

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Sidiney Duarte Ribeiro

**HEURÍSTICAS E VIESES COGNITIVOS, VALORAÇÃO PROBATÓRIA E
COMPARTICIPAÇÃO**

Belo Horizonte

2021

Sidiney Duarte Ribeiro

**HEURÍSTICAS E VIESES COGNITIVOS, VALORAÇÃO PROBATÓRIA E
COMPARTICIPAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Vitor Salino de Moura Eça.

Área de concentração: Democracia, Constituição e Internacionalização

Linha de pesquisa: O Processo na Construção do Estado Democrático de Direito

Belo Horizonte

2021

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

R484h Ribeiro, Sidiney Duarte
Heurísticas e vieses cognitivos, valoração probatória e comparticipação /
Sidiney Duarte Ribeiro. Belo Horizonte, 2021.
182 f. : il.

Orientador: Vitor Salino de Moura Eça
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Processo civil. 2. Julgamentos. 3. Prova (Direito). 4. Imparcialidade. 5.
Heurística. 6. Behaviorismo (Psicologia). 7. Estado Democrático de Direito. I.
Eça, Vitor Salino de Moura. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas
Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.9

Sidiney Duarte Ribeiro

**HEURÍSTICAS E VIESES COGNITIVOS, VALORAÇÃO PROBATÓRIA E
COMPARTICIPAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Democracia, Constituição e Internacionalização

Linha de pesquisa: O Processo na Construção do Estado Democrático de Direito

Prof. Dr. Vitor Salino de Moura Eça – PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira - UFPE (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Antônio Pereira Gaio Júnior - UFRRJ (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 11 de junho de 2021.

*À minha mãe e a minha noiva, pela paciência
ante as minhas frequentes ausências.*

AGRADECIMENTOS

Existem momentos na vida em que para alcançar nossos objetivos precisamos superar obstáculos ainda maiores do que aqueles para os quais nos preparamos. No meu caso não foi diferente!

Quando decidi ingressar no PPGD estava ciente das dificuldades que enfrentaria para superar as minhas próprias limitações acadêmicas (que não são poucas...), no entanto, jamais poderia imaginar que durante o curso a maior pandemia da história recente da humanidade causada pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2) iria assolar o mundo e provocar – além de muito luto pelos que se foram e tristeza pelos que sofreram e ainda sofrem nos hospitais – uma série de mudanças nas nossas rotinas. Até mesmo o simples ato de tomar um livro de empréstimo na biblioteca se tornou muito mais complicado, e o que dizer sobre o processo abrupto de trocar o quadro pela tela do computador e a sala de aula pelo escritório improvisado de casa?

Assim, agradeço a Deus por ter conseguido chegar até aqui...

Claro que durante toda essa minha jornada pude contar com algumas pessoas especiais para as quais também tentarei deixar meus sinceros agradecimentos na sequência.

Ao professor Dierle Nunes, que me permitiu ser ouvinte de duas de suas disciplinas, antes mesmo de ser aluno do PPGD, me deu a oportunidade do estágio de docência, e quem me apresentou o estudo de vieses cognitivos como um problema do direito processual, o qual – mesmo não tendo podido concluir minha orientação – em mim deixou a marca indelével de sua generosidade, sabedoria, compromisso, dedicação e, sobretudo, amor pelo conhecimento e pela inovação. Com o professor Dierle aprendi que o ato de lecionar não é, de modo algum, sinônimo de imposição ou de hierarquia.

Ao professor Vitor Salino, que em um momento difícil me “adotou” com a sua generosa orientação. Muito obrigado pelas lições! Espero sempre contar com essa interlocução.

Ao professor Alisson Martins, exemplo de paciência e humildade, que sem qualquer obrigação formal, me ajudou com a escolha do tema e com a construção do projeto de pesquisa, me doou e enviou materiais, indicou obras e abdicou de parte de suas férias para fazer a leitura do primeiro esboço desse trabalho. O sentimento pelo professor Alisson é de amizade e eterna gratidão. Oxalá um dia terei oportunidade de retribuir e/ou de fazer o mesmo por outra pessoa.

Aos demais professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Puc Minas, que contribuíram para a minha formação e desenvolvimento, em especial os professores Ronaldo Brêtas, Mário Lúcio, Renata Barros, Álvaro Ricardo, José Adércio, Lucas Gontijo, dos quais tive a oportunidade de receber preciosos ensinamentos. Como se diz por estas bandas: “*é junto*”

dos bão que a gente fica mió!”.

Ao coordenador do PPGD professor Marciano Godoi que administrou com responsabilidade o período de crise sanitária provocado pela pandemia de COVID-19 e com isso diminuiu um pouco os impactos desse período difícil sobre a vida dos discentes.

Ao demais prestadores de serviço que nos últimos tempos arriscaram sua saúde para possibilitar o funcionamento da Universidade. Eles são de grande importância e muitas vezes não recebem o devido valor.

Ao meu pai Aíde (*in memoriam*) e minha mãe Maria, pelas minhas primeiras lições, cuidado e dedicação. Ambos abnegaram de seus sonhos ao longo da vida para permitir que seus filhos tivessem as condições necessárias para escrever a própria história.

Ao meu irmão Claudiney pela amizade, apoio, incentivo aos meus estudos, sinceridade das críticas e “porradas” (coisas de irmão!).

A Débora que era minha namorada quando ainda pensava em fazer os testes de admissão, me acompanhou no mestrado como noiva, e agora, passado o tempo da defesa, será a minha amada esposa. Nesses anos juntos, você esteve comigo compartilhando angústias e alegrias, ouvindo diariamente minhas lamúrias e me dando suporte para que sobrasse o tempo necessário para buscar meu objetivo.

Uma vez que o local onde a gente trabalha também é fundamental para nosso crescimento, preciso registrar aqui meu agradecimento aos amigos do Escritório Pessoa e do Val Advocacia, em especial a Cristiano Pessoa e Valéria do Val, por acreditarem em minha capacidade como profissional, pela parceria e compreensão em reorganizar as rotinas internas e externas para permitir as minhas inúmeras ausências. Agradeço ainda Monique Fróis, Hiaggo Almeida, Tuane Miranda, Tainã Silva, Célio Mudadu, Raab Sâmela, Carolina Lanna, Jorge Ambrósio e a Biazinha, por suportarem meus arroubos de loucura, pela amizade e por terem segurada a minha barra quando a situação apertou.

Aos amigos realizados no PPGD, em especial aos “aflitos” e “esperançosos” Tiago Torres, Hugo Malone, Jéssica Helena e Nacle Safar, pelo compartilhamento de leituras, dramas e alegrias dos últimos anos. Agradeço ainda a Natália Medeiros que gentilmente me cedeu materiais de estudo, a Tatiane Costa que ouviu minhas lamentações e me confortou com palavras amigas, a Ana Luiza Novais que me ajudou a melhorar meu currículo, ao Henrique Horsth pelas nossas conversas e a todos aqueles que colaboraram, direta ou indiretamente, para a elaboração desta dissertação. Estou ansioso para um encontro pós-pandemia com todos vocês.

A todos vocês presto a minha reverência. Muito obrigado!

Há uma desconcertante limitação de nossa mente: nossa confiança excessiva no que acreditamos saber, e nossa aparente incapacidade de admitir a verdadeira extensão de nossa ignorância e a incerteza do mundo em que vivemos.

Daniel Kahneman

Se trata de uma proposta que leva a sério o policentrismo processual e suas repercussões para o sistema jurídico, formando uma teoria normativa (não axiológica) de deveres contrafáticos a induzirem um comportamento cooperativo dos sujeitos processuais, mediante deveres de consulta, esclarecimento, auxílio, correção, em busca de um diálogo genuíno no âmbito processual.

Dierle Nunes

RESUMO

Este estudo tem como objeto a interlocução com outra área do conhecimento científico, para compreender os processos cognitivos que orientam os decisores na condução e no julgamento dos processos cíveis, partindo da revisão de bibliografia especializada sobre o tema. O objetivo central do presente trabalho foi especificar o que são heurísticas e vieses cognitivos, assinalar seu risco para a imparcialidade, especificamente, na fase de valoração das provas e, a partir da teoria normativa da participação, apontar iniciativas que ajudem a afastar os efeitos indesejados desse fenômeno. Para isso, analisaram-se conceitos e ferramentas estudadas pela Psicologia Comportamental Cognitiva, para uma melhor compreensão acerca dos sistemas que levam a mente humana em direção à tomada de decisões e que têm grande impacto sobre o raciocínio. Demonstrou-se, ainda, a influência das heurísticas e vieses cognitivos a partir da apresentação do resultado de pesquisas teóricas e empíricas realizadas nesse campo do saber científico. Para permitir a melhor assimilação da proposta, explicaram-se as concepções básicas sobre verdade e prova, sistemas de valoração da prova e meios de prova, buscando-se a compreensão da prova de acordo com as bases normativas do Estado Democrático de Direito e como esta pode ser influenciada pelos vieses cognitivos. Por fim, procedeu-se ao estudo da Teoria Normativa da Participação e da sua utilização como ferramenta relevante para a mitigação das heurísticas e vieses que impactam o raciocínio, em prol da efetiva imparcialidade judicial.

Palavras-chave: Heurísticas. Vieses cognitivos. Valoração probatória. Imparcialidade. Participação.

ABSTRACT

This study aims at interlocuting with another area of scientific knowledge, to understand the cognitive processes that guide decision-makers in conducting and judging civil processes, based on the review of specialized bibliography on the subject. The main objective of the present work was to specify what are heuristics and cognitive biases, to point out their risk for impartiality, specifically, in the assessment phase of the evidence and, from the normative theory of co-participation, to point out initiatives that help to remove the unwanted effects of this phenomenon. For this, concepts and tools studied by Cognitive Behavioral Psychology were analyzed, for a better understanding of the systems that lead the human mind towards decision making and that have a great impact on reasoning. The influence of heuristics and cognitive biases was also demonstrated from the presentation of the results of theoretical and empirical research carried out in this field of scientific knowledge. In order to allow for a better assimilation of the proposal, the basic concepts about truth and proof, systems for evaluating evidence and means of proof were explained, seeking to understand the proof according to the normative bases of the Democratic Rule of Law and how may be influenced by cognitive biases. Finally, the Normative Theory of Reimbursement and its use as a relevant tool for the mitigation of heuristics and biases that impact reasoning were carried out, in favor of effective judicial impartiality.

Keywords: Heuristics. Cognitive bias. Evidence valuation. Impartiality. Co-participation.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Função hipotética de valor da teoria da perspectiva de Kahneman e Tversky 87

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

°C	Grau Célsius
Art.	Artigo
CC/02	Código Civil brasileiro de 2002
cf.	Confira
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC/15	Código de Processo Civil brasileiro de 2015
CPC/73	Código de Processo Civil brasileiro de 1973
CP	Código Penal brasileiro
CPP	Código de Processo Penal brasileiro
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
FBI	Federal Bureau of Investigation
FPPC	Fórum Permanente de Processualistas Cívics
n.	Número
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
S1	Sistema 1
S2	Sistema 2
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	25
2 A PSICOLOGIA COMPORTAMENTAL COGNITIVA E SUAS CONTRIBUIÇÕES PARA O DIREITO.....	29
2.1 Dois sistemas, duas formas de pensar	31
2.2 A lei dos pequenos números.....	37
2.3 Heurísticas e vieses cognitivos	41
2.3.1 <i>Heurística da representatividade</i>	44
2.3.2 <i>Heurística da disponibilidade</i>	55
2.3.3 <i>Heurística da ancoragem</i>	61
2.3.4 <i>Viés de confirmação</i>	76
2.3.5 <i>Viés de grupo.....</i>	83
2.3.6 <i>Viés de aversão à perda.....</i>	85
2.3.7 <i>Viés de status quo</i>	90
2.3.8 <i>Viés de trancamento</i>	97
2.3.9 <i>Viés de retrospectiva</i>	101
3 A PROVA E SUA VALORAÇÃO NO PROCESSO DEMOCRÁTICO.....	108
3.1 A desnecessária busca da verdade – verdade material e verdade formal – sistema participativo de produção de provas	108
3.2 O que é prova – destinatário da prova – finalidade da prova	112
3.3 Tipos de prova.....	115
3.4 Sistemas de valoração probatória – da prova legal à perspectiva constitucional.....	121
4 A VALORAÇÃO DA PROVA E A TEORIA NORMATIVA DA PARTICIPAÇÃO	129
4.1 O processo constitucional democrático brasileiro	129
4.1.1 <i>A influência e a não surpresa como fundamentos do contraditório dinâmico.....</i>	140
4.2 A teoria normativa da participação	143
4.2.1 <i>O afastamento de desvios cognitivos no processo participativo</i>	151
4.2.2 <i>O desenvolvimento do raciocínio judicial na valoração probatória.....</i>	163
5 CONCLUSÃO.....	166
REFERÊNCIAS.....	170

1 INTRODUÇÃO

O funcionamento da mente humana envolve procedimentos complexos, que são estudados pelos mais diversos campos do conhecimento científico, sobretudo, por aqueles que compõem as Ciências Cognitivas, envolvendo investigações de âmbito antropológico, filosófico, sociológico, psicológico e jurídico.

Justamente em função dessa complexidade, mostra-se importante uma análise interdisciplinar entre Direito e Psicologia, voltada para a compreensão dos esquemas de funcionamento do raciocínio humano no cotidiano, especificamente, para a incidência de deturpações cognitivas que afetam a tomada de decisão¹.

A atividade exercida pelos juízes envolve a análise e valoração de diversos elementos probatórios (submetidos ao contraditório dinâmico), a reconstrução da matéria fática e jurídica carreada aos autos e, por fim, a prolação de uma sentença devidamente fundamentada e passível de fiscalização.

Embora o Direito possua regras visando garantir a prolação de boas decisões judiciais, esse ramo do conhecimento científico não é suficiente por si só para compreender, explicar e adequar o processo cognitivo dos juízes aos melhores resultados possíveis. Em razão disso, é preciso recorrer a ferramentas extrajurídicas capazes de melhor orientar o processo de convencimento dos magistrados.

A Psicologia Cognitiva fornece instrumentos relevantes para essa orientação, por permitir a identificação de uma série de falhas inconscientes da mente humana – as quais, deve-se destacar, atrapalham o processo decisório jurisdicional, por submeterem os juízes a atalhos de pensamentos que manipulam o seu entendimento sobre os casos concretos que lhes são apresentados.

Por isso, é importante que os juízes (e todos os demais atores processuais²) compreendam, sob o olhar da Psicologia, quais são os melhores métodos para a construção do seu raciocínio, como se manifestam por meio de suas ações e quais são os prejuízos que podem acarretar. Com isso, os juízes têm condições de identificar com maior facilidade eventuais

¹ Para interessante estudo sobre a aproximação estreita do Direito com outros ramos do conhecimento que estudam o comportamento, especialmente, a Biologia, a Psicologia e as Neurociências, cf. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; WYKROTA, Leonardo Martins. **O pensamento jurídico e suas crenças**. V. 10. Belo Horizonte: Arraes, 2018. (Coleção Álvaro Ricardo de Souza Cruz)

² “Atores do processo” é expressão que está sendo empregada no mesmo sentido utilizado por TROLLER, Alois. **Dos fundamentos do formalismo processual civil**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2009, p. 19, e também por MARTINS, Alisson Silva. **As Convenções Processuais no Estado Democrático de Direito**. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019, p. 19.

falhas na compreensão dos fatos e provas levadas à análise jurisdicional, de forma que seja garantida maior correção na construção de suas decisões, e que os demais operadores do Direito e as partes envolvidas tenham maior facilidade de controlar a regularidade dessas mesmas decisões³.

Este estudo ganha especial relevância no sistema jurídico brasileiro com a proscrição do termo “livre” do texto do art. 371 do Código de Processo Civil (CPC), em que não se alude mais a uma liberdade interpretativa do conjunto probatório pelo juiz, de modo que o destinatário das provas passa a ser o processo⁴. E não poderia ser diferente, pois, íntima convicção e livre convencimento, em sua versão motivada, são sistemas de apreciação de provas que ensejam uma série de falhas nos aspectos cognitivos, que merecem a devida atenção e correção pelos estudiosos do Direito.

Sendo assim, a utilização dos conceitos e ferramentas psicológicas sobre os processos judiciais é indispensável para a construção de julgamentos efetivamente imparciais e para controle da racionalidade decisória. Além disso, esse esforço científico conjunto pode oferecer soluções revolucionárias para a adequação do exercício jurisdicional, contribuindo significativamente para a melhoria da prestação jurisdicional.

O problema que lastreou a presente pesquisa foi analisar a fase de valoração das provas no processo civil sob a perspectiva da Psicologia Cognitiva, assentando-se sobre a premissa processual constitucional democrática, para, a partir da teoria normativa da participação, formular hipóteses para mitigação de vieses cognitivos em favor de uma correta valoração das provas.

A finalidade deste trabalho é realizar uma interlocução com outra área do conhecimento científico, precisamente, a Psicologia Cognitiva, para se cogitar de que maneira os efeitos dos vieses podem ser minimizados na fase probatória.

Para que os julgadores possam produzir decisões de fato imparciais – conforme ordena a legislação –, é preciso que sejam, ainda, desviesadas, partindo-se de uma busca racional

³ Todos os sujeitos do processo têm que se convencer de que aquela prova que foi produzida foi determinante para a decisão proferida pelo juiz, pois, exige-se “uma fundamentação que demonstre, discursivamente, como o juiz chegou às suas conclusões acerca da apreciação da prova, a fim de se demonstrar que a decisão proferida é a decisão correta para o caso concreto em exame, sem que isto resulte de discricionariedade ou voluntarismo judicial”, o que demonstra que a prova é de extrema importância para a determinação do modo como as partes se comportam no processo (CÂMARA, Alexandre. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 5. ed. Cidade: Atlas, 2019, p. 235).

⁴ Cumpre destacar que o foco deste trabalho, ao investigar sobre a imparcialidade ou parcialidade das decisões judiciais, está essencialmente relacionado à justiça cível, tendo em vista que a justiça cível se distingue consideravelmente da justiça trabalhista, que, por sua vez, difere-se da justiça criminal, muito embora, em várias passagens do texto, essa última seja abordada a título exemplificativo.

por afastamento e mitigação das heurísticas capazes de viciar tais julgamentos. Moraes e Tabak⁵ observam que o juiz pode chegar ao seu entendimento, partindo de uma intuição e, em seguida, buscar embasamento jurídico para fundamentá-la; ou, pelo contrário, pode partir de análise sob a ótica jurídica para, somente então, voltar-se à situação em concreto; ou, ainda, por ter dificuldade de encontrar soluções jurídicas para o caso em pauta, pode partir de critérios extrajurídicos, refletindo sobre a situação, de forma a superar, modificar ou criar novas intuições sobre o caso⁶.

Assim, o objetivo central deste estudo é especificar o que são heurísticas e vieses cognitivos, assinalar seu risco para a imparcialidade, especificamente, na fase de valoração das provas e, a partir da teoria normativa da participação, apontar iniciativas que ajudem a afastar os efeitos indesejados desse fenômeno.

Como marco teórico deste estudo, tomou-se por base a perspectiva dos psicólogos Kahneman e Tversky, que estudam a influência das funções cognitivas nas tomadas de decisões pessoais a partir de dois sistemas mentais elucidativos: o Sistema 1 (S1) e o Sistema 2 (S2). Sistema 1 seria o pensamento rápido e superficial, e Sistema 2, o pensamento lento que é utilizado para solução de problemas complexos ou para manutenção da concentração mental na execução de alguma ação⁷. Em matéria de provas, o marco utilizado foi o constitucional democrático, instituído a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88).

Na tentativa de construir as bases para uma adequada valoração probatória, levou-se em consideração a teoria normativa da participação desenvolvida por Nunes, que afirma a necessidade de construção de um sistema processual policêntrico, que permite e incentiva que todos os atores processuais intervenham ao longo do processo⁸.

A hipótese levantada para esta pesquisa é de que o policentrismo processual pode ser um instrumento para minimização dos efeitos das heurísticas de pensamento que afetam a fase

⁵ MORAES, José Diniz de; TABAK, Benjamin Miranda. As heurísticas e vieses da decisão judicial: análise econômico-comportamental do direito. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 618-653, maio/ago.2018, p. 644-645.

⁶ PASSOS, Hugo Malone; DUARTE, Sidiney Ribeiro. O duplo grau de jurisdição, a colegialidade e seus vieses cognitivos. **Revista de Direito**, Viçosa, v. 12, n. 2, p. 1-25, 2020. p. 17-18.

⁷ Esse sistema parte do estudo de Stanovich e West: STANOVICH, Keith; WEST, Richar. Individual differences in reasoning: Implications for the rationality debate? **Behavioral and brain sciences**, Cambridge: Cambridge University Press, v. 23, n. 5, p. 645-726, 2000.

⁸ Nunes sustenta que o elemento crucial do processo civil democrático é a “participação de todos os interessados nos procedimentos deliberativos de decisões”, de tal forma que esses cadadãos se assumam “concomitantemente, como autores e destinatários (responsáveis) nos espaços públicos, sem a necessidade de autoridades magnânimas e sensíveis que os aliviem de suas escolhas” (NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 52).

probatória, vez que o juiz solipsista não consegue desprender-se de suas concepções e de suas emoções, ou seja, não tem possibilidade de ser totalmente imparcial, ainda que queira, motivo pelo qual deve garantir que as partes colaborem na edificação da decisão, na medida em que o provimento deve ser construído de forma participada, reduzindo-se os espaços para o decisionismo e o subjetivismo.

Para cumprir com os objetivos propostos, investigando a viabilidade da hipótese apresentada, o trabalho foi dividido em três partes, sendo acrescidas desta introdução, da conclusão e da bibliografia consultada.

Na primeira (capítulo 2), dedica-se a trazer as contribuições da Psicologia Comportamental Cognitiva para o Direito e demonstrar a necessidade de análise interdisciplinar para melhor compreensão do fenômeno das heurísticas de pensamento e enviesamentos cognitivos, explicitando a teoria das duas formas de pensar, de Kahneman e Tversky.

Na segunda parte (capítulo 3), buscou-se demonstrar alguns dos fundamentos teóricos, doutrinários e legais a respeito da valoração das provas, abordando-se a complexa questão sobre a verdade e a prova, explicando-se a função, finalidade e destinatário das provas, apontando-se as formas de apreciação (valoração) das provas e tratando-se de alguns meios de prova, abordando o problema dos vieses cognitivos.

Na terceira parte (capítulo 4), procurou-se estabelecer as bases para uma adequada valoração probatória, a partir do processo constitucional democrático, com enfoque na teoria normativa da participação, que trouxe as premissas para o afastamento de desvios cognitivos e consequente desenviesamento do raciocínio judicial no momento de valoração probatória.

Neste contexto, a pesquisa se realiza pelo método hipotético-dedutivo, por meio da abordagem qualitativa, procedimento bibliográfico e objeto exploratório.

2 A PSICOLOGIA COMPORTAMENTAL COGNITIVA E SUAS CONTRIBUIÇÕES PARA O DIREITO

A atividade jurisdicional, antes de qualquer coisa, é uma atuação humana que exige a tomada de decisões por agentes investidos pelo Estado, diante de um caso concreto levado à análise do Judiciário. Isso implica na existência de outros fatores envolvidos nesse processo decisório, não se tratando de aplicação mecânica do Direito ao caso concreto, mas de processo hermenêutico complexo, que passa pela análise da legislação e de todos os elementos que compõem o sistema jurídico e se completa na atividade cognitiva do juiz, que, inevitavelmente, está revestida de suas convicções pessoais.

Assim, de forma a garantir a imparcialidade, é indispensável afastar e questionar o entendimento do magistrado, evitando que suas decisões sejam revestidas de vieses prejudiciais à correta análise jurisdicional. Nesse ponto, é essencial o estudo interdisciplinar da Psicologia Comportamental Cognitiva – ramo pouco estudado no contexto jurídico, mas de grande importância para a efetivação do processo democrático.

De acordo com Trindade⁹, Psicologia é “o estudo científico do comportamento e dos processos mentais”, incluindo as ações e experiências internas do ser humano, a partir de uma análise científica e, sobretudo, empírica. Percebe-se, com isso, que o Direito e a Psicologia têm um objeto de estudo em comum: a conduta humana. Sendo assim, é indispensável o estudo interdisciplinar dessa temática – que, aliás, envolve vários ramos da ciência, uma vez que “o objetivo último de toda ciência é diminuir o sofrimento humano”¹⁰.

A divisão da ciência em diversas disciplinas é útil para a fixação de metodologias e para a especialização da pesquisa, no entanto, não se pode ignorar que os campos da Sociologia, Antropologia, Ciência Política, Direito e Psicologia, por exemplo, voltam-se aos estudos da organização e do comportamento humano. Em razão disso, o estudo individualizado, sem a contextualização das demais áreas de pesquisa, torna-se limitado e insuficiente para a efetiva compreensão da vida e das interações humanas.

A aplicação da Psicologia ao Direito, portanto, é importante para que a atuação do jurista não seja feita de forma simplista, sem a análise mais detida dos fenômenos que envolvem a norma jurídica e sua aplicação no plano fático. Nesse contexto, Rodríguez e Navarro afirmam

⁹ TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 27.

¹⁰ TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 30.

que:

[...] A pesquisa psicológica pode oferecer um valor fundamental para os sistemas de justiça e para a sociedade, oferecendo maior precisão científica e compreensão em relação às formas mais eficazes em que a dinâmica psicológica está envolvida no sistema de justiça. (tradução nossa)¹¹

Com isso, o estudo da Psicologia Jurídica pode fornecer ao intérprete do Direito maior compreensão da norma jurídica e de seus impactos na processualidade democrática, além de trazer subsídios para orientar o magistrado (e as partes) na tomada de decisões desviesadas, livres de preconceitos e intuições subjetivas, a fim de tornar a aplicação do Direito mais correta e efetiva¹².

Sendo a Psicologia uma ciência de grande extensão e complexidade, deve-se ter em mente que o seu estudo pode partir de diferentes vertentes teóricas, incluindo, especialmente, os modelos psicanalítico, comportamental, humanístico, cognitivo e biológico. Cada um desses parte de uma linha de pesquisa distinta, composta por alguns elementos básicos e voltada para tratamentos específicos¹³.

Dentre essas vertentes teóricas, destaca-se o modelo cognitivo, que é voltado para a “atividade interna natural dos mais elevados processos mentais”¹⁴.

Essa vertente da Psicologia partiu da comparação entre a mente humana com o processamento de dados em um computador, nos quais a existência de um estímulo despertaria alguns processos cognitivos que, por sua vez, conduziriam o agente à resposta ou ação desejada. Os estudiosos do tema chamaram essa dinâmica de “processamento bottom-up” (de baixo para cima)¹⁵.

Entretanto, analisando mais profundamente esse fenômeno, percebeu-se que também é comum a ocorrência do “processamento top-down” (de cima para baixo), no qual existe a

¹¹ [...] La investigación psicológica puede ofrecer un valor fundamental para los sistemas de justicia y para la sociedad al ofrecer mayor precisión científica y entendimiento en relación a las maneras más efectivas en que las dinámicas psicológicas se vean involucradas en el sistema de justicia. (RODRÍGUEZ, Paola Iliana De la Rosa; NAVARRO, Víctor David Sandoval. Los sesgos cognitivos y su influjo en la decisión judicial. Aportes de la Psicología Jurídica a los procesos penales de corte acusatorio. **Revista Derecho Penal y Criminología**, Bogotá, v. 37, n. 102, p. 141-164, jan./jun. 2016, p. 147).

¹² RODRÍGUEZ, Paola Iliana De la Rosa; NAVARRO, Víctor David Sandoval. Los sesgos cognitivos y su influjo en la decisión judicial. Aportes de la Psicología Jurídica a los procesos penales de corte acusatorio. **Revista Derecho Penal y Criminología**, Bogotá, v. 37, n. 102, p. 141-164, jan./jun. 2016, p. 147-148.

¹³ TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 28.

¹⁴ TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 28.

¹⁵ EYSENCK, Michael W.; KEANE, Mark T. **Manual de psicologia cognitiva**. Tradução de Luís Fernando Marques Dorvillé e Sandra Maria Mallmann da Rosa. 7. ed. Porto Alegre: Artmed, 2017, p. 2-3.

influência das expectativas e do conhecimento prévio do indivíduo sobre a resposta final – nesse caso, o agente não sofrerá os impactos dos estímulos isoladamente, sendo seu próprio conhecimento capaz de dominar a informação levantada por esses estímulos¹⁶.

Além disso, tradicionalmente, os estudiosos entendiam que seria necessário concluir um processo¹⁷ antes que outro se iniciasse na mente humana – o que chamaram de “processamento serial”. Entretanto, após estudos mais aprofundados sobre o tema, foi possível identificar que, normalmente, existe mais de um processo em andamento ao mesmo tempo – constatando-se a ocorrência de “processamentos paralelos”, geralmente constatados na prática de atividades rotineiras¹⁸.

Partindo de conceitos correlatos a essa vertente técnica da Psicologia, foram elaboradas, diversas teorias voltadas ao estudo e compreensão dos processos cognitivos, a fim de explicar especialmente o funcionamento da mente humana em relação à tomada de decisões. Nesse contexto, destacam-se os estudos de Kahneman e Tversky, a partir dos quais, foi possível identificar alguns traços distintivos entre dois sistemas de pensamento, denominados Sistema 1 e Sistema 2.

2.1 Dois sistemas, duas formas de pensar

Baron¹⁹ destaca que os estudos sobre a existência de dois sistemas de raciocínio na mente humana já se destacavam na Psicologia desde o século XIX, ganhando diversas formas ao longo do tempo. Houve uma série de discussões, por exemplo, a respeito do conteúdo que integraria cada um dos sistemas – e, dentre essas divergências, Baron aponta que os estudiosos do tema costumavam qualificar os sistemas a partir de dois extremos:

No extremo, o Sistema 1 é descrito como rápido, automático, associativo, inconsciente, não limitado no que pode fazer ao mesmo tempo, afetado pela emoção, impulsionado por heurísticas e muito mais. O Sistema 2 é o oposto. Parece duvidoso que exista uma divisão tão clara. No extremo oposto, o Sistema 1 é simplesmente automático e o Sistema 2 é controlado. (tradução nossa)²⁰

¹⁶ EYSENCK, Michael W.; KEANE, Mark T. **Manual de psicologia cognitiva**. Tradução de Luís Fernando Marques Dorvillé e Sandra Maria Mallmann da Rosa. 7. ed. Porto Alegre: Artmed, 2017, p. 3.

¹⁷ Para evitar confusões importa dizer que nessa passagem a palavra processo vem no sentido de processo mental.

¹⁸ EYSENCK, Michael W.; KEANE, Mark T. **Manual de psicologia cognitiva**. Tradução de Luís Fernando Marques Dorvillé e Sandra Maria Mallmann da Rosa. 7. ed. Porto Alegre: Artmed, 2017, p. 3.

¹⁹ BARON, Jonathan. Heuristics and biases. *In*: ZAMIR, Elyal; TEICHMAN, Doron (Org.). **The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2014. p. 18.

²⁰ At the most extreme, System 1 is described as fast, automatic, associative, unconscious, not limited in what it can do at once, affected by emotion, driven by heuristics, and more. System 2 is the opposite. It seems doubtful that such a clear division exists. At the opposite extreme, System 1 is simply automatic and System 2 is controlled. (BARON, Jonathan. Heuristics and biases. *In*: ZAMIR, Elyal; TEICHMAN, Doron (Org.). **The**

A teoria ficou mais conhecida popularmente a partir da obra “Rápido e Devagar: duas formas de pensar”, de Kahneman²¹ – psicólogo e vencedor do Prêmio Nobel de Economia de 2002²², que buscou, nos estudos da Psicologia Cognitiva, a compreensão do raciocínio e dos processos decisórios da mente humana.

Apesar das divergências ressaltadas por Baron²³, Kahneman compreendeu as distinções entre os dois sistemas da seguinte forma:

- O Sistema 1 opera automática e rapidamente, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário.
- O Sistema 2 aloca atenção às atividades mentais laboriosas que o requisitam, incluindo cálculos complexos. As operações do Sistema 2 são muitas vezes associadas com a experiência subjetiva de atividade, escolha e concentração.²⁴

De acordo com Costa²⁵, essa distinção foi inspirada em modelo desenvolvido por Stanovich e West²⁶, que identificaram alguns padrões no processo decisório humano, associados a uma menor capacidade cognitiva. Os autores apontaram a ideia de dois sistemas coexistentes na mente humana como uma das causas para a produção de raciocínios pouco pautados na racionalidade, ocasionando frequentes desvios que culminam em decisões equivocadas.

Cada um desses sistemas tem papel indispensável no pensamento humano e desempenha funções distintas e necessárias no processo decisório. O Sistema 2 é caracterizado pelo poder de raciocínio, de análise mais profunda e complexa sobre as questões levadas ao seu campo de atuação. Suas diferentes aplicações são caracterizadas pela necessidade de atenção constante, ocasionando a interrupção de suas operações quando essa atenção é, por algum motivo, desviada²⁷.

Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law. Nova Iorque: Oxford University Press, 2014, p. 18).

²¹ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar.** Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

²² Importante o registro de que, nesse ano, Amos Tversky já havia falecido, e o Nobel não é concedido postumamente.

²³ BARON, Jonathan. Heuristics and biases. In: ZAMIR, Elyal; TEICHMAN, Doron (Org.). **The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law.** Nova Iorque: Oxford University Press, 2014, p. 18.

²⁴ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar.** Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 29.

²⁵ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério:** proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, São Paulo, 2016, p. 60.

²⁶ STANOVICH, Keith E.; WEST, Richard F. Individual differences in reasoning: implications for the rationality debate? **Behavioral and Brain Sciences**, Cambridge: Cambridge University Press, v. 23, n. 5, p. 645-726, 2000, p. 658.

²⁷ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar.** Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 30-31.

É o que ocorre, por exemplo, quando o agente precisa distinguir uma voz específica dentro de ambiente barulhento, quando deve adequar seu comportamento a determinada situação social, quando precisa monitorar sua caminhada em ritmo mais rápido do que o habitual ou quando analisa a validade de argumento lógico revestido de algum nível de complexidade²⁸.

Em todas essas situações, é possível constatar que a complexidade do Sistema 2 exige constante vigilância do agente – e, de acordo com o autor, “a expressão tantas vezes utilizada em inglês, *pay attention*, cabe bem aqui: você dispõe de um orçamento de atenção limitado para alocar às suas atividades e, se tenta ir além desse orçamento, fracassa”²⁹.

O Sistema 1, por sua vez, pode parecer precipitado e, quase sempre, responsável por graves equívocos de pensamento humano. No entanto, sua atuação automática é capaz de produzir padrões de alta complexidade, por meio de associações e compreensões rápidas. Sua manifestação ocorre, por exemplo, quando o agente esboça expressões faciais de aversão ou raiva, quando detecta emoções a partir do tom de voz de determinada pessoa, quando lê um cartaz com letras grandes, ou quando compreende sentenças de baixa complexidade³⁰.

Ademais, a partir dessas distinções travadas entre os dois sistemas, Stanovich e West³¹ afirmam que cada um produz uma resposta diferente para as situações apresentadas. Nesse sentido, destacam:

Não é suficiente simplesmente que ambos os sistemas estejam engajados. Se ambos indicarem a mesma resposta (como em problemas de tarefa de seleção deontica), isso poderia ter o efeito de diluir severamente quaisquer diferenças na capacidade cognitiva. Uma razão pela qual esse resultado é previsto é que se presume que as diferenças individuais nos processos do Sistema 1 (inteligência interacional) têm pouca relação com as diferenças individuais nos processos do Sistema 2 (inteligência analítica). (tradução nossa)³²

²⁸ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 31.

²⁹ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 32.

³⁰ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 29-30.

³¹ STANOVICH, Keith E.; WEST, Richard F. Individual differences in reasoning: implications for the rationality debate? **Behavioral and Brain Sciences**, Cambridge: Cambridge University Press, v. 23, n. 5, p. 645-726, 2000, p. 659.

³² It is not enough simply that both systems are engaged. If both cue the same response (as in deontic selection task problems), then this could have the effect of severely diluting any differences in cognitive ability. One reason that this outcome is predicted is that it is assumed that individual differences in System 1 processes (interactional intelligence) bear little relation to individual differences in System 2 processes (analytic intelligence). (STANOVICH, Keith E.; WEST, Richard F. Individual differences in reasoning: implications for the rationality debate? **Behavioral and Brain Sciences**, Cambridge: Cambridge University Press, v. 23, n. 5, p. 645-726, 2000, p. 659).

Kahneman e Frederick³³ destacam, no entanto, que a compreensão desses dois sistemas não deve sugerir que a atuação de cada um deles é autônoma. Na verdade, os autores utilizam o termo “sistemas” – inicialmente, empregado por Stanovich e West e empregado por Kahneman e Frederick para o desenvolvimento de suas pesquisas –, no sentido de um conjunto de processos cognitivos que podem ser diferenciados a partir de sua velocidade, controlabilidade e do conteúdo com o qual operam.

