir a possibilidade de que o congresso revertisse as decisões dos juízes da suprema corte, os magistrados já apresentavam certas limitações para tomar suas decisões com total independência: o cuidado para que a decisão tomada não seja revertida. Isto é, um juiz agora não mais age com total autonomia ideológica para julgar um caso, mas também sob os limites da possibilidade de reversão de sua decisão pelo congresso.

Segundo os autores, o modelo estratégico talvez seja mais *realista* para a análise do comportamento judicial do que modelos que querem explicar apenas o resultado da sentença (por exemplo modelos psicológicos – que serão vistos mais adiante). A abordagem estratégica traz explicações que são úteis para outras escolhas que os membros do judiciário fazem. Essas explicações geralmente surgem de achados empíricos de outros trabalhos, e que, ao serem analisados conjuntamente com a abordagem estratégica, passam a fazer sentido (EPSTEIN; KNIGHT, 2000, p. 637).

A abordagem estratégica para Epstein e Knight gera quatro facetas que podem ser observadas e que o modelo atitudinal não explica: (i.) barganha; (ii.) pensamento prospectivo (*forward thinking*); (iii.) manipulação da agenda; (iv.) engajamento em decidir e justificar estrategicamente (*strategic opinion writing*). Cada uma dessas facetas é específica para o ambiente institucional americano, entretanto, são suficientes para ilustrar que existem outras influências externas, de cunho estratégico, que podem influenciar as decisões judiciais.

Um exemplo trazido por Posner (2010, p. 30) demonstrando que a abordagem estratégica pode ser mais precisa do que a atitudinal, é o caso *Bush vs. Gore*. Os quatro juízes liberais votaram por um resultado conservador, ao passo que os cinco juízes conservadores votaram por um resultado liberal. Posner acredita que o resultado pode ser melhor explicado por uma teoria estratégica, enquanto para a teoria atitudinal esse resultado seria simplesmente computado como um “erro”.

Outra hipótese de aplicação do modelo estratégico é o juiz que deixa de votar contrariamente à maioria por medo de uma exposição muito grande – inclusive com possíveis retaliações – como “voto vencido”. Epstein, Landes e Posner (2013) justificam esse comportamento como “aversão a dissentar”. Esse comportamento faz

com que um juiz acompanhe outros juízes, mesmo quando sua opinião é de discordância com a decisão. A racionalidade é intuitiva: uma vez que escrever um voto vencido requer esforço, um juiz não irá divergir de seus colegas a não ser ele acredite que o benefício alcançado com o dissenso compensa esse esforço. As principais vantagens em divergir “*derivam da influência do voto divergente e da maior reputação do juiz que o escreve*” (EPSTEIN; LANDES; POSNER, 2013, p. 256). Mas existe ainda outro fator implícito que pode aumentar o “custo” em divergir: votos dissidentes quando criticam de forma contundente a maioria do tribunal fazem com que muitas vezes o juiz que está com a maioria tenha que revisar seu voto principalmente em relação às críticas do voto dissidente. O esforço envolvido nesse tipo de revisão faz com que possa haver um “custo de colegialidade”, uma vez que o juiz que diverge não apenas tem um esforço maior ao escrever seu voto vencido, mas também os juízes que estão com a maioria irão também perceber um esforço para revisar os pontos controversos. Novamente, os estudos aqui apontados referem-se ao ambiente americano. Seriam muito bem vindos, no Brasil, estudos desta natureza.

A pesquisa empírica, segundo Epstein e Knight, é de fundamental importância na abordagem estratégica. Uma das justificativas é que apenas um modelo teórico é insuficiente para muitos analistas que estudam as cortes. Os padrões modernos no campo da ciência política requerem mais do que “meras frases intuitivas” dizendo que os juízes agem estrategicamente. *São necessárias evidências empíricas* da existência de tomadas de decisões feitas de forma estratégica (EPSTEIN; KNIGHT, 2000, p. 639). Entretanto, tal empreitada não é tarefa simples, uma vez que a abordagem estratégica é complexa e difícil de ser empiricamente testada⁵⁸:

(...) although perhaps no model will ever be able to capture the complexities of judging, the strategic approach, as it has evolved, provides a useful general framework to study judicial decision-making. (SPILLER; GELY, 2007, p. 14)

⁵⁸ Apesar da dificuldade em modelar empiricamente o modelo estratégico, Epstein e Knight (2000) trazem uma lista de 29 estudos empíricos que comprovam a abordagem estratégica: 16 deles realizados em âmbito da Suprema Corte; 6 deles realizados na *US Courts of Appeals* e outros 7 realizados nas Supremas Cortes Estaduais americanas.

O modelo estratégico é responsável por formular questões interessantes para o comportamento judicial, bem como por uma gama de ferramentas para analisar não apenas a sentença final, mas o comportamento judicial de forma mais ampla (EPSTEIN; KNIGHT, 2000, p. 638). Essa abordagem tem evoluído ao longo do tempo, de uma estrutura simples para posteriormente incluir conceitos tais quais doutrinas, regras, tomada de decisão interna e relações verticais nos níveis do judiciário:

in sum, the strategic approach to judicial decision making, rooted in rationality and sophistication, is alive and well. It has evolved from a relatively simple framework to include concepts such as doctrines, rules, internal decision making, vertical relations among levels of the judiciary, and it has traveled overseas and brought back fascinating ideas about the impact and growth of judicial institutions. (SPILLER; GELY, 2007, p. 14–15)

O modelo estratégico pode auxiliar no esclarecimento de muitas questões importantes para o universo jurídico. Esse modelo não apenas é um agregado de ferramentas que podem ser úteis para inúmeras análises, mas também pode contribuir para aproximar e unificar o campo das ciências políticas e o Direito – áreas do conhecimento que tradicionalmente não se comunicavam entre si (EPSTEIN; KNIGHT, 2000, p. 652-653)

4.4.1. Modelo Estratégico no Brasil – revisão de literatura

Se existem dificuldades na transposição dos modelos atitudinais americanos para o Brasil (conforme já ressaltado anteriormente) esta dificuldade é *ainda maior* no caso dos modelos estratégicos. O funcionamento e a dinâmica das cortes brasileiras é, em muitos aspectos, completamente diferente das cortes americanas. Consequentemente, os modelos propostos por Epstein e Knight (1998) de barganha, pensamento prospectivo, manipulação da agenda e o decidir estrategicamente (EPSTEIN; KNIGHT, 1998) não são facilmente transponíveis para a realidade brasileira.

Entretanto, isso não significa dizer que a abordagem estratégica seja desimportante no ambiente brasileiro. Ao contrário, o modelo estratégico é fundamental para que seja possível enxergar que, inúmeras vezes, influências extraleais externas e internas podem ser centrais para um melhor esclarecimento a respeito do comportamento judicial. Não apenas os *atos do caso* (abordagem realista), ou o *Direito positivo* (abordagem legalista), ou *características político-ideológicas* (abordagem atitudinal) podem conseguir explicar as decisões dos juízes⁵⁹. Muitas vezes o *desenho institucional* do poder judiciário brasileiro e a *relação entre juízes com outros atores* podem ser determinantes. O modelo estratégico tenta captar tais influências, mas desde que corretamente calibrado para o contexto o qual se deseja estudar.

Dessa forma, alguns dos muitos aspectos estratégicos que entendemos ser importantes e que devem ser levados em conta na realidade brasileira ao se estudar decisão judicial são: (i.) *quantidade expressiva de processos novos e pendentes e a pressão por celeridade*; (ii.) *argumentação jurídica peculiar nos tribunais*; (iii.) *TV Justiça e transmissão televisiva das cortes*; (iv.) *coalizões e panelinhas*; e por fim (v.) *papel do relator*. Veja que não há nenhuma pretensão de se tentar esgotar quais são as influências estratégicas na decisão judicial, mas apenas fazer uma breve exposição e revisão de algumas considerações estratégicas presentes na literatura brasileira.

Se fosse possível fazer um *ranking* de aspectos estratégicos que são mais determinantes em como os juízes decidem, provavelmente em primeiro lugar estaria (i.) a *quantidade expressiva de processos novos e pendentes bem como a pressão por celeridade*, causada por uma demanda sobre-humana de trabalho e produtividade exigida dos magistrados brasileiros. O poder judiciário recebe anualmente aproximadamente 29 milhões de casos novos⁶⁰. Em média, para cada magistrado no Brasil, existem 1.524 novos casos para serem decididos todos os anos (CNJ, 2015, p. 39). Ou seja, apenas para que não se acumulem casos para o ano seguinte, é necessário que os juízes encerrem mais de 120 casos todos os

⁵⁹ Esta frase está propositadamente simplificada e não pode ser utilizada para definir cada um dos movimentos citados.

⁶⁰ Em 2013 o número de casos novos no judiciário brasileiro foi de 28,5 milhões; em 2014 esse número aumentou para 28,8 milhões.

meses. Adicione-se a esta conta o fato de que cada processo usualmente possui mais de centenas de páginas e demandam também do magistrado múltiplas decisões interlocutórias. O resultado é evidente: *não há a possibilidade fática* para que os juízes decidam essa quantidade de casos. Para que mantenham a produtividade, entretanto, algumas técnicas são empregadas⁶¹, como por exemplo, decisões que são escritas por assistentes (que não são juízes); a criação de *templates* pré-fabricados em que só se muda a qualificação das partes; e há rotineiramente agrupamento de vários processos para que vários casos sejam julgados de uma só vez. Apenas como ilustração dessa característica institucional brasileira, nossa suprema corte decide anualmente mais de 100.000 casos, ao passo que a suprema corte americana, no mesmo período, decide ao redor de 100 (SALES, 2015).

Uma possível razão para esse extraordinário número de processos é a taxa de litigância brasileira. O Brasil é uma nação altamente litigante, quando comparado com outros países. Compilamos os dados de Rasmusen e Mayer (2010) que compara taxas de litigância entre diversos países e tomamos a liberdade de adicionar os dados brasileiros com base no projeto Justiça em Números do CNJ. Os resultados seguem na tabela a seguir:

Tabela 3 - Comparação de índices entre diferentes países

	Australia	Canada	France	Japan	UK	USA	Brasil
<i>Suits per 100k people</i>	1.542	1.450	2.416	1.768	3.681	5.806	14.100
<i>Judges per 100k people</i>	4	3,3	12,47	2,83	2,22	10,81	8,53
<i>Lawyers per 100k people</i>	357	26	72	23	251	391	431

Fonte: Elaborado pelo autor, baseado em Rasmusen e Mayer (2010)

Nota-se que o Brasil supera, em uma análise numérica, todos os países da lista, inclusive os Estados Unidos, conhecido por seu alto índice de litigiosidade.

⁶¹ Não estamos fazendo uma crítica ao uso destas “técnicas”, apenas expondo fatores importantes na decisão judicial.

Além disso, após a reforma judiciária de 2004, e com a criação do Conselho Nacional da Justiça, iniciou-se um permanente monitoramento da produtividade judicial. Isso significa que, não apenas os juízes têm que lidar com um número elevado de processos, mas também com sua produtividade, medida por número de casos decididos por ano.

É importante, pois, que qualquer estudo que busca analisar o comportamento judicial brasileiro deva levar em consideração esse importante fator institucional⁶². A necessária busca por produtividade faz com que o julgamento ocorra, em realidade, sob formas bastante diferentes da que se é imaginado e ensinado nas universidades e escolas de Direito. Se se busca saber como um juiz julga, é necessário a consciência de que o resultado reflete também a influência externa da *pressão por celeridade*.

No Brasil também é possível se deparar com um modelo de (ii.) *argumentação jurídica peculiar nos tribunais*. O padrão argumentativo dos tribunais brasileiros se baseia em argumentos de autoridade, com a ausência de precedentes organizados ou uma construção de um padrão argumentativo. Desse modo, quando há alguma citação tanto de um argumento de autoridade da doutrina, como de uma decisão anterior do tribunal, esta citação é feita “em forma de acúmulo”, e não como uma construção argumentativa coerente (RODRIGUEZ, 2013, p. 94). A peculiaridade argumentativa de nossos tribunais faz com que seja difícil apreender a verdadeira argumentação do magistrado através de seu voto. Ao que parece, o voto é tradicionalmente construído para defender uma posição que já foi tomada anteriormente⁶³.

Outra característica institucional importante é a publicidade em tempo real através da (iii.) *TV Justiça e da transmissão televisiva das deliberações de cortes* – especialmente nas cortes constitucionais. Este ponto tem sido bastante debatido

⁶² Por exemplo, Brando (2013) faz uma análise psicológica da decisão judicial – e que será vista mais adiante. Mesmo assim, o autor ressalva que o *elevado volume de trabalho submetido aos juízes* é um fator que exclusivamente impede um certo tipo de deliberação moral: “*acredito que o elevado volume de trabalho a que os juízes [brasileiros] estão submetidos reduz as chances de ocorrência da deliberação moral descrita nos elos 5 e 6*”.

⁶³ Este é um assunto extremamente complexo que apenas é superficialmente citado aqui. José Rodrigo Rodriguez (2013) adentra com profundidade nos problemas “argumentativos” das cortes superiores.

com opiniões favoráveis e contrárias. O argumento favorável mais notório é o dever de publicidade e a democracia no poder judiciário. Por outro lado, televisionar o processo deliberativo pode prejudicar o processo decisório e fazer com que os juízes decidam não como eles decidiriam usualmente, mas de acordo com a imagem que tais juízes desejam transmitir para os telespectadores. No Brasil, a transmissão ao vivo das cortes para o público é uma realidade desde a promulgação da Lei 10.461/2002, com a reserva de um canal de TV exclusivo para as atividades do Poder Judiciário, sendo transmitidas, ao vivo, as sessões plenárias do STF (FONTE, 2013)⁶⁴. Apesar de já existir um debate acalorado⁶⁵ sobre o papel (benéfico ou maléfico) da TV Justiça nas decisões judiciais dos ministros do Supremo, o fato é que poucos estudos acadêmicos analisam se houve uma mudança significativa após o advento das transmissões. O que se sabe, entretanto, é que tem sido observada uma tendência de que as decisões ficaram mais longas (o número médio de páginas por acórdão aumentou), mais processos foram julgados e a produtividade (produção anual de decisões por ministros) também aumentou (FONTE, 2013). É difícil, entretanto, associar cada um desses eventos (produtividade e tamanho das decisões) com a transmissão televisionada da TV Justiça. O estudo de Fonte (2013) apenas traz alguns números sem grandes preocupações estatísticas⁶⁶. Não cabe aqui também analisar se estas diferenças foram resultados da implantação da TV Justiça – com o estudo de Fonte (2013), não há como afirmar nada neste sentido. O ponto central aqui é que *existe a possibilidade* de que esses números estejam correlacionados e que a transmissão ao vivo das deliberações faça com que as decisões judiciais sejam diferentes caso não houvesse transmissão alguma. E um estudo que busca tentar desvendar esta relação irá adotar, necessariamente, uma abordagem *estratégica*.

Fabiana Luci de Oliveira (2012a), debate a formação de (iv.) “*coalizões e panelinhas*” de ministros no julgamento de ADINS do período de 1999 e 2006. A primeira conclusão a que chega o trabalho é o grau de coesão da corte como um

⁶⁴ A TV Justiça também possui programação educativa tanto para juristas como para o público leigo.

⁶⁵ Para alguns pontos sobre esta controvérsia no Brasil, vide (MARTINS, 2015). Também interessante o painel da Folha de S. Paulo (Tendências/Debates) do dia 02 de maio de 2009, com opinião favorável e contra (Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0205200908.htm>> e em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0205200909.htm>>, acesso em fev. 2016).

⁶⁶ O autor admite que não há como falar em causalidade em razão das dimensões da pesquisa (FONTE, 2013, p. 11).

todo: de todas as decisões, 41% foram decisões monocráticas (excluídas então da análise), 41% foi unânime e em apenas 13% houve dissenso. Em uma segunda análise os ministros foram divididos em 5 blocos distintos, de acordo com o presidente que os nomeou. Em seguida foram calculados índices de coesão⁶⁷ (índice de cada um dos blocos, índice da corte, índice da corte excluindo o bloco). A autora acredita que, de acordo com seus resultados há certa coesão entre os grupos. Entretanto, não fomos convencidos de que a coesão dos blocos é estatisticamente significativa. Por exemplo, o ministro Marco Aurélio – cujo comportamento é altamente dissidente do restante da corte⁶⁸ ao mesmo tempo em que transforma seu bloco menos coeso do que ele realmente é, automaticamente faz com que os outros blocos sejam mais coesos do que eles realmente são. De qualquer forma é difícil argumentar uma vez que o trabalho não traz com mais detalhes a metodologia empregada.

Em outro trabalho da mesma autora, (OLIVEIRA, 2012b) há o estudo acerca do (v.) *papel do relator* na decisão final. De fato, a maioria das decisões do supremo quando não são monocráticas são unâнимes com os ministros “seguindo o voto do relator”. O estudo analisou 1.277 ADIs do período de 1999 a 2006, comparando os períodos FHC II e Lula I. Além de fazer um excelente trabalho descritivo estatístico de todas essas ações, comparando taxas de procedência e improcedência, percentual de decisão de mérito dentre outros aspectos interessantes dessas ações no Supremo, o que impressiona é a importância do voto do relator na decisão final alcançada pelo tribunal. Das 1.277 ADIs analisadas, 585 foram decisões monocráticas (não há relator, portanto). Das 692 decisões colegiadas, em apenas 6 decisões o voto do relator foi diferente do resultado final. Isso quer dizer que em 99% dos casos, o voto do relator é igual à decisão final da corte, indicando uma correlação de 0,987 entre o voto do relator e o resultado final do mérito. Um resultado tão determinante como esse demonstra que a função do relator vai muito além do que meramente burocrática ou funcional, mas influencia decisivamente no resultado final e talvez no princípio da colegialidade. Como a própria autora sugere, um aspecto com suma relevância como esse merece mais atenção futura.

⁶⁷ A metodologia do trabalho a que tivemos acesso não traz o método e cálculo destes índices de coesão.

⁶⁸ Segundo a autora, em decisões colegiadas, o Ministro é voto vencido em 70% delas.

Apesar de alguns trabalhos bastante interessantes, o modelo estratégico ainda carece no Brasil de maior aprofundamento. Assim como em aplicações do modelo atitudinal, a maioria dos trabalhos sobre modelos estratégicos provém da ciência política e a interdisciplinaridade entre essas duas áreas ainda continua incipiente.

4.5. Modelo Psicológico

Os realistas americanos estavam imersos na década de 1930 em uma ebulição de novas abordagens da psicologia. Os estudos de Pavlov, Skinner e Watson ganhavam muitos adeptos na corrente behaviorista ao mesmo tempo em que a psicanálise de Jung e Freud também atraía a atenção principalmente no estudo do subconsciente. A consequência é que muitos dos realistas – especialmente Jerome Frank⁶⁹, acreditavam que a psicologia seria útil para o ensino do direito.

Os realistas estavam certos neste aspecto. De fato, a Psicologia e o Direito se entrecruzam em vários pontos. Alguns exemplos incluem a psicologia e psicopatologia forense; falsas memórias e testemunhas oculares; alienação parental; investigação da intenção do agente, lesões e alterações de personalidade no Direito penal, e violência doméstica. Além disso, vários movimentos acadêmicos também aproveitaram esses entrecruzamentos. Podemos citar, por exemplo, o *Law and Psychology*, *Law and Neurociences*, e o *Law and Emotions*. Entretanto, o ponto que iremos abordar aqui será apenas uma fração desses entrecruzamentos. O foco será dado em alguns estudos que auxiliam o Direito a entender descritivamente, como é que genericamente a *tomada de decisão ocorre* e como ela ocorre *especificamente* em decisões judiciais.

De forma genérica, decisões e julgamentos são realizados por todos os seres humanos. Não há disputa acadêmica quanto ao fazer julgamentos morais – todos sabemos que eles ocorrem a todo momento. Existe certa dúvida, entretanto, sobre *como* esses julgamentos morais ocorrem (BRANDO, 2013, p. 42). Se soubéssemos

⁶⁹ Como ilustração vide a passagem em (FRANK, 1947, p. 1321): “*I would have students study the several varieties of psychology as related to the problems of lawyers and judges, including the psychology of judges, juries, witnesses and litigants*”.

sobre o *como* os julgamentos ocorrem, é possível entender, por exemplo, *como* os juízes estão sujeitos a este tipo de julgamento, especialmente quando eles se deparam com um caso concreto a ser decidido. Após a separação definitiva entre filosofia e psicologia, estudos na psicologia sobre julgamento moral cada vez tornaram-se mais especializados e precisos (BRANDO, 2013, p. 43), ao ponto de alcançarem também o estudo do Direito.

Nesta seção iremos trabalhar teoria da decisão com base em estudos da psicologia e apresentar alguns estudos e experimentos que aplicam essa teoria também a juízes. Para isso, então, a análise será dividida em duas: (i.) o processo dual (*dual process*) cognitivo para a tomada de decisão que é subdividido em dois sistemas: Sistema Intuitivo e Sistema Deliberativo; e (ii.) alguns vieses cognitivos que impedem que o sistema deliberativo atue de modo isento para substituir julgamentos irrefletidos do sistema intuitivo. Nestas duas partes tentaremos sempre ampliar a análise para o caso específico dos juízes e para a decisão judicial.

Deve-se ressaltar, por último, que a nossa abordagem da teoria psicológica no processo decisório judicial (*dual process* e vieses cognitivos) *não esgota* as teorias da psicologia que explicam o comportamento judicial. Não podemos deixar de citar especialmente a corrente do *Law and Emotions*, por exemplo, que também se vale de estudos psicológicos para elucidações de problemas decisoriais, mas com outro foco no que não entraremos em detalhes aqui.

4.5.1. Dual Process

Existe certo consenso na literatura psicológica (CUSHMAN; YOUNG; GREENE, 2010)⁷⁰ de que os processos mentais humanos responsáveis pelos *julgamentos, conclusões e soluções* são divididos em dois sistemas psicológicos com funcionamento distintos. O primeiro deles, é comumente denominado *sistema intuitivo*, enquanto o segundo é denominado *sistema deliberativo*. Outras denominações para esses sistemas incluem: *sistema implícito* e *sistema explícito*;

⁷⁰ “In the field of moral psychology, a number of theoretical proposals that were at one time regarded as unconnected at best – and at worst contradictory – are showing signs of reconciliation. At the core of this emerging consensus is a recognition that moral judgment is the product of interaction and competition between distinct psychological systems” (CUSHMAN; YOUNG; GREENE, 2010, p. 1).

sistema afetivo e sistema cognitivo ou *sistema 1 e sistema 2*. Existe na literatura da psicologia mais de uma dezena de modelos que incorporam esse caráter dual da cognição e tomada de decisão (GUTHRIE; RACHLINSKI; WISTRICH, 2007, p. 106).

A teoria do processo dual (*dual-process theory*) – segundo a qual existem dois sistemas psicológicos com funcionamento distinto – é geralmente reforçada e comprovada através de testes empíricos com dilemas morais (CUSHMAN; YOUNG; GREENE, 2010). Dilemas morais são pequenos problemas hipotéticos em que não existe uma única resposta pré-definida ou correta e que, em uma de suas versões mais comuns, envolvem “*escolhas trágicas*”. Um dos dilemas morais que mais tem causado debates – principalmente entre filósofos – é o “*dilema do bonde*” (CUSHMAN; YOUNG; GREENE, 2010). O dilema do bonde é dividido em *dois* enunciados, que serão melhor explanados a seguir.

O primeiro enunciado basicamente traz a hipótese de que: “*Você se está em um bonde desgovernado. Ele está indo em direção e irá matar cinco trabalhadores que estão nos trilhos. A única possibilidade para evitar que os cinco trabalhadores morram é desviar de trilho, mas indo por esse caminho o bonde irá atropelar e matar um único trabalhador. Você faria isso?*” A resposta padrão para esse dilema moral é sim. A maioria das pessoas desviaria o bonde para matar apenas uma pessoa, e não cinco pessoas.

O segundo enunciado basicamente traz a seguinte hipótese: “*Você está em uma ponte e um bonde desgovernado está passando por baixo. O bonde e irá matar cinco trabalhadores que estão nos trilhos. A única possibilidade para evitar que os cinco trabalhadores morram é empurrar um homem gordo que está ao seu lado na ponte para que ele seja atropelado e pare o bonde. Você faria isso?*” Curiosamente, nesse caso, a resposta padrão das pessoas para esse dilema moral é não. A maioria das pessoas não mataria o homem gordo para evitar a morte de cinco pessoas.

Os resultados foram comprovados por um grande estudo com aproximadamente 5.000 respondentes realizado pela internet (HAUSER *et al.*, 2007). Cerca de 85% dos respondentes afirmaram ser moralmente admissível desviar o bonde para matar um trabalhador. Entretanto, no segundo caso, apenas

12% dos respondentes afirmaram ser moralmente admissível empurrar o homem gordo para parar o bonde. Os resultados do estudo de Hauser *et al.* (2007) trouxeram duas conclusões principais: (i.) apesar de serem testados diferentes grupos demográficos (nacionalidade, etnia, religião, educação e gênero), não há diferença significativa entre os grupos nas respostas para o dilema do bonde; e (ii.) geralmente os *respondentes não conseguiram produzir justificativas plausíveis para o padrão de seus julgamentos*.

Outra espécie de dilema moral que corrobora a *teoria do processo dual* são os denominados “tabus inofensivos” (*harmless taboos*). Um desses tabus inofensivos é o “problema do incesto”, utilizado por Haidt (2001) como experimento para sua abordagem sócio-intuicionista. Segundo o problema do incesto, “*Julie e Mark são irmãos. Eles estão viajando junto em uma excursão do colégio. Em uma noite, eles decidem que seria interessante e divertido se eles experimentassem fazer sexo. Pelo menos seria uma nova experiência para eles. Julie estava tomando pílulas anticoncepcionais e Mark utilizava camisinha. Eles gostaram da experiência, mas decidiram não mais repeti-la. Eles mantiveram aquela noite em segredo o que os tornou ainda mais próximos. Você acha certo o que Julie e Mark fizeram?*”.

Neste experimento, a maioria das pessoas imediatamente disseram que era *errado* o que os irmãos fizeram. Após feito esse julgamento, elas começaram então a buscar justificativas. O problema é que a maioria dos argumentos utilizados não eram consistentes. Por exemplo, o risco de terem um filho (mas Julie e Mark utilizaram ambos métodos contraceptivos); o risco de eles se distanciarem (mas Julie e Mark tornaram-se mais próximos após a experiência); o risco de julgamentos da sociedade (mas Julie e Mark decidiram não contar para ninguém). Ao final, muitas vezes as pessoas diziam algo como “*Eu não sei, não consigo explicar. Eu só sei que é errado*” (HAIDT, 2001, p. 814).

Haidt questiona como é possível que um julgamento moral tenha ocorrido sem ao mesmo aquele que o fez não saiba as razões por tê-lo feito? A resposta está, segundo o autor, justamente na teoria do processo dual (dual-process) em que o julgamento moral em si não se encontra no mesmo mecanismo ou momento da sua racionalização/justificativa. Hauser *et al.* (2007), com seu trabalho com o “dilema

do bonde” também chegaram à mesma conclusão: existe uma dissociação entre julgamento moral e justificação desses julgamentos.

Outra evidência da existência de dois sistemas cognitivos distintos (Sistema 1 e Sistema 2) foi proposto por Frederick (2005) através do CRT (*Cognitive Reflection Test*). Segundo o autor, um problema tal qual: *qual é o resultado de $\sqrt{19163}$?* Este tipo de problema não oferece nenhuma solução intuitiva. Não há como fazer uma estimativa rápida minimamente precisa sem o uso do sistema deliberativo e da aplicação de regras de matemática. Entretanto, ao apresentar o seguinte problema (presente no CRT de Frederick): *Uma bola e um taco custam \$1,10. O taco custa \$1,00 a mais do que a bola. Quanto custa a bola?* Desta vez, para este tipo de problema, surge uma resposta intuitiva e automática: 10 centavos. Mas esta resposta intuitiva está errada. Basta um pouco de reflexão e de uso do Sistema Deliberativo para chegar à resposta correta: 5 centavos (FREDERICK, 2005). O trabalho de Frederick vai muito além em suas conclusões, mas para nós é importante apenas notar que se trata de mais uma evidência do comportamento rápido e automático do Sistema 1, em oposição do comportamento devagar e deliberado do Sistema 2.

Ambos os sistemas tentam gerar uma resposta cognitiva, entretanto, eles o fazem de forma distinta. O *Sistema 1*, ou sistema intuitivo, é rápido, espontâneo, inconsciente e opera sem esforço. O *Sistema 2*, ou sistema deliberativo, é lento, intencional, consciente, e exige esforço e concentração (GUTHRIE; RACHLINSKI; WISTRICH, 2007, p. 107). A tabela abaixo resume a diferença entre os dois sistemas:

Figura 6 - Comparação entre Sistema Intuitivo e Deliberativo

Sistema Intuitivo	Sistema Deliberativo
Rápido	Devagar
Sem Esforço	Esforçado
Automático	Controlável
Inacessível / Inconsciente	Acessível e Consciente
Não demanda atenção	Demanda atenção
Processamento Paralelo	Processamento Seriado
Comum em todos os mamíferos	Único em seres humanos
Dependente de Contexto	Independente de Contexto (pode ser abstrato)

Fonte: Elaborado pelo Autor

A inter-relação entre os dois sistemas não é simples. Uma vez que a intuição é rápida, automática e inconsciente, ela pode facilmente dominar a deliberação posterior. A intuição pode ser bastante precisa, entretanto, muitas vezes são necessários processos deliberativos para uma tomada de decisão mais adequada.

A formulação de Haidt (através do modelo sócio-intuicionista)⁷¹ também vai nesta mesma direção. Ela é extremamente objetiva e está resumida nesta citação:

The central claim of the social intuitionist model is that moral judgment is caused by quick moral intuitions and is followed (when needed) by slow, ex post facto moral reasoning. (HAIDT, 2001, p. 817)

Inspirando-nos na proposta de Guthrie, Rachlinski e Wistrich (2007) e de Brando (2013), podemos facilmente transportar o modelo de processo dual (dual-process) para os tribunais. A ideia é que os juízes primeiro fazem julgamentos intuitivos (Sistema 1) que podem ou não ser substituídos pela deliberação (Sistema 2). Ou seja, o modelo proposto pelos autores não ratifica nem desqualifica a hipótese legalista (juízes totalmente racionais) nem a hipótese realista (juízes

⁷¹ Mais detalhamento do modelo é possível ser encontrado em (BRANDO, 2013; HAIDT, 2001; STRUCHINER; BRANDO, 2014).

totalmente intuicionistas)⁷². Pelo contrário, o modelo enxerga os juízes como fazendo julgamentos intuitivos, mas que podem substituí-los com processos deliberativos e racionais (GUTHRIE; RACHLINSKI; WISTRICH, 2007, p. 108-109).

