

O CAFÉ DA MANHÃ DOS JUÍZES CONSIDERAÇÕES SOBRE O REALISMO JURÍDICO NORTE- AMERICANO SOB A TEORIA DA DECISÃO

THE BREAKFAST OF THE JUDGES: NORTH AMERICAN
LEGAL REALISM UNDER DECISION THEORY

EL DESAYUNO DE LOS JUECES
CONSIDERACIONES SOBRE EL REALISMO JURÍDICO
NORTEAMERICANO EN EL MARCO DE LA TEORÍA DE
LA DECISIÓN

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. Os juízes e a ideia de direito;
3. Os realistas; 4. Juízes, vieses e tomada de decisão;
4.1 A aplicação da regra e a motivação; 4.2 Realismo
jurídico e teoria da decisão; 4.3 Processo decisório:
intuição e racionalidade; 5. Considerações finais; Re-
ferências.

RESUMO:

O estudo analisa alguns aspectos da Teoria da Decisão Judicial à luz do Realismo Jurídico norte-americano. O primeiro capítulo explora o surgimento da ideia de realismo jurídico nos Estados Unidos e em outros países, sua consolidação entre os teóricos e a criação de uma onda de pensamentos voltados para a análise do processo decisório de acordo com as observações da escola norte-americana, a influência de fatores subjetivos do operador do direito na tomada de decisão. Em seguida, o trabalho expõe uma visão crítica do realismo sobre a aplicação rígida e mecânica das normas. Utilizando fragmentos de pensa-

Como citar este artigo:

PITTA, Rafael,
ABDALA, Maria. O
café da manhã dos
juízes considerações
sobre o realismo
jurídico norte-
americano sob a
Teoria da Decisão.
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 44/2024,
p. 77-102

Data da submissão:

11/12/2024

Data da aprovação:

26/12/2024

1. Centro Universitário
do Planalto Central
Apparecido dos
Santos – Brasil
2. Uniceplac – Brasil

mentos dos maiores teóricos do realismo, passa-se a analisar o contexto histórico e social em que a escola realista surgiu, e como essa corrente reformulou a ideia de decisão judicial ao reconhecer a impossibilidade de neutralidade plena e ao enfatizar o impacto de fatores, como emoções e experiências pessoais, no processo decisório. No capítulo final são expostas situações em que se reconhece que as decisões judiciais não são obra de exercício de simples racionalidade, mas frequentemente objeto de moldagens utilizando elementos não jurídicos. A hipótese do trabalho é que, sob a perspectiva realista, a tomada de decisão utiliza-se de elementos da psicologia e neurociência ao mesmo tempo que se ajusta a uma estrutura teórica, e essa influência inevitável propõe uma abordagem mais pragmática do direito. O estudo adotou uma revisão bibliográfica e qualitativa, utilizando o método dedutivo.

ABSTRACT:

The study analyses some aspects of Legal Theory in the light of American Legal Realism. The first chapter explores the emergence of the idea of legal realism in the United States and other countries, its consolidation among theorists and the creation of a wave of thought aimed at analysing the decision-making process according to the observations of the American school, the influence of subjective factors of the legal operator on decision-making. The article then presents a critical view of realism in relation to the rigid and mechanical application of rules. Using fragments of the thoughts of the main theorists of realism, it analyses the historical and social context in which the realist school emerged and the way in which this current reformulated the idea of judicial decision-making, recognising the impossibility of total neutrality and emphasising the impact of factors such as emotions and personal experiences on the decision-making process. The final chapter sets out situations in which it is recognised that judicial decisions are not the work of simple rationality, but are often shaped using non-legal elements. The hypothesis of the work is that, from a realist perspective, decision-making draws on elements of psychology and neuroscience while conforming to a theoretical framework, and this inevitable influence proposes a more pragmatic approach to law. The study adopted a bibliographical and qualitative review, using the deductive method.

RESUMEN:

El estudio analiza algunos aspectos de la Teoría de la Decisión Judicial en el marco del Realismo Jurídico estadounidense. El primer capítulo explora el surgimiento de la idea del realismo jurídico en los Estados Unidos y en otros países, su consolidación entre los teóricos y la creación de una corriente de pensamiento dirigida a analizar el proceso de toma de decisión según las observaciones de la escuela norteamericana, la influencia de los factores subjetivos del operador jurídico en la decisión. A continuación, se expone una visión crítica del realismo en relación con la aplicación rígida y mecánica de las normas. A partir de fragmentos de reflexiones de teóricos, se analiza a continuación el contexto histórico y social en el que surgió la escuela realista, y cómo esta corriente reformuló la idea de la toma de decisiones judiciales al reconocer la imposibilidad de una neutralidad completa y enfatizar el impacto de factores como las emociones y las experiencias personales en el proceso de toma de decisiones. El último capítulo expone situaciones en las que se reconoce que las decisiones judiciales no son obra de la simple racionalidad, sino que a menudo se configuran utilizando elementos extralegales. La hipótesis del trabajo es que, desde una perspectiva realista, la toma de decisiones hace uso de elementos de la psicología y la neurociencia al mismo tiempo que se ajusta a un marco teórico, y esta inevitable influencia propone un enfoque más pragmático del Derecho. El estudio adoptó una revisión bibliográfica y cualitativa, utilizando el método deductivo.

PALAVRAS-CHAVE:

Teoria da decisão; Realismo Jurídico; Heurísticas e Vieses; Raciocínio Jurídico.

KEYWORDS:

Legal Theory; Judicial Realism; Heuristics and Biases; Legal Reasoning.

PALABRAS CLAVE:

Teoría de la decisión; Realismo jurídico; Heurísticos y sesgos; Razonamiento jurídico.

1. INTRODUÇÃO

Em tempos de discussões acadêmicas tão frequentes a respeito da inteligência artificial e as questões levantadas pelas inúmeras possibilidades de sua utilização no direito pelo ser humano, este estudo se volta para uma questão que, de fato, está na essência de todas as outras questões relacionadas a esses temas, que é saber como se dá o modo de decisão, campo de estudo largamente explorado pelos teóricos da Teoria da Decisão Judicial.

Quando se fala em decisão e modo de decidir, as escolas realistas se destacam como fonte fértil de discussões sobre os modos de decidir utilizados pelos mais variados sistemas de justiça do ocidente, em especial. Foram os realistas que mais sagazmente desafiaram os demais pensadores e que provocaram as reflexões mais importantes ocorridas no século passado sobre este tema.

Inicialmente, este artigo aborda o surgimento de uma 'escola' de pensamento surgida nos Estados Unidos e que ficou conhecida como Realismo Jurídico norte-americano. Este artigo se inspira e procura oportunamente retomar algumas das ideias disseminadas naquela época pelos maiores autores do realismo, realizando uma leitura atualizada para demonstrar como eles estavam à frente do seu tempo e como a atualidade revela efeitos e consequências já previstas por eles no século passado.

O artigo inicia explorando o período de surgimento do realismo jurídico nos Estados Unidos, e depois amplia a análise para outros países que igualmente desenvolveram escolas semelhantes e de similar importância. Em ambos os casos o artigo explora a análise do processo decisório realizada pelos autores e adeptos do realismo, em especial a influência de fatores subjetivos do operador do direito na tomada de decisão.