Diante disso, os autores afirmam que “no modelo de processo duplo particular que assumimos, o sistema 1 propõe rapidamente respostas intuitivas aos problemas de julgamento à medida que surgem, e o sistema 2 monitora a qualidade dessas propostas, que pode endossar, corrigir ou anular”³⁴. A partir disso, concluíram que os julgamentos que acatam a hipótese inicial integralmente ou com poucas alterações são considerados intuitivos.

Assumimos que o sistema 1 e o sistema 2 podem estar ativos simultaneamente, que as operações cognitivas automáticas e controladas competem pelo controle das respostas abertas e que os julgamentos deliberados provavelmente permanecerão ancorados nas impressões iniciais. Também assumimos que a contribuição dos dois sistemas na determinação dos julgamentos declarados depende tanto das características da tarefa quanto das características individuais [...]. (tradução nossa)³⁵

Sendo assim, os estudos descritos por Kahneman³⁶ em sua obra “Rápido e Devagar: duas formas de pensar” partem do pressuposto de que esses dois sistemas não têm atuação excludente – na verdade, estão em constante interação na mente humana e permanecem em atividade enquanto o agente estiver desperto. Dada a automaticidade do Sistema 1, é realizado o envio de sugestões contínuas ao Sistema 2, que se expressam por meio de “impressões, intuições, intenções e sentimentos”.

Kahneman destaca que o Sistema 2, em princípio, ocupa menor espaço, considerada sua

³³ KAHNEMAN, Daniel; FREDERICK, Shane. A model of heuristic judgment. *In*: HOLYOAK, Keith J.; MORRISON, Robert G. **The Cambridge Handbook of Thinking and Reasoning**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 267.

³⁴ KAHNEMAN, Daniel; FREDERICK, Shane. A model of heuristic judgment. *In*: HOLYOAK, Keith J.; MORRISON, Robert G. **The Cambridge Handbook of Thinking and Reasoning**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 267-268. Tradução livre. No original: “in the particular dual-process model we assume, system 1 quickly proposes intuitive answers to judgment problems as they arise, and system 2 monitors the quality of these proposals, which it may endorse, correct, or override”

³⁵ We assume system 1 and system 2 can be active concurrently, that automatic and controlled cognitive operations compete for the control of overt responses, and that deliberate judgments are likely to remain anchored on initial impressions. We also assume that the contribution of the two systems in determining stated judgments depends on both task features and individual characteristics [...]. (KAHNEMAN, Daniel; FREDERICK, Shane. A model of heuristic judgment. *In*: HOLYOAK, Keith J.; MORRISON, Robert G. **The Cambridge Handbook of Thinking and Reasoning**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 268).

³⁶ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 33.

alta complexidade, e recebe as sugestões do Sistema 1 – as quais poderá endossar, transformando-as em ações voluntárias e aceitando-as com pouca ou nenhuma alteração. “Você geralmente acredita em suas impressões e age segundo seus desejos, e tudo bem – normalmente”³⁷.

No entanto, existem circunstâncias nas quais o Sistema 1 não será capaz de encontrar as respostas almejadas – e, nesses casos, deverá recorrer ao Sistema 2, a fim de obter uma solução mais minuciosa e efetiva sobre a questão em análise. Kahneman³⁸ afirma que “o Sistema 2 é ativado quando se detecta um evento que viola o modelo do mundo mantido pelo Sistema 1” – ou seja, quando houver afronta à lógica tradicional, ou forem necessárias decisões de alta complexidade, deve-se analisar a questão com maior atenção e cautela, mediante a fiscalização ou adequação dos processos mentais. O Sistema 2, portanto, costuma exercer a tarefa de autocontrole, freando alguns impulsos típicos do Sistema 1³⁹.

Nesse contexto, Kahneman⁴⁰ ressalta que:

A divisão de trabalho entre o Sistema 1 e o Sistema 2 é altamente eficiente: isso minimiza o esforço e otimiza o desempenho. O arranjo funciona bem na maior parte do tempo porque o Sistema 1 geralmente é muito bom no que faz: seus modelos de situações familiares são precisos, suas previsões de curto prazo são em geral igualmente precisas e suas reações iniciais a desafios são rápidas e normalmente apropriadas.

Essas previsões intuitivas e imediatas do Sistema 1, no entanto, podem levar a mente humana a ilusões visuais ou cognitivas – como quando o indivíduo não consegue identificar duas imagens com dimensões iguais, em razão de outros elementos visuais que levam o cérebro a interpretá-las com tamanhos diferentes, ou quando o indivíduo cria simpatia imediata por uma pessoa que conte história comovente, levando-o a partilhar de seus sentimentos, o que pode interferir no seu julgamento sobre essa pessoa e rendê-lo ao “charme psicopático”⁴¹.

Nessas hipóteses, os erros a que o Sistema 1 é capaz de induzir a mente humana são bastante imprevisíveis, tornando complexa ao Sistema 2, a tarefa de enviar alertas que

³⁷ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 34.

³⁸ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 34.

³⁹ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 36.

⁴⁰ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 34.

⁴¹ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 37-39.

suspeitem dessas ilusões. Sendo assim, Kahneman⁴² afirma que é inviável manter-se em alerta constante para a identificação desses padrões e ressalta que:

Questionar constantemente nosso próprio pensamento seria impossivelmente tedioso, e o Sistema 2 é vagaroso e ineficiente demais para servir como um substituto para o Sistema 1 na tomada de decisões rotineiras. O melhor que podemos fazer é um acordo: aprender a reconhecer situações em que os enganos são prováveis e se esforçar mais para evitar enganos significativos quando há muita coisa em jogo.⁴³

Mlodinow, físico e estudioso da neurociência, também desenvolveu estudos para descrever o processo decisório, nos quais demonstrou a atuação conjunta do consciente e do inconsciente sobre a atividade mental. O autor afirma que as experiências, julgamentos e ações humanas são influenciadas por fatores sobre os quais os indivíduos não têm consciência. A partir disso, conclui que a mente inconsciente está em atividade constante e independente, declarando que “essa mente pode estar oculta, mas seus efeitos são muito visíveis, pois têm um papel crítico na formação da maneira como nossa mente consciente vivencia e responde ao mundo”⁴⁴.

A atividade do Sistema 2 exige, portanto, grandes níveis de autocontrole e esforço cognitivo, a fim de monitorar as informações superficiais e inconscientes pertinentes ao Sistema 1 e, se necessário, ocasionar a supressão ou modificação de condutas e pensamentos inconsistentes. Muitas vezes, no entanto, o Sistema 2 atua de forma “preguiçosa”, endossando respostas intuitivas que poderia descartar com pouco esforço cognitivo⁴⁵.

O excesso de confiança nas próprias intuições pode afastar a atuação do Sistema 2, levando o indivíduo a conclusões falsas que poderiam ser facilmente evitadas. Além disso, é comum que, ao considerarem uma conclusão verdadeira, as pessoas também fiquem “[...] muito propensas a acreditar nos argumentos que parecem sustentá-la, mesmo que esses argumentos não sejam confiáveis. Se o Sistema 1 está envolvido, a conclusão vem primeiro e os argumentos se seguem”⁴⁶.

O Sistema 2, no processo de tomada de decisões, dirige sua atenção à elaboração ou

⁴² KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 38-39.

⁴³ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 39.

⁴⁴ MLODINOW, Leonard. **Subliminar**: como o inconsciente influencia nossas vidas. Tradução de Claudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 38.

⁴⁵ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 59-60.

⁴⁶ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 60.

resposta de questionamentos, buscando na mente humana as soluções adequadas para questões específicas. O Sistema 1, por sua vez, permanece em constante avaliação das situações que envolvem a vida humana, dentro ou fora da mente, com pouco ou nenhum esforço cognitivo e sem objetivos específicos. Esse julgamento intuitivo, formado a partir de avaliações básicas, ocupa a posição de questões mais complexas, gerando heurísticas e vieses⁴⁷ capazes de comprometer o julgamento dos indivíduos⁴⁸.

A partir da análise dos vieses cognitivos e da interação entre o Sistema 1 e o Sistema 2, pode-se concluir que todas as pessoas se sujeitam a vícios de interpretação e julgamento, seja por manter o Sistema 2 ocioso e não demandar seu raciocínio lógico e racional, seja pelo desconhecimento ou negligência em relação às heurísticas e vieses que envolvem os processos decisórios. Isso pode refletir em pequenos atos diários, com pouca relevância social, mas também pode produzir impactos altamente relevantes, especialmente, quando essa decisão é produzida por autoridades judiciais, que detêm a palavra final sobre matérias levadas a sua apreciação e são responsáveis por atos de poder que impactam diretamente a vida dos cidadãos.

2.2 A lei dos pequenos números

Os primeiros estudos publicados conjuntamente por Tversky e Kahneman tentavam testar a hipótese de que, mesmo as pessoas que não tivessem nenhum conhecimento sobre o assunto poderiam desenvolver análises estatísticas de forma intuitiva – e os autores passaram a se questionar qual seria a diferença entre o pensamento dos leigos e dos especialistas na área estatística. À época, ainda não haviam sido desenvolvidos, os estudos sobre os dois sistemas cognitivos, mas os pesquisadores foram capazes de desenvolver testes iniciais voltados à compreensão dos julgamentos produzidos pela mente humana.

Kahneman iniciou essa pesquisa após perceber que muitos estudos realizados por especialistas apresentavam resultados viciados pelos métodos de pesquisa ou pela adoção de amostragem insuficiente – o que poderia conduzir a pesquisa para conclusões deficientes. A partir disso, entendeu que até mesmo especialistas na área de estatística sujeitavam-se a processos mentais capazes de afetar seu julgamento, assim como um leigo faria⁴⁹.

⁴⁷ Mais adiante no capítulo explicar-se-á detalhadamente o que são heurísticas e vieses cognitivos.

⁴⁸ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 116.

⁴⁹ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 143-144.

No artigo que trata da lei dos pequenos números, Tversky e Kahneman⁵⁰ demonstraram que as pessoas têm noções equivocadas a respeito das leis do acaso, por acreditarem que uma pequena amostragem de indivíduos, selecionados aleatoriamente, representariam de forma satisfatória toda a população, abarcando todas as suas características essenciais. Esse entendimento está voltado às tendências de confiar, em vez de duvidar de um dado estatístico – e pode produzir grandes falhas em pesquisas estatísticas.

Para o desenvolvimento desse estudo, os autores construíram uma tese baseada em uma série de fatos: de que as pessoas costumam ter fortes intuições sobre amostragens aleatórias, de que essas intuições são equivocadas em diversos aspectos, de que são compartilhadas tanto por pessoas ingênuas, quanto por cientistas treinados, e de que são responsáveis por consequências infelizes no curso da investigação científica⁵¹.

Esses fatos foram comprovados por alguns experimentos apresentados pelos autores, que constataram a alta confiança que as pessoas depositam sobre as leis do acaso, e expectativas que depositam sobre as amostragens adotadas para a obtenção de dados estatísticos – as quais, geralmente, não correspondem à realidade, ao menos no que diz respeito aos pequenos números.

Nesse contexto, Tversky e Kahneman afirmam:

A lei dos grandes números garante que amostras muito grandes serão de fato altamente representativas da população da qual foram retiradas. Se, além disso, uma tendência autocorretiva está em ação, então pequenas amostras também devem ser altamente representativas e semelhantes umas às outras. As intuições das pessoas sobre a amostragem aleatória parecem satisfazer a lei dos pequenos números, que afirma que a lei dos grandes números também se aplica a pequenos números. (tradução nossa)⁵²

Isso demonstra que a confiabilidade nos estudos baseados em grandes amostragens deve ser diferente dos pequenos grupos – que, em geral, não têm condições de fornecer dados suficientes sobre a população global pesquisada. Na realidade, o desenvolvimento de padrões a partir de pequenos números conduz o pesquisador a um excesso de confiança sobre a validade de suas conclusões, embora devesse fazer alguns questionamentos relevantes a esse respeito⁵³.

⁵⁰ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Belief in the law of small numbers. **Psychological Bulletin**, [s.l.], v. 76, n. 2, p. 105-110, 1971, p. 106.

⁵¹ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Belief in the law of small numbers. **Psychological Bulletin**, [s.l.], v. 76, n. 2, p. 105-110, 1971, p. 106.

⁵² The law of large numbers guarantees that very large samples will indeed be highly representative of the population from which they are drawn. If, in addition, a self-corrective tendency is at work, then small samples should also be highly representative and similar to one another. People's intuitions about random sampling appear to satisfy the law of small numbers, which asserts that the law of large numbers applies to small numbers as well. (TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Belief in the law of small numbers. **Psychological Bulletin**, [s.l.], v. 76, n. 2, p. 105-110, 1971, p. 106).

⁵³ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Belief in the law of small numbers. **Psychological Bulletin**, [s.l.], v. 76, n. 2, p. 105-110, 1971, p. 106.

Em sua obra “Rápido e Devagar”, Kahneman⁵⁴ demonstra esse fenômeno a partir de um questionamento simples: ao ouvir a frase “em uma pesquisa por telefone com trezentas pessoas da terceira idade, 60% apoiam o presidente”, a conclusão do interlocutor muito provavelmente seria a de que os idosos apoiam o presidente. As informações sobre a forma de obtenção ou sobre a amostragem da pesquisa têm pouca relevância para essas pessoas, que, provavelmente, chegariam à mesma conclusão, ainda que o número de entrevistados fosse diferente.

É importante que se tenha em mente, no entanto, que a notícia carrega consigo a sua fonte, e a confiabilidade em suas informações é tão importante quanto a própria informação, embora, muitas vezes, não lhe seja dado o devido crédito. Ou seja, exceto quando a procedência da informação é notoriamente questionável, a informação tende a ser recebida pela mente humana indistintamente, tenha sido fornecida por fonte jornalística confiável ou pelo comentário de um colega de trabalho⁵⁵.

A captação dessas informações é feita pelo Sistema 1, e a ausência de discernimento sobre o grau de confiabilidade de sua fonte ocorre em razão do princípio do WYSIATI, que sugere que “what you see is all there is” – ou seja, o que você enxerga é tudo o que existe. Isso ocorre porque o funcionamento do Sistema 1 “suprime a ambiguidade e espontaneamente constrói histórias que são tão coerentes quanto possível”⁵⁶ – indicando que, se o conteúdo não for rejeitado imediatamente (como no caso de fonte notavelmente questionável), a informação é admitida como verdadeira.

A partir disso, o Sistema 2 tem plenas condições de duvidar da validade da informação – no entanto, não costuma fazê-lo, por ser mais fácil acatar uma mensagem como verdadeira do que sustentar a sua dúvida. Nesse cenário, Kahneman⁵⁷ descreve que “a lei dos pequenos números é a manifestação de um viés geral que favorece a certeza sobre a dúvida [...]”, levando os indivíduos a conferirem grande credibilidade a situações que nem sempre fazem jus a essa condição. Ao se deparar com informações minimamente confiáveis, o Sistema 1 produz uma imagem mais consistente do que essas talvez tenham na realidade, originando uma série de conclusões precipitadas a seu respeito.

A mente humana não está acostumada, por exemplo, a aceitar eventos aleatórios, e tenta

⁵⁴ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 145.

⁵⁵ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 145.

⁵⁶ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 145.

⁵⁷ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 146.

encontrar padrões para justificá-los. No entanto, é certo que esses eventos existem – por exemplo, quando se busca enumerar a probabilidade de repetição de uma sequência de nascimento de bebês do sexo masculino ou feminino dentro de uma maternidade, nota-se que não há qualquer padrão – embora a mente humana tente encontrá-lo a qualquer custo –, sendo qualquer sequência igualmente provável de acontecer, por se tratar de evento absolutamente aleatório⁵⁸.

As pessoas têm dificuldade de aceitar a aleatoriedade dos eventos, buscando constantemente sistematizá-los e elaborar teorias a seu respeito. Esse fenômeno é responsável pela falácia do jogador, caracterizada pela constante desconfiança sobre as leis do acaso. Por exemplo, quando uma pessoa é instruída a lançar uma moeda várias vezes, tenta buscar uma sequência lógica de cara ou coroa – no entanto, o experimento pode produzir dados muito distantes do que a lei do acaso realmente prevê⁵⁹.

A partir disso, Tversky e Kahneman demonstraram que:

Os sujeitos agem como se cada segmento da sequência aleatória devesse refletir a proporção verdadeira: se a sequência se desviou da proporção da população, um viés corretivo na outra direção é esperado. Isso tem sido chamado de falácia do jogador. O cerne da falácia do jogador é uma concepção errada da justiça das leis do acaso. O jogador sente que a justiça da moeda lhe dá o direito de esperar que qualquer desvio em uma direção logo será cancelado por um desvio correspondente na outra. Mesmo a mais bela das moedas, no entanto, dadas as limitações de sua memória e senso moral, não pode ser tão justa quanto o jogador espera que seja. (tradução nossa)⁶⁰

A compreensão sobre a lei dos pequenos números avançou significativamente, desde a publicação do primeiro estudo sobre o tema, e, atualmente, pode-se entender que esse fenômeno advém de dois grandes fatos: de que as pessoas tendem a desconsiderar a confiabilidade da informação, confiando nesta a partir de uma imagem muito mais coerente do que a realidade poderia mostrar; e de que as estatísticas, muitas vezes, não demandam explicações sobre a ocorrência de determinados eventos, que podem ser completamente aleatórios, não se

⁵⁸ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 146-147.

⁵⁹ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Belief in the law of small numbers. **Psychological Bulletin**, [s.l.], v. 76, n. 2, p. 105-110, 1971, p. 105-106.

⁶⁰ Subjects act as if every segment of the random sequence must reflect the true proportion: if the sequence has strayed from the population proportion, a corrective bias in the other direction is expected. This has been called the gambler's fallacy.

The heart of the gambler's fallacy is a misconception of the fairness of the laws of chance. The gambler feels that the fairness of the coin entitles him to expect that any deviation in one direction will soon be cancelled by a corresponding deviation in the other. Even the fairest of coins, however, given the limitations of its memory and moral sense, cannot be as fair as the gambler expects it to be. (TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Belief in the law of small numbers. **Psychological Bulletin**, [s.l.], v. 76, n. 2, p. 105-110, 1971, p. 106).

submetendo a análises sistemáticas⁶¹.

Pode-se concluir, com isso, que a mente humana tenta constantemente se convencer de que eventos ocorridos com certa frequência revelam uma estatística, mesmo que os seus dados e amostragens sejam insuficientes ou que suas fontes sejam questionáveis. Essa crença pode levar o raciocínio humano a consequências desastrosas – até mesmo no que diz respeito aos especialistas da área estatística, que se submetem aos mesmos mecanismos questionáveis de uma mente leiga.

O funcionamento conjunto dos dois sistemas cognitivos pode produzir resultados impressionantes para o raciocínio humano, mas também pode condicioná-lo a grandes equívocos, criados de forma automática pelo Sistema 1 e confirmados por ignorância ou preguiça do Sistema 2. Por isso, é importante a divulgação do conhecimento sobre a sistemática da mente humana, a fim de que raciocínios enviesados sejam identificados e afastados, evitando-se a concretização de seus efeitos. O treinamento e a conscientização dos atores processuais sobre essa matéria pode servir para corrigir erros sistêmicos que a legislação seria incapaz de prever.

Fixados os entendimentos teóricos anteriores sobre o Sistema 1 e o Sistema 2, é possível identificar uma série de heurísticas e vieses cognitivos que influenciam julgamentos e interferem profundamente nos processos decisórios, desde os mais simples, como a identificação de pessoas com que os indivíduos têm simpatia ou antipatia, aos mais complexos, como a decisão de um juiz sobre a dosimetria da pena de um réu (ou valoração do valor de indenização por danos morais no âmbito cível), evidenciando a existência do problema da influência de fatores externos no momento da tomada de decisão no âmbito jurídico⁶².

O claro entendimento acerca do que sejam as heurísticas e vieses cognitivos e suas implicações para o Direito é de especial importância para o presente estudo, sendo mais bem delineado a seguir.

2.3 Heurísticas e vieses cognitivos

Para a Psicologia Cognitiva, heurísticas são “regras práticas que são pouco exigentes no

⁶¹ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 150-151.

⁶² NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**. Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 46.

âmbito cognitivo e que com frequência produzem respostas aproximadamente acuradas”⁶³. De acordo com Tversky e Kahneman, “o termo heurística de julgamento se refere a uma estratégia – deliberada ou não – que depende de uma avaliação natural para produzir uma estimativa ou previsão”⁶⁴.

O uso desses artifícios, portanto, é capaz de levar o indivíduo a decisões mais rápidas e menos custosas aos seus esforços cognitivos – no entanto, o fará desconsiderando aspectos relevantes da informação, que mereceriam a devida consideração, especialmente, na tomada de decisões complexas⁶⁵.

Sendo assim, a heurística, de acordo com Fariña, Arce e Novo, é a estratégia oposta à algorítmica, considerando que "enquanto uma estratégia algorítmica embaralha todas as possibilidades do espaço do problema, a heurística foca apenas naquelas que, naquele momento, são entendidas como as mais relevantes" (tradução nossa)⁶⁶.

Os autores exemplificam essa afirmativa a partir de um jogador de xadrez – que, ao analisar sistematicamente todos os movimentos possíveis, utiliza estratégia algorítmica, ao passo que, analisando exclusivamente as peças situadas no centro do tabuleiro, estará utilizando estratégia heurística, que, embora ofereça solução mais rápida à questão, acaba sujeitando-o a maiores riscos e vieses e, possivelmente, a erros⁶⁷.

Nesse sentido, Baron afirma que:

Uma heurística se distingue de um algoritmo, uma regra com condições muito claras para sua aplicação, como o método que aprendemos na escola para reagrupamento (empréstimo) em subtração ou o método para divisão longa. Algoritmos sempre fazem o que deveriam fazer. Em contraste, uma heurística é uma regra sem condições muito claras e nem sempre faz algo útil. Às vezes, pode sugerir outra coisa, que posteriormente pode levar a uma solução. (tradução nossa)⁶⁸

⁶³ EYSENCK, Michael W.; KEANE, Mark T. **Manual de psicologia cognitiva**. Tradução de Luís Fernando Marques Dorvillé e Sandra Maria Mallmann da Rosa. 7. ed. Porto Alegre: Artmed, 2017, p. 722.

⁶⁴ The term judgmental heuristic refers to a strategy – whether deliberate or not – that relies on a natural assessment to produce an estimation or a prediction. (TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Extensional Versus Intuitive Reasoning: The Conjunction Fallacy in Probability Judgment. **Psychological Review**, Cambridge, v. 90, n. 4, p. 293-315, out. 1983, p. 294).

⁶⁵ EYSENCK, Michael W.; KEANE, Mark T. **Manual de psicologia cognitiva**. Tradução de Luís Fernando Marques Dorvillé e Sandra Maria Mallmann da Rosa. 7. ed. Porto Alegre: Artmed, 2017, p. 549.

⁶⁶ Mientras una estrategia algorítmica baraja todas las posibilidades del espacio problema, el heurístico se centra únicamente en las que, en ese momento, se entienden como las más relevantes. (FARIÑA, Francisca; ARCE, Ramón; NOVO, Mercedes. Heurístico de anclaje en las decisiones judiciales. **Psicothema**, Oviedo, v. 14, n. 1, p. 39-46, 2002, p. 39).

⁶⁷ FARIÑA, Francisca; ARCE, Ramón; NOVO, Mercedes. Heurístico de anclaje en las decisiones judiciales. **Psicothema**, Oviedo, v. 14, n. 1, p. 39-46, 2002, p. 39-40.

⁶⁸ A heuristic is distinguished from an algorithm, a rule with very clear conditions for its application, such as the method we learn in school for regrouping (borrowing) in subtraction, or the method for long division. Algorithms always do what they are supposed to do. By contrast, a heuristic is a rule without very clear conditions, and it does not always do anything useful. Sometimes it can suggest something else, which can subsequently lead to a solution. (BARON, Jonathan. Heuristics and biases. *In*: ZAMIR, Elyal; TEICHMAN, Doron (Org.). **The**

A partir disso, pode-se compreender que as heurísticas “são procedimentos de simplificação mental”⁶⁹, utilizados pela mente humana de forma intuitiva no processo decisório, o que pode acarretar em sua condução de forma correta ou incorreta, uma vez que parte de premissas sem garantias de segurança lógica.

Nesse contexto, pode-se afirmar que produzem:

“Atalhos cognitivos” [cognitive shortcuts] ou “regras de ouro” [rules of thumb], a partir das quais as pessoas realizam julgamentos simplificados sem que tenham de tomar em consideração todas as informações relevantes e contando apenas com um conjunto limitado de pistas. É relevante sublinhar que as heurísticas surgem porque temos recursos cognitivos e motivacionais limitados, razão pela qual precisamos usá-los de forma eficiente e rápida para logarmos decisões cotidianas. Porém, embora elas geralmente contribuam para a nossa vida diária, às vezes as heurísticas resultam em desvios sistemáticos e previsíveis, que levam a decisões sub-ótimas⁷⁰.

Esses atalhos são especialmente problemáticos quando aplicados ao raciocínio desenvolvido por magistrados no curso de um processo judicial. Afinal, se a mente humana é incapaz de produzir raciocínios estritamente racionais, o sistema juridicamente construído para garantir a imparcialidade judicial e o efetivo exercício do contraditório pode se mostrar insuficiente para a produção de decisões judiciais efetivamente corretas.

A partir disso, pode-se perceber que o Direito, por si só, não é capaz de encontrar todas as soluções para os problemas juridicamente relevantes – que também são objeto de interesse de outras áreas do conhecimento. Sendo assim, em algumas circunstâncias, precisará recorrer ao conhecimento construído por outros campos científicos, em busca de instrumentos eficientes para o preenchimento de lacunas deixadas pelo alcance do campo jurídico.

A interdisciplinaridade, nesses casos, não deveria ser tratada como uma simples escolha acadêmica, mas como um objetivo na processualidade democrática – afinal, o conhecimento dos atores processuais sobre a formação do raciocínio na mente humana e sobre a influência que as heurísticas exercem sobre a mente é essencial para o bom desempenho da atividade jurisdicional e, por consectário lógico, para a legitimação democrática do Estado de Direito

Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law. Nova Iorque: Oxford University Press, 2014, p. 10).

⁶⁹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, São Paulo, 2016, p. 44.

⁷⁰ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, São Paulo, 2016, p. 44.

perseguido pelo processo constitucional⁷¹ (ou modelo constitucional de processo).

Isso deve ser levado em consideração por todos os envolvidos no processo – entendido como espaço procedimental compartilhado e argumentativo –, indubitavelmente, no momento da valoração das narrativas fáticas e respectivas provas apresentadas. Em razão disso, a análise probatória deverá ser feita de forma responsável e consciente, vez que não é crível permitir que o magistrado sozinho se apoie em sua própria (ir)racionalidade, sendo importante a ampliação do conhecimento e atenção para questões extrajurídicas que podem auxiliar todos os atores processuais na construção do ato decisório.

Diante disso, destaca-se que as heurísticas podem se apresentar sob diferentes perspectivas, contemplando diversas circunstâncias capazes de fornecer atalhos à mente humana e de direcionar suas decisões de maneira sub-ótimas, em discrepância ao modelo racional de tomada de decisão na perspectiva democrática, pautado pela cooperação entre as partes. Por isso, é tão relevante seu estudo, a fim de que seja possível reconhecer essas simplificações mentais e direcioná-las a questionamentos e respostas mais apuradas e complexas, zelando pelo princípio da imparcialidade, bem como o contraditório em acepção dinâmica (garantia de influência e não surpresa) na fase de valoração das provas.

O presente trabalho pretende demonstrar como as simplificações mentais comprometem a imparcialidade do decisor. Assim, para facilitar a compreensão do tema, é importante abordar a noção de heurística de maneira pormenorizada, a partir de alguns trabalhos realizados e divulgados por pesquisadores afins, com destaque para aqueles que realizaram experimentos empíricos no campo jurisdicional. Optou-se por tratar das três heurísticas que são comumente acessadas em cenários de incerteza, sendo a heurística da representatividade, da disponibilidade e da ancoragem.

2.3.1 Heurística da representatividade

A heurística da representatividade leva a mente humana a separar objetos e indivíduos como representativos de determinadas categorias, e foi uma das primeiras a serem identificadas e estudadas pelos especialistas. De acordo com Tversky e Kahneman⁷², a representatividade se baseia na existência de algum grau de correspondência entre um modelo – a exemplo de uma

⁷¹ Sobre a teoria constitucionalista do processo, ver BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Elementos de teoria do processo constitucional. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, Cap. 2, p. 83-144.

⁷² TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Extensional Versus Intuitive Reasoning: The Conjunction Fallacy in Probability Judgment. **Psychological Review**, Cambridge, v. 90, n. 4, p. 293-315, out. 1983, p. 295-296.

pessoa, uma moeda ou a economia mundial – e um resultado – como o estado civil, uma sequência de “cara e coroa” ou o preço atual do ouro.

Um dos testes elaborados por Kahneman⁷³ para a identificação da heurística de representatividade diz respeito à “especialidade de Tom W”, a partir do qual, os participantes do estudo deveriam classificar a ordem de probabilidade do personagem fictício Tom W ser estudante de alguma das áreas do conhecimento sugeridas, incluindo administração, ciência da computação, engenharia, humanidades e educação, direito, medicina, biblioteconomia, ciências físicas e biológicas, ciência social e assistência social.

A princípio, não lhes seria oferecida informação alguma sobre o personagem, e, posteriormente, seriam fornecidas algumas características a seu respeito, como o fato de ter “necessidade de ordem e clareza e de sistemas claros e ordenados”, de produzir “alguns trocadilhos batidos e lampejos de imaginação do tipo ficção científica”, e de “apresentar pouca compreensão e pouca simpatia pelas outras pessoas”⁷⁴.

No primeiro caso, em que nada se sabe sobre Tom W, é possível que seja feita uma associação de probabilidade com o número aproximado de matriculados em cada uma das áreas do conhecimento, pensando-se na taxa-base⁷⁵ de cada um dos cursos – ou seja, considerando-se a quantidade de alunos de determinado curso em relação ao número total de estudantes da universidade, seria plausível a elaboração de análise probabilística, na qual Tom W teria maiores chances de frequentar cursos com mais alunos e menores chances de cursar áreas com menos estudantes matriculados⁷⁶.

Sendo assim, foi possível afirmar, com fundamento nessas taxas-base, que Tom W tem maior probabilidade de estar matriculado, por exemplo, no curso de humanidades e educação do que no de biblioteconomia, uma vez que o número de alunos cadastrados em uma dessas áreas é muito superior ao da outra. Nesse contexto, pode-se concluir que “usar informação de taxa-base é a atitude óbvia quando nenhuma outra informação está sendo fornecida”⁷⁷.

Na segunda hipótese, em que são fornecidas várias informações sobre Tom W, é possível traçar alguns estereótipos sobre sua carreira profissional – podendo-se inferir, por exemplo, que o personagem teria alta probabilidade de cursar ciência da computação ou

⁷³ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 187.

⁷⁴ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 187.

⁷⁵ A expressão “taxa-base” está sendo utilizada no sentido de informação estatística.

⁷⁶ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 186-187.

⁷⁷ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, 187.

engenharia, considerando-se seu interesse por ficção científica e por sistemas ordenados; mas teria poucas chances de frequentar o curso de ciência social e assistência social, uma vez que não aprecia a interação interpessoal⁷⁸.

Nesse caso, não costuma haver a utilização da taxa-base, já que “a similaridade de um indivíduo com o estereótipo de um grupo não é afetada pelo tamanho do grupo”⁷⁹ – e, pelas descrições de Tom W, a maior probabilidade é que esteja associado aos padrões de alunos dos cursos menos frequentados, contrariando as estatísticas relacionadas à taxa-base. Para que esse raciocínio seja desempenhado corretamente, são necessárias a disciplina e precisão do Sistema 2, no entanto, as características descritas a respeito do personagem fomentam sua associação automática com estereótipos, ativando, com isso, o Sistema 1⁸⁰.

Kahneman⁸¹ descreve, ainda, a aplicação de um terceiro teste, no qual foram oferecidos dados sobre as taxas-base de cada curso ofertado pela faculdade, e foi informada a baixa confiabilidade na fonte responsável pela descrição de Tom W. Os resultados demonstraram que até mesmo estudantes e profissionais familiarizados com a análise probabilística ignorariam as questões relacionadas à taxa-base e elaborariam julgamentos baseados no estereótipo profissional.

Ao aplicar o teste para um profissional renomado da área estatística – que também elaborou respostas que desconsideravam as taxas-base e se aproximavam das descrições fornecidas a respeito de Tom W, mesmo sabendo que provinham de fontes questionáveis –, Kahneman⁸² concluiu que:

Embora soubesse tanto quanto qualquer um sobre o papel das taxas-base em previsões, ele as negligenciou quando apresentado à descrição da personalidade de um indivíduo. Como esperado, ele substituiu a probabilidade que lhe foi pedida para avaliar por um julgamento de representatividade.

Nesse caso, o questionamento, que deveria ser sobre probabilidade, foi substituído por outro valor: a “similaridade com o estereótipo”⁸³. Essa alteração é capaz de gerar conclusões

⁷⁸ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 187-189.

⁷⁹ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 189.

⁸⁰ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 188-189.

⁸¹ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 189.

⁸² KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 190.

⁸³ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 190.

problemáticas ao processo decisório, uma vez que a lógica que reveste os julgamentos de probabilidade é diferente da que rege os julgamentos de similaridade – já que é inadmissível à análise probabilística ignorar os dados de taxa-base e de confiabilidade das evidências, ao passo que, na análise de similaridade, é possível a desconsideração desses fatores.

No caso de Tom W, portanto, as informações concedidas a seu respeito levaram os participantes do teste a conclusões absolutamente opostas aos índices de taxa-base, ainda que lhes tenham sido informados esses dados numéricos e que tenham sido alertados sobre a baixa confiabilidade das descrições do personagem. A heurística da representatividade levou até mesmo estudantes e profissionais da área estatística a respostas opostas às esperadas, que deveriam levar em consideração a análise probabilística, e não os estereótipos profissionais aos quais o personagem poderia se enquadrar.

A esse respeito, Kahneman⁸⁴ afirma que:

Uma pergunta sobre probabilidade ativa um bacamarte mental, evocando respostas para perguntas mais fáceis. Uma das respostas fáceis é uma avaliação automática da representatividade — rotineira na compreensão da linguagem. [...] A heurística da representatividade está envolvida quando alguém diz “Ela vai ganhar a eleição; você pode perceber que é uma vencedora” ou “Ele não irá longe como acadêmico; tem tatuagens demais”. Nós nos apoiamos na representatividade quando julgamos a potencial liderança de um candidato ao governo pelo formato de seu queixo ou pela veemência de seus discursos.

As conclusões produzidas a partir da representatividade nem sempre são negativas, e podem gerar impressões intuitivas corretas, mas há hipóteses em que a heurística poderá conduzir a mente humana a erros graves, especialmente, se for o único critério de julgamento, levando o agente a desconsiderar índices importantes relacionados à taxa-base. “Mesmo quando a heurística tem alguma validade, a confiança exclusiva nela está associada a graves pecados contra a lógica estatística”⁸⁵.

As heurísticas, por conduzirem a mente humana a respostas rápidas, intuitivas e pouco técnicas, também podem ser responsáveis pela formação de vieses cognitivos, que consistem na “tendência sistemática de violação de alguma forma de racionalidade teoricamente predominante, sendo limitativos da tomada de decisões racionais”⁸⁶.

⁸⁴ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 191-192.

⁸⁵ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 193.

⁸⁶ PEREIRA, Renan de Salles Poliano. **A valoração da prova**: análise transdisciplinar sobre a construção da verdade no processo penal. 2017. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2017, p. 59.

De acordo com Kahneman⁸⁷, “erros sistemáticos são conhecidos como vieses, e se repetem de forma previsível em circunstâncias particulares” – e costumam, ainda, ser produzidos pelo Sistema 1, sendo, muitas vezes, sustentados pelo Sistema 2⁸⁸. Nesse sentido, Moraes e Tabak⁸⁹ destacam que “heurística é um atalho do pensamento, uma receita de bolso, e perde precisão, mas agiliza o processo. Vieses são distorções sistemáticas nas avaliações”.

Dessa forma, uma heurística pode corresponder a vários vieses, por dar abertura a diferentes erros sistemáticos que podem ser cometidos com alguma frequência pela mente humana. Tversky e Kahneman⁹⁰ destacaram alguns desses vieses que podem decorrer da heurística da representatividade, importando mencioná-los na sequência para melhor fixação do que se pretende demonstrar, com a ressalva de que o tema será melhor explorado quando se tratar especificamente dos vieses de cognição que vêm sendo observados na atividade jurisdicional.