A conclusão dos autores é evidente: juízes são humanos, portanto, não haveria razões para que eles possuíssem sistemas cognitivos diferenciados dos de outras pessoas. Entretanto uma dúvida ainda persiste: será que o treinamento, formação e educação jurídica seria suficiente para que o julgamento dos juízes fosse diferente?

Tentando responder a essa pergunta – de caráter empírico – Guthrie, Rachlinski e Wistrich (2007) aplicaram o CRT⁷³ (*Cognitive Reflection Test*) de Frederick (2005) especificamente a juízes em uma conferência acadêmica na Flórida. As instruções foram exatamente as mesmas fornecidas por Frederick. O resultado médio do CRT foi de 1,23 (de um total de 3,00), valor que está de acordo com estudantes das melhores universidades americanas. A conclusão final não é inesperada nem surpreendente: os juízes tenderam em favor de resultados intuitivos em detrimento de resultados deliberativos. Quando os juízes erraram nas questões, eles geralmente responderam de acordo com a resposta intuitiva⁷⁴.

Não há muitas dúvidas, portanto, de que juízes, assim como quaisquer outros seres humanos, possuem o mesmo processamento duplo cognitivo (Sistema 1 e Sistema 2). Contudo, as conclusões não são surpreendentes, porque a questão empírica fundamental ainda não foi respondida completamente: o que se comprovou no experimento dos autores foi que juízes ordinariamente possuem intuição e que juízes respondem questões *ordinárias* com a intuição. Isso não significa concluir, entretanto, que juízes julgam seus *casos jurídicos* com a intuição. Em outras palavras, a tomada de decisão ordinária dos juízes *funciona*, primeiro, de acordo

⁷² Mais uma vez, conforme já explanado no Capítulo 3, definir a hipótese realista como sendo “juízes totalmente intuicionistas” é uma visão absolutamente simplificadora.

⁷³ O CRT de *Frederick* é composto de três perguntas: a primeira (i): um taco e uma bola custam \$1,10 no total. O taco custa \$1,00 a mais do que a bola. Quanto custa a bola?; (ii.) Se 5 máquinas levam 5 minutos para fazer 5 produtos, quanto tempo levaria 100 máquinas para fazer 100 produtos?; (iii.) Em um lago, há vitórias-régias que cobrem uma porção do lago. Cada dia a área coberta por vitórias-régias dobra. Se se leva 48 dias para cobrir todo o lago, quanto tempo leva para cobrir metade do lago?

⁷⁴ As respectivas respostas intuitivas (erradas) são as seguintes: (i.) 0,10; (ii.) 100; (iii.) 24. O valor correto é (i.) 0,05; 5; 47.

com a intuição, para que só depois a deliberação entre em cena. Mas ainda não sabemos se a *decisão judicial* também funciona dessa forma.

Mesmo que se restasse empiricamente comprovado que uma decisão judicial ocorre intuitivamente para que posteriormente operasse sua racionalização, isso não seria um problema maior, desde que essa racionalização fosse isenta e imparcial de forma a conseguir anular o julgamento intuitivo. Ou seja, se há a possibilidade de retratação em relação à intuição é possível que ainda assim os juízes consigam decidir racionalmente.

Já existem estudos que tentam descobrir o papel da intuição dos juízes na *decisão judicial*. O que eles parecem concluir é que, quando a intuição faz seu julgamento moral, outros mecanismos operam dificultando com que a decisão seja revertida, como será visto a seguir. Esses mecanismos são denominados *vieses cognitivos* e serão objeto da próxima seção.

4.5.2. Vieses Cognitivos

Conforme se concluiu na seção anterior, foi apresentada a hipótese de que juízes, assim como todos os seres humanos, possuem dois sistemas cognitivos (Sistema 1 e Sistema 2). Em um julgamento ou tomada de decisão, o primeiro sistema cognitivo (Sistema 1) entra em ação e é responsável por um julgamento automático e intuitivo; somente após este primeiro julgamento é que advém a etapa de deliberação e racionalização posterior. A questão colocada então foi a seguinte: *é possível que o Sistema 2 consiga deliberar imparcialmente de forma a anular e, principalmente, substituir a decisão anterior?* A literatura da psicologia entende que essa substituição (*overriding*) possivelmente não ocorrerá de forma isenta, especialmente porque seres humanos frequentemente são afetados por *vieses cognitivos*.

Viés cognitivo (*cognitive bias*) é um erro sistemático que afeta as decisões e julgamentos realizados por uma pessoa. Geralmente um viés cognitivo é resultado da tentativa de simplificação para o processamento de informações e podem manifestar especialmente na tomada de decisão, em comportamentos sociais e em tentativas de resgatar uma memória. Existe certa controvérsia em como classificar

os vieses ou quantos deles realmente existem.⁷⁵ No âmbito deste trabalho, entretanto, serão analisados brevemente apenas aqueles vieses que são mais determinantes em tomadas de decisão e que possam potencialmente afetar uma decisão judicial.

O principal viés cognitivo⁷⁶ que impede a fácil substituição da decisão intuitiva (Sistema 1) pela decisão deliberada (Sistema 2) é o **viés confirmatório** (*confirmation bias*). Em linhas simples, o viés confirmatório é a inclinação que as pessoas têm ao “angariar e lidar com evidência na deliberação ou argumentação para reforçar, de maneira inapropriada, hipóteses ou crenças cuja verdade está em questão” (BRANDO, 2013; NICKERSON, 1998).

Nickerson (1998) traz evidências de que as pessoas naturalmente não engendram estratégias de testes de hipótese ou de falseabilidade. Ou seja, não é comum uma pessoa testar o próprio julgamento através de algum mecanismo. A tendência natural do ser humano é procurar evidências que suportam a hipótese inicial a qual somos favorável. Ao mesmo tempo em que são procuradas evidências que desacreditem as hipóteses as quais não somos favoráveis (NICKERSON, 1998, p. 211).

Um dos mecanismos responsáveis para o enviesamento confirmatório é que as pessoas geralmente se sentem satisfeitas e confortáveis quando alcançam uma explicação razoável e não sentem a necessidade de buscar todas as possibilidades. Isso significa que mesmo não indo a fundo na questão, se “fizer sentido” a explanação para o evento favorável, não existe, para as pessoas, a necessidade de busca de provas adicionais. Isso é chamado na literatura de *make-sense epistemology*, ou “epistemologia do faz-sentido” (NICKERSON, 1998). Brando (2013, p. 89) faz uma boa síntese da “epistemologia do faz-sentido”:

[A] facilidade de encontrar uma explicação gera confiança na crença de que está correta; essa confiança faz com que a pessoa encerre a

⁷⁵ Para se saber a quantidade de tipos e denominações diferentes sobre vieses, em uma lista da Wikipédia <https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_cognitive_biases> (acesso em fev. 2016), foram catalogados mais de 170 tipos de vieses cognitivos diferentes.

⁷⁶ O viés confirmatório é provavelmente o mais conhecido viés que afeta a racionalidade humana (NICKERSON, 1998, p. 175)

busca por uma explicação assim que a encontra; com isso, fecham-se as portas de busca por explicações não menos plausíveis. (BRANDO, 2013, p. 89)

Note-se que o viés confirmatório parece explicar, portanto, a dificuldade existente de o sistema deliberativo substituir o julgamento intuitivo. Mesmo que posteriormente se inicie um processo de deliberação consciente, uma pessoa dificilmente o fará de forma imparcial, mas agirá buscando confirmação racional para apenas o lado que parece ser intuitivamente correto. Não só ela vai angariar provas para apenas um lado da questão, mas ela também facilmente se encerrará a busca por evidências adicionais tão logo esteja satisfeita com uma explicação que “faça sentido”.

Transportando esse parcial desfecho para a *decisão judicial*, a conclusão a que se pode chegar é a mesma a que *Joseph Hutcheson*, um dos autores realistas, chegou em 1928:

(...) the judge really decides by feeling, and not by judgment; by “hunching” and not by ratiocination, and the ratiocination appears only in the opinion (...) the vital motivating impulse for the decision is an intuitive sense of what is right or wrong for that cause, and that the astute judge, having so decide, enlists his every faculty and belabors his laggard mind, not only to justify that intuition to himself, but to make it pass muster with his critics. (HUTCHESON, 1928, p. 900–901)

(...) the judge, being merely on his way with a roving commission to find the just solution, will follow his hunch wherever it leads him, and when, following it, he meets the right solution face to face, he can cease his labors and blithely say to his troubled mind – “trip no

*farther, pretty sweeting, journeys end in lovers meeting, as every wise man's son doth know*⁷⁷. (HUTCHESON, 1928, p. 894)

Apesar de o viés confirmatório ser importante para entendermos a importância do julgamento intuitivo, outros vieses também são responsáveis por um julgamento deficiente e afetam, de fato, a avaliação e decisões dos juízes. Existem alguns trabalhos sobre vieses e decisão judicial, mas vamos apresentar aqui apenas dois outros vieses importantes: *ancoragem* (*anchoring bias*) e *conservadorismo* ou *aplicação enviesada de probabilidades* (*conservatism / bayesian / base rate bias*⁷⁸).

Quando se faz estimativas numéricas, as pessoas geralmente tendem a se basear no valor inicialmente disponível (âncora) para elas. Este enviesamento é denominado **ancoragem**. Geralmente as pessoas ajustam suas estimativas para distanciar-se da âncora, mas não o suficiente, de modo que a âncora exerce influência significativa no resultado final.

Para ilustrar a ideia de ancoragem, em um estudo de Kahneman, Slovic e Tversky (1993), respondentes foram perguntados para estimar o percentual de países africanos representados na ONU. Antes, uma roleta numerada de 0 a 100 era girada na frente dos respondentes, e os respondentes deveriam dizer se o percentual era maior ou menor do que o número sorteado na roleta. Diferentes grupos tiveram diferentes números sorteados na roleta. A estimativa (mediana) do grupo cujo número 10 foi sorteado na roleta foi de 25%; ao passo que, para o grupo cujo número sorteado foi 65, a estimativa foi 45% (KAHNEMAN; SLOVIC; TVERSKY, 1993, p. 1128). A diferença nos resultados entre os grupos comprovou a existência de um viés que se deu por os respondentes inconscientemente se ancorarem no resultado da roleta.

De maneira análoga, frequentemente juízes são compelidos a fazer estimativas numéricas. Talvez a estimativa mais usual é o cálculo de indenizações e multas. Como não existem regras estritamente definidas, a especulação de valores é

⁷⁷ O trecho "*Trip no further, pretty sweeting. Journeys end in lovers meeting, every wise man's son doth know*" é uma citação de Shakespeare, em "*Noite de Reis*".

⁷⁸ Apesar das diferentes notações, eles refletem a mesma ideia. Vide a esse respeito também (EDWARDS; VON WINTERFELDT, 1986, p. 232)

comumente utilizada e pode ser sujeita ao fenômeno da ancoragem. Para testar o fenômeno, Wistrich, Guthrie e Rachlinski (2005) formularam o seguinte caso⁷⁹ (aqui em versão simplificada) e entregaram para dois grupos de juízes distintos:

Você é juiz em um caso de acidente automobilístico. A vítima (autora da ação) pede reparação por ter sido gravemente ferida por um caminhão da empresa ré. A vítima, um professor, ficou hospitalizada por vários meses e perdeu seu braço direito (ele é destro). A empresa ré admite a culpa, mas não concorda com a indenização.

Para os dois grupos foi pedido para que os juízes decidissem sobre o valor da indenização a ser pago. Entretanto, cada um dos grupos contou com uma informação posterior diferente. No primeiro grupo (controle), nenhum valor foi especificado. No segundo grupo (ancorado), o advogado da vítima pediu o somatório de \$10 milhões a título de indenização. A âncora de 10 milhões influenciou os juízes. No grupo de controle, a média de indenização foi de \$808 mil; no grupo ancorado, a média de indenização foi de \$2,2 milhões.

A conclusão dos autores neste (WISTRICH; GUTHRIE; RACHLINSKI, 2005) e em trabalhos posteriores (GUTHRIE; RACHLINSKI; WISTRICH, 2007) é que a ancoragem goza de uma influência poderosa no julgamento. E isso é verdade tanto em situações que a âncora não possui relação alguma com o problema (por exemplo, o número sorteado na roleta no experimento de Kahneman *et al.*) como também em situações em que a âncora possui estreita relação com o problema (como exemplo o valor pedido pelo advogado para a indenização).

Outro estudo dos autores foi em relação à **aplicação enviesada de probabilidades**. Este viés é comumente denominado *base rate bias* ou *conservatism bias*. Basicamente, o ser humano não é capaz de processar

⁷⁹ Um experimento semelhante e com resultados parecidos também foi realizado anteriormente pelos autores em outro trabalho. Vide (GUTHRIE; RACHLINSKI; WISTRICH, 2001).

mentalmente novas informações de probabilidade e estatística. Para que fique mais claro, suponha o seguinte problema⁸⁰:

Um grupo de policiais fazem blitz com a utilização de “bafômetros”. Existe a pequena chance de que em 5% dos casos o bafômetro mostre erroneamente que o motorista está bêbado quando na verdade está sóbrio. Entretanto, quando o motorista está bêbado, a chance de o bafômetro errar e exibir que o motorista está sóbrio é nula. Um em cada mil motoristas dirigem bêbados. Suponha agora que o policial pare um motorista aleatoriamente e o motorista faça o bafômetro. O bafômetro indica que o motorista está bêbado. Qual a probabilidade de que o motorista esteja realmente bêbado?

Provavelmente uma grande parte das pessoas irá responder algo próximo de 95%. Entretanto, a real probabilidade de que o motorista esteja bêbado, mesmo com a indicação positiva do bafômetro é de apenas 2%. O que ocorre aqui é que intuitivamente não conseguimos processar ambas as probabilidades se elas estão relacionadas⁸¹. Além disso, há chances de que os respondentes se ancorem na primeira probabilidade, a de certeza do teste (95%), ignorando o impacto da probabilidade 0,1% de o motorista estar bêbado e de 5% de falso positivo do bafômetro.

Para testar este viés nos juízes, um problema judicial que envolve probabilidade foi posto para juízes federais americanos resolverem (GUTHRIE; RACHLINSKI; WISTRICH, 2007, p. 121-123):

A vítima (autor) estava passando por um armazém, de propriedade da empresa-ré, quando um barril caiu lesionando-a. A empresa ré não sabe exatamente como o barril caiu, mas eles concordam que ou o barril foi amarrado de forma negligente ou a corda estava defeituosa. A perícia alegou que, para esse armazém (i.) quando os barris estão amarrados negligentemente, há uma chance de 90% de o barril cair; (ii.) quando os barris estão amarrados corretamente, há

⁸⁰ Este problema está disponível e é amplamente utilizado em outros trabalhos para explicar o teorema de Bayes por ser contra-intuitivo.

⁸¹ Esse é um típico problema de aplicação do teorema de Bayes.

uma chance de 1% do barril cair; (iii.) trabalhadores amarram negligentemente os barris 1 em cada 1000 vezes.

Os juízes foram perguntados sobre qual a probabilidade de o barril ter sido amarrado negligentemente no caso em tela. As probabilidades de resposta eram: (a) 0-25%; (b) 26-50%; (c) 51-75%; e (d) 76-100%. A maioria dos juízes responderam incorretamente, e a resposta mais comum foi a resposta intuitiva: o intervalo de 76-100%. Dos respondentes, 40% acertaram o intervalo corretamente.

Em um outro trabalho de 2002⁸², os mesmos autores sintetizaram uma série de outros experimentos testando juízes e suscetibilidade a vieses cognitivos. A conclusão a que eles chegaram é a seguinte:

Judges, it seems, are human. They appear to fall prey to the same cognitive illusions that psychologists have identified among lay persons and other professionals. (...) Overall, our results indicate that, like the rest of us, judges use heuristics that can produce systematic errors in judgment. Even if judges are free from prejudice against either litigant, fully understand the relevant law, know all of the relevant facts and can put their personal politics aside, they might still make systematically erroneous decisions because of the way they - like all human beings - think. Unlike the rest of us, however, judges judgments can compromise the quality of justice that the courts deliver. (GUTHRIE; RACHLINSKI; WISTRICH, 2002, p. 50)

Em 2011, o experimento de Danziger, Levav e Avnaim-Pesso em Israel – *Extraneous factors in judicial decision* – analisou 1.112 decisões a respeito de concessão de liberdade condicional a presos (*parole*) durante 10 meses por 8 juízes israelenses. O que eles concluíram – e que chamou atenção inclusive de jornais e revistas – é que há maior probabilidade de uma decisão ser favorável aos presos se ela é proferida no início dos trabalhos ou após uma pausa para refeição. Os autores afirmam que os resultados são mais uma evidência de que fatores psicológicos (tais como intuição) são importantes na tomada de decisão:

⁸² (GUTHRIE, C; RACHLINSKI; WISTRICH, 2002)

Our findings support the view that the law is indeterminate by showing that legally irrelevant situational determinants – in this case, merely taking a food break – may lead a judge to rule differently in cases with similar legal characteristics. (...) Our findings add to the literature that documents how experts are not immune to the influence of extraneous irrelevant information. (DANZIGER; LEVAV; AVNAIM-PESSO, 2011, p. 4)

De fato, a conclusão não poderia ser diferente. É difícil sustentar que a tomada de decisão judicial seja completamente independente dos sistemas e mecanismo cognitivos tais quais a Psicologia tem estudado. Entretanto, uma última pergunta ainda gera controvérsias: mesmo sabendo disso, *é possível dizer que o modelo tradicional-legal já esteja ultrapassado pelos novos modelos psicológicos de decisão judicial?*

Drobak e North (2004) acreditam que não. Há muito ainda para se avançar em modelos psicológicos e o que hoje eles trazem, para o Direito, ainda possui limitações. Da mesma forma que modelos normativos (por exemplo a teoria da escolha racional) são importantes para a economia e outras ciências sociais; o modelo legal-doutrinário de tomada de decisão é central para a análise jurídica. Os autores não negam que o modelo legal-doutrinário é falho, entretanto. Apenas questionam a utilidade de que ele seja abandonado em prol de modelos psicológicos mais descritivos:

However, until we truly understand much more about how people make decisions, we cannot replace the rationality-based models. Consequently, those working with the law must continue to concentrate on the visible part of judging. We know that the effects of belief systems and other non-doctrinal factors play a role in all judicial systems, albeit to varying degrees, so legal scholars will continue to study and speculate about these hidden factors. For now and for probably a long time to come, it is sensible for lawyers and judges to disregard the unknown and to continue to participate in what appears to be a rational, doctrinal legal process. (DROBAK; NORTH, 2004, p. 151-152)

Por outro lado, como era de se esperar, Guthrie, Rachlinski e Wistrich (2007) são partidários de uma maior clarificação dos modelos psicológicos para a comunidade jurídica. Uma das várias consequências positivas de uma maior difusão desses modelos é que isso poderia auxiliar juízes a entender o papel da intuição no julgamento e nos riscos de se depender dessa intuição no resultado final. Além disso, juízes poderiam aprender a interromper a intuição e permitir que a deliberação consiga ao menos raciocinar de forma a testar a intuição com menos riscos de ser vítima de vieses cognitivos. Vários estudos sugerem que o treinamento estatístico, por exemplo, aumenta a probabilidade de que indivíduos irão tomar decisões mais racionais ao invés de decisões mais intuitivas. Os autores ainda fazem 5 sugestões⁸³ para que julgamentos intuitivos e vieses cognitivos não sejam tão determinantes na tomada de decisão dentro dos tribunais (GUTHRIE; RACHLINSKI; WISTRICH, 2007, p. 136–137)

Independentemente de se tomar uma posição quanto a utilidade dos estudos psicológicos de tomada de decisão para o Direito, é indiscutível, portanto, o fato de que os juízes tomam decisões e erram como quaisquer seres humanos. Como analogia, no campo da Medicina e de outras Ciências Médicas sempre existiu uma tradição em considerar os médicos infalíveis. Erro é um tabu, e por essa razão eles geralmente não são discutidos abertamente. Existe um ciclo vicioso de negação que não permite que médicos falem sobre seus erros – ao mesmo tempo em que a falta de informação sobre erros impede uma evolução no sentido da prevenção⁸⁴. Ao voltarmos para o Direito, este mesmo movimento parece acontecer de maneira parecida entre os juízes e dentro da comunidade jurídica. Nos bancos das

⁸³ As sugestões são: (i.) aumento de tempo dispendido para cada decisão; (ii.) maior frequência em decisões escritas de forma deliberada; (iii.) treinamento e feedback; (iv.) protocolos, checklists e testes; (v.) divisão e realocação da autoridade de tomada de decisão. Os autores assumem que muitas dessas reformas podem não ser justificáveis pelo aumento no tempo e custo dispendidos.

⁸⁴ A negação da falibilidade humana tem feito com que o sistema de saúde não evoluísse adequadamente em relação a erros médicos – afinal, se médicos e instituições de saúde não falam abertamente sobre erros, como preveni-los? O resultado desta visão tradicional dos médicos é que o médico não pode errar, pacientes e as instituições de saúde não admitem erros e existe, portanto, uma cultura do silêncio e da culpa. Um movimento tem tomado força tentando transformar a cultura da culpa em uma cultura de segurança. O foco principal deste movimento é encorajar a divulgação de erros médicos e incentivar médicos e instituições falarem abertamente sobre erros. A esse respeito, vide a palestra de Brian Goldman “*Doctors make mistakes. Can we talk about that?*”. Disponível em <https://www.ted.com/talks/brian_goldman_doctors_make_mistakes_can_we_talk_about_that?language=en>. Vide também “*Hospital Encourage Staff to Report Medical Errors*”, disponível em <<http://www.wsj.com/articles/SB10486215702454300>>, ambos acessados em fev/2016.

faculdades muito se ensina sobre a racionalidade judicial, mas quase nada sobre falibilidade, sobre enviesamento na decisão, sobre preconceitos⁸⁵. De mesma forma que a negação e ocultação de erros médicos é um obstáculo para a evolução do sistema de saúde, a negação e ocultação da falibilidade dos juízes parece ser um obstáculo para a evolução do sistema jurídico.

Tribunais e universidades, a despeito de toda a evolução da psicologia e de outros ramos das ciências sociais, em grande parte utilizam apenas o – já superado⁸⁶ – modelo racional de decisão. Dentro do Direito dificilmente se discutem teorias de decisão mais complexas – ou mais realistas e descritivas, e pouco se fala a sobre vieses e como lidar com erro (erro no sentido de desvio do que se é esperado) nas decisões.

Não falar sobre modelos psicológicos de decisão é não aceitar a realidade que poderia fazer com que o sistema humano de tomada de decisão seja melhorado, ao invés de simplesmente negado. Como Haidt finaliza seu artigo:

There is a delusion stalking the academy. Not just in departments of psychology and philosophy, but in schools of law and in the highest court in the land. It is the belief that there exists a reliable faculty of reasoning, capable of operating effectively and impartially even when self-interest, reputational concerns, intergroup conflict, and a three-million-dollar donation pull toward a particular conclusion. I would like to close by suggesting that the practice and teaching of law could be improved by the incorporation of more psychology into the curriculum. Judges should evaluate laws with a proper understanding of human nature and its vicissitudes. Just as important, they should have a proper understanding of themselves and their own limitations.
(HAIDT, 2012, p. 880)

⁸⁵ Na verdade, tais noções de falibilidade, enviesamento e preconceitos existem na comunidade acadêmica jurídica, mas raramente são discutidas.

⁸⁶ Superado aqui possui sentido relativo. Está no sentido de que não é um modelo suficiente para explicar como ocorre de fato a tomada de decisão. Deve-se ressaltar, entretanto, que o ser humano ainda leva em conta a racionalidade na tomada de decisão, e o modelo de decisão racional possui um papel extremamente relevante no estudo do comportamento e decisão humanos.

4.6. Síntese dos Modelos apresentados

Por fim, para que o entendimento das teorias fique ainda mais sintetizado, desenvolvemos uma tabela comparativa com as ideias e obras principais de cada um dos modelos e teorias apresentados até agora. Comparamos quatro teorias/modelos desenvolvidos até agora na presente pesquisa: (i.) teoria realista da decisão judicial; (ii.) modelo atitudinal; (iii.) modelo estratégico; e, por fim, (iv.) modelo psicológico.

Figura 7 – Tabela comparativa dos modelos apresentados

	<u>Teoria Realista</u>	<u>Modelos Atitudinais</u>	<u>Modelos Estratégicos</u>	<u>Modelos Psicológicos</u>
Ideias básicas	(i.) Juízes decidem primeiro, e depois buscam argumentos para justificar sua decisão. (ii.) A decisão judicial depende também de fatores extrajudiciais.	Juízes decidem influenciados por suas preferências político-ideológicas	Juízes decidem através de uma escolha racional que leva em consideração a decisão de outros atores e seu ambiente institucional	(i.) Juízes, assim como todas as pessoas, possuem dois sistemas de tomada de decisão. O primeiro, que fará um julgamento intuitivo é rápido, inconsciente. O segundo, que fará um julgamento deliberativo é lento, esforçado e consciente. (ii.) Juízes estão sujeitos, em sua deliberação, a vieses cognitivos o que pode prejudicar uma tomada de decisão correta.
Principais autores	Vários, mas especialmente Hutcheson (1928), Frank (1931) e Llewellyn (1931)	Schubert (1965) Segal e Spaeth (2002)	Marks (1989) Lee e Epstein (1998)	Vários, mas especialmente, Haidt (2001) e Guthrie et. Al. (2001; 2005 e 2007).
Modalidade de Pesquisa envolvida	Pesquisa eminentemente teórica – apesar de clamarem pela pesquisa empírica, os realistas pouco produziram nesta modalidade.	Empírica com "índices de ideologia", tais como <i>Segal-Cover</i> , ou <i>Martin-Quinn</i> .	Pesquisa empírica e uso da teoria da escolha racional.	Pesquisa empírica com "experimentos de comportamento", casos e dilemas morais entregues a juizes responderem.

Fonte: Elaborado pelo autor

5. DECISÃO JUDICIAL AMANHÃ: ESTATÍSTICA, ALGORITMOS E MERCADOS DE PREVISÃO

Figura 8 – Linha do Tempo dos Modelos e Teorias sobre Decisão Judicial

Fonte: Elaborado pelo autor

“Direito é código⁸⁷” (LI *et al.*, 2014a). Se Direito é “código”, então os juízes seriam o “processamento” desse código, e a decisão judicial o “*output*” do programa. Na verdade, esta analogia é bastante antiga e já foi discutida no capítulo sobre o Realismo Jurídico – o Direito como uma grande máquina de silogismo, a famosa caricatura do *slot-machine* formalista. Não há dúvidas ou debates no fato de que há *mais* elementos em uma decisão judicial do que uma mera “codificação”. Os realistas mostraram isso muito bem, chamando a atenção para outros fatores que influenciam as decisões e que vão além de meros aspectos jurídicos.

Mas e se o Direito fosse, sim, comparável a uma linguagem de programação? “*The similarities between software and law is striking – in many respects, law is code*” (LI *et al.*, 2014b). Agora, entretanto, o foco não seria mais o juiz como ente mecânico e que aplica a lei, pura e simplesmente. Mas o Direito construído analogamente como um código. Independentemente desta discussão⁸⁸ (muito merecedora de um

⁸⁷ Código no sentido de linguagem de programação.

⁸⁸ Além do artigo de Li *et al.* (LI *et al.*, 2014b), interessante também uma publicação *online* de Pedro Delfino, da FGV-RIO, “*Código é Direito. Direito é Código*”, disponível em: <<https://medium.com/revista-agora/código-é-direito-direito-é-código-91eba90cc606>>. Acesso em jan. 2016.

estudo à parte), o fato é que a aproximação entre o Direito e a Tecnologia da Informação é inevitável. E, especificamente o estudo do comportamento judicial tem sido agraciado com pesquisas e iniciativas – que serão melhor esmiuçadas a seguir – que utilizam tecnologias e algoritmos modernos de processamento de dados para um objeto não tão moderno assim: a decisão judicial.

Temos visto que há várias teorias que disputam ou se complementam ao tentar trazer elementos extrajurídicos para a discussão sobre decisão judicial. Geralmente uma teoria que analisa elementos extrajurídicos na decisão judicial é influenciada, de certa forma, pelo realismo jurídico da década de 1930. Apesar de o interesse pela previsibilidade na decisão judicial datar de, pelo menos, desde Oliver Wendell Holmes Jr., as discussões em relação à tecnologia da informação e o comportamento dos juízes é atual: o tema da previsibilidade das decisões judiciais auxiliada por métodos informatizados surgiram, *em sua maioria*, nos últimos dez anos. Métodos estatísticos e informatizados cada vez mais complexos têm sido utilizados em análises de *big data*⁸⁹, inteligência artificial (*machine learning*)⁹⁰ e mineração de dados⁹¹.

A tecnologia da informação e a teoria da decisão se entrecruzam em pelo menos duas áreas: tanto para comprovação das teorias prévias sobre decisão judicial (por exemplo, a teoria realista); como para a formulação de novas teorias com base na análise computacional de dados já existentes. Os resultados têm sido animadores e é crescente o interesse de acadêmicos do Direito pela capacidade de processamento das novas tecnologias que vêm surgindo ao longo dos últimos anos.

Apesar da contemporaneidade do assunto, a ideia de se utilizar computadores na análise e previsão da decisão judicial não é tão nova como se possa imaginar. Debates sobre o papel do computador em decisões e previsões judiciais iniciaram-se desde a década de 1960. Os trabalhos de Lawlor (1963), Reed

⁸⁹ *Big Data* pode ser definido como uma grande coleção de dados de forma que sua manipulação se torna difícil e desafiadora utilizando-se meios tradicionais de processamento de dados.

⁹⁰ *Machine Learning* é um campo da tecnologia da informação que utiliza algoritmos que podem evoluir (aprender) através dos dados disponíveis de forma a melhorar a previsibilidade de dados futuros.

⁹¹ Mineração de Dados (*data mining*) é um campo da tecnologia da informação que visa a encontrar padrões em coleções de big data utilizando métodos próprios.

(1963) e Freed (1961) possuíam prenúncios tão atuais sobre como os computadores iriam auxiliar na prática jurídica que facilmente poderiam ter sido escritos nos dias de hoje. Por exemplo, uma acertada intuição de Lawlor (1963) era que computadores iriam auxiliar a prática do Direito pelo menos de três maneiras: (i.) *auxiliando advogados a encontrar informações jurídicas*; (ii.) *analisando o Direito*; e, por fim, (iii.) *ajudando advogados e juízes a preverem decisões*.

Given the chance, computers can help the legal profession in at least three very important ways. Computers can help find the law, they can help analyze the law and they can help lawyers and lower court judges to predict or anticipate decisions. (LAWLOR, 1963, p. 337)

Atualmente conseguimos identificar softwares e algoritmos atuando nestas três esferas. Na verdade, a primeira conjectura de Lawlor (i.) *computadores ajudando a encontrar o Direito*, já se concretizou há algum tempo: milhares de websites, portais e software existem facilitando acesso das pessoas (e não apenas advogados) ao Direito⁹². Tem-se notado que advogados cada vez menos utilizam livros e cada vez mais valem-se de seus computadores. As outras duas previsões de Lawlor (ii.) *computadores analisando o Direito*; e (iii.) *computadores prevendo decisões judiciais* ainda não são tão facilmente encontradas no dia a dia jurídico brasileiro; entretanto, avanços nessas áreas têm sido memoráveis, como será demonstrado adiante.