Seguindo o desenvolvimento inicial do primeiro capítulo, o artigo passa a expor uma visão crítica dos realistas naquilo que consideravam uma aplicação rígida e mecânica das normas. Nesta fase, foram utilizados fragmentos de pensamentos dos maiores teóricos do realismo, analisando o contexto histórico e social em que a escola realista surgiu, bem como essa corrente reformulou a ideia de decisão judicial ao reconhecer a impossibilidade de neutralidade plena e ao enfatizar o impacto de fatores, como emoções e experiências pessoais, no processo decisório.

No decorrer do texto, pode-se observar a utilização de dados e estatísticas extraídas de estudos sobre o tema que demonstram uma visão

científica para além das famigeradas alegorias criadas no decorrer das décadas que sucederam o surgimento dessa ‘escola’ de pensamento.

Na parte final do artigo, utilizando de situações reais, passa-se a focar na comprovação de que as decisões judiciais nem sempre, ou mesmo raramente, são resultado de mero exercício da racionalidade. Ao contrário, são frequentemente objeto de moldagens que, de fato, se utilizam de elementos não jurídicos.

A hipótese que se buscou comprovar é a de que, sob a perspectiva realista, nos sistemas de justiça do ocidente, os juízes naturalmente e com grande frequência exercem a tomada de decisão utilizando-se de elementos da psicologia e da neurociência para chegarem ao resultado que deles se espera para, somente após, ou simultaneamente, ajustar essas decisões a uma estrutura teórica sistematicamente pré-estabelecida.

Busca-se assim resgatar essas influências tão solidamente construídas pelas escolas do passado e propor, em um tempo onde a inteligência artificial toma conta das temáticas de pesquisas acadêmicas, uma abordagem ainda mais pragmática do direito.

2. OS JUÍZES E A IDEIA DE DIREITO

Jerome Frank, um dos mais conhecidos expoentes do realismo jurídico nos EUA, teria afirmado, certa vez, que os juízes decidiam de acordo com o que haviam tomado no café da manhã. Por esta suposta declaração, recebeu inúmeras críticas, sendo lembrado, merecidamente ou não, pela peculiaridade da frase e também pela forma pouco convencional como tratou a função mais importante do judiciário e possivelmente uma das funções mais importantes do Estado de Direito: a judicatura.

Para fazer justiça a Frank - já que a história lhe reservou tal estigma -, ele provavelmente não disse algo tão elaborado quanto “os juízes decidem com base no que tomam no café da manhã”, e sim algo como “o direito é o que o juiz comeu no café da manhã”.¹

Frederick Schauer² levantou a hipótese de a frase ter sido dita em tom jocoso por outros personagens tão ou mais famosos do que Frank, como Roscoe Pound ou mesmo o juiz da Suprema Corte Owen J. Roberts, e Frank teria ficado com a injusta fama em virtude de sua personalidade peculiar.

Não é o caso de cultivar sentimentos piedosos por Frank pelo es-

tigma que carregou, já que é amplamente reconhecido como um notável jurista, tendo sido indicado pelo presidente dos Estados Unidos para ser juiz em uma corte de apelação federal.³ A bem da verdade, tudo leva a crer que essa reputação não o tenha afetado absolutamente.

Essa pequena alegoria, supostamente utilizada por ele e, ao que tudo indica, mal interpretada, revela a necessidade de concentrar esforços na difícil tarefa de compreender a extensão do raciocínio cético de Frank, já que há sérios indícios de ele sequer tenha dito algo nesses termos.⁴

De todo modo, uma leitura apressada – e descomprometida – desta afirmação remete à suposta fragilidade das convicções jurídicas dos juízes no ato de decidir, e nos leva a imaginar que a distração causada por uma dor de barriga tem o poder de colaborar mais para a apuração do vencedor de uma demanda do que todas as técnicas processuais e teorias da decisão somadas.

Afinal, um juiz que carrega pessoalmente vieses conservadores estaria mais inclinado a decidir contrariamente causas que coletiva ou individualmente discutam ou defendam direitos de pessoas homossexuais? A oitiva da testemunha teria um peso maior se o juiz não estivesse tão irritado com a temperatura da sala de audiências? Estaria ele mais inclinado a julgar favoravelmente à ré se ela não se parecesse tanto com sua ex mulher com quem trava uma batalha pela custódia dos filhos?

A melhor resposta para as questões alegóricas acima deveria ser ‘não’. Entretanto, as teses realistas ultrapassam, e muito, os exemplos banais do cotidiano, e trazem questionamentos muito mais apurados, tornando muito mais difícil o exercício de encontrar a resposta correta.

Os autores do realismo jurídico estadunidense⁵ - bem como da escola escandinava⁶ - trataram de esgotar o assunto já nos meados do século passado, e atualmente não há mais muito o que se falar que já não tenha sido amplamente discutido pelas referidas escolas e por seguidas gerações de autores críticos a à esse pensamento.

Os juízes, aos olhos leigos, sempre foram, afinal, meros julgadores de ‘causas’, analistas de provas e, na melhor das hipóteses, severos fiscais de procedimentos. A função gestora do juiz nunca foi objeto de preocupação dos cidadãos em geral. A autoridade do

juiz, sob o olhar da população, se encontra na função jurisdicional que exerce, *i.e.*, na prerrogativa de dizer o direito, de decidir o destino das pessoas.

O juiz, de fato, afirma o direito, decide litígios, desde o mais simples até o mais complexo, declara a existência de algo, condena a fazer ou deixar de fazer, pune aquele que viola uma garantia. Não obstante, para ser um bom juiz, não basta redigir boas decisões, é preciso ter consciência da própria função e saber que a importância do resultado depende de uma série de fatores que, na maioria dos casos, pode ser mais determinante para o sistema de justiça do que a própria decisão.

As atribuições do juiz ultrapassam a mera tarefa de julgar, como um oráculo, o *bouche de la loi*⁷ ou um mensageiro da justiça. No entanto, julgar utilizando padrões liberais de justiça não era costume na Inglaterra, terra da *equity*⁸, nem na Grécia, terra da *Epieikeia*.⁹

A visão idealista do direito pressupõe uma noção de justiça utópica, em que os juízes abrem mão de convicções pessoais para o cumprimento de um bem maior, em que artimanhas retóricas e truques argumentativos são suprimidos por um ideal mais puro.

A visão cética, por sua vez, rejeita o discurso de que o juiz deve abrir mão de convicções pessoais no ato de decidir e, ao contrário, compreende que a técnica jurídica utilizada nos julgamentos nada mais é do que uma forma de legitimação de decisões previamente tomadas.

Quando o juiz Oliver Holmes¹⁰ escreveu, em 1881, “*the life of the law has not been logic, it has been experience*”,¹¹ ele iniciou uma ruptura com a noção de que o direito era algo que os juízes e advogados ‘descobriam’ no decorrer do processo mediante a análise do caso. Para Holmes o direito era criado no instante em que se analisava o caso, não uma descoberta de algo que estava lá o tempo todo.

Voltando à dicotomia entre céticos e os idealistas, nada representa melhor estas duas visões, que são ao mesmo tempo conflitantes e complementares do direito, do que Roscoe Pound e Jeremy Frank, que por algumas – e famigeradas – ocasiões divergiram.

Pound sempre foi um idealista, e Frank um cético, assim como eram Llewellyn e os demais representantes o realismo jurídico nos EUA. Ser cético em relação ao direito é, grosso modo, compreender que, ao fim e ao cabo, independente da técnica e dos métodos utilizados, o que se pretende

é atingir finalidades anteriormente definidas.