O viés da insensibilidade à probabilidade a priori de resultados aponta que a frequência de taxa-base dos eventos não deveria impactar a representatividade de um evento, mas tem grande relevância na análise de sua probabilidade⁹¹. No caso de Tom W já citado, as suas características o aproximam ao estereótipo de estudantes de ciência da computação – o que não muda de acordo com as frequências de taxa-base desse curso. No entanto, a taxa-base tem grande relevância quando se questiona, não a representatividade de Tom W pertencer a determinado curso, mas a probabilidade de isso ocorrer.

É em razão desse viés, por exemplo, que os julgamentos tendem a se aproximar mais da realidade estatística quando não são fornecidos quaisquer dados a respeito de Tom W, ao passo que o fornecimento desses dados produz um raciocínio enviesado e equivocado, a partir do qual, os indivíduos se afastam da probabilidade e se aproximam da representatividade – desconsiderando as taxas-base ou a probabilidade a priori de resultados.

Nesse sentido, os autores ressaltam:

Evidentemente, as pessoas reagem de maneira diferente quando não têm evidências e

⁸⁷ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 10.

⁸⁸ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 34-39.

⁸⁹ MORAES, José Diniz; TABAK, Benjamin Miranda. As heurísticas e vieses da decisão judicial: análise econômico-comportamental do direito. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 618-653, maio/ago. 2018, p. 622.

⁹⁰ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science**, [s.l.], v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974, p. 1124.

⁹¹ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science**, [s.l.], v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974, p. 1124.

quando recebem evidências inúteis. Quando nenhuma evidência específica é fornecida, as probabilidades anteriores são devidamente utilizadas; quando evidências inúteis são fornecidas, as probabilidades anteriores são ignoradas. (tradução nossa)⁹²

A heurística da representatividade também é afetada pelo viés da insensibilidade ao tamanho da amostragem, uma vez que, para avaliar a probabilidade do resultado obtido a partir de uma amostragem sobre determinada população, os indivíduos geralmente se apegam a elementos ligados à representatividade⁹³.

A título de exemplo, para estimar a altura média de um grupo aleatório de dez homens, os indivíduos costumam adotar como parâmetro a altura média da população masculina – e utilizam esse mesmo parâmetro para amostragens de cem ou mil homens. Em todos os casos, quando eivados pela heurística da representatividade, os indivíduos demonstram insensibilidade ao tamanho amostral, produzindo resultados estatísticos equivocados⁹⁴.

Efeito semelhante pode ser observado nos casos em que se avalia a chamada probabilidade a posteriori, ou seja, nas situações em que a probabilidade de uma amostra é extraída de uma população, e não de outra. Tversky e Kahneman demonstram essa alegação a partir do seguinte exemplo:

Imagine uma urna cheia de bolas, das quais 2/3 são de uma cor e 1/3 de outra. Um indivíduo tirou 5 bolas da urna e descobriu que 4 eram vermelhas e 1 era branca. Outro indivíduo tirou 20 bolas e descobriu que 12 eram vermelhas e 8 eram brancas. Qual dos dois indivíduos deve se sentir mais confiante de que a urna contém 2/3 bolas vermelhas e 95 bolas brancas, ao invés do oposto? Quais chances cada indivíduo deve oferecer?

Neste problema, as probabilidades posteriores corretas são 8 para 1 para a amostra 4: 1 e 16 para 1 para a amostra 12: 8, assumindo probabilidades anteriores iguais. No entanto, a maioria das pessoas sente que a primeira amostra fornece evidências muito mais fortes para a hipótese de que a urna é predominantemente vermelha, porque a proporção de bolas vermelhas é maior na primeira do que na a segunda amostra. (tradução nossa)⁹⁵

⁹² Evidently, people respond differently when given no evidence and when given worthless evidence. When no specific evidence is given, prior probabilities are properly utilized; when worthless evidence is given, prior probabilities are ignored. (TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science*, [s.l.], v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974, p. 1125).

⁹³ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science*, [s.l.], v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974, p. 1125.

⁹⁴ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science*, [s.l.], v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974, p. 1125.

⁹⁵ Imagine an urn filled with balls, of which 2/3 are of one color and 1/3 of another. One individual has drawn 5 balls from the urn, and found that 4 were red and 1 was white. Another individual has drawn 20 balls and found that 12 were red and 8 were white. Which of the two individuals should feel more confident that the urn contains 2/3 red balls and 95 white balls, rather than the opposite? What odds should each individual give?

In this problem, the correct posterior odds are 8 to 1 for the 4: 1 sample and 16 to 1 for the 12: 8 sample, assuming equal prior probabilities. However, most people feel that the first sample provides much stronger evidence for the hypothesis that the urn is predominantly red, because the proportion of red balls is larger in the first than in the second sample. (TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science*, [s.l.], v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974, p. 1125).

Nesse caso, os pesquisadores puderam demonstrar que os julgamentos intuitivos, produzidos a partir do viés da insensibilidade ao tamanho amostral, tendem a ser dominados pela proporção, não levando em consideração o tamanho das amostragens para a formulação de dados estatísticos – embora desempenhem papel importante na fixação da probabilidade a posteriori⁹⁶.

O terceiro viés produzido a partir da heurística da representatividade diz respeito à insensibilidade à previsibilidade, que se manifesta, por exemplo, quando um indivíduo é levado a fazer previsões numéricas sobre o valor de uma ação, a demanda por uma comodite ou o resultado de um jogo de futebol por exemplo. Em todos esses casos, as previsões são feitas a partir da heurística da representatividade, sem se importar com a confiabilidade dos dados ou com a previsibilidade do evento⁹⁷.

Quando uma pessoa é questionada sobre o lucro futuro de determinada empresa a partir de uma descrição fornecida a seu respeito, certamente irá avaliar se a descrição é favorável – e, nesse caso, uma alta lucratividade lhe parecerá mais representativa da empresa em questão. Caso, no entanto, a avaliação seja péssima, a pessoa imaginará uma performance igualmente ruim, por acreditar ser mais representativa das descrições a que teve acesso⁹⁸.

A partir disso, Tversky e Kahneman ressaltam:

O grau em que a descrição é favorável não é afetado pela confiabilidade dessa descrição ou pelo grau em que permite uma previsão precisa. Portanto, se as pessoas prevêem apenas em termos de favorabilidade da descrição, suas previsões serão insensíveis à confiabilidade da evidência e à precisão esperada da previsão. (tradução nossa)⁹⁹

Pode-se concluir, a partir disso, que um evento não pode ser previsto sem se questionar a confiabilidade ou a acurácia de suas informações – e, no caso exemplificado, em que o indivíduo é levado à apuração da lucratividade da empresa, esse deverá observar a existência de elementos relacionados a essa informação na descrição que lhe foi fornecida. Se não houver

⁹⁶ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science**, [s.l.], v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974, p. 1125.

⁹⁷ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science**, [s.l.], v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974, p. 1126.

⁹⁸ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science**, [s.l.], v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974, p. 1126.

⁹⁹ The degree to which the description is favorable is unaffected by the reliability of that description or by the degree to which it permits accurate prediction. Hence, if people predict solely in terms of the favorableness of the description, their predictions will be insensitive to the reliability of the evidence and to the expected accuracy of the prediction. (TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science**, [s.l.], v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974, p. 1126).

nenhuma menção à lucratividade de qualquer das empresas, o mesmo valor deverá ser previsto para todas¹⁰⁰.

Tversky e Kahneman¹⁰¹ também trataram do viés da ilusão de validade – no qual, a mente humana tende a confiar em suas previsões baseada na representatividade de determinada categoria, dando pouca ou nenhuma importância aos fatores que podem limitar essa apuração de previsibilidade.

Considerando-se novamente o exemplo de Tom W, nota-se que as pessoas têm grande confiança em sua classificação enquanto estudante de ciência da computação, por ser descrito de forma absolutamente correspondente aos representantes desse estereótipo – sequer cogitando que sua descrição possa ser escassa, desatualizada ou mesmo equivocada.

Tversky e Kahneman apontam, nesse contexto, o seguinte: “a confiança injustificada que é produzida por um bom ajuste entre o resultado previsto e as informações de entrada pode ser chamada de ilusão de validade. Essa ilusão persiste mesmo quando o juiz está ciente dos fatores que limitam a precisão de suas previsões” (tradução nossa)¹⁰².

A correspondência entre um fato e o estereótipo representativo de determinada categoria é capaz de convencer a mente humana de que suas previsões estão corretas, e de que esse fato não poderia deixar de pertencer a tal categoria. Isso ocorre especialmente quando essas categorias apresentam alto grau de repetição – por exemplo, é mais fácil prever o boletim de um aluno que só tenha tirado notas B do que o de um aluno que tenha notas variadas entre A e C¹⁰³.

Por fim, os autores ressaltam o viés de concepções errôneas de regressão. Esse fenômeno se manifesta especialmente nas hipóteses em que as pessoas procedem à regressão à média. A título de exemplo, Tversky e Kahneman¹⁰⁴ relatam situação em que um grande grupo de crianças é avaliado em dois testes de aptidão. Ao serem selecionadas, dez crianças, dentre as que mais se destacaram no teste X, provavelmente, será observado um desempenho, de certa forma, decepcionante no teste Y; ao passo que as dez crianças com melhor performance no teste

¹⁰⁰ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science**, [s.l.], v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974, p. 1126.

¹⁰¹ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science**, [s.l.], v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974, p. 1126.

¹⁰² The unwarranted confidence which is produced by a good fit between the predicted outcome and the input information may be called the illusion of validity. This illusion persists even when the judge is aware of the factors that limit the accuracy of his predictions. (TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science**, [s.l.], v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974, p. 1126).

¹⁰³ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science**, [s.l.], v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974, p. 1126.

¹⁰⁴ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science**, [s.l.], v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974, p. 1126.

Y não terão o mesmo destaque no teste X.

A regressão à média pode ser percebida em diversas condutas humanas – no entanto, quase sempre deriva de intuições incorretas, produzindo resultados igualmente inconsistentes. Isso ocorre porque as pessoas geralmente não esperam que a regressão venha a acontecer em situações nas quais é inevitável; e quando identificam a sua ocorrência, buscam explicações inconsistentes para explicar esse fenômeno¹⁰⁵.

As pessoas esperam que o resultado da regressão seja altamente representativo em relação ao seu modelo, devendo, inclusive, obedecer às suas regras de variáveis – e isso faz com que o fenômeno da regressão permaneça elusivo. Mas, na verdade, os eventos extremos – tanto positivos quanto negativos – tendem a reduzir aos valores médios, o que pode causar uma impressão errônea a seu respeito.

Essa percepção ocorre, por exemplo, quando uma pessoa entende que a punição por atos equivocados é mais eficiente do que o elogio de atos bem executados – já que, após a punição, a tendência é que a pessoa melhore sua conduta, ao passo que, após o elogio, pode-se notar uma redução em seu desempenho. No entanto, em ambos os casos, situações extremas estão apenas seguindo um movimento natural, retornando aos padrões médios de conduta¹⁰⁶.

Importante destacar que o julgamento equivocado produzido a partir da heurística da representatividade, relacionado a qualquer dos vieses decorrentes de sua percepção, tem participação tanto do Sistema 1, que sugere de forma intuitiva a conclusão enviesada, quanto do Sistema 2, que endossa essa intuição e, a partir dela, produz um julgamento, por ignorância – acreditando que as taxas-base são dispensáveis para a formação do julgamento – ou por preguiça – quando não estão concentradas na tarefa.

Além disso, a associação do personagem Tom W com as características fornecidas a seu respeito leva o interlocutor a desconsiderar a baixa confiabilidade dessas informações – ainda que tenha sido expressamente alertado sobre esse risco. Sendo assim, Kahneman¹⁰⁷ aconselha que, para se manter afastado da heurística da representatividade, o indivíduo que irá analisar a questão deve manter os julgamentos baseados em evidências questionáveis próximos de sua taxa-base.

De acordo com o autor, a solução mais adequada ao teste de Tom W é que o agente

¹⁰⁵ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science**, [s.l.], v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974, p. 1126.

¹⁰⁶ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science**, [s.l.], v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974, p. 1127.

¹⁰⁷ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 195.

juulgador se mantenha próximo de suas intuições prévias, causando, ao mesmo tempo, uma pequena redução das probabilidades dos cursos mais frequentados, e um pequeno aumento das probabilidades dos cursos menos frequentados. Com isso, “você não está exatamente onde estaria se não tivesse sabido absolutamente nada sobre Tom W, mas a pouca evidência de que dispõe não é confiável, de modo que as taxas-base devem dominar suas estimativas”¹⁰⁸.

Nos primeiros estudos divulgados sobre o tema da Psicologia Cognitiva e suas heurísticas, Tversky e Kahneman também identificaram o que se denominou “falácia da conjunção”, que consiste na “suposição errônea de que a probabilidade de uma conjunção de dois eventos é maior do que a probabilidade de um deles”¹⁰⁹ – ou seja, a partir desse conceito, entende-se que é mais provável que aconteçam, ao mesmo tempo, os eventos A e B, do que, isoladamente, o evento A ou o evento B.

O teste realizado para a investigação dessa heurística se deu a partir de texto descritivo sobre a personalidade de Linda, que foi apresentada como uma mulher de 31 anos, solteira, inteligente, formada em filosofia e preocupada com questões de discriminação e justiça social. Dentre várias suposições sobre Linda, questionou-se se a personagem teria perfil tipicamente representativo de pessoa ativa no movimento feminista (elemento compatível com o estereótipo descrito), caixa de banco (elemento dissonante das características atribuídas à personagem) – formando, assim, a possibilidade de ser A ou B, isoladamente –, ou caixa de banco ativa no movimento feminista – representando, com isso, a conjunção dos elementos A e B¹¹⁰.

Os resultados demonstraram que 85% dos estudantes participantes do teste classificaram Linda, em primeiro lugar, como representante típica do movimento feminista, em segundo lugar, como caixa de banco ativa no movimento feminista e, em último lugar, como caixa de banco¹¹¹.

No entanto, as informações são independentes, e o agente julgador se esquece que toda caixa de banco ativa no movimento feminista é, antes de qualquer coisa, uma caixa de banco, e se enquadra naturalmente na categoria mais ampla dessa descrição, podendo ser feminista ou não. Essa é a razão pela qual se refere a falácia de conjunção, na qual o fornecimento de informação adicional faz parecer verdadeira a descrição fornecida¹¹².

¹⁰⁸ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 195.

¹⁰⁹ EYSENCK, Michael W.; KEANE, Mark T. **Manual de psicologia cognitiva**. Tradução de Luís Fernando Marques Dorvillé e Sandra Maria Mallmann da Rosa. 7. ed. Porto Alegre: Artmed, 2017, p. 549.

¹¹⁰ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Extensional Versus Intuitive Reasoning: The Conjunction Fallacy in Probability Judgment. **Psychological Review**, Cambridge, v. 90, n. 4, p. 293-315, out. 1983, p. 297.

¹¹¹ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Extensional Versus Intuitive Reasoning: The Conjunction Fallacy in Probability Judgment. **Psychological Review**, Cambridge, v. 90, n. 4, p. 293-315, out. 1983, p. 297.

¹¹² EYSENCK, Michael W.; KEANE, Mark T. **Manual de psicologia cognitiva**. Tradução de Luís Fernando

Discorrendo sobre o teste de Linda, Kahneman¹¹³ afirma o seguinte:

A representatividade pertence a um agrupamento de avaliações básicas estreitamente ligadas que provavelmente são geradas juntas. Os resultados mais representativos combinam-se à descrição de personalidade para produzir as histórias mais coerentes. As histórias mais coerentes não necessariamente são as mais prováveis, mas elas são plausíveis, e as noções de coerência, plausibilidade e probabilidade são facilmente confundidas pelos incautos.

A substituição acrítica de probabilidade por plausibilidade apresenta efeitos perniciosos nos julgamentos quando os cenários são usados como ferramentas para fazer previsões.

Testando os efeitos dessa heurística no âmbito judicial, Guthrie, Rachlinski e Wistrich¹¹⁴ realizaram uma pesquisa com magistrados para testar os efeitos da heurística da representatividade sobre suas decisões. Baseando-se em um clássico caso apreciado pelo judiciário inglês, denominado *Byrne versus Boadle*, os autores submeteram um grupo de magistrados à seguinte situação: o autor do processo passava em frente a um armazém quando foi atingido por um cano, prestes a ser içado do chão, resultando em ferimentos graves. Embora os funcionários do armazém não soubessem exatamente como ocorreu a queda do cano, afirmaram que estava preso de forma negligente, ou que a corda que o sustentava apresentava defeito.

A partir dessa situação, os inspetores de segurança do governo realizaram uma investigação que chegou às seguintes conclusões: 1) quando a sustentação dos canos é feita de forma negligente, há 90% de chances de rompimento; 2) quando a sustentação dos canos é feita com segurança, o risco de rompimento é de 1%; 3) os trabalhadores são negligentes na sustentação dos canos apenas uma em cada mil vezes¹¹⁵.

Após fornecerem esses dados aos magistrados, os autores do estudo questionaram qual seria a probabilidade de que o cano que atingiu o autor da ação tivesse caído por negligência de um dos trabalhadores do armazém – e os magistrados deveriam optar por uma das seguintes opções: 0-25%, 26-50%, 51-75% ou 76-100%¹¹⁶.

Guthrie, Rachlinski e Wistrich¹¹⁷ afirmam que as respostas a esse questionamento

Marques Dorvillê e Sandra Maria Mallmann da Rosa. 7. ed. Porto Alegre: Artmed, 2017, p. 549.

¹¹³ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 202.

¹¹⁴ GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases. *Cornell Law Review*, Ithaca, NY, v. 93, n. 1, p. 1-43, 2007, p. 22-23.

¹¹⁵ GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases. *Cornell Law Review*, Ithaca, NY, v. 93, n. 1, p. 1-43, 2007, p. 23.

¹¹⁶ GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases. *Cornell Law Review*, Ithaca, NY, v. 93, n. 1, p. 1-43, 2007, p. 23.

¹¹⁷ GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases. *Cornell Law Review*, Ithaca, NY, v. 93, n. 1, p. 1-43, 2007, p. 23.

costumam ser baseadas em intuições – e, como o caso em pauta aparenta ser fruto de negligência, a intuição costuma sugerir que, de fato, o acidente foi causado pela negligência dos funcionários do armazém. A partir disso, foi possível constatar o seguinte:

Os sujeitos tratam amplamente o valor de 90% como a probabilidade de que o acidente foi produto de negligência, convertendo assim o verdadeiro significado da estatística de 90% (a probabilidade de lesão devido à negligência) em seu inverso (a probabilidade de negligência devido a lesão). Uma abordagem dedutiva revela que a probabilidade real de que o réu foi negligente é de apenas 8,3%. (tradução nossa)¹¹⁸

As conclusões retratadas pelo estudo desse caso demonstram, de forma evidente, a incidência da heurística da representatividade sobre o raciocínio jurisdicional, desconsiderando-se a taxa-base de um evento para enquadrá-lo em uma situação que contraria as regras estatísticas de sua real ocorrência. No caso verificado por Guthrie, Rachlinski e Wistrich¹¹⁹, apenas 40% dos juízes selecionaram a faixa estatística correta, de 0 a 25%, ao passo que a maioria se deixou guiar por raciocínios intuitivos.

Nota-se, portanto, que a heurística da representatividade conduz a mente humana a conclusões falaciosas e que contrariam a lógica e as regras de probabilidade, por meio de sugestão automática pelo Sistema 1, que é confirmada, por ignorância ou por preguiça, pelo Sistema 2. Esse padrão deve ser combatido para que não se permita que o julgador se deixe levar por suas intuições, sendo imprescindível, o controle da atividade de valoração da prova por todos os atores processuais, de forma que tenham a oportunidade de questionar a procedência e confiabilidade das evidências que possam ter influência sobre a decisão.

2.3.2 Heurística da disponibilidade

Tversky e Kahneman também realizaram estudos envolvendo a heurística da disponibilidade. Sobre esse fenômeno, os especialistas afirmam que “existem situações em que as pessoas avaliam a frequência de um acontecimento ou a probabilidade de um evento pela facilidade com que exemplos ou ocorrências podem ser trazidos à mente”¹²⁰.

¹¹⁸ The subjects largely treat the 90% figure as the likelihood that the accident was the product of negligence, thereby converting the true meaning of the 90% statistic (the likelihood of injury given negligence) into its inverse (the likelihood of negligence given injury). A deductive approach reveals that the actual probability that the defendant was negligent is only 8.3%. (GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases. *Cornell Law Review*, Ithaca, NY, v. 93, n. 1, p. 1-43, 2007).

¹¹⁹ GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases. *Cornell Law Review*, Ithaca, NY, v. 93, n. 1, p. 1-43, 2007, p. 23.

¹²⁰ There are situations in which people assess the frequency of a class or the probability of an event by the ease

Isso indica que a memória constantemente interfere na capacidade de julgamento das pessoas, partindo de associações que não necessariamente levantam dados confiáveis para a análise de uma questão. Os autores levantam alguns exemplos da utilização dessa heurística, como quando alguém calcula os riscos de ataques cardíacos entre pessoas de meia-idade, a partir de amostragem baseada em casos de pessoas conhecidas, ou quando estima as chances de fracasso de um negócio com base nas dificuldades que possivelmente encontrará ao longo do caminho¹²¹.

Moraes e Tabak¹²², em análise sobre o tema, associam essa heurística à “facilidade em aceder a conteúdos mentais nas operações de recuperação, construção de ideias, tornando as instâncias mais facilmente disponíveis (palavras, associações, imagens, símbolos) para ser lembradas e, conseqüentemente, influenciar o processo de tomada de decisão”. Nesse contexto, a disponibilidade pode ser utilizada, por exemplo, para validar um julgamento a partir de um dado registrado na memória do agente.

Tversky e Kahneman¹²³ destacam que a associação baseada na disponibilidade pode ser útil para a avaliação de frequência ou probabilidade de um evento, porque a lembrança de ocorrências mais amplas é melhor e mais rápida do que a de ocorrências menos frequentes – entretanto, existem outros elementos além da frequência e probabilidade que podem embasar a formação da heurística de disponibilidade, conduzindo a mente humana a alguns vieses previsíveis.

A heurística da disponibilidade, conforme demonstraram, os estudos de Tversky e Kahneman¹²⁴, orienta a mente humana em alguns sentidos equivocados e, assim como a heurística da representatividade¹²⁵, pode dar origem a uma série de erros sistemáticos, representados por pelo menos quatro vieses previsíveis, os quais também interessam para fixação do presente conteúdo e, portanto, serão aqui abordados, novamente com a ressalva de que os vieses de cognição que vêm sendo mais observados na atividade jurisdicional serão

with which instances or occurrences can be brought to mind. (TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science**, [s.l.], v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974, p. 1127).

¹²¹ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science**, [s.l.], v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974, p. 1127.

¹²² MORAES, José Diniz; TABAK, Benjamin Miranda. As heurísticas e vieses da decisão judicial: análise econômico-comportamental do direito. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 618-653, maio/ago. 2018, p. 630.

¹²³ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science**, [s.l.], v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974, p. 1127.

¹²⁴ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science**, [s.l.], v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974, p. 1127.

¹²⁵ Ver item 2.3.1.

tratados em tópicos separados mais adiante.

A princípio, os autores descrevem o viés devido à recuperabilidade das ocorrências, que se manifesta nas circunstâncias em que é feito um julgamento sobre o tamanho de uma classe a partir da disponibilidade de suas ocorrências. Nessas circunstâncias, a classe com ocorrências mais facilmente recuperáveis apresentarão resultados mais numerosos do que uma classe que tenha igual frequência, mas que apresente ocorrências menos recuperáveis¹²⁶.

É o que ocorre, por exemplo, quando se apresenta aos julgadores uma lista com o mesmo número de nomes femininos e masculinos, mas cujo número de homens conhecidos seja superior ao de mulheres. Nesse caso, as pessoas costumam julgar que o número de nomes que representam a classe masculina excede a classe feminina, por apresentar à mente humana maior recuperabilidade dos nomes famosos¹²⁷.

O viés relacionado à recuperabilidade das ocorrências pode ocorrer por uma série de fatores, como a familiaridade (a exemplo do caso citado acima), o impacto das situações (uma vez que é mais fácil para um agente que presenciou um incêndio se lembrar desse do que uma pessoa que apenas leu uma notícia a respeito), ou a contemporaneidade dos fatos (por ser mais fácil se recordar de eventos recentes do que de ocorrências mais antigas)¹²⁸.

Tversky e Kahneman¹²⁹ também evidenciaram o viés devido à efetividade de um ajuste de busca. Nesse caso, os autores demonstram que a mente humana fixa alguns mecanismos de buscas específicos para o desempenho de determinadas tarefas – o que pode interferir no seu resultado final. Como exemplo, questionam: se uma palavra for retirada aleatoriamente de um texto em inglês, é mais provável que comece com a letra “r” ou que a tenha como terceira letra?

Devido à interferência desse viés, os julgadores geralmente acreditam que existem mais palavras que se iniciem com a letra “r” – por serem muito mais fáceis de surgirem à memória do que palavras que tenham “r” como sua terceira letra – e que, portanto, essa seria a hipótese mais provável. No entanto, no vocabulário da língua inglesa, essa conclusão não corresponde à realidade, tratando-se de critério de julgamento enviesado pelo mecanismo de busca utilizado para resolver a questão¹³⁰.

¹²⁶ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science**, [s.l.], v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974, p. 1127.

¹²⁷ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science**, [s.l.], v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974, p. 1127.

¹²⁸ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science**, [s.l.], v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974, p. 1127.

¹²⁹ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science**, [s.l.], v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974, p. 1127.

¹³⁰ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science**, [s.l.], v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974, p. 1127.

Ressalta-se, ainda, no campo da heurística da disponibilidade, a existência do viés da imaginabilidade, efetivado nas circunstâncias em que a memória humana não consegue acessar a frequência de uma classe, mas é capaz de encontrá-la a partir de uma regra. Esse viés é muito utilizado em questões probabilísticas apresentadas na vida real – por exemplo, antes de fazer uma expedição de aventura, podem-se analisar os seus riscos a partir de circunstâncias imaginárias para as quais a expedição não estaria preparada para lidar. Entretanto, a frequência com que esses possíveis desastres são imaginados pela mente humana nem sempre corresponde à probabilidade real de que ocorram, dando uma falsa impressão de perigo excessivo¹³¹.

Por fim, Tversky e Kahneman¹³² citam a correlação ilusória, em decorrência de experimentos realizados por Chapman e Chapman¹³³, a respeito do viés de julgamento que prevê a frequência com que dois eventos podem ocorrer em conjunto. Esse efeito foi notado a partir das observações feitas por pessoas leigas a respeito de desenhos produzidos por sujeitos que hipoteticamente teriam algum tipo de doença mental – e, a partir dessa análise, deveriam os julgadores realizarem a categorização dos diagnósticos clínicos de acordo com alguns padrões dos desenhos apresentados.

Os resultados demonstraram que as associações de doenças mentais com elementos dos desenhos foram superestimadas, dando origem a uma correlação ilusória, sem fundamentos técnicos. A partir disso, destaca-se:

A disponibilidade fornece uma explicação natural para o efeito de correlação ilusória. O julgamento da frequência com que dois eventos co-ocorrem pode ser baseado na força do vínculo associativo entre eles. Quando a associação é forte, é provável que se conclua que os eventos foram frequentemente pareados. Consequentemente, associados fortes serão julgados como ocorrendo juntos com frequência [...]. A experiência de toda a vida nos ensinou que, em geral, as instâncias de classes grandes são lembradas melhor e mais rápido do que as instâncias de classes menos frequentes; que as ocorrências prováveis são mais fáceis de imaginar do que as improváveis; e que as conexões associativas entre eventos são fortalecidas quando os eventos frequentemente co-ocorrem. (tradução nossa)¹³⁴

¹³¹ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science**, [s.l.], v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974, p. 1127-1128.

¹³² TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science**, [s.l.], v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974, p. 1128.

¹³³ CHAPMAN, Loren J.; CHAPMAN, Jean P. Illusory correlation as an obstacle to the use of valid psychodiagnostic signs. **Journal of Abnormal Psychology**, Washington DC, v. 74, n. 3, p. 271–280, jun. 1969.

¹³⁴ Availability provides a natural account for the illusory-correlation effect. The judgment of how frequently two events co-occur could be based on the strength of the associative bond between them. When the association is strong, one is likely to conclude that the events have been frequently paired. Consequently, strong associates will be judged to have occurred together frequently [...]. Lifelong experience has taught us that, in general, instances of large classes are recalled better and faster than instances of less frequent classes; that likely occurrences are easier to imagine than unlikely ones; and that the associative connections between events are strengthened when the events frequently co-occur. (TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science**, [s.l.], v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974, p. 1128).

Aplicando a heurística da disponibilidade ao campo jurisdicional, Rodríguez e Navarro¹³⁵ apontam hipóteses em que as decisões judiciais são influenciadas por casos analisados previamente pelo tribunal, que tenham algum ponto em comum com o processo em análise. Nessas circunstâncias, é possível que se supervalorizem informações obtidas nos processos anteriores, conduzindo, a nova investigação, muitas vezes, a conclusões equivocadas, por envolver fatos e agentes distintos.

A título de exemplo, os especialistas destacam a seguinte hipótese: “se um juiz decidiu anteriormente em dois casos que o réu cometeu um homicídio, há uma probabilidade maior de que em um caso semelhante ele irá condenar o réu” (tradução nossa)¹³⁶.

A alta complexidade da heurística da disponibilidade pode resultar do funcionamento de ambos os sistemas, nos termos descritos por Kahneman¹³⁷:

A conclusão é que a facilidade com que as ocorrências vêm à mente é uma heurística do Sistema 1, que é substituída por um foco no conteúdo quando o Sistema 2 está mais empenhado. Múltiplas linhas de evidência convergem para a conclusão de que pessoas que se deixam guiar pelo Sistema 1 são mais fortemente suscetíveis a vieses de disponibilidade do que outras em um estado de vigilância maior.

Isso pode ocorrer, por exemplo, quando a pessoa se dedica a duas tarefas ao mesmo tempo¹³⁸, a depender de seu estado de bom ou mau humor, nas hipóteses em que há pouco conhecimento sobre o tema questionado, nos casos em que o indivíduo confia amplamente na própria intuição ou se sente extremamente poderoso¹³⁹.

Dado esse contexto, Plous¹⁴⁰ afirma que uma forma de reduzir a heurística da disponibilidade é fornecer as informações corretas à população, explicitamente comparando

¹³⁵ RODRÍGUEZ, Paola Iliana De la Rosa; NAVARRO, Víctor David Sandoval. Los sesgos cognitivos y su influjo en la decisión judicial. Aportes de la Psicología Jurídica a los procesos penales de corte acusatorio. **Revista Derecho Penal y Criminología**, Bogotá, v. 37, n. 102, p. 141-164, jan./jun. 2016, p. 161.

¹³⁶ Si un juez decidió previamente en dos casos que el acusado cometió un homicidio, existe mayor probabilidad de que en un caso similar condene al procesado. (RODRÍGUEZ, Paola Iliana De la Rosa; NAVARRO, Víctor David Sandoval. Los sesgos cognitivos y su influjo en la decisión judicial. Aportes de la Psicología Jurídica a los procesos penales de corte acusatorio. **Revista Derecho Penal y Criminología**, Bogotá, v. 37, n. 102, p. 141-164, jan./jun. 2016, p. 161).

¹³⁷ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 173.

¹³⁸ É sabido que, amiúde, audiências de instrução são realizadas enquanto o juiz despacha outros casos ou resolve questões administrativas da secretaria do juízo. Não se desconhece que esse problema pode estar relacionado à alta sobrecarga de trabalho, no entanto, é deveras preocupante, considerando-se a conclusão apontada na pesquisa analisada.

¹³⁹ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 173.

¹⁴⁰ PLOUS, Scott. **The psychology of judgment and decision making**. Nova Iorque: McGraw-Hill, 1993, p. 130-131.

eventos que poderiam ser resgatados pela memória humana de forma equivocada e ressaltando os perigos que costumam ser subestimados.

O autor exemplifica essa situação, comparando os índices de morte relacionados ao câncer de estômago e a homicídios ou acidentes automobilísticos, destacando que, para alertar a população sobre os riscos da doença, a Sociedade Americana de Câncer poderia lançar uma campanha em que fossem inscritas, expressamente em cartazes, frases como “este ano, mais pessoas irão morrer de câncer de estômago do que de acidente automobilístico”. No entanto, embora essa iniciativa seja capaz de informar a população sobre os reais índices de mortes por câncer de estômago, pode também levá-la a descredibilizar os riscos de acidentes de carro¹⁴¹.

A partir disso, Plous destaca o grande impacto da heurística da disponibilidade sobre a mente humana, afirmando o seguinte:

Quando se trata de estimativas de probabilidade e frequência, nenhuma heurística é mais central do que a heurística de disponibilidade. No entanto, é importante ter em mente que a heurística de disponibilidade é apenas um fator que influencia os julgamentos de probabilidade e frequência.¹⁴²

A tarefa de desvencilhar a mente humana da heurística da disponibilidade e de todos os seus vieses é bastante cansativa e exige constante vigilância e reconsideração das informações adquiridas intuitivamente. Apesar da alta complexidade desse exercício, Kahneman¹⁴³ afirma que “a chance de evitar um equívoco custoso às vezes vale o esforço”, tratando-se, as sugestões relacionadas à disponibilidade, de rara exceção em relação ao controle pessoal de vieses, por ter grandes chances de produzir resultados positivos.

Vislumbra-se, assim, a importância que merece a participação (cooperação) de todos os atores processuais durante a fase de valoração da prova, pois, na processualidade democrática, não se pode permitir que esse ato processual seja levado a efeito por um juiz que tome decisões a partir das informações que estão disponíveis em sua mente, a partir de sua experiência profissional, a partir de seu conhecimento jurídico, ainda que involutariamente, sobretudo, no Brasil, onde o número de ações na maior parte das unidades judiciárias é

¹⁴¹ PLOUS, Scott. **The psychology of judgment and decision making**. Nova Iorque: McGraw-Hill, 1993, p. 130-131.

¹⁴² When it comes to probability and frequency estimates, no heuristic is more central than the availability heuristic. Nonetheless, it is important to keep in mind that the availability heuristic is only one factor influencing probability and frequency judgments. (PLOUS, Scott. **The psychology of judgment and decision making**. Nova Iorque: McGraw-Hill, 1993, p. 131).

¹⁴³ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 167.

elevado¹⁴⁴, o que, por vezes, pode obrigar o juiz a decidir, orientando-se pela informação que consegue acessar rapidamente em sua memória.

2.3.3 *Heurística da ancoragem*

Os estudos desenvolvidos por Tversky e Kahneman¹⁴⁵ também trataram do fenômeno da ancoragem, presente nas situações em que a mente humana elabora uma estimativa, a começar por um valor inicial – fruto de sugestões externas ou de cálculos parciais¹⁴⁶ –, que será ajustado para a obtenção do resultado final, sendo esses ajustes, geralmente, insuficientes para a produção de julgamento desviesado. Nesse contexto, os autores destacam que o ponto de partida influencia diretamente nos valores de julgamento, enviesando a decisão tomada a partir dele.

Para testar os efeitos da ancoragem, Tversky e Kahneman¹⁴⁷ realizaram um teste com estudantes de uma universidade, no qual deveriam girar uma roda da fortuna – propositalmente adulterada para parar apenas nos números 10 ou 65 – e, em seguida, responder a dois questionamentos: se a porcentagem de países africanos pertencentes à Organização das Nações Unidas (ONU) seria maior ou menor do que o número sorteado, e qual estimativa o aluno faria sobre a participação das nações africanas nesse grupo.

Obviamente, o número sorteado na roleta não tinha a intenção de oferecer nenhuma informação sobre os dados pesquisados – e, portanto, deveria ser prontamente ignorado pelos participantes do teste. No entanto, não foi esse, o resultado obtido pelos pesquisadores, uma vez que as estimativas médias apresentadas pelos estudantes se aproximavam do número indicado pela roda da fortuna – correspondendo a uma média de 25% nos casos em que foi sorteado o número 10, e de 45% nos casos em que foi sorteado o número 65¹⁴⁸.

Esse experimento foi o primeiro a comprovar empiricamente a influência de números claramente não informativos no julgamento processado pela mente humana, demonstrando o

¹⁴⁴ Extrai-se do Relatório Justiça em Números 2020 do Conselho Nacional de Justiça, que o Poder Judiciário finalizou o ano de 2019 com 77,1 milhões de processos em tramitação. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2020**: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020, p. 93).

¹⁴⁵ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science**, [s.l.], v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974, p. 1128.

¹⁴⁶ LORDELO, João Paulo. Vieses implícitos e técnicas de automação decisória: riscos e benefícios. **Revista ANEP de Direito Processual**, [s.l.], v. 1, n. 2, art. 44, p. 136-154, jul./dez. 2020., p.144.

¹⁴⁷ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science**, [s.l.], v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974, p. 1128.