O pano de fundo para esses artigos (DICKERSON, 1961; FREED, 1961; LAWLOR, 1963) era o então recém-lançado computador IBM 7090⁹³, extremamente moderno para sua época, mas que já esboçava ser útil para algumas aplicações no campo do Direito. Alguns experimentos foram realizados na UCLA em previsões judiciais utilizando-se o IBM 7090, mas sem muito sucesso. Entretanto, tais

⁹² No Brasil, por exemplo, todas as leis federais estão compiladas no website do planalto (planalto.gov.br)

⁹³ O IBM 7090 foi lançado em 1959 e custava, em média, 3 milhões de dólares (valor que, em 2014 representaria aproximadamente 25 milhões de dólares (Disponível em: <http://www-03.ibm.com/ibm/history/reference/faq_0000000011.html>). Apenas como ilustração, um dos cálculos afirma que seriam necessários 3.200 desses computadores para atingir o nível de processamento de um Iphone 5 (Disponível em: <<https://www.quora.com/When-was-the-last-time-all-the-computing-power-in-the-world-equaled-one-iPhone>>, acesso em jan. 2016).

experimentos esboçavam o potencial futuro reservado aos computadores (LAWLOR, 1963, p. 342-344).

Além disso, como já mencionado no capítulo anterior, a década de 1960 nos Estados Unidos era palco da então-recente ebulição de estudos de diversas áreas das ciências sociais sobre a tomada de decisão e fortemente influenciados pelo pensamento realista. O próprio artigo de Lawlor – citando inclusive alguns realistas como Pound e Holmes – dedicou uma seção inteira comentando sobre a condução de estudos promissores sobre tomada de decisão (LAWLOR, 1963, p. 339-341).

Ao unir áreas como as teorias comportamentais sobre tomada de decisão e a evolução computacional, não é de se espantar que os juristas começassem a voltar sua atenção à possibilidade de os computadores preverem como os juízes iriam decidir. Infelizmente, não havia recursos tecnológicos (e financeiros) suficientes para essa empreitada: *“The day when computers will serve the legal profession is not yet here. But the glow of the dawn can be seen on the horizon”* (LAWLOR, 1963, p. 337).

Voltando aos dias atuais, vários estudos realizados nesta área acreditam que previsões judiciais através de tecnologia é um caminho sem volta. Qual a probabilidade de se ganhar um caso? Quanto um caso como este irá custar para os advogados envolvidos? Todas essas perguntas já vêm sendo feitas e previsões desse tipo são empreendidas todos os dias por advogados e profissionais do Direito (KATZ, 2011, p. 912).

Segundo o professor Katz (2011), uma das razões pelas quais o sistema jurídico tradicional será reinventado pela tecnologia deve-se pelas constatações de Moore e Kryder (que criam respectivamente a *Lei de Moore* e a *Lei de Kryder*). Em poucas e simplificadas linhas, a Lei de Moore estabelece que a *velocidade dos processadores dobra a cada período de 12 a 18 meses*. Apesar de ter sido concebida como uma previsão em um artigo escrito por G.E. Moore em 1965, a regra tem se mantido, de certa forma, consistente (MOORE, 2006, p. 67–84). Da mesma forma, a Lei de Kryder⁹⁴, de forma análoga à Lei de Moore, estabelece que

⁹⁴ A chamada “Lei de Kryder” foi assim batizada após um artigo publicado com esse nome na *Scientific American*, disponível em: <<http://www.scientificamerican.com/article/kryders-law/?page=2>>. Acesso em jan. 2016.

os custos de armazenamento de dados decrescem em um ritmo parecido com aquele correspondente ao aumento de velocidade de processadores (WALTER, 2005).

Em suma, sem adentrarmos em muitos detalhes de natureza técnica a respeito da evolução computacional, o fato é que tanto a capacidade crescente de processamento de dados como o custo decrescente para armazenar esses dados tem criado um ambiente propício para o desenvolvimento de estudos e análises mais complexas de dados e informação. É por isso que existem predições de que, nos próximos anos, a maioria dos procedimentos dentro das empresas irão ser reinventados, digitalizados ou completamente eliminados pela ampliação da capacidade do processamento de dados e informações⁹⁵. E o sistema jurídico não estaria imune a essa revolução.

Trazendo o assunto da previsibilidade das decisões judiciais por computadores para os dias de hoje, três estudos merecem destaque a esse respeito. O estudo de Ruger e. al. (2004), o estudo de Guimerà e Sales-Pardo (2011) e o estudo de Katz *et al.* (2014). Todos serão melhor detalhados a seguir.

5.1. O projeto preditivo de Ruger *et al.* (2004)

Nos Estados Unidos, existe em andamento um projeto permanente de compilação de dados da Suprema Corte Americana. A *Supreme Court Database* foi idealizada pelo professor Harold Spaeth em 1980 e hoje compila 247 variáveis de todos os casos decididos pela corte a partir do ano de 1946⁹⁶. Inúmeros trabalhos baseiam-se nessa base de dados, analisando de forma empírica questões pontuais sob a ótica do julgador: como questões de gênero, raça; e também sob a ótica específica do caso (quais direitos e questões envolvidos etc.).

Um destes trabalhos, que destacamos aqui é o estudo de Ruger *et al.* (2004), “*The Supreme Court Forecasting Project: Legal and Political Science Approaches to*

⁹⁵ Vide: Gartner Predicts Three Big Data Trends for Business Intelligence <<http://www.forbes.com/sites/gartnergroup/2015/02/12/gartner-predicts-three-big-data-trends-for-business-intelligence/>>. Acesso em jun. 2016.

⁹⁶ O projeto *The Supreme Court Database* está disponível em: <supremecourtdatabase.org>.

Predicting Supreme Court Decisionmaking". A importância deste trabalho deve, primeiramente, à inovadora metodologia a que se propuseram os autores, e também aos resultados positivos da pesquisa⁹⁷.

Antes de se adentrar na metodologia específica utilizada por cada um desses dois modelos preditivos, adianta-se que o método estatístico formulado por Ruger *et al.* previu 75% dos resultados corretamente, enquanto os especialistas acertaram 59,1% dos resultados (RUGER *et al.*, 2004, p. 1150). As limitações – que serão analisadas adiante – não permitem a simplória conclusão de que a “máquina é melhor do que o homem” em previsões judiciais. Mesmo assim, esse resultado não se torna menos impressionante ou instigante.

Uma das principais diferenças entre o estudo de Ruger *et al.* (2004) dos outros trabalhos que se valem da *Supreme Court Database*, é que o primeiro se propôs a trazer uma análise cujo corte temporal é prospectivo, ou seja, ao invés da tradicional análise retrospectiva que se vale de modelos estatísticos para explicar decisões passadas, criou-se um modelo a ser testado com as decisões futuras. Para isso, o objetivo do estudo era a previsão das decisões da suprema corte que estariam por vir (mais especificamente, o *termo*⁹⁸ de 2002). Os autores sustentam que, apesar de estranhas na área do Direito, pesquisas prospectivas muitas vezes são pertinentes. Outras áreas do conhecimento como a medicina e a economia utilizam experimentos prospectivos combinados com a teoria, de forma a confirmar ou refutar hipóteses (RUGER *et al.*, 2004, p. 1154). Além da fundamentação teórica que os autores fornecem para um estudo prospectivo na área do Direito, a relevância social, política e econômica de experimentos desse tipo dispensa maiores fundamentações e comentários.

Em relação à metodologia empregada, o estudo utilizou dois métodos preditivos de forma a comparar, posteriormente, os resultados entre eles. O primeiro

⁹⁷ A metodologia utilizada por Ruger *et al.* é a mesma utilizada no trabalho de Kastellec (KASTELLEC, 2010), entretanto este último analisou apenas casos de *busca e apreensão* tanto na Suprema Corte (1962-1984) e nas cortes de apelação (1946 a 1961), uma vez que o número de casos sobre este assunto é limitado na Suprema Corte.

⁹⁸ Um “termo” na suprema corte americana inicia-se na primeira segunda-feira de outubro e continua até meados de junho e julho.

método é um *modelo estatístico* de previsão judicial, enquanto o segundo é a opinião de *especialistas* do Direito.

5.1.1. Modelo Estatístico

O modelo estatístico foi desenvolvido utilizando-se a base de dados do *Supreme Court Database (inputs)*, de forma a prever o termo de 2002. A composição dos juízes do tribunal até 2002 ajudou, uma vez que não houve troca de juízes em quase dez anos, fazendo com que um número bastante satisfatório de decisões – desta mesma composição de juízes – fosse disponibilizado para a análise. De forma mais específica, foram utilizados 628 casos que esta mesma *corte* decidiu. A técnica estatística utilizada foi a “Árvore de Classificação”. O *output* do modelo foi simplesmente um resultado binário: *confirma ou reforma a decisão anterior?*

Foram seis variáveis escolhidas como *inputs* do modelo: (i.) tribunal de origem;⁹⁹ (ii.) tipo do caso a ser decidido; (iii.) categoria da parte autora (por exemplo, se é a União, empresa ou empregado); (iv.) categoria da parte ré; (v.) direcionamento ideológico da decisão de origem (conservadora ou liberal); e, por fim (vi.) se houve pedido de inconstitucionalidade (RUGER *et al.*, 2004, p. 1163). A escolha de variável não se deu por meio estatístico e nem de maneira rigorosa, mas apenas por razões pragmáticas (os autores se perguntaram quais seriam as variáveis mais úteis para previsões?). *Insights* atitudinais também foram decisivos para a escolha das variáveis. A literatura atitudinal estabelece, por exemplo, que o direcionamento ideológico da decisão de origem pode ser um fator relevante para o resultado confirma/reforma na corte superior. Dessa forma, houve a incorporação dessa variável no modelo (RUGER *et al.*, 2004, p. 1163-1164).

Os autores partiram da possibilidade de utilizar 24 modelos estatísticos diferentes. Para escolher qual seria o modelo *mais preditivo*, os autores dividiram os 628 casos anteriores em dois grupos. O primeiro grupo (grupo de tratamento) foi utilizado como *inputs* para os 24 modelos. O segundo grupo (grupo de controle) foi utilizado para definir o quanto cada um dos modelos preditivos acertou para que os

⁹⁹ O termo original é “*circuit origin*”.

autores escolhessem o melhor modelo possível. Esse resultado, aliado com a facilidade de leitura dos resultados¹⁰⁰ fez com que os autores escolhessem o modelo de Árvores de Classificação (RUGER *et al.*, 2004, p. 1164-1165).

Após modelada, uma Árvore de Classificação é relativamente simples de ser entendida. Para que fique mais palpável os resultados dos autores, abaixo, como exemplo, a árvore gerada, para a juíza O'Connor.

Figura 9 - Árvore de Decisão para a Juíza O'Connor

Fonte: Ruger *et al.* (2004, p.1166)

A escolha dos autores foi por criar 11 árvores de classificação diferentes: 9 para cada um dos juízes da suprema corte e 2 que preveriam se um caso seria ou decisão “unânime liberal”, isto é, 9 dos 9 juízes votando a favor de uma decisão liberal, ou “unânime conservadora”, isto é, 9 dos 9 juízes votando a favor de uma decisão conservadora (RUGER *et al.*, 2004, p. 1165).

¹⁰⁰ O modelo de árvores de classificação é facilmente entendido até mesmo por não-estatísticos, em razão de sua disposição visual através de diagramas.

Uma árvore de classificação *modela* as variáveis em “passos” que devem ser seguidos para que uma previsão futura seja gerada. Em cada “nó”, ou ramificação da árvore, deve existir uma pergunta que será respondida de acordo com as seis variáveis escolhidas pelo modelo. Algumas perguntas podem levar em consideração também árvores criadas para outros juízes.

Um exemplo de referência cruzada entre árvores, é a árvore gerada para o juiz Thomas. Veja a figura abaixo.

Figura 10 - Árvore de decisão do Juiz Thomas

Fonte: Ruger *et al.* (2004, p.1198)

Como é possível de ser notado, a primeira pergunta da árvore do juiz Thomas é referente à árvore do juiz *Scalia* (“A previsão gerada para o Juiz *Scalia* é liberal?”). Neste caso – de cruzamento entre árvores – o modelo deverá rodar primeiro a árvore do Juiz *Scalia*, gerar um resultado previsto, para só então gerar os resultados para o juiz Thomas. É evidente que não deverá haver cruzamentos recíprocos (isto é, se, por exemplo, houvesse também um nó na árvore do juiz *Scalia* que por sua vez dependesse da árvore do juiz Thomas), pois isso incorreria em um *infinite*

loop.¹⁰¹ Apesar de esta interdependência entre árvores do modelo propiciar resultados melhores, ela gera, por outro lado, uma limitação importante: o *overfitting*.

Em linhas simplificadas, *overfitting* é a situação em que um modelo estatístico se amolda demasiadamente em relação à amostra, o que faz com que ele tenha uma redução de erro em relação à amostra, mas uma perda de poder preditivo em relação à população. Especialmente no caso de se prever casos de cortes judiciais, a limitação do *overfitting* em árvores de decisão é ainda mais relevante. Notemos, no exemplo acima, que a previsão do Juiz Thomas depende da previsão do Juiz *Scalia*. A composição de uma corte constitucional (ou de qualquer corte) varia ao longo do tempo. A partir do momento em que o juiz *Scalia* não mais fizer parte da composição da corte, não apenas a sua árvore não mais terá valor algum para o modelo, mas também a árvore do Juiz Thomas, por razão de que esta depende daquela. Isso faz com que o modelo seja menos generalista (KATZ; BOMMARITO; BLACKMAN, 2014, p. 3) para decisões futuras e perca sua capacidade preditiva tão logo a composição da corte mudar.

Uma vantagem do método de árvores de classificação é a facilidade visual de se compreender os fatores determinantes para uma decisão judicial. Diferentemente de outros modelos estatísticos mais complexos e que em alguns casos não levam em consideração nenhum aspecto concreto do caso – vide a seguir o estudo de Guimerà e Sales Pardo (2011) – o modelo de árvores de classificação consegue ilustrar e aumentar nosso entendimento sobre a teoria jurídica (KASTELLEC, 2010, p. 225).

5.1.2. Especialistas

Como já foi dito anteriormente, o projeto de Ruger *et al.* desenvolveu dois modelos preditivos a serem comparados para o termo de 2002 da Suprema Corte americana. O primeiro modelo, o estatístico, já foi melhor explicitado na Seção anterior. Cumpre então abordar de forma breve o segundo modelo, que é a previsão de especialistas (*experts*).

¹⁰¹ Um *infinite loop* é uma série de instruções em um programa de computador que resulta em um loop interminável, fazendo com que as instruções recomencem infinitamente.

Uma grande diferença entre o modelo informatizado e o modelo *humanizado* é que o segundo poderia analisar as particularidades de cada um dos casos cujo resultado seria previsto. O modelo estatístico tinha como inputs apenas as seis variáveis escolhidas pelos autores, ao passo que o modelo de especialistas poderia analisar quaisquer fatores que pudessem, de alguma forma, influenciar a decisão de cada um dos casos. Os especialistas também puderam analisar livremente tanto fatores jurídicos como fatores extraleais para suas previsões sem a necessidade de justificar ou usar algum desses fatores de forma preponderante em relação ao outro. Mas ao mesmo tempo que os especialistas poderiam analisar em detalhes cada uma das decisões a serem proferidas no termo de 2002, dificilmente isso aconteceu em relação às 628 decisões prévias. O modelo estatístico, por sua vez, considerou cada uma das decisões passadas em relação às variáveis escolhidas para criar as árvores de classificação.

A escolha dos especialistas se deu de forma mais livre, uma vez que dificilmente pode ser encontrada uma métrica para medir o “nível de conhecimento” desses indivíduos (RUGER *et al.*, 2004, p. 1168). Foram escolhidas 83 pessoas que se qualificavam sem grandes dúvidas como “especialistas”¹⁰². Cada um deles poderiam prever binariamente (*confirma* ou *reforma*) um ou vários casos, entretanto a opinião de cada um não se comunicava com a opinião dos outros especialistas.

5.1.3. Resultados

Após colhidas as previsões tanto do modelo estatístico como dos especialistas, elas foram publicadas no website do projeto, antes de serem efetivamente decididas pela Suprema Corte. Após o termo de 2002 se iniciar, passou-se a comparar os resultados reais posteriores da Corte com as previsões. Em alguns resultados a performance do modelo estatístico foi melhor do que os especialistas; em outros casos os especialistas previram com maior precisão os resultados. Foram utilizados 68 casos para a comparação¹⁰³. Cada caso foi analisado uma vez pelo modelo estatístico e por mais de um especialista. Por essa

¹⁰² Segundo os autores, os especialistas ou eram professores, operadores do Direito ou pesquisadores que desenvolveram conhecimento substancial em vários campos jurídicos.

¹⁰³ Em algumas situações, não foi possível traduzir o resultado no binômio *confirma/reforma*.

razão, a em relação ao número de previsões pelo modelo estatístico foi de 68 ao passo que o número de previsões feito pelos especialistas foi de 171 previsões.

Nesta primeira análise, o modelo estatístico acertou 75% dos casos, enquanto os especialistas acertaram 59,1% deles. Ou seja, o modelo estatístico previu melhor do que os especialistas o resultado final dos casos.

Por outro lado, ao analisar votos individuais de cada um dos juízes, o resultado foi praticamente semelhante entre o modelo estatístico e os especialistas. Nesta situação, os especialistas acertaram 67,9% dos votos individuais dos juízes, ao passo que o modelo estatístico acertou um pouco menos, 66,7%.

Em relação a tipos de casos (foram divididos em cinco categorias). O modelo estatístico foi melhor do que os especialistas nos casos de direitos civis, procedimentos criminais e atividade econômica. Os especialistas foram melhores nos casos de poder/competência judiciário. E nos casos sobre federalismo, tanto o modelo estatístico como os especialistas previram corretamente aproximadamente o mesmo número de casos.

É claro que ainda é extremamente perigoso buscar conclusões precipitadas. Todos os resultados descritos pelo experimento – e a respectiva modelagem estatística – referem-se apenas ao termo de 2002. Se o estudo fosse repetido, provavelmente os resultados seriam bastante diferentes. Entretanto o resultado é suficientemente interessante para mostrar que modelos estatísticos podem ser importantes para prever uma decisão judicial. Mais interessante ainda é que os autores declararam um prévio ceticismo quanto ao desempenho do modelo estatístico, acreditando que os especialistas obteriam resultados melhores do que uma máquina (RUGER *et al.*, 2004, p. 1180).

Abaixo uma figura que simplifica e ilustra o entendimento do modelo de Ruger *et al.* (2004):

Figura 11 - Modelo de Ruger *et al.* (2004)

Fonte: Elaborado pelo autor, baseado em Ruger *et al.* (2004)

5.2. O estudo de Guimerà e Sales-Pardo (2011)

Poderíamos substituir um juiz da suprema corte americana por um algoritmo que não sabe nada sobre o caso em mãos nem sobre o Direito, mas apenas tem acesso aos votos dos outros juízes e de informações sobre votos passados?

Esta é a pergunta inaugural que tenta ser respondida pelo estudo de Guimerà e Sales-Pardo, no artigo “*Justice Blocks and Predictability of US Supreme Court Votes*”. (GUIMERA; SALES-PARDO, 2011, p. 1). Este estudo é interessante pela criatividade metodológica – a tentativa de previsão aqui é realizada independente do conteúdo jurídico ou fático do caso, mas apenas levando em consideração o resultado do voto dos outros juízes que atuaram no caso em questão. A pretensão do artigo é dupla: além de uma metodologia que ainda não fora utilizada para casos jurídicos, os autores afirmam que este método é ainda mais eficaz em previsões do que (i.) a opinião de especialistas; (ii.) algoritmos que levam em consideração o conteúdo dos casos. Note-se que esses dois métodos – especialistas e algoritmos –

referem-se aos construídos por Ruger *et al.* (2004) e que foram sintetizados por Martin *et al.* (2004), conforme já explanado anteriormente.

A metodologia utilizada pelos autores é complexa e, portanto, não será alvo de estudo detalhado neste trabalho. Entretanto, em linhas simples, diferentemente do estudo de Ruger *et al.* (2004) em que algumas variáveis foram selecionadas para a criação de árvores de decisão cujos nós continham perguntas que as próprias variáveis respondiam, agora o estudo de Guimerà e Sales-Pardo não trabalha com nenhuma variável do caso em questão. Desse modo, não é feita a análise de nenhum aspecto dos casos concretos a serem previstos – por essa razão é que os autores acreditam que este é um enfoque complementar aos outros trabalhos de previsão judicial já desenvolvidos anteriormente. O trabalho se propõe a estudar correlações implícitas¹⁰⁴ entre os comportamentos dos juízes da Suprema Corte através de método estocástico utilizado para analisar redes sociais complexas¹⁰⁵. Os autores demonstram que este método é mais preciso do que os métodos que levam em consideração o conteúdo de cada caso – em uma clara referência, novamente, ao trabalho de Ruger *et al.* (2004). Novamente aqui os dados utilizados foram da *Supreme Court Database*¹⁰⁶ e são relativos aos primeiros 150 casos de cada diferente “geração” da Suprema Corte, desde 1953 até 2004¹⁰⁷.

Basicamente, o que os autores se propõem é compilar um grande número de casos analisando apenas o resultado de voto de cada um dos juízes. O resultado do voto é convertido em uma variável binária ($v = 1$ para o caso em que o pedido foi considerado procedente; $v = 0$ para o caso em que o pedido foi considerado improcedente). Em suma, o resultado ($v = 1$ ou $v = 0$) do voto foi a única variável que será utilizada como *input* no modelo. Os juízes então foram classificados em “blocos” (*output* do modelo) que agrupam juízes que tomam decisões parecidas.

¹⁰⁴ Não se trata aqui de cálculo de correlação simples estatística, mas sim de correlações implícitas em que não há análise das variáveis que causaram essa correlação.

¹⁰⁵ Para mais informações sobre o modelo utilizado pelos autores, vide Guimerà e Sales-Pardo (2009).

¹⁰⁶ Disponível em <www.supremecourtdatabase.org>. Acessado em fev/2016.

¹⁰⁷ É comum nos Estados Unidos a nomeação da divisão de períodos na Suprema Corte de acordo com quem é o presidente do tribunal à época. Dessa forma, entre 1953 até 2004, existiram três gerações na Suprema Corte: (i.) a “*Warren Court*”, presidida por Earl Warren; (ii.) a “*Burger Court*” presidida por Warren E. Burger; e a (iii.) “*Rehnquist Court*” presidida por William Rehnquist”.

Mas o estudo dos autores possui um escopo *extremamente limitado*: apenas busca-se saber o resultado do 9º (e último) juiz votante, dado o resultado dos votos dos 8 juízes anteriores. Ou seja, o modelo só traz uma previsão para o 9º voto, dado que os 8 outros juízes já proferiram suas decisões. De acordo com os próprios autores:

We want to predict the vote of a justice in case n (without loss of generality we set this justice to be number 1), given the complete voting record of the court up to case $n-1$ and the votes of the other eight. (GUIMERA; SALES-PARDO, 2011, p. 2)

Em uma primeira análise, este tipo de previsão pode parecer relativamente fácil, tendo em vista que seria possível alcançar resultados satisfatórios recorrendo ao que os autores denominam de “regra da maioria”. Basta apenas que seja observado o que os juízes anteriores votaram, para que a próxima previsão esteja de acordo com o que a maioria votou. Entretanto, quanto mais dividida a corte, mais difícil é de se prever a próxima decisão usando a *regra da maioria*. E são nessas situações que o modelo se torna mais eficiente. Esse é o motivo inclusive que os autores retiraram da análise os casos de *unanimidade* (9-0) e de *voto vencido* (8-1).

Para facilitar e ilustrar o entendimento do estudo, elaboramos um esquema abaixo:

Figura 12 - Modelo de Guimerà e Sales-Pardo (2011)

Fonte: Elaborado pelo autor, baseado em Guimerà e Sales-Pardo (2011)

Para que os *resultados* obtidos fossem testados, comparou-se os *outputs* do estudo com a “regra da maioria”. O modelo proposto é comparativamente melhor

quando a corte está mais dividida (especialmente no caso de resultados 5 a 4), do que quando há mais consenso. Vide a figura abaixo:

Figura 13 - Resultados de Guimerà e Sales-Pardo (2011)

Fonte: Guimerà e Sales-Pardo (2011, p.4)

O primeiro quadro ilustra os resultados considerando todas as decisões. O segundo quadro considera todos os resultados excluindo casos de *unanimidade* (9-0) e casos de *voto vencido* (8-1). O último quadro mostra os resultados considerando apenas situações de 5 a 4.

O resultado de previsões corretas para o modelo de *Guimerà e Sales-Pardo*, considerando todas as decisões é de 83%. Conforme ressaltam os próprios autores, apesar de não serem diretamente comparáveis, este resultado (83%) parece bastante superior aos obtidos pelo modelo de *Ruger et al.* e obtidos pela opinião de especialistas (66.7% e 67.9% de acertos respectivamente)¹⁰⁸.

Há que se fazer certas ressalvas ao estudo. O modelo preditivo de *Guimerà e Sales-Pardo* na verdade não possui, por irônico que possa parecer, utilidade preditiva. Isto porque somente é possível executar o algoritmo do modelo *a posteriori*, em que seja fácil conhecer, para cada caso, o resultado das decisões dos 8 juízes para, somente então, se prever a decisão do 9º. De qualquer modo, os resultados provam existir correlações implícitas entre o comportamento de juízes que julgam de maneira semelhante. Ou seja, é possível dividir a Suprema Corte em “blocos” de juízes que irão votar de forma semelhante. O *gap* entre os resultados da

¹⁰⁸ Vide Seção 5.1.

“regra da maioria” e os resultados do modelo denota que há correlações consistentes e estáveis entre os juízes (GUIMERA; SALES-PARDO, 2011, p. 4).

Concluimos, portanto, que a utilidade do estudo de Guimerà e Sales-Pardo é muito mais teórica do que prática, mas extremamente pertinente por ser mais um passo avançando no estudo contemporâneo sobre o comportamento judicial. A própria conclusão dos autores vai no sentido de que estudos como esse “*ajudam a iluminar problemas importantes no estudo da teoria da decisão, teoria do direito e ciências políticas*”¹⁰⁹ (GUIMERA; SALES-PARDO, 2011, p. 6, tradução nossa). Existem outras conclusões mais concretas no estudo, como, por exemplo, quais juízes mais “previsíveis” e qual o partido político que os apontou (democrático ou republicano), mas que são mais restritas a características específicas do sistema judiciário.

5.3. O estudo de Katz *et al.* (2014)

Mais recentemente, em 2014, os professores Daniel Katz, Michael Bommarito e Josh Blackman publicaram um artigo¹¹⁰ em que propõem um modelo preditivo da Suprema Corte Americana que possui algumas vantagens sobre os modelos anteriores (especialmente sobre os modelos de Ruger *et al.*, e de Guimerà e Sales-Pardo).

Preliminarmente, para o modelo ser construído pelos autores, ele deverá prever e responder duas questões: (i.) A Suprema Corte irá confirmar ou reverter a decisão da Corte inferior?; e (ii.) Como cada juiz da Suprema Corte irá individualmente votar? (KATZ; BOMMARITO; BLACKMAN, 2014, p. 2)

Pela primeira vez, segundo os autores, construiu-se um modelo que obtém bons resultados de predição – que são parecidos com os anteriores, mas com a vantagem deste modelo ser robusto¹¹¹, generalista¹¹² e totalmente preditivo¹¹³. Estes

¹⁰⁹ Tradução livre de: “*Predicting justice behavior is a way to test hypotheses about how justices make decisions, so that studying such predictions sheds important problems in decision theory and in legal Studies and Political Science*”.

¹¹⁰ “*Predicting the behavior of the Supreme Court of the United States: A general approach*”.

¹¹¹ Do original *robust*.

¹¹² Do original *generalized*.

três aspectos foram considerados objetivos indispensáveis na construção do modelo preditivo dos autores.

Um modelo que é *robusto* significa que é um modelo flexível e que pode ser utilizado em diferentes situações. A Suprema Corte americana – assim como o STF no Brasil – é um tribunal que está sujeito a mudanças tais como: mudanças ideológicas, aposentadoria de seus membros, posse de novos membros, mudanças legislativas, enfim, todas essas transformações (e outras) que podem impactar em como o tribunal irá decidir seus casos. Deste modo, um modelo que seja *robusto* é um modelo que consegue dar conta de situações diversas sem o risco de *overfitting* ou de *underfitting*¹¹⁴. Nesse sentido, como exemplo de um modelo que *não* é *robusto*, os autores citam o trabalho de Ruger *et al.* (2004), uma vez que o modelo somente foi apto para previsões para o ano de 2002¹¹⁵ (*overfitting*). Como exemplo de um modelo que é *robusto*, pode-se citar o trabalho de Guimerà e Sales-Pardo (2011).

Para que seja considerado *generalista*, segundo a definição dos autores, deverá haver a possibilidade de se prever não um único ano, como é o caso do modelo de Ruger *et al.* (2004), mas sim quantos anos forem necessários. Dessa monta, um modelo *generalista* é um modelo que “*continuará a oferecer previsões precisas mesmo com diferentes juízes e por diferentes contextos sociais, econômicos e políticos*” (KATZ; BOMMARITO; BLACKMAN, 2014, p. 3).

E por fim, o modelo deve ser considerado *totalmente preditivo*, isto é, deve conseguir prever o voto de todos os nove juízes, e não apenas do nono juiz – limitação que ocorre com o modelo de Guimerà e Sales-Pardo (2011).

Realizando um contraste com os modelos desenvolvidos até então, o modelo de Ruger *et al.* (2004) é *totalmente preditivo*, mas sem ser *robusto* ou *generalista*. Ao passo que o modelo de Guimerà e Sales-Pardo (2011) é *robusto* e *generalista*,

¹¹³ Do original fully predictive.

¹¹⁴ Vide Subseção 5.1.1, em que a definição de overfitting é melhor explicada.

¹¹⁵ Segundo Ruger *et al.* (2004, p. 1155): “*This experiment captures only one specific Term and only one specific group of Justices, cases and experts. The results might well be different in a different Term or with different experts*”.

entretanto falha em ser *totalmente preditivo*. É esse *gap* que o modelo de Katz *et al.* tenta preencher.