A visão cética não necessariamente defende que se abra mão da técnica, critique o método, ou se revolte contra o resultado, ao contrário disso, ela simplesmente compreende o funcionamento do sistema e a ele se adequa.

A visão idealista do direito, por sua vez, busca um ideal de justiça mediante o respeito aos dogmas, utilizando a forma como meio de alcançar um ideal, mesmo que isso signifique abrir mão de convicções pessoais. Um ideal de justiça deve suprimir questões acessórias tais como fatores morais, religiosos, psicológicos e outros elementos de subjetividade.

Nos idos de 1930, o Realismo Jurídico norte-americano se encontrava em seu momento mais frutífero, com o surgimento de diversos estudos e um debate bastante acalorado envolvendo os maiores representantes da escola que rompeu com a forma como as análises jurídicas eram realizadas até então.

De acordo com a escola de pensamento do realismo jurídico norte-americano¹², os juízes decidem com base em fatos sociais para, somente então, em seguida, buscar fundamentos de suas decisões no ordenamento jurídico, que refletem valores sociais, ideários de justiça, etc.

Frank, por exemplo, acreditava que diversos fatores, entre eles preferências políticas próprias, religião, características físicas, raciais e religiosas dos litigantes, senso de justiça e visão sobre a advocacia, eram determinantes para influenciar a decisão de um juiz. Em sua obra mais importante¹³, Frank vai além da análise fática de pequenos elementos da vida real e insere a decisão judicial no campo da psicanálise, afirmando que o juiz, no ato de decidir, se baseia mais em aspectos psíquicos da própria personalidade do que em fatores que decorrem de concepções jurídicas (Schauer, 2021 131-132).

Ao analisar esta obra de Frank, que é muito criticada e pouco levada a sério no meio jurídico, Bruce Ackerman (1974, p. 120) alerta para a necessidade de se contextualizar o momento vivido nas décadas anteriores à década de 1930 – em que o livro foi publicado – quando estudantes do curso de Harvard se empenhavam para organizar e analisar as decisões judiciais do período anterior, o que contava com a dificuldade extra de uma necessária mudança de perspectiva do direito

inglês para o direito norte-americano.

Ao realizar essa penosa tarefa, os estudantes se depararam com frequentes inconsistências na fundamentação das decisões, bem como fundamentos conflituosos entre si, de modo que foram ensinados e incentivados a buscar a chamada “verdadeira regra” por traz das decisões, que explicasse não somente uma aparente inconsistência dos precedentes mas que fosse baseada em princípios legais.

A oportuna contextualização feita por Ackerman nos auxilia a lançar um olhar de maior seriedade sobre as considerações feitas por Frank sobre os métodos utilizados pelos juízes, ao invés de descartar suas análises em virtude de uma suposta abstração exagerada na análise psiquiátrica e psicanalítica.

Não se tratava de direcionar críticas aos juízes, pura e simplesmente. Ao contrário, outros juízes, igualmente adeptos do movimento, defendiam que o abandono do modelo formalista nas decisões judiciais resultaria em julgados mais adequados à realidade vivenciada pelas partes no âmbito do conflito, com soluções mais eficazes, baseadas na realidade concreta, “tendo como fator mais importante a eficácia da norma, portanto, sua produção de resultado” (Mallmann; Zambam, 2020, p. 4).

Não se trata, ainda, de duvidar da idoneidade dos juízes, mas sim de crer que as pessoas, de maneira geral – e isso inclui os juízes – não detém a habilidade de tomar decisões baseadas em regras ou princípios, e que aceitar que a real motivação das decisões são fatores juridicamente irrelevantes auxilia na prevenção dos resultados.

Assim, Frank e Hutcheson estabelecem os padrões do realismo jurídico, qual seja, que independente dos fatores que motivam os resultados obtidos nas decisões¹⁴, os juízes, utilizando critérios pré-legais e extralegais, primeiro decidem, e posteriormente buscam as justificativas para suas decisões. (Schauer, 2021, p. 132).

De fato, ninguém verdadeiramente se importa com o que os juízes tomaram no café da manhã, entretanto, a alegoria de juízes afetados por fatores externos carrega uma infinidade de questionamentos que permeiam o debate sobre a estabilidade e coerência do sistema de justiça, reafirmando a importância da discussão.

Outro expoente do realismo jurídico norte-americano, Karl Llewellyn, utilizou-se de expressões igualmente anedóticas para referir-se às

regras jurídicas e sua importância na motivação das decisões. Ele chamou de *pretty little things* as regras jurídicas que supostamente embasam as decisões judiciais. Deu a entender sem muita margem interpretativa, que as tais regras eram na verdade brinquedinhos com os quais juízes fingem fundamentar decisões.

Em seu livro *Bramble Bush*,¹⁵ Llewellyn defendeu que as regras escritas (*paper rules*) ocupam um papel de menor importância na atividade do juiz (Schauer, 132-133). Resta claro que Jerome Frank, portanto, não estava sozinho em suas alegações, muito pelo contrário.

A influência de fatores externos ou extrajurídicos na tomada de decisão é assunto que desperta pontos de vista opostos. Ao examinar aspectos jurídicos dos atos decisórios, Humberto Ávila aduz que o entendimento realista de que a decisão judicial deriva de aspectos frívolos, como se dependesse por exemplo do que o juiz “tomou no café da manhã”, ou se teve um a boa noite de sono, é, ela, sim, totalmente irreal, visto que a decisão não opera em um vácuo (2011, p. 171).

Não obstante esta observação, em 2011, uma pesquisa israelense demonstrou, de forma experimental e estatística, que elementos externos, e possivelmente considerados “frívolos” – como uma pausa para o café – são capazes de influenciar decisões judiciais. Em estudo intitulado *Extraneous factor in judicial decisions*, foi constatado por Danziger; Levav e Avnaim-Pesso (2011, p.13), que a probabilidade de uma decisão ser favorável para um prisioneiro é maior no início do dia de trabalho ou logo após uma pausa para refeição.

Ao longo de uma sessão de julgamento, segundo a pesquisa, essa probabilidade tende a diminuir progressivamente conforme a sessão avança, chegando a níveis muito baixos. Após um intervalo para refeição, no entanto, a probabilidade de uma decisão favorável volta a aumentar para níveis semelhantes aos do início da sessão. Em resumo, ser julgado no início do dia ou imediatamente após um intervalo pode proporcionar uma vantagem significativa para o acusado, comparativamente a um julgamento mais tarde no decorrer da sessão. (Danziger; Levav; Avnaim-Pesso, 2011, p.13).

A concepção realista, como se observa, não se resume a simplificações famigeradas, mas é formada por análises de extensa complexidade que dialogam com a teoria da decisão, não se limitando a reduções alegóricas.

3. OS REALISTAS

O movimento realista se propagou no sistema de justiça norte-americano¹⁶ estruturado no contexto de crise do capitalismo industrial do final dos anos 1920¹⁷, e teve como preocupação central a questão social. Seu principal precursor nos Estados Unidos foi Oliver Wendell Holmes¹⁸, juiz que transitou entre os pragmáticos e promoveu sua teoria inicialmente nas universidades, propiciando o desenvolvimento de novos juristas com ênfase na repercussão social de suas decisões, em detrimento da aplicação literal da lei.

