

DIREITO, DELIBERAÇÕES COLETIVAS E LIMITES DA RACIONALIDADE: UMA ANÁLISE DOS FENÔMENOS DAS CASCATAS SOCIAIS E POLARIZAÇÃO GRUPAL.

LAW, COLLECTIVE DELIBERATIONS AND LIMITS OF RATIONALITY: AN ANALYSIS OF THE PHENOMENON OF SOCIAL CASCADES AND GROUP POLARIZATION.

*Cecilia Caballero LOIS**

*Rodrigo De Souza TAVARES***

SUMÁRIO: Introdução; 1) A virada institucionalista; 1.1) A democracia deliberativa sob a lente da virada institucional; 2) Limites à racionalidade: cascatas sociais e polarização de grupos; Considerações finais; Referências Bibliográficas.

RESUMO: A procura por um modelo de racionalidade universal que possa atender as demandas por uma decisão judicial solidamente construída tem sido a tônica das mais recentes pesquisas em direito, ciência política, sociologia, economia, etc. Com efeito, nos últimos anos tem-se visto prosperar no Brasil (assim como em vários outros países) profundas discussões sobre Habermas, Alexy, Dworkin, Rawls, Perelman e tantos outros que aqui poderiam citar-se, como sendo aqueles capazes de oferecer um padrão decisório aceitável, diante dos chamados *burdens of judgment*. Na contramão pela procura desta estrutura decisória, o artigo deve centrar-se em romper com esta concepção para apontar sua incapacidade em compreender o problema da decisão judicial como um “fato” que desafia os limites da racionalidade humana. Propõe-se, assim, uma análise descritiva e empírica a respeito dos processos jurídicos de tomada de decisão, em contraste com as investigações predominantes neste campo, que desenvolvem modelos prescritivos e ideais. Trata-se, assim, de demonstrar não a insuficiência das teorias da argumentação ou da deliberação, mas, de propor uma nova forma de argumentação

* Graduada em Direito, mestra e doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e pós-doutorado na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Professora e orientadora de iniciação científica, mestrado e doutorado. Atua principalmente nos temas: teorias da justiça; filosofia constitucional e ciência política. Coordenadora de projetos de cooperação acadêmica, pesquisa científica e aplicada. Avaliadora de cursos de graduação em direito SESu/MEC.

** Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e mestrado em Direito, Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho. É professor das Universidades Gama Filho e UFRJ. Artigo publicado em colaboração com o GT Filosofia do Direito do XIX Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI.

democrática que considere elementos de outra ordem. Com efeito, ao elaborar um retrato mais realista dos processos de deliberação envolvendo problemas de interpretação do direito, o presente artigo poderá, então, contribuir para reestruturar a abordagem de temas tradicionais da teoria do direito e do pensamento constitucional, tais como a busca pelo fundamento da (i)legitimidade democrática da jurisdição constitucional ou o problema dos corretos cânones de interpretação da Constituição.

ABSTRACT: The search for a universal model of rationality that can fulfill the demands for a judicial opinion solidly built has been the guidance of the latest research in law. Indeed, in recent years we have seen flourish in Brazil (as well in several other countries) depth discussions on Habermas, Alexy, Dworkin, Rawls, Perelman and many others who could be cited here, as those able to offer an acceptable decision making pattern, before that which is conventionally called “burdens of Judgement”. Going against this trend, the article pretends to show his incapacity to understand the problem of judicial decision as a “fact” that challenges the limits of human rationality. It is proposed, therefore, a descriptive and empirical research concerning the process of legal decision making, in contrast to prevailing research in this field that are prone in developing prescriptive models. The aim is therefore not to demonstrate the inadequacy of theories of argumentation or deliberation, but to propose a new form of democratic reasoning that considers other elements. Indeed, in developing a more realistic picture of the deliberative processes involving problems of law interpretation and adjudication, this article may help to restructure the traditional arguments on topics of jurisprudence and constitutional thought, such as the quest for the democratic legitimacy of judicial review or the problem of the correct canons of constitutional interpretation.

PALAVRAS-CHAVE: Racionalidade; Deliberação; limites; Virada Institucional; Polarização; Cascatas sociais.

KEYWORDS: Rationality; Deliberation; Limits; Institutional Turn; Polarization; Social Cascades

INTRODUÇÃO

Desde os anos 90, no Brasil, a teoria do direito persegue o ideal de encontrar parâmetros que reduzam a margem de discricionariedade das decisões judiciais, introduzindo critérios objetivos de equidade e justiça. Este movimento representa a superação radical do positivismo e a consolidação de um novo paradigma centrado na concretização de valores inscritos na constituição.