5.3.1. Metodologia

Todos os *inputs* do modelo derivam das variáveis que podem ser encontradas no Supreme Court Database. Mais uma vez outro modelo está utilizando os dados compilados pelo professor Harold Spaeth e seus sucessores, fazendo com que esta base de dados seja cada vez mais a *escolha-padrão* para estudos sobre a Suprema Corte americana¹¹⁶. O *output*, por sua vez, é a previsão de como os juízes irão votar individualmente em determinado caso. Usando a regra da maioria posteriormente, alcança-se o segundo *output*, que é o resultado final da corte (confirma/reforma). Os dados utilizados foram de 1946 a 2013¹¹⁷. Entretanto os anos de 1946 a 1953 serviram apenas como *inputs* para que o modelo fosse “treinado”, isto é, para que as árvores de classificação fossem geradas. O método utilizado foi derivado do modelo de “Florestas Aleatórias”¹¹⁸. A ideia por trás do método de “florestas aleatórias” é basicamente a mesma do método de “árvores de classificação” empregado por Ruger *et al.* (2004). Entretanto, as árvores de classificação tendem ao *overfitting* e nem sempre generalizam bem (LUCAS, 2011, p. 9). Assim, de modo a obter um modelo um pouco mais generalista, como alternativa ao *overfitting* das árvores de classificação, os autores utilizaram um modelo que conseguisse melhores resultados em relação a esse aspecto. Em linhas extremamente simplificadas, ao invés de serem criadas apenas uma árvore de classificação para cada juiz (como é o caso de Ruger *et al.* (2004)), são criadas, de maneira aleatória, várias árvores diferentes (por

¹¹⁶ As vantagens em se utilizar uma única base de dados como fonte para todos os trabalhos científicos (ou pelo menos para grande parte deles) são inúmeras. Algumas das vantagens são que (i.) a base se torna cada vez mais confiável (erros são captados mais facilmente por diferentes pesquisadores); (ii.) as pesquisas decorrentes são mais facilmente “falseáveis” e não é difícil recriá-las novamente para testes ou incrementos posteriores; (iii.) as variáveis são codificadas da mesma forma, gerando possibilidade de comparação de resultados entre diferentes estudos bem como um intercâmbio de informações entre estes trabalhos. Para maiores detalhes sobre a importância desta base de dados, vide <<http://scdb.wustl.edu/about.php>> (acesso em jun. 2016).

¹¹⁷ O modelo, programado em Python, está totalmente disponível em código-aberto no *GitHub* em <<https://github.com/mjbommar/scotus-predict/>> (acesso em jan. 2016). Apesar de o artigo compreender dados até 2013, a versão online do modelo já está atualizada e compreende os anos de 2014 e 2015.

¹¹⁸ Na verdade, especificamente o método utilizado foi o de “*Extremely Randomized Trees*”, que é parecido com as Florestas Aleatórias (*Random Forests*), mas com algumas diferenças. Esse algoritmo foi inicialmente apresentado por Geurts (2006).

essa razão o nome “floresta”) e posteriormente busca-se a média destas árvores. Quando existem várias árvores ao invés de uma só, elimina-se, de certo modo, o problema de *overfitting* (KATZ; BOMMARITO; BLACKMAN, 2014, p. 5).

Das 247 variáveis existentes na *Supreme Court Database*, o modelo empregou 95 delas, muito baseado naquelas que faziam sentido de acordo com as teorias explanatórias sobre a tomada de decisão na Suprema Corte. Os autores dividiram as variáveis em três categorias: (i.) Informação sobre juízes e sobre o tribunal; (ii.) Informação sobre o caso a ser decidido; (iii.) tendências históricas e ideológicas dos juízes e do tribunal. Os dados relacionados a cada uma das variáveis referem-se a 7.700 casos e mais de 68.000 votos individuais.

Aplicando o modelo para todos os casos a partir de os anos de 1953, tem-se que os resultados foram de previsões corretas em 69,7% no resultado final e cada um dos casos, e 70,9% no resultado dos votos individuais dos juízes. Apesar de parecer promissor alcançar um número acima de 70% de acerto, este índice apenas é uma média, havendo mudanças relevantes de um ano para o outro, como pode-se notar na figura abaixo.

Figura 14 - Resultados obtidos do estudo de Katz *et al.* (2014)

Fonte: Katz *et al.* (2014, p.10)

Outra interpretação que se pode alcançar com o modelo dos autores, é o peso (percentual) para as variáveis. Basicamente o peso da variável revela o quão importante é aquela variável para a previsão final. Colateralmente então, é possível obter “pistas” quantitativas sobre quais fatores influenciam mais e quais são menos relevantes para a decisão judicial ser tomada. Como exemplo, informações sobre o

caso específico correspondem a um peso de 23% enquanto o *background* do juiz e da corte, apenas a 4.4%. Os maiores pesos do modelo estão distribuídos em variáveis que correspondem ao comportamento de voto e tendências do tribunal nas últimas decisões¹¹⁹.

O trabalho de Katz, Bommarito e Blackman (2014) é, por si só, um passo extremamente importante no estudo do comportamento judicial através do emprego de tecnologia. Não há dúvidas de que os pesquisadores conseguiram desenvolver um modelo *robusto, generalista e totalmente preditivo*. Entretanto, o que mais impressiona aqui é que o modelo preditivo dos autores ultrapassou a barreira do mundo acadêmico e continua sendo testado e aprimorado (bem como comparado com previsões humanas) por estudantes, advogados, professores e entusiastas em um website que atrai milhares de pessoas para fazer previsões sobre as próximas decisões da Suprema Corte americana. O FantasySCOTUS é um projeto de sucesso que une tecnologia e decisão judicial, e, portanto, será melhor detalhado a seguir (vide item 5.4.4.2).

5.4. O futuro dos modelos computacionais preditivos de decisão

Os trabalhos explicitados nos itens anteriores ganharam repercussão por se tratarem de modelos computacionais que aferiram resultados preditivos satisfatórios. Não são apenas estes trabalhos que representam o futuro dos modelos preditivos de decisão judicial. Alguns outros aspectos são importantes para que se possa entender o direcionamento que vêm tomando os novos estudos e modelos de decisão judicial. Vamos falar sobre alguns desses aspectos nos próximos itens.

5.4.1. Problemas Inversos, ao invés de Problemas Diretos

Tradicionalmente, o estudo do Direito se dá através de um processo denominado “*problema direto*” (*forward problem*). Um *problema direto* significa um problema para o qual primeiro constrói-se um modelo teórico, e, posteriormente, verifica-se a veracidade do modelo com testes empíricos e estatísticos. Desta forma, um modelo de *forward problem* é um método segundo o qual (i.) inicialmente

¹¹⁹ Vide Figura 4 do trabalho de Katz; Bommarito e Blackman (2014).

trabalhamos com as possíveis causas dos problemas (hipóteses) para somente depois (ii.) chegarmos aos resultados para comprová-las ou refutá-las (testes de hipótese). Em oposição, nos denominados “*problemas inversos*” (*inverse problems*), como o próprio nome revela, a ordem é invertida: (i.) inicia-se o estudo a partir das observações e dados dos resultados, para que, em cima dos dados concretos levantados, (ii.) seja possível chegar a um modelo de “causas” correto.

Isso é importante para modelos computacionais, pois os mecanismos de decisão podem envolver um número muito grande de variáveis fazendo com que a análise invertida (resultados primeiro e teorias depois) seja praticamente impossível de ser realizada sem um computador, por ser complexa e envolver uma quantidade de dados extremamente elevada. Com a evolução computacional tanto em processamento de dados como em armazenamento de dados, é possível hoje captar grandes quantidades de informação e processá-las tantas vezes quanto necessárias para que sejam obtidos modelos cada vez mais preditivos. Utilizar esta tecnologia para previsões judiciais é o que Katz batizou como sendo “*quantitative legal prediction*” (KATZ, 2011).

Modelos de previsão *inversos* e que usam grandes quantidades de dados já são conhecidos por todos. Tome-se por exemplo as recomendações de compras em websites de livrarias; ou recomendações de filmes no *Netflix*.; ou o famoso recurso “*peças que você pode conhecer*” do *Facebook*; ou também o corretor ortográfico do *Google* que faz as buscas com os termos corretos mesmo que você tenha cometido algum erro de digitação. Todos esses são modelos que utilizam uma quantidade imensa de dados e conseguem prever com uma margem de erro razoável, quais são nossas preferências, nossos amigos, ou o que nós realmente queríamos digitar quando cometemos um simples erro ortográfico.

O pressuposto de tais modelos, em linhas simples, é que, como o cérebro humano é tão inacessível como uma caixa preta, e as pessoas são tão diferentes umas das outras, elaborar um modelo partindo de teorias nunca conseguirá alcançar previsões de forma consistente. A solução para o problema é partir de um grande número de dados e modelos estatísticos que se encarregam de testar e formular correlações e classificações entre esses dados e variáveis. Ou seja, não existe no

processo nenhuma avaliação valorativa ou teórica nos modelos que são aplicados, mas apenas correlações e fórmulas matemáticas.

É claro que a formulação aqui colocada é extremamente simplificadora. Mas é suficiente para que se possa ilustrar as diferenças fundamentais entre uma teoria da decisão tradicional e um modelo preditivo puramente quantitativo, tal qual sugere Katz (2011)¹²⁰. A Figura 15 a seguir ilustra o conceito de *inverse problem* e sua distinção com o tradicional *forward problem*.

Figura 15 - *Forward Problems X Inverse Problems*

Fonte: Katz (2011, p. 953)

5.4.2. Dados não estruturados e IBM Watson. Fugindo da rigidez das variáveis.

Apesar de uma notória evolução na pesquisa da decisão judicial – principalmente no uso de grandes bases de dados como a *Supreme Court Database* – todos os modelos computacionais e estatísticos apresentados até agora partem do pressuposto de que, previamente, exista uma base de dados já estruturada em variáveis. Em linhas simples, isso significa que esta base de dados é composta de tabelas, e estas tabelas em colunas. Cada uma das colunas representa algum tipo de variável ou informação estruturada como, por exemplo, o gênero do juiz, a data do julgamento, ou se a ação foi julgada procedente ou improcedente. Para que seja mais fácil o entendimento, basta uma analogia com uma planilha de Excel, em que

¹²⁰ O Professor Katz introduz o assunto de forma muito interessante no vídeo disponível em <<https://youtu.be/P8uMYSMwuHY>> (acesso em fev. 2016).

cada linha (dados) é uma informação nova estruturada de acordo com as colunas (variáveis).

Como um exemplo de dados estruturados, montamos abaixo uma tabela hipotética e simplificada de como seria uma base de dados estruturada relativa a decisões judiciais. Temos 6 variáveis nesta base (caso, nome do juiz, gênero do juiz, idade do juiz, índice ideológico e resultado da decisão).

Tabela 4 - Tabela hipotética com dados estruturados

Caso	Nome do Juiz	Gênero Juiz	Idade do Juiz	Índice Ideológico Juiz (Segal-Cover Score)¹²¹	Resultado da Decisão (1 = afirma; 0 = reverte)
Caso 1	Juiz 1	M	50	0.80	1
Caso 1	Juiz 2	F	65	0.55	1
Caso 1	Juiz 3	F	60	0.10	0
Caso 2	Juiz 1	M	50	0.80	0
Caso 2	Juiz 2	F	65	0.55	0

Fonte: Elaborado pelo autor

Não há dúvidas de que analisar bases de dados estruturadas é muito mais simples do que analisar bases não estruturadas. Isso acontece porque computadores funcionam através de operações matemáticas simples. E através de bases estruturadas, é possível reduzir as informações em dados numéricos deixando a tarefa de análise muito mais fácil para ser realizada por um sistema. Por exemplo, o gênero do juiz poderia ser traduzido como 0 = masculino; 1 = feminino. Do mesmo modo, o resultado da decisão judicial poderia ser traduzido por 0 = improcedente; 1 = procedente. Fazendo essas "adaptações", um sistema facilmente poderia encontrar, por exemplo, a média de ações procedentes para juízes do sexo masculino e sexo feminino. Muitas outras análises descritivas e inferenciais podem ser também realizadas, sendo mais relevantes e confiáveis quanto mais dados estiverem disponíveis na base. Em resumo, uma grande *vantagem* de processar dados contidos em uma base de dados estruturada é que esta é uma tarefa muito mais simples, direta e com resultados mais precisos. Além disso, dados estruturados são mais fáceis de serem entendidos, independentemente de processamento, tendo em vista que uma base estruturada é facilmente entendida por leigos e não-estatísticos.

¹²¹ O Índice Segal-Cover (*Segal-Cover Score*) é comumente utilizado em estudos que analisam juízes e decisões judiciais da Suprema Corte Americana. O índice está detalhado na Seção 4.3.2.

Apesar das evidentes vantagens no uso de bases de dados estruturadas, existem algumas *dificuldades* a serem transpostas mesmo neste tipo de base de dados: (i.) as bases de dados devem ser compiladas de forma rigorosa (quanto mais confiável a base de dados, mais confiáveis serão os resultados que podem ser dela extraídos); (ii.) a estrutura da base de dados deve ser estabelecida previamente, ou seja, as variáveis devem ser conhecidas antes para que os dados sejam inseridos de acordo com a estrutura da base. Isso faz com que variáveis previamente desconhecidas e supervenientes não integrem uma base de dados pois não eram conhecidas no momento em que a base foi arquitetada; e, por fim, (iii.) há uma limitação nas análises que podem ser realizadas, uma vez que o número de categorias/variáveis é limitado.

Ademais, a criação e armazenamento de dados que existem na “*vida real*” do Direito não é nada parecido com uma base de dados estruturada. Primeiro, porque mesmo em bases de dados estruturadas, não há unificação entre as diferentes bases de dados existentes¹²². Segundo, porque não existe acesso a quase nenhuma dessas bases de dados oficiais por parte dos pesquisadores e profissionais do Direito – pior ainda, existem poucas bases de dados compiladas¹²³. E terceiro, porque a maior parte das informações relevantes estão contidas dentro dos textos das petições e decisões – ou seja, não estão estruturadas em uma base de dados organizada, o que torna a simples tarefa de acessar essas informações algo extremamente difícil para um pesquisador ou para um algoritmo de um computador.

Para que fique mais claro a distinção entre dados estruturados e não-estruturados, segue abaixo uma comparação entre dados estruturados e dados não estruturados no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹²⁴. Note-se que, informações básicas, tais como *classe do processo*, *assunto*, *magistrado*, *comarca*, *foro*, *vara*, *Data da Disponibilização*, estão todas estruturadas em variáveis. Cada

¹²² Uma vez que o sistema judiciário brasileiro é, em grande parte, estadual, esta autonomia faz com que, pelo menos até o momento, inexistia a possibilidade de compilar, buscar e analisar dados de todo o Brasil uniformemente.

¹²³ Uma das iniciativas interessantes de compilação de base de dados – e exceção à regra – são os projetos “*Justiça em Números*” e “*Supremo em Números*”, pensados pelo Conselho Nacional de Justiça e pela FGV, respectivamente.

¹²⁴ Usou-se aqui o portal de “*Banco de Sentenças do TJSP*” (disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjpg/>>, acesso em: fev. 2016)

uma dessas variáveis repete-se para todos os processos, de modo que há possibilidade de comparação entre elas.

Figura 16 - Parte da decisão (TJSP) com Dados Estruturados

Parâmetros de Consulta

Pesquisa Livre: Ver sinônimos

OU

Tipo do número: ☒ Número do processo ☐ Outros

Número do processo:

Classe:

Assunto:

Registrado:

Data: até (dd/mm/aaaa)

Vara:

Ordenar por: ☒ Data decrescente ☐ Data crescente

Resultados 11 a 20 de 5141479

11 - 0003099-70.2014.8.26.0136

Classe: Procedimento do Juizado Especial Cível
Assunto: Ato / Negócio Jurídico
Magistrado: Mariana Horta Greenhalgh
Comarca: Cerqueira César
Foro: Foro de Cerqueira César
Vara: Juizado Especial Cível e Criminal
Data de Disponibilização: 26/01/2016

SENTENÇA Processo nº:0003099-70.2014.8.26.0136 Classe - Assunto:Procedimento do Juizado Especial Cível - Ato / Negócio Jurídico Requerido:Primus Veículos e outros Juiz(a) de Direito: Dr(a). Mariana Horta Greenhalgh CONCLUSÃO Em 21 de Janeiro de 2016, faço estes autos conclusos à Dra. MARIANA HORTA GREENHALGH, JMa, Juíza de Direito desta comarca de Cerqueira César, Eu, Escr, subscrevi. Vistos. O valor da indenização devida pelo Banco Pan S/A ao autor, em decorrência da fatura de mi-fé e R\$ 200.000,00 (dois mil, oitocentos e trinta reais e cinquenta e oito centavos), conforme cálculo apresentado nos autos (fls. 262). Assim, malgrado o que manifestado (fls. 279/280), em relação ao depósito judicial de fls. 272, expõe-se mandado de levantamento em favor do autor, no valor acima mencionado. Quanto ao remanescente, expõe-se mandado de levantamento em favor do Banco Pan S/A. Deste modo, com fundamento no artigo 794, I, do Código de Processo Civil, julgo extinta a execução do juízo proferido nestes autos, declarando a condenatória, por posta por Ataliba dos Santos, contra Primus Veículos e Banco Panamericano S/A. Por fim, deverá o Banco Pan S/A juntar a guia das custas devidas, devidamente recolhida, eis que não aconformou a petição, com data de 19/01/2016. DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE

12 - 1003376-37.2015.8.26.0297

Classe: Procedimento do Juizado Especial Cível
Assunto: DIREITO DO CONSUMIDOR
Magistrado: Fernando Antonio de Lima
Comarca: Jales
Foro: Foro de Jales
Vara: Vara do Juizado Especial Cível e Criminal
Data de Disponibilização: 26/01/2016

SENTENÇA Processo nº:1003376-37.2015.8.26.0297 Classe - Assunto:Procedimento do Juizado Especial Cível - DIREITO DO CONSUMIDOR Requerente:Rinaldo Lopes de Almeida Me Requerido:Vivo S/A Juiz(a) de Direito: Dr(a). Fernando Antonio de Lima VISTOS. Relatório dispensado, na forma da lei. Trata-se de ação de indenização por danos morais, obrigação de não fazer consistente em não cobrar os serviços de terceiros e repetição em dobro dos valores indevidamente cobrados, bem assim pedido de declaração de inexistência do débito. Consigne-se, inicialmente, que a simples juntada de conta telefônica não implica dados relacionados à privacidade, não sendo o caso de decretar o sigilo processual. A inicial não é inepta, pois o pedido decorre logicamente da causa de pedir, ambos sendo claros e bem formulados pelo digno e competente Advogado do requerente. Quanto ao mérito, colhe-se, dos autos, que a parte-autora contratou com a requerida um plano de telefonia, mas, na fatura, apareceram cobranças referentes a "serviços de terceiros". A prova documental aponta pela verossimilhança das alegações. Inverte-se, pois, o ônus da prova, nos termos do que dispõe o art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Nesses termos, cumpria à ré demonstrar a contratação do serviço, mas dessa prova não se desincumbiu. Logo, indevida a contratação. Acresce-se, ainda, que o art. 39, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor estipula, como prática abusiva, o envio ou entrega ao consumidor, sem solicitação prévia, de qualquer produto ou serviço. A abusividade revela a má-fé da requerida, o que enseja a devolução em dobro, nos termos do que dispõe o art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. Ante-se que o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA firmou entendimento de que o DANO MORAL, no caso, prescinde de comprovação dos transtornos enfrentados pelos lesados, uma vez que a operadora agiu em DESACORDO com os ditames legais. Veja o julgado, publicado em 14/04/2015: RECURSO ESPECIAL Nº 1.518.530 - RS (2015/0046998-9) RELATORA : MINISTRA ASSUJETE MAGALHÃES RECORRENTE : JOAO CARLOS SOUZA ADVOGADOS : FÁBIO DAVI BORTOLI ALEXANDRE LUIS JUDACHESKI RECORRIDO : OI S.A ADVOGADOS : CATIUSCIA JARDIM DE OLIVEIRA E OUTRO (S) KÁTIA GORETTI DIAS VAZZOLLER DECISÃO Trata-se de Recurso Especial interposto por JOAO CARLOS SOUZA, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado: "APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. COBRANÇA INDEVIDA DE VALORES NA CONTA TELEFÔNICA DO CONSUMIDOR. PRESCRIÇÃO. Aplicável ao caso o prazo prescricional trienal previsto no art. 206, § 3º, IV, do CC, uma vez que a demanda trata da restituição dos valores cobrados indevidamente. REPETIÇÃO DE INDEBITO. Verificada a

Fonte: Elaborado pelo autor, com base no website do TJSP (<tjsp.jus.br>)

É facilmente executável nesta base de dados, por exemplo, a quantificação de processos por magistrado, por vara ou por ano. Muitas outras operações são prontamente executáveis através de algoritmos simples, porque os dados encontram-se estruturados.

Por outro lado, para cada uma das sentenças, existe uma grande porção não-estruturada, conforme depreende-se da figura abaixo.

Figura 17 - Parte da decisão (TJSP) com dados não estruturados

[illegible]

Fonte: Elaborado pelo autor, com base no website do TJSP (<tjsp.jus.br>)

A sentença inteira encontra-se em formato texto, não estruturado em uma base de dados. A única operação que se pode realizar prontamente com o campo “sentença” (em destaque na Figura 17) é uma busca por palavras-chave (se elas estiverem indexadas em algum mecanismo de busca).

De fato, a indexação das sentenças em estrutura de texto é um grande passo para o acesso à informação judicial, porque torna-se mais fácil para o pesquisador encontrar decisões através de termos que estão relacionados com sua pesquisa. É, portanto, inestimável o valor que a indexação traz para a pesquisa – que agora torna-se cada vez mais importante com o crescimento no volume e na importância da pesquisa empírica¹²⁵. Entretanto, a indexação é mais útil para a pesquisa *qualitativa*, mas não tanto para a pesquisa *quantitativa*, pois pela inexistência de variáveis, a tarefa de sistematização de muitas decisões iguais torna-se dificultada. Em suma, há uma quantidade valiosa de informações dentro do texto não estruturado da sentença, mas ao mesmo tempo, tais informações dificilmente são utilizadas: é impeditivo sua comparação e sistematização em um cenário de análise de várias sentenças ao mesmo tempo.

¹²⁵ A respeito do crescimento da pesquisa empírica no Direito, vide o trabalho de Xavier (2015).

Tem-se então um problema importante para o estudo da Teoria da Decisão Judicial. Por mais que existam teorias concorrentes a respeito de como os juízes se comportam, a tarefa de analisá-las empiricamente é dificultada, pois há limitação para o acesso, sistematização e processamento dessas informações. Ou seja, temos acesso às teorias, mas não temos acesso à realidade. Uma análise mais rigorosa e sistematizada é fundamental para aproximarmos as teorias existentes nos livros com a realidade diária dos magistrados, advogados e órgãos do judiciário, enfim, do Direito.

O problema está posto: (problema: existem muitos dados e informação disponíveis, mas não são estruturados e dificilmente são “*analisáveis*”). Em princípio podemos elencar três saídas para esse problema. A *primeira solução* seria darmos prosseguimento nas análises qualitativas, com suas devidas limitações. Apesar de ser desejável o desenvolvimento e evolução nas pesquisas qualitativas no Direito, para uma visão mais ampla, mais global, a pesquisa quantitativa muitas vezes é mais adequada¹²⁶. A *segunda solução* seria a compilação e melhor estruturação dos dados que já existem (ou dos próximos dados a serem inseridos nas bases de dados). O problema com essa solução é que a rotina dos funcionários e membros do judiciário deverá ser significativamente alterada e mais tempo deverá ser dispendido pelos servidores em compilação e sistematização de dados – ou ainda mais cargos deveriam ser criados exclusivamente para essa tarefa. Por fim, a *terceira solução* seria o desenvolvimento de algoritmos mais complexos e inteligentes que possam, sozinhos, distinguir e sistematizar a informação ao meio dos dados não-estruturados, de forma a trazer, quantitativamente, informações valiosas acerca não apenas de como os juízes decidem, mas também informações importantes sobre o poder judiciário como um todo. E estamos caminhando para soluções computacionais de análise de dados não estruturados.

¹²⁶ Um cenário ideal, ao nosso ver, é aquele em que são realizadas tanto pesquisas qualitativas como quantitativas uma vez que há disponibilidade dos dados e informações.

5.4.3. IBM Watson e dados não estruturados

Em 1997, pela primeira vez um computador – conhecido como *Deep Blue* – venceu uma série de partidas de xadrez contra um campeão mundial¹²⁷. A partir desta emblemática – e custosa – vitória do *Deep Blue*, a evolução dos computadores foi tamanha que hoje qualquer computador pessoal consegue vencer os melhores jogadores de xadrez do mundo¹²⁸. O exemplo Kasparov x. *Deep Blue* é interessante pois marca o início da polêmica hipótese de que homens serão ultrapassados por computadores¹²⁹. O que mais interessa aqui, entretanto, foi o passo que a IBM deu no embate humanos x computadores, pulando do *Deep Blue* agora para o *Watson*, e do xadrez para o jogo de televisão *Jeopardy!*¹³⁰.

Em 2011, o supercomputador *Watson* venceu os dois maiores jogadores de *Jeopardy!* da história do programa, *Ken Jennings* e *Brad Rutter*¹³¹. A experiência da IBM com o *Jeopardy!* é interessante pois demonstra como um computador pode ser bem-sucedido ao analisar uma grande quantidade de dados não estruturados e responder questões que também não estão estruturadas e com “pegadinhas” e nuances de linguagem natural que são extremamente difíceis para um computador captar.

¹²⁷ O *Deep Blue* já havia vencido uma partida simples de Kasparov em 1996, entretanto o então campeão mundial venceu a série de 6 partidas. No ano de 1997, pela primeira vez um campeão mundial perdeu a série de 6 partidas.

¹²⁸ Uma vez que atualmente não faz mais sentido a disputa computador x humanos (pois os computadores se saíram melhor), não há mais muita “emoção” em continuar com as disputas; tanto é verdade que existem, hoje em dia, alguns torneios de xadrez *somente disputado entre programas de computador* (Disponível em: <<http://www.extremetech.com/extreme/196554-a-new-computer-chess-champion-is-crowned-and-the-continued-demise-of-human-grandmasters>>, acesso em jan. 2016). Um último capítulo na disputa computador x humanos foi o sucesso do AlphaGO, um computador desenvolvido pela equipe do Google que venceu o maior jogador de GO (um jogo popular na Ásia, e com mais possibilidades e variáveis do que o xadrez) em março de 2016. Vide, a esse respeito a página web disponível em: <<https://deepmind.com/alpha-go>> (acesso em jun. 2016).

¹²⁹ De fato, programar um computador para vencer um jogo de xadrez é uma tarefa extremamente desafiadora. Uma estimativa bastante aceita é a de Shannon (SHANNON, 1950), segundo a qual existem 10¹²⁰ possibilidades diferentes em um jogo típico de xadrez. Para se ter uma ideia da grandeza deste número, uma das estimativas é a de que existam, em todo o universo, aproximadamente 10²² estrelas.

¹³⁰ O *Jeopardy!* é um game-show Americano criado por *Merv Griffin*, em que são apresentadas dicas de conhecimento geral no formato de respostas, e os jogadores devem formular suas respostas no formato de perguntas.

¹³¹ Para uma ideia de como foi o desafio, vide o vídeo do programa, disponível em: <<https://youtu.be/P18EdAKuC1U>> (acesso em jan. 2016).

Voltando ao cerne de nossa pesquisa, a experiência com o Watson se mostra interessante no campo jurídico, uma vez que um dos campos mais promissores em que o Watson irá atuar será justamente o do Direito.¹³² Já existe, inclusive, empresas que estão aproveitando as capacidades cognitivas do Watson e estão desenvolvendo programas capazes de auxiliar advogados a fazerem pesquisa jurídica de forma mais simplificada.¹³³ Basicamente, o Watson pode trazer uma resposta altamente relevante ao invés de milhares de resultados para uma pergunta, que pode ser feita em linguagem natural, ao invés de palavras-chave; além disso, ele poderá monitorar leis e jurisprudência em busca de mudanças que possam impactar positivamente ou negativamente um caso específico ao invés de enviar apenas compilados de notícias e boletins, tal qual estamos acostumados. O Watson aprende mais cada vez que um advogado/pesquisador utiliza o sistema¹³⁴. Desta forma, é possível imaginar o quanto serão promissores os próximos anos para a pesquisa sobre decisão judicial, e mais especificamente, para a pesquisa sobre previsibilidade das decisões judiciais. Se um avanço extraordinário já tem sido observado nas pesquisas de comportamento judicial utilizando-se as limitadas bases de dados existentes¹³⁵, imagine-se quando combinadas com a imensidão de dados não estruturados existentes no mundo jurídico.

Neste cenário é que a ideia de *Big Data para análises judiciais* entra em cena. O termo *Big Data* foi pela primeira vez documentado em um artigo da NASA em 1996.¹³⁶ A definição padrão que pode ser utilizada para o termo é: “*data of a very large size, typically to the extent that its manipulation and management present significant logistical challenges*”¹³⁷. A importância na evolução da pesquisa em/com

¹³² Disponível em: <<http://www.legalfutures.co.uk/latest-news/ibm-lays-out-massive-potential-for-watson-in-the-law>>, acesso em fev. 2016.

¹³³ Vide Ross Intelligence. Disponível em: <www.rossintelligence.com>. Acesso em fev. 2016.

¹³⁴ Baseado em <<http://www.rossintelligence.com/lawyers>>. Acesso em fev. 2016.

¹³⁵ Vide as pesquisas anteriormente detalhadas de Ruger *et al.* (2004); Guimerà e Sales-Pardo (2011) e Katz, Bommarito e Blackman (2014).

¹³⁶ O título artigo que inaugura o termo *big data* é “*Application-controlled demand paging for out-of-core visualization*” de Michael Cox e David Ellsworth (COX; ELLSWORTH, 1997)

¹³⁷ O termo “big-data” foi adicionado ao *Oxford English Dictionary* recentemente.

big-data é imensurável para o Direito.¹³⁸ As análises com dados não estruturados trazem vantagens para a compreensão e para a teoria da decisão judicial:

Together with advances in processing power, data storage, machine learning, and computational text analysis, the digitization of the law has opened a new frontier in empirical legal scholarship, and a number of researcher have eagerly crossed over into this unexplored territory in search of new insights, methods, and questions.
(CARLSON; LIVERMORE; ROCKMORE, 2016, p. 2)

Um estudo interessante na evolução da análise de dados nas pesquisas em Direito, é o estudo de Carlson, Livermore e Rockmore (2016) –autores da citação *supra*. Para o trabalho, utilizou-se dados não estruturados (inteiro teor das decisões) para analisar, quantitativamente, o “*estilo da escrita*” dos juízes da Suprema Corte Americana. A análise foi baseada na (i.) *produtividade*, que significa, para os autores, quantas palavras, por ano, cada juiz escreveu, bem como a evolução temporal da corte; na (ii.) *simpatia (friendliness)*, em que, para cada juiz são medidas suas palavras positivas e negativas¹³⁹, culminando em um *ranking* de simpatia dos juízes da suprema corte e também em uma evolução temporal da corte; e, por fim, a análise foi baseada também na (iii.) *escrita defensiva (defensiveness)*, em que é medido o número de expressões intensificadoras e que denotam fraqueza argumentativa (por exemplo, o uso de expressões tais quais *clearly, obviously, very, plainly, outrageous*).¹⁴⁰ A base de dados utilizada pelos autores compreende todas as decisões proferidas desde 1791 até 2008, e as conclusões abrem espaço para novas pesquisas que envolvam análise textual de decisões judiciais. Concordamos com os autores na afirmação de que existem muitas questões importantes e interessantes para serem respondidas de acordo com o estilo da escrita das Cortes, bem como interações mais amplas com análise sociais e políticas (CARLSON; LIVERMORE; ROCKMORE, 2016, p. 61). As possibilidades deste tipo de estudo são inúmeras e aumentam conforme tem aumentado o potencial tecnológico:

¹³⁸ Para se ter uma ideia, vide *Lex Machina* (lexmachina.com), *Modria* (modria.com) e *Ross Legal Intelligence* (rossintelligence.com). Todos usam muitos dados para gerar soluções jurídicas.