Holmes, que foi juiz da Suprema Corte dos EUA, baseou-se no pragmatismo jurídico, e foi autor das mais recorrentes passagens do realismo, deixando amplo legado em sua trajetória como magistrado, especialmente em relação a seus votos vencidos, que iluminavam uma jurisprudência de inconformismo. (Godoy, 2013, p. 7). Holmes, assim como Roscoe Pound e, em seguida o juiz Cardozo, anteciparam o que os autores posteriormente passaram a considerar algo natural, estavam à frente do seu tempo. (Schauer, 2021, p. 128).

É importante frisar o contexto vivenciado no período, que era de descontentamento com as decisões da Suprema Corte, as quais frequentemente invalidavam regulamentações estaduais e federais em assuntos econômicos e contratuais. Consequentemente, após o término da Primeira Guerra Mundial, o movimento se disseminou nos tribunais norte-americanos como uma reação ao colapso progressista.

Karl Llewellyn, já referido como importante teórico do movimento, abordava o tema mediante uma valoração da decisão judicial em detrimento do direito material. Ele afirmava que “o que fazem esses funcionários relativamente aos litígios vem a ser, para mim, o próprio direito” (Bodenheimer, 1966, p. 139).

O movimento realista norte-americano contou ainda com professores revolucionários como Thurman Arnold e Felix Cohen, atuando nos tribunais e bancas de advocacia (Schlegel, 2002, p. 501). É importante observar, no entanto, que não se tratou de uma escola homogênea.

Bodenheimer, ao tratar do Realismo Jurídico, adverte que ele não chega sequer a constituir uma escola, pois não há uma concordância entre seus teóricos, posto que em sua concepção não havia um grupo de estudo que compartilhasse das mesmas ideias e convicções. (Moreira, 2019, p. 3)

Llewellyn, do mesmo modo, afirmou que não há que se falar em escola realista, nem na possibilidade de chegar a existir tal escola. Não se pode negar, no entanto, a existência de um movimento de pensamento jurídico e de trabalho jurídico (Jorge, 2010, p. 6). A formação ou não de uma escola, no entanto, é assunto secundário, pois em nada altera a grande contribuição oferecida desses estudiosos.

Em 1930, Llewellyn, que era professor de Direito da Universidade de Columbia, publicou um artigo que introduziu na comunidade jurídica o termo ‘Realismo’. Pouco depois, Jerome Frank formulou o termo ‘Realismo Jurídico’ em seu livro *Law and the Modern Mind*. Em 1931, Roscoe Pound, renomado teórico e diretor da faculdade de direito de Harvard, teceu considerações críticas ao Realismo Jurídico em um artigo publicado na *Harvard Law Review* intitulado ‘*The Call for a Realistic Jurisprudence*’, o que foi respondido por Llewellyn em ‘*Some Realism about Realism — Responding to Dean Pound*’.

Nos Estados Unidos, foram essas publicações e debates, intensificados pelo cenário desafiador da época, que colaboraram na consolidação do Realismo como uma escola de pensamento jurídico. A crise de 1929¹⁹ e a falência do liberalismo econômico incentivaram os juristas norte-americanos a não apenas buscar explicar uma nova realidade, como também tentar apresentar um projeto jurídico condizente com o contexto que então se apresentava.²⁰ (Garcia Neto, 2008, p. 79-80).

Paradoxalmente, a partir da segunda metade do século XX, justamente quando evoluíam as pesquisas empíricas em Psicologia, Estatística, Ciências Políticas e Economia, o realismo entrou em declínio. O que se observou foi que os realistas, que estavam claramente à frente de sua época, não foram capazes de sobreviver a tempo de confirmar que suas profecias iriam se concretizar (Cestari, 2016, p. 24).

O realismo não sucumbiu juntamente com o movimento que lhe deu origem, como poderia se presumir, ao contrário, à medida que o realismo enfraquecia, deixava um vasto campo de influência e abria espaço para o surgimento de novas teorias influenciadas pelo próprio movimento, igualmente dedicadas a investigar o comportamento judicial de maneira descritiva, interdisciplinar, através da pesquisa empírica. (Cestari, 2016, p. 25)

Importante reconhecer e reverenciar, ainda, o surgimento, no início

do século XX, de outra escola de pensamento baseada em ideias muito semelhantes ao realismo norte-americano. Do outro lado do atlântico, predominantemente na Suécia e Dinamarca, desenvolveu-se um movimento igualmente interessante e que compartilhava de diversos elementos da chamada escola realista americana, que foi o Realismo Jurídico Escandinavo.

Associado à escola de Uppsala, tinha como principais representantes Axel Hägerström, Alf Ross e Olivercrona. Hägerström. Essa escola de pensamento percebia o direito positivo como um “[...] sistema de regras estatais que assegura vantagem aos indivíduos (Lopes, 2004, p.305). A sua crítica [ao direito positivo] toma por referência a dificuldade do estabelecimento de nexos concretos com a realidade a partir da estrutura conceitual montada para explicar o direito (Grubba, Monteiro, 2018, p. 10).

A despeito de compartilhar diversos aspectos com o realismo norte-americano, o realismo escandinavo se atribui um viés de caráter mais filosófico, visto que se aprofundou mais na questão da realidade jurídica, objetivando examinar os fundamentos essenciais do direito, *i.e.*, o que ele é em sua essência. Nem poderia ser diferente, haja vista o caráter essencialmente pragmático do sistema de justiça dos EUA.

O realismo norte-americano, portanto, teria como característica uma abordagem mais psicológica, ao passo que o realismo escandinavo se diferenciou por seu foco mais acentuado em questões linguísticas. (Coelho, 1981, p. 198)

De acordo com Alf Ross, o realismo jurídico nasce em contraposição ao idealismo, tanto jusnaturalista quanto positivista. Ele afirma que, para a teoria idealista, em resumo, parece haver dois mundos distintos, que correspondem a dois métodos de conhecimentos diferentes. O realismo jurídico escandinavo, aparenta rejeitar a noção de um direito natural e de um ideal absoluto de justiça, buscando o entendimento do Direito por meio da realidade social em vez de abordagens metafísicas (Grubba, 2015, p. 116).

4. JUÍZES, VIESES E TOMADA DE DECISÃO

É correto dizer que a lei é um aspecto fundamental do direito. Entretanto, o cotidiano da aplicação do direito denota que uma amplitude maior de atuação nas margens interpretativas da norma do que em seu

núcleo central. É dessa forma que H. L. A. Hart descreve essa dinâmica, com uma zona de penumbra na margem de aplicação das leis, que funcionam como núcleo (Schauer 2021, p. 36).

A análise feita pelo realismo jurídico norte-americano compreende justamente o processo decisório, como a margem é explorada por fatores extrínsecos, entre o direito e o ideal de justiça.

Tal como ocorre com qualquer ser humano, os juízes são suscetíveis às heurísticas e aos vieses cognitivos que influenciam o processamento de suas decisões (Haidt, 2013, p. 875). Isso levanta questões complexas que não possuem uma única resposta, mas permitem múltiplas análises a partir de diversas correntes teóricas.

No ato interpretativo, o juiz enfrenta o desafio de lidar com palavras que funcionam concomitantemente como ponto de partida e de chegada do processo interpretativo.

Pesquisas no campo da Psicologia e da Neurociência demonstram que grande parte das decisões humanas possui um caráter intuitivo, frequentemente influenciado por atalhos cognitivos – as heurísticas e os vieses – dificultando o uso de mecanismos verdadeiramente deliberativos. (Ostini, Nojiri, 2019, p.11)

Essas decisões, supostamente intuitivas, estão profundamente conectadas a crenças e valores previamente incorporados à personalidade do indivíduo. De fato, os fundamentos racionais motivadores dessas escolhas configuram a reconstrução do processo decisório, orientada a justificar a decisão tanto para o próprio juiz quanto para os demais (Struchiner; Brando, 2014, p. 172-174).