¹⁴⁸ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science**, [s.l.], v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974, p. 1128.

que se chamou de efeito da ancoragem. De acordo com Kahneman¹⁴⁹:

Ele acontece quando as pessoas consideram um valor particular para uma quantidade desconhecida antes de estimar essa quantidade. O que ocorre é um dos resultados mais confiáveis e robustos da psicologia experimental: a estimativa fica perto do número que as pessoas consideraram — por isso a imagem de uma âncora. [...] Se você considera quanto deveria pagar por uma casa, vai ser influenciado pelo preço perguntado. A mesma casa parecerá mais valiosa se o preço fornecido pelo corretor for elevado, não baixo, mesmo que você esteja determinado a resistir à influência desse número; e assim por diante — a lista de efeitos de ancoragem é infinita. Qualquer número que lhe peçam para considerar como solução possível para um problema de estimativa induzirá um efeito de ancoragem.

Sternlight e Robbennolt¹⁵⁰ citam como exemplo desse fenômeno as relações entre advogados e seus clientes, ressaltando que, quando é sugerido determinado valor como possível indenização em caso de procedência do pedido jurisdicional, passará a servir como base em todo o andamento processual. Afirmando, nesse contexto, que os advogados precisam conhecer sobre os efeitos da ancoragem, a fim de evitar o condicionamento de seus clientes a números e dados específicos.

Se um advogado, por exemplo, diz ao seu cliente que provavelmente o seu processo resultará em indenização de valor certo, dificilmente, será aceito acordo muito inferior a esse valor informado, mesmo que se comprovem, algumas inconsistências nos fundamentos discutidos¹⁵¹.

Apesar da divulgação da pesquisa de Tversky e Kahneman envolvendo a roda da fortuna, mencionada acima, ter recebido amplo reconhecimento da comunidade científica à época, os dois pesquisadores não conseguiam chegar a um acordo sobre as razões que levavam a mente humana a adotar número não informativo como parâmetro para a elaboração de um julgamento. Essa explicação só foi possível muitos anos depois, com os avanços nos estudos sobre os Sistemas 1 e 2¹⁵².

Isso porque, apenas com o avanço dessa matéria, foi possível compreender que existem dois mecanismos distintos para a utilização da ancoragem sobre os julgamentos humanos: um envolvendo o Sistema 1, com manifestação automática, por meio de efeito de “priming”, e outro

¹⁴⁹ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 152-153.

¹⁵⁰ STERNLIGHT, Jean R.; ROBBENNOLT, Jennifer. Good lawyers should be good psychologists: insights for interviewing and counseling clients. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, Columbus: Universidade Estadual de Ohio, v. 23, n. 3, p. 437-548, 2008, p. 467.

¹⁵¹ STERNLIGHT, Jean R.; ROBBENNOLT, Jennifer. Good lawyers should be good psychologists: insights for interviewing and counseling clients. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, Columbus: Universidade Estadual de Ohio, v. 23, n. 3, p. 437-548, 2008, p. 468.

¹⁵² KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 153.

envolvendo o Sistema 2, por meio da elaboração de ajustes ao raciocínio humano¹⁵³.

A produção do efeito pelo Sistema 2 tem a intenção de quantificar valores incertos, partindo de um número de ancoragem, sobre o qual, será feita uma análise em que poderá ser considerado alto ou baixo demais para a matéria em análise, e se prosseguirá, o ajustamento da âncora gradativamente até o resultado final. Kahneman¹⁵⁴ destaca que “o ajuste normalmente termina de modo prematuro, pois as pessoas param quando não têm mais certeza de que deveriam seguir adiante”.

Esse mecanismo de atuação do Sistema 2 explica, por exemplo, porque as pessoas têm dificuldade de reduzir a velocidade de seus veículos nas ruas de uma cidade, logo que saem de uma rodovia em que se podia trafegar mais rapidamente. Ainda que haja esforço deliberado em ajustar o valor até então utilizado como âncora, a mente humana não consegue ajustá-lo de forma suficiente, mantendo alguma proximidade com o valor inicialmente atribuído¹⁵⁵.

O ajuste é feito, portanto, para indicar ao julgador que o número âncora está errado e para conduzi-lo à direção correta, até que não saiba mais até aonde se deve prosseguir – alcançando, então, o “limite próximo da região de incerteza”¹⁵⁶. Nesse sentido, comprovou-se que “as pessoas ajustam menos (ficam mais próximas da âncora) quando seus recursos mentais estão esgotados [...]. Ajuste insuficiente é uma falha de um Sistema 2 fraco ou preguiçoso”¹⁵⁷.

Kahneman¹⁵⁸ afirma que “o ajuste é uma atividade deliberada e consciente, mas na maioria dos casos de ancoragem não há experiência subjetiva correspondente”. Existe, portanto, outra sistemática que pode dar causa à manifestação da ancoragem, como efeito de “priming” – que consiste na “facilitação do processamento de (e resposta a) um alvo por meio da apresentação prévia de um estímulo relacionado a ele”¹⁵⁹.

Nesse caso, há uma atuação automática provocada pelo Sistema 1. Kahneman¹⁶⁰ explica que, geralmente, a ancoragem está relacionada a uma sugestão – por exemplo, quando

¹⁵³ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 153.

¹⁵⁴ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 153-154.

¹⁵⁵ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 154.

¹⁵⁶ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 154-155.

¹⁵⁷ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 155.

¹⁵⁸ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 155.

¹⁵⁹ EYSENCK, Michael W.; KEANE, Mark T. **Manual de psicologia cognitiva**. Tradução de Luís Fernando Marques Dorvillé e Sandra Maria Mallmann da Rosa. 7. ed. Porto Alegre: Artmed, 2017, p. 726.

¹⁶⁰ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 156.

questionado sobre sentir uma dormência na perna, é comum que grande número de pessoas venha a ter essa sensação, como resultado da sugestão que fora apresentada à sua mente a partir do questionamento.

Tversky e Kahneman discordavam dessa manifestação da ancoragem, quando desenvolveram seus primeiros estudos sobre o tema, e tiveram dificuldades em testar essas hipóteses de forma consistente, uma vez que, à época, ainda não tinham condições de explicar o fenômeno das sugestões como efeito do Sistema 1. Com os avanços dos estudos sobre psicologia, Kahneman¹⁶¹ afirma que “o enigma que nos venceu foi finalmente resolvido, pois o conceito de sugestão não é mais obscuro: sugestão é um efeito de priming, que evoca seletivamente evidência compatível”.

O autor exemplifica essa ocorrência a partir de duas perguntas: uma questionando se Gandhi faleceu com mais ou menos de 144 anos de idade, e outra questionando com quantos anos Gandhi veio a falecer. A partir disso, Kahneman¹⁶² explica:

Você não acreditou sequer por um instante que Gandhi viveu 144 anos, mas seu maquinário associativo certamente gerou a impressão de uma pessoa muito velha. O Sistema 1 compreende sentenças tentando torná-las verdadeiras, e a ativação seletiva de pensamentos compatíveis produz uma família de erros sistemáticos que nos torna crédulos e propensos a acreditar muito fortemente no que queremos acreditar. Podemos ver agora por que Amos e eu não percebemos que havia dois tipos de ancoragem: as técnicas de pesquisa e as ideias teóricas que precisávamos não existiam ainda. Foram desenvolvidas, muito mais tarde, por outras pessoas. Um processo que se parece com sugestão está de fato operando em muitas situações: o Sistema 1 faz o melhor que pode para construir um mundo em que a âncora é o número autêntico.

O “priming” está em constante busca por informações compatíveis e gera diferentes efeitos sobre o raciocínio humano. Kahneman¹⁶³ descreve um experimento desenvolvido pelos psicólogos Thomas Mussweiler e Fritz Strack, no qual se questionava a temperatura média anual na Alemanha, oferecendo-se como ancoragem a possibilidade de ser maior ou menor que 20 graus Célsius (°C) ou de ser maior ou menor do que 5°C.

A partir desse questionamento, os participantes do experimento deveriam identificar algumas palavras, e notou-se que, quando eram apresentados ao número 20°C, no questionamento sobre o clima alemão, reconheciam com maior facilidade palavras ligadas ao verão (como praia), e quando apresentados ao número 5°C, geralmente identificavam palavras

¹⁶¹ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 156.

¹⁶² KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 156.

¹⁶³ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 157.

ligadas ao inverno (como esqui)¹⁶⁴.

Isso ocorre porque:

A ativação seletiva de memórias compatíveis explica a ancoragem: os números altos e baixos ativam diferentes conjuntos de ideias na memória. As estimativas de temperatura anual bebem nessas amostras tendenciosas de ideias e desse modo também apresentam tendenciosidade.¹⁶⁵

Nesse contexto, o autor explica:

Os efeitos de âncoras aleatórias têm muito a nos dizer sobre o relacionamento entre o Sistema 1 e o Sistema 2. Efeitos de ancoragem sempre foram estudados em tarefas de julgamento e escolha que são no fim das contas completadas pelo Sistema 2. Entretanto, o Sistema 2 funciona baseado em dados que são recuperados da memória, numa operação automática e involuntária do Sistema 1. O Sistema 2 é desse modo suscetível à influência enviesante de âncoras que tornam parte da informação mais fácil de recuperar. Além do mais, o Sistema 2 não tem qualquer controle sobre o efeito e nenhum conhecimento dele. Os participantes que foram expostos a âncoras absurdas ou aleatórias (como a idade de falecimento de Gandhi aos 144 anos) negam terminantemente que essa informação obviamente inútil possa ter influenciado sua estimativa, e estão enganados.¹⁶⁶

Analisando-se os efeitos da ancoragem sobre o universo jurídico, é importante ressaltar que todos os sujeitos integrantes do sistema de Justiça podem ser influenciados – seja por meio de “priming” ou como modelo de ajuste – por valores ou informações pré-determinados e, muitas vezes, absolutamente irrelevantes à questão jurídica em análise.

A partir disso, destaca-se o estudo publicado por Spangler¹⁶⁷, no qual identifica que os advogados têm dificuldade de identificar as heurísticas voltadas à ancoragem e também disponibilidade, por terem envolvimento na causa e carregarem seus próprios vieses no processo jurisdicional. Ressalta que, nesse contexto, os mediadores são figuras mais independentes dessas amarras, sendo profissionais importantes na informação e condução dos interesses jurisdicionais.

De acordo com o autor:

[...] Um mediador está em melhor posição para informar as partes adversárias de seu

¹⁶⁴ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 157.

¹⁶⁵ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 157.

¹⁶⁶ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 162-163.

¹⁶⁷ SPANGLER, Brian M. Heads I win, tails you lose: the psychological barriers to economically efficient civil settlement and a case for third-party mediation. **Wisconsin Law Review**, Madison: Universidade de Wisconsin-Madison, v. 2012, n. 6, p. 1435-1465, dez. 2012, p. 1448-1449.

raciocínio tendencioso, forçando-as a tomar o tempo necessário para considerar os argumentos da outra parte de maneira objetiva. [...] Assim, o mediador tem a capacidade única de difundir heurísticas de polarização questionando a certeza de uma parte, sem expô-la ao constrangimento de questionar seu julgamento na frente da parte contrária. Este mesmo efeito não pode ser alcançado pelo advogado que representa o cliente adversário [...]. Consequentemente, as negociações de liquidação convencionais não podem fornecer um meio para eliminar as heurísticas de ancoragem e disponibilidade, ao passo que o próprio construto da mediação alcança esse feito. (tradução nossa)¹⁶⁸

Aqui, importante abrir um parêntese para dizer que, muito embora não se despreze o papel do mediador, impossível concordar com a solução apontada, pois para o presente estudo todos os atores processuais devem ter o mesmo grau de influência, em busca de um diálogo genuíno no âmbito processual. De qualquer forma, vale a menção ao estudo de Spangler para demonstrar que as influências da ancoragem sobre o processo judicial já vêm sendo observadas de longa data.

Resultados impactantes a respeito dos efeitos da ancoragem surgiram em teste aplicado a especialistas da área jurídica, no qual se comprovou a ancoragem de números apresentados a partir de dados absolutamente irrelevantes ao processo em análise. A pesquisa procurava identificar se os efeitos da ancoragem se aplicariam até mesmo em números expressamente produzidos de forma aleatória, sem qualquer relação com o caso sob julgamento. Para isso, foram realizados quatro estudos distintos, relatados em artigo publicado por English, Mussweiler e Strack¹⁶⁹.

No primeiro estudo, examinou-se a influência de dados apresentados pela mídia sobre as decisões judiciais – o que, juridicamente, não é admissível. Para isso, foram convocados 23 juízes e 19 procuradores (os quais, no sistema jurídico germânico, recebem igual treinamento e trabalham alternadamente entre as duas posições no início de suas práticas profissionais). Cada um dos participantes recebeu um caso de investigação de estupro – com informações importantes para a atribuição de culpa ao investigado –, no qual deveriam atuar como juízes¹⁷⁰.

¹⁶⁸ [...] A mediator is in the best position to inform adversarial parties of their biased reasoning by forcing them to take the necessary time to consider the arguments of the other side in an objective manner. [...] Thus, the mediator has the unique capacity to diffuse biasing heuristics by questioning a party's certainty without exposing him to the embarrassment of questioning his judgment in front of the opposing party. This same effect cannot be accomplished by the lawyer representing the opposing client [...]. Consequently, conventional settlement negotiations cannot provide a means for eliminating anchoring and availability heuristics, whereas the very construct of mediation achieves this feat. (SPANGLER, Brian M. Heads I win, tails you lose: the psychological barriers to economically efficient civil settlement and a case for third-party mediation. *Wisconsin Law Review*, Madison: Universidade de Wisconsin-Madison, v. 2012, n. 6, p. 1435-1465, dez. 2012, p. 1449).

¹⁶⁹ ENGLISH, Birte; MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. Playing dice with criminal sentences: the influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making. *Personality and Social Psychology Bulletin*, [s.l.], v. 32, n. 2, p. 188-200, fev. 2006, p. 190-197.

¹⁷⁰ ENGLISH, Birte; MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. Playing dice with criminal sentences: the influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making. *Personality and Social Psychology*

Foi sugerido aos participantes que, durante a análise do caso, imaginassem-se recebendo a ligação de um jornalista, questionando se a sentença do caso seria superior ou inferior a um ano e três meses. Além disso, deveriam imaginar que, justamente para evitar a criação de vieses, recusaram-se a responder à pergunta jornalística. Posteriormente, os participantes se encontrariam com colegas e discutiriam se o questionamento do jornalista apresentou uma estimativa alta, baixa ou exata sobre a condenação. Por fim, deveriam proferir sentença, além de responder o quão certos estariam de sua decisão, em uma escala de um (para os que estivessem nem um pouco seguros de sua decisão) a nove (para os que estivessem absolutamente seguros de sua decisão)¹⁷¹.

As sentenças prolatadas pelos participantes variaram da absolvição à condenação em cinco anos – com valores claramente influenciados pela ancoragem relacionada à ligação do jornalista, já que as pessoas confrontadas por valores de ancoragem mais altos proferiram decisões consideravelmente mais altas (com média de 33.38 meses) do que os participantes que ouviram valores mais baixos (com média de 25.43 meses) – e todo o grupo se sentiu bastante seguro de suas sentenças, apresentando média aproximada de 6.02 na escala sugerida¹⁷².

O segundo estudo elaborado por Englich, Mussweiler e Strack¹⁷³ buscava compreender a heurística da ancoragem produzida a partir de sugestão fornecida, não por jornalistas, mas por promotores de justiça atuantes no caso sob julgamento. A sistemática se parecia com a do primeiro estudo – 37 juízes e dois procuradores deveriam se colocar como julgadores de processo penal em que uma mulher haveria furtado alguns itens em supermercado pela 12ª vez.

Após o estudo do caso e dos artigos correspondentes do Código Penal, os participantes deveriam considerar as demandas do promotor e do advogado de defesa, para que, então, pudessem proferir a decisão final. A princípio, os julgadores foram confrontados com demandas apresentadas pelo promotor, que poderiam ser altas (de nove meses em liberdade condicional) ou baixas (de três meses em liberdade condicional). Esses valores, expressamente, haviam sido determinados aleatoriamente, sem refletir qualquer perícia judicial. Então, questionou-se ao participante se o número apresentado pela promotoria estaria alto, baixo ou correto para o caso

Bulletin, [s.l.], v. 32, n. 2, p. 188-200, fev. 2006, p. 190.

¹⁷¹ ENGLICH, Birte; MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. Playing dice with criminal sentences: the influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making. **Personality and Social Psychology Bulletin**, [s.l.], v. 32, n. 2, p. 188-200, fev. 2006, p. 191.

¹⁷² ENGLICH, Birte; MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. Playing dice with criminal sentences: the influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making. **Personality and Social Psychology Bulletin**, [s.l.], v. 32, n. 2, p. 188-200, fev. 2006, p. 191-192.

¹⁷³ ENGLICH, Birte; MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. Playing dice with criminal sentences: the influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making. **Personality and Social Psychology Bulletin**, [s.l.], v. 32, n. 2, p. 188-200, fev. 2006, p. 192-194.

em análise¹⁷⁴.

Em seguida, os participantes foram confrontados com as demandas dos advogados de defesa, que, em todos os casos, correspondiam a um mês em liberdade condicional – devendo responder, novamente, se consideraram os números altos, baixos ou adequados para a sentença da ré. Por fim, assim como no primeiro estudo, os julgadores prolataram a decisão final e indicaram o quão seguros estavam de suas sentenças, pontuando a experiência dentro de uma escala de um a nove¹⁷⁵.

Novamente, os resultados do teste demonstraram que os agentes julgadores foram influenciados pela proposta da promotoria, uma vez que os expostos a demandas mais graves preferiram sentenças mais altas, com média de 6.05 meses, ao passo que os expostos a demandas mais brandas preferiram sentenças mais baixas, com média de quatro meses. Mais uma vez, os participantes se sentiram bastante seguros de suas decisões finais, com satisfação média de 5.28 dentro da escala apresentada¹⁷⁶.

Comparando-se os dois estudos, os pesquisadores puderam concluir o seguinte:

Uma análise combinada de ambos os estudos revelou que as decisões de condenação em ambas as condições de âncora diferiram, não importa se esta âncora foi sugerida por um jornalista (M = 25,43 vs. M = 33,38) ou pelo promotor (M = 19,09 vs. M = 25,91). Em uma ANOVA 2 (âncora: alta x baixa) x 2 (fonte: jornalista x promotor), apenas os efeitos principais da âncora, $F(1, 60) = 9,38, p < 0,01$, e da fonte, $F(1, 60) = 8,19, p < 0,01$, alcançaram significância, $F < 1$ para a interação. Isso indica que a magnitude do efeito de ancoragem resultante é independente da relevância da ancoragem.

Tomados em conjunto, esses resultados demonstram que as decisões de condenação de profissionais jurídicos experientes podem de fato ser influenciadas por âncoras de condenação claramente irrelevantes. Embora, por motivos normativos, uma sentença potencial sugerida por um jornalista não deva influenciar uma sentença final no tribunal, os participantes deram sentenças substancialmente mais altas se fossem expostos a uma âncora de sentença alta em vez de baixa. Na verdade, as sentenças finais diferiam em cerca de 8 meses. Crimes idênticos foram, portanto, punidos com sentenças de prisão totalmente divergentes, dependendo da âncora de condenação a que os juízes foram expostos pelo jornalista. (tradução nossa)¹⁷⁷

¹⁷⁴ ENGLICH, Birte; MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. Playing dice with criminal sentences: the influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making. **Personality and Social Psychology Bulletin**, [s.l.], v. 32, n. 2, p. 188-200, fev. 2006, p. 192.

¹⁷⁵ ENGLICH, Birte; MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. Playing dice with criminal sentences: the influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making. **Personality and Social Psychology Bulletin**, [s.l.], v. 32, n. 2, p. 188-200, fev. 2006, p. 192-193.

¹⁷⁶ ENGLICH, Birte; MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. Playing dice with criminal sentences: the influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making. **Personality and Social Psychology Bulletin**, [s.l.], v. 32, n. 2, p. 188-200, fev. 2006, p. 192-193.

¹⁷⁷ A combined analysis of both studies revealed that sentencing decisions in both anchor conditions differed no matter whether this anchor was suggested by a journalist (M = 25.43 vs. M = 33.38) or the prosecutor (M = 19.09 vs. M = 25.91). In a 2 (anchor: high vs. low) x 2 (source: journalist vs. prosecutor) ANOVA, only the main effects for anchor, $F(1, 60) = 9.38, p < .01$, and source, $F(1, 60) = 8.19, p < .01$, reach significance, $F < 1$ for the interaction. This indicates that the magnitude of the resulting anchoring effect is independent of anchor relevance.

No terceiro estudo, para garantir que não restariam quaisquer dúvidas aos participantes sobre a aleatoriedade dos números sugeridos no processo decisório, foi-lhes entregue um par de dados. Buscava-se, nesse caso, avaliar se esse nível de obviedade quanto à distância entre a informação e o processo poderia, ainda assim, servir como sugestão para a heurística da ancoragem¹⁷⁸.

Para isso, foram recrutados jovens advogados que haviam finalizado a graduação recentemente. A sistemática era bastante semelhante à do segundo estudo – mas, neste caso, os participantes não teriam acesso às penas demandadas aleatoriamente pelo promotor de justiça, devendo os próprios determinarem esse valor, a partir da rolagem dos dados que tinham à disposição. No entanto, os pesquisadores viciaram esses dados para que os participantes se submetessem exatamente às mesmas condições estabelecidas pelo segundo estudo¹⁷⁹.

Posteriormente, os participantes foram expressamente informados de que a determinação aleatória da pena requerida pela promotoria buscava justamente impedir que esses números influenciassem nas respostas do questionário que preencheriam ao final, para relatarem a sentença. Aproximadamente metade dos julgadores receberam um par de dados que sempre mostrariam os números um ou dois, e, ao restante, foram entregues dados que sempre mostrariam os números três ou seis¹⁸⁰.

Após lançarem os dados, foram instruídos a somar os números e preencher o campo da demanda feita pelo promotor de justiça no questionário. A partir de então, os participantes responderam às perguntas para a prolação de sentença – que eram idênticas às feitas aos participantes do segundo estudo. Assim como nos estudos realizados anteriormente, restou comprovada, a influência da informação aleatória no estabelecimento da pena, os julgadores

Taken together, these results demonstrate that the sentencing decisions of experienced legal professionals may indeed be influenced by clearly irrelevant sentencing anchors. Although on normative grounds a potential sentence that is suggested by a journalist should not influence a final sentence in court, participants gave substantially higher sentences if they were exposed to a high rather than a low sentencing anchor. In fact, final sentences differed by about 8 months. Identical crimes were thus punished with strikingly divergent prison sentences depending on the sentencing anchor to which judges were exposed by the journalist. (ENGLICH, Birte; MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. Playing dice with criminal sentences: the influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making. *Personality and Social Psychology Bulletin*, [s.l.], v. 32, n. 2, p. 188-200, fev. 2006, p. 191-192).

¹⁷⁸ ENGLICH, Birte; MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. Playing dice with criminal sentences: the influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making. *Personality and Social Psychology Bulletin*, [s.l.], v. 32, n. 2, p. 188-200, fev. 2006, p. 194.

¹⁷⁹ ENGLICH, Birte; MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. Playing dice with criminal sentences: the influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making. *Personality and Social Psychology Bulletin*, [s.l.], v. 32, n. 2, p. 188-200, fev. 2006, p. 194.

¹⁸⁰ ENGLICH, Birte; MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. Playing dice with criminal sentences: the influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making. *Personality and Social Psychology Bulletin*, [s.l.], v. 32, n. 2, p. 188-200, fev. 2006, p. 194.

expostos a valores maiores de ancoragem proferiram decisões mais graves, com média de 7.81, e os demais proferiram decisões mais brandas, com média de 5.87¹⁸¹.

Novamente, os participantes demonstraram confiança nas decisões proferidas, com valor médio de 5.87 dentro da escala de um a nove. Ressalta-se, ainda, que, ao contrário dos dois primeiros estudos, esse foi realizado com advogados inexperientes – e, ainda assim, os resultados foram bastante próximos dos testes realizados com juízes e procuradores experientes¹⁸².

Dentre as conclusões extraídas pela comparação entre os três estudos realizados e relatados até então, destaca-se o seguinte:

Não importa se a âncora foi determinada pelo lançamento de dados ou sugerida pelo promotor, os juízes assimilaram suas decisões de condenação em um grau semelhante. Tomados em conjunto, esses resultados demonstram que, mesmo que os especialistas legais determinassem aleatoriamente uma âncora de condenação lançando um par de dados, eles foram influenciados por ela. Os juízes assimilaram suas decisões de condenação a essas demandas de condenação claramente irrelevantes.¹⁸³

No último estudo realizado por English, Mussweiler e Strack¹⁸⁴, a intenção dos pesquisadores era identificar se a heurística da ancoragem também se manifestaria no processo de elaboração de sentenças, especialmente, no que concerne à seleção de argumentos condenatórios ou absolutórios.

Para isso, desenvolveram uma tarefa que buscava medir os efeitos esperados da acessibilidade seletiva da ancoragem – o que foi possível após pedirem aos participantes que categorizassem os argumentos relevantes para o julgamento do caso, da forma mais rápida possível, tanto para incriminar quanto para absolver o réu¹⁸⁵.

¹⁸¹ ENGLISH, Birte; MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. Playing dice with criminal sentences: the influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making. **Personality and Social Psychology Bulletin**, [s.l.], v. 32, n. 2, p. 188-200, fev. 2006, p. 194.

¹⁸² ENGLISH, Birte; MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. Playing dice with criminal sentences: the influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making. **Personality and Social Psychology Bulletin**, [s.l.], v. 32, n. 2, p. 188-200, fev. 2006, p. 194.

¹⁸³ No matter whether the anchor was determined by throwing dice or suggested by the prosecutor did judges assimilate their sentencing decisions to it to a similar degree.

Taken together, these findings demonstrate that even if legal experts randomly determined a sentencing anchor themselves by throwing a pair of dice, they were influenced by it. Judges assimilated their sentencing decisions toward these clearly irrelevant sentencing demands. (ENGLISH, Birte; MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. Playing dice with criminal sentences: the influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making. **Personality and Social Psychology Bulletin**, [s.l.], v. 32, n. 2, p. 188-200, fev. 2006, p. 194).

¹⁸⁴ ENGLISH, Birte; MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. Playing dice with criminal sentences: the influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making. **Personality and Social Psychology Bulletin**, [s.l.], v. 32, n. 2, p. 188-200, fev. 2006, p. 195-197.

¹⁸⁵ ENGLISH, Birte; MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. Playing dice with criminal sentences: the influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making. **Personality and Social Psychology Bulletin**, [s.l.], v. 32, n. 2, p. 188-200, fev. 2006, p. 195.

Nesse experimento, foram reunidos 57 especialistas em programas de pós-graduação para advogados recém-formados. Os procedimentos dos estudos 2 e 3 se repetiram no quarto teste, exigindo-se a rolagem de dados para determinação da demanda de acusação e o questionamento sobre ser o valor aleatoriamente indicado alto, baixo ou ideal. A partir de então, a dinâmica se distinguiu das anteriores – os julgadores não deveriam proferir a sentença, mas cumprir uma tarefa de categorização designada para medir a acessibilidade de argumentos de condenação ou absolvição¹⁸⁶.

Para isso, os participantes foram expostos a 14 breves apontamentos que denotavam sete argumentos condenatórios e sete absolutórios – e deveriam classificá-los, o mais rápido possível, em uma dessas categorias, no contexto do caso em julgamento, pressionando as teclas localizadas à direita ou à esquerda, enquanto olhavam fixamente para um ponto no centro da tela. O objetivo do estudo, conforme informado aos participantes, era medir a latência de suas respostas relacionadas ao caso em análise¹⁸⁷.

Os resultados obtidos pelo teste indicaram que os argumentos incriminadores eram identificados mais rapidamente do que os absolutórios – especialmente, quando estavam de acordo com informação âncora que o juiz estivesse testando para a formação de seu convencimento. A acessibilidade seletiva das informações serviria, portanto, para fundamentar decisão que os juízes já estariam dispostos a proferir. Nesse contexto, os autores destacam:

Como a culpa do réu é principalmente determinada pelos argumentos incriminadores, os juízes podem se concentrar mais em argumentos incriminatórios do que de defesa. A extensão em que os juízes se concentram em argumentos incriminadores, entretanto, depende ainda mais de quão compatíveis esses argumentos são com os objetivos de processamento dos juízes. (tradução nossa)¹⁸⁸

Sendo assim, no quarto estudo desenvolvido por English, Mussweiler e Strack¹⁸⁹, os argumentos mais relevantes ao caso – que representavam, portanto, âncoras mais fortes para o

¹⁸⁶ ENGLISH, Birte; MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. Playing dice with criminal sentences: the influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making. **Personality and Social Psychology Bulletin**, [s.l.], v. 32, n. 2, p. 188-200, fev. 2006, p. 195.

¹⁸⁷ ENGLISH, Birte; MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. Playing dice with criminal sentences: the influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making. **Personality and Social Psychology Bulletin**, [s.l.], v. 32, n. 2, p. 188-200, fev. 2006, p. 195-196.

¹⁸⁸ Because the defendant's guilt is primarily determined by the incriminating arguments, judges may focus more on incriminating than on exculpatory arguments. The extent to which judges focus on incriminating arguments however further depends on how compatible these arguments are with judges' processing objectives. (ENGLISH, Birte; MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. Playing dice with criminal sentences: the influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making. **Personality and Social Psychology Bulletin**, [s.l.], v. 32, n. 2, p. 188-200, fev. 2006, p. 197).

¹⁸⁹ ENGLISH, Birte; MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. Playing dice with criminal sentences: the influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making. **Personality and Social Psychology Bulletin**, [s.l.], v. 32, n. 2, p. 188-200, fev. 2006, p. 195-197.

entendimento do juiz – foram registrados em uma média de 1450 milissegundos, ao passo que as âncoras mais fortes de argumentos absolutórios foram registradas, em média, em 1600 milissegundos – valor quase idêntico ao registro de âncoras absolutórias menos relevantes.

A partir disso, foi possível compreender que, quando os juízes fossem prolatar suas sentenças, lembrariam-se dos argumentos mais latentes em sua memória – os quais, conforme os resultados obtidos pelo estudo, consistiam majoritariamente em argumentos condenatórios, identificados pela mente humana a partir de mecanismos de acessibilidade seletiva¹⁹⁰.

Todos esses estudos empíricos tiveram um ponto em comum: comprovar que as sentenças judiciais deveriam ser guiadas por fatos, e não pelo acaso. No entanto, os testes revelaram que até mesmo fatores irrelevantes e expressamente aleatórios são capazes de conduzir o raciocínio do juiz, ainda que tenham sido orientados a não se deixarem influenciar por esses dados. Esses efeitos foram demonstrados, tanto por profissionais jovens e inexperientes, quanto por juízes e procuradores com larga experiência no campo decisório¹⁹¹.

No contexto do Direito brasileiro, Leal e Ribeiro¹⁹² realizaram estudo avaliando os efeitos da heurística da ancoragem em dois Juizados Especiais Cíveis do Rio de Janeiro, entre os anos de 2004 e 2015. Os autores fizeram uma correlação entre os valores das causas (por não terem acesso aos valores efetivamente pedidos pelos autores) e os valores determinados em sentença pelo juiz. A partir disso, procuraram testar a hipótese de que os juízes costumam produzir julgamentos intuitivos, baseando-se na heurística da ancoragem para a estipulação de valor de indenização por danos morais.

A pesquisa realizada permitiu a constatação de que a heurística se manifesta com maior intensidade nos processos com valores mais baixos. De acordo com os autores,

Como esses processos tratam de litígios de baixo valor, o que pode estar ocorrendo é que pedidos mais altos acabam chamando mais a atenção dos juízes, de certa forma imunizando-os de efeitos de ancoragem, tendo em vista a sua própria experiência na apreciação de casos concretos, que revelaria não existir necessariamente relação entre pedidos elevados e os danos efetivamente comprovados.¹⁹³

¹⁹⁰ ENGLISH, Birte; MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. Playing dice with criminal sentences: the influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making. **Personality and Social Psychology Bulletin**, [s.l.], v. 32, n. 2, p. 188-200, fev. 2006, p. 196-197.

¹⁹¹ ENGLISH, Birte; MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. Playing dice with criminal sentences: the influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making. **Personality and Social Psychology Bulletin**, [s.l.], v. 32, n. 2, p. 188-200, fev. 2006, p. 197.

¹⁹² LEAL, Fernando; RIBEIRO, Leandro Molhano. O direito é sempre relevante? Heurística de ancoragem e fixação de valores indenizatórios em pedidos de dano moral em juizados especiais do Rio de Janeiro. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 10, n. 35, p. 253-284, jul./dez. 2016.

¹⁹³ LEAL, Fernando; RIBEIRO, Leandro Molhano. O direito é sempre relevante? Heurística de ancoragem e fixação de valores indenizatórios em pedidos de dano moral em juizados especiais do Rio de Janeiro. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 10, n. 35, p. 253-284, jul./dez. 2016, p. 273.

Os autores da pesquisa explicam que a redução dos custos em ações do Juizado Especial Cível, bem como a inexistência de sucumbência em primeira instância, pode levar as partes a fazerem pedidos com valores muito próximos ao teto de 40 salários mínimos. Ademais, os proponentes do pedido de danos morais podem requerer valores mais altos porque, de acordo com Leal e Ribeiro¹⁹⁴, “do ponto de vista do autor da ação, teria a suposta vantagem de oferecer ao julgador automaticamente uma margem mais ampla para fixar sobretudo valores de danos morais nos limites das particularidades do caso”.

No entanto, a pesquisa observou que é possível que a utilização de valores muito altos para a ancoragem do magistrado não apresente resultados significativos, uma vez que a prática profissional dos juízes, envolvendo o julgamento reiterado de casos semelhantes, frequentemente neutraliza esses efeitos sobre o seu raciocínio. Nesse contexto, Leal e Ribeiro¹⁹⁵ identificaram que, quanto maior o pedido apresentado pelo autor da ação, menor é a sua proporcionalidade em relação ao valor de condenação.

Sendo assim, a pesquisa constatou que a proporcionalidade entre o valor da ação e o valor deferido pelo juiz é maior em ações com valor menor do que 20 salários mínimos – o que geralmente está associado à ausência de advogados, uma vez que o acompanhamento dessas ações por advogados raramente apresenta valor da causa próximo a 20 salários mínimos. De acordo com Leal e Ribeiro¹⁹⁶, “uma possível explicação para esse dado seria alguma presunção por parte dos magistrados de maior confiabilidade na quantificação dos danos proposta pelos autores das ações na região em que a legislação não exige a presença de advogado”.

As conclusões da pesquisa demonstraram que, nos casos em que não se verifica a influência da heurística da ancoragem sobre a decisão judicial, podem-se verificar elementos igualmente perigosos à imparcialidade das decisões – por exemplo, pelo fato de o magistrado neutralizar a heurística da ancoragem pelo descarte das diferenças entre os processos judiciais, julgando todos de forma homogênea, pela uniformização ou tabelamento das indenizações por danos morais. Nesse contexto, os autores afirmam que “justifica-se, por um lado, a não influência de âncoras sobre as decisões, mas, por outro, não se descarta a possibilidade de

¹⁹⁴ LEAL, Fernando; RIBEIRO, Leandro Molhano. O direito é sempre relevante? Heurística de ancoragem e fixação de valores indenizatórios em pedidos de dano moral em juizados especiais do Rio de Janeiro. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 10, n. 35, p. 253-284, jul./dez. 2016, p. 274.

¹⁹⁵ LEAL, Fernando; RIBEIRO, Leandro Molhano. O direito é sempre relevante? Heurística de ancoragem e fixação de valores indenizatórios em pedidos de dano moral em juizados especiais do Rio de Janeiro. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 10, n. 35, p. 253-284, jul./dez. 2016, p. 274.

¹⁹⁶ LEAL, Fernando; RIBEIRO, Leandro Molhano. O direito é sempre relevante? Heurística de ancoragem e fixação de valores indenizatórios em pedidos de dano moral em juizados especiais do Rio de Janeiro. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 10, n. 35, p. 253-284, jul./dez. 2016, p. 275.

prescrições jurídicas seguirem sendo pouco importantes para a tomada de decisão”¹⁹⁷.