Nesse aspecto, é bastante conhecida a discussão sobre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, entre outros, como critérios técnico-rationais capazes de conferir segurança às decisões restritivas de direitos fundamentais.

Sustenta-se, então, que uma fundamentação adequada e legítima das decisões judiciais deve recorrer a argumentos de princípio, baseados em direitos e decorrentes de uma interpretação coerente da prática jurídica como um todo.

Esta nova “onda” teórico/científica deu azo ao surgimento de uma crescente literatura (dissertações, teses, livros) e que tem sua importância sustentada em argumentos meramente teóricos, sem nenhum tipo de referência a pesquisas empíricas que acompanhem a materialização destas teorias. Com efeito, são escassos no Brasil estudos que confirmem a atuação *in concreto* destas teorias normativas, ou de que forma a prática diverge destas. Ademais, vale ressaltar que a vulgarização de complexas teorias através de leituras apressadas está associada a questões prementes na vida jurídica brasileira hodierna, tais como o crescente ativismo dos tribunais e as crescentes indagações sobre a legitimidade democrática desta forma de atuação. Isto ocorre porque a incorporação distorcida de técnicas criadas para reduzir o espectro de discricionariedade judicial, mediante a adoção de parâmetros racionais e objetivos, tem o efeito inverso de mascarar procedimentos decisórios arbitrários e voluntaristas.

Contrariamente a esta tendência, este trabalho parte da premissa de que se chegou num ponto de esgotamento do caminho percorrido por teorias normativas sobre a decisão judicial. Estas teorias expõem modelos ideais e/ou regulativos de decisão, sem, contudo, considerar o real funcionamento das instituições responsáveis pela tomada de decisão. É preciso atentar para o fato de que nem sempre a melhor teoria em abstrato irá funcionar otimamente dentro de ambientes institucionais reais, compostos por agentes dotados de racionalidade, tempo e informações limitadas. Assim, busca-se trabalhar com uma perspectiva empírica sobre os processos de tomada de decisão que ocorrem nos tribunais, de forma a possibilitar uma ponderação mais consciente das disputas teóricas que se multiplicam na academia e repercutem em nossa prática forense.

Para atingir o objetivo proposto, o artigo irá abordar a chamada “virada institucional”, procurando compreender em que sentido representa um novo debate e de que forma pode contribuir para o melhor entendimento do funcionamento das instituições sociais, em especial, as jurídicas. A idéia geral centra-se em contrapor a concepção de deliberação, como modelo idealizado e incapaz de responder a demandas concretas sobre os mecanismos de decisão, a uma concepção de cunho bem mais pragmática que propõe uma visão distinta do trato com as instituições jurídicas e o direito. Ao fim, espera-se que os elementos apresentados possam auxiliar a compreender melhor os mecanismos que atuam na esfera jurisdicional e assim avançar no amadurecimento democrático.

1. A VIRADA INSTITUCIONALISTA

A análise do funcionamento das instituições sociais, de como se dá sua operacionalização, suas mudanças, e de como as mesmas influenciam o comportamento do indivíduos, tornou-se um fértil campo de estudos em diversas áreas das ciências humanas e sociais. A interseção destas várias áreas do

conhecimento se dá pelo acordo comum em torno de algumas premissas, destacando-se entre elas: a) a aceitação do fato de que agentes e grupos perseguem seus respectivos projetos de vida num contexto que é constrangido coletivamente; b) Esses constrangimentos tomam a forma de instituições – padrões organizados por normas e papéis socialmente construídos, e comportamentos socialmente prescritos, que são criados e recriados ao longo do tempo¹.

É possível dizer, todavia, que a análise do funcionamento das instituições na história está marcada por continuidades e descontinuidades². A razão para o renascimento cíclico das abordagens institucionalistas pode estar no fato de que é sempre necessário compreender a forma, função e as capacidades das instituições sociais, na medida em que cada um de nós está inserido no marco de alguma instituição ou é afetado por um arranjo social já existente.