Haidt (2013, p. 877) aponta para o modo como a intuição e o subconsciente participam desse contexto, apontando para Holmes²¹ quando afirma que quanto mais se examinam os mecanismos de pensamento, mais se observa que a ação automática e inconsciente da mente ingressa em todos os seus processos.

Não haveria que se falar, portanto, na ideia de imparcialidade absoluta, posto que a concepção de um juiz absolutamente comprometido com a verdade formal, capaz de abandonar completamente suas convicções pessoais para se ater somente às provas dos autos, se mostra impraticável.

É necessário admitir que os processos mentais intuitivos são grandes influenciadores de decisões judiciais. A psicologia e o direito contêm

diversos pontos de intersecção. As escolhas dos magistrados não são, portanto, produtos puramente racionais e integralmente vinculados ao conjunto das normas legais. (Cestari, 2016, p. 96-98)

É a jurisdição que promove os objetivos das normas de direito substancial, e essas normas são providas de escopo social e político. O primeiro consiste em promover ideias tais como: o bem comum, pacificação, justiça, eliminação de conflitos, e outros; o segundo é a afirmação de poder pelo Estado, o incentivo à participação democrática e a preservação da liberdade por meio tutela das liberdades públicas. (Adeodato, 2015, p. 143)

O processo decisório é complexo, especialmente quando envolve a solução dos chamados casos difíceis²², isso em virtude da inevitável influência de fatores extralegais, que desafiam a tradicional imagem de neutralidade dos juízes.

É verdade que o Direito não opera no vácuo, mas sim em um contexto social dinâmico, complexo, cheio de nuances. Nesse aspecto, as decisões judiciais geram impacto real sobre a vida das pessoas, demandando uma abordagem que considere a humanidade intrínseca dos magistrados e a realidade social em que se inserem.

4.1 A aplicação da regra e a motivação

Existe algo entre o direito – em sua forma literal – e o ideal de justiça, que é o sentido que o intérprete irá lhe conferir mediante o exercício de interpretação. Os preceitos legais formais, como as constituições e as leis, não possuem um significado unívoco ou predeterminado, mas múltiplas interpretações que podem ser evocadas no exercício da adjudicação. O direito, portanto, conforme aponta Holmes, “é aquilo que o tribunal diz que é”. (Mallmann, Zambam, 2020, p.19). O intérprete, portanto, detém a prerrogativa de atribuir o sentido e interpretação que aplicará em sua decisão.

Assim, sobre a prevalência do propósito da regra sobre seu significado literal, é importante admitir que apesar de as regras concretas serem destinadas a cumprir sua motivação, são elas que carregam a força da lei. Ainda, são elas que determinam as consequências jurídicas da lei, manifestando seu verdadeiro significado e não a motivação por trás dela.

Frederick Schauer (2021, p. 33), utiliza uma interessante alegoria

para gerar uma reflexão sobre a motivação e a literalidade da lei onde. Diz ele que, há alguns anos, o Estado de Montana decidiu eliminar de suas rodovias todos os limites de velocidade, mantendo somente a exigência de que os motoristas utilizassem como critério de condução a prudência e a cautela.

O problema que Schauer aponta no exemplo é que os motoristas podem ter percepções muito distintas do que significa utilizar de prudência e cautela. Assim, eles são capazes de desenvolver diferentes conceitos de velocidade que se enquadrem na regra do que seria dirigir com cautela. Isso gera uma incerteza dos motoristas, destinatários da regra, perante a ideia do que se adequaria ao conceito de cautela e prudência em termos de velocidade, para que assim não fossem punidos pelo descumprimento da lei.

Isso porque um motorista multado por ter ultrapassado o limite de 80Km/h estabelecido por lei, poderia perfeitamente alegar que, nas condições em que se encontrava, estava dirigindo em perfeita segurança, obedecendo os requisitos de prudência e cautela, que é a motivação por trás da regra.

Em virtude dessa problemática gerada pela dificuldade de interpretação da lei pelos destinatários, a Corte Suprema de Montana entendeu que a referida regra era excessivamente vaga.

Schauer, ao analisar o exemplo, menciona a concepção aristotélica de que “todas as leis são universais” e “as leis abrangem a maioria das situações, mas está ciente de que erros são cometidos. Não obstante, a lei está correta; pois o erro não está na lei ou no legislador, mas na própria natureza do caso; pois esta é, em suma, a essência do comportamento humano.”

Ao utilizar essa concepção Aristotélica, Schauer compreende que a relação entre a motivação subjacente à regra e sua aplicação é intrinsecamente complexa. Isso se dá porque, embora as leis busquem propósitos mais nobres, tais como justiça e ordem social, sua interpretação é influenciada pela natureza humana e circunstâncias concretas. (2021, p. 44)

Portanto, sendo potencialmente vaga a motivação por trás da regra, a lei em sua forma literal por vezes pode ser considerada “superinclusiva” ou “subinclusiva”. Neste caso, caberia ao juiz a decisão de como aplicá-la, e nesse exercício, decidir quais, entre várias possibilidades de interpretação apresentados diante do caso concreto, é a mais adequada.

A dinâmica acima apresentada converge, mesmo que de maneira genérica, com a visão do realismo que enxerga o direito como um fenômeno social moldado por contextos específicos. A ideia de que os erros não estão alocados nas leis mas na natureza dos casos, evidencia a importância da possibilidade de múltiplas interpretações na aplicação do direito.

Assim, retornamos à ideia apresentada por Holmes, de que o direito é o que os juízes dizem que é em suas decisões. Portanto, a efetividade da norma vai além de seu enunciado, refletindo a complexidade do comportamento humano, passando pela motivação pela qual determinada regra foi estabelecida.

4.2 Realismo Jurídico e Teoria da Decisão

Antes da consolidação do realismo como uma potencial escola de pensamento, a relação entre a psicologia e o direito já existia por influência da psicanálise e do behaviorismo. O papel da mente e do inconsciente no processo de tomada de decisão sempre existiu, sendo compreendido como reflexos da consciência do juiz que as proferiu. (Cestari, 2016, p. 57)

De acordo com Theodore Schroeder (1918, p. 89), toda decisão judicial revela uma variedade de escolhas, desde escolhas de provas produzidas, aceitação de argumentos, aplicação de precedentes, e cada uma dessas escolhas é, inevitavelmente, um fragmento da autobiografia do juiz, revelando suas experiências e impulsos pessoais de forma inconsciente. No entanto, essa profundidade só pode ser percebida por aqueles que têm a habilidade de interpretar essas nuances, o que não está ao alcance do leitor comum.

Essa relação evoluiu a partir da consolidação das teses defendidas pelos realistas, culminando na concepção da teoria decisória como um legado essencial, sendo este, o mais importante deixado pelo realismo jurídico. (Leiter, 2001)

Cestari (2016, p. 59) afirma que, embora o realismo jurídico não fosse um movimento homogêneo, seus representantes convergiam acerca de algumas premissas, quais sejam: (i) que os juízes primeiramente focam nas questões fáticas do caso concretos ao invés de reagirem à racionalidade das normas jurídicas; (ii) que somente então, a seguir, buscam argumentos legais que confirmem sua intuição inicial.