Guthrie, Rachlinski e Wistrich¹⁹⁸ sugerem, como forma de evitar decisões judiciais equivocadas da heurística da ancoragem, a divisão dos processos entre dois juízes, para que a sentença seja dada sem a vinculação de informações que não deveriam integrar o raciocínio jurisdicional. Nesse sentido, afirmam:

O sistema de justiça também pode tomar medidas processuais para limitar a exposição dos juízes a estímulos que podem desencadear o pensamento intuitivo. Isso pode ser feito de várias maneiras, mas achamos que a abordagem mais promissora é que os tribunais expandam o uso do que chamamos de “tomada de decisão dividida”. A título de ilustração, considere o primeiro estudo de ancoragem descrito acima, no qual uma demanda absurda de US \$ 10 milhões feita em uma conferência de liquidação influenciou as indenizações por danos dos juízes. Ao dividir a tomada de decisão entre os juízes - por exemplo, atribuindo funções gerenciais a um juiz e funções judiciais a outro - o sistema de justiça pode impedir que tal âncora influencie a determinação de danos por um juiz de primeira instância. O sistema de justiça também poderia atingir esse fim separando a autoridade de tomada de decisão entre juiz e júri - por exemplo, expondo o juiz, mas não os jurados, a provas inadmissíveis potencialmente enganosas. De maneira mais geral, essa estratégia de tomada de decisão dividida provavelmente protegerá o juiz final de vários estímulos que provavelmente induzirão uma tomada de decisão intuitiva e baseada em heurística. (tradução nossa)¹⁹⁹

Importante o registro dessa última hipótese a título informativo, mas, obviamente, tratando-se de litigância brasileira, não é possível cogitar a ideia de existir um juiz para instrução e outro para decidir, pois, operacionalmente, a medida não pode ser concretizada. O país tem déficit de juízes, imenso acervo de processos ativos, taxas de congestionamento processual alarmantes e várias comarcas de vara única (muitas sem juiz titular). Para cindir as atividades judicantes, como proposto, necessariamente, haveria necessidade de um número maior de magistrados (principalmente, em comarcas de vara única), o que se apresenta

¹⁹⁷ LEAL, Fernando; RIBEIRO, Leandro Molhano. O direito é sempre relevante? Heurística de ancoragem e fixação de valores indenizatórios em pedidos de dano moral em juizados especiais do Rio de Janeiro. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 10, n. 35, p. 253-284, jul./dez. 2016, p. 281.

¹⁹⁸ GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases. **Cornell Law Review**, Ithaca, NY, v. 93, n. 1, p. 1-43, 2007, p. 42.

¹⁹⁹ The justice system might also take procedural steps to limit judges' exposure to stimuli that are likely to trigger intuitive thinking. This might be done in several ways, but we think the most promising approach is for courts to expand their use of what we call “divided decision making”. By way of illustration, consider the first anchoring study described above, in which a preposterous \$10 million demand made at a settlement conference influenced judges' damage awards. By dividing decision making between judges – for example, by assigning managerial functions to one judge and adjudicative functions to another – the justice system could prevent such an anchor from influencing a trial judge's determination of damages. The justice system could also achieve this end by separating decision-making authority between judge and jury – for example, by exposing the judge, but not the jurors, to potentially misleading inadmissible evidence. More generally, this divided decision-making strategy is likely to shield the ultimate adjudicator from various stimuli that are likely to induce intuitive, heuristic-based decision making. (GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases. **Cornell Law Review**, Ithaca, NY, v. 93, n. 1, p. 1-43, 2007, p. 42).

impraticável no cenário atual de crise financeira que assola a economia.

Todavia, importante é que, a partir dos resultados apresentados por todos esses estudos empíricos sobre a influência desta heurística no processo decisório, não restam dúvidas quanto à dificuldade de os indivíduos se desvencilharem dos efeitos que a ancoragem produz sobre os próprios – haja vista que se manifestam tanto de forma automática, pelo Sistema 1, quanto a partir de raciocínios desenvolvidos pelo Sistema 2. O impacto do “priming” sobre a mente humana indica que “nossos pensamentos e nosso comportamento são influenciados, muito mais do que sabemos ou queremos, pelo ambiente do momento”²⁰⁰.

Sendo assim, por mais que as pessoas estejam cientes da existência de âncoras, muitas vezes não têm condições de compreender a forma como atuam em seu raciocínio – até mesmo por não conseguirem entender qual seria o seu pensamento, se esse elemento não existisse. A única possibilidade de se afastar a heurística da ancoragem, portanto, é a desconfiança sobre qualquer número apresentado para o desenvolvimento de um raciocínio, presumindo-se que irá concretizar seus efeitos de âncora sobre o julgamento. Diante disso, deve-se buscar a “ativação” do Sistema 2, no intuito de combater decisões enviesadas a partir desses elementos questionáveis²⁰¹.

Destarte, é importante conhecer a heurística da ancoragem, de modo que o reconhecimento do caráter participativo (cooperativo) do processo possa ser vislumbrado pelos atores processuais, como forma de proporcionar que as decisões exaradas no momento da valoração da prova sejam mais deliberativas e menos intuitivas, para que “não se caia na tentação de uma solução pronta”²⁰².

Do exposto, verifica-se que as heurísticas (simplificações mentais) levam aos denominados vieses cognitivos, que são as inclinações e tendências de pensamento decorrentes de ideias prévias, de pré-compreensões e pré-concepções, apresentando-se como falhas cognitivas que levam a um pensamento tendencioso, que desrespeita o princípio da imparcialidade e, portanto, contraria a perspectiva do processo sob a ótica democrática que deve permear a fase de valoração probatória.

Além dos vieses já mencionados quando do estudo das heurísticas, chegada a hora de pormenorizar, na sequência, aqueles que mais afetam a atividade jurisdicional, especificamente

²⁰⁰ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 163.

²⁰¹ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 163.

²⁰² WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. **Vieses da Justiça**. Como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. Florianópolis: JusPodivm, 2018, p. 63.

no tocante à valoração da prova, quais sejam: viés de confirmação, viés de grupo, viés de aversão à perda, viés de status quo, viés de trancamento e viés de retrospectiva.

2.3.4 Viés de confirmação

O viés de confirmação descreve a busca do agente julgador por informações que confirmem sua tese, em detrimento de hipóteses que venham a questionar seus pensamentos e opiniões, ou seja, estabelece que os indivíduos estão em constante busca por elementos que possam fundamentar suas crenças prévias²⁰³.

No mesmo sentido, Rodríguez e Navarro discorrem a respeito do viés de confirmação, afirmando que:

Esse processo mental é caracterizado pela tendência do sujeito em filtrar as informações que recebe, de tal forma que, inconscientemente, busca e supervaloriza as evidências e argumentos que confirmam sua própria posição inicial, ignorando e não avaliando as evidências e argumentos que não endossam a mesma. (tradução nossa)²⁰⁴

A construção desse processo confirmatório inicia-se com as impressões intuitivas do Sistema 1, tratadas no tópico 2.1 deste capítulo. Não por acaso, Kahneman descreve esse sistema como uma “máquina de tirar conclusões precipitadas”²⁰⁵, que, por meio de operações automáticas, tende a acreditar em uma afirmação que lhe é passada, criando a melhor interpretação possível a seu respeito.

Constata-se a influência desse fenômeno, por exemplo, na ocorrência do efeito halo – ou seja, na “tendência a gostar (ou desgostar) de tudo que diz respeito a uma pessoa” incluindo coisas que você não observou”²⁰⁶. Trata-se de uma atuação do Sistema 1, que é propício a representar o mundo de forma simplista, tentando atribuir coerência a fatores que, muitas vezes, não mereceriam.

²⁰³ SPANGLER, Brian M. Heads I win, tails you lose: the psychological barriers to economically efficient civil settlement and a case for third-party mediation. **Wisconsin Law Review**, Madison: Universidade de Wisconsin-Madison, v. 2012, n. 6, p. 1435-1465, dez. 2012, p. 1444.

²⁰⁴ Este proceso mental se caracteriza por la tendencia del sujeto a filtrar una información que recibe, de manera que, de forma inconsciente, busca y sobrevalora las pruebas y argumentos que confirman su propia posición inicial al mismo tiempo que ignora y no valora las pruebas y argumentos que no respaldan la misma. (RODRÍGUEZ, Paola Iliana De la Rosa; NAVARRO, Víctor David Sandoval. Los sesgos cognitivos y su influjo en la decisión judicial. Aportes de la Psicología Jurídica a los procesos penales de corte acusatorio. **Revista Derecho Penal y Criminología**, Bogotá, v. 37, n. 102, p. 141-164, jan./jun. 2016).

²⁰⁵ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 103-105.

²⁰⁶ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 107.

Nesse contexto, Kahneman²⁰⁷ relata, a partir de estudos realizados por Gilbert, que mesmo uma afirmação notoriamente desprovida de sentido leva a mente humana a um exercício associativo, em busca de ligações e referências entre as informações passadas.

O ato de desacreditar nessa informação é uma atividade deliberativa do Sistema 2 – e, por isso, sujeita-se às suas falhas de processamento, caso ele se encontre sobrecarregado. Em outras palavras, o Sistema 2 atua de forma seletiva e preguiçosa, sendo comum que deixe de averiguar a validade de uma afirmação quando está concentrado em outra tarefa²⁰⁸.

Após desenvolver uma série de testes sobre a dificuldade da mente humana em desacreditar de informações falsas em determinadas circunstâncias, Gilbert, Krull e Malone²⁰⁹ concluíram que a compreensão da realidade abstrata segue as mesmas regras da realidade concreta. Concretamente, sabe-se que um motorista dirigindo em local desértico geralmente acredita primeiro em seus olhos, ao ver uma mancha de óleo na estrada, e, somente depois, desacredita nessa informação, ao perceber que se trata apenas de uma miragem.

Os pesquisadores identificaram que as informações comunicadas de uma pessoa para outra não são muito diferentes das informações obtidas diretamente pelos seus próprios sentidos – ou seja, em ambos os casos, a mente humana pode aceitar a informação imediatamente e, somente algum tempo depois, poderá identificá-la como falsa ou ilusória²¹⁰. Nas palavras dos pesquisadores, “esta discussão sugere que encontrar uma ideia pode ser muito parecido com encontrar um objeto – uma noção fortemente implícita nas metáforas perceptivas concretas que as pessoas comuns usam para descrever sua compreensão de ideias abstratas” (tradução nossa)²¹¹.

Essa memória associativa, que busca referências capazes de confirmar a crença inicial do Sistema 1, descamba no viés de confirmação que ora se alude, na busca por justificativas para conferir validade ao pensamento prévio. Kahneman²¹² esclarece que “uma busca

²⁰⁷ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 105.

²⁰⁸ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 106.

²⁰⁹ GILBERT; Daniel T.; KRULL, Douglas S.; MALONE; Patrick S. Unbelieving the unbelievable: some problems in the rejection of false information. **Journal of Personality and Social Psychology**, Washington, DC, v. 59, n. 4, p. 601-613, out. 1990.

²¹⁰ GILBERT; Daniel T.; KRULL, Douglas S.; MALONE; Patrick S. Unbelieving the unbelievable: some problems in the rejection of false information. **Journal of Personality and Social Psychology**, Washington, DC, v. 59, n. 4, p. 601-613, out. 1990.

²¹¹ This discussion suggests that encountering an idea may be very much like encountering an object – a notion strongly implied by the concrete perceptual metaphors that ordinary folk use to describe their comprehension of abstract ideas. (GILBERT; Daniel T.; KRULL, Douglas S.; MALONE; Patrick S. Unbelieving the unbelievable: some problems in the rejection of false information. **Journal of Personality and Social Psychology**, Washington, DC, v. 59, n. 4, p. 601-613, out. 1990, [s.p.].

²¹² KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio

deliberada por evidência confirmadora, conhecida como estratégia de teste de positivo (positive test strategy), é também o modo como o Sistema 2 testa uma hipótese”, sempre buscando evidências que tenham maior probabilidade de mostrar que o argumento é compatível, em vez do contrário, e aconselhável, que é tentar refutar a hipótese.

Como exemplo de manifestação do viés de confirmação no contexto jurídico, tem-se a tendência de a memória de uma testemunha ser distorcida por suas concepções²¹³. Isso ocorre especialmente com testemunhas oculares e pode implicar em erros graves no decorrer do processo – levando-as, por exemplo, a apontar pessoa inocente como culpada pelo crime que esteja testemunhando, por representar padrão estético ou cultural mais associado às estatísticas criminais da região, ou a narrar a ocorrência de determinado fato jurídico apenas por ter visto os sujeitos se portarem dentro do padrão de comportamento de alguém que está fechando negócio, sem, contudo, ter participado de qualquer tratativa.

Até mesmo em área que se apresenta como precisa, como a identificação de impressões digitais²¹⁴, estudos constataram a presença do viés confirmatório, a ponto de Kassin, Dror e Kukucka²¹⁵ concluírem que esses erros, que envolvem crenças preexistentes, expectativas, motivos e contexto situacional de um indivíduo, acabam influenciando a coleta, a percepção e a interpretação das evidências de um processo pelos peritos responsáveis.

E se o viés de confirmação traz complexidade na identificação de impressões digitais, o que dizer acerca de seu impacto sobre uma investigação criminal em si, interferindo diretamente na busca de provas que venham a infirmar as hipóteses previamente colhidas sobre uma cena de crime.

Kassin, Dror e Kukucka²¹⁶ relatam julgamento ocorrido em março de 2004, no qual uma série de bombas foram lançadas em trens da cidade de Madri, causando a morte de 191 pessoas e o ferimento de outras 1.800. Após encontrar uma bolsa com explosivos detonantes, na qual foram identificadas impressões digitais, o “Federal Bureau of Investigation” (FBI) atribuiu a autoria do crime a Brandon Mayfield, muçulmano americano que constava em lista de observação desde o atentado terrorista de sete de setembro de 2001 – ocasionando, assim, sua

de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 106.

²¹³ EYSENCK, Michael W.; KEANE, Mark T. **Manual de psicologia cognitiva**. Tradução de Luís Fernando Marques Dorvillé e Sandra Maria Mallmann da Rosa. 7. ed. Porto Alegre: Artmed, 2017, p. 731.

²¹⁴ EYSENCK, Michael W.; KEANE, Mark T. **Manual de psicologia cognitiva**. Tradução de Luís Fernando Marques Dorvillé e Sandra Maria Mallmann da Rosa. 7. ed. Porto Alegre: Artmed, 2017, p. 84.

²¹⁵ KASSIN, Saul M.; DROR, Itiel E; KUKUCKA, Jeff. The forensic confirmation bias: problems, perspectives, and proposed solutions. **Journal of Applied Research in Memory and Cognition**, [s.l.]: Elsevier, v. 2, p. 42-52, mar. 2013, p. 45.

²¹⁶ KASSIN, Saul M.; DROR, Itiel E; KUKUCKA, Jeff. The forensic confirmation bias: problems, perspectives, and proposed solutions. **Journal of Applied Research in Memory and Cognition**, [s.l.]: Elsevier, v. 2, p. 42-52, mar. 2013, p. 42.

condenação e prisão. A análise das impressões digitais seguiu o protocolo padrão do FBI e foi reavaliada por examinador da equipe de defesa, sendo unânime o entendimento de que o material, de fato, pertencia a Mayfield²¹⁷.

Investigações realizadas pelas autoridades espanholas, entretanto, comprovaram que, na verdade, as impressões condiziam com as digitais de Ouhnane Daoud, não havendo qualquer relação com Brandon Mayfield – o que obrigou o governo dos Estados Unidos a prestar pedido de desculpas formal, além de ocasionar o pagamento de dois milhões de dólares como indenização pela condenação injusta. O equívoco da análise do FBI teve grande contribuição do viés de confirmação sobre o conteúdo da análise empreendida, conforme demonstrou relatório do Escritório do Inspetor-Geral da instituição, após investigação interna voltada às falhas dos examinadores das impressões digitais²¹⁸.

Na referida investigação, foi possível identificar que a existência de algumas semelhanças entre as impressões coletadas e as digitais de Mayfield fizeram com que os examinadores esperassem encontrar detalhes adicionais que confirmassem essa tese inicial, movidos justamente pelo viés de confirmação²¹⁹. A questão é tão importante que, a partir disso, foi proposta uma alteração no sistema de verificação do FBI, a fim de neutralizar esse viés e evitar que examinadores dessem seu parecer amparados por laudos de outros peritos que o tenham feito anteriormente.

No relatório expedido sobre a investigação interna do FBI, registrou-se o seguinte:

A Equipe de Revisão Latente concluiu que os procedimentos de verificação existentes são informais e podem contribuir para um "viés de confirmação" devido ao conhecimento do verificador de que outro examinador no Laboratório já havia feito uma identificação. Em resposta, as equipes de revisão latente recomendaram que os procedimentos de verificação nos SOPs sejam modificados para exigir uma verificação "cega" por relatório de laboratório, em que o examinador inicial forneceria ao verificador uma impressão latente de engodo e um exemplar de engodo na verificação junto com a impressão latente e o exemplar que foram comparados pelo examinador inicial. Todas as outras identificações no caso seriam verificadas da maneira normal após a verificação cega ser concluída. Até 10 por cento dos pacotes de verificação cega envolveriam "contestar" as não identificações, para que o verificador soubesse que havia uma chance de que nenhuma das impressões em seu pacote tivesse sido correspondida anteriormente por outro examinador. Além disso, a prática atual de que as verificações são documentadas apenas pela assinatura do verificador seria modificada; todas as verificações deveriam ser documentadas usando

²¹⁷ KASSIN, Saul M.; DROR, Itiel E; KUKUCKA, Jeff. The forensic confirmation bias: problems, perspectives, and proposed solutions. **Journal of Applied Research in Memory and Cognition**, [s.l.]: Elsevier, v. 2, p. 42-52, mar. 2013, p. 42.

²¹⁸ KASSIN, Saul M.; DROR, Itiel E; KUKUCKA, Jeff. The forensic confirmation bias: problems, perspectives, and proposed solutions. **Journal of Applied Research in Memory and Cognition**, [s.l.]: Elsevier, v. 2, p. 42-52, mar. 2013, p. 42.

²¹⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Justiça. **A review of the FBI's handling of the Brandon Mayfield case**. 2006, p. 144.

os mesmos procedimentos usados por um examinador durante uma anotação de "identificação". (tradução nossa)²²⁰

Kassin, Dror e Kukucka²²¹ destacam que o viés de confirmação se manifestou, nesse caso do atentado aos trens de Madri, por uma série de inconsistências, como o fato de a impressão digital ser confrontada com as digitais de um alvo do governo americano, antes de ter sido analisada isoladamente, além de os examinadores terem acesso a informações contextuais sobre o caso e de serem cobrados por uma solução urgente.

Como não poderia deixar de ser, as divergências na colheita e análise probatória são comuns no Direito por um fator básico: sua grande maioria é feita por meio de atividade humana – e, por isso, submete-se a todas as falhas e vieses que são inerentes ao raciocínio humano. Eventuais similaridades entre impressões digitais, como visto, são percebidas a partir da análise subjetiva de examinadores designados para essa tarefa, que irão verificar se os padrões são suficientemente similares às amostras coletadas²²².

O que esse estudo empírico demonstrou ainda é que, curiosamente, o resultado da análise das amostras de impressão digital costuma ser divergente em uma grande quantidade de casos, quando o mesmo material é entregue a dois examinadores diferentes. Assim, Kassin, Dror e Kukucka²²³ apontam que o viés confirmatório decorre do contato direto dos peritos com a polícia e com outros examinadores envolvidos no caso, somado à constante necessidade de reanálise da prova a pedido das partes ou dos agentes envolvidos na investigação. Com base nessas observações, os pesquisadores ressaltam que:

²²⁰ The Latent Review Team found that the existing verification procedures are informal and may contribute to "confirmation bias" due to the verifier's knowledge that another examiner in the Laboratory had already made an identification. In response, the Latent Review Teams recommended that the verification procedures in the SOPs be modified to require one "blind" verification per Laboratory report, in which the initial examiner would provide the verifier with a decoy latent print and decoy exemplar in the verification along with the latent print and exemplar that had been matched by the initial examiner. All other identifications in the case would be verified in the normal manner after the blind verification is completed. Up to 10 percent of the blind verification packages would involve "challenging" non-identifications, so that the verifier would know there was a chance that none of the prints in his package had previously been matched by another examiner. In addition, the current practice that verifications are documented solely by the verifier's signature would be modified; all verifications would be required to be documented using the same procedures used by an examiner during an "identification" annotation. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Justiça. **A review of the FBI's handling of the Brandon Mayfield case**. 2006, p. 204).

²²¹ KASSIN, Saul M.; DROR, Itiel E; KUKUCKA, Jeff. The forensic confirmation bias: problems, perspectives, and proposed solutions. **Journal of Applied Research in Memory and Cognition**, [s.l.]: Elsevier, v. 2, p. 42-52, mar. 2013, p. 43.

²²² KASSIN, Saul M.; DROR, Itiel E; KUKUCKA, Jeff. The forensic confirmation bias: problems, perspectives, and proposed solutions. **Journal of Applied Research in Memory and Cognition**, [s.l.]: Elsevier, v. 2, p. 42-52, mar. 2013, p. 43.

²²³ KASSIN, Saul M.; DROR, Itiel E; KUKUCKA, Jeff. The forensic confirmation bias: problems, perspectives, and proposed solutions. **Journal of Applied Research in Memory and Cognition**, [s.l.]: Elsevier, v. 2, p. 42-52, mar. 2013, p. 43.

A verificação de decisões forenses deve ser um processo mais controlado no qual procedimentos cegos e duplo-cegos são usados sempre que possível. Esses procedimentos exigiriam que o verificador não fosse informado da conclusão inicial; se possível, que o verificador não saiba quem foi o examinador; e que o examinador não selecione o verificador (prática comum em muitos laboratórios). As verificações interlaboratoriais também são aconselháveis para fornecer um meio independente de verificar a adequação do trabalho forense inicial. (tradução nossa)²²⁴

Em seu estudo Kassin, Dror e Kukucka²²⁵ sugerem até mesmo o treinamento adequado dos investigadores forenses, incluindo o ensino de Psicologia básica, especialmente, em relação aos métodos experimentais, ao estudo de percepções, julgamentos e processos decisórios.

No campo jurídico, os juízes e demais atores processuais devem estar cientes de que o material probatório, por vezes, está contaminado pelo viés confirmatório do agente que colheu a prova.

Mas não é apenas isso. Há que se cogitar também que o julgador pode escolher a hipótese que melhor se adapta às suas crenças para, em seguida, escolher os elementos probatórios que a justifiquem em detrimento daqueles que a rechacem, mormente, quando o que está em jogo é uma decisão liminar proferida anteriormente. Lopes e Delfino²²⁶ chamaram atenção para esse problema da confirmação das liminares nos seguintes termos:

O juiz da liminar tende a confirmá-la em sua sentença: o julgador está sujeito a predisposição automática (confirmation bias) que o leva a, inconscientemente, sobrelevar provas e argumentos que confirmem sua posição inicial. Ele é conduzido a ignorar (ou não valorar) provas e argumentos contrários à mesma posição inicial.

O reconhecimento do caráter participativo e policêntrico do processo democrático, que tem no contraditório seu princípio constitutivo e estruturante, exige a revisão dos fundamentos da legitimidade da autoridade jurisdicional para impedir que a gestão das provas ocorra sem a participação das partes para fiscalizar a observância do princípio da

²²⁴ The verification of forensic decisions should be a more controlled process in which blind and double-blind procedures are used whenever possible. Such procedures would require that the verifier is not informed of the initial conclusion; if possible, that the verifier does not know who the examiner was; and that the examiner does not select the verifier (a common practice in many laboratories). Cross-laboratory verifications are also advisable to provide an independent means of checking on the propriety of the initial forensic work. (KASSIN, Saul M.; DROR, Itiel E; KUKUCKA, Jeff. The forensic confirmation bias: problems, perspectives, and proposed solutions. **Journal of Applied Research in Memory and Cognition**, [s.l.]: Elsevier, v. 2, p. 42-52, mar. 2013, p. 49).

²²⁵ KASSIN, Saul M.; DROR, Itiel E; KUKUCKA, Jeff. The forensic confirmation bias: problems, perspectives, and proposed solutions. **Journal of Applied Research in Memory and Cognition**, [s.l.]: Elsevier, v. 2, p. 42-52, mar. 2013, p. 49-50.

²²⁶ DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. Streck, Fonseca Costa, Kahneman e Tversky: todos contra o ativismo judicial probatório de Michele Taruffo. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 41, v. 255, p. 141-166, maio 2016, p. 15.

imparcialidade.

No mais, não é possível se debruçar sobre o próximo item, sem trazer a lume a manifestação do viés de confirmação na busca de precedentes pelos operadores do Direito – frequentemente, realizada com a simples intenção de validar uma opinião que o sujeito já tenha formado a respeito do assunto em pauta. Essa é uma prática comum na atividade advocatícia, entretanto, quando o operador em questão é o magistrado incumbido do dever de julgar com atenção ao devido processo, assegurados, a ampla defesa e o contraditório – art. 5º, LV e LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) –, torna-se um problema, efetivando-se, por exemplo, em circunstâncias nas quais um juiz busca por um precedente que esteja de acordo com sua opinião, embora esteja em completo desacordo com a jurisprudência nacional²²⁷.

Nessas circunstâncias, Silva²²⁸ aponta que as referências que sustentam a argumentação do juiz na prolação de sua sentença são sortidas, sem manifestarem, de fato, uma posição do órgão jurisdicional, demonstrando apenas opiniões pessoais dos magistrados que atuam em seu nome. Isso prejudica não apenas as decisões proferidas individualmente, de forma quase aleatória, conforme a posição pessoal do juiz designado para o julgamento do caso, mas também o próprio sistema de formação de precedentes no país, que visa a uniformizar a jurisprudência relacionada a determinados temas.

Nesse contexto, Silva alerta que:

De fato, a citação de jurisprudência, que não é propriamente um precedente fixado, é capciosa, uma vez que é possível invocar tantos “precedentes” quanto são os números de argumentos já ventilados no judiciário, em variados sentidos.

Não se percebe, no geral, uma preocupação dos magistrados em driblar sua parcialidade interna através da construção de um raciocínio de análise, comparação e real estudo de casos prévios. Grande parte das decisões refletem saltos de lógica inseridos em momentos selecionados para que os magistrados possam confirmar e justificar suas crenças. As fundamentações das decisões judiciais no Brasil são, em grande medida, determinadas pelo viés da confirmação.²²⁹

Diante disso, percebe-se que a atuação dos juízes, tanto na formação, quanto na aplicação de precedentes, pode ensejar uma série de problemas relacionados à manifestação de

²²⁷ SILVA, Priscilla Regina da. O conveniente uso dos precedentes nas decisões de liberdade de expressão e o viés da confirmação. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, v. 10, n. 2, p. 139-160, jul./dez. 2016, p. 155.

²²⁸ SILVA, Priscilla Regina da. O conveniente uso dos precedentes nas decisões de liberdade de expressão e o viés da confirmação. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, v. 10, n. 2, p. 139-160, jul./dez. 2016, p. 155.

²²⁹ SILVA, Priscilla Regina da. O conveniente uso dos precedentes nas decisões de liberdade de expressão e o viés da confirmação. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, v. 10, n. 2, p. 139-160, jul./dez. 2016, p. 155.

vieses em suas decisões. A prática de buscar por precedentes favoráveis, muito frequente na advocacia que busca pelos argumentos que confirmem a tese jurídica que se pretende demonstrar, não pode alcançar também o Judiciário, que deverá utilizar o sistema de precedentes para tornar a jurisprudência mais coerente e ampliar a segurança jurídica do país – e não como instrumento confirmatório, com a intenção de manifestar as opiniões individuais dos magistrados a respeito dos temas sob sua análise.

2.3.5 Viés de grupo

Conforme afirma, Costa²³⁰, esse viés cognitivo é qualificado pela homogeneização de ações e opiniões de indivíduos que fazem parte de um mesmo grupo, tão somente por pertencerem a esse, sem que haja uma reflexão individual sobre a temática levada à sua análise. Sua manifestação pode ser positiva ou negativa e pode decorrer do pertencimento ou não de uma pessoa a determinado grupo.

Nesse contexto, Costa²³¹ ressalta que a identificação social é um fator que pode levar os indivíduos a não pensarem de forma individual, mas a se posicionarem conforme um conjunto de pessoas com o qual se identifiquem de alguma forma. Sendo assim, afirma que o viés de grupo é “o tratamento preferencial que os membros de um grupo dão ao sujeito que a ele pertence”.

Para testar a ocorrência desse fenômeno e seu impacto no Judiciário, Zussman e Shayo²³² desenvolveram estudo em juizados de pequenas causas israelenses, entre os anos de 2000 e 2004 – período em que o terrorismo baseado na etnia era bastante intenso na região. O objetivo dos pesquisadores era averiguar as decisões proferidas por juízes judeus ou árabes, a partir da distribuição aleatória de processos – e foi possível concluir que uma causa seria 15% mais provável de ser aceita, se entregue ao julgamento de magistrado com a mesma etnia que o autor da ação.

O estudo foi desenvolvido a partir de cenário que deixasse evidente o viés de grupo – em princípio, porque os juizados de pequenas causas tratam de processos cíveis, com interesses

²³⁰ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, São Paulo, 2016, p. 118.

²³¹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, São Paulo, 2016, p. 118.

²³² ZUSSMAN, Asaf; SHAYO, Moses. Judicial ingroup bias in the shadow of terrorism. **The Quarterly Journal of Economics**, Oxford: Oxford University Press, v. 126, n. 3, p. 1447-1484, ago. 2011.

privados, nos quais o juiz deve decidir a quem irá alocar os recursos em discussão, podendo esses indivíduos pertencerem ou não ao grupo de identificação social do magistrado. Além disso, no contexto israelense da época, os grupos de identificação eram bastante evidentes, com grande distinção entre os árabes e os judeus²³³.

O período de aplicação dos testes foi marcado por ataques terroristas intensos, fundamentados justamente na etnia da população. Como o tempo e local de ocorrência desses ataques eram externos em relação ao processo legal, o estudo dos efeitos do viés de grupo a partir de identificação racial tornou-se mais viável, deixando evidente o favoritismo intragrupal²³⁴.

Zussman e Shayo²³⁵ destacam os fatores que levam um indivíduo a se sentir pertencente a determinado grupo, com o qual tem identificação social – considerando, para isso, os fatores preferência e similaridade, descritos da seguinte forma:

A identificação social é definida em termos de preferências: identificar-se com diferentes grupos significa ter diferentes preferências sobre os resultados. As preferências envolvem dois componentes. O primeiro é a situação dos vários grupos que existem na economia. Para os presentes propósitos, basta dizer que o status do grupo aumenta com os ganhos dos membros do grupo. O segundo componente é a similaridade percebida entre um indivíduo e os outros membros do grupo. Diz-se então que um indivíduo se identifica com o grupo J se (a) ela se preocupa com o status do grupo J; e (b) ela procura se assemelhar aos membros do grupo J: em equilíbrio, cada indivíduo se identifica com um dos muitos grupos aos quais pertence. Um fator crucial subjacente ao processo de identificação é a distância percebida: as pessoas são mais propensas a se categorizar como membros de um grupo quanto menor a diferença que percebem entre si mesmas e outros membros desse grupo. (tradução nossa)²³⁶

A partir dessa constatação e do exame das decisões judiciais proferidas pelos juízes árabes e judeus, os autores do experimento notaram que os magistrados que se identificam com o seu grupo étnico se inclinam a atender às demandas judiciais dos litigantes que também

²³³ ZUSSMAN, Asaf; SHAYO, Moses. Judicial ingroup bias in the shadow of terrorism. *The Quarterly Journal of Economics*, Oxford: Oxford University Press, v. 126, n. 3, p. 1447-1484, ago. 2011, p. 1447.

²³⁴ ZUSSMAN, Asaf; SHAYO, Moses. Judicial ingroup bias in the shadow of terrorism. *The Quarterly Journal of Economics*, Oxford: Oxford University Press, v. 126, n. 3, p. 1447-1484, ago. 2011, p. 1447-1448.

²³⁵ ZUSSMAN, Asaf; SHAYO, Moses. Judicial ingroup bias in the shadow of terrorism. *The Quarterly Journal of Economics*, Oxford: Oxford University Press, v. 126, n. 3, p. 1447-1484, ago. 2011, p. 1448.

²³⁶ Social identification is defined in terms of preferences: to identify with different groups means to have different preferences over outcomes. Preferences involve two components. The first is the status of the various groups that exist in the economy. For the present purposes it suffices to say that group status increases with the payoffs of group members. The second component is the perceived similarity between an individual and the other members of the group. An individual is then said to identify with group J if (a) she cares about the status of group J; and (b) she seeks to resemble the members of group J: In equilibrium, each individual identifies with one of the many groups she belongs to. A crucial factor underlying the identification process is perceived distance: people are more likely to categorize themselves as members of a group the smaller the difference they perceive between themselves and other members of that group. (ZUSSMAN, Asaf; SHAYO, Moses. Judicial ingroup bias in the shadow of terrorism. *The Quarterly Journal of Economics*, Oxford: Oxford University Press, v. 126, n. 3, p. 1447-1484, ago. 2011, p. 1447).

pertençam a esse grupo²³⁷.

Sendo assim, Zussman e Shayo chegaram à conclusão de que “uma reclamação tem uma probabilidade significativamente maior de ser aceita se atribuída a um juiz da mesma etnia do reclamante”, e que “esse viés aumenta com a intensidade do terrorismo nas proximidades do tribunal durante o período anterior à decisão” (tradução nossa)²³⁸.

Nota-se, portanto, que o excesso ou a falta de identificação do magistrado com determinado grupo pode impactar sobremaneira suas decisões ao longo do processo, levando-o a admitir ou valorar provas de forma distinta, em razão de quem as produziu, ou até mesmo a proferir sentença favorável ou desfavorável embasada nesses parâmetros extrajurídicos – que afastam o processo da melhor decisão.

O mesmo viés de grupo pode levar o juiz ainda a dar maior valor à análise pericial feita por um funcionário público, em detrimento de outro perito (assistente técnico) indicado pelos advogados – ainda que o laudo desse último apresente melhor fundamento ou qualidade técnica –, simplesmente por pertencer à área privada²³⁹.

2.3.6 Viés de aversão à perda

A aversão à perda²⁴⁰ é um conceito desenvolvido por Kahneman e Tversky no bojo da teoria da perspectiva²⁴¹, para explicar porque os indivíduos temem perder duas vezes mais do que a possibilidade de obter um ganho equivalente²⁴², ou, nas palavras de Eysenck e Keane²⁴³, é a “maior sensibilidade às possíveis perdas do que aos ganhos potenciais demonstrada pela maioria das pessoas no processo de tomada de decisão”.

²³⁷ ZUSSMAN, Asaf; SHAYO, Moses. Judicial ingroup bias in the shadow of terrorism. **The Quarterly Journal of Economics**, Oxford: Oxford University Press, v. 126, n. 3, p. 1447-1484, ago. 2011, p. 1464.

²³⁸ A claim is significantly more likely to be accepted if assigned to a judge of the same ethnicity as the plaintiff. Moreover, we find that this bias increases with the intensity of terrorism in the vicinity of the court during the period preceding the ruling. (ZUSSMAN, Asaf; SHAYO, Moses. Judicial ingroup bias in the shadow of terrorism. **The Quarterly Journal of Economics**, Oxford: Oxford University Press, v. 126, n. 3, p. 1447-1484, ago. 2011, p. 1464).

²³⁹ DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. Streck, Fonseca Costa, Kahneman e Tversky: todos contra o ativismo judicial probatório de Michele Taruffo. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 41, v. 255, p. 141-166, maio 2016, p. 17.

²⁴⁰ Kahneman descreve a aversão à perda como uma das características operantes do Sistema 1, refletindo uma manifestação rápida e automática do raciocínio humano – e que, por isso, pode estar sujeita a uma série de equívocos (KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 351).

²⁴¹ Para a psicologia cognitiva a Teoria da Perspectiva (ou Teoria do Prospecto) descreve o modo como as pessoas escolhem entre alternativas que envolvem risco, onde as probabilidades de resultados são incertas.

²⁴² Sobre o tema, ver KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Choices, values, and frames. **American Psychologist**, Washington, DC, v. 39, n. 4, p. 341-350, abr. 1984.

²⁴³ EYSENCK, Michael W.; KEANE, Mark T. **Manual de psicologia cognitiva**. Tradução de Luís Fernando Marques Dorvillé e Sandra Maria Mallmann da Rosa. 7. ed. Porto Alegre: Artmed, 2017, p. 566.

Spangler explica que o ser humano decide com base em um ponto referencial, de forma que:

Se for apresentado ao indivíduo um ganho em relação a esse ponto de referência, ele será avesso ao risco. Da mesma forma, se o indivíduo está enfrentando uma perda em relação ao ganho, ele estará em busca de risco. Por exemplo, diante de uma situação que envolve ganho, as pessoas geralmente escolhem obter um prêmio de \$ 100 que seja definitivo, ao invés de arriscar, com chance de 50%, a possibilidade de obter \$ 200. Por outro lado, tratando-se de uma situação que envolve perdas ou multa definitiva de \$ 100 frente a possibilidade de 50% de chance em zerá-la ou aumentá-la para \$ 200, a maioria das pessoas está disposta a jogar. A teoria econômica padrão sustenta que um tomador de decisão racional não deve ter preferência entre nenhuma das opções nesses dois cenários, uma vez que as utilidades esperadas permanecem as mesmas.