O direito é freqüentemente caracterizado como um “sistema normativo institucionalizado”³. Essa característica o distingue de outros sistemas normativos, como o da moral. Isso porque, na medida em que pretende cumprir a missão de evitar ou resolver alguns conflitos sociais, bem como favorecer a cooperação entre os homens, regulando condutas e prescrevendo sanções, o direito recorre a dois elementos: a autoridade e a coação, tratando de estabelecer os órgãos e as instituições com legitimidade para criar e aplicar o direito de maneira centralizada⁴.

Um vislumbre de um novo viés de análise do funcionamento das instituições jurídicas pode ser encontrado na “virada institucional” defendida por Adrian Vermeule. O autor, propõe uma guinada que retire a teoria da interpretação jurídica do nirvana das abstrações teóricas, rumo à investigação das instituições concretas e do seu funcionamento prático⁵. Sua preocupação reside no descolamento do debate sobre a correta ou melhor forma de interpretação jurídica, frente aos limites concretos encontrados durante a operacionalização dessas mesmas teorias interpretativas.

Tome-se o exemplo da discussão entre originalistas e interpretativistas quanto à correta forma de interpretar a Constituição Norte-Americana. Estes defendem que a interpretação correta é aquela que coloca a constituição sob a melhor luz frente aos princípios políticos da comunidade, aqueles buscam restaurar a intenção original dos *founding fathers* responsáveis pela elaboração do texto constitucional. Nota-se que ambas as construções teóricas são omissas em relação à verificação dos aspectos institucionais que permeiam a operacionalização das duas correntes.

1 GOODIN, Robert E. Institutions and Their Design. In: GOODIN, Robert E. (ed.). *The Theory of Institutional Design*. Cambridge University Press, 1996, p. 19-20.

2 *Ibidem*, p. 01.

3 MORESO, José Juan e VILAJOSANA, Josep Maria. *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 21-24.

4 NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 11. ed., Barcelona: Ariel, 2003, Capítulos 1 e 3; MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, Capítulo 1.

5 VERMEULE, Adrian. *Judging Under Uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Massachusetts: Harvard University Press, 2006. Em especial o capítulo 3.

Por exemplo, podemos imaginar que a prévia formação acadêmica dos intérpretes, o tempo disponível para execução da tarefa, bem como outras questões semelhantes são importantes para determinar o cálculo de custos e benefícios implicados na eleição de um ou outro método interpretativo. Evidenciando a deficiência da abordagem tradicional sobre a interpretação jurídica, o autor elabora a distinção entre a *melhor* e a *segunda melhor* visão interpretativa. Em suas palavras:

Uma resposta simples é distinguir entre a “melhor” e a “segunda melhor” concepção interpretativa. A “melhor” visão interpretativa especifica uma teoria valorativa que faz com que determinada interpretação pareça boa ou má. Mas as “melhores” teorias interpretativas são necessariamente incompletas. O problema com as concepções sobre a “melhor” teoria interpretativa é que essas concepções podem ser implementadas por um largo espectro de arranjos institucionais e regimes interpretativos. Comparados com outros, alguns desses arranjos podem produzir piores resultados, de acordo com os próprios critérios valorativos especificados pela concepção de melhor teoria interpretativa. Não há saída para a questão de que a melhor concepção será implementada em níveis operacionais ⁶.

Além da questão sobre teorias interpretativas, a perspectiva institucionalista tem sido empregada com frutos na discussão sobre a aptidão dos diversos ramos para salvaguarda de direitos constitucionais. Nesta nova perspectiva, as discussões sobre a legitimidade do controle judicial dos atos normativos do parlamento abordam pontos antes omitidos pela tendência ao abstrativismo da teoria constitucional. Como exemplo, podemos citar, podemos citar o debate entre Vermeule⁷ e Sunstein⁸. Apesar de partirem dos mesmos pressupostos – a pluralidade de membros das instituições, ou o chamado “argumento das muitas mentes”, e a aplicação do teorema de Condorcet⁹ – chegam a conclusões bastante

6 A simple response is to distinguish between first-best and second-best accounts of interpretation. A first-best account specifies a value theory that makes some interpretative regimes good, some bad. But first-best accounts are necessarily incomplete. The problem for first-best accounts is that those accounts may implemented by a range of institutional arrangements and interpretative regimes. Some of these arrangements may produce worse outcomes, according to the very criteria of value specified by the first-best account, than others. There is no escaping the question of how the first-best account is to be implemented at the operational level. *Ibidem*, p. 80.

7 VERMEULE, A. *Law and the Limits of Reason*. New York: Oxford University Press, 2009.

8 SUNSTEIN, C. *A Constitution of Many Minds*: why the founding document doesn't mean hat it meant before. Princeton: Princeton University Press, 2009.