¹³⁹ Este tipo de estudo é usualmente utilizado em avaliações feitas pela internet, para determinar se os *reviews* carregam opiniões negativas ou positivas (CARLSON; LIVERMORE; ROCKMORE, 2016, p. 18).

¹⁴⁰ A esse respeito, vide também (LONG; CHRISTENSEN, 2013).

The possibilities of such analysis are exciting: human researchers can now find textual patterns that emerge at a macro-level, perceptible only recently with the digitization of vast textual corpora, the broad available of massive computing power, and the continually evolving application of advanced concepts in mathematics and computer science to these “big” datasets. (CARLSON; LIVERMORE; ROCKMORE, 2016, p. 62)

5.4.4. Um pouco além: Mercados de Previsão e o *Wisdom of the Crowds*:

Iniciaremos essa seção com um exemplo hipotético. Imagine que um **Tribunal T** irá decidir em pouco tempo sobre a legalidade (ou ilegalidade) de um grande aumento de tarifa na energia elétrica, ao redor de 50%. Imagine também uma **Empresa X** cujo consumo de energia elétrica seja extremamente elevado, e seu custo com eletricidade seja um dos mais relevantes. Se o Tribunal T decidir que o aumento de 50% é lícito, a Empresa X terá uma redução importante em seus lucros. Se o Tribunal T decidir que o aumento é ilegal, a Empresa X continuará com seu fluxo de caixa normalizado.

No outro lado da moeda, para a **Concessionária de energia C**, a situação é exatamente a contrária: um aumento tarifário de 50% é importante para que seus lucros se mantenham iguais. Ou seja, se o Tribunal T decidir pela ilegalidade, esta é uma decisão judicial que prejudicará a Concessionária C, ao passo que, se o Tribunal T decidir pela legalidade, esta é uma decisão judicial que favorecerá a Concessionária C a manter seus lucros no mesmo patamar.

Para que a situação fique resumida e simples, vide o quadro abaixo.

Tabela 5 - Quadro ilustrativo do exemplo hipotético

Player	Decisão: É <u>ilegal</u> a cobrança (tarifa de energia elétrica mantém-se a mesma)	Decisão: É <u>legal</u> a cobrança (aumento de 50% na tarifa de energia elétrica)
Empresa X	Decisão Favorável	Decisão Desfavorável
Concessionária C	Decisão Desfavorável	Decisão Favorável

Fonte: Elaborado pelo autor

Estamos aqui diante do que podemos chamar de *risco legal*, ou *risco jurídico*. Tanto a *Empresa X* como a *Concessionária C* estão expostas ao *risco* de uma decisão desfavorável, mas de maneira contrária.

Risco, em linhas simples, é a probabilidade ou ameaça de dano, perdas ou outra ocorrência negativa que é causada por vulnerabilidades internas e externas e que podem ser evitadas através de ação preventiva¹⁴¹. Riscos podem, e geralmente devem ser mitigados, para que não haja surpresas no fluxo de caixa ou margem de lucro de uma empresa ou mesmo de uma pessoa física. Uma forma tradicional de mitigação de risco é através de seguros.

Existe aqui o interesse de mitigação de risco legal entre estas duas empresas e existe uma possibilidade (teórica, a princípio) de que elas mitiguem esse risco entre si¹⁴². Entretanto, não há, no mundo real, ainda nenhum instrumento capaz de conectar as duas pontas que querem mitigar esse risco. Será que o futuro da decisão judicial poderia estar em um mercado de “seguros” ou de “derivativos” de decisões judiciais? E o que isso significaria para teoria da decisão judicial?

¹⁴¹Esta definição de risco é encontrada no “Business Dictionary” (disponível em: <www.businessdictionary.com>, acesso em fev. 2016). Tradução nossa.

¹⁴² Uma forma simples, por exemplo, seria um *payoff* (pagamento) combinado previamente em que a empresa que sofreu decisão desfavorável receba alguma quantia da empresa que ganhou a decisão favorável. Note que esta possibilidade é teórica e apenas para fins didáticos – existem vários outros fatores que influenciam a questão de mitigação dos riscos.

Michael Bommarito¹⁴³, em uma palestra em 2013¹⁴⁴ fez um interessante paralelo entre o *passado* dos mercados financeiros com o *futuro* do Direito. Ele acredita que, assim como o mercado financeiro fez no passado, o Direito também pode se modernizar e ser útil para a gestão de riscos através da criação e adoção de novos produtos ou modelos. Há pouco tempo atrás, o mercado financeiro criou novos “produtos”, tais como derivativos de taxa de juros, e câmbio, bem como informatizou todas as negociações desses produtos. Com isso, o mercado conseguiu alcançar feitos na *gestão de risco* que nunca seriam possíveis sem essa “criatividade inventiva”¹⁴⁵. O Direito poderia também trilhar o mesmo caminho, ao se criar modelos de decisão e de gestão destas decisões de forma que seja possível a criação de frameworks para a “comoditização”¹⁴⁶ do Direito e sua posterior negociação. O resultado seria um acesso facilitado à justiça e à informação, a mitigação de riscos (benéfico a toda sociedade) e redução de custos legais para os envolvidos.

O que Michael Bommarito palestrou parece, à primeira vista, utópico ou futurista. Entretanto, ao ligarmos suas previsões com o exemplo da Empresa X e da Concessionária C, elas tornam-se um pouco mais concretas. Produtos ou modelos financeiros poderiam ser criados para que envolvessem decisões judiciais (no caso específico, a decisão sobre aumento da tarifa) e que, de alguma forma, transformassem o risco em uma “commodity” fazendo com que os custos de transação da mitigação de riscos entre a Empresa X e a Concessionária C fossem reduzidos ao ponto de que a transação pudesse, de maneira concreta, acontecer.

Se essas hipotéticas transações pudessem ocorrer em um nível razoável, necessariamente haveria a necessidade de uma precificação dos itens a serem transacionados. E como os itens a serem transacionados refletem um evento futuro

¹⁴³ Um dos autores do artigo detalhado na Subseção 5.3: (KATZ; BOMMARITO; BLACKMAN, 2014) e um dos criadores do FantasySCOTUS, que será visto na Subseção 5.4.4.2.

¹⁴⁴ A palestra foi dada no seminário Reinvent Law 2013 e está disponível online. Acesso disponível em <<https://vimeo.com/65836938>>, acessado em jan. 2016.

¹⁴⁵ Alguns dos resultados nessa “revolução” do mercado financeiro citados são: mercados globais, automatizados, *brokerage online*, produtos estruturados para gestão de riscos, inúmeras bolsas de negociação, derivativos, dentre outros.

¹⁴⁶ O termo *commodity* é utilizado no mercado financeiro para se referir a produtos com características uniforme e bem definido para que seja considerado fungível, e, portanto, facilmente negociável.

e incerto (uma decisão judicial, por exemplo), a consequência natural é que a precificação desses ativos poderia refletir, por sua vez, uma probabilidade: a probabilidade de a decisão judicial ser julgada procedente ou improcedente, no nosso exemplo. Mecanismo similar ocorre na negociação de derivativos, tais como futuros e opções.

Esse tipo de mecanismo para se prever a decisão judicial seria fortemente baseado no que se denomina “*Wisdom of the Crowds*”, ou “*Sabedoria das Multidões*”, e seria parecido com o que hoje já existe: os “*Prediction Markets*”. Ambos os termos serão mais detidamente analisados a seguir.

5.4.4.1. *Wisdom of the crowds*

A expressão *Wisdom of the Crowds* foi popularizada por um livro homônimo, escrito por James Surowiecki (2004). A ideia básica da “*Sabedoria das Multidões*” é que usualmente indivíduos fazem previsões ruins, mas quando considerados conjuntamente – em uma multidão – os resultados podem ser muito mais precisos do que aqueles obtidos de forma individual. Não existem fórmulas ou equações matemáticas que justifiquem o fenômeno do *Wisdom of the Crowds*. As multidões simplesmente são pessoas comuns que, quando consideradas em um conjunto, conseguem gerar um bom nível de precisão em suas previsões (BLACKMAN; AFT; CARPENTER, 2011, p. 128).

Existem quatro fatores segundo os quais uma multidão é considerada “sábia” (wise). O primeiro é que a multidão deve possuir opiniões diversas entre si – o grupo deve ser heterogêneo. O segundo fator é que os membros da multidão devem fazer suas previsões independentemente e sem influência dos outros membros. O terceiro fator é que todas as previsões devem ser tomadas apenas com a informação que o indivíduo possui (e não com informações externas). E, por fim, a compilação das informações deve ser realizada por algoritmos adequados para agregar e gerar resultados confiáveis (BLACKMAN; AFT; CARPENTER, 2011, p. 129).

Em alguns aspectos, não há dúvidas quanto à eficácia e utilidade da Sabedoria das Multidões – apesar de não existir uma comprovação formal do fenômeno. O exemplo mais reconhecido é a construção da *Wikipedia*, que

conseguiu gerar conteúdo com qualidade de uma forma não organizada e pouco controlada (ARAZY; MORGAN; PATTERSON, 2006).¹⁴⁷ Entretanto, deve-se ressaltar que, para modelos de previsão, a eficácia da Sabedoria das Multidões ainda é debatida e altamente controversa.

Para o escopo do nosso trabalho o importante é apresentar o fenômeno, que além de resultados interessantes, combina a capacidade de agregação que a internet proporciona fazendo com que várias iniciativas surgissem combinando a internet e as multidões de forma a se obterem resultados interessantes. Neste contexto é que surgem os *Mercados de Previsões*, ou os *Prediction Markets*, que serão detalhados a seguir.

5.4.4.2. Prediction Markets e FantasySCOTUS

Os *Prediction Markets*, ou mercado de previsões, são espécies de “bolsas de negociação” (geralmente não-oficiais) em que os integrantes preveem e negociam resultados de alguns eventos importantes. Os integrantes podem “comprar” os contratos de previsão por um preço negociado entre 0% a 100% do seu “valor de face”¹⁴⁸. Na data de vencimento, um contrato terá valor binário (tudo ou nada): ele poderá valer ou 0 ou 100% do seu valor de face, dependendo da concretização do resultado previsto. O valor de mercado de algum contrato consegue, de certa forma¹⁴⁹, traduzir qual é a probabilidade do evento negociado.

Desta forma, por exemplo, suponhamos um Mercado de Previsão que negocie um contrato que pague R\$1,00 se o partido X ganhar as eleições presidenciais (e claro, pague zero se o partido X não ganhar). Suponhamos também que este título esteja valendo na data de hoje, o valor de R\$0,30. Isso significa, de

¹⁴⁷ A ideia é até contra-intuitiva: com conteúdo que é editável por qualquer pessoa, os verbetes da Wikipédia possuem precisão e qualidade semelhantes aos da *Encyclopaedia Britannica*, segundo um artigo da revista *Nature* (GILES, 2005). Este artigo gerou certo debate com a própria *Encyclopaedia Britannica*, que pediu para que a *Nature* se retratasse. A revista científica respondeu às objeções formuladas pela *Encyclopaedia Britannica* porém não se retratou. Disponível em <<http://www.nature.com/nature/journal/v438/n7070/full/438900a.html>>, acessado em jun/2016.

¹⁴⁸ Valor de face, em linhas simples, é o valor que poderá ser resgatado na data de vencimento do título ou contrato, desde que os requisitos tenham sido cumpridos.

¹⁴⁹ Na verdade, há controvérsias sobre o preço realmente traduzir a “média” das probabilidades dos participantes do mercado de previsões. Para mais informações a esse respeito vide (MANSKI, 2006). Neste trabalho, para fins didáticos, consideramos que o preço possa ser interpretado como uma *proxy* para a probabilidade da concretização do evento negociado.

certa forma¹⁵⁰, que os participantes deste mercado estão prevendo que há, hoje, uma probabilidade de 30% de o partido X ganhar as eleições presidenciais. Da mesma forma, há uma probabilidade de 70% de que o partido X não ganhe as eleições.

A ideia por trás desses mercados é que a livre negociação de previsões consegue agregar a informação de seus participantes, dessa forma, traduzindo a probabilidade de um evento se concretizar. Em linhas simples, mercados de previsão utilizam o poder da precificação para agregar informação em uma estimativa única de probabilidade de um evento (ALLENSWORTH, 2009, p. 1218).

Isto porque, se algum participante não concorda com aquela probabilidade (voltando ao exemplo, supondo que um participante acredite que a probabilidade de o partido X ganhar seja de 50%), ele poderia comprar contratos (pois os preços refletem a probabilidade de 30%) até que o nível de preço se equilibre em um patamar que não seja mais razoável a compra (neste caso específico, até que o nível de preço atinja R\$0,50).

Em termos mais técnicos, trata-se aqui da Hipótese do Mercado Eficiente (EMH, em inglês). A síntese desta hipótese, conhecida na economia, é que todas as informações disponíveis estão refletidas no preço do ativo (neste caso o contrato de previsão). Desta forma, seria impossível os investidores obterem performances melhores do que o mercado, pois, novamente, toda a informação disponível (e que poderia eventualmente ser utilizada por algum investidor) já está refletida no preço fazendo com que não haja mais possibilidade de realizar ganhos com ela. A conclusão de Wolfers e Zitzewitz (2006) é justamente a de que mercados de previsão possam, de fato, ser boas medidas para previsões de eventos futuros:

In most cases we find that Prediction Market prices aggregate beliefs very well. Thus, if traders are typically well-informed, Prediction Market prices will aggregate information into useful forecasts.
(WOLFERS; ZITZEWITZ, 2006, p. 15)

¹⁵⁰ Há algumas considerações a serem feitas se o valor negociado nos “Prediction Markets” realmente representam a probabilidade conjunta dos participantes deste Mercado.

Os *Prediction Markets* funcionam de forma parecida com o mercado de derivativos. Em finanças, esse tipo de contrato é chamado de “opção binária” (*binary option*) ou “opção digital” (*digital option*), em que o *payout* (pagamento final) é fixo e segue a lógica do tudo-ou-nada (uma quantidade monetária fixa, ou nada).

Uma grande vantagem nos mercados de previsão são as apostas honestas, isto é, mesmo que os participantes possuam vieses – e todos os seres humanos os possuem, eles tentarão contorná-los uma vez que há um interesse legítimo em realizar uma previsão correta: *o lucro na negociação do contrato* (ALLENSWORTH, 2009, p. 1219). Outra vantagem é – reiterando o que já foi dito anteriormente sobre o *Wisdom of the Crowds* – a agregação de previsões variadas, de um público, em princípio, diverso (ALLENSWORTH, 2009, p. 1220).

Um caso polêmico – mas que denota a possibilidade preditiva dos mercados de previsão – foi o “*Terrorism Futures Market*”¹⁵¹. O pentágono americano planejou, em 2003, lançar um mercado de negociações que encorajaria investidores em apostar anonimamente na probabilidade de atos terroristas acontecerem no Oriente Médio. Por mais controverso que seja apostar na morte de pessoas, a ideia por trás desse mercado de previsão era uma estimativa numérica da probabilidade de ocorrência de fatos terroristas como um suporte de baixo custo (o *Wisdom of the Crowds*) para a inteligência americana. O projeto enfrentou duras críticas tanto de membros do parlamento americano como da população e acabou sendo arquivado.

Outro exemplo interessante da utilização dos Mercados de Previsão para incentivar o compartilhamento de informações e previsões mais acuradas é o mercado de previsão interno da HP (Hewlett-Packard). Muitas vezes os vendedores internos da empresa sabiam qual era o resultado provável das vendas do mês seguinte, mas deixavam de divulgar esta informação (ou reduziam-na) para que se aumentassem as chances de suas metas serem batidas. Um mercado de previsão montado internamente resolveu esse problema: estabeleceu um incentivo financeiro para vendedores que conseguissem prever de forma precisa quais seriam os

¹⁵¹ Vide dois artigos a esse respeito, disponíveis em: <<http://www.nytimes.com/2003/07/31/business/economic-scene-market-terrorism-indicators-was-good-idea-it-just-got-bad.html>> e <<http://reason.com/archives/2003/07/30/betting-on-terror>>, ambos acesso em: fev. 2016.

resultados das vendas (ALLENSWORTH, 2009, p. 1227) para que as metas fossem mais realistas.

É claro que, por outro lado, existem várias – e sérias – limitações e críticas aos *Prediction Markets*. Uma delas, é que (assim como os mercados de ações e derivativos) os *Prediction Markets* estão sujeitos a bolhas e a cascatas de informação (*information cascades*), em que nas redes – principalmente na internet – pessoas, de forma racional, preferem seguir a presunção de informações da multidão ao invés do próprio julgamento¹⁵². Outro problema dos *Prediction Markets* é que, como eles geralmente possuem um volume de negociação menor, eles estão mais sujeitos a manipulação de preço: por exemplo, um participante pode lucrar reduzindo o preço de negociação artificialmente e temporariamente para recomprar contratos para serem vendidos a um preço maior quando o preço normalizar. Por fim, alguns autores acreditam que os *Prediction Markets* conseguem ser excelentes mecanismos de agregação de informação, mas não são mecanismos bons para a agregação de previsões (ALLENSWORTH, 2009, p. 1223–1224). Isto porque ao mesmo tempo que muitas informações e análises estatísticas conseguem bons resultados com tendências genéricas, o mesmo não se pode falar sobre o comportamento individual. E a razão disso é simples: as idiosincrasias (ALLENSWORTH, 2009, p. 1229).

No Brasil não encontramos exemplos interessantes de *Prediction Markets*. No mundo, provavelmente os dois mais famosos mercados de previsão sejam o *PredictIt*¹⁵³ (mantido pela *Victoria University of Wellington*) e o *Iowa Electronic Markets*¹⁵⁴ (mantido pela Universidade de Iowa).

Para uma breve ilustração, segue a captura de tela do website *PredictIt*, para o mercado de “Quem será o candidato Democrata em 2016 nos EUA”. Como pode-se notar, no mês de março de 2016, para os participantes, *Hillary Clinton* tem 79%

¹⁵² A cascata de informações pode ser um comportamento racional: se o indivíduo *acredita que a multidão* precifica a probabilidade de um evento em 80%, mesmo o indivíduo acreditando, em seu próprio julgamento, que a probabilidade do evento é de 50%, pode ser mais racional (portanto, lucrativo) o indivíduo seguir a multidão ao invés de seguir seu próprio julgamento.

¹⁵³ Vide <<http://predictit.org/>>. Acesso em: jan. 2016.

¹⁵⁴ Vide <<http://tippie.uiowa.edu/iem/>>. Acesso em: jan. 2016.

de chances de ser eleita candidata do partido Democrata, ao passo que *Bernie Sanders*, apenas 21%.¹⁵⁵

Figura 18 - Tela Capturada (print) do website PredictIt (março de 2016)

Fonte: Website do *Predict It* (<predictit.org>)

Em relação às decisões judiciais, os mercados de previsão esboçam timidamente uma atuação nesta esfera – no início de 2016 havia no *PredictIt* apenas dois “mercados” que se referiam a decisões judiciais da Suprema Corte Americana¹⁵⁶.

Ao mesmo tempo em que os *Prediction Markets* estão evoluindo, surgiu, nos Estados Unidos um projeto chamado *FantasySCOTUS*. O *FantasySCOTUS*¹⁵⁷ foi fundado em 2009 por Josh Blackman¹⁵⁸ que visa agregar previsões dos resultados das decisões da Suprema Corte.

O *FantasySCOTUS*, funciona como um *Prediction Market* para decisões da suprema corte americana. Os usuários se registram no website e podem fazer previsões em relação às perguntas-chave de cada caso da Suprema Corte americana. Diferentemente dos *Prediction Markets*, não existe aqui a negociação de

¹⁵⁵ Valores em 14 de março de 2016.

¹⁵⁶ Apenas a título ilustrativo, um dos mercados é: “A Suprema Corte irá confirmar o uso de ação afirmativa em seu processo seletivo?”. Acesso em fev. 2016.

¹⁵⁷ SCOTUS refere-se a “Supreme Court of the United States”

¹⁵⁸ Josh Blackman é um dos coautores do artigo “Predicting the Behavior of the Supreme Court of the United States: a general approach”, apresentado na Seção 5.3.

"contratos" de decisão judicial¹⁵⁹, mas apenas prêmios distribuídos para aqueles que mais acertarem as previsões em determinado termo/ano. Ao mesmo tempo em que a gratuidade do serviço abre as portas para mais usuários fazer previsões – e, portanto, uma *multidão* maior, a inexistência de negociação monetária pode ser uma desvantagem pois é mais fácil um usuário fazer previsões aleatórias e descompromissadas. Se houvesse uma contrapartida financeira, a motivação financeira poderia gerar previsões mais realistas.

Outra limitação é que os participantes possuem ideologias políticas que podem enviesar as previsões – existem estudos que afirmam que participantes em mercados de previsão são suscetíveis a vieses que refletem sua afiliação ideológica e política (BLACKMAN; AFT; CARPENTER, 2011, p. 132).

Como ilustração, abaixo uma captura de tela de um caso decidido em 2015:

Figura 19 - Tela capturada (print) do website FantasySCOTUS

¹⁵⁹ Esta pode ser considerada uma desvantagem do FantasySCOTUS, uma vez que é muito simples um usuário comum entrar e fazer previsões aleatórias e descompromissadas. Se há uma contrapartida financeira, as previsões provavelmente serão mais realistas.

Fonte: Website do *Fantasy Scotus* (<fantasyscotus.lexpredict.com>)

O interessante do projeto é que há uma permanente comparação entre três métodos preditivos: (i.) a população (multidões); (ii.) um algoritmo computacional – chamado de {MARSHALL}+; e (iii.) a opinião de especialistas. Os resultados têm sido consistentemente interessantes e tanto as multidões como o algoritmo têm atingido taxas superiores à mera aleatoriedade (isto é, índice de acerto acima de 50%)¹⁶⁰.

O próprio criador do *FantasySCOTUS* admite que há tipos de casos em que as previsões das multidões são mais precisas, e há tipos de casos que o algoritmo é superior¹⁶¹. Com esse tipo de informação, ele consegue, no projeto, melhorar as previsões utilizando tanto o “*wisdom of the crowds*” como também o algoritmo computacional. A ideia já se transformou em um plano de negócios e hoje alguns serviços de previsão judicial são prestados onerosamente pela empresa que controla o projeto (*LexPredict*).

Ainda há muito que desenvolver – tanto em algoritmos preditivos como em algoritmos que agregam as previsões das multidões, mas não é muito admitir que este é um grande passo na utilização da tecnologia da informação para a teoria da decisão judicial e sua aplicação na prática forense. O próprio criador do projeto explora essas possibilidades:

This technology would not be about replacing lawyers (at least not lawyers who adapt); rather, it would provide advocates with information and knowledge to serve clients more effectively and at a lower cost. (...) Rather than instinctively opposing any change that upsets the status quo, these new technologies should be met with tempered enthusiasm. (...) We hope that FantasySCOTUS will serve as a first step in the evolution from today's time-consuming, customized labor-intensive legal market to tomorrow's on-demand

¹⁶⁰ Para alguns resultados, vide (BLACKMAN; AFT; CARPENTER, 2011).

¹⁶¹ Vide <<http://fivethirtyeight.com/features/why-the-best-supreme-court-predictor-in-the-world-is-some-random-guy-in-queens/>> e também: <<http://lexpredict.com/2014/10/13/lexpredict-revolutionizes-supreme-court-predictions-fantasyscotus-and-marshall/>>. Ambos acessados em jan. 2016.

commoditized law's information revolution. (BLACKMAN; AFT; CARPENTER, 2011, p. 166)

Previsões de decisão da Suprema Corte (ou equiparadamente, do STF) são interessantes e possuem utilidade especialmente para a teoria da decisão. Entretanto, a sociedade está muito menos interessada nos resultados dos poucos casos que chegam aos tribunais superiores, mas sim naqueles que possam fazer a diferença para seu “domínio” e que provavelmente são decididos em instâncias inferiores.

Supreme Court prediction is interesting and exciting, but the market is less interested in predicting the roughly eighty Supreme Court cases per year and much more interested in predicting outcomes in more pedestrian cases and other circumstances. Namely, in virtually every domain of law, settlements and dismissals are far more likely than actual decisions by judges or juries. And Supreme Court cases are exceedingly rare events. Lawyers and their clients often bargain in the shadow of the law, and thus their interest surrounds a different question: When will this case settle and for how much? (KATZ, 2011, p. 939)

Ainda estamos longe de vivenciarmos um cenário em que riscos legais/jurídicos (tais quais aqueles da *Concessionária C* e da *Empresa X*) possam ser dissipados de forma legítima. Reconhecemos que todos os conceitos e ideias apresentadas nesta seção estão ainda em estágio embrionário e que há um longo caminho a ser percorrido. Entretanto, acreditamos que projetos tais como os estudos exemplificados neste capítulo demonstram que a evolução tecnológica cada vez mais afeta tanto a decisão judicial quanto o Direito como um todo.

6. DECISÃO JUDICIAL NO BRASIL: TRAÇANDO UM PERFIL DA PESQUISA SOBRE COMPORTAMENTO JUDICIAL.

Uma das propostas do presente trabalho é entender como são realizadas as pesquisas acerca do comportamento judicial também no Brasil. Para que esta pergunta seja respondida de forma um pouco mais rigorosa, o uso da pesquisa empírica mostra-se pertinente para esta empreitada.

6.2. Metodologia

Assim como outros métodos não-empíricos, a pesquisa empírica traz várias limitações. A principal limitação desta pesquisa empírica que será discutida neste capítulo é o escopo da pesquisa, que para este trabalho, se dará apenas nas *teses e dissertações brasileiras nos cursos de mestrado e doutorado em Direito*, nos anos de 2011 a 2014¹⁶². Entendemos que as teses e dissertações podem ser consideradas uma boa *proxy* para a pesquisa acadêmica em Direito e existe aqui a possibilidade de serem pesquisados *todos* os trabalhos produzidos no país.

A pergunta inicial que deverá ser respondida é: “*Decisão judicial tem sido objeto de estudo na academia brasileira?*”. Ou, mais especificamente, “*Os programas acadêmicos de mestrado e doutorado no Direito têm centrado alguma atenção em teorias ou modelos de decisão judicial?*”. E caso a resposta seja afirmativa, “*Quais são as abordagens utilizadas nas pesquisas?*”.

A busca se deu nos 92 *programas de mestrado* e 32 *programas de doutorado acadêmicos* ativos no ano de 2015. Estes programas são representados por 90 instituições de ensino diferentes¹⁶³. A lista encontra-se no Apêndice 1. Não foram pesquisados programas desativados (16), programas em desativação (1), programas em projeto (1) ou mestrado profissional (4).

Interessante notar que, durante o decurso da pesquisa, houve algumas mudanças em como as informações foram divulgadas pela Coordenação de

¹⁶² A ideia inicial da pesquisa eram os anos de 2010 a 2014. Entretanto, como não foram encontrados dados para o ano de 2010, não pudemos analisa-lo.

¹⁶³ As instituições PUC/RS e FDMC possuem dois programas cada uma.

Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES)¹⁶⁴ bem como no número de instituições que ofereciam mestrado e doutorado – no início da pesquisa (ano de 2015) eram 87 programas de mestrado, no final da pesquisa (ano de 2016) esse número elevou-se para 92 programas.¹⁶⁵ Em relação à mudança em como as informações foram divulgadas, ao longo da pesquisa a CAPES consolidou sua nova plataforma de acesso à informação: a Plataforma Curupira. A maneira como os dados estão estruturados fez com que, para que o período de 4 anos (2011 a 2014) fosse pesquisado, seriam necessárias duas pesquisas diferentes em bases de dados diferentes, como será visto a seguir.

6.2.1. 1ª Triagem por Palavras-Chave – Anos de 2011 e 2012

Os anos de 2011 a 2012 estão apenas disponíveis no Banco de Teses da Capes.¹⁶⁶ Não é possível baixar a lista completa de teses e dissertações defendidas nesse período. Isso porque o Banco de Teses contém apenas uma opção de busca (simples ou avançada) na base de dados. Além disso, o número máximo de resultados exibidos pela busca é de apenas 1000 trabalhos, dificultando ainda mais a pesquisa. Assim, é impossível a exibição de “todas as dissertações e teses de mestrado e teses em Direito”, pois elas superam o limite de 1000 resultados. A única forma então para se proceder no portal é através das buscas por palavra-chave. As informações disponíveis são: *Instituição de Ensino, Título, Autor, Mestrado ou Doutorado, Programa, Data da Defesa e Número de páginas*.

Palavras-Chave (Título):

1. Decisão / decisões / decidem / decide / decididas / decididos / decidida / decidido
2. Sentença / Sentenças
3. Juízes / Juiz
4. Julgadores / Julgador / Julgadas / Julgados / Julgado / Julgada / Julgamento / Julgamentos / Judicial / Judiciais

¹⁶⁴ Em linhas simples, a CAPES é o órgão responsável por disponibilizar informações sobre as pós-graduações *stricto sensu* (mestrado acadêmico e profissional e doutorado) no Brasil.

¹⁶⁵ Não houve interferência alguma na pesquisa uma vez que os novos cursos ainda não possuem dissertações cadastradas para os anos de 2011 a 2014.

¹⁶⁶ Vide o portal disponível em: <www.bancodeteses.capes.gov.br>. Acesso em: jan. 2016.

5. Realismo / Realista

Para que a pesquisa se restringisse apenas aos trabalhos em Direito, escolhemos consecutivamente a palavra-chave “Direito” para o campo “Programa”. Como ilustração, trouxemos a figura abaixo:

Figura 20 - Tela de Busca do Banco de Teses da CAPES

Fonte: Banco de Teses da CAPES (<bancodeteses.capes.gov.br>)

Foram encontradas, com essas palavras-chave, *127 trabalhos* para o ano de 2011 e *122 trabalhos* para o ano de 2012.