Em conjunto com essa noção, os tomadores de decisão tendem a valorizar mais as perdas do que os ganhos do mesmo montante. (tradução nossa)²⁴⁴

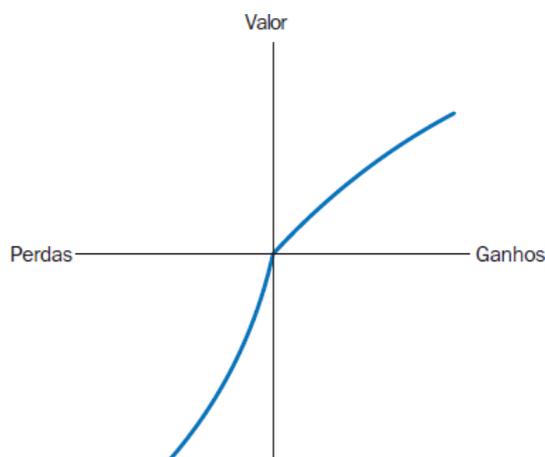
Note-se que as pessoas tendem a identificar um ponto de referência neutro (“nível de adaptação”) nas mais diversas situações – que, geralmente, reflete o seu estado atual. E esse ponto será levado em consideração para mensurar fenômenos posteriores – ou seja, o que estiver acima do referencial será considerado ganho, e o que estiver abaixo configurará perda. Além disso, esse estado neutro pode sofrer interferências do princípio da sensibilidade decrescente, onde, conforme podemos visualizar pela Figura 1 “a inclinação da função muda abruptamente no ponto de referência: a reação às perdas é mais forte do que a reação aos ganhos correspondentes”²⁴⁵, assumindo a forma de um “S”, côncava para ganhos e convexa para perdas.

²⁴⁴ If the individual is presented with a gain relative to that reference point, he will be risk-averse. Similarly, if the individual is facing a loss relative to the gain, he will be risk-seeking. For example, when facing the gain of a prize or award, people will generally choose a definite \$100 prize over a 50% chance of securing a \$200 prize. Conversely, when facing a 50% chance of a \$200 loss or fine or a definite \$100 fine, the majority of individuals are willing to gamble. Standard economic theory holds that a rational decision maker should have no preference between either option in these two scenarios, as the expected utilities remain the same.

In conjunction with this notion, decision makers tend to value losses more heavily than gains of the same amount. (SPANGLER, Brian M. Heads I win, tails you lose: the psychological barriers to economically efficient civil settlement and a case for third-party mediation. *Wisconsin Law Review*, Madison: Universidade de Wisconsin-Madison, v. 2012, n. 6, p. 1435-1465, dez. 2012).

²⁴⁵ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 352.

Figura 1 - Função hipotética de valor da teoria da perspectiva de Kahneman e Tversky



Fonte: EYSENCK, Michael W.; KEANE, Mark T. **Manual de psicologia cognitiva**. Tradução de Luís Fernando Marques Dorvillé e Sandra Maria Mallmann da Rosa. 7. ed. Porto Alegre: Artmed, 2017, p. 567.

Essa situação pode ser exemplificada com a seguinte experiência: mediante a entrega de uma moeda, deverá, uma pessoa, lançá-la e, se aparecer a face coroa, perderá 100 dólares, mas, se aparecer a face cara, ganhará 150 dólares. Kahneman²⁴⁶ questiona se essa aposta seria atraente, e, para se responder a esse questionamento, deve-se balancear os benefícios do ganho de 150 dólares e os malefícios da perda de 100 dólares. A maioria das pessoas, a partir de sugestões críticas feitas pelo Sistema 1, tende a recusar a proposta – o que aponta para o fato de que “as perdas assomam como maiores do que os ganhos e que as pessoas são avessas à perda”²⁴⁷.

É possível mensurar os níveis de aversão à perda, analisando-se, a partir dessa experiência, qual valor seria considerado válido para que uma pessoa se submetesse ao risco da derrota – e esse índice é bastante variável de acordo com as disposições pessoais. Um investidor do mercado financeiro, por exemplo, costuma tolerar perdas com mais facilidade do que investidores conservadores – dentre os quais, o valor médio, segundo Kahneman²⁴⁸, corresponde a índice de aproximadamente 1,5 a 2,5.

Existem, ainda, situações específicas nas quais a aversão à perda será muito maior ou menor do que as condições normais. Isso ocorre, por exemplo, quando os riscos apresentados são consideravelmente altos – ou seja, uma pessoa provavelmente se sujeitará ao risco da perda

²⁴⁶ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 353.

²⁴⁷ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 353.

²⁴⁸ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 353.

de dez dólares, mas recusará o risco da perda de dois mil dólares. Kahneman²⁴⁹ afirma que “o coeficiente de aversão à perda é muito grande em tais casos e pode até ser infinito – há riscos que você não vai aceitar, independentemente de quantos milhões possa se candidatar a ganhar se tiver sorte”.

Analisando esse viés no âmbito jurídico, Freitas²⁵⁰ afirma que a aversão à perda “pode ocorrer, por exemplo, quando o intérprete, com temor de perder discussão no colegiado, resolve aderir à maioria, sem resistência argumentativa, a despeito de convicções de princípio em contrário”, bem como na inércia de promover mudanças de posicionamento.

Nunes, Lud e Pedron²⁵¹ acrescentam que a aversão à perda se qualifica pela tendência de se evitar o enfrentamento de divergências, pelo receio da derrota, destacando que, por isso, podem ser produzidos julgamentos, a partir de uma visão política do processo²⁵², levando os magistrados a evitarem a prolação de decisões destoantes dos demais juízes, “como forma de prevenir que os outros julgadores divirjam de seu entendimento em situações que lhe sejam interessantes”²⁵³.

Por ensejar decisões que, muitas vezes, não trazem a melhor solução para o caso, esse viés causa uma série de problemas para realização de um processo verdadeiramente democrático, sendo crível afirmar que “esta característica de preservação do entendimento do grupo entre magistrados, em que pese ter fundamental importância do ponto de vista da integridade, estabilidade e coerência da jurisprudência, pode levar a efeitos deletérios de perda de dissenso interpretativo”²⁵⁴. Se não há a devida manifestação dos julgadores, com a real apresentação de seus entendimentos, o processo se resume a mera formalidade, o que dá margem ao questionamento da própria estrutura colegiada.

²⁴⁹ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 354.

²⁵⁰ FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 40, n. 130, p. 223-244, jun. 2013, p. 234.

²⁵¹ NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**. Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 120.

²⁵² Permitir que visões políticas sejam utilizadas como argumentos no processo se apresenta como um problema ainda maior hodiernamente, se considerada a proliferação de notícias falsas (as chamadas “fake News”) pelas redes sociais, somada aos movimentos que põem em xeque o conhecimento científico, como, por exemplo, os que negam o aquecimento global, o terraplanismo e o ceticismo quanto às vacinas, que insistem em infirmar até mesmo os números alarmantes da Pandemia de COVID-19 divulgados pela Organização Mundial de Saúde (OMS).

²⁵³ NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**. Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 121-122.

²⁵⁴ NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**. Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 124.

Freitas²⁵⁵ sugere que uma solução pode passar por “regular as emoções, de modo a exercitá-las, com proporcionalidade, para além dos apegos e temores ancestrais”, ou seja, tratando-se o viés de aversão à perda, de manifestação inconsciente e biológica que acomete todos os seres humanos, inclusive, o decisor, faz-se necessária especial vigilância de todos os atores processuais, para que decisões carregadas com essa falha sejam afastadas do processo²⁵⁶.

A aversão à perda fomenta a aversão ao dissenso, o que se manifesta na reverência do julgador aos seus pares mais antigos ou influentes; por expectativa do julgador de que suas decisões também sejam aceitas pelos outros julgadores (reciprocidade); para acelerar a duração do processo; para evitar o trabalho de redigir nova decisão; para impedir a tentativa de resgate do voto minoritário pela parte vencida por meio da técnica de superação da divergência – art. 942 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15)²⁵⁷ – e, no que interessa mais precisamente aos objetivos e problemas relacionados à presente pesquisa, na desconsideração dos argumentos das partes sobre as provas, não dando a devida valoração para os pontos que contrariem o seu ânimo emotivo de vitória pessoal, o que não é desejável.

²⁵⁵ FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 40, n. 130, p. 223-244, jun. 2013, p. 234.

²⁵⁶ Deve-se ressaltar, ainda, que Spangler aponta a mediação como ferramenta útil para a redução do viés de aversão à perda. Sob o efeito desse raciocínio enviesado, os litigantes envolvidos em processos judiciais convencionais podem se contentar com menos do que lhes seria cabível no caso concreto – especialmente, em relação aos demandantes, que costumam ser avessos aos riscos de potenciais ganhos –, e que se submetam a um processo judicial quando o acordo deveria ser a escolha mais racional, em termos econômicos – especialmente, em relação aos demandados, que costumam buscar riscos relacionados a possíveis perdas.

Nesse contexto, Spangler afirma que o mediador poderá alterar os pontos de referência a partir dos quais os litigantes estariam dispostos a converter o processo jurisdicional em uma possibilidade de solução consensual – fazendo com que essa medida seja vista pelas partes como uma possibilidade de ganho, e não de perda. O autor ressalta que a apresentação de uma suposta perda como ganho impacta na superação de vieses de aversão à perda pelos litigantes, produzindo resultados economicamente mais eficientes (SPANGLER, Brian M. Heads I win, tails you lose: the psychological barriers to economically efficient civil settlement and a case for third-party mediation. **Wisconsin Law Review**, Madison: Universidade de Wisconsin-Madison, v. 2012, n. 6, p. 1435-1465, dez. 2012, p. 1449-1450).

Por outro lado, Ghedini Neto destaca que, em decorrência da aversão à perda, as partes podem firmar acordos que lhes garantam valores inferiores do que o processo judicial poderia lhes assegurar – especialmente, em razão do receio de se sujeitarem a riscos imprevisíveis da prolação de sentença pelo juiz competente. Além disso, raciocínio semelhante pode levar uma das partes a desistir do processo judicial, quando convencida de que a sua permanência poderia acarretar perdas relevantes, capazes de exceder eventual sucesso na sentença final.

A partir disso, o autor aponta que os acordos entre os litigantes devem ser, de fato, estruturados entre si, para que não se sujeitem às imposições de apenas uma das partes. Alguns advogados especializados e litigantes habituais costumam usar como argumento a demora processual e os riscos de improcedência, a fim de causar insegurança à outra parte e condicioná-la ao aceite de uma proposta. A partir disso, essas pessoas “se utilizam da estratégia de trabalhar com o risco de perda, manifesto na possibilidade do pedido não ser acolhido, bem como no fator tempo, como ativo que causa insegurança e angústia à parte contrária” (GHEDINI NETO, Armando. **A oralidade e o viés cognitivo no processo jurisdicional democrático**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2019, p. 218).

²⁵⁷ VIOLIN, Jordão. Onde está a segurança jurídica? Colegialidade, polarização de grupo e integridade nos tribunais. **Revista dos Tribunais online**, [s.l.]: Thompson Reuters, v. 268, p. 407-433, jun. 2017.

2.3.7 Viés de status quo

A ideia de status quo²⁵⁸ tem por pressuposto manter as coisas no estado em que se encontram, sem demandar qualquer raciocínio para modificação de uma decisão anterior. No contexto dos vieses cognitivos, o status quo alinha-se ao entendimento de que o agente julgador não precisará voltar seus esforços cognitivos à análise de uma questão, por se deparar com um raciocínio previamente fixado a seu respeito, que lhe é suficiente para a solução do problema.

Isso ocorre, especialmente, quando uma pessoa é colocada diante de algumas situações alternativas – e, a partir do entendimento enviesado, tende a manter a posição que já havia sido consolidada. Nunes, Lud e Pedron²⁵⁹ afirmam, que “ao escolher entre opções, uma já existente e outra ainda inexistente, é notável a tendência de que as pessoas prefiram aderir à que representa o status quo”.

Conforme abordado no item anterior Kahneman e Tversky²⁶⁰ constataram que as pessoas costumam tomar decisões com base nas possíveis perdas, ganhos ou na obtenção de resultados neutros. Sendo assim, o status quo é frequentemente utilizado, por exemplo, como ponto referencial para a medição de ganhos ou perdas em uma aposta. Nesse sentido, os autores alegam o seguinte: “muitos problemas de decisão assumem a forma de uma escolha entre manter o status quo e aceitar uma alternativa a ele, o que é vantajoso em alguns aspectos e desvantajoso em outros” (tradução nossa)²⁶¹.

O viés de status quo, nesse sentido, relaciona-se com a ideia de aversão à perda, estudado no item anterior, servindo como referência para o que será configurado como ganho ou perda em relação ao padrão original. Sendo assim, Kahneman e Tversky²⁶² afirmam que, como as perdas geralmente parecem mais intensas do que os ganhos, as pessoas tendem a tomar decisões que preservem o status quo. “Em geral, a aversão à perda favorece a estabilidade sobre a

²⁵⁸ Com origem no latim, a expressão “status quo” significa “no mesmo estado de antes” ou “o estado atual das coisas” e decorre de uma abreviação da expressão “in statu quo res erant ante bellum”, que, traduzida para o português, significa “no estado em que as coisas estavam antes da guerra”.

²⁵⁹ NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**. Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 115.

²⁶⁰ KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Choices, values, and frames. **American Psychologist**, Washington, DC, v. 39, n. 4, p. 341-350, abr. 1984, p. 342-343.

²⁶¹ Many decision problems take the form of a choice between retaining the status quo and accepting an alternative to it, which is advantageous in some respects and disadvantageous in others. (KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Choices, values, and frames. **American Psychologist**, Washington, DC, v. 39, n. 4, p. 341-350, abr. 1984, p. 348).

²⁶² KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Choices, values, and frames. **American Psychologist**, Washington, DC, v. 39, n. 4, p. 341-350, abr. 1984, p. 348.

mudança”²⁶³.

Kahneman²⁶⁴ trata do status quo a partir da teoria da perspectiva²⁶⁵, na qual a análise do ponto de referência é essencial para a determinação das perdas ou ganhos. O autor exemplifica essa situação a partir de um experimento, no qual uma pessoa precisará mergulhar a mão direita em uma bacia de água morna e a mão esquerda em uma bacia de água gelada e, posteriormente, deverá mergulhar ambas as mãos em uma bacia com água em temperatura ambiente. Nesse caso, embora inseridas em água com mesma temperatura, uma das mãos terá a sensação de calor, e a outra terá a sensação de frio.

Trata-se, segundo o autor, do “nível de adaptação” – que, em uma análise financeira por exemplo, pode ser representado pelo próprio status quo ou, ainda, por um resultado financeiro esperado ou pelo qual a pessoa se sentia no direito de receber. Nesse contexto, “resultados que são melhores do que os pontos de referência²⁶⁶ são ganhos. Abaixo do ponto de referência eles são perdas”²⁶⁷.

Samuelson e Zeckhauser²⁶⁸ desenvolveram estudos empíricos para identificar os efeitos do viés do status quo nos processos decisórios. Para isso, entregaram questionários com diversas situações que exigiam a tomada de decisões pelos participantes, mediante a escolha de algumas alternativas. Sob o enquadramento neutro, as alternativas não continham rótulos específicos, e todas as opções estavam em pé de igualdade. Sob o enquadramento do status quo, uma das alternativas representava justamente essa condição, e as demais eram opções contrárias.

A partir da análise dos resultados, os pesquisadores notaram que os efeitos enviesantes eram bastante significativos. Nesse sentido, relataram o seguinte:

[...] O enquadramento do status quo mostrou ter efeitos previsíveis e significativos na tomada de decisão dos sujeitos. Os indivíduos exibiram um viés significativo de status

²⁶³ KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Choices, values, and frames. *American Psychologist*, Washington, DC, v. 39, n. 4, p. 341-350, abr. 1984, p. 348. Tradução livre. No original: “In general, loss aversion favors stability over change”

²⁶⁴ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 351.

²⁶⁵ Sobre a teoria da perspectiva, ver item 2.3.6.

²⁶⁶ A necessidade de um ponto de referência, somada ao princípio da sensibilidade decrescente – que considera, por exemplo, a diferença entre perder cem dólares em um montante de mil dólares e de perder o mesmo valor em um montante de duzentos dólares – e à aversão à perda, formam as características cognitivas que compõem a teoria da perspectiva delineada por Tversky e Kahneman – de grande valor para a compreensão do raciocínio humano, especialmente, nos processos decisórios (KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 350).

²⁶⁷ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 351.

²⁶⁸ SAMUELSON, William; ZECKHAUSER, Richard. Status quo bias in decision making. *Journal of Risk and Uncertainty*, Boston, v. 1, p. 7-59, 1988.

quo em uma série de decisões. O grau de parcialidade variou com a força da preferência discernível do indivíduo e com o número de alternativas no conjunto de escolha. Quanto mais forte era a preferência de um indivíduo por uma alternativa selecionada, mais fraca era a tendência. Quanto mais opções foram incluídas no conjunto de escolha, mais forte foi o viés relativo para o status quo. (tradução nossa)²⁶⁹.

Esse raciocínio enviesado fica evidente, por exemplo, em situação vivenciada pela Alemanha, diante da necessidade de realocação de uma cidade para dar efetividade a um projeto de mineração. Para isso, especialistas sugeriram à população diversos modelos de planejamento para a nova cidade, mas o layout escolhido pelos moradores foi o que basicamente reproduzia a cidade antiga – mesmo que esse projeto não tenha sido planejado, tratando-se de evolução natural construída ao longo dos séculos, sem qualquer estudo de viabilidade²⁷⁰.

Essa escolha está diretamente relacionada ao status quo, uma vez que a população optou por duplicar sua cidade – sem qualquer evidência da eficiência desse modelo –, em vez de experimentar um novo layout. Nesse contexto, Samuelson e Zeckhauser relatam:

O traçado histórico da cidade, devido pouco ou nada ao planejamento urbano, provavelmente será altamente ineficiente para a vida no século XX. No entanto, o plano antigo é preferido às alternativas presumivelmente superiores, mesmo quando o custo de mudança é insignificante. (tradução nossa)²⁷¹.

Buscando explicações para esse fenômeno, após a realização dos testes e estudo de seus resultados, Samuelson e Zeckhauser²⁷² constataram três hipóteses distintas: que o viés cognitivo é resultado do processo decisório racional diante de incertezas e custos de transição; que decorre de percepções cognitivas equivocadas; ou que provém de compromissos psicológicos relacionados à percepção de custos irrecuperáveis, evasão de arrependimento ou busca da consistência.

Em relação à primeira explicação, atestam que é evidente que, se uma decisão foi

²⁶⁹ [...] Status quo framing was found to have predictable and significant effects on subjects' decision making. Individuals exhibited a significant status quo bias across a range of decisions. The degree of bias varied with the strength of the individual's discernible preference and with the number of alternatives in the choice set. The stronger was an individual's preference for a selected alternative, the weaker was the bias. The more options that were included in the choice set, the stronger was the relative bias for the status quo. (SAMUELSON, William; ZECKHAUSER, Richard. Status quo bias in decision making. **Journal of Risk and Uncertainty**, Boston, v. 1, p. 7-59, 1988, p. 8).

²⁷⁰ SAMUELSON, William; ZECKHAUSER, Richard. Status quo bias in decision making. **Journal of Risk and Uncertainty**, Boston, v. 1, p. 7-59, 1988, p. 10-11.

²⁷¹ The historical layout of the town, owing little or nothing to city planning, is likely to be highly inefficient for twentieth-century life. Nonetheless, the old plan is preferred to presumably superior alternatives, even when the cost of switching is negligible. (SAMUELSON, William; ZECKHAUSER, Richard. Status quo bias in decision making. **Journal of Risk and Uncertainty**, Boston, v. 1, p. 7-59, 1988, p. 11).

²⁷² SAMUELSON, William; ZECKHAUSER, Richard. Status quo bias in decision making. **Journal of Risk and Uncertainty**, Boston, v. 1, p. 7-59, 1988, p. 33.

tomada sobre determinado assunto, o agente irá replicá-la na próxima oportunidade, sempre que se deparar com processos decisórios idênticos e independentes, sendo que, nesse caso, sequer há que se falar em enviesamento²⁷³.

No entanto, quando é preciso tomar uma decisão que não seja independente de outra – ou seja, nos casos em que a decisão inicial afeta seus padrões de escolha nas decisões supervenientes –, há um custo de transição, que frequentemente é impactado pelo viés de status quo. De acordo com Samuelson e Zeckhauser, “tais custos de transição introduzem um viés de status quo sempre que o custo de mudança excede o ganho de eficiência associado a uma alternativa superior” (tradução nossa)²⁷⁴.

A incerteza do processo decisório é uma das explicações à inércia ocasionada pelo raciocínio enviesado, e pode ser percebida em situações cotidianas. Os autores exemplificam esse fenômeno a partir de hipótese de que uma pessoa deverá escolher um produto de determinada marca, dentre várias opções diferentes. Caso tenha uma boa experiência com a marca, há grandes chances de que venha a optar pelo mesmo produto, assim como provavelmente testará outra marca, caso a anterior não lhe tenha agradado²⁷⁵.

A segunda explicação sobre os efeitos do viés de status quo diz respeito a percepções cognitivas equivocadas. Isso pode ocorrer nas situações em que o indivíduo demonstra aversão à perda²⁷⁶ – por exemplo, quando os resultados de uma decisão são limitados a consequências monetárias, as pessoas preferem que sejam descritas a partir de uma função de valor côncava sobre ganhos monetários e convexa sobre perdas²⁷⁷, como já demonstrado anteriormente.

Os estudos de Samuelson e Zeckhauser²⁷⁸, no entanto, demonstraram a presença desse viés até mesmo nas circunstâncias em que não há o enquadramento de efeitos de ganho ou perda – muitas vezes, baseiam-se apenas em argumentos favoráveis e contrários ou em situações consistentes, mas não exclusivamente estimuladas pela aversão à perda. Os autores constataram que a heurística da ancoragem²⁷⁹ também pode ser ativada pelo viés do status quo –

²⁷³ SAMUELSON, William; ZECKHAUSER, Richard. Status quo bias in decision making. **Journal of Risk and Uncertainty**, Boston, v. 1, p. 7-59, 1988, p. 33-34.

²⁷⁴ Such transition costs introduce a status quo bias whenever the cost of switching exceeds the efficiency gain associated with a superior alternative. (SAMUELSON, William; ZECKHAUSER, Richard. Status quo bias in decision making. **Journal of Risk and Uncertainty**, Boston, v. 1, p. 7-59, 1988, p. 34).

²⁷⁵ SAMUELSON, William; ZECKHAUSER, Richard. Status quo bias in decision making. **Journal of Risk and Uncertainty**, Boston, v. 1, p. 7-59, 1988, p. 34-35.

²⁷⁶ Ver item 2.3.6 para maiores explicações sobre o viés de aversão à perda e a função hipotética de valor da teoria da perspectiva.

²⁷⁷ SAMUELSON, William; ZECKHAUSER, Richard. Status quo bias in decision making. **Journal of Risk and Uncertainty**, Boston, v. 1, p. 7-59, 1988, p. 36.

²⁷⁸ SAMUELSON, William; ZECKHAUSER, Richard. Status quo bias in decision making. **Journal of Risk and Uncertainty**, Boston, v. 1, p. 7-59, 1988, p. 36.

²⁷⁹ Ver item 2.3.3 para maiores explicações sobre a heurística da ancoragem.

especialmente, na sua manifestação enquanto ajuste, quando se tenta fazer o ajustamento insuficiente da decisão inicial, interrompido exatamente no ponto em que não haverá mudança de status quo.

A última explicação identificada por Samuelson e Zeckhauser²⁸⁰ para esse viés cognitivo diz respeito ao comprometimento psicológico. Isso porque é comum que, em decisões sequenciais, o viés de status quo condicione o indivíduo a manter suas escolhas iniciais, tanto para evitar suas perdas, quanto para justificar compromissos que tenha feito anteriormente com um curso de ação – muitas vezes, equivocado, mas que é perpetuado pela assunção de compromissos posteriores.

Os pesquisadores indicam que, quanto maior o investimento feito pelo indivíduo sobre a sua escolha inicial, maiores serão as chances de manter o seu curso de ação, reforçando-a em decisões posteriores. Em um dos testes realizados, Samuelson e Zeckhauser²⁸¹ constataram que, quanto mais tempo uma pessoa gastou com o exercício de determinada profissão, menores serão as chances de que decida mudar sua carreira – certamente, influenciadas pelo viés do status quo.

O comprometimento psicológico também pode decorrer do desejo de evitar arrependimentos. Conforme Samuelson e Zeckhauser, “[...] os indivíduos tendem a evitar consequências em que possam parecer após o fato terem feito a escolha errada, mesmo que antecipadamente a decisão pareça correta diante das informações disponíveis no momento” (tradução nossa)²⁸².

Quando uma decisão é tomada com a finalidade de evitar futuros arrependimentos, há evidente manifestação de efeito enviesante, uma vez que favorece a manutenção de regras e comportamentos, em vez de dar abertura a processos de inovação. Samuelson e Zeckhauser²⁸³ afirmam que esse processo reforça o conformismo com as convenções sociais – ainda que sejam inadequadas e precisem de renovação.

Dessa forma, ao tomarem suas decisões, as pessoas mais pensam em se encaixarem aos procedimentos comuns do que analisam se, de fato, essas decisões constituem boas escolhas

²⁸⁰ SAMUELSON, William; ZECKHAUSER, Richard. Status quo bias in decision making. **Journal of Risk and Uncertainty**, Boston, v. 1, p. 7-59, 1988, p. 37-38.

²⁸¹ SAMUELSON, William; ZECKHAUSER, Richard. Status quo bias in decision making. **Journal of Risk and Uncertainty**, Boston, v. 1, p. 7-59, 1988, p. 37-38.

²⁸² [...] Individuals tend to avoid consequences in which they could appear after the fact to have made the wrong choice, even if in advance the decision appeared correct given the information available at the time. (SAMUELSON, William; ZECKHAUSER, Richard. Status quo bias in decision making. **Journal of Risk and Uncertainty**, Boston, v. 1, p. 7-59, 1988, p. 38).

²⁸³ SAMUELSON, William; ZECKHAUSER, Richard. Status quo bias in decision making. **Journal of Risk and Uncertainty**, Boston, v. 1, p. 7-59, 1988, p. 38.

nas circunstâncias em que foram tomadas. A partir disso, Samuel e Zeckhauser²⁸⁴ observaram que muitas dessas escolhas são feitas sem que os interesses dos indivíduos coincidam com seus resultados – no entanto, o agente julgador teme a perda de sua reputação e autoridade diante de uma mudança de posicionamento, uma vez que essa conduta pode sugerir que, anteriormente, havia proferido decisão equivocada.

Os autores afirmam que o comprometimento psicológico também pode se originar de uma busca por consistência. Essa ideia associa-se à teoria da dissonância cognitiva – frequentemente aplicada por psicólogos, sociólogos, cientistas políticos, estudantes de organização comportamental e economistas – e é descrita da seguinte forma:

O princípio básico da teoria da dissonância cognitiva é que o indivíduo acha difícil manter duas posturas ou ideias conflitantes simultaneamente e, conseqüentemente, busca consistência cognitiva. Uma manifestação desse impulso é a preferência por certas crenças - ou seja, os indivíduos escolhem suas crenças de acordo com o desejo de minimizar a dissonância cognitiva. Em particular, sua interpretação das informações atuais e sua receptividade a novas fontes de informação são influenciadas dessa forma. (tradução nossa)²⁸⁵.

Não é objetivo do presente estudo analisar a teoria da dissonância cognitiva²⁸⁶. Entretanto, entender suas implicações sobre o viés de status quo, que, por consequência, leva à ideia de que, para ser considerado um bom julgador, o indivíduo deve ser coerente em suas escolhas ao longo do tempo – ainda que não tenham se provado bem-sucedidas anteriormente. Sendo assim, a mente humana é capaz de desconsiderar informações que apontem os erros de suas decisões prévias, sempre que essas decisões conflitem com a imagem de bom julgador do indivíduo²⁸⁷.

A partir de todo o estudo desenvolvido a respeito desse viés cognitivo, Samuelson e Zeckhauser²⁸⁸ concluíram que a aderência ao status quo não decorre de comportamento racional, mas de processos mentais impostos externamente, especialmente, a partir de sugestões

²⁸⁴ SAMUELSON, William; ZECKHAUSER, Richard. Status quo bias in decision making. **Journal of Risk and Uncertainty**, Boston, v. 1, p. 7-59, 1988, p. 38.

²⁸⁵ The basic tenet of cognitive dissonance theory is that the individual finds it difficult to maintain two conflicting stances or ideas simultaneously and consequently seeks cognitive consistency. One manifestation of this drive is a preference for certain beliefs – that is, individuals choose their beliefs in accordance with a wish to minimize cognitive dissonance. In particular, their interpretation of current information and their receptivity to new sources of information are influenced in this way. (SAMUELSON, William; ZECKHAUSER, Richard. Status quo bias in decision making. **Journal of Risk and Uncertainty**, Boston, v. 1, p. 7-59, 1988, p. 39).

²⁸⁶ Para maiores explicações acerca da teoria da dissonância cognitiva, ver FESTINGER, Leon. **Teoria da Dissonância Cognitiva**. Tradução de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.

²⁸⁷ SAMUELSON, William; ZECKHAUSER, Richard. Status quo bias in decision making. **Journal of Risk and Uncertainty**, Boston, v. 1, p. 7-59, 1988, p. 39.

²⁸⁸ SAMUELSON, William; ZECKHAUSER, Richard. Status quo bias in decision making. **Journal of Risk and Uncertainty**, Boston, v. 1, p. 7-59, 1988, p. 39.

mentais, com a tendência de obedecer a padrões de conduta e de se adequar às normas sociais vigentes.

Os autores afirmam que o comprometimento psicológico pode vir do empenho das pessoas em se sentirem no controle – as decisões reforçam a ideia de que as situações são controláveis pela vontade humana, reforçando a ideia de que o status quo deve ser mantido²⁸⁹.

Diante de todas as discussões concernentes a esse viés cognitivo, deve-se destacar que o receio pela inovação pode produzir problemas – especialmente, quando aplicadas a atos jurisdicionais. É certo que as decisões judiciais devem obedecer às regras e princípios do ordenamento jurídico brasileiro – e, por isso, não podem ser proferidas indistintamente, exclusivamente, de acordo com as vontades pessoais do magistrado.

Freitas²⁹⁰ destaca ainda a interferência do status quo, até mesmo sobre a atividade administrativa do Estado – especialmente, no que concerne às atividades regulatórias voltadas ao desenvolvimento sustentável. Nesse contexto, afirma:

Outro dos limitadores cognitivos da boa regulação é o viés do status quo, isto é, a predisposição de manter as escolhas feitas, ainda que anacrônicas e obsoletas. Ocorre quando o regulador estatal, tendo adotado uma resolução errônea (aceitando, por exemplo, agrotóxico cancerígeno), resigna-se a mantê-la, ainda que contrariando as supervenientes advertências científicas. O viés do status quo produz uma resistência exagerada ao novo, inibe a transição para formas de produção e de consumo de baixo carbono e engendra sociedade protelatória e omissivista. É que tende a introduzir ativismo regressivo em detrimento das pautas do desenvolvimento sustentável. O antídoto consiste em perceber que o melhor modo de regular é aquele que consiste em preservar e transformar, simultaneamente.²⁹¹

Nota-se, portanto, que esse raciocínio enviesado, muitas vezes, é utilizado para que o julgador não precise repensar decisões equivocadas e continue reproduzindo o seu conteúdo em julgamentos posteriores. Também é perceptível em decisões perfeitamente cabíveis ao momento do julgamento inicial, mas que deixam de fazer sentido em outras ocasiões – e, em razão disso, não podem ser perpetuadas. Sendo assim, o viés do status quo acaba por desencadear uma sequência de erros e a manutenção de um estado de coisas inaceitável, movido pelo receio de se reconhecer uma decisão equivocada ou a necessidade de renovação.

Também é muito comum que se manifeste no contexto jurisdicional, no qual os magistrados tendem a manter decisões feitas anteriormente – ainda que se mostrem

²⁸⁹ SAMUELSON, William; ZECKHAUSER, Richard. Status quo bias in decision making. **Journal of Risk and Uncertainty**, Boston, v. 1, p. 7-59, 1988, p. 40-41.

²⁹⁰ FREITAS, Juarez. Regulação administrativa e os principais vieses. **A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte: Fórum, ano 16, n. 63, p. 93-105, jan./mar. 2016, p. 100.

²⁹¹ FREITAS, Juarez. Regulação administrativa e os principais vieses. **A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte: Fórum, ano 16, n. 63, p. 93-105, jan./mar. 2016, p. 100.

inadequadas, ineficientes ou ineficazes ao momento presente. Freitas²⁹² afirma ainda que esse viés cognitivo costuma influenciar o raciocínio do juiz quando, “tendo adotado uma linha de orientação jurisprudencial, resigna-se a mantê-la, mesmo que o precedente não reencontre os pressupostos de sua consolidação”.²⁹³

O “antídoto, nesse ponto, consiste em perceber que o melhor modo de preservar é inovar”²⁹⁴. Ou seja, os magistrados não podem se fixar em eventos passados (decisões), pois essa postura pode resultar, conforme alertado por Nunes, Lud e Pedron²⁹⁵, em “um preocupante quadro de engessamento do direito e falta de legitimidade das decisões”²⁹⁶.

No tocante à análise probatória, o juiz, após indicar a quem compete o ônus da prova, tende a valorar as informações que corroborem o seu posicionamento inicial, ainda que o CPC/15 autorize a revisão da distribuição, seja para sua dinamização (art. 373, §1º, CPC), seja para retornar às regras estáticas do caput e incisos I e II do mesmo artigo (nos termos do §2º)²⁹⁷.

2.3.8 Viés de trancamento

Por estar relacionado diretamente ao viés de confirmação²⁹⁸, Nunes, Lud e Pedron²⁹⁹ afirmam que o estudo do viés de trancamento é indispensável no Direito brasileiro, vez que esse se opõe diretamente ao princípio da imparcialidade e também do contraditório, como garantia de influência – indispensáveis ao exercício da democracia. Este tipo de enviesamento se faz presente nos casos em que o juiz profere uma decisão inicial/liminar e, ainda que não tenha

²⁹² FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 40, n. 130, p. 223-244, jun. 2013, p. 234-235.

²⁹³ O autor destaca uma série de efeitos que podem suceder esse raciocínio enviesado – como, por exemplo, a grande demora da abolição da escravatura no contexto brasileiro, por ser vigente à época, o pensamento de que a situação deveria permanecer como se apresentava há anos, não havendo razão para a mudança da sociedade como havia sido construída. Esse movimento ocasionou, indubitavelmente, grande atraso aos avanços da democracia brasileira, deixando marcas que até hoje produzem seus efeitos sobre a estrutura da sociedade.

²⁹⁴ FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 40, n. 130, p. 223-244, jun. 2013, p. 235.

²⁹⁵ NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**. Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 118.

²⁹⁶ Conferir também LUD, Natanael Santos e Silva. **Os vieses de cognição e o processo jurisdicional democrático**: um estudo sobre a mitigação de seus efeitos e o *debiasing*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2018, p. 65.

²⁹⁷ WERNECK, Isadora Tófani Gonçalves Machado. **Vieses cognitivos e tomada de decisão**: uma análise multidisciplinar do debiasing da decisão judicial. 2019. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2019, p. 78.

²⁹⁸ Sobre o viés de confirmação ver item 2.3.4.

²⁹⁹ NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**. Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 91-92.

obrigação de se manter na mesma linha de pensamento até o final do processo, vincula-se ao seu conteúdo para, posteriormente, proferir outras decisões no mesmo sentido.

Lynch³⁰⁰ desenvolveu um extenso trabalho a respeito deste viés, na tentativa de explicar seus efeitos. Para isso, define o trancamento (“lock-in”) da seguinte forma:

Dito de maneira geral, este artigo emprega o termo “aprisionamento” para descrever uma situação em que um tomador de decisão chega a uma decisão inicial sobre uma questão, o que leva a alguma alocação de recursos, e então revisita essa decisão posteriormente. O efeito lock-in refere-se à extensão em que o tomador de decisão tem menos probabilidade de mudar sua decisão, mesmo à luz de novas informações ou depois de mais tempo para reflexão, do que teria feito se nunca tivesse sido solicitado a tomar a decisão inicial. O lock-in ocorre devido à tendência de se querer justificar a alocação inicial de recursos, confirmando que a decisão inicial foi correta. (tradução nossa)³⁰¹.

O viés de trancamento, portanto, fundamenta-se na tentativa do agente julgador de manter uma certa coerência de suas decisões – ainda que posteriormente sejam obtidas diversas informações aptas à modificação do conteúdo da decisão inicial. Com o raciocínio enviesado, o julgador dificilmente dará abertura à análise de argumentos (e provas) contrários à sua decisão prévia.