9 Sobre o teorema de Condorcet vale transcrever a lição de Sunstein: “[...] Marquês de Condorcet, um nobre francês que, em 1785, expôs uma explicação aritmética conhecida como o “teorema do júri de Condorcet”. Para entender como funciona o teorema, suponhamos que várias pessoas respondam à mesma pergunta e que há duas respostas possíveis (correta e incorreta). Suponhamos também que a probabilidade de que cada pessoa responda corretamente supera os 50%. Com poucos cálculos, o teorema demonstra que a probabilidade de que a maioria responda de maneira acertada se aproxima de 100% à medida que o tamanho do grupo aumenta. Em poucas palavras, os grupos dão melhores respostas do que os indivíduos isolados e os grandes grupos dão respostas mais acertadas do que os pequenos, desde que se cumpram as duas condições: que a resposta da maioria “ganhe” e que cada pessoa tenha mais probabilidades de acertar do que de errar”. SUNSTEIN, C. *A Sabedoria da Maioria*. Disponível em: <http://www.miniweb.com.br/atualidade/tecnologia/artigos/sabedoria_maioria.html>. Acesso em: 14 mai. 2009.

diversas. Enquanto Sunstein defende uma concretização judicial dos direitos constitucionais (ainda que pautada pelo comedimento ou ‘minimalismo’ desta instituição), Vermeule defende uma espécie de “Constituição codificada”, ou seja, que leis e emendas constitucionais, portanto, instrumentos legislativos, deveriam cumprir a função de interpretar, esclarecer e atualizar a Constituição.

Ademais, a virada institucional no direito é tributária de uma extensa bibliografia que analisa empiricamente os processos cognitivos subjacentes à tomada de decisão. Pesquisadores, principalmente das áreas de psicologia, economia, filosofia, ciência política, etc., têm desenvolvido uma crítica ampla às teorias decisórias tradicionais que pressupõem racionalidade ilimitada, tempo e informação infinita. Tal caracterização pressupõe a existência de agentes super-humanos que infalivelmente optam pelo “melhor direito”.

1.1. A democracia deliberativa sob a lente da virada institucional

Com efeito, diversos modelos teóricos podem ser albergados sob o paradigma deliberativo e se sustentam na idéia de que uma discussão argumentada, a partir de pontos de vista racionais, conduz invariavelmente a melhores julgamentos, somente pelo fato de que diferentes opiniões serão compartilhadas. Afirmam os partidários da democracia deliberativa que é a participação de todos em fóruns abertos e livres que assegura a legitimidade e a efetividade das decisões públicas, incluídas, aí, obviamente, as decisões judiciais.

A título de breve esclarecimento, é possível afirmar que “há muitas versões diferentes para a democracia deliberativa, mas elas podem ser aproximadamente classificadas em duas grandes escolas: a primeira amplamente influenciada por Rawls e a segunda por Habermas. É inegável, certamente, a existência de diferenças entre as duas abordagens, mas há também convergências importantes, que do ponto de vista deste trabalho são mais relevantes que as divergências. Pode-se afirmar que o principal ponto de convergência entre as duas versões é a idéia de fundar a autoridade através da legitimidade, esta entendida como a troca de argumentos entre pessoas razoáveis e imparciais.

Por estar alicerçada sobre a reflexão e a argumentação, o vigor dado à democracia deliberativa vem, inevitavelmente, acompanhada de uma ênfase sobre o discurso público e suas pré-condições, que abrangem igualdade política, ausência de comportamento estratégico, plena informação e objetivo de se alcançar um entendimento.

O discurso racional, portanto, deve ser público e inclusivo, de modo que assegure direitos iguais de comunicação aos participantes, exigindo sinceridade e dissipando qualquer força, exceto a força não coercitiva do melhor argumento¹⁰. Tal

10 Não é outra a percepção de Rawls acerca da discussão pública. Para este autor, a deliberação é um mecanismo eficiente de controle das distorções pois conduz as pessoas a escolhas mais racionais, já que as decisões tomadas se fundam em perspectivas mais amplas. Nesse sentido, afirma que: “[...] uma discussão conduzida idealmente entre muitas pessoas tem mais probabilidade de chegar a uma conclusão correta do que têm as deliberações isoladas de

estrutura comunicativa atende a uma situação ideal de discurso e é capaz de criar um espaço deliberativo que favorece as melhores contribuições disponíveis para as questões relevantes ¹¹.