6.2.2. 1ª Triagem por Palavras-Chave – Anos de 2013 e 2014

Por outro lado, os trabalhos defendidos nos anos de 2013 e 2014 estão todos disponíveis na Plataforma Sucupira¹⁶⁷. Apesar de a pesquisa por palavras chave ser mais intuitivo no Banco de Teses da Capes, na Plataforma Sucupira é possível baixar a lista de todas as teses e dissertações defendidas em determinado ano¹⁶⁸. Assim, foram baixadas informações referentes a 2.237 trabalhos para o ano de 2012 e 2.548 trabalhos para o ano de 2013. As informações disponíveis são: *Instituição de Ensino, Título, Autor, Mestrado ou Doutorado, Programa, Data da Defesa*. Vale a

¹⁶⁷ Parece-nos que os dados oferecidos na plataforma sucupira são confiáveis e representa a totalidade dos trabalhos defendidos nas instituições.

¹⁶⁸ Entretanto, o acesso deve ser realizado instituição por instituição. Para que isso fosse possível, primeiramente consolidamos a lista de programas de mestrado (92) e doutorado (32) que iríamos pesquisar.

pena notar também que dos 92 programas de mestrado e doutorado pesquisados, apenas 76 deles possuíam dissertações ou teses cadastradas na plataforma.

Como ilustração, a figura abaixo mostra o sistema de busca da plataforma Sucupira.

Figura 21 - Tela de Busca da Plataforma Sucupira

Trabalho de Conclusão

Dados para Consulta

* Ano: 2014

* Instituição de Ensino: 33002029 UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO/ RIBEIRÃO PRETO (USP/RP)

* Programa: Direito (33002029051P9)

Título:

Tipo Trabalho de Conclusão: --SELECIONE--

Período de Defesa: a

Fonte: Plataforma SUCUPIRA da CAPES (<sucupira.capes.gov.br>)

Após a consolidação dos dados em uma planilha feita por nós, e como o número de trabalhos foi elevado (4785), passou-se para a análise através do uso de palavras-chave. As palavras-chave utilizadas foram as mesmas utilizadas no banco de teses da capes, para os anos de 2011 e 2012¹⁶⁹.

Palavras-Chave (Busca no Título):

1. *Decisão / decisões / decidem / decide / decididas / decididos / decidida / decidido*
2. *Sentença / Sentenças*
3. *Juízes / Juiz*

¹⁶⁹ Como já havíamos baixado toda a base de trabalhos para os anos de 2013 e 2014, a busca por palavras-chave foi realizada na nossa própria base, e não no portal.

4. *Julgadores / Julgador / Julgadas / Julgados / Julgado / Julgada / Julgamento / Julgamentos / Judicial / Judiciais*
5. *Realismo / Realista*

Para os anos de 2013 e 2014, na triagem das palavras-chave, foram encontrados 255 *trabalhos* que possuíam pelo menos uma das palavras selecionadas para o ano de 2013 e 278 *trabalhos* para o ano de 2014. Nesta triagem também foram excluídos trabalhos em duplicidade ou inconsistentes.

6.2.3. 2ª Triagem – Manual – Todos os Anos

Feita a primeira triagem através de palavras-chave, obtivemos um total de 782 trabalhos selecionados. Os resultados encontram-se esquematizados abaixo:

Tabela 6 - Resultados da primeira triagem

Ano	Total de Dissertações	Total de Teses	Teses + Dissertações	Triagem por Palavras-Chave
2011	-	-	-	127
2012	-	-	-	122
2013	1.841	396	2.237	255
2014	2.137	411	2.548	278
Total	3.978	807	4.785	782

Fonte: Elaborado pelo autor

Com a base de dados já filtrada por palavras-chave, passou-se para uma *segunda triagem*, mais qualitativa em que se buscou, agora sim, selecionar os trabalhos com maior aderência ao tema da pesquisa, que é a teoria sobre decisão judicial. Não há como negar certo grau de subjetividade nesta segunda triagem, uma vez que elas foram selecionadas qualitativamente. Nesta etapa não mais se usou palavras-chave, mas analisou-se os 782 títulos um a um. O principal objetivo desta segunda triagem era excluir aqueles trabalhos cujo enfoque central não era a decisão judicial.

Por exemplo, vide dois trabalhos que foram selecionados através das palavras-chave: (i.) “O uso de argumento de autoridade por tribunais superiores: teoria da autoridade de Joseph Raz e legitimação de decisões”; e (ii.) “Desconsideração da personalidade jurídica na falência: decisão ineficiente”. Apesar

de ambos possuírem as palavras-chave decisões/decisão, o trabalho (ii.) possui uma temática irrelevante para nós (e, portanto, deve ser excluído), qual seja, a desconsideração da personalidade jurídica; ao passo que o trabalho (i.) possui a temática da decisão judicial, e, portanto, deve ser mantido.

É claro que nem todos os casos de exclusão são fáceis como o exemplo acima, e certa subjetividade e discricionariedade foi utilizada para esta segunda etapa de triagem. Para tentar minimizar a subjetividade aqui, fizemos uma dupla checagem dos resultados.

Nesta triagem foram descartados 647 trabalhos, consequentemente selecionando 135 trabalhos para a próxima etapa. Passou-se então para a última etapa de tratamento dos dados: a 3ª Triagem e classificação dos trabalhos. Os 135 trabalhos selecionados estão disponíveis no Apêndice 2.

6.3. **Análise final e resultados**

Na última etapa de nossa pesquisa, a ideia era que pudéssemos mais detidamente analisar cada um dos trabalhos selecionados. Dessa forma, o primeiro passo foi o download de todos os trabalhos que estivessem integral ou parcialmente disponíveis online. Para isso, em boa parte dos casos o trabalho foi encontrado com uma simples busca no Google. Quando não era encontrado, passamos a buscar então o título diretamente no portal de teses e dissertações da respectiva instituição de ensino (deve-se notar que algumas IEs não possuem um portal para teses e dissertações ou não possuem um mecanismo de busca em funcionamento). Em alguns casos, por direitos autorais, a dissertação não estava disponível na íntegra, mas apenas parcialmente com introdução, conclusão, sumário e bibliografia. Em alguns casos, a disponibilização parcial apenas referia-se ao resumo. Importante notar que por volta de 60% dos trabalhos estão disponíveis online. Ou seja, dos 135 trabalhos selecionados para esta última etapa (análise e classificação dos trabalhos), 80 deles estavam disponíveis na íntegra na internet, e 55 não estavam. Entretanto, dos 55 trabalhos que não estavam disponíveis na íntegra, 11 deles estavam disponíveis parcialmente (resumo, introdução, sumário e conclusão) e mais 11 apenas o resumo. Para 33 dos trabalhos, não foi encontrado nenhum elemento.

6.3.1. Disponibilização Online

Este resultado parcial é interessante para entendermos a disponibilidade dos trabalhos na íntegra na internet e para clarificar a metodologia nos casos em que não tivemos acesso ao trabalho completo. Fizemos uma tabela que mostra, sinteticamente, a disponibilização online dos trabalhos:

Tabela 7 - Disponibilização online

Ano	Total de Trabalhos	Disponibilização Integral	Disponibilização Parcial	Apenas Resumo	Nenhuma Disponibilização
2011	25	17	1	3	4
2012	28	18	3	3	4
2013	38	21	5	3	9
2014	44	24	2	2	16
Total	135	80	11	11	33

Fonte: Elaborado pelo autor

Enquanto na Primeira e Segunda Triagens as buscas e exclusões dos trabalhos foram baseadas apenas no título de cada um dos trabalhos, nesta última etapa, a ideia era examinar cinco elementos de cada um deles: (i.) *título*; (ii.) *sumário*; (iii.) *resumo*; (iv.) *introdução*; (v.) *metodologia*; e, por último, (vi.) *conclusão*. Como já foi exposto na figura acima, em alguns casos não obtivemos acesso a todos estes elementos. De forma que a análise se procedeu, quando possível, através do exame dos elementos que estavam disponíveis *online*¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Muitos trabalhos apenas disponibilizavam resumo, e em alguns casos nem mesmo este foi encontrado. Fizemos a análise com o máximo de informações que estavam disponíveis e pudemos encontrar.

Figura 22 – Gráfico de disponibilização online

Fonte: Elaborado pelo autor

Traduzindo em números, isso significa que, para 91 dos trabalhos (disponibilização integral ou parcial), conseguimos analisar todos os elementos propostos (título, sumário, resumo, introdução, metodologia e conclusão). Para 11 trabalhos, analisamos apenas dois elementos (*título e sumário*). E, por fim, para os 33 trabalhos restantes, analisamos apenas o elemento *título*.

A opção por não trabalhar com teses e dissertações “físicas” foi de ordem prática. Como o número de exemplares disponíveis na internet já é bastante significativo (80 trabalhos), não haveria benefícios importantes que justificasse buscarmos, uma a uma, dissertações e teses que não estivessem disponíveis online: teríamos que entrar em contato com diferentes bibliotecas para pedir individualmente o envio de exemplares. Deve-se ressaltar mais uma vez que essas teses e dissertações não são a bibliografia deste trabalho, mas apenas objeto da pesquisa empírica. Desta forma, deixar de analisar com profundidade os trabalhos indisponíveis *online* deve ser visto como uma limitação metodológica, e não como carência bibliográfica.

Além disso, para facilitar eventuais estudos posteriores, montamos uma pasta virtual em que todos os trabalhos que estavam disponíveis para download (parcial

ou integralmente) podem ser acessados e baixados no endereço <<https://goo.gl/B8NNa2>>.

6.3.2. *Decisão Judicial é tema Central ou Incidental?*

Desta forma, a primeira classificação que pôde ser feita é se os trabalhos eram dedicados *exclusivamente* ao estudo da decisão judicial, ou se a decisão judicial era estudada apenas como *aspecto incidental* no trabalho. Esta classificação foi feita de forma subjetiva.

Tabela 8 - Decisão Judicial é tema central ou incidental?

Decisão judicial é o tema central	42
O tema decisão judicial é incidental	93
Total	135

Fonte: Elaborado pelo autor

É interessante notar, portanto, que das mais de 8 mil¹⁷¹ teses e dissertações defendidas na área de Direito, apenas 42 delas tratam da “*decisão judicial*” como tema central de estudo. Isso quer dizer que, de alguma forma, decisão judicial não é um tema popular entre teses e dissertações de alunos brasileiros.

Nos casos em que o tema decisão judicial é tratado incidentalmente, ele aparece, por exemplo, no estudo de teorias de precedentes, ativismo judicial, políticas públicas, áreas do Direito como Direito processual ou tributário, dentre outras.¹⁷² Isso quer dizer que, na maioria dos casos, o estudo da decisão judicial vem como suporte para a análise de outras matérias e outras áreas do Direito.

Interessante notar que o tema mais popular em que se discute teoria da decisão judicial é o tema do *ativismo judicial*. Das 93 teses e dissertações em que

¹⁷¹ Nos anos de 2014 e 2013 foram defendidas 4.785 teses e dissertações em Direito. Não tivemos acesso aos números para os anos de 2011 e 2012, mas estimamos aproximadamente 4 mil. Relembrando que não temos lista completa de teses e dissertações defendidas dos anos de 2011 e 2012, mas conseguimos fazer buscas por palavras-chave.

¹⁷² A lista completa está disponível na tabela de análise. A tabela está disponível no endereço <<https://goo.gl/so2NMf>>.

decisão judicial aparece apenas incidentalmente, 25 delas tratavam de ativismo judicial.

6.3.3. Realista, Descritiva, Interdisciplinar e Empírica

Como definimos em nosso capítulo de introdução, limitamos o escopo de nossa pesquisa através de quatro características determinantes: que as pesquisas contemplassem pelo menos uma das duas conclusões dos realistas sobre comportamento judicial¹⁷³; que elas fossem descritivas; que fossem eminentemente interdisciplinares¹⁷⁴; e, por fim, que se baseassem em pesquisas empíricas para sua comprovação ou refutação.

Será que esse tipo de pesquisa é realizado em âmbito acadêmico no Brasil? Fizemos um levantamento sobre estas quatro características. Os resultados encontram-se abaixo, e confirmam a hipótese de que os trabalhos brasileiros são majoritariamente normativos, não interdisciplinares e o método de pesquisa utilizado é o bibliográfico.

O primeiro resultado trazido pela pesquisa é que quase 90% dos trabalhos sobre decisão judicial são normativos, isto é, ressaltam “como deveriam” os juízes julgar, e não descrevendo como eles realmente o fazem.

Tabela 9 – Teses e Dissertações descritivas e normativas

Descritivas	15	11,1%
Normativas	120	88,9%
Total	135	100,0%

Fonte: Elaborado pelo autor

O segundo resultado, é que apenas 7,4% dos trabalhos possuem uma abordagem realista. Classificamos como tendo uma “abordagem realista” aqueles trabalhos que se valem de pelo menos de uma das duas conclusões realistas sobre

¹⁷³ Já falamos sobre as duas conclusões realistas sobre decisão judicial na Subseção 3.3.3.

¹⁷⁴ Consideramos interdisciplinares as pesquisas que conversam com outras áreas aplicadas do conhecimento e que não são usualmente estudadas pelo Direito. Desta forma, não consideramos interdisciplinares trabalhos que citam teorias filosóficas ou sociológicas – por comuns dentro do mundo do Direito.

decisão judicial¹⁷⁵: (i.) os juízes julgam com base em fatores também extrajurídicos (tais como ideologia política, fatores pragmáticos, etc.); e (ii.) os juízes decidem casos difíceis em um primeiro momento sem levar em consideração racionalidade jurídica. Apenas após a decisão ser tomada é que os juízes procuram argumentos que sustentem sua opinião.

Tabela 10 - Teses e dissertações realistas e não-realistas

Realistas	10	7,4%
Não Realistas	125	92,6%
Total	135	100,0%

Fonte: Elaborado pelo autor

A terceira classificação foi se o trabalho continha conteúdo interdisciplinar que não é tradicionalmente abordado pelas faculdades de Direito. Não foram por nós considerados conteúdos interdisciplinares conteúdos proveniente da sociologia, filosofia ou da história (posto que são tradicionalmente conhecidos pelos estudantes de Direito). Apenas 7 trabalhos, ou 5,2% deles são, segundo esta classificação, considerados interdisciplinares.

Tabela 11 - Teses e dissertações interdisciplinares e não-interdisciplinares

Interdisciplinar	7	5,2%
Não Interdisciplinar	128	94,8%
Total	135	100,0%

Fonte: Elaborado pelo autor

Por fim, tentamos analisar o método de pesquisa utilizado pelos trabalhos. Classificamos em duas categorias: se apenas bibliográficos, ou se usam, de alguma forma, métodos empíricos. Apenas 12 dos trabalhos (aproximadamente 9%) valeram-se da pesquisa empírica.

Tabela 12 - Teses e dissertações com pesquisa empírica e bibliográfica

Empírica	13	9,6%
Bibliográfica	116	85,9%
Não Disponível	6	4,4%
Total	135	100,0%

¹⁷⁵ Mais informações disponíveis no capítulo 3.

Fonte: Elaborado pelo autor

Fizemos posteriormente uma subclassificação entre os trabalhos que utilizaram pesquisa empírica. Dos 13 trabalhos que trazem alguma espécie de pesquisa empírica, 7 deles são referentes a *pesquisas jurisprudenciais*: isto é, eles trazem como objeto de análise sentenças ou acórdãos (entretanto, apenas *um* desses 7 trabalhos analisou os julgados com maior rigorosidade metodológica). A técnica de *questionários* foi aplicada por dois trabalhos, e outros dois fizeram análise de *legislação comparada* (um deles entre diferentes regimentos internos de tribunais, e outro sobre diferença entre o processo inglês e brasileiro). Um trabalho analisou os tribunais através da *etnografia*, e um trabalho utilizou o *estudo de caso*.

Um detalhe curioso é que, apesar de a pesquisa empírica ser categoria de pesquisa descritiva por excelência, nem todos os trabalhos foram categorizados como descritivos. Apenas 8 dos 13 trabalhos eram eminentemente descritivos, enquanto 4 deles, apesar de se valerem da pesquisa empírica, foram classificados como normativos.

6.3.4. Classificação Temática dos Trabalhos

Fizemos, posteriormente, uma classificação do teor dos trabalhos. Separamos os trabalhos em seis grupos distintos: (i.) *ativismo judicial*, que faz referência especialmente ao embate entre os limites do juiz em contraste com a competência do poder legislativo (ii.) *fundamentação, justificação e análise normativa da decisão*, que trata especialmente de aspectos normativos (como o juiz deve julgar), especialmente em seu dever de fundamentar e justificar suas decisões; (iii.) *instituições e decisão judicial*, classificação que faz referência aos órgãos e instituições jurídicas dentro dos quais as decisões são tomadas; (iv.) *precedentes judiciais* ratificando ou combatendo a ideia de que os juízes devem seguir precedentes de decisões já tomadas; (v.) *decisão judicial e realismo jurídico*, em que algum aspecto da teoria realista é retomado no trabalho; e por fim (vi.) *decisão judicial e outras teorias* em que teorias filosóficas e hermenêuticas bem como pensamento de alguns autores são retomados no contexto da decisão judicial. Deve-se ressaltar que esta classificação foi por nós elaborada e que não exclui,

obviamente, outras possibilidades de sistematização e de agrupamento dos trabalhos.

Para ilustrar cada uma das classificações, abaixo colocamos um exemplo de trabalho para cada classificação:

Tabela 13 - Títulos de trabalhos de acordo com a classificação temática

Classificação	Exemplo de Trabalho da Categoria
(i.) Ativismo Judicial	A atuação dos magistrados para a consecução da justiça e o ativismo judicial
(ii.) Fundamentação, justificação e análise normativa da decisão	Contribuição crítica à teoria da motivação das decisões judiciais
(iii.) Instituições e decisão judicial	Técnicas de julgamento de causas repetitivas no Direito brasileiro.
(iv.) Precedentes judiciais	O precedente na fundamentação da decisão judicial
(v.) Decisão judicial e Realismo Jurídico	Como decidem os juízes? Uma investigação da teoria realista da decisão judicial a partir das contribuições das ciências cognitivas e da psicologia moral
(vi.) Decisão judicial e outras teorias	Decisão Judicial e Poder Simbólico: uma análise a partir de Pierre Bourdieu

Fonte: Elaborado pelo autor

Como existiam trabalhos em zonas limítrofes (e que poderiam ser classificados em mais de uma categoria, optamos por fazer duas classificações para cada trabalho (uma classificação predominante e uma segunda secundária, mas com os mesmos grupos). Desta forma, por exemplo, pode haver um trabalho que seja classificado tanto como *ativismo judicial* e ao mesmo tempo, como *decisão judicial e outras teorias*.

Tabela 14 - Resultados da classificação temática

Categoria	Classificação Primária	Classificação Secundária	Total
(i.) Ativismo Judicial	22	6	28
(ii.) Fundamentação, justificação e análise normativa da decisão	26	11	37
(iii.) Instituições e decisão judicial	10	0	10
(iv.) Precedentes judiciais	23	2	25
(v.) Decisão judicial e Realismo Jurídico	7	4	11
(vi.) Decisão judicial e outras teorias	47	17	64
Total	135	40	

Fonte: Elaborado pelo autor

Novamente, nota-se que a soma de todas as classificações ultrapassa o número de trabalhos, e a soma das classificações primárias é exatamente igual ao número de trabalhos. Isto ocorre porque nem todos os trabalhos receberam uma classificação secundária, mas todos receberam uma classificação primária.

A escolha das categorias deu-se após uma breve pesquisa exploratória no conteúdo dos trabalhos¹⁷⁶. Ela não se propõe ser definitiva ou representar a melhor divisão possível dos trabalhos, mas é útil para uma representação simplificada dos trabalhos apenas para responder a seguinte pergunta: “*Afinal, quando falamos em decisão judicial em âmbito acadêmico no Brasil, estamos falando sobre o que?*”.

E a resposta a que se conclui é: quando falamos de decisão judicial no Brasil estamos falando principalmente de *teorias normativas filosóficas e de argumentação* (categoria vi.), bem como *ativismo judicial* (categoria i.), *precedentes judiciais* (categoria iv.) e *análises sobre o dever de fundamentar e justificar dos juízes* (categoria ii.).

6.3.5. Possui metodologia?

Outra análise realizada era se os trabalhos traziam explicitamente a metodologia empregada para a pesquisa. Dos 135 trabalhos, pudemos analisar apenas 80 deles (55 deles não pudemos nos certificar se havia ou não menção expressa à metodologia).

¹⁷⁶ De acordo com os elementos disponíveis para cada um deles, como explicado na seção 6.3.1.

Tabela 15 – Teses e dissertações que possuem metodologia

Trata sobre metodologia?	10	7,4%
Não trata sobre metodologia	70	51,9%
Não Disponível	55	40,7%
Total	135	100,0%

Fonte: Elaborado pelo autor

Ao fazermos uma análise apenas dos trabalhos disponíveis, dos 80 trabalhos em que era possível saber se havia ou não capítulo ou item sobre metodologia, apenas 10 faziam menção à metodologia empregada, correspondendo a 12,5% de todos os trabalhos disponíveis.

Tabela 16 - Teses e dissertações que possuem metodologia (disponíveis)

Trata sobre metodologia?	10	12,5%
Não trata sobre metodologia	70	87,5%
Total	80	100,0%

Fonte: Elaborado pelo autor

Entretanto, apesar de 10 dos trabalhos disponíveis possuírem algum aspecto metodológico, em 9 deles a metodologia aparecia apenas como um subitem de alguns dos capítulos (a maioria sendo subitem da introdução). Para a maioria deles, o subitem “metodologia” ocupava não mais do que um parágrafo na introdução. *Apenas em um trabalho apresentou-se um capítulo dedicado à metodologia e um maior aprofundamento nas premissas metodológicas para a pesquisa* (o que representa 1,25% dos trabalhos disponíveis). Entretanto, deve-se ressaltar que, com base apenas nesta pesquisa não estamos estabelecendo qualquer relação de causalidade entre a qualidade dos trabalhos e a presença ou ausência de uma seção ou capítulo de metodologia.

6.4. Algumas conclusões parciais sobre a pesquisa empírica.

Concluída a pesquisa empírica sobre decisão judicial em teses e dissertações brasileiras, algumas conclusões de caráter qualitativo – subjetivas, portanto – devem ser trazidas para enriquecer o debate.

Uma primeira conclusão a que se chega é que o tema *decisão judicial* ou *comportamento judicial* não é um tema fechado e não existe consenso sobre o que ele possa significar. Quando se fala em decisão judicial em âmbito de teses e dissertações defendidas no Brasil, a temática abordada é extremamente variada. Os temas principais são aqueles teóricos, especialmente envolvendo teorias filosóficas. Muitos autores da filosofia, sociologia e teoria jurídica aparecem – inclusive nos títulos – das teses e dissertações: *Luhmann, Dworkin, Bourdieu, Hart, Alexy, Habermas*. Ou seja, é muito rica e diversa a associação entre teorias (e teóricos) do Direito com a decisão judicial.

Desse modo, em uma segunda conclusão parcial, podemos dizer que há muita pesquisa teórica e bibliográfica e pouca pesquisa empírica ou prática. Praticamente todos os trabalhos tratam de aspectos teóricos, e não há muitas pesquisas que tentam refletir qual a realidade da decisão judicial e dos tribunais brasileiros. Isso faz com que haja, pelo menos até o limite de nossa observação, um distanciamento entre o objeto das pesquisas acadêmicas e a realidade da prática do Direito. Ao mesmo tempo em que decisão judicial é o objeto – mesmo que incidentalmente – dessas pesquisas, poucas delas analisaram de forma empírica a jurisprudência.

Não se quer aqui tirar o mérito da pesquisa filosófica, *a crítica é apenas à proporção*: muitos trabalhos teóricos, mas poucos trabalhos práticos. Além disso, os trabalhos são essencialmente normativos, e não descritivos. Isso quer dizer que é relativamente fácil, com base nos trabalhos, entendermos como os juízes *devem* decidir, ao mesmo tempo em que quase nenhum deles nos dá comprovações sobre como os juízes decidem *de fato*.

Por fim, uma terceira conclusão parcial, e esta última com maior relação com o nosso trabalho, notamos que poucos trabalhos discutem o comportamento judicial através de uma *abordagem realista*¹⁷⁷, fazendo com que este tipo de abordagem

¹⁷⁷ Para ilustrar, podemos citar os seguintes trabalhos encontrados que possuem abordagem tipicamente realista: “A influência da mídia nas decisões judiciais”; “Como decidem os juízes? Uma investigação da teoria realista da decisão judicial a partir das contribuições das ciências cognitivas e da psicologia moral”; “Como os juízes decidem. A influência de fatores extrajurídicos sobre o comportamento judicial”; e, por fim, “Influência extrajurídicas sobre a decisão judicial: Determinação, previsibilidade e objetividade do direito brasileiro”.

(tratada no presente trabalho) goze, pelo menos em sede de programas de pós-graduação de mestrado e doutorado, de originalidade e novidade para a academia jurídica brasileira.

7. CONCLUSÕES

7.2. Conclusões às perguntas da pesquisa

De forma objetiva, as primeiras conclusões que iremos traçar serão relativas às respostas das três perguntas da pesquisa (formuladas no capítulo 2). As perguntas são: (i.) “Como os juízes decidem?”; (ii.) “O que sabemos sobre como os juízes decidem?”; e, por fim, (iii.) “Podemos realmente saber como os juízes decidem?”.

Em relação à primeira pergunta: “Como os juízes decidem?”. Como já era esperado, esta pergunta compreende uma multiplicidade de respostas. Entretanto, para que não fiquemos apenas no campo da abstração, ao mesmo tempo que corremos o risco da simplificação, vamos tentar rascunhar uma resposta fundamentada: *Os juízes, quando recebem um caso decidem com base em vários fatores.*

Um desses fatores é o próprio sistema jurídico, seus institutos, suas normas e leis positivadas, bem como a jurisprudência dos tribunais (*modelo legal da decisão judicial*). Outros fatores incluem: ideologias políticas, econômicas e partidárias dos juízes (*modelo atitudinal*) bem como o uso de estratégias no ato de decidir que são coerentes com a instituição na qual os juízes estão inseridos (*modelo estratégico*). A princípio, a decisão de um juiz irá ser melhor explicada pela teoria legalista quanto mais fácil for o caso. E irá se aproximar das teorias atitudinal e estratégica quanto mais difícil for o caso (sendo considerado um caso difícil aquele que comporta boas argumentações para ambos os lados da questão). O *modelo psicológico* atenta-se muito ao “momento” (aspecto temporal) em que a decisão é tomada. É consenso na Psicologia que, especialmente nos casos difíceis, uma primeira decisão é tomada geralmente através de uma intuição inicial que se dá de forma inconsciente, rápida e automática (Sistema 1). Não existem muitos estudos que qualitativamente definem as causas para o conteúdo da intuição inicial (por que um juiz decidiu x ao invés de y?), e essa resposta talvez nunca possa ser plenamente respondida pela psicologia. Entretanto, alguns estudos apontam que nossas convicções morais podem nos ajudar a dar pistas sobre o conteúdo de nossa intuição. Se associarmos esse raciocínio às teorias *estratégica* e *atitudinal*, podemos dizer que muito da nossa

intuição inicial decorre de nossas preferências ideológicas pessoais ou de nossos objetivos estratégicos. Esta primeira decisão intuitiva não é definitiva, e pode posteriormente ser substituída pela decisão deliberada, que se dá de forma lenta, esforçada e consciente (Sistema 2). O problema é que, mesmo sendo uma deliberação racional, o fato de já termos tomado previamente uma decisão intuitiva faz com que sejamos enviesados nesta deliberação posterior de forma que, inconscientemente tentaremos “confirmar” a nossa intuição (especialmente através do *viés confirmatório*). Desta forma, ao contrário do que possa parecer, a decisão intuitiva possui um peso relevante – e possivelmente determinante – para o resultado da decisão final. E isso é especialmente importante no caso de decisões judiciais.

Em síntese, a resposta à primeira pergunta é: os juízes decidem com base em vários fatores. Cada um destes fatores (sejam jurídicos ou extrajurídicos) possui um peso na decisão do julgador. Infelizmente a aferição do “peso” dado a cada um desses fatores é impossível de ser realizada, e não existe ainda um modelo que consiga captar os fatores de forma global.

Em relação à segunda pergunta: “O que sabemos sobre como os juízes decidem?”. Como já foi dito acima, não existe (e provavelmente nunca existirá) um modelo que consiga captar de forma abrangente todos os fatores que influenciam a decisão judicial. O que existe, isto sim, são vários modelos de decisão distintos, cada um deles captando apenas um ou alguns poucos fatores que possam influenciar a decisão final. Recapitulando sinteticamente, consideramos como os modelos de decisão¹⁷⁸ mais importantes os modelos: *atitudinal*, *estratégico* e *psicológico*, bem como o tradicional modelo *legal*. Apesar desses modelos serem populares na literatura estrangeira, pudemos confirmar em nossa pesquisa empírica que na academia jurídica brasileira tais modelos não gozam de muito prestígio. No Brasil poucos são os modelos descritivos de decisão judicial. A maioria deles são modelos normativos que buscam inspiração em teorias filosóficas e da teoria do Direito. Entretanto, para além das teses e dissertações, conseguimos encontrar alguns estudos brasileiros que esmiúçam modelos descritivos (Seções 4.3.4 e 4.4.1

¹⁷⁸ Segundo nossa definição de modelos de decisão: descritivos, interdisciplinares, realistas e empíricos.

deste trabalho). Ainda assim, esses trabalhos esbarram em muitas dificuldades metodológicas, tais como a inexistência de dados compilados, inexistência de bases de dados confiáveis bem como a dificuldade de transposição de modelos tipicamente norte-americanos para a realidade brasileira. Infelizmente o tema “comportamento judicial” não consegue muito prestígio na academia brasileira. Na maior parte das vezes em que o tema aparece em teses e dissertações, ele aparece de forma incidental e secundária, dificilmente sendo o foco central do trabalho.

Em relação à última pergunta da pesquisa, “Podemos saber como os juízes decidem?”, a resposta é *sim*. Se entendermos que “saber como os juízes decidem” significa saber, com uma probabilidade maior do que a *mera aleatoriedade*, como os juízes irão se comportar em decisões futuras, então podemos responder afirmativamente a essa pergunta. E nesse sentido, bons modelos para esta tarefa são tanto os modelos de “mercados de previsão”, bem como os *modelos algorítmicos*. Tais modelos têm evoluído de forma incontestável no campo da decisão judicial e aferindo resultados que são melhores do que a aleatoriedade (vide capítulo 5). Entretanto, ainda faltam estudos que comparam e classificam diferentes modelos de acordo com sua eficácia preditiva. Um aspecto interessante a respeito dos modelos algorítmicos e por “mercados de previsão” é que eles não estão vinculados necessariamente a uma prévia teoria da decisão. Em linhas simples, tais modelos fazem parte da categoria de “problemas inversos”. Em oposição aos “problemas normais”, em que se parte de uma teoria, para chegar à formulação de um modelo e assim para chegar aos resultados, nos *problemas inversos*, a lógica é invertida: parte-se dos resultados e dos dados observados para que, a partir deles, chegue-se a um modelo preditivo.