Nas palavras de Andrade:

[...] O juiz, a partir do que decidiu em sede de cognição sumária (superficial), no início da lide, depara-se depois, ao final, na cognição exauriente (completa ou exaustiva), com evidências ou elementos diversos que não corroboram a avaliação inicial. O magistrado pode ficar inclinado a agir para confirmar o conteúdo da decisão produzida em cognição sumária. Por causa do lock-in effect (viés de trancamento), estará mais propenso a manter a decisão anterior, ainda que tenha sido tomada sem uma cognição plena da questão, já que antes investiu tempo e pesquisa, firmando uma convicção sobre o assunto.³⁰²

Lynch³⁰³ acrescenta que a ocorrência do viés de trancamento provém do desejo consciente ou inconsciente de se justificar a decisão tomada. Isso pode decorrer de

³⁰⁰ LYNCH, Kevin J. The Lock-in Effect of Preliminary Injunctions. **Florida Law Review**, [s.l.], v. 66, n. 2, art. 5, p. 779-821, fev. 2015, p. 783.

³⁰¹ Stated generally, this Article employs the term “lock-in” to describe a situation where a decision maker reaches an initial decision on an issue, which leads to some allocation of resources, and then revisits that decision later. The lock-in effect refers to the extent that the decision maker is less likely to change her decision, even in light of new information or after more time for reflection, than she would have been if she never were asked to make the initial decision. Lock-in occurs because of the tendency to want to justify the initial allocation of resources by confirming that the initial decision was correct. (LYNCH, Kevin J. The Lock-in Effect of Preliminary Injunctions. **Florida Law Review**, [s.l.], v. 66, n. 2, art. 5, p. 779-821, fev. 2015, p. 783).

³⁰² ANDRADE, Flávio da Silva. A dissonância cognitiva e seus reflexos na tomada da decisão judicial criminal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 1651-1677, set./dez. 2019, p. 1661.

³⁰³ LYNCH, Kevin J. The Lock-in Effect of Preliminary Injunctions. **Florida Law Review**, [s.l.], v. 66, n. 2, art. 5, p. 779-821, fev. 2015, p. 785.

procedimento interno – para suprir o desejo de demonstrar racionalidade a si mesmo ou para restaurar a consistência entre as consequências de suas ações e um autoconceito de tomada de decisões racionais – ou de procedimento externo, como uma tentativa de mostrar racionalidade para as outras pessoas, a fim de provar a essas que aquela foi realmente a decisão mais adequada, pensando em longo prazo, ainda que, em um primeiro momento, pareça equivocada.

Como o trancamento envolve o comprometimento do indivíduo com uma decisão que, por vezes, pode se revelar inadequada, Lynch³⁰⁴ sugere que as possíveis soluções envolvem o acréscimo de algumas etapas importantes no processo decisório – capazes de reduzir ou diminuir os efeitos enviesantes – ou, ainda, podem sugerir algumas alterações nas condições internas, para que se evite o enviesamento.

Uma das soluções que aponta para a mitigação dos efeitos do viés de trancamento sobre as decisões judiciais é a inclusão de um segundo julgador no caso concreto. A ideia é de que, como o magistrado costuma ser influenciado pela necessidade de justificar sua decisão inicial – para si mesmo ou para terceiros –, a inclusão de outro juiz para a elaboração de decisão final poderia eliminar o impacto do viés de trancamento. Essa solução, como aponta Lynch³⁰⁵, já foi sugerida em diversas circunstâncias, por vários estudiosos do assunto.

Evidente que, considerando as características da litigiosidade pátria, a divisão do julgamento entre dois juízes revela-se operacionamente impossível de ser implantada no Brasil, vez que se verifica um enorme déficit de magistrados país afora, e inúmeras comarcas possuem vara única³⁰⁶.

Ademais, o próprio Lynch³⁰⁷ destaca que pesquisas mais recentes demonstram que a simples inclusão do segundo julgador pode mostrar-se insuficiente, se houver entre esses uma

³⁰⁴ LYNCH, Kevin J. The Lock-in Effect of Preliminary Injunctions. **Florida Law Review**, [s.l.], v. 66, n. 2, art. 5, p. 779-821, fev. 2015, p. 789.

³⁰⁵ LYNCH, Kevin J. The Lock-in Effect of Preliminary Injunctions. **Florida Law Review**, [s.l.], v. 66, n. 2, art. 5, p. 779-821, fev. 2015, p. 790.

³⁰⁶ Deve-se destacar que todos os problemas apontados por Lynch podem ser ainda mais graves em um sistema jurídico como o brasileiro, no qual os juízes são responsáveis por uma grande quantidade de processos, com infraestrutura insuficiente e cobrança constante por resultados rápidos e eficientes. A cultura da hiperjudicialização e a grande carga de trabalho delegada aos juízes brasileiros afeta diretamente o seu processo decisório, contribuindo largamente para o surgimento de vieses cognitivos (NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**. Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 94-95).

De acordo com Nunes, Lud e Pedron, “a pressão para julgar a que está acometido o julgador influi em sua forma de decidir por meio, exatamente, do *lock-in effect*, ou viés de trancamento, em associação com o já explanado viés de confirmação (*confirmation bias*)”. Sendo assim, a busca por soluções efetivas pode se tornar ainda mais complexa na realidade judiciária brasileira (NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**. Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 97).

³⁰⁷ LYNCH, Kevin J. The Lock-in Effect of Preliminary Injunctions. **Florida Law Review**, [s.l.], v. 66, n. 2, art. 5, p. 779-821, fev. 2015, p. 790.

conexão psicológica – que poderá ser de qualquer nível, incluindo até mesmo similaridades sutis, como o pertencimento a um grupo em comum ou o compartilhamento dos mesmos nomes ou datas de aniversário. Essas conexões podem levar os magistrados a se vincularem com as decisões proferidas anteriormente, como se fossem suas próprias, não trazendo qualquer segurança em relação à busca por decisões desviesadas.³⁰⁸

Outra solução em potencial citada por Lynch³⁰⁹ é a conscientização dos juízes sobre os riscos do trancamento, além da elaboração de pareceres quanto aos seus erros para a possibilidade de corrigí-los no futuro, mas alerta de plano que essa técnica não tem apresentado resultados significativos.

Lynch³¹⁰ afirma que a forma de desviesamento (“debiasing”) é mais relevante nas situações em que o conflito ou a fonte de enviesamento são inevitáveis. Nesse sentido, relata:

Se os juízes buscam apenas “questões sérias” quanto ao mérito, eles estão reconhecendo que nem todos esses casos serão bem-sucedidos no mérito, embora alguns deles o façam. Além disso, esta norma permite que os juízes apreciem que muitas vezes é impossível identificar com precisão no estágio preliminar quais reivindicações serão bem-sucedidas quanto ao mérito e quais não. Assim, usar um padrão de “questão séria” para liminares é a solução mais consistente com a literatura existente sobre vieses cognitivos. (tradução nossa)³¹¹.

³⁰⁸ A divisão do julgamento entre dois juízes – apesar das grandes chances de identificação entre eles, capazes de perpetuar o viés de trancamento – pode funcionar em determinadas circunstâncias, como nos procedimentos do júri, no qual o juiz tomará decisões preliminares, mas quem proferirá a decisão final será o Júri (LYNCH, Kevin J. The Lock-in Effect of Preliminary Injunctions. **Florida Law Review**, [s.l.], v. 66, n. 2, art. 5, p. 779-821, fev. 2015, p. 813-814). Lynch defende que essa sistemática seria eficaz nesse tipo de procedimento justamente por não haver identificação suficiente entre o juiz e o júri, com condições de perpetuar o viés de trancamento, como talvez ocorreria entre dois magistrados atuando em um mesmo processo. Nesse sentido, o autor afirma: “o júri e o juiz devem ser suficientemente separados psicologicamente para evitar o aprisionamento vicário e, independentemente do nível de separação psicológica, o júri nem mesmo saberia da decisão anterior [...]” (LYNCH, Kevin J. The Lock-in Effect of Preliminary Injunctions. **Florida Law Review**, [s.l.], v. 66, n. 2, art. 5, p. 779-821, fev. 2015, p. 814, tradução nossa). No original: the jury and the judge should be sufficiently psychologically separate to avoid vicarious lock-in, and regardless of the level of psychological separation, the jury would not even know of the prior decision [...].

Essa solução, no entanto, não é muito eficiente no contexto do sistema jurídico brasileiro, uma vez que são levados ao procedimento do Tribunal do Júri, apenas os processos relacionados a crimes dolosos contra a vida, conforme prevê o art. 5º, XXXVIII, da CRFB/88. Além disso, o juiz ainda exerce algum controle sobre a decisão final do processo – por exemplo, cominando as penas em caso de decisão condenatória. Sendo assim, essa não parece ser a opção mais adequada para o efetivo esgotamento do viés de trancamento, por mitigá-lo apenas em parte e por ter aplicação excessivamente restritiva no contexto jurisdicional brasileiro (LYNCH, Kevin J. The Lock-in Effect of Preliminary Injunctions. **Florida Law Review**, [s.l.], v. 66, n. 2, art. 5, p. 779-821, fev. 2015, p. 814-815).

³⁰⁹ LYNCH, Kevin J. The Lock-in Effect of Preliminary Injunctions. **Florida Law Review**, [s.l.], v. 66, n. 2, art. 5, p. 779-821, fev. 2015, p. 815.

³¹⁰ LYNCH, Kevin J. The Lock-in Effect of Preliminary Injunctions. **Florida Law Review**, [s.l.], v. 66, n. 2, art. 5, p. 779-821, fev. 2015, p. 816.

³¹¹ If judges look merely for “serious questions” as to the merits, they are recognizing that not all of those cases will succeed on the merits although some of them will. Furthermore, this standard allows judges to appreciate that it is often impossible to accurately identify at the preliminary stage which claims will succeed on the merits and which will not. Thus, using a “serious question” standard for preliminary injunctions is the solution most consistent with existing literature on cognitive biases. (LYNCH, Kevin J. The Lock-in Effect of Preliminary Injunctions. **Florida Law Review**, [s.l.], v. 66, n. 2, art. 5, p. 779-821, fev. 2015, p. 816).

À guisa de conclusão, observa-se a necessidade de controle do viés de trancamento para mitigação dos malefícios que a manutenção da cognição inicial sobre uma liminar (positiva ou negativa) e sobre a prova (deferimento ou indeferimento), e a tendência do indivíduo de preservá-la – evitando o rompimento de seu estado de consonância cognitiva – provocam ao processo.

2.3.9 Viés de retrospectiva

O viés de retrospectiva é a predisposição para avaliar eventos ou suas consequências, depois de sua ocorrência, julgando, nessas circunstâncias, que determinadas situações seriam mais prováveis de acontecer após sua efetivação, do que julgariam antes de terem, de fato, acontecido. Este viés de cognição é representado pelo pensamento popular do “eu sempre soube”³¹², “é óbvio que isso iria acontecer”³¹³, “era óbvio que terminaria assim”, ou “sabia que o resultado seria esse”³¹⁴.

Trata-se de julgamento automático, que parte da ideia de superestimar eventos já ocorridos. Guthrie, Rachlinsk e Wistrich observam que o viés de retrospectiva “surge de uma sensação intuitiva de que o resultado que realmente aconteceu deve ter sido inevitável. As pessoas permitem que seu conhecimento influencie seu senso do que seria previsível” (tradução nossa)³¹⁵.

Um experimento simples, relatado por Peer e Gamliel³¹⁶, retratou os efeitos deste viés: foi entregue aos participantes do estudo, um conjunto de resultados possíveis sobre determinada situação, e lhes foi informada, de antemão, qual dessas opções estaria correta – no entanto, essa informação foi diferente para cada grupo de participantes. Em seguida, foram questionados sobre a probabilidade de cada resultado possível.

Apesar das informações divergentes passadas aos participantes, todos assinalaram como

³¹² PEER, Eyal; GAMLIEL, Eyal. Heuristics and biases in judicial decisions. **Court Review: The Journal of the American Judges Association**, Lincoln, NE, v. 49, n. 2, p. 114-118, 2013, p. 115.

³¹³ OLIVEIRA, Bruno Stefani Ferreira de. “Era óbvio que isso iria acontecer”: considerações sobre o viés retrospectivo. **Revista de Psicologia da UFC**, Fortaleza, v. 8, n. 2, p. 63-71, 2017, p. 64.

³¹⁴ GIROUX, Megan E. **Perspective-taking and hindsight bias**. 2016. Dissertação (Mestrado em Artes) – Universidade Simon Fraser, Departamento de Psicologia, Burnaby, 2016, p. 1.

³¹⁵ Arises from an intuitive sense that the outcome that actually happened must have been inevitable. People allow their knowledge to influence their sense of what would have been predictable. (GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases. **Cornell Law Review**, Ithaca, NY, v. 93, n. 1, p. 1-43, 2007, p. 24).

³¹⁶ PEER, Eyal; GAMLIEL, Eyal. Heuristics and biases in judicial decisions. **Court Review: The Journal of the American Judges Association**, Lincoln, NE, v. 49, n. 2, p. 114-118, 2013, p. 115.

mais provável de acontecer, o evento que lhes foi apontado como correto, independentemente de qual fosse. A partir disso, Peer e Gamliel³¹⁷ concluíram que:

Em geral, o viés retrospectivo se refere à desigualdade entre previsão e retrospectiva: embora os eventos sejam menos previsíveis antes do que depois de realmente acontecerem, as pessoas não podem ignorar as informações sobre se um evento aconteceu ou não, e atribuem a isso uma probabilidade mais alta no primeiro caso.

Giroux³¹⁸ destaca que, tomado pelo viés de retrospectiva, o indivíduo não consegue retornar ao estado original de raciocínio que tinha antes do conhecimento do resultado. Em sua dissertação de mestrado, apresentada a Simon Fraser University, descreve duas formas de avaliar esse tipo de viés de cognição: o “memory design” e o “hypothetical design”, em que a principal distinção entre si reside no fato de que os participantes dos testes fazem dois julgamentos separados (um realizado em previsão, e outro em retrospectiva) ou um único julgamento (realizado em previsão ou retrospectiva), a respeito dos resultados ou respostas corretas para algum evento ou questionamento específico.

Para testar empiricamente o funcionamento do “memory design”, os participantes do estudo foram orientados a julgar uma pergunta ou o resultado de determinado questionamento ou evento, sem qualquer conhecimento sobre qual seria, de fato, o resultado final da situação descrita. Após realizarem seus julgamentos originais, os indivíduos foram informados sobre o que realmente havia acontecido – e, munidos dessas informações, foram instruídos a recordarem seus julgamentos originais, devendo, para isso, desconsiderarem seu conhecimento sobre as atuais circunstâncias³¹⁹.

Com os resultados do experimento, Giroux³²⁰ observou que o viés de retrospectiva se manifesta nas hipóteses em que os participantes passam a ter conhecimento do resultado e, a partir de então, afirmam que seu julgamento inicial estava mais próximo do resultado final do que realmente estava – recuperando, assim, uma memória equivocada sobre o evento. A pesquisadora adverte que o raciocínio somente não estará enviesado, por outro lado, nos casos

³¹⁷ In general, the hindsight bias refers to the inequality between foresight and hindsight: although events are less predictable before than after they actually happened, people cannot ignore information about whether an event has happened or not, and they assign it a higher probability in the former case. (PEER, Eyal; GAMLIEL, Eyal. Heuristics and biases in judicial decisions. *Court Review: The Journal of the American Judges Association*, Lincoln, NE, v. 49, n. 2, p. 114-118, 2013, p. 115).

³¹⁸ GIROUX, Megan E. **Perspective-taking and hindsight bias**. 2016. Dissertação (Mestrado em Artes) – Universidade Simon Fraser, Departamento de Psicologia, Burnaby, 2016, p. 2.

³¹⁹ GIROUX, Megan E. **Perspective-taking and hindsight bias**. 2016. Dissertação (Mestrado em Artes) – Universidade Simon Fraser, Departamento de Psicologia, Burnaby, 2016, p. 2.

³²⁰ GIROUX, Megan E. **Perspective-taking and hindsight bias**. 2016. Dissertação (Mestrado em Artes) – Universidade Simon Fraser, Departamento de Psicologia, Burnaby, 2016, p. 2.

em que os participantes se lembrem perfeitamente de seus julgamentos originais ou o alterem de forma aleatória, eventualmente, fornecendo respostas que se aproximam do evento correto que lhes foi relatado e, eventualmente, afastando-se dele – demonstrando, com isso, que não houve uma memória enviesada pela retrospectiva³²¹.

Esse efeito também é comumente percebido no âmbito judicial, especialmente, em casos relacionados à atribuição de responsabilidade – nos quais o juiz deverá estimar quão previsível seria a ocorrência do resultado questionado, bem como deverá avaliar se a conduta da parte levou esses riscos em consideração, para, então, julgar a responsabilidade pelo evento. O viés de retrospectiva manifesta-se justamente na ideia de que o juiz somente poderá prever a probabilidade do evento depois que esse já tenha ocorrido, ao passo que, para evitar a responsabilização, o autor precisou prever referido acontecimento antes que viesse a se efetivar³²².

Delfino e Ferreira³²³ ressaltam a dificuldade dos magistrados em se afastarem do mecanismo mental que julga a previsibilidade de um evento a partir de dados desconhecidos no momento em que ocorreram. Nesse sentido, relatam que:

O juiz tende a crer que os danos presentes eram previsíveis no passado, o *hind-sight bias* [viés de retrospectiva] é um mecanismo mental que pode levar o julgador a considerar, a partir do conhecimento das consequências de uma ação qualquer, que elas mesmas eram perfeitamente previsíveis desde o princípio. Sua perspectiva é alterada uma vez que já se tem conhecimento do resultado que no passado era desconhecido. Estudos demonstram ser muito difícil realizar juízos sobre o acontecido, abstraindo-se completamente de um resultado conhecido. A Corte Suprema dos Estados Unidos, no caso *Graham v. John Deere Co.*, de 1966, aplicando o direito sobre patentes, proclamou que os tribunais devem estar atentos para não cair nessa armadilha cognitiva, reconhecendo a tendência humana de perceber como obviedade algo à luz das consequências conhecidas, mas que à época nem de longe era evidente ou facilmente perceptível de forma prévia.³²⁴

Peer e Gamliel³²⁵ exemplificam esse fenômeno a partir de uma acusação de erro médico, por não ter, o especialista, identificado um pequeno tumor em exame de radiografia precoce –

³²¹ GIROUX, Megan E. **Perspective-taking and hindsight bias**. 2016. Dissertação (Mestrado em Artes) – Universidade Simon Fraser, Departamento de Psicologia, Burnaby, 2016, p. 2.

³²² PEER, Eyal; GAMLIEL, Eyal. Heuristics and biases in judicial decisions. **Court Review: The Journal of the American Judges Association**, Lincoln, NE, v. 49, n. 2, p. 114-118, 2013, p. 115.

³²³ DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. Streck, Fonseca Costa, Kahneman e Tversky: todos contra o ativismo judicial probatório de Michele Taruffo. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 41, v. 255, p. 141-166, maio 2016, p. 7.

³²⁴ DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. Streck, Fonseca Costa, Kahneman e Tversky: todos contra o ativismo judicial probatório de Michele Taruffo. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 41, v. 255, p. 141-166, maio 2016, p. 7.

³²⁵ PEER, Eyal; GAMLIEL, Eyal. Heuristics and biases in judicial decisions. **Court Review: The Journal of the American Judges Association**, Lincoln, NE, v. 49, n. 2, p. 114-118, 2013, p. 115.

o qual, posteriormente, cresceu, levando a pessoa ao falecimento, e, sua família, ao ajuizamento de ação para apurar a responsabilidade do médico.

Nesse caso, o médico foi considerado culpado após a avaliação de um segundo radiologista, que analisou o exame já ciente de que o paciente tinha um pequeno tumor, a partir do que, concluiu que o médico anterior poderia tê-lo encontrado na primeira radiografia. O segundo radiologista, ao saber que o tumor já existia, teve uma vantagem na produção de seu laudo, que não poderia existir no primeiro contato do médico acusado com o exame – e, por isso, deveria ser levado em consideração para o seu julgamento³²⁶. Esse exemplo demonstra como a prova pericial pode ser prejudicada pelo enviesamento em comento.

Retomando a análise do estudo do viés retrospectivo, empreendida por Giroux³²⁷, verifica-se que os réus somente devem ser julgados de acordo com as condutas que tenham praticado antes do ato de negligência, e com as informações que tinham à época.³²⁸

A partir da análise empírica de julgamentos que discutiam atos de negligência, foi possível observar que os julgadores que não tiveram conhecimento sobre o resultado final classificaram o evento como menos previsível e, o réu, como menos negligente, ao passo que os julgadores que receberam informações sobre o evento danoso proferiram maior número de julgamentos condenatórios, considerando o evento como mais provável e, o réu, como mais negligente. Assim, o viés de retrospectiva pode acarretar em erros graves de decisões judiciais, tendo restado comprovado, por meio das pesquisas citadas, que a informação sobre o resultado final influencia o julgamento de probabilidade sobre esse evento³²⁹.

Além disso, quanto mais grave se mostrar o resultado, mais drástico será o aumento do viés de retrospectiva. Por exemplo, quando é passada ao juiz, a informação de que um paciente psiquiátrico se tornou violento, maiores são as chances de considerar o psicólogo desse indivíduo negligente, ao passo que os juízes que não recebem essa informação tendem a rejeitar a hipótese de negligência.³³⁰

É importante considerar também que o viés de retrospectiva não afeta apenas os magistrados, sendo muito comum que influencie a opinião de outros especialistas que podem

³²⁶ PEER, Eyal; GAMLIEL, Eyal. Heuristics and biases in judicial decisions. **Court Review: The Journal of the American Judges Association**, Lincoln, NE, v. 49, n. 2, p. 114-118, 2013, p. 115.

³²⁷ GIROUX, Megan E. **Perspective-taking and hindsight bias**. 2016. Dissertação (Mestrado em Artes) – Universidade Simon Fraser, Departamento de Psicologia, Burnaby, 2016, p. 18.

³²⁸ Sendo assim, deve-se levar em consideração não somente as informações a que os réus tiveram acesso antes do fato, além de averiguar se o dano causado foi consequência previsível das ações do réu.

³²⁹ GIROUX, Megan E. **Perspective-taking and hindsight bias**. 2016. Dissertação (Mestrado em Artes) – Universidade Simon Fraser, Departamento de Psicologia, Burnaby, 2016, p. 18-19.

³³⁰ PEER, Eyal; GAMLIEL, Eyal. Heuristics and biases in judicial decisions. **Court Review: The Journal of the American Judges Association**, Lincoln, NE, v. 49, n. 2, p. 114-118, 2013, p. 115.

atuar no processo. No exemplo do radiologista acusado de erro médico, é possível que o segundo especialista esteja superestimando a previsibilidade do evento – no caso, a identificação de pequeno tumor em radiografia precoce. Isso pode levar os julgadores a acreditarem que outra decisão deveria ter sido tomada pelo médico responsável à época, e que, portanto, sua atuação foi negligente³³¹.

Esse viés de cognição também pode afetar as pessoas diretamente envolvidas com o evento levado à análise do Judiciário – no entanto, há alguma diferença entre os efeitos do viés de retrospectiva sobre quem tenha vivenciado pessoalmente o evento, e quem o esteja avaliando posteriormente. Isso pode ocorrer porque, para as pessoas que não tenham presenciado a situação, os resultados negativos podem parecer muito mais previsíveis do que para pessoas que tenham, de fato, vivido esse momento. Nesse caso, os julgadores podem superestimar a habilidade da vítima ou do réu de prever a ocorrência – acarretando, assim, o enviesamento de seu julgamento em âmbito judicial³³², o que ganha especial relevo, tratando-se da produção de prova testemunhal.³³³

Por outro lado, para quem tenha presenciado o evento, pode ser que a avaliação de sua probabilidade se eleve a partir da análise da situação em retrospectiva. No entanto, essa vivência pode levar o indivíduo a criar diferentes crenças sobre a possibilidade de prever a ocorrência. Nesse sentido, Giroux afirma o seguinte:

Um resultado negativo auto-relevante pode levar ao processamento defensivo, em que um indivíduo acredita que não havia maneira de ter previsto esse resultado (reduzindo a magnitude do viés retrospectivo), ou ao pessimismo retroativo, no qual um indivíduo se convence de que o resultado era inevitável e suas ações não poderiam ter alterado o resultado (aumentando a magnitude do viés retrospectivo). As diferenças no viés retrospectivo podem surgir de diferenças na perspectiva a partir da qual se avalia um resultado. (tradução nossa)³³⁴.

³³¹ GIROUX, Megan E. **Perspective-taking and hindsight bias**. 2016. Dissertação (Mestrado em Artes) – Universidade Simon Fraser, Departamento de Psicologia, Burnaby, 2016, p. 19.

³³² GIROUX, Megan E. **Perspective-taking and hindsight bias**. 2016. Dissertação (Mestrado em Artes) – Universidade Simon Fraser, Departamento de Psicologia, Burnaby, 2016, p. 19.

³³³ Taleb descreve a relação entre memória e o viés de retrospectiva, dizendo que: “mas a memória e a direção do tempo podem se confundir. A narratividade pode afetar perversamente a recordação de eventos passados da seguinte maneira: tendemos a lembrar mais facilmente os fatos de nosso passado que se encaixam em uma narrativa, enquanto tendemos a negligenciar outros que não aparentam desempenhar um papel causal nessa narrativa. Considere que nos lembramos de eventos em nossa memória sabendo o tempo todo a resposta do que aconteceu depois. É literalmente impossível ignorar informações posteriores ao resolver um problema. Essa incapacidade simples de recordar não a sequência real dos eventos e sim uma reconstrução dela fará com que, em retrospecto, a história aparente ser muito mais explicável do que realmente foi – ou é” (TALEB, Nassim Nicholas. **A lógica do Cisne Negro: o impacto do altamente improvável**. Tradução de Marcelo Schild. 10. ed. Rio de Janeiro: Best Business, 2016, p. 109).

³³⁴ A negative self-relevant outcome could either lead to defensive processing, in which an individual believes there was no way to have foreseen that outcome (reducing the magnitude of hindsight bias), or to retroactive pessimism, in which an individual convinces him or herself that the outcome was inevitable and his/her actions could not have altered the outcome (increasing the magnitude of hindsight bias). Differences in hindsight bias

Giroux³³⁵ relatou, ainda, que o conhecimento de um evento negativo pelos decisores aumenta consideravelmente a probabilidade de se submeterem ao viés de retrospectiva, influenciando o seu julgamento sobre as ações do réu – ainda que sejam instruídos a levar em conta apenas as informações a que o réu teve acesso antes do evento danoso.

Essa avaliação, feita a partir das reais condições de conhecimento do indivíduo, à época dos fatos, sem dúvidas, envolve o esforço do julgador em analisar as circunstâncias sob outra perspectiva. Ou seja, quando é outorgada a uma pessoa a condição de julgar atos de outrem, é imprescindível que considere o que esse sujeito poderia saber à época, e se esse conhecimento poderia justificar suas ações^{336, 337}. “Se as pessoas são incapazes de assumir a perspectiva do réu, provavelmente são incapazes de considerar efetivamente o que o réu poderia saber antes do resultado” (tradução nossa)³³⁸.

Por derradeiro, tendo sido demarcadas, as contribuições que os estudos da Psicologia Comportamental Cognitiva fornecem ao Direito, com enfoque para o sistema dual de pensamento, exemplificado pela tendência das pessoas de tirarem conclusões com base em estatísticas baixas, bem como do estudo detalhado das heurísticas e apresentação dos vieses cognitivos mais importantes no tocante à atividade probatória, buscou-se demonstrar como a mente humana, em virtude de sua capacidade limitada, não consegue lidar com a complexidade que a rodeia, de forma que, ao se ajustar para tentar superar essa limitação, a cognição é tomada por diversas imperfeições que, como visto por meio dos variados exemplos mencionados, trazem uma série de problemas para a atividade probatória, justamente por evidenciarem que o juiz pode não estar decidindo de forma imparcial.

Fixadas essas premissas, é possível avançar. No capítulo seguinte, analisar-se-ão mais

may arise from differences in the perspective from which one evaluates an outcome. (GIROUX, Megan E. **Perspective-taking and hindsight bias**. 2016. Dissertação (Mestrado em Artes) – Universidade Simon Fraser, Departamento de Psicologia, Burnaby, 2016, p. 20).

³³⁵ GIROUX, Megan E. **Perspective-taking and hindsight bias**. 2016. Dissertação (Mestrado em Artes) – Universidade Simon Fraser, Departamento de Psicologia, Burnaby, 2016, p. 55-56.

³³⁶ GIROUX, Megan E. **Perspective-taking and hindsight bias**. 2016. Dissertação (Mestrado em Artes) – Universidade Simon Fraser, Departamento de Psicologia, Burnaby, 2016, p. 56.

³³⁷ No entanto, esse ato é bastante improvável nos casos concretos, dada a natureza egocêntrica com que as pessoas adotam as perspectivas de outrem. A autora afirma, nesse contexto, que outros estudos devem ser ainda desenvolvidos sobre a matéria – especialmente, para averiguar se é possível que a mente humana se coloque completamente sob a perspectiva de terceiros, quando estiver avaliando suas crenças e ações passadas. (GIROUX, Megan E. **Perspective-taking and hindsight bias**. 2016. Dissertação (Mestrado em Artes) – Universidade Simon Fraser, Departamento de Psicologia, Burnaby, 2016, p. 56).

³³⁸ If people are unable to take the perspective of the defendant, they are likely unable to effectively consider what the defendant could have known prior to the outcome. (GIROUX, Megan E. **Perspective-taking and hindsight bias**. 2016. Dissertação (Mestrado em Artes) – Universidade Simon Fraser, Departamento de Psicologia, Burnaby, 2016, p. 56).

detidamente as bases para valoração das provas no processo democrático.

3 A PROVA E SUA VALORAÇÃO NO PROCESSO DEMOCRÁTICO

Tratados, no capítulo anterior, os conceitos básicos de Psicologia, importantes para a compreensão e o entendimento do que sejam heurísticas e vieses cognitivos, o presente estudo procura lidar, na sequência, com algumas questões enfrentadas no processo, no que tange à apreciação das provas. Primeiramente, discorre-se sobre a superada distinção entre verdade formal e verdade material, chegando-se à perspectiva constitucional da prova, abordando-se, em seguida, seu conceito, objeto, finalidade e destinatário no Estado Democrático de Direito.

Aborda-se, também, neste capítulo, os sistemas de valoração das provas em busca de parâmetros para uma leitura de acordo com a processualidade democrática e, por fim, trata-se, por amostragem, de alguns meios de prova, como o depoimento pessoal, a prova testemunhal e a prova pericial, para reforçar a presença dos vieses cognitivos e heurísticas que acabam exercendo influência sobre o entendimento do julgador.

3.1 A desnecessária busca da verdade – verdade material e verdade formal – sistema participativo de produção de provas

O presente tópico não pretende enfrentar o tormentoso conceito de verdade, o qual, demandaria por uma reflexão mais aprofundada. Busca-se, apenas, iniciar um debate tendente a desmistificar a suposta relação existente entre verdade e a prova.

A busca por “um critério de verdade” ou um conceito de verdade não é recente e conta com vasto campo teórico de discussão³³⁹. Entretanto, indaga-se: a verdade deve ser uma preocupação nos procedimentos democráticos de produção decisória?

Era comum, a distinção entre as “verdades” que aos processos civil e penal interessavam. Dizia-se que o processo penal buscava a verdade material, enquanto o processo civil se contentava com a verdade formal³⁴⁰.

³³⁹ O tema já foi tratado com brilhantismo por dissertações deste Programa de Pós-Graduação, inclusive, convertidas em livros de leitura obrigatória. Cf. PAOLINELLI, Camilla Mattos. **O ônus da prova no processo democrático**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2014; PAOLINELLI, Camilla Mattos. **O ônus da prova no Processo Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014; SOUZA, Fernanda Gomes e. **A prova no processo civil democrático**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2012; THIBAU, Vinícius Lott. **Presunção e prova no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Arraes, 2011, motivo pelo qual este trabalho não se preocupa em esgotar o tema.

³⁴⁰ Como exemplo, cf.: “Enquanto no processo civil em princípio o juiz pode satisfazer-se com a verdade formal (ou seja, aquilo que resulta ser verdadeiro em face das provas carreadas aos autos), no processo penal o juiz deve atender à averiguação e ao descobrimento da verdade real (ou verdade material), como fundamento da sentença

No processo penal, “o mito da verdade real amparava-se no sistema inquisitório e na compreensão de que o acusado era culpado”, de forma que “aos julgadores era essencial a concentração de poderes para se garantir a eficácia do procedimento”³⁴¹. O interesse do Estado justificava os poderes de investigação da verdade na busca por justiça.

“Esse processo, que não conhecia a ideia de limites – admitindo inclusive a tortura –, levou mais gente a confessar não só delitos não cometidos, mas também alguns impossíveis de serem realizados”³⁴², criando uma cultura inquisitiva a serviço do interesse público, a justificar a atuação de um Estado forte, com ilimitados poderes de investigação.

Hodiernamente, ainda se verifica na leitura especializada e na jurisprudência a defesa equivocada por alguns do ideal de busca da verdade real no âmbito do processo penal, com atuação ativa do juiz na produção da prova.

No âmbito do processo civil, “o recurso ao dogma da verdade real como objetivo do processo, não admite justificativa semelhante”³⁴³, posto que aqueles que a defendem partem de conceitos obscuros, sem demarcação científica, vagos e carregados de subjetivismo³⁴⁴, sem levar em consideração que “tal espécie de processo se edifica sob os pilares do princípio dispositivo, do interesse das partes e do sistema acusatório”³⁴⁵, o que é insustentável.

Note-se que a tese de que os processos civil e penal buscam verdades diferentes faz com que se leve em consideração mais o método pelo qual a comprovação do fato é obtida, em detrimento da essência da prova. Assim, a diferenciação entre verdade material e verdade formal vem sendo rechaçada pela doutrina, pois se percebeu que a verdade não é problema do processo, seja civil ou penal.

Até mesmo teóricos tradicionalmente ligados a uma perspectiva de defesa da busca da verdade, como Marinoni e Arenhart, já se deram conta da questão e registram:

Atualmente, a distinção entre verdade formal e substancial [real] perdeu seu brilho. A

[...], no caso do processo civil, embora o juiz não mais se limite a assistir a iniciativa destas [...] na maioria dos casos (direitos disponíveis) pode satisfazer-se com a verdade formal, limitando-se a acolher o que as partes levam ao processo e eventualmente rejeitando a demanda ou a defesa por falta de elementos probatórios. No processo penal, porém, o fenômeno é inverso: só excepcionalmente juiz penal se satisfaz com a verdade formal, quando não disponha de meios para assegurar a verdade real [...].” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 65).

³⁴¹ PAOLINELLI, Camilla Mattos. **O ônus da prova no Processo Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 225.

³⁴² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 580.

³⁴³ PAOLINELLI, Camilla Mattos. **O ônus da prova no processo democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 226.

³⁴⁴ BORGES, Fernanda Gomes e Souza. **A prova no processo civil democrático**. Curitiba: Juruá, 2013.

³⁴⁵ PAOLINELLI, Camilla Mattos. **O ônus da prova no processo democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 226.

doutrina moderna do direito processual vem sistematicamente rechaçando essa diferenciação, corretamente considerando que os interesses objetos da relação jurídica processual penal não têm particularidade nenhuma que autorize a inferência de que se deve aplicar a esse método de reconstrução dos fatos diverso daquele adotado pelo processo civil. Realmente, se o processo penal lida com a liberdade do indivíduo, não se pode esquecer que o processo civil labora também com interesses fundamentais da pessoa humana – como a família e a própria capacidade jurídica do indivíduo e os direitos metaindividuais –, pelo que totalmente despropositada a distinção da cognição entre as áreas.³⁴⁶

Beltrán lembra que “já na primeira metade do século XX alçaram-se importantes vozes doutrinárias para rechaçar explicitamente e claramente a distinção entre diversos tipos de verdade”³⁴⁷.