Como é sabido, os chamados casos difíceis facilmente encontram possibilidades variadas e distintas de argumentos, tornando natural a escolha prévia de um resultado possível para posterior adaptação à um sem-número de argumentos racionais possíveis.

A constatação de que julgamentos são frequentemente influenciados pela intuição desafia o formalismo da teoria jurídica tradicional. Ao admitir a interferência intuitiva nos julgamentos, surge um questionamento sobre a natureza deliberativa das decisões judiciais, afastando a noção de que as escolhas dos juízes são puramente racionais e estritamente ligadas às regras legais. (Ostini, Nojiri, 2019, p. 10).

Assim, a tomada de decisão final revela uma combinação complexa de elementos que variam conforme as ideologias e a personalidade do magistrado, não sendo exclusivamente determinada pela aplicação mecânica da norma. Sobre isso, Arnaldo Godoy (2013, p. 19) ressalta que, para o realismo jurídico, a decisão judicial decorre da singularidade da personalidade do juiz, colocando a personalidade no centro da administração da Justiça.

Dessa forma, o conflito é evidente, pois, como todo e qualquer ser humano, os juízes não passam ilesos às heurísticas e aos vieses cognitivos que interferem no processamento das decisões. (Haidt, 2013, p. 875).

Este conflito desafia e expõe a ideia de imparcialidade, em sentido amplo, bem como a concepção de um julgador “neutro”, mesmo como um ‘meta-valor’ cultivado no processo formativo dos magistrados. Isso impõe ao indivíduo o controle das particularidades inerentes à sua subjetividade, em prol da adoção de uma identidade coletiva, neutra e característica da carreira jurídica. (Severi, 2016)

A atividade judicial está inserida em um contexto normativo cuja amplitude, generalidade e complexidade não raramente admitem soluções contraditórias para uma mesma situação. Essas características acabam potencializando a subjetividade inerente ao processo interpretativo (Struchiner; Brando, 2014, p. 174-175; Godoy, 2013, p. 5).

A crença em um formalismo excessivo como teoria descritiva, esperando-se do magistrado uma postura tradicional, o cultivo a um ideal de neutralidade, configuram óbices à uma análise crítica da tomada de decisão e, por conseguinte, de descobrir o papel do Direito em um Estado Democrático. (Ostini, Nojiri, 2019, p. 16)

Nesse cenário, o realismo jurídico surge como escola que concentra esforços na compreensão dos aspectos decisórios, examinando-os à luz dessas diversas circunstâncias e questiona até que ponto as decisões judiciais são motivadas em conceitos de justiça considerados mais puristas, separando-se fatores subjetivos da natureza humana²³ que a influenciam.

De fato, fatores inerentes ao ser humano, inevitavelmente moldados pelas experiências pessoais do julgador influenciam, mesmo que inconscientemente a tomada de decisão. Como consequência, os juízes devem também refletir sobre as consequências sociais e econômicas de suas decisões (Minda, 1995, p.26).

4.3 Processo Decisório: Intuição e Racionalidade

Jerome Frank compreende que os chamados vieses inconscientes são reações de difícil ou até impossível compreensão, impedindo que se proceda à um exercício de previsão de padrões comportamentais.²⁴ Essa ideia se coaduna com os conceitos de heurísticas e vieses desenvolvidos por Daniel Kahneman e Amos Tversky.²⁵

Esta dificuldade ou impossibilidade de prever comportamentos retratada por Frank refere-se à falta de empirismo na psicologia e à fragilidade de seus instrumentos. No intuito de se endereçar esta questão, foram propostas hipóteses de compreensão do processo cognitivo na tomada de decisão, especialmente devido a relação à possíveis consequências de injustiça social que essas interferências podem ocasionar. (Forni, Godoy, 2020, p. 7)

Daniel Kahneman e Amos Tversky desenvolveram a hipótese de que os processos de escolha e julgamento são regidos por dois sistemas cerebrais interativos. O sistema 1 opera de forma automática, rápida, inconsciente e intuitiva, sem exigir esforço ou controle voluntário, enquanto o sistema 2 é mais lento, consciente e deliberativo, sendo acionado em atividades mentais complexas que requerem atenção. (Struchiner, Brando (2014)

De acordo com essa explicação, a mente humana costumeiramente procura simplificar o modo de tomar decisões, especialmente em julgamentos morais, onde o sistema 1 aciona uma avaliação intuitiva antes de uma decisão, utilizando atalhos cognitivos para facilitar a compreensão.²⁶

Ocorre, entretanto, que as pessoas têm necessidade de justificação

de suas escolhas, seja para si mesmas ou no âmbito social, o que ativaria o sistema 2. Assim, esse segundo sistema procura argumentos racionais para sustentar a intuição gerada pelo sistema 1²⁷.

O resultado da argumentação racional é frequentemente comprometido pelo fato de o sistema 2 operar de maneira parcial, concentrando em evidências que corroboram suas preferências e potencialmente causando distorções. A tendência em justificar decisões pré-concebidas é alimentada pelo viés confirmatório, que direciona o raciocínio na busca de justificativas para a decisão tomada, revelando a complexidade e a potencial falibilidade da razão humana. (Struchiner, Brando, 2014, p. 189-201)

O tomador de decisões, em geral, não tem plena consciência da dinâmica acima explanada, e acredita firmemente que suas decisões são formadas pelo exercício da racionalidade. (Ostini, Nojiri, 2019, p. 19)

Na mesma linha, Haidt (2013, p. 871-872) utiliza como base as interações entre esses dois sistemas para a criação do modelo ‘sócio intuitivista’, que pretende explicar os mecanismos envolvidos nos julgamentos morais. O julgamento moral seroa, portanto, essencialmente afetivo, originando-se de um ‘*flash*’ intuitivo que chega à consciência. A racionalização é um ato contínuo a isso, mais deliberada e controlada, buscando conferir justificativa ao julgamento inicial. (Struchiner, Brando, 2014, p. 189-201)

Os parâmetros do direito estabelecem o que vem a ser uma decisão justa e imparcial, decorrente da avaliação de um conjunto probatório, da aplicação de princípios como da legalidade isonomia. No entanto, parâmetros podem ser influenciados por vieses cognitivos em sua aplicação.

Por essa razão, não raramente os sistemas jurídicos costumem apresentar diversos vieses discriminatórios que reforçam desigualdades, ou que tenham a tendência de punir indiscriminadamente certos grupos e não outros. (Horta, 2019, p. 111)

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho, por meio de revisão bibliográfica, avalia a importância do Realismo Jurídico norte-americano e sua relação com o processo decisório dos juízes, em especial a inerente influência de fatores extrajurídicos na tomada de decisão. O objetivo foi expor indissociabilidade entre a figura do juiz e o manejo de situações e fatores subjetivos que permeiam

o ato de julgar.

O objetivo é enfatizar como o realismo jurídico questionou um ideal vigente à época de seu surgimento e desenvolvimento de neutralidade absoluta do julgador, sugerindo que o exercício eficaz de aplicação do direito deve considerar uma pluralidade de elementos que afetam o ser humano em geral, especialmente o julgador.

Tais elementos e características podem ser tanto no âmbito interno, tais como psicológicos, experiências pessoais, opiniões políticas, costumes, religiosidade e moralidade, como no âmbito externo que ressoam internamente na tomada de decisão, tais como pressões políticas, tensionamentos e impactos sociais, e demais fatores alheios à mera dinâmica de aplicação ordinária da norma.