Os modelos algorítmicos de decisão judicial podem ser entendidos aproximadamente da mesma forma como a *Amazon* recomenda livros ou o *Netflix* recomenda filmes a seus usuários: eles não sabem a *razão* pela qual você irá preferir aquele livro ou filme, mas com base nas informações disponíveis – tais como o comportamento prévio, eles sabem que *provavelmente* você também terá interesse naqueles livros ou filmes exibidos. Isso é possível porque o modelo é alimentado com muitas informações e variáveis disponíveis e trará uma probabilidade (que deve ser maior do que a aleatoriedade) de um juiz julgar de modo X ou Y, independentemente de acessarmos seu *background* ideológico, as leis

existentes no ordenamento jurídico ou seus raciocínios intuitivos (como pregam os modelos *atitudinais*, *estratégicos*, *legais* e *psicológicos*). Posteriormente, com base nos resultados, o modelo poderia indicar se alguma variável possui peso mais relevante (e qual teoria encaixaria nos resultados), mas a resposta, *a priori*, não depende de formulações teóricas.

7.3. Outras Conclusões

Com base na presente pesquisa, podemos dizer com tranquilidade que os realistas estavam corretos quanto a sua teoria da decisão judicial. E estavam corretos quanto a ambas de suas formulações teóricas: A *primeira* formulação é aquela que diz que os *juízes julgam com base em fatores extralegais ou extrajurídicos* (além dos fatores legais). E isso é repetidamente provado nos modelos *atitudinais* (que capturam especialmente o fator ideologia) e nos modelos *estratégicos* (que capturam outros fatores implícitos). Também estavam corretos na segunda formulação, que dispõe que *primeiro os juízes julgam (e muitas vezes com base em intuições), e apenas depois os juízes racionalizam sua decisão de acordo com as regras e princípios existentes no ordenamento jurídico*. A teoria psicológica parece acertar no alvo em relação a essa questão: ela prova que os juízes (assim como todos os seres humanos) inicialmente decidem de forma intuitiva e que estão sujeitos (assim como todos os seres humanos) a vieses na racionalização. E um desses vieses é justamente o viés confirmatório que, dentre outras características, faz com que juízes busquem no ordenamento jurídico aquilo que confirme o primeiro julgamento intuitivo.

Apesar de parecer uma conclusão óbvia (a de juízes possuem vieses em seus julgamentos tais como quaisquer pessoas) este tema não é tratado na academia com o devido merecimento. Ainda é mantida, nas faculdades de Direito, a ideia de que juiz deve julgar livre de preconceitos e imparcialmente, entretanto não é trazido ao conhecimento dos alunos e acadêmicos até que ponto isso é possível de ser atingido no mundo real¹⁷⁹. Uma prova disso é a nossa pesquisa empírica

¹⁷⁹ A esse respeito, “Pressupõe-se que o juiz é uma criatura de racionalidade quase ilimitada; que tem a capacidade de “desligar” seus vieses e preconceitos, suas emoções. O juiz sempre seria capaz de tomar decisões morais racionalmente construídas a partir de certos dados mediante um processo

(Capítulo 6) ter chegado ao resultado de que a maioria dos estudos são normativos e *quase nenhum deles é descritivo, que demonstre como os juízes decidem de fato*. A pressuposição de que o juiz deve atingir uma racionalidade quase ilimitada, a nosso ver, é prejudicial no sentido de que, ao ignorar as limitações do julgamento, ignora-se as técnicas e práticas¹⁸⁰ que possam ser utilizadas para minimizar vieses cognitivos e seus efeitos nas decisões judiciais.

Apesar de o tema comportamento judicial ser antigo e profundamente estudado pelos realistas da década de 1930, recentemente o estudo da decisão judicial evoluiu e desenvolveu com modelos cada vez mais avançados, complexos e confiáveis. *Avançados* porque retratam aspectos da decisão que não são tradicionalmente estudados pelo Direito, e que são relevantes para a tomada de decisão. *Complexos* porque muitos deles envolvem algoritmos modernos e que exigem do pesquisador necessariamente familiaridade com outras áreas do conhecimento, especialmente com programação, matemática e estatística. O que se observa em trabalhos que envolvam este tipo de modelagem são equipes multidisciplinares envolvidas nos estudos, visto que, nestes casos, apenas o pesquisador formado em Direito não dará conta de questões e problemas que envolvem outras disciplinas. Os modelos também estão cada vez mais *confiáveis*, pois geralmente seus resultados são testados e têm superado a aleatoriedade. Isso significa que, de alguma forma, esses modelos são capazes de agregar informação e trazer resultados úteis em relação a previsões judiciais. Além disso, bases de dados mais confiáveis resultam em modelos mais confiáveis.

Como mencionado, modelos mais complexos demandam dados mais confiáveis, tanto em relação à qualidade, como em relação ao volume disponibilizado. A ausência de boas bases de dados de decisões não é um problema específico do Brasil, entretanto a situação brasileira é alarmante. O desenvolvimento de modelos empíricos de decisão é dificultado porque os dados referentes a decisões anteriores não estão facilmente disponíveis no Brasil. Apesar de algumas

controlado de inferência. Quando muito, reconhece-se que o juiz é humano, falível e sujeito a variações emocionais, para em seguida exigir dele uma racionalidade ilimitada" (BRANDO, 2013, p. 75).

¹⁸⁰ A esse respeito, vide algumas proposições neste sentido na Parte III do artigo (GUTHRIE; RACHLINSKI; WISTRICH, 2007, p. 128-140).

iniciativas interessantes neste sentido, tais como o *Justiça em Números* do CNJ e o *Supremo em Números* da FGV, ainda há muito a ser desenvolvido em relação a bases de dados e em relação a compilação de dados, sejam eles estruturados ou não estruturados.

Apesar disso, no caso de modelos baseados em “mercados de previsão” em que um número grande de usuários “apostam” em um determinado resultado, é possível certa confiabilidade nas previsões mesmo sem uma base de dados estruturada por trás. Isso é em tese factível porque os mercados de previsão baseiam-se no “*Wisdom of the Crowds*”, ou Sabedoria das Multidões, que é um fenômeno segundo o qual muitas pessoas poderiam conseguir resultados de previsão melhores do que indivíduos sozinhos.

Previsões em âmbito judicial tradicionalmente não são bem vistas no Direito. Argumentos do tipo “cada caso é um caso”, ou “cada juiz é um juiz” ou “cada cabeça uma sentença” fazem com que acadêmicos do Direito não explorem esta seara. Entretanto, acreditamos que modelos preditivos são de relevância ímpar para a sociedade¹⁸¹ por dois motivos (dentre muitos outros). Em *primeiro lugar* porque quando se é possível aferir uma probabilidade de procedência ou improcedência para um pedido, as partes estarão mais propensas a um acordo ou conciliação extrajudicial. Isto é possível porque a partir do momento que a informação (probabilidade) é disponibilizada, é possível realizar uma estimativa mais realista de um valor para um possível acordo. Muitas vezes (ou talvez, na maior parte das vezes) os advogados não sabem a possibilidade de êxito em uma demanda e falham em informar corretamente os riscos envolvidos a seus clientes. Isso faz com que as partes ajam diferentemente do que agiriam se tivessem acesso previamente a esse tipo de informação. Em um país como o Brasil, em que índices de litigância são extremamente altos comparados a outros países, esta possibilidade é de vital importância. Em *segundo lugar* porque o riscos legais e passivos decorrente de ações judiciais poderiam ser melhor gerenciados a partir do momento em que se aferem probabilidades mais precisas de resultados judiciais.

¹⁸¹ A esse respeito “*The best test of an explanatory theory is its ability to predict future events. To the extent that scholars in both disciplines seek to explain court behavior, they ought to test their theories not only against cases already decided, but against future outcomes as well*” (MARTIN et al., 2004, p. 761).

Não há dúvidas que o sistema jurídico está se transformando conjuntamente com a evolução tecnológica, assim como ocorre em outras áreas do conhecimento. Inúmeros trabalhos¹⁸², estudos e conferências¹⁸³ são consistentes em afirmar que o mercado jurídico irá sofrer mudanças estruturais importantes nos próximos anos devido a tecnologia. Apesar desse consenso, pouco se vê neste sentido acontecendo nas universidades brasileiras e na pesquisa jurídica. A interdisciplinaridade ainda é tímida dentro dos cursos de Direito, e nosso formato de pesquisa ainda segue sendo o mesmo, com pouca aplicabilidade prática.¹⁸⁴ Ou seja, estamos, aqui no Brasil, ainda alheios às mudanças que ocorrerão em âmbito judicial por decorrência do desenvolvimento tecnológico.

¹⁸² Vide, a esse respeito, como exemplo, os seguintes trabalhos (BLACKMAN; AFT; CARPENTER, 2011; KATZ, 2011; LETTIERI; FARO, 2012; MCGINNIS; WASICK, 2012).

¹⁸³ Vide, a esse respeito, como exemplo as conferências anuais (i.) LegalTech <www.legaltechshow.com>; a FutureLaw (organizada pela CodeX da Stanford); e a (iii.) LawTech NZ.

¹⁸⁴ A esse respeito, vide (NOBRE; COSTA; SUNDFELD, 2005).

8. SUGESTÕES PARA TRABALHOS FUTUROS

Um dos principais objetivos deste estudo é a possibilidade de se estabelecer uma agenda de pesquisa sobre decisão judicial no Brasil. O estudo da decisão judicial se transformou e muito evoluiu desde sua popularização com o Realismo Jurídico. Entretanto, no Brasil não conseguimos enxergar de forma nítida esta evolução. Ao que se pode constatar empiricamente, a pesquisa brasileira sobre decisão judicial é omissa quanto a trabalhos descritivos. Enquanto há muitos trabalhos que discorrem sobre como “deveria ser” uma decisão judicial correta, a academia jurídica brasileira, salvo algumas exceções, não se interessa por traçar um diagnóstico descritivo do processo decisório nos tribunais do Brasil. Assim como Llewellyn, acreditamos que *em primeiro lugar* devemos discutir como a decisão judicial “é”, como ela se dá. Apenas então, em segundo lugar, deveríamos adentrar o campo do “dever ser”:

This is a question in first instance of fact: what does law do, to people, or for people? In the second instance, it is a question of ends: what ought law to do to people, or for them? (LLEWELLYN, 1931, p. 1223)

Por essa razão é que somos partidários da pesquisa empírica. Não é possível entender como os juízes decidem sem análise rigorosa de seus comportamentos, estratégias, e, claro, de suas decisões. Para isso, acreditamos que o primeiro passo é a disponibilização (não só para acadêmicos do Direito, mas também de outras áreas afins) de informações confiáveis e que possam ser estudadas de maneira sistemática e rigorosa. Para isso, é imprescindível a criação e manutenção de boas bases de dados – algo ainda extremamente incipiente no Brasil¹⁸⁵. O lado positivo é que esta tarefa pode ser facilitada uma vez que o processo judicial eletrônico já é uma realidade no país. Ou seja, muitas informações estão sendo armazenadas, entretanto não o são de forma proveitosa. Quaisquer iniciativas acadêmicas que

¹⁸⁵ Uma destas iniciativas incipientes é o trabalho de Ferreira (2013), que aprimora a base de dados criada por Jaloretto e Mueller (2011) – ambos os trabalhos detalhados na Seção 4.3. Todavia, esta base de dados não está disponível livremente para outros pesquisadores.

proponham criar ou aprimorar as bases de dados sobre decisão judicial devem ser fomentadas. Esta é nossa primeira sugestão para trabalhos futuros.

Outra sugestão é um maior rigor metodológico nos trabalhos que tratam da decisão judicial – ou no Direito como um todo. O método da pesquisa é, para nós, um dos aspectos mais importantes em um bom trabalho. Pode-se notar que o tipo de pesquisa predominante no Direito brasileiro – e em decisão judicial não é diferente – é a bibliográfica: muito se observa a teoria, mas pouco se observam os fatos. E mesmo quando os fatos são observados, o rigor “científico” utilizado é extremamente precário. É claro que não se pretende aqui transformar o Direito em uma ciência exata ou natural – em que a observação comprova ou refuta com grande certeza um fato. Nas próprias ciências humanas podemos encontrar métodos de pesquisa igualmente rigorosos que são adaptados ao estudo social, a suas incertezas e multiplicidade de variáveis que afetam uma ação. Uma forma possível para trazer maior rigor metodológico nas pesquisas jurídicas, é um melhor treinamento em pesquisa (especialmente em pesquisa empírica) dado a alunos nos cursos de graduação e pós graduação em Direito. Esta é nossa segunda sugestão para trabalhos futuros.

Em relação à decisão judicial, uma outra sugestão para trabalhos é o desenvolvimento das teorias atitudinais, estratégicas e psicológicas, mas com a necessária cautela ao levar em consideração o ambiente institucional brasileiro e suas características. Os riscos e cautelas desta “transposição” foram muito bem esclarecidos por Ribeiro e Arguelhes (2013), sendo um pré-requisito bibliográfico para incursões neste sentido – especialmente em relação ao modelo atitudinal. O trabalho também traz alguns problemas relevantes para o desenvolvimento de uma agenda de estudos empíricos no Supremo Tribunal Federal. Não é impossível também criarmos índices que possam ser utilizados no Brasil como *proxies* ideológicos, tais como os escores de “Segal-Cover”¹⁸⁶ e o “Martin-Quinn”¹⁸⁷.

Enfim, o campo de estudo sobre decisão judicial é amplo, fértil e extremamente relevante. Faltam iniciativas interessantes e uma maior discussão dos

¹⁸⁶ Vide Seção 4.3.2.

¹⁸⁷ Vide Seção 4.3.3.

trabalhos. Se o nosso trabalho puder servir como mais um passo nesta direção, então seu objetivo acadêmico foi satisfatoriamente cumprido.

9. REFERÊNCIAS

ALEXANDER, GS. Comparing the two legal realisms - American and Scandinavian. *The American journal of comparative law*, p. 131–174, 2002. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/840832>>. Acesso em: 6 jul. 2014.

ALLENSWORTH, Rebecca H. Prediction Markets and Law: A Skeptical Account. *Harvard Law Review*, v. 122, n. 4, p. 1217–1238, 2009.

ARAZY, Ofer; MORGAN, Wayne; PATTERSON, Raymond a. Wisdom of the Crowds: Decentralized Knowledge Construction in Wikipedia Ofer Arazy, Wayne Morgan, and Raymond A. Patterson University of Alberta, School of Business. *16th Annual Workshop on Information Technologies & Systems (WITS) Paper*, p. 79–84, 2006. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1025624>.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano; Indicações Presidenciais para o Supremo Tribunal Federal e suas Finalidades Políticas. *Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política*, v. 7, 2010.

BELL, David E.; RAIFFA, Howard; TVERSKY, Amos. *Decision Making: Descriptive, Normative, and Prescriptive Interactions*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

BLACKMAN, Josh; AFT, Adam; CARPENTER, Corey M. FantasySCOTUS: Crowdsourcing a Prediction Market for the Supreme Court. *SSRN eLibrary*, v. 10, n. 3, p. 34, 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=1804940>>.

BRANDO, Marcelo Santini. Como decidem os juízes? Uma investigação da teoria realista da decisão judicial a partir das contribuições das ciências cognitivas e da psicologia moral. 2013.

CAMERON, Charles M. Rational Choice Attitudinalism? A Review of Epstein , Landes and Posner ' s The Behavior of Federal Judges : A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice. 2015.

CARDOZO, Benjamin Nathan. *The Nature of the Judicial Process*. New Haven: Yale University Press, 1921.

CARLSON, Keith; LIVERMORE, Michael A; ROCKMORE, Daniel. A Quantitative Analysis of Writing Style on the U.S. Supreme Court. *Washington University Law Review*, v. 93, n. 6, 2016.

CESTARI, Roberto; NOJIRI, Sérgio. Interpretações Históricas e Teóricas do Realismo Jurídico. *Conpedi/UFS*, p. 142–166, 2015.

CNJ. *Justiça em Números. Justiça em Números*. [S.l: s.n.], 2015.

COHEN, FS. Transcendental nonsense and the functional approach. *Columbia Law Review*, v. XXXV, 1935. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1116300>>. Acesso em: 6 jul. 2014.

COOK, Walter W. Scientific Method and the Law. *American Bar Association Journal*, v. 13, n. 6, p. 303–309, 1927.

COX, M.; ELLSWORTH, D. Application-controlled demand paging for out-of-core visualization. *Proceedings. Visualization '97 (Cat. No. 97CB36155)*, n. July, p. 235–244, 1997. Disponível em: <<http://ieeexplore.ieee.org/lpdocs/epic03/wrapper.htm?arnumber=663888>>.

CRESTANI, Maicon. *Decisões Manipulativas e Separação de Poderes*. 2013. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2013.

CROSS, FB. Political science and the new legal realism: A case of unfortunate interdisciplinary ignorance. *Northwestern University Law Review*, v. 1, 1997. Disponível em: <http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/illlr92§ion=12>. Acesso em: 6 jul. 2014.

CUSHMAN, Fiery; YOUNG, Liane; GREENE, Joshua D. Our multi-system moral psychology: Towards a consensus view. *The moral psychology*, p. 1–19, 2010. Disponível em: <<http://www.wjh.harvard.edu/~jgreene/GreeneWJH/Cushman-et-al-MultiSystemMrlPsy-HandbookMrlPsy.pdf>>.

DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSO, Liora. Extraneous factors in judicial decisions. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, v. 108, p. 6889–6892, 2011.

DESPOSATO, Scott W; INGRAM, Matthew C; LANNES, Osmar P. Judicial Behavior in Civil Law Systems: Changing Patterns on the Brazilian Supremo Tribunal Federal Scott W. Desposato, Matthew C. Ingram, and Osmar P. Lannes 1. *CICLO 2012 DO PROGRAMA DE SEMINÁRIOS CIEF-CERME-LAPCIPP-MESP*, p. 1–41, 2012.

DICKERSON, F. Reed. The Electronic Searching of Law. *American Bar Association Journal*, v. 47, n. 9, p. 902–908, 1961.

DROBAK, John N; NORTH, Douglass C. Understanding Judicial Decision-Making: The Importance of Constraints on Non-Rational Deliberations. *Journal of Law & Policy*, v. 865, n. 1988, p. 131–152, 2004.

EDWARDS, Ward. The theory of decision making. *Psychological Bulletin*, v. 51, n. 4, p. 380–417, 1954.

EDWARDS, Ward; VON WINTERFELDT, Delfof. Cognitive Illusions and their implications for the law. *Southern California Law Review*, v. 59, p. 225–276, 1986.

EDWARDS, Ward; WINTERFELD, Detlof Von; MILES, Ralph F. *Advances in Decision Analysis*. [S.l: s.n.], 2007.

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

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Toward a Strategic Revolution in Judicial Politics: A Look Back, A Look Ahead. *Political Research Quarterly*, v. 53, n. 3, p. 625–661, 2000.

EPSTEIN, Lee; LANDES, William M.; POSNER, Richard a. *The Behavior of Federal Judges: A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice*. [S.l: s.n.], 2013. Disponível em: <<https://books.google.com/books?hl=it&lr=&id=RcQEBeic3ecC&pgis=1>>.

ERLANGER, HS *et al.* Is It Time for a New Legal Realism? *Wisconsin Law Review*, 2006. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=896762>. Acesso em: 6 jul. 2014.

FERREIRA, Daniel Brantes. *Realismo Jurídico Norte-Americano : Uma contribuição para o ensino jurídico*. 2011. 175 f. PUC-Rio, 2011.

FERREIRA, Pedro F A Nery. Como Decidem os Ministros do STF : Pontos Ideais e Dimensões de Preferências. 2013.

FONTE, Felipe de Melo. O Supremo Tribunal Federal antes e depois da TV Justiça: rumo à sociedade aberta de telespectadores? *Conjur*, 2013. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/pesquisa-decisoes-colegiadas-stf.pdf>>.

FRANK, Jerome. A Plea for Lawyer-Schools. *Yale Law Journal*, v. 56, n. 8, p. 1303–1344, 1947.

FREDERICK, Shane. Cognitive Reflection and Decision Making. *Journal of Economic Perspectives*, v. 19, n. 4, p. 25–42, 2005.

FREED, Roy N. Prepare Now for Machine-Assisted Legal Research. *American Bar Association Journal*1, v. 47, n. 8, p. 764–767, 1961.

GARVIN, D. Making the Case: Professional Education for the World of Practice. *Harvard Magazine*, v. 106, n. 1, p. 56–65, 2003. Disponível em: <<http://harvardmagazine.com/2003/09/making-the-case-html>>.

GEURTS, Pierre; ERNST, Damien; WEHENKEL, Louis. Extremely randomized trees. *Machine Learning*, v. 63, n. 1, p. 3–42, 2006. Disponível em: <<http://link.springer.com/10.1007/s10994-006-6226-1>>.

GOLDING, Martin P. Realism and Functionalism in the Legal Thought of Felix S.

Cohen. *Cornell Law Review*, v. 66, n. 5, p. 1032–1057, 1981.

GUIMERA, Roger; SALES-PARDO, Marta. Justice Blocks and Predictability of U.S. Supreme Court Votes. *Plos One*, v. 6, n. 11, p. e27188, 2011.

GUIMERÀ, Roger; SALES-PARDO, Marta. Missing and spurious interactions and the reconstruction of complex networks. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, v. 106, n. 52, p. 22073–22078, 2009.

GUTHRIE, C; RACHLINSKI, Jj; WISTRICH, Aj. Judging by Heuristic-Cognitive Illusions in Judicial Decision Making. *Judicature*, p. 44–50, 2002. Disponível em: <http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/judica86§ion=16>.

GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. *Blinking on the bench: How judges decide cases*. *Cornell Law Review*. [S.l: s.n.], 2007

GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Inside the judicial mind. *Cornell Law Review*, v. 86, n. 4, p. 777–830, 2001.

HAIDT, Jonathan. Moral psychology and the law: How intuitions drive reasoning, judgment, and the search for evidence. *Alabama Law Review*, v. 998, n. 2007, p. 867–880, 2012.

HAIDT, Jonathan. The Emotional Dog and Its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment. *Psychological review*, v. 108, n. 4, p. 814–834, 2001.

HART, HLA. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HAUSER, M *et al.* A dissociation between moral judgments and justifications. *Mind & Language*, v. 22, n. 1, p. 1–21, 2007.

HETTINGER, Virginia A.; LINDQUIST, Stefanie A.; MARTINEK, Wendy L. *Comparing Attitudinal and Strategic Accounts of Dissenting Behavior on the U.S. Courts of Appeals*. *American Journal of Political Science*. [S.l: s.n.], 2004

HOLMES, Oliver Wendell. *The Common Law*. [S.l: s.n.], 2011.

HOLMES, Oliver Wendell. The Path of the Law. *Harvard Law Review*, v. 10, p. 457–478, 1897. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/10.2307/1342108>>.

HULL, NEH. Reconstructing the Origins of Realistic Jurisprudence: a prequel to the llewellyn-pound exchange over legal realism. *Duke Law Journal*, v. 1989, p. 1302–1334, 1990.

HUTCHESON, Joseph. The Judgment Intuitive: The Function of the Hunch in Judicial

Decision. *Cornell Lq*, v. 14, p. 274–288, 1928.

JALORETTO, Maria Fernanda; MUELLER, Bernardo Pinheiro Machado. O Procedimento de Escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal - uma análise empírica. *Economics Analysis of Law Review*, v. 2, n. 1, p. 170–187, 2011.

KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. v. 185, n. 4157, p. 1124–1131, 1993.

KASTELLE, Jonathan P. The Statistical Analysis of Judicial Decisions and Legal Rules with Classification Trees. *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 7, n. 2, p. 202–230, jun. 2010. Disponível em: <<http://doi.wiley.com/10.1111/j.1740-1461.2010.01176.x>>.

KATZ, Daniel Martin. Quantitative Legal Prediction-Or-How I Learned To Stop Worrying And Start Preparing For The Data-Driven Future Of The Legal Services Industry. *Emory Law Journal*, v. 62, n. July, p. 909–966, 2011.

KATZ, Daniel Martin; BOMMARITO, Michael James; BLACKMAN, Josh. Predicting the behavior of the Supreme Court of the United States: A general approach. *SSRN Electronic Journal*, p. 1–17, 2014. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=2463244>>.

KLEIN, David; MITCHELL, Gregory. *The Psychology of Judicial Decision-Making*. [S.I.]: Oxford University Press, 2010.

KREITNER, Roy. Biographing Realist Jurisprudence. *Law and Social Inquiry*, v. 35, p. 765–791, 2010.

LAWLOR, Reed C. What Computers Can Do: Analysis and Prediction of Judicial Decisions. *American Bar Association Journal*, v. 49, n. 4, p. 337–344, 1963.

LEITER, Brian. American legal realism. *U of Texas Law, Public Law Research Paper*, n. 042, 2002. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/984667>>. Acesso em: 17 set. 2014.

LEITER, Brian. Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered*. *Ethics*, v. 111, n. 2, p. 278–301, 2001. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/10.1086/233474>>. Acesso em: 6 jul. 2014.

LEITER, Brian. Legal Realisms, Old and New. *Valparaiso University Law Review*, v. 2005, p. 1–17, 2014. Disponível em: <<http://scholar.valpo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2304&context=vulr>>. Acesso em: 6 jul. 2014.

LEONI, Eduardo L; RAMOS, Antonio P. Judicial Preferences and Judicial Independence in New Democracies: The Case of the Brazilian Supreme Court.

2006.

LETTIERI, Nicola; FARO, Sebastiano. Computational Social Science and its Potential Impact upon Law. *European Journal of Law and Technology*, v. 3, n. 3, p. 1–16, 2012.

LI, William P. *et al.* Law is Code: A Software Engineering Approach to Analyzing the United States Code. *SSRN Electronic Journal*, v. 10, n. 2, 2014a. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=2511947>>.

LI, William P. *et al.* Law is Code: A Software Engineering Approach to Analyzing the United States Code. *SSRN Electronic Journal*, v. 10, n. 2, 2014b.

LLEWELLYN, Karl N. A Realistic Jurisprudence - The Next Step. *Columbia Law Review*, v. 30, n. 4, p. 431–465, 1930.

LLEWELLYN, Karl N. Some realism about realism: Responding to Dean Pound. *Harvard Law Review*, v. 1, p. 1222–1264, 1931.

LONG, Lance N.; CHRISTENSEN, William F. When Justices (Subconsciously) Attack: the theory of argumentative threat and the Supreme Court. *Oregon L. Rev.*, v. 91, p. 933–959, 2013.

LUCAS, Luiz Campos de Sá. Árvores, florestas e sua função como preditores: uma aplicação na avaliação do grau de maturidade de empresas. *Revista Pmkt*, v. 6, n. 1, p. 6–11, 2011.

MACAULAY, Stewart; MERTZ, Elizabeth. Legal Realism as legal theory: ten theses. [S.l.: s.n.], 2014. p. 1–42.

MACEDO, Paulo Garcia Neto. *A influência do realismo jurídico norte-americano no direito constitucional brasileiro*. 2008. 2008.

MANSKI, Charles F. Interpreting The Predictions of Predictions Markets. v. 91, n. 3, p. 425–429, 2006.

MARKS, B. A. A Model of Judicial Influence on Congressional Policy Making: Grove City College v. Bell. *Journal of Law, Economics, and Organization*, p. ew010–, 2012. Disponível em: <<http://jleo.oxfordjournals.org/content/early/2012/05/10/jleo.ew010.abstract>>.

MARTIN, Andrew D. *et al.* Competing Approaches to Predicting Supreme Court Decision Making. *Symposium: Forecasting U.S. Supreme Court Decisions*, v. 2, n. 4, p. 761–767, 2004.

MARTIN, Andrew D.; QUINN, Kevin M. Dynamic Ideal Point Estimation via Markov

Chain Monte Carlo for the U.S. Supreme Court , 1953-1999. *Political Analysis*, v. 10, n. 2, p. 134–153, 2002.

MARTINS, Daniele dos Santos. TV Justiça: STF em cena. *Anais do V Simpósio Nacional de Ciência, Tecnologia e Sociedade*, 2015.

MCGINNIS, John O; WASICK, Steven. Law: an Information Technology. *Public Law and Legal Theory Series*, n. 12-22, p. 80, 2012.

MOORE, Gordon E. Moore's Law at 40. *Understanding Moore's Law: Four Decades of Innovation*. [S.l: s.n.], 2006. p. 67–84.

MOORE, Underhill; CALLAHAN, Charles. Law and Learning Theory: A Study in Social Control. *Yale Law Journal*, v. 53, p. 1–136, 1943.

NICKERSON, Raymond S. Confirmation bias: A ubiquitous phenomenon in many guises. *Review of General Psychology*, v. 2, n. 2, p. 175–220, 1998.

NOBRE, Marcos; COSTA, Judith Martins; SUNDFELD, Carlos Ari. *O que é pesquisa em direito?* São Paulo: Quartier Latin, 2005.

NOJIRI, Sérgio. *A Interpretação Judicial do Direito*. [S.l: s.n.], 2005.

OLIVEIRA, Fabiana Luci De. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e “panelinhas”. *Revista de Sociologia e Política*, v. 20, n. 44, p. 139–153, 2012a. Disponível em:
<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782012000400011&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>.

OLIVEIRA, Fabiana Luci De. Supremo relator: processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 27, n. 80, p. 89–115, 2012b. Disponível em:
<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092012000300006&lng=pt&nrm=iso&tlng=en>.

OLIVEIRA, Fabiana Luci. Justice, Professionalism, and Politics in the Exercise of Judicial Review by Brazil's Supreme Court. *Brazilian Political Science Review*, v. 3, n. 2, p. 93–116, 2008.

POSNER, Richard a. *How Judges Think*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2010.

POUND, Roscoe. Law in books and law in action. *American Law Review*, v. 44, p. 13–36, 1910.

POUND, Roscoe. The Spirit of the Common Law. *Marshall Jones Company*, 1921.

RADIN, Max. The Theory of Judicial Decision: or how judges think. [S.d.].

RAMSEYER, JM; RASMUSEN, E. Comparative Litigation Rates. *Harvard Law School Discussion Papers*, v. 681, p. 1–43, 2010. Disponível em: <https://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Ramseyer_681.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2014.

RIBEIRO, Leandro Molhano;; ARGUELHES, Diego Werneck. Preferências, Estratégias e Motivações: Pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro /Institutional assumptions of theories on judicial behavior and their transposition to the Brazilian case. *Revista Direito e Práxis*, v. 4, n. 7, p. 85–121, 2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/7503>>.

RIBEIRO, Ricardo Silveira. Política e economia na jurisdição constitucional abstrata. *Revista Direito GV*, v. 8, n. 1, p. 87–108, 2012.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como Decidem as Cortes ? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. [S.l: s.n.], 2013.

RUBIN, Edward. The Real Formalists , the Real Realists , and What They Tell Us about Judicial Decision and Legal Education. *Michigan Law Review*, v. 109, n. 6, 2011.

RUGER, Theodore W. *et al.* The Supreme Court Forecasting Project: Legal and Political Science Approaches to Predicting Supreme Court Decisionmaking. *Columbia Law Review*, v. 104, n. 4, p. 1150–1210, 2004.