É importante que se tenha clareza de que a validade de uma decisão oriunda do processo de discussão pública está relacionada com o cumprimento das condições de comunicação em uma situação ideal de discurso ¹². Isso quer dizer que a deliberação não envolve simplesmente a troca de palavras e opiniões, mas impõe seus próprios requisitos, ou melhor, possui uma moralidade interna, que ao ser observada pode superar muitos dos efeitos danosos que também compõem esse processo ¹³.

De fato, alguns dos benefícios da deliberação podem ser identificados:¹⁴ a) os grupos tendem a equiparar o seu desempenho com o de seus membros mais informados; b) a deliberação pode permitir o trânsito de mais informações e perspectivas, levando o grupo a melhores decisões; c) é possível que a deliberação produza um processo de aprendizado entre os membros do grupo e que a troca de opiniões conduza este mesmo grupo a uma solução mais criativa, que nenhum dos membros individualmente seria capaz de produzir.

Todavia, sob determinadas circunstâncias, nem sempre é verdade que os grupos alcançarão melhores resultados em suas decisões. O processo de deliberação não é imune aos efeitos produzidos pelas influências informacionais¹⁵ e reputacionais¹⁶. Por força de tais influências, os participantes de uma discussão podem ser levados a não revelar seus argumentos, ou por receio de estarem errados ou por temerem ser mal vistos pelo grupo.

qualquer uma delas. [...] No dia a dia, a troca de opiniões com os outros controla a nossa parcialidade e amplia a nossa perspectiva; somos levados a ver as coisas do ponto de vista dos outros e as limitações de nossa visão nos são claramente reveladas. [...] Os benefícios da discussão residem no fato de que até os legisladores representativos são limitados em seu conhecimento e capacidade de raciocínio. Nenhum deles sabe tudo o que os outros sabem, ou podem tirar todas as mesmas conclusões que eles podem tirar em conjunto. A discussão é um modo de combinar as informações e ampliar o alcance dos argumentos RAWLS, J. *O Liberalismo Político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 397-398.

11 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre factibilidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v.

12 As condições de comunicação do discurso público em Habermas podem ser assim enunciadas: a) todos os membros da sociedade devem ter asseguradas as mesmas chances de ingressar e participar da discussão pública; b) a cada membro da comunidade deve ser assegurada a chance de oferecer seus argumentos favoráveis ou contrários a qualquer tema inserido na discussão; e, c) a comunicação não pode estar sujeita a nenhum tipo de coerção, de modo que o consenso a respeito de cada tema deve derivar exclusivamente da força dos melhores argumentos trazidos para respaldar as respectivas pretensões de validade.

13 A deliberação pública vem acompanhada de inúmeros problemas, entre os quais se pode destacar a forte influência dos efeitos das pressões sociais que podem conduzir a escolhas equivocadas e não justificáveis.

14 SUSNTEIN, C. R. Group Judgments: Statistical Means, Deliberation, and Information Markets. *N.Y.U. Rev.*, Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=604641>> Acesso em: 28 ago. 2010.

15 Esta alude às informações reveladas por meio das ações e declarações de outras pessoas – as chamadas “influências informacionais”. Assim, quando “certo número de pessoas parece acreditar que determinada proposição é verdadeira, há boas razões para se acreditar que tal proposição é, de fato, verdadeira” Idem. *Why Societies Need Dissent*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p.9.

16 Diz respeito ao natural desejo humano de criar e manter uma boa imagem perante os demais. Em vista disso, só o fato de algumas pessoas acreditarem em algo, já é incentivo suficiente para não se discordar deste grupo, ao menos, não em público. Ibidem, p. 10.

Não é raro, portanto, que essa moralidade necessária à democracia deliberativa seja violada no debate público, posto que, nas deliberações concretas, o comportamento é usualmente estratégico, as pessoas carecem de informação e a igualdade nem sempre está presente, resultando em um comprometimento do processo deliberativo e, em decorrência, das decisões que são tomadas. É neste momento, então, que aparece a possibilidade de falar-se em limites de racionalidade e, conseqüentemente, na possibilidade das instituições fundarem suas decisões em um modelo que despreza as reais condições de suas práticas.