O estudo revelou que a ideia de um julgador isento de influências pessoais ou sociais é, na prática, absolutamente utópica. O processo decisório inexoravelmente cede à subjetividades, sejam elas oriundas das crenças, valores e experiências pessoais do julgador, sejam outras mais genéricas e que mesmo assim são incorporadas ao processo decisório, mesmo que de maneira inconsciente.

É de extrema importância que se lance um olhar crítico sobre o papel do juiz e o funcionamento prático da tomada de decisão, extrapolando a ideia de interpretação mecânica da lei, abrindo margem para um método que utiliza de mediação de acordo com o contexto onde se insere.

Esse estudo revelou que pesquisas na área da psicologia e da neurociência reforçam esse ponto, comprovando que os julgamentos são, frequentemente, influenciados por processos intuitivos para, somente depois, serem justificados utilizando normas jurídicas.

O realismo jurídico colaborou para demonstrar que a melhor forma de encarar a prática jurídica é como um meio de solução de problemas dinâmico e adaptável a o contexto social.

A ideia vigente do direito e de aplicação do direito costuma desconsiderar essa dimensão, as influências e limitações humanas do julgador, deixando passar a oportunidade para aperfeiçoar sua aplicação. A visão realista expande o entendimento sobre a prática jurídica e ao mesmo tempo propõe futuras reflexões sobre a transparência e legitimidade das decisões judiciais

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce A., “Law and the Modern Mind” by Jerome Frank, *Daedalus*, Vol. 103, No. 1, **Twentieth-Century Classics Revisited** (Winter, 1974), pp. 119-130.

ADEODATO, João Maurício. **Dogmática Jurídica e Direito Subdesenvolvido**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011.

CESTARI, Roberto Tagliari. **Decisão judicial e realismo jurídico: evolução das pesquisas sobre o comportamento judicial**. 2016. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, University of São Paulo, Ribeirão Preto, 2016. doi: 10.11606/D.107.2017.tde-01092017-094644. Acesso em: 06 de setembro de 2024.

DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSO, Liora. **Fatores estranhos em decisões judiciais**. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, v. 108, n. 17, 2011.

FORNI, João Paulo Gualberto; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. A realidade do realismo. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 2, 2020. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/85>. Acesso em: 29 de novembro de 2024.

GARCIA NETO, Paulo Macedo. **A influência do realismo jurídico norte-americano no direito constitucional brasileiro**. 2008. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) Faculdade de Direito, University of São Paulo, São Paulo, 2008. doi: 10.11606/D.2.2008.tde27022012-165826. Acesso em: 03 de julho de 2024.

HAIDT, Jonathan. **Moral Psychology and the Law: how intuitions drive reason, judgment, and the search for evidence**. *Alabama Law Review*, v. 64, 2013. Disponível em: <https://www.law.ua.edu/pubs/lrarticles/Volume%2064/Issue%204/4%20Haidt%20867-880.pdf> Acesso em: 16 de junho de 2024.

JORGE, Cláudia Chaves Martins, **Realismo Jurídico e Hart: um debate sobre a indeterminação Direito**. Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações. 2010. Disponível em: <https://www.maxwell>.

vrac.puc-rio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=17621@1
<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=17621@2>. Acesso em 24 de setembro de 2024.

LEITER, Brian. **Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered***. *Ethics*, v. 111, n. 2, p. 278301, 2001. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/10.1086/233474>. Acesso em: 04 de outubro de 2024.

MALLMANN, Liana Zerbielli Trentin; ZAMBAM, Neuro José. **Realismo jurídico norte americano, fatos sociais e decisões judiciais: repercussões no judiciário brasileiro**. *Prisma Juridico*, [S. l.], v. 19, n. 1, p. 153–173, 2020. DOI: 10.5585/prismaj.v19n1.10897. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/10897>. Acesso em: 23 de setembro de 2024.

MINDA, Gary. *Postmodern legal movements*. New York: New York University Press, 1995.

OSTINI, Taísa Magro e NOJIRI, Sergio. **Entre mitos e verdades sobre a imparcialidade: a influência da intuição nas decisões judiciais**. 2019, Anais. Florianópolis, SC: CONPEDI, 2019. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/no85g2cd/d72z98si/cRhnGDO12Xw31I2U.pdf>. Acesso em: 24 de maio de 2024.

PURDY, Sean, O Século Americano, in KARNAL, Leandro (et al.), **História dos Estados Unidos - das origens ao século XXI**, 2007. 2ª ed., São Paulo, Contexto.

SCHAUER, Frederick. **Pensando como um advogado**. Londrina: Editora Thoth, tradução Rafael Gomiero Pitta, 2021.

SCHROEDER, Theodore **The Psychologic Study of Judicial Opinion**. *California Law Review*. Jan., 1918, Vol. VI, No. 2, pp. 89-113. Disponível em <https://pep-web.org/search/document/PSAR.005.033>. Acesso em 05 dez 2024.

STRUCHINER, N.; BRANDO, M.S.. **Como os juízes decidem os casos difíceis do direito?** In:

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

TAMANAH, Brian Z. **Understanding Legal Realism**. *Tex. L. Rev.*, p.

731-785, 2008. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1127178. Acesso em: 08 de outubro de 2024.

'Notas de fim'

1 Originalmente "Law Is What the Judge Had for Breakfast"

2 Ver Pensando como um advogado, Thoth Editora, 2021, p. 131

3 Em 1941 Frank foi indicado por Roosevelt para a United States Court of Appeals for the Second Circuit, onde permaneceu até sua morte

4 Frederick Schauer trouxe uma série de questionamentos sobre a veracidade desta passagem, levando a crer que tudo não passou de uma anedota, possivelmente atribuída a ele pela sua personalidade, uma vez que era capaz de reduzir raciocínios sofisticados em frases cínicas e cheias de ceticismo. Ver Pensando como um advogado, Thoth Editora, 2021, p. 131.

5 Entre os maiores expoentes do realismo jurídico dos EUA estão Karl Llewellyn, Oliver Wendell Holmes Jr e Jerome Frank, entre muitos outros.

6 Escola de Uppsala, contemporânea às primeiras escolas realistas norte-americanas, liderada por Axel Anders Theodor Hägerström. Ver Leilane Serratine Grubba e Kimberly Farias Monteiro, Realismo jurídico Norte-Americano e realismo jurídico escandinavo: o problema da metafísica, Prisma Jur., São Paulo, v. 17, n. 2, p. 10

7 O termo faz alusão à figura do juiz 'boca da lei', uma ideia cultivada pela Escola de Exegese francesa (L'École de l'exégèse) logo após a Revolução Francesa. O período pós-revolução culminou com a instauração de uma ideologia estatal desconfiada do Estado (do administrador e do juiz), que recusava o passado e limitava a atuação do judiciário à aplicação dos códigos, como o Code Civil. Ver Fausto Santos de Moraes e José Paulo S. dos Santos, O Positivismo jurídico em xeque: descobrindo as faces do juiz, IMED Mostra de Iniciação Científica, p. 5-7. Assim, não encontrando na lei uma resposta para o caso a ser julgado, o juiz deveria, no intuito de corrigir a falha na previsão legal, buscar a vontade originária do legislador (référé législatif). Ver Antônio Castanheira Neves, Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 182-189.