SALES, Robson. Número de processo em tramitação é assustador, diz ministra do STF. *Valor Econômico*, 13 maio 2015. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/4048192/numero-de-processo-em-tramitacao-e-assustador-diz-ministra-do-stf>>.

SAYRE, Paul. Law in Action. *Philosophy of Law*. [S.l: s.n.], 1914. p. 52–92.

SCHAUER, Frederick. Legal Realism Untamed. p. 1–46, 2012.

SCHROEDER, Theodore. The Psychologic Study of Judicial Opinions. *California Law Review*, v. 6, n. 2, p. 89–113, 1918.

SEGAL, Jeffrey a; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. [S.l.]: Cambridge University Press, 2002. v. 66. Disponível em: <<http://www.amazon.com/dp/0521783518>>.

SEGAL, Jeffrey A.; COVER, Albert D. Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices. *The American Political Science Review*, v. 83, n. 2, p. 557–565, 1989.

SHANNON, Claude E. Programming a computer for playing chess. *Philosophical Magazine*, v. 41, n. 314, p. 256, 1950.

SISK, Gregory C.; HEISE, Michael; MORRIS, Andrew P. Charting the Influences on the Judicial Mind: An Empirical Study of Judicial Reasoning. *N.Y.U. L. Rev.*, v. 73, p. 1377, 1998.

SKAPINKER, Michael. Technology: Breaking the law. *Financial Times*, 2016. Disponível em: <<http://www.ft.com/cms/s/0/c3a9347e-fdb4-11e5-b5f5-070dca6d0a0d.html#axzz4EOEApMP>>.

SPAAK, Torben. Naturalism in Scandinavian and American Realism : Similarities and Differences. n. 1963, p. 1–35, 2007.

SPILLER, Pablo T; GELY, Rafael. Strategic Judicial Decision Making. *National Bureau of Economic Research Working Paper Series*, v. No. 13321, n. December, p. 1–9, 2007. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w13321>>.

STRUCHINER, Noel; BRANDO, Marcelo Santini. Como os juízes decidem os casos difíceis do direito? *Novas Fronteiras da Teoria do Direito*. [S.l: s.n.], 2014. .

SUROWIECKI, James. The Wisdom of Crowds. *How Collective Wisdom Shapes Business Economies Societies and Nations* New York Doubleday, p. 296, 2004.

TAMANAHA, Brian Z. Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law. p. 269, 2006. Disponível em: <<http://worldtracker.org/media/library/CollegeBooks/CambridgeUniversityPress/0521869528.Cambridge.University.Press.Law.as.a.Means.to.an.End.Threat.to.the.Rule.of.Law.Oct.2006.pdf>>.

TAMANAHA, Brian Z. Understanding Legal Realism. *Tex. L. Rev.*, p. 731–785, 2008. Disponível em: <http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/tlr87§ion=27>. Acesso em: 6 jul. 2014.

TUMONIS, Vitalius. Legal Realism & Judicial Decision-Making. *Jurisprudence*, v. 19, n. 4, p. 1361–1382, 2012.

WALTER, Chip. Kryder's Law. *Scientific American*, 2005.

WISTRICH, Andrew J.; GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J. Can Judges Ignore Inadmissible Information? The Difficulty of Deliberately Disregarding. *U. Pa. L. Rev.*, v. 153, p. 1251–1345, 2005.

WOLFERS, Justin; ZITZEWITZ, Eric. Interpreting Prediction Market Prices as Probabilities. *National Bureau of Economic Research Working Paper Series*, v. No. 12200, p. 1–25, 2006. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w12200>>.

XAVIER, José Roberto Franco. Algumas notas teóricas sobre a pesquisa empírica em direito. *Research Paper Series - Legal Studies*, n. 122, p. 1–35, 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2623260>>.

APÊNDICE 1 – Lista de Programas de Mestrado Pesquisado

Lista de Instituições de Ensino (IEs) de Mestrado e Doutorado pesquisados. Existem IEs com mais de um programa.

Programa	Sigla	Instituição de Ensino	Área Básica	Titulação
CIÊNCIA JURÍDICA	UNIVALI	UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ (UNIVALI)	DIREITO	Mestrado e Doutorado
CIÊNCIA JURÍDICA	UENP	UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ (UENP)	DIREITO	Mestrado e Doutorado
CIÊNCIAS CRIMINAIS	PUC/RS	PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL (PUC/RS)	DIREITO	Mestrado e Doutorado
CIÊNCIAS JURÍDICAS	UNICESUMAR	Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR)	DIREITO	Mestrado
CIÊNCIAS JURÍDICAS	UFPB/J.P.	UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA/JOÃO PESSOA (UFPB/J.P.)	DIREITO	Mestrado e Doutorado
DIREITO	UNICURITIBA	CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA (UNICURITIBA)	DIREITO	Mestrado
DIREITO	UnICEUB	CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA (UnICEUB)	DIREITO	Mestrado e Doutorado
DIREITO	UNIPÊ	CENTRO UNIVERSITÁRIO DE JOÃO PESSOA (UNIPÊ)	DIREITO	Mestrado
DIREITO	UDF	CENTRO UNIVERSITÁRIO DO DISTRITO FEDERAL (UDF)	DIREITO	Mestrado
DIREITO	UNIFIEO	CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO (UNIFIEO)	DIREITO	Mestrado
DIREITO	UNIBRASIL	Centro Universitário Autônomo do Brasil (UNIBRASIL)	DIREITO	Mestrado
DIREITO	FA7	FACULDADE 7 DE SETEMBRO (FA7)	DIREITO	Mestrado
DIREITO	FADIC	FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ (FADIC)	HISTÓRIA DO DIREITO	Mestrado
DIREITO	FDV	FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA (FDV)	DIREITO	Mestrado e Doutorado
DIREITO	IMED	FACULDADE MERIDIONAL (IMED)	DIREITO	Mestrado
DIREITO	FEESR	FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA" (FEESR)	DIREITO	Mestrado
DIREITO	UFMS	FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL (UFMS)	DIREITO	Mestrado
DIREITO	FUFSE	FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE (FUFSE)	DIREITO CONSTITUCIONAL	Mestrado
DIREITO	FG	Faculdade Guanambi (FG)	DIREITO	Mestrado
DIREITO	UCP/RJ	MITRA DIOCESANA DE PETROPOLIS (UCP/RJ)	DIREITO	Mestrado
DIREITO	PUC/MG	PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS (PUC/MG)	DIREITO	Mestrado e Doutorado
DIREITO	PUC/SP	PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUC/SP)	DIREITO	Mestrado e Doutorado
DIREITO	PUC/PR	PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ (PUC/PR)	DIREITO	Mestrado e Doutorado
DIREITO	PUC-RIO	PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO (PUC-RIO)	TEORIA DO DIREITO	Mestrado e Doutorado
DIREITO	PUC/RS	PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL (PUC/RS)	DIREITO	Mestrado e Doutorado
DIREITO	URI	UNIV. REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES (URI)	DIREITO	Mestrado
DIREITO	UNICAP	UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO (UNICAP)	DIREITO	Mestrado e Doutorado
DIREITO	UNISANTOS	UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SANTOS (UNISANTOS)	DIREITO	Mestrado e Doutorado
DIREITO	UNOCHAPECÓ	UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ (UNOCHAPECÓ)	DIREITOS ESPECIAIS	Mestrado
DIREITO	UCAM	UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES (UCAM)	DIREITO	Mestrado
DIREITO	UNB	UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA (UNB)	DIREITO PÚBLICO	Mestrado e Doutorado
DIREITO	UCS	UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL (UCS)	DIREITO	Mestrado
DIREITO	UNIMAR	UNIVERSIDADE DE MARÍLIA (UNIMAR)	DIREITO	Mestrado
DIREITO	UNISC	UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL (UNISC)	DIREITO	Mestrado e Doutorado
DIREITO	USP	UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP)	DIREITO	Mestrado e Doutorado
DIREITO	UERJ	UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (UERJ)	DIREITO	Mestrado e Doutorado
DIREITO	UNISINOS	UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS (UNISINOS)	DIREITO PÚBLICO	Mestrado e Doutorado
DIREITO	UNESP/FR	UNIVERSIDADE EST. PAULISTA JÚLIO DE MESQUITA FILHO/FRANCA (UNESP/FR)	DIREITO	Mestrado
DIREITO	UNESA	UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ (UNESA)	DIREITO	Mestrado e Doutorado
DIREITO	UFBA	UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA (UFBA)	DIREITO	Mestrado e Doutorado
DIREITO	UFAL	UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS (UFAL)	DIREITO	Mestrado
DIREITO	UFMG	UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS (UFMG)	DIREITO	Mestrado e Doutorado
DIREITO	UFPE	UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO (UFPE)	DIREITO	Mestrado e Doutorado
DIREITO	UFSC	UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA (UFSC)	DIREITO	Mestrado e Doutorado

Programa	Sigla	Instituição de Ensino	Área Básica	Titulação
DIREITO	UFC	UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ (UFC)	DIREITO PÚBLICO	Mestrado e Doutorado
DIREITO	UNIRIO	UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (UNIRIO)	DIREITO	Mestrado e Doutorado
DIREITO	UFPR	UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ (UFPR)	DIREITO	Mestrado e Doutorado
DIREITO	UFPA	UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ (UFPA)	DIREITO	Mestrado
DIREITO	UFRJ	UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO (UFRJ)	DIREITO	Mestrado e Doutorado
DIREITO	UFRN	UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE (UFRN)	DIREITO	Mestrado
DIREITO	UFRGS	UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL (UFRGS)	DIREITO	Mestrado
DIREITO	UNIMEP	UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA (UNIMEP)	DIREITO	Mestrado
DIREITO	UNINOVE	UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO (UNINOVE)	DIREITO	Mestrado
DIREITO	UCB	Universidade Católica de Brasília (UCB)	DIREITO	Mestrado
DIREITO	UNOESC	Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC)	DIREITO	Mestrado
DIREITO AGROAMBIENTAL	UFMT	UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO (UFMT)	DIREITOS ESPECIAIS	Mestrado
DIREITO AGRÁRIO	UFG	UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS (UFG)	DIREITO PÚBLICO	Mestrado e Doutorado
DIREITO AMBIENTAL	UEA	UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS (UEA)	DIREITO	Mestrado
DIREITO CONSTITUCIONAL	UNIFOR	UNIVERSIDADE DE FORTALEZA (UNIFOR)	DIREITO PÚBLICO	Mestrado
DIREITO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	FMU	CENTRO UNIVERSITÁRIO DAS FACULDADES METROPOLITANAS UNIDAS (FMU)	DIREITO	Mestrado
DIREITO E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA	UFMA	UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO (UFMA)	DIREITO	Mestrado e Doutorado
DIREITO NEGOCIAL	UEL	UNIVERSIDADE ESTADUAL DE LONDRINA (UEL)	DIREITO	Mestrado
DIREITO POLÍTICO E ECONÔMICO	UPM	UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE (UPM)	DIREITO	Mestrado
DIREITO PROCESSUAL CIVIL	UFES	UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO (UFES)	DIREITO PROCESSUAL CIVIL	Mestrado
DIREITO PROCESSUAL E CIDADANIA	UNIPAR	UNIVERSIDADE PARANAENSE (UNIPAR)	DIREITO	Mestrado
Direito	UNILASALLE	CENTRO UNIVERSITÁRIO LA SALLE (UNILASALLE)	DIREITO	Mestrado
Direito	UNIRITTER	CENTRO UNIVERSITÁRIO RITTER DOS REIS (UNIRITTER)	DIREITOS ESPECIAIS	Mestrado
Direito	UNISAL	CENTRO UNIVERSITÁRIO SALESIANO DE SÃO PAULO (UNISAL)	DIREITO	Mestrado
Direito	FGV Direito SP	Escola de Direito de São Paulo (FGV Direito SP)	DIREITO	Mestrado
Direito	FDSM	FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS (FDSM)	DIREITO CONSTITUCIONAL	Mestrado
Direito	FACEPD	FACULDADE ESCOLA PAULISTA DE DIREITO (FACEPD)	DIREITO	Mestrado
Direito	FUPF	Fundação Universidade de Passo Fundo (FUPF)	DIREITO	Mestrado
Direito	USP/RP	UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO/ RIBEIRÃO PRETO (USP/RP)	DIREITO	Mestrado
Direito	UFSM	UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA (UFSM)	DIREITOS ESPECIAIS	Mestrado e Doutorado
Direito	UFU	UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA (UFU)	DIREITO	Mestrado
Direito	UVA	UNIVERSIDADE VEIGA DE ALMEIDA (UVA)	DIREITO	Mestrado
Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável	ESDHC	ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA (ESDHC)	DIREITO	Mestrado
Direito Constitucional	IDP	INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO (IDP)	DIREITO CONSTITUCIONAL	Mestrado
Direito Constitucional	UFF	UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE (UFF)	DIREITO CONSTITUCIONAL	Mestrado
Direito da Regulação	FGV/RJ	FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS/RJ (FGV/RJ)	DIREITO	Mestrado
Direito e Inovação	UFJF	UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA (UFJF)	DIREITO	Mestrado
Direito e Justiça Social	FURG	UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE (FURG)	DIREITO	Mestrado
Direito nas Relações Econômicas e Sociais	FDMC	FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS (FDMC)	DIREITO	Mestrado
Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional	FDMC	FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS (FDMC)	DIREITO	Mestrado
Direitos Coletivos e Cidadania	UNAERP	UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO (UNAERP)	DIREITO	Mestrado
Direitos Fundamentais	UI	UNIVERSIDADE DE ITAÚNA (UI)	DIREITO	Mestrado
Direitos Fundamentais	UNAMA	UNIVERSIDADE DA AMAZÔNIA (UNAMA)	DIREITOS ESPECIAIS	Mestrado
Direitos Humanos	UNIJUÍ	UNIV. REGIONAL DO NOROESTE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (UNIJUÍ)	DIREITO	Mestrado e Doutorado
Direitos Humanos	UNIT-SE	UNIVERSIDADE TIRADENTES (UNIT-SE)	DIREITO	Mestrado
FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO	FADISP	FACULDADE AUTÔNOMA DE DIREITO (FADISP)	DIREITO	Mestrado e Doutorado
Instituições Sociais, Direito e Democracia	FUMEC	UNIVERSIDADE FUMEC (FUMEC)	DIREITO	Mestrado
SISTEMA CONSTITUCIONAL DE GARANTIA DE DIREITOS	ITE	Centro Universitário de Bauru (ITE)	DIREITO	Mestrado e Doutorado

APÊNDICE 2 - Trabalhos Seleccionados

"Vistos, Relatados E Discutidos Estes Autos, Acordam Os Ministros Do Supremo Tribunal Federal" Mas, Há Consenso Na Construção Das Decisões Do Supremo Tribunal Federal?	Discriconariedade Judicial E Hermenêutica Pós-Positivista
(Re)Estabilização De Expectativas Normativas: Observações Sobre O Precedente Judicial À Luz Da Teoria Dos Sistemas De Niklas Luhmann	Discriconariedade Judicial E Políticas Públicas: Coerência, Consistência E Consequências Na Interpretação Do Direito
A (Crise De) Fundamentação Das Decisões Judiciais E A Construção Da Resposta Ao Caso Concreto	Discriconariedade: Alcance Da Atuação Administrativa E Judicial No Estado Constitucional
A Adaptação Da Tutela Jurisdicional Ao Fenômeno Da Repetição E A Técnica De Julgamento Por Amostragem	Do Gênesis À Gênese Da Hermenêutica Filosófica A Interpretação Como Locus De Criação Da Realidade Na Decisão Judicial
A Adoção Do Precedente Judicial Vinculante Do Sistema De Common Law: Motivação Das Decisões E Acesso À Justiça Substancial	Efeitos Sistêmicos Nas Decisões Jurisdicionais Colegiadas
A Atuação Dos Magistrados Para A Consequência Da Justiça E O Ativismo Judicial	Eficiência Como Fundamento Da Decisão Judicial Em Direito Empresarial
A Categoria Das Máximas De Experiência No Âmbito Do Livre Convencimento Do Juiz E O Seu Controle Pelo Superior Tribunal De Justiça	Entre "Querer" E "Poderes": Paradoxos E Ambiguidades Da Imparcialidade Judicial
A Contribuição Dos Precedentes Judiciais Para A Efetividade Dos Direitos Fundamentais	Entre Normas E Decisões: Uma Teoria Sobre O Precedente Judicial
A Decisão Judicial Como Centro De Gravidade Do Princípio Da Segurança Jurídica: Os Precedentes Judiciais Vinculantes Como Instrumento Eficaz De Promoção Do Estado De Cognoscibilidade, Confiabilidade E Calculabilidade Do Direito.	Expansionismo Jurisdicional No Brasil: Judicialização Da Política E Ativismo Judicial, À Luz Da Corrente Do Realismo Jurídico. Dissertação
A Discriconariedade Judicial E Sua (In)Compatibilidade Com O Estado Democrático De Direito Positivismo, Pragmatismo E Ceticismo No Cenário Do Pós-Positivismo	Hermenêutica Institucional, Supremacia Judicial E Democracia
A Força Normativa Da Súmula Vinculante Do Processo Decisório Do Juiz	Influências Extrajudiciais Sobre A Decisão Judicial: Determinação, Previsibilidade E Objetividade Do Direito Brasileiro.
A Força Obrigatória Dos Precedentes Judiciais	Integração Argumentativa No Processo Judicial: Há Um Dever De Resposta Dos Juizes Aos Argumentos Das Partes?
A Formação Da Convicção Do Magistrado: Da Efetividade Processual À Análise Judicial Da Prova E As Máximas De Experiência - A Influência Da Filosofia E Das Ciências Auxiliares Do Direito Nessa Operação	Interpretação Jurídica E Criação Judicial Do Direito. De Savigny A Friedrich Müller
A Formação Do Juízo Sobre Os Fatos Na Decisão Judicial	Judicialização Da Política E Ativismo Judicial : Estudo Dos Motivos Determinantes E Limites Da Interpretação Judicial
A Fundamentação Da Decisão Judicial Sob A Êgide Do Estado Constitucional Brasileiro: Uma Compreensão Hermenêutica E O Papel Do Processo Na Construção Democrática Do (No) Direito	Jurisdição Constitucional E Supremo Tribunal Federal : A Judicialização Da Política No Brasil À Luz Da Teoria Moderna Da Democracia
A Fundamentação Das Decisões Judiciais Como Elemento Essencial Na (Des)Construção De Um Precedente E Seus Reflexos Socioeconômicos	Justificação Da Decisão Judicial: A Motivação E O Precedente
A Garantia Dos Direitos Fundamentais Por Meio Das Decisões Judiciais: A Teoria Da Resposta Correta E A Filosofia Da Consciência	Legitimidade E Decisão: A Construção Do Julgamento Dos Casos Difíceis Pela Teoria Da Decisão Judicial De Ronald Dworkin
A Higidez Da Decisão Justa	Mídia E Decisões Judiciais: Interferências Sob Os Pressupostos Da Teoria Dos Sistemas De Niklas Luhmann
A Influência Da Ética Em Decisões Do Supremo Tribunal Federal: Estudo De Caso A Partir Do Debate Hart Vs. Dworkin	Modulação Dos Efeitos Das Decisões No Processo Civil
A Influência Da Mídia Nas Decisões Judiciais	Motivação Da Decisão Judicial Na Sociedade Da Informação
A Influência Da Obra A Sociedade Aberta De Peter Habermas Nas Decisões Do Supremo Tribunal Federal: O Caso Ficha Limpa	Motivação Das Demandas Judiciais Repetitivas
A Judicialização Da Política No Brasil E O Comportamento Decisional Dos Seus Magistrados: O Judiciário Como Um Ambiente Micro-Hegemonico E A Contenção Judicial - Uma Análise Sob A Perspectiva Do Materialismo Histórico-Dialético	Motivação E Discriconariedade: As Razões De Decidir E O Contraditório Como Elementos Legitimadores Da Atuação Judicial
A Jurisdição Constitucional Brasileira Entre Judicialização Da Política E Ativismo Judicial: A (Auto)Compreensão Do Supremo Tribunal Federal Acerca Desses Conceitos E Dos Seus Limites De Atuação Em Face Do Princípio Da Separação Dos Poderes Uma Análise Teórica E Jurisprudencial	O Ativismo Judicial (?) E A Criação Do Direito Pela Via Da Interpretação: As (Possíveis) Contribuições Da Filosofia No Direito
A Jurisprudência Como Fundamento De Validade Das decisões Judiciais	O Ativismo Judicial Em "Terrae Brasilis": Uma Reflexão Crítica Sobre O Papel Da Atividade Jurisdicional
A Justificação Das Decisões Judiciais E O Estado De Direito	O Ativismo Judicial Em Investida Ao Estado Democrático
A Legitimidade Democrática Do Supremo Tribunal Federal : Contribuições Para A Prática Do Ativismo Judicial	O Ativismo Judicial E Sua Incompatibilidade Com O Estado Democrático De Direito
A Motivação Das Decisões Judiciais Cíveis Em Um Estado De Direito: Necessária Proteção Do Segurança Jurídica	O Ativismo Judicial No Supremo Tribunal Federal Em Face Das Políticas Públicas Tributárias E A Teoria Dos Conceitos Jurídicos Fundamentais De Wesley Newcomb Hohfeld
A Motivação Das Decisões Judiciais Como Fator De Legitimação Do Processo Em Sua Feição Constitucional	O Consequencialismo Econômico Nas Decisões Do Supremo Tribunal Federal Em Matéria Tributária: Um Estudo Crítico.
A Objetividade Na Fundamentação Da Decisão Judicial E A Desmistificação Do Papel Da Verdade No Processo Civil A Partir Do Inferencialismo De Brandom	O Controle Da Racionalidade Decisória, Pela Livre Argumentação Entre As Partes E O Juiz.
A Perspectiva Retórica Da Decisão Judicial	O Controle Da Decisão Judicial E Da Fundamentação Atrás Da Fundamentação
A Proporcionalidade No Processo Civil Brasileiro À Luz Da Teoria Do Direito De Robert Alexy E O Dever Do Fundamentalismo Das Decisões Judiciais	O Direito Fundamental A Racional Justificação Das Decisões Judiciais: Da Validade A Efetividade
A Resposta Correta: As Decisões Judiciais E O Caso Do Direito À Assistência Social	O Estado De Direito E A Democracia Constitucional Como Limites À Discriconariedade Judicial
A Súmula Vinculante E O Precedente Judicial: Reflexões Críticas A Partir Do Direito Como Integridade De Ronald Dworkin	O Judiciário Entre A Vontade E O Controle Remoto Judicial: Uma Resposta Hermenêutica
A Teoria Da Argumentação De Robert Alexy E A Fundamentação Das decisões Judiciais (Jurisprudência E Comentários À Tentativa De Sua Positivização No Processo Civil)	O Papel Dos Juizes Na Criação Do Direito
A Teoria Da Decisão Judicial Entre Complexidade, Justificação E Controle	O Poder Judiciário E O Movimento Do Constitucionalismo: Reflexões Sobre O Ativismo Judicial No Contexto Da Doutrina Da Separação De Poderes
A Valorização Dos Precedentes Judiciais Pelo Direito Processual Civil Brasileiro	O Precedente Judicial Como Instrumento De Concretização Do Princípio Da Segurança Jurídica
A Vinculação Decisória No Estado Democrático De Direito Brasileiro:: Uma Proposta De Compreensão Hermenêutica Da Fundamentação Das Decisões Judiciais No Contexto De Aproximação Entre O Civil Law E Common Law	O Precedente Judicial Na Contemporaneidade
A Vinculação Dos Precedentes Judiciais Como Decorrencia Da Racionalidade Dos Discurso Jurídico	O Precedente Na Fundamentação Da Decisão Judicial
Análise Crítica Da Valorização Das Decisões Judiciais No Sistema Processual Civil Brasileiro À Luz Do Precedente Judicial No Common Law	O Princípio Da Segurança Jurídica E A Superação Do Precedente Judicial
Análise Crítica Do Discurso De Decisões Judiciais: Um Estudo Do Uso Da "Proporcionalidade" E Da "Razoabilidade" Como Ferramentas De Decisão	O Uso De Argumento De Autoridade Por Tribunais Superiores: A Teoria Da Autoridade De Joseph Raz E A Legitimação De Decisões
Análise Da Decisão Judicial No Quadro Da Legisprudência: O Diálogo Das Fontes Do Direito	O Uso Dos Precedentes Judiciais No Brasil: Uma Análise Crítica A Partir Da Teoria Do Direito E Da Argumentação Jurídica
Aplicação Direta Dos Princípios Constitucionais: Racionalidade E Controle Das Decisões Judiciais Nas Hipóteses De Ausência Ou Deficiência Mediação Legislativa	Ônus De Argumentação, Relações De Prioridade E Decisão Jurídica - Mecanismos De Controle E De Redução Da Incerteza Na Subidealidade Do Sistema Jurídico
Ativismo Judicial (Ou Jurídico), Autocontenção E Última Palavra Na Interpretação Da Constituição: O Que O Supremo Tribunal Federal Pode Aprender Com O Ativismo Norte-Americano E As Teorias Do Diálogo.	Os Argumentos Que Justificam As Decisões Do STF - Critérios Relevantes Para O Seu Controle.
Ativismo Judicial E A Teoria Dos Precedentes: Um Estudo Voltado À Integração Dos Poderes E À Necessária Coerência Nas Decisões Do Poder Judiciário	Os Discursos Do Juiz E Do Administrador No Controle Judicial De Ato Administrativos ? Uma Questão De Linguagem
Ativismo Judicial Nas Cortes Constitucionais - Direito, Política E Democracia No Constitucionalismo Contemporâneo	Os Poderes Do Juiz Na Inglaterra E No Brasil: Estudo Comparado Sobre Os Case Management Powers
Ativismo Judicial E A Tutela Da Cidadania: A Postura Ativista Do Judiciário E Os Riscos Ao Estado Democrático De Direito	Os Precedentes Judiciais No Sistema Jurídico Brasileiro
Autonomia Do Direito, Autopoiese E Alopoiese Da Construção Da Decisão Jurisdicional Processual Civil E Constitucional No Direito Brasileiro	Os Precedentes Judiciais No Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo
Cláusulas Abertas Na Estrutura Normativa Procedimental E Discriconariedade Judicial: Uma Análise Sob A Perspectiva Do Processo Constitucional	Poder Judiciário, Ativismo Judicial E Democracia
Como Decidem Os Juizes? Uma Investigação Da Teoria Realista Da Decisão Judicial A Partir Das Contribuições Das Ciências Cognitivas E Da Psicologia Moral	Política Do Direito E Psicologia Jurídica: Suportes Nas Formulações Das Decisões Judiciais Nos Casos De Aplicação De Medidas Socioeducativas
Como Os Juizes Decidem. A Influência De Fatores Extrajudiciais Sobre O Comportamento Judicial"	Ponderação E Critérios Racionais De Decibilidade Na Argumentação Judicial
Como Os Juizes Decidem Os Casos Difíceis?: A Guinada Pragmática De Richard Posner E A Crítica De Ronald Dworkin	Pragmatismo E Justificação Da Decisão Judicial: A Argumentação Consequencialista Como Fundamento De Validade Da Justa Decisão
Conceitos Jurídicos Indeterminados, A Hermenêutica Constitucional Contemporânea E As Possibilidades De Legitimação De Valores Razoáveis E Proporcionais Nas Normas De Decisões	Precedente E Decisão Judicial: A Teoria Do Precedente No Common Law E A Proposição De Um Modelo Rescisório Para As Cortes Superiores Brasileiras
Consequencialismo: Reserva Do Possível E Câmbio De Conceitos Jurídicos À Luz Da Decisão Judicial	Precedente Judicial E Segurança Jurídica: A Viabilidade Da Aplicação Da Teoria Dos Precedentes Judiciais No Brasil.
Constitucionalismo E Processo: Uma Análise Do Ativismo Judicial	Precedentes Judiciais Vinculantes: A Eficácia Obrigatória Dos Motivos Determinantes Da Decisão Na Cultura Jurídica Brasileira
Constitucionalismo, Ativismo Judicial E Opinião Pública	Prova, Argumento E Decisão : Critérios De Suficiência Para Orientação Dos Juízes De Fato No Direito Processual Brasileiro
Construção Crítica Sobre O Ativismo Judicial No Brasil: A Exceção Tornada Em Regra. Limites Quanto A Ponderação De Valores Culturais"	Racionalidade E Correção Da Decisão Jurídica Em Ronald Dworkin, Jürgen Habermas E Robert Alexy
Contribuição Crítica À Teoria Da Motivação Das Decisões Judiciais	Racionalidade E Senso De Justiça Na Decisão Judicial
Da Atribuição De Autoridade Ao Precedente Judicial No Processo Civil Brasileiro: O Guardião Da Lei Federal E Os Julgados Especiais Cíveis"	Realismo Jurídico Norte-Americano: Uma Contribuição Para O Ensino Jurídico
Da Decisão Discriconária: No Âmbito Administrativo E Judicial	Representações Sociais E Decisão Judicial
Decisão E História: Uma Exploração Da Experiência Jurídica A Partir Das Estruturas Básicas Da Decisão Judicial	Ronald Dworkin E A Construção De Uma Teoria Hermeneuticamente Adequada Da Decisão Jurídica Democrática
Decisão Judicial E Poder Simbólico: Uma Análise A Partir De Pierre Bourdieu	Sistema De Precedentes Judiciais Cíveis No Brasil: Formação, Superação, Autoridade E Insuficiência
Decisão Judicial E Racionalidade Jurídica: A Razão Prática E A Legitimidade Discursiva Das Decisões Judiciais.	Sobre A Ideia De Sistema No Direito E Sua Contribuição Para Uma Teoria Do Precedente Judicial
Decisão Judicial: Um Diálogo Com As Partes No Processo	Técnicas De Julgamento De Causas Repetitivas No Direito Brasileiro
Decisões Judiciais E Desconstrução Hermenêutica No Estado Democrático De Direito	Teoria Da Decisão: Estrutura E Dinâmica Das Bases Filosóficas Da Interpretação Jurídica
Déficit Político Do Poder Judiciário Brasileiro: A Falta De Efetividade No Desempenho De Suas Funções Institucionais E O Ativismo Judicial Como Interferência Indevida Em Área De Atuação Própria Do Poder Político	Teoria Da Decisão Judicial: Dos Paradigmas De Ricardo Lorenzetti À Resposta Adequada À Constituição De Lenio Streck
Dever De Motivação Das Decisões Judiciais Na Jurisdição Contemporânea	Teoria Dos Precedentes Judiciais - Racionalidade Da Tutela Jurisdicional
Dilemas Da Atuação Do Poder Judiciário: Ativismo Judicial Sob A Ótica Do Pensamento De Ronald Dworkin	
Dimensões Do Ativismo Judicial No Supremo Tribunal Federal	
Direito, Saber E Decisão: Uma Análise Da Teoria De Ronald Dworkin A Partir Da Dogmática Jurídica	