Assim, a grande indagação formulada pela virada institucional ao paradigma deliberativo consiste na verificação de obstáculos empíricos ao perfeito funcionamento dos processos de deliberação. Por diversas razões, que serão melhor descritas no próximo item, verifica-se que a dinâmica de relacionamento de grupos deliberativos pode tender a resultados mais negativos do que aqueles obtidos a partir de deliberações e juízos individuais. Neste sentido, quais são os limites do potencial normativo das teorias democráticas deliberativas?

2. LIMITES À RACIONALIDADE: CASCATAS SOCIAIS E POLARIZAÇÃO DE GRUPOS

A partir da conjugação de elementos teóricos e análises empíricas buscar-se-á demonstrar que não necessariamente uma argumentação racional e uma deliberação prévia irão produzir uma decisão “melhor”. Pelo contrário, pretende-se comprovar o fato de que, sob certas condições, a ausência de discussão pode ser algo favorável no momento de decidir coletivamente.

Com efeito, desde os trabalhos pioneiros de Kahneman, Tversky¹⁷ e Simon¹⁸, foram construídos modelos decisórios que pressupõem informação escassa, tempo finito e capacidade computacional limitada e, mesmo assim, são dotados de um alto grau de acuidade¹⁹. Essa agenda de pesquisa concentra-se no estudo de ‘heurísticas’ (regras de simplificação empregadas para reduzir a busca por informações e soluções diante de problemas de alta complexidade) e ‘vieses’

17 KAHNEMAN, D; SLOVIC, P; TVERSKY, A. *Judgment Under Uncertainty: Heuristic and Biases*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

18 SIMON, H. A. *Models of Bounded Rationality*. Massachusetts: MIT Press, 1982.

19 Em perspectiva assemelhada, encontram-se investigações empíricas sobre ética, realizadas por filósofos que aderiram ao que se convencionou chamar ‘filosofia experimental[20]’. A proposta desta corrente é abordar questões éticas tradicionais com esteio em evidências recolhidas por meio de experimentos de psicologia, neurociência e neuropatologia. Para ilustrar, podemos citar a pesquisa de Joshua Knobe, que encontrou uma correlação entre nossos juízos sobre a intencionalidade e culpabilidade, i. e., uma tendência a considerar intencionais apenas os atos que julgamos reprováveis[20]. Nesta mesma linha, Shaun Nichols criou uma teoria sobre juízos morais, a partir de estudos empíricos sobre reações afetivas a transgressões de normas morais e convencionais. Sua conclusão foi no sentido de que juízos morais concretos conjugam fatores emocionais e ponderações fundadas em crenças teórico-normativas de cunho ético[20]. Assim, estes autores retomam um caminho interrompido na história da filosofia, desde que o projeto kantiano de fundar a filosofia moral em princípios derivados da razão pura suplantou a visão empiricista de David Hume a respeito dos juízos morais. O mosaico composto pelas diferentes descrições dos processos decisórios, realizadas por várias áreas do saber, pode, sem dúvida, proporcionar uma visão mais acurada dos processos judiciais de tomada de decisão. Com base nestas evidências, fundadas solidamente em bases empíricas, cremos ser possível renovar estiolados debates sobre cânones e métodos de interpretação do direito, bem como auxiliar no aperfeiçoamento de nossas instituições.

(termo usado para expressar um erro sistemático ou tendenciosidade na tomada de decisão)²⁰.

Com efeito, uma visão corriqueira da deliberação (argumentativa) é que ela conduz invariavelmente a melhores julgamentos, somente pelo fato de que diferentes pontos de vista serão compartilhados. Todavia, sob determinadas circunstâncias, nem sempre é verdade que os grupos alcançarão melhores resultados em suas decisões. O processo de deliberação, tal como já foi afirmado, não é imune aos efeitos produzidos pelas influências informacionais e reputacionais, que por sua vez produzem os dois principais elementos que, ordinariamente, tem sido colocado como limites à racionalidade argumentativa e deliberativa: as cascatas sociais e a polarização dos grupos²¹.

As cascatas sociais são definidas por Sunstein²² como “movimentos sociais de larga escala nos quais muitas pessoas acabam pensando de uma determinada maneira ou agindo de certa forma em razão das crenças ou das ações de uns poucos agentes primários que influenciam imensamente os seus seguidores”. As cascatas sociais envolvem tanto julgamentos sobre fatos quanto julgamentos sobre valores, produzem efeitos em questões morais, políticas e legais e operam dentro de legislaturas, partidos políticos, organizações religiosas, sistema judicial, além de outros grupos e segmentos sociais. Com efeito, os juízes também são vulneráveis a esses mesmos efeitos, principalmente quando se defrontam com questão complexa e não têm certeza sobre qual a melhor decisão a ser tomada. Grande parte dos julgamentos morais de uma comunidade, de uma casa legislativa ou de um tribunal é resultado dos efeitos das cascatas.