8 A equity se firmou na Inglaterra, desde antes do século XIV, não como um direito propriamente dito ou como um sistema de justiça, mas como um procedimento alternativo ao common law, que preenchia as falhas e lacunas na sua utilização. Comandada pelo Chancellor, o procedimento equity ganhou força ao longo do tempo e estabeleceu suas próprias cortes, complementando a aplicação do common law na Inglaterra por séculos. Ver Stephen N. Subrin. How Equity Conquered Common law The Federal Rules Of Civil Procedure In Historical Perspective, Vol. 135 University of Pennsylvania Law Review. 909, 933-74 (1987)

9 Conceito Aristotélico de equity, ou equitable, que, em definição bastante superficial, é uma justiça sem caráter jurídico ou definição na natureza, calcada na noção de uma 'atitude universalmente justa'. Ver Anton-Hermann Chroust, Aristotle's Conception of Equity (Epieikeia), 18 Notre Dame L. Rev. 119 (1942). Frederick Schauer, ao descrever a noção aristotélica de equity, disse que é "[...]Fazer a coisa certa – decidir corretamente - sem aplicar regras, talvez até as evitando[...]. Ver Frederick Schauer Pensando como um advogado: uma nova introdução ao raciocínio jurídico, trad. Rafael Gomiero Pitta. – Londrina, PR: Thoth, 2021, p. 124

10 Holmes, que foi juiz na Suprema Corte dos EUA por 30 anos, (1902-1932) é considerado um precursor do realismo jurídico americano, e não um realista propriamente dito. Isso porque, apesar da visão pragmática que caracterizava seu pensamento, acreditava que os métodos jurídicos tradicionais ainda eram responsáveis pela maior parte das decisões. Ver The common law, Oliver Wendell Holmes Jr. (1881); Frederick Schauer

‘Pensando como um advogado: uma nova introdução ao raciocínio jurídico, trad. Rafael Gomiero Pitta. Thoth, 2021, p. 128.

11 “a vida do direito não tem sido lógica, e sim experiência” (tradução livre).

12 Há quem entenda, conforme se verá mais à frente, que o realismo jurídico sequer pode ser considerado uma escola de pensamento.

13 *Law and the Modern Mind* *Law and the Modern Mind*, Jerome Frank, 1930.

14 E obviamente defendem que são fatores não jurídicos, nem obediência às regras ou cotejo de princípios.

15 Bramble Bush: *on our law and its study* (1930). Posteriormente em 1960, Llewellyn se retrata da observação sobre os “brinquedinhos”.

16 É importante a distinção do conceito da corrente norte-americana e escandinava. “O Realismo Jurídico Escandinavo foi uma escola de teoria jurídica da metade do século XIX, liderada por acadêmicos como Alf Ross, Karl Olivecrona, Axel Hägerström, e A. Vilhelm Lunstedt, os quais incorporaram a visão de que todas as características importantes do direito podem ser descritas pelo uso das ciências sociais aplicadas. Para uma visão geral e crítica do assunto, ver Michael Martin, *Scandinavian and American Legal Realism* (1997); Gregory S. Alexander, “Comparing the Two Legal Realisms—American and Scandinavian”, 50 *Am. J. Comp. L.* 131 (2002); Jes Bjarup, “The Philosophy of Scandinavian Legal Realism”, 18 *Ratio Juris* 1 (2005); H. L. A. Hart, “Scandinavian Realism”, 17 *Camb. L.J.* 233 (1959). O Realismo Escandinavo, no entanto, não deu muita atenção às questões ligadas ao raciocínio jurídico e à argumentação jurídica” (Schauer, 2009. p. 127). Esse artigo concentra-se no estudo do Realismo Jurídico norte-americano.

17 “A narrativa convencional sobre a história do realismo jurídico conta que foi durante as décadas de 1870 até 1920, durante o auge do formalismo jurídico, que advogados e juízes consideravam o direito de forma autônoma, abrangente, logicamente ordenada e determinada. Nesta época, influenciados pelo método de casos de Christopher Langdell, acreditava-se que os juízes se dedicavam a uma dedução mecânica do corpo de leis e precedentes, visando a produção de uma única resposta correta para cada caso. No entanto, a partir das décadas de 1920 e 1930, com base nas ideias de Oliver Wendell Holmes Jr., Roscoe Pound e Benjamin Cardozo, os realistas buscaram tornar o formalismo jurídico obsoleto, demonstrando que a lei está cheia de lacunas e contradições e que o direito é indeterminado, que há exceções para a maior parte das regras legais, princípios e precedentes, e que todos eles podem levar a resultados opostos. Os realistas argumentam que os juízes decidem de acordo com suas preferências pessoais e, em seguida, constroem sua argumentação jurídica para justificar o resultado por eles desejado.” (Campilogo, 2017, p. 6).

18 Holmes foi um jurista, advogado, professor universitário, filósofo estadunidense e juiz da Suprema Corte do Estados Unidos, servindo de 1902 a 1932. Reconhecido como “the great dissenter”, ele desafiou frequentemente o formalismo jurídico da época, contribuindo para o pragmatismo no direito. Sua trajetória, marcada por paradoxos, reflete a evolução do pensamento jurídico americano no século XX e sua influência permanece relevante até os dias de hoje. Ver Oliver W. Holmes, Jr., *The common law* 1 (1881).

19 Quebra da bolsa de Nova York, alto índice de desemprego (15 milhões de norte-americanos desempregados, ou seja, 25% da população economicamente ativa. Ver PURDY, Sean., *O Século Americano*, in KARNAL, Leandro (et al.), *História dos Estados Unidos - das origens ao século XXI*, 2007. 2ª ed., São Paulo, Contexto, p. 205.

20 Nas universidades (Roscoe Pound, 1870-1964, e Karl Nickerson Llewellyn, 1893-1962), na Suprema Corte (Benjamin Nathan Cardozo, 1870-1938, e Louis Dembitz Brandeis, 1856-1941) e no corpo burocrático do governo (1933-1945) Franklin Delano Roosevelt (1882-1945) (James MacCauley Landis, 1899-1964) eram produzidas, a partir de diálogos com a filosofia pragmatista e com os juristas de todas as partes do mundo, alternativas ao mecanicismo judicial e ao modelo liberal. (Garcia Neto, 2008, p.11).

21 Ver Oliver Wendell Holmes, *Mechanisms in Thought and Morals: An Address Before the Phi Beta Kappa Society of Harvard University*, June 29, 1870, at 48-49 (Boston, James R. Osgood & Co., 1871).

22 Ver Struchiner e Brando, “Como os juízes decidem os casos difíceis do direito?” 2014, p. 181-184.

23 Os juízes estão sujeitos a restrições cognitivas, preconceitos, preferências e predileções que os orientam e influenciam em suas decisões. Ainda, eles detêm distintas habilidades, interesses, conhecimentos jurídicos e capacidades de se associar a um ou outro argumento. Eles têm diferentes padrões de ética de trabalho, de honestidade e integridade. Ainda, temperamentos distintos, maior ou menor autocontrole, autorreflexão. Alguns juízes são sábios, sensíveis e cuidadosos, outros nem tanto. Tais fatores humanos sempre farão parte do ato de decidir. Ver Brian Tamanaha. *Understanding Legal Realism*. *Tex. L. Rev.*, p. 731-785, 2008.

24 Ver FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. Stevens & Sons Limited, 1949. p. x-xi.

25 Ver KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 10-14 e 127.

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

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