Em geral, ilustra Sunstein, que as cascatas iniciam com pessoas que se envolvem em certos atos, como, por exemplo, participação em protestos políticos, conversão para uma nova religião, investimento em determinadas ações da bolsa. Há quem perceba e siga esse movimento acreditando que tais pessoas estão corretas ou simplesmente porque desejam aprovação social. Outros indivíduos, influenciados pelo número crescente de pessoas que corroboram aquele movimento, tomam o mesmo curso de ação.

Quanto ao fenômeno da polarização, Sunstein²³ afirma que esta ocorre

20 Sua hipótese é que as pessoas fixam punições com base naquilo que chama de heurística da indignação, ou seja, quanto mais revoltante a sensação pelo dano causado, maior deve ser a punição, independente das consequências de sua aplicação. Em suas palavras: “Consider, for example, an intriguing study of people’s judgments about penalties in cases involving harms from vaccines and birth control pills.13 In one case, subjects were told that the result of a higher penalty would be to make companies try harder to make safer products. In an adjacent case, subjects were told that the consequence of a higher penalty would be to make the company more likely to stop making the product, with the result that less safe products would be on the market. Most subjects, including a group of judges, gave the same penalties in both cases. Can this outcome be defended in principle? I doubt that it can. I think that it is far more sensible to think that people are operating under a heuristic, requiring punishment that is proportional to outrageousness, and should not be based on consequential considerations”.Ibid., p. 6.

21 Importante ressaltar que Sunstein aponta um terceiro elemento: o conformismo. Contudo, pelas características deste projeto, esta categoria não será abordada diretamente nem objeto de análise empírica.

22 SUNSTEIN, C. R. *Why Societies Need Dissent*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 54.

23 Idem. *Conformity and dissent*. 2002. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/WkngPprs_151-175/164.crs.conform.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2009. _____. *Going to Extremes: how like minds unite and divide*. New York: Oxford University Press, 2009.

quando os membros de um grupo, envolvidos em um processo deliberativo, acabam assumindo uma posição mais extremada, alinhada com as tendências mais evidentes deste grupo, antes da deliberação. Verifica-se, nesse sentido, que em virtude da própria deliberação pontuada pelo isolamento do grupo, os níveis de radicalismo são facilmente incrementados. O isolamento de que se fala pode ser alcançado tanto física quanto psicologicamente, criando-se um sentimento de desconfiança com relação a não membros do grupo. Com essa separação, a informação e os pontos de vista daqueles indivíduos que não pertencem ao grupo tendem a ser desacreditados e, dessa forma, nada perturba o processo de polarização enquanto os membros do grupo continuam a debater.

O movimento de radicalização se torna mais pronunciado quando pessoas que compartilham as mesmas opiniões se reúnem em um grupo de deliberação, sem permitir, contudo, que o debate seja alimentado, também, por pontos de vista divergentes. Em função da exclusão das opiniões dissidentes, o grupo fica exposto a um limitado rol de argumentos, o que acaba por reforçar, por meio da discussão, uma tendência individual de seus membros seguirem em determinada direção. São dois, portanto, os mecanismos que sublinham a dinâmica da polarização: as influências sociais, agindo sobre o comportamento humano, e o rol de argumentos disponíveis.

Um elemento de particular importância para a ocorrência da polarização é o sentimento de pertencimento que o indivíduo tem com relação ao grupo. Um senso de identidade partilhada faz surgir laços de afeição e sentimento de solidariedade que contribuem para o aumento dos níveis de polarização, já que a empatia entre os membros do grupo acaba levando as pessoas a ocultar suas opiniões, com o fim de evitar situações de tensão ou de desaprovação.

Paralelamente, a inserção de grupos externos rivais ou de integrantes destes no meio de determinado grupo é também fator de aumento da polarização. Quando as pessoas são definidas em termos da sua associação com um determinado grupo, elas ficam fortemente inclinadas a desconsiderar os argumentos de pessoas definidas como estranhas a este grupo. A radicalização dos julgamentos de um grupo deve-se, também, ao grau de confiança com que seus membros defendem seus pontos de vista, por conta da relação que se estabelece entre confiança e extremismo. Daí resulta que a polarização é mais frequente quando o grupo está dominado por pessoas confiantes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com efeito, uma visão corriqueira da deliberação (argumentativa) é que ela conduz invariavelmente a melhores julgamentos, somente pelo fato de que diferentes pontos de vista serão compartilhados. Todavia, sob determinadas circunstâncias, nem sempre é verdade que os grupos alcançarão melhores resultados em suas decisões. O processo de deliberação, tal como já foi afirmado, não é imune aos efeitos produzidos pelas influências informacionais e reputacionais, que por sua vez produzem os dois principais elementos que,

ordinariamente, tem sido colocado como limites à racionalidade argumentativa e deliberativa: as cascatas sociais e a polarização dos grupos.

Estas evidências criam então um novo rol de objeções e desafios à teoria e prática das instituições que compõem o Estado Democrático de Direito. Minimamente considerada, a democracia constitui um conjunto de regras procedimentais que estabelece quem está autorizado a tomar decisões coletivas. Dessas regras emerge como fundamental a regra da maioria. A teoria da democracia deliberativa acresce a essa esfera procedimental um alto grau de reflexão e um compromisso geral com a argumentação. A análise dos fenômenos aqui estudados pretendem chamar atenção para os obstáculos à implementação desses ideais democráticos e não devem ser entendidos como um ataque de ceticismo radical em relação aos seus fundamentos. Em síntese, espera-se que a análise aqui empreendida possa fornecer subsídios para aprofundar as discussões sobre deliberação coletiva e instituições jurídicas, e possivelmente guiar a formulação de futuras pesquisas empíricas neste campo, estas que ainda são tão escassas em nosso país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”. In:

_____. *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. México: Distribuciones Fontamara, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, 568 p.

_____. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, 513 p.

ELSTER, Jon. Derechos individuales y regla de la mayoría. *La Política – Revista de estudios sobre el Estado y la sociedad*. Política y derecho: ¿Se oponem la democracia y el constitucionalismo?, Buenos Aires, n. 4, p. 23-57, 1996.

_____. *Ulysses and the sirens*. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1984.

ELY, John Hart. *Democracia y Desconfianza: una teoría del control constitucional*. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997.

GARGARELLA, R. *As Teorias da Justiça Depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 261 p.

GOODIN, R. (Org.). *The Theory of Institutional Design*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre factibilidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v.

_____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade I*. RJ: Tempo Brasileiro, 1997, 354 p.

_____. et. al. Impera el derecho sobre la politica? *La Política: Revista de Estudios sobre el Estado y la sociedad* n. 4, Outubro, 1998. Barcelona: Editorial Piados, p. 5-21

KAHNEMAN, D; SLOVIC, P; TVERSKY, A. *Judgment Under Uncertainty: Heuristic and Biases*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

MORESO, José Juan e VILAJOSANA, Josep Maria. *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 11. ed., Barcelona: Ariel, 2003.

OFFE, C. Institutions in East European Transitions. In GOODIN, R. (Org.). *The Theory of Institutional Design*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, p. 199-226.

PERELMAN, Chain. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RAWLS, J. *O Liberalismo Político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. 430 p.

SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y Constitucion*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 298 p.

SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, 424 p.

SIMON, H. A. *Models of Bounded Rationality*. Massachusetts: MIT Press, 1982.

SUNSTEIN, C. *A Constitution of Many Minds: why the founding document doesn't Mean hat it meant before*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

_____. Group Judgments: Statistical Means, Deliberation, and Information Markets. *N.Y.U. Rev.*, Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=604641>> Acesso em: 28 ago. 2010.

_____. *Going to Extremes: how like minds unite and divide*. New York: Oxford University Press, 2009.

_____. *Why Societies Need Dissent*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

_____. *Conformity and dissent*. 2002. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/WkngPprs_151-175/164.crs.conform.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2009.

_____. *Legal reasoning and political conflict*. New York: Oxford University Press, 1996.

_____. *A Sabedoria da Maioria*. Disponível em: <http://www.miniweb.com.br/Atualidade/tecnologia/artigos/sabedoria_maioria.html>. Acesso em: 14 mai. 2009.

VERMEULE, A. *Law and the Limits of Reason*. New York: Oxford University Press, 2009.

_____. *Judging Under Uncertainty*. Massachusetts: Harvard University Press, 2006.