De fato, o alcance da verdade, seja real ou formal, é um objetivo utópico, inatingível no processo, pela absoluta impossibilidade de se traduzir com fidelidade nos autos a realidade fática pretérita. Carnelutti corrobora com referido entendimento ao dizer que a busca pela verdade é impossível, e que o homem somente consegue apreender uma parte dela:

[...] A coisa é uma parte; ela é e não é; pode ser comparada a uma moeda sobre cuja cara está gravada o seu ser e, sobre a sua coroa, o seu não ser. Mas para conhecer a verdade da coisa, ou digamos, precisamente, da parte, necessita-se conhecer, tanto a sua cara, quanto a sua coroa: uma rosa é uma rosa, ensinava FRANCESCO, porque não é alguma outra flor; queria dizer que para conhecer verdadeiramente a rosa, isto é, para chegar a verdade, é necessário conhecer não somente aquilo que a rosa é, mas também aquilo que ela não é. Por isso, a verdade de uma coisa nos foge até que nós não possamos conhecer todas as outras coisas e, assim, não podemos conseguir senão um conhecimento parcial dessa coisa. E quando digo uma coisa, refiro-me também, a um homem. Em síntese, a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós. (tradução nossa)³⁴⁸

Complementa, Lopes Júnior, dizendo que, sob qualquer perspectiva que se analise a questão, o que se nota é um emaranhado “de subjetividades e contaminações”, que impedem que se atribua “ao processo a função de, através da sentença, revelar a verdade”³⁴⁹. Corroborando, Paolinelli expõe que:

³⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 32.

³⁴⁷ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prova e verdade no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 67.

³⁴⁸ [...] La cosa è una parte essa è e non è; può essere paragonata ad una medaglia sul cui diritto è inciso il suo essere e sul rovescio il suo non essere. Ma per conoscere la verità della cosa, o diciamo pure della parte, bisogna conoscere tanto il diritto quanto il rovescio: una rosa è una rosa, insegnavo a Francesco, perchè non è alcun altro fiore; ciò vuol dire che per conoscere veramente la rosa, cioè per affarrarne la verità, occorre conoscere non soltanto ciò che essa è ma anche ciò che essa non è. Perciò la verità di una cosa ci sfugge fino a che noi non possiamo conoscere tutte le altre cose e così non ne possiamo conseguire se non una conoscenza parziale. E quando dico una cosa, mi riferisco anche ad un uomo. Insomma la verità è nel tutto, non nella parte; e il tutto è troppo per noi. (CARNELUTTI, Francesco. *Verdade, dúvida e certeza*. Tradução de Eduardo Cambi. **Gênesis: Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, n. 9, p. 606-607, 1998, p. 606-607).

³⁴⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 587.

A assertiva de que a prova desnuda a verdade deflagra um discurso autoritário embebido de um solitarismo judicial, em patente retrocesso à filosofia da consciência. E isso se torna ainda mais perigoso quando associado a objetivos instrumentais de justiça quantitativa. É imprescindível, assim, que o processo democrático se abra à necessária ruptura do padrão autoritário de decisão amparado na persecução da verdade”.³⁵⁰

No mesmo sentido, Soares e Brêtas esclarecem:

Provar não tem relação direta com a verdade. Nas democracias a prova não é parâmetro para a busca da verdade real. [...] A prova, na democracia, não pretende estabelecer a verdade, mas sobretudo ser uma garantia do devido processo constitucional. A busca da verdade dos fatos não é responsabilidade do juiz, nem do processo e muito menos da prova.³⁵¹

Conforme expõem, Nunes, Bahia e Pedron³⁵², não faz mais sentido, indagar se o processo busca ou não a verdade “real”, uma vez que “a verdade real” não existe, sendo melhor que se busque a construção de um “sistema participativo de construção de provas”, em que essas sejam devidamente consideradas na fundamentação da sentença³⁵³.

O processo não é meio apto à descoberta da verdade. Uma nova aposta vigora, e o processo deve acompanhá-la. Em um Estado Democrático de Direito, o que se pretende, é que o convencimento processual dos fatos e alegações seja alcançado por meio de um contraditório pleno entre os atores processuais, em uma relação paritária³⁵⁴, onde o resultado não seja do modo exclusivo, como um sujeito enxerga determinada realidade, mas que parta de um “raciocínio problematizado, que enfrenta possibilidades distintas, [...] e precisa refletir necessariamente a argumentação jurídica que envolve o caso concreto”³⁵⁵.

A preocupação do processo não deve ser a busca da verdade por meio da prova, mas “garantir que a produção probatória se dê em estrita observância ao devido processo legal”³⁵⁶, com o controle da argumentação judicial pela irrestrita fiscalidade das partes. Nesse sentido é

³⁵⁰ PAOLINELLI, Camilla Mattos. **O ônus da prova no Processo Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 280.

³⁵¹ SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Manual elementar de processo civil**. 2. ed. rev., atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 352-353.

³⁵² NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria Geral do Processo**. Com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 585.

³⁵³ No capítulo 4, buscou-se o aprofundamento teórico necessário para o entendimento do sistema participativo, para o qual, remete-se o leitor.

³⁵⁴ SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Manual elementar de processo civil**. 2. ed. rev., atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 417.

³⁵⁵ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do juiz: inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 46, n. 183, p. 141-153, jul./set. 2009.

³⁵⁶ BORGES, Fernanda Gomes e Souza. **A prova no processo civil democrático**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 74.

que o contraditório, a isonomia e a ampla defesa mostram sua importância, pois propiciam uma discussão compartilhada em torno das alegações de fatos e dos instrumentos de prova juntados aos autos.

3.2 O que é prova – destinatário e finalidade da prova

Há variadas concepções acerca do vocábulo “prova” na literatura jurídica-processual³⁵⁷. Algumas teorias entendem que a prova serve para apuração da verdade dos fatos³⁵⁸, enquanto, para outras, a prova judicial trata-se de um conjunto de regras que regula a admissão, produção, assunção e valoração dos diversos meios de prova³⁵⁹. Há também aqueles que entendem que a prova se presta “para testar ou verificar a qualidade de algo” (tradução nossa)³⁶⁰, os que definem que a prova se presta a demonstrar a verdade formal dos fatos discutidos em juízo³⁶¹, e aqueles que entendem que a prova serve para convencer o Estado-juiz da validade das proposições feitas no processo³⁶².

Vários teóricos³⁶³ concebem a prova basicamente em três categorias: prova como meio³⁶⁴, prova como atividade³⁶⁵ e prova como resultado³⁶⁶. Sintetiza o tema, Cambi:

Juridicamente, o vocábulo ‘prova’ é plurissignificante, já que pode ser referido a mais de um sentido, aludindo-se ao fato representado, à atividade probatória, ao meio ou

³⁵⁷ BORGES, Fernanda Gomes e Souza. **A prova no processo civil democrático**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 47.

³⁵⁸ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 164.

³⁵⁹ ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria General de la Prueba Judicial**. Tomo I. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, 1976, p. 15.

³⁶⁰ [...] Acreditar o verificar la bondade de algo [...]. (MELENDO, Santiago Sentis. **La prueba**. Buenos Aires: EJE, 1978, p. 38).

³⁶¹ CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Tradução de Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseler, 2001, p. 72-73.

³⁶² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 60.

³⁶³ Cf. MALATESTA, Nicola Framarino del. **A lógica das provas em matéria penal**. Tradução de Waleska Giroto Silverber. 3. ed. Campinas: Conan, 1995, p. 21 e RAGEL, Rui Manoel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 23.

³⁶⁴ Dentro dessa corrente, que restringe a noção de prova aos meios (testemunhos, documentos, depoimentos pessoais das partes, os laudos periciais e quaisquer outros admitidos em direito), tem-se Eduardo Couture, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Sérgio Bermudes, José Eduardo Carreira Alvim, Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini (THIBAU, Vinícius Lott. **Presunção e prova no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Arraes, 2011, p. 31-33).

³⁶⁵ A noção de prova como atividade, que a concebe como ligada a uma atuação humana que conduzia a um resultado sobre os fatos afirmados, tem a adesão de autores como Giuseppe Chiovenda, José Alberto dos Reis, James Goldschmidt, Adolf Schönke e Antonio Delepinae (THIBAU, Vinícius Lott. **Presunção e prova no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Arraes, 2011, p. 31-33).

³⁶⁶ Nessa corrente, em que a prova é o próprio resultado, encontra-se João de Castro Mendes, Carl Joseph Anton Mittermayer, Tércio Sampaio Ferraz Júnior e Misael Montenegro Filho. (THIBAU, Vinícius Lott. **Presunção e prova no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Arraes, 2011, p. 31-34).

fonte de prova, ao procedimento pelo qual os sujeitos processuais obtêm o meio de prova ou, ainda, ao resultado do procedimento, isto é, à representação que dele deriva [...].³⁶⁷

Sob esse enfoque, mas, de acordo com uma noção democrática da prova, Nunes, Bahia e Pedron, ao discorrerem sobre o que é prova, ensinam que essas são “meios procedimentais (meios de prova) através dos quais os fatos litigiosos são apresentados aos sujeitos processuais e ficam registrados nos autos (instrumentos de prova). Elas buscam reconstruir, nos autos, eventos (elementos de prova) que ocorreram no passado”³⁶⁸. Essa é, pois, a concepção de prova adotada no presente estudo.

Importa frisar que, para os objetivos que aqui se propõem, faz-se imperioso enxergar o direito à prova como forma de garantia do direito ao contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CRFB/88)³⁶⁹, em que se permite às partes a assunção de qualquer prova relevante para a decisão, como forma de efetiva influência no deslinde procedimental³⁷⁰. A possibilidade de dizer e contradizer, que se realiza por meio das alegações das partes, é corporificada pelas provas produzidas no processo³⁷¹.

Leal, ao entender que a prova deve ser produzida no âmbito do devido processo constitucional, permitindo que as partes participem efetivamente de produção, esclarece que:

O meio lícito de obtenção da prova nas Democracia é desenvolvido em paradigmas do devido processo legal que impõe a participação lógico-procedimental probatória das partes na preparação do provimento (sentença) e não como sujeitos passivos (privados de liberdade procedimental) de um provimento em tempo insuficiente e em espaço vazio do procedimento que se define pela radicalização do princípio da oralidade para a realização de direitos.³⁷²

Também partindo de uma noção democrática, Paolinelli diz ser a prova:

[...] Garantia processual-fundamental das partes, instrumentada de acordo com os meios legalmente permitidos, para a reconstrução dos fatos objeto da narrativa no

³⁶⁷ CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova**. São Paulo: RT, 2001, p. 41.

³⁶⁸ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria Geral do Processo**. Com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 585.

³⁶⁹ “Aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]).

³⁷⁰ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Las pruebas em el Nuevo Código de Processo Civil brasileño y procedimiento probatório. *In*: SOARES, Carlos Henrique; RAMOS, Glauco Gumerato; GRADOS, Guido Aguila; RÚA, Mónica Bustamante; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias (Orgs.). **Proceso democrático y garantismo procesal**. V. 1. Belo Horizonte: Arraes; Buenos Aires: Astrea, 2015, p. 152-163.

³⁷¹ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria Geral do Processo**. Com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 583.

³⁷² LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 12. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2014, p. 194-195.

processo e à qual se encontra vinculado um ônus. A prova é garantia direta e intimamente relacionada com o exercício da ampla argumentação e que viabiliza a construção compartilhada dos pronunciamentos decisórios.³⁷³

Ao abordar a prova a partir do marco teórico do Estado Democrático de Direito, em igual sentido, aponta, Borges:

[...] A prova deve ser considerada um instituto jurídico (conjunto de princípio que se unificam pela conexão normativa determinante de seu significado e aplicação), segundo o qual, por meio da estrutura normativa do procedimento, são constituídos juízos lógicos compatíveis, dentro dos quais há de se operar o raciocínio do intérprete, como esquema de incidência e aplicação do direito. Por conseguinte, não se pode permitir e aceitar a vinculação da prova à sensibilidade do julgador, sem que haja uma passagem reflexiva pelos aspectos de sua configuração teórico-construtiva no procedimento em contraditório, que lhe confere o caráter de instituto jurídico.³⁷⁴

Desse entendimento básico sobre o que é prova, fácil inferir que nem o juiz (agente público julgador), tampouco o juízo (órgão jurisdicional do Estado), podem ser seu único e principal destinatário. Em um modelo processual cooperativo, como o adotado pelo CPC/15 (art. 6º)³⁷⁵, todos os atores processuais atuam em igualdade de condições e forças, na construção e fiscalização compartilhada do resultado final do processo. E, se é assim, a todos os atores do processo, pertencem as provas.

Nesse sentido, o Enunciado n. 50 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz”.³⁷⁶

Fixa-se assim que, em uma perspectiva constitucional, a finalidade da prova se destina ao debate e convencimento de todos que participam do processo.

E não poderia ser diferente, uma vez que a prova pertence ao processo, e o processo, em uma perspectiva democrática, é uma estrutura normativa constitucionalizada que possibilita a participação efetiva de todos os envolvidos, que podem influenciar na formação de decisões com a adoção de um contraditório forte, com garantia de simétrica paridade entre as partes, ausências de focos de poder e efetiva possibilidade de influência e vedação às decisões surpresa.

Exatamente por isso que Nunes afirma que “os princípios constitucionais do processo

³⁷³ PAOLINELLI, Camilla Mattos. **O ônus da prova no Processo Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 37-38.

³⁷⁴ BORGES, Fernanda Gomes e Souza. **A prova no processo civil democrático**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 60.

³⁷⁵ Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável decisão de mérito justa e efetiva. (BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília; DF: Presidência da República, [2017]).

³⁷⁶ BRASIL. Enunciado nº 50. **Fórum Permanente de Processualista Civis**. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2021.

[...] permitem a construção de um procedimento jurisdicional legítimo que possibilita um resgate discursivo das razões de cada decisão judicial, assegurando a correção da falibilidade do processo”³⁷⁷.

A atividade probatória, em uma perspectiva processual constitucional democrática, deve garantir que a relação entre todos os envolvidos seja intersubjetiva e participativa. Assim, os princípios constitucionais processuais, como o da ampla defesa e imparcialidade devem ser interpretados sob uma ótica democrática e a técnica probatória deve se dar a partir do policentrismo processual e da participação, “[...] capazes de implementar uma responsabilidade compartilhada por todos os sujeitos processuais, segundo uma perspectiva paritária de acesso e participação técnica na formação dos provimentos”³⁷⁸. Não é possível admitir “focos de centralidade, seja nas partes, nos advogados ou nos juízes”³⁷⁹.

A participação, que tem como base normativa o contraditório em sua acepção dinâmica, pressupõe a percepção de espaços (técnicos) de exercício das atividades dos atores processuais, contribuindo dessa forma para a mitigação dos vieses cognitivos, na medida em que a prova passa a servir como mecanismo de controle recíproco de atividade entre os atores processuais.

3.3 Tipos de prova

No ordenamento jurídico processual brasileiro, as partes têm o direito de trazer aos autos todos os elementos para demonstrar a existência dos fatos e de seus efeitos, ou seja, para atestar a veracidade e a autenticidade de suas alegações, de modo a influenciar a decisão³⁸⁰, sejam aqueles citados na lei – como ata notarial, depoimento pessoal, confissão, prova testemunhal, prova documental, documentos eletrônicos, prova pericial, inspeção judicial, prova emprestada –, sejam quaisquer outros, desde que relevantes para a decisão (art. 5º, LV, CRFB/88). Todos os instrumentos e formas de prova são passíveis de falibilidade e impugnação pelos participantes do processo.

A ata notarial (art. 384, CPC/15) “é o instrumento público por meio do qual o notário

³⁷⁷ NUNES, Dierle José Coelho. **Direito Constitucional ao Recurso**: Da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 143

³⁷⁸ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 50.

³⁷⁹ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 212.

³⁸⁰ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria Geral do Processo**. Com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 603.

certifica – por meio da sua condição pública – e do decorrente dever de imparcialidade – a ocorrência de certo fato, por ele presenciado”³⁸¹. É figura introduzida no Direito brasileiro pelo art. 7º, III, da Lei n. 8.935/1994³⁸² – que estabelece que, aos tabeliães de notas, compete, com exclusividade, lavrar atas notariais –, complementada pelo art. 6º, III, do mesmo diploma, que permite aos notários autenticar fatos. A ata notarial pode consistir em mera descrição, como também dessa, podem constar dados representados por imagem e som (art. 384, parágrafo único)³⁸³.

Para evitar que deturpações cognitivas do tabelião de notas sejam incorporadas ao instrumento público, importante que se limite a função de certificar a ocorrência do fato por ele verificado, não emitindo qualquer juízo de valor sobre o que atesta, evitando suposições sobre fatos não presenciados pessoalmente, o que é vedado.

O depoimento pessoal (arts. 385 a 388, CPC/15) “é o meio de prova destinado a realizar o interrogatório da parte, no curso do processo”³⁸⁴, para dizer o que sabe a respeito do pedido, da defesa ou das provas produzidas ou a serem produzidas.

Confissão se configura quando alguém reconhece a existência de um fato contrário ao seu interesse e favorável ao do seu adversário (art. 389 do CPC/15), exigindo, pois, para sua configuração, “a admissão de fato desfavorável ao interesse da parte confitente, mas favorável (ao mesmo tempo) ao interesse da parte adversária”³⁸⁵.

A prova testemunhal “é a que se obtém por meio do relato prestado, em juízo, por pessoas que conhecem o fato litigioso”³⁸⁶, de modo que, “por meio da prova testemunhal obtém-se, através das declarações de alguém estranho à relação processual, determinada versão de como se passaram certos fatos importantes para a definição do litígio”³⁸⁷. A testemunha é o “terceiro, estranho ao processo, que depõe em juízo narrando o que sabe sobre os fatos da causa”³⁸⁸, assim, não podem ostentar essa condição, aqueles que, no processo, assumem a

³⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 468.

³⁸² BRASIL. **Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994**. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro (Lei dos cartórios). Brasília, DF: Presidência da República, [2017].

³⁸³ Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião. (BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília; DF: Presidência da República, [2017]).

³⁸⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. V. 1. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 973.

³⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 534.

³⁸⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. V. 1. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 1021.

³⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 820.

³⁸⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 257.

função de parte (como seria o caso do nomeado à autoria, do chamado ao processo, do oponente, do denunciado da lide e do assistente litisconsorcial)³⁸⁹.

Ao destacar a interferência dos viesamentos cognitivos no depoimento pessoal, na confissão e na prova testemunhal, Werneck assim sintetiza:

A despeito das inúmeras regras previstas no CPC acerca desses dois meios de prova, certo é que esse tipo de colheita de evidências não percorre um caminho linear. Assim, não se desconhece que a condução das perguntas tanto no depoimento pessoal, quanto na prova testemunhal, pode se dar de forma relativamente flexível. É possível, por exemplo, a formulação tanto de indagações indiretas, como: "a senhora poderia narrar quantas pessoas estavam presentes no evento discutido nos autos?"; quanto perguntas diretas como: "tais pessoas (citando nomes) estavam presentes no evento discutido nos autos?"

Essa flexibilidade nem sempre tais (sic) resultados positivos na busca pela solução mais justa do litígio. Nesse particular, pode-se vislumbrar um problema quando se pensa, por exemplo, no viés do enquadramento (framing). Relembrando o conceito, segundo Mayer e Ávila, o viés de enquadramento é a possibilidade de se influenciar a decisão de um sujeito em razão da forma de apresentação das informações. Estas são disponibilizadas de forma verídica, sem distorções, porém, com pequenas modificações em sua estruturação. Isso está umbilicalmente ligado ao resultado da resposta, eis que as pessoas tendem a rebater de forma diferente perguntas idênticas, porém, formuladas de forma distinta.

Por conseguinte, a depender da forma como o(a) julgador(a) estrutura as suas indagações (enquadrando ou não determinado contexto), obterá respostas diversas. Aqui, não se trata do crime de falso testemunho, mas sim da formulação de perguntas visando a obtenção de respostas que se precisa (ou se julga precisar).

Logo, é de rigor que na formulação das perguntas, o julgador tente elaborá-las de forma direta e objetiva, sem enquadrá-las de modo a induzir certa resposta do interlocutor. Assim agindo, o magistrado garante autonomia à testemunha e/ou ao depoente, a fim de que demonstrem, de fato, o conhecimento acerca da matéria fática. Acrescenta-se que apenas após o relato feito pelas próprias partes ouvidas na audiência, induzido por perguntas do julgador, é que devem ser formuladas indagações mais específicas buscando esclarecer pontos eventualmente ambíguos ou confusos. Do mesmo modo, só deve se fazer indagações aos depoentes caso haja objetivo útil, a saber, apenas se o questionamento puder elucidar e/ou acrescentar algo que mereça ser esclarecido. Perguntas descontextualizadas e desnecessárias, além de não contribuírem nessa fase, podem acrescentar informações e, consequentemente, contaminações prejudiciais ao processo decisório.

Outrossim, não é desejável que o(a) magistrado(a), ao ingressar na sala de audiências, já esteja imbuído(a) de um prejulgamento a respeito dos fatos – ou seja, contaminado(a) pelo viés retrospectivo. O viés retrospectivo, aqui também já tratado, é um desvio cognitivo que pode ser resumido em frases como “eu já sabia que isso iria ocorrer” ou “era obvio que o fim seria esse”. A crença ilusória de que o final, a resposta, ou qualquer acontecimento já era esperado, causada pelo viés retrospectivo, pode ter implicações negativas nas tomadas de decisões.

A propósito, considere-se o seguinte estudo: pesquisadores requisitaram que voluntários assistissem a um vídeo que ilustrava a discussão de um casal. Ato contínuo, questionou-se qual dos dois possuía uma relação extraconjugal. Ao final, foi revelado o desfecho: para metade do grupo, os responsáveis informaram que o infiel era o homem; e para outra metade, que era mulher. Apesar de o cônjuge infiel ser uma variável completamente independente, já que as características da cena não ofereciam indicações suficientes para nenhum palpite, certo foi que, ao descobrirem a “resposta”, seja para quem respondeu o homem ou a mulher, os participantes

³⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 820.

tendiam a acreditar que, para eles, o desfecho era mais evidente, dadas suas habilidades de interpretação nessas situações. Assim, aqueles que acertaram, narraram um grau maior de certeza a respeito, o que revelaram ter sido possível desde o início do vídeo. Afora isso, sustentaram, ainda, que a tarefa tinha sido fácil.

Contextos como esse, somados ao egocentric bias, podem levar o juiz(a) a extrapolar a real percepção de sua habilidade, derivando disso a negligência de alternativas para um determinado problema. Suponha-se que, em uma ação de alimentos entre ex-cônjuges, o juiz acredite que a ex-esposa não atende o binômio necessidade-possibilidade e busca apenas se aproveitar. Enviesado, esse julgador, em sede de audiência, poderia facilmente concluir que a depoente não passava mesmo confiança, alicerçando-se nesse viés. “Mais do que achar que um desfecho é inevitável, esse subtipo do viés envolve a sensação de que aquilo sempre foi perceptível para a pessoa”.

“Se a pessoa considera que já sabia de um resultado há tempos, ou seja, superestima sua habilidade de previsão, ela será mais relutante em considerar ideias novas para atacar um problema”. Com isso, pode, durante toda a audiência, fazer perguntas que apenas confirmem aquilo que define como parâmetro, conduzindo o depoimento a um caminho distinto do ideal. É em casos como esses, inclusive, que se vê a consecução de confissões não espontâneas ou mesmo assimilação, pelo julgador, de respostas fora do contexto a fim de privilegiar sua crença inicial.³⁹⁰

Documento consiste na atestação, escrita ou por qualquer outro modo gravada³⁹¹, de um fato³⁹², compreendendo não apenas os escritos, mas também desenhos, pinturas, mapas, fotografias, gravações sonoras e filmes, a título de exemplo. Em outras palavras, “é o resultado de uma obra humana que tenha por objetivo a fixação ou retratação material de algum acontecimento”³⁹³ por meio de símbolos³⁹⁴.

Documento eletrônico é aquele que consiste em uma “sequência de bits que, traduzida por meio de um determinado programa de computador, seja representativo de um fato”³⁹⁵. Dessa forma, o documento eletrônico nada mais é do que aquele que se encontra memorizado em forma digital, não perceptível aos seres humanos, só sendo possível utilizá-lo por meio de dispositivo eletrônico.

A prova pericial³⁹⁶ é prova técnica que serve para certificar a existência de fatos por

³⁹⁰ WERNECK, Isadora Tófani Gonçalves Machado. **Vieses cognitivos e tomada de decisão: uma análise multidisciplinar do debiasing da decisão judicial**. 2019. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2019, p. 87-89.

³⁹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 251.

³⁹² CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Tradução de Lisa Pary Scarpa. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 190.

³⁹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. V. 1. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 991.

³⁹⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. V. 2. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 217.

³⁹⁵ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **O documento eletrônico como meio de prova**. São Paulo, nov. 1999.

³⁹⁶ Há quem discuta se a perícia é meio de prova, considerando-a como uma averiguação das provas feita pelo perito, em substituição ao magistrado. Tratar-se-ia de uma ponderação razoável, se considerasse-se que todo meio de prova é a prova em si. Sucede que o meio de prova é, em verdade, a técnica desenvolvida para se extrair prova de onde jorra (ou seja, da fonte), enquadrando-se, nesse conceito, com tranquilidade, a prova pericial. (DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela

meio de conhecimentos específicos. Ou:

É uma espécie de meio de prova realizado por alguém de reconhecido conhecimento técnico ou científico que atesta a situação de uma coisa ou de uma pessoa, a sua origem e causa daquilo que se investiga na atividade probatória, por meio da aplicação de uma metodologia técnica e científica.³⁹⁷

Araguren³⁹⁸ constata a incidência do viés de grupo no contexto da valoração das provas periciais, destacando a preferência de magistrados por laudos elaborados por peritos pertencentes aos quadros do funcionalismo público, ainda que haja manifestação elaborada por perito particular com melhor fundamentação e tecnicamente superior à anterior. O viés cognitivo se manifesta nessa situação, porque os juízes tendem a atribuir maior credibilidade ao trabalho do perito, tão somente pelo fato de ser funcionário público, deixando de validar adequadamente o trabalho de outro profissional, mesmo sendo de qualidade.

Essa supervalorização dos peritos pertencentes aos quadros de funcionalismo público pode afetar significativamente o contraditório – uma vez que, por mais que as partes apresentem laudos ainda mais técnicos ou incluam assistentes técnicos competentes no processo, as considerações desses profissionais não terão a capacidade de influenciar a decisão do magistrado, que já terá atribuído valor maior à prova pericial produzida pelo perito oficial.

Outro problema é a tendência do julgador de frequentemente levar as conclusões dos laudos periciais em consideração, em detrimento das demais provas juntadas aos autos. Após analisar pesquisas³⁹⁹ que demonstram que as decisões judiciais, em regra, não se afastam das conclusões obtidas por meio da prova pericial, Werneck assim esclarece:

Essa prova é, via de regra, dotada de alto grau de respeitabilidade pelos(as) julgadores(as), que tendem a nela se apoiar com afinco. Para ilustrar a afirmação, merece destaque a pesquisa feita por Luiz Rogério Monteiro de Oliveira, por ocasião da sua dissertação de mestrado apresentada junto à Faculdade de Direito da USP. Nela, o estudante de pós-graduação se propôs a analisar diversas questões atinentes à prova pericial em ações envolvendo alegação de erro médico. Em uma das análises feitas, observou que, das sentenças e acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo analisados, 79,2% deles acolheram integralmente o laudo, 16,6% acolheram-o

provisória. V. 2. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 330).

³⁹⁷ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Curso de Processo Civil**. Processo de conhecimento no novo CPC (Lei nº 13.105/2015 e Lei nº 13.256/2016). 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 384.

³⁹⁸ ARANGUREN, Arturo Muñoz. La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano – una aproximación. **InDret: Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, n. 2, p. 1-39, abr. 2011, p. 17.

³⁹⁹ Cf. OLIVEIRA, Luiz Rogério Monteiro de. **Os laudos periciais nas ações judiciais por erro médico: uma análise crítica**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010 e KALLAS FILHO, Elias; FONSECA, João Paulo de Oliveira. A influência da prova pericial nas decisões judiciais acerca da responsabilidade civil dos médicos. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 101-115, jul./out. 2015.

parcialmente e apenas 4,2% rejeitaram o laudo pericial, donde se conclui pela majoritária estima dos(as) magistrados(as) à análise técnica do expert.

Em outra pesquisa, desta feita junto ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), efeito semelhante foi verificado. Um dos resultados extraídos demonstra que, dos acórdãos analisados, apenas dois divergiram da prova técnica produzida pelo perito do juízo, o que representa 9,52% do total. Ou seja, 90,48% dos julgados estudados perfilharam-se às conclusões da prova técnica. E, nos casos em que isso se deu, tal perspectiva se justificou em uma hipótese, pelo fato do julgador ter considerado a prova técnica “de baixa qualidade, com respostas absolutamente lacunosas e que, de forma alguma, serve à elucidação do caso”, tendo decidido pela realização de nova perícia; e, na outra, porquanto foi constatada a necessidade de nova intimação do perito para prestar esclarecimentos, anulando-se a sentença.

Essas pesquisas são significativamente relevantes, pois demonstram que as sentenças e acórdãos que divergem e/ou afastam as conclusões obtidas por meio da prova pericial não o fazem, via de regra, em razão do potencial do restante do conjunto probatório, ou seja, da sua aptidão para comprovar a ocorrência dos fatos, mas porque a perícia, em si, apresentara alguma mácula. Parece, portanto, ser inequívoca a constatação de que a prova pericial, quando realizada, é fundamental para a conclusão judicial, já que os(as) julgadores tendem a leva-la, frequentemente, em consideração.⁴⁰⁰

A inspeção judicial é a possibilidade de o juiz deslocar-se e fazer-se presente no local da realização da prova para examinar diretamente pessoas ou coisas, para melhor se inteirar dos fatos (art. 481, CPC/15)⁴⁰¹. Isso ocorrerá quando se mostrar melhor para verificação ou interpretação dos fatos (art. 483, I, CPC/15), a coisa não puder ser apresentada em juízo sem consideráveis despesas ou dificuldades (art. 483, II, CPC/15), ou for necessária, a reconstituição dos fatos (art. 483, III, CPC/15). Pode ser realizada na sede do juízo ou fora dessa, mas dentro da competência territorial do juiz⁴⁰².

Por se tratar de meio de prova que se concretiza por meio da percepção pessoal do juiz⁴⁰³, utilizando-se de sua visão, audição, olfato, tato e paladar⁴⁰⁴, a inspeção judicial dá margem a toda uma gama de enviesamentos decisórios relacionados aos sentidos. É de se cogitar que a iniciativa para a inspeção judicial possa ser amparada em um viés de confirmação, por exemplo, pois, como ser humano que é, o juiz se vale de heurísticas para fazer escolhas e decidir as questões que lhe são apresentadas, utilizando-se de atalhos cognitivos que facilitam

⁴⁰⁰ WERNECK, Isadora Tófani Gonçalves Machado. **Vieses cognitivos e tomada de decisão: uma análise multidisciplinar do debiasing da decisão judicial**. 2019. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2019, p. 92-93.

⁴⁰¹ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Curso de Processo Civil**. Processo de conhecimento no novo CPC (Lei nº 13.105/2015 e Lei nº 13.256/2016). 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 377.

⁴⁰² DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. V. 2. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 381.

⁴⁰³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. V. 2. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 217.

⁴⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 915.

e agilizam a tomada de decisão.

Prova emprestada é aquela que, produzida para gerar efeitos em um processo, é levada para processo distinto, por meio do traslado dos elementos que a documentaram. De igual forma, Talamini afirma que “a prova emprestada consiste no transporte de produção probatória de um processo para outro. É o aproveitamento da atividade probatória anteriormente desenvolvida, através do traslado dos elementos que a documentaram”⁴⁰⁵.

Nesse aspecto, se, durante a sua produção nos outros autos, a prova tiver sido contaminada com algum viés cognitivo, ao ser trasladada para o novo processo, virá carregada com essas falhas. E o que é pior, acobertada pelo desligamento da fonte de origem da deturpação cognitiva, o que pode lhe dar uma falsa imagem de perfeição.

3.4 Sistemas de valoração probatória – da prova legal à perspectiva constitucional

No estudo do direito probatório, quando da análise dos sistemas de valoração da prova, é possível verificar historicamente a existência de dois sistemas típicos de valoração⁴⁰⁶. Desde já, adianta-se que este trabalho abordará a divisão entre prova legal e prova livre, para fins elucidativos, mas considera que a valoração da prova deve se dar a partir de uma perspectiva constitucional⁴⁰⁷.

Típico dos sistemas de juízes expectadores passivos⁴⁰⁸, um desses modelos de valoração da prova é o sistema do critério legal (ou da prova tarifada), segundo o qual, cada espécie de prova, por força das normas previamente estabelecidas, possui valoração inalterável. Ou seja, a lei confere o peso e a eficácia a determinados meios de prova, ao mesmo passo que os nega para outros meios de prova.

Apoiado nos estudos de Mendes, sobre a prova tarifária, Thibau explica que:

[...] As provas legais distinguem-se em positivas e negativas. Há prova legal positiva quando o Ordenamento Jurídico impõe ao julgador uma determinada conclusão

⁴⁰⁵ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 91, ano 23, p. 92-114, jul./set. 1998, p. 93.

⁴⁰⁶ Não é possível concordar com a corrente que defende a existência de um “sistema de persuasão racional”, uma vez que a distinção é inócua, considerando que parte da ideia de livre valoração.

⁴⁰⁷ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria Geral do Processo**. Com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 587.

⁴⁰⁸ Em nota de rodapé, citando Mauro Cappelletti, Nunes esclarece que, nessa fase, o sistema ou princípio da escritura estabelecida que “o juiz devia julgar apenas com base nos escritos, sem nunca entrar em contato direto (e, por conseguinte, oral) com as partes, com as testemunhas, com os peritos” e que “o juiz, nessa perspectiva liberal, apresentava-se como um estranho em relação ao objeto litigioso, cumprindo a função de expectador passivo e imparcial do debate” (NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise das reformas processuais**. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 73-77).

quanto ao resultado probatório, a partir de valores previamente estipulados para os meios de Prova, dos quais não se pode afastar; há prova legal negativa quando o Ordenamento Jurídico impõe ao julgador uma determinada conclusão quanto ao resultado probatório, mediante vedação da atribuição de qualquer valor a certos meios de Prova, que, eventualmente, levariam a outro resultado.⁴⁰⁹

Embora o sistema da prova legal não seja o critério de apreciação do resultado probatório regente nos ordenamentos jurídicos atuais, apresenta resquícios, como é o caso da necessidade de demonstração de titularidade de direito real imobiliário – constante do art. 108 do Código Civil brasileiro (CC/02)⁴¹⁰, cumulada com a previsão do art. 406 do CPC/15⁴¹¹ –, que afasta outras provas nos casos que a lei exigir que a comprovação se dê por escritura pública. Outro exemplo se extrai do art. 158 do CPP⁴¹², que veda a confissão nos crimes que deixam vestígios.

Típico dos sistemas de juízes diretores e ativos⁴¹³, outro modelo adotado é o sistema da prova livre, que, por sua vez, divide-se em convicção íntima e livre convencimento motivado⁴¹⁴.

No sistema da convicção íntima, o juiz extrai de suas impressões particulares o que lhe parece ser a melhor decisão, não importando se a decisão converge com o resultado probatório, pois o julgador “busca solucionar conflitos por via de sua sensata, talentosa e privilegiada mente”⁴¹⁵, não lhe sendo exigível justificar os motivos de suas escolhas⁴¹⁶.

Um exemplo da presença desse sistema no ordenamento jurídico pátrio se verifica no

⁴⁰⁹ THIBAU, Vinícius Lott. **Presunção e prova no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Arraes, 2011, p. 47-48.

⁴¹⁰ Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País. (BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]).

⁴¹¹ Art. 406. Quando a lei exigir instrumento público como da substância do ato, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta. (BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília; DF: Presidência da República, [2017]).

⁴¹² Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado. (BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília; DF: Presidência da República, [2019]).

⁴¹³ A socialização processual será melhor explorada no próximo capítulo, bastando, por ora, dizer que as proposições teóricas desse período se escoram em um Estado Social que defende um protagonismo judicial (enfraquecimento do papel das partes e reforço do papel dos magistrados), destinado a uma atividade compensadora dos déficits de igualdade material (NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise das reformas processuais**. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012. Ver, especialmente, Capítulo 3 - O surgimento do socialismo jurídico - das bases iniciais da socialização do processo no âmbito da legislação e doutrina - sua ressonância na primeira metade do século XX, p. 79-106).

⁴¹⁴ PEDRON, Flávio Quinaud. A impossibilidade de afirmar um livre convencimento motivo para os juízes: as críticas hermenêuticas de Dworkin. **RECDHTD: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, [s.l.], v. 10, n. 2, p. 197-206, maio/ago. 2018.

⁴¹⁵ THIBAU, Vinícius Lott. **Presunção e prova no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Arraes, 2011, p. 50.

⁴¹⁶ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria Geral do Processo**. Com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 587.

conselho de sentença do Tribunal do Júri, o qual apresenta seus juízos de condenação ou absolvição de acordo com a íntima convicção dos jurados, sem o dever de motivá-los ou justificá-los⁴¹⁷.

A seu turno, no sistema do livre convencimento motivado, o julgador tem irrestrita liberdade para apreciação das provas, não havendo limitação aos meios, origens e qualidades dessas, bastando trazer aos autos a singela motivação⁴¹⁸ que o convenceu a um determinado resultado. O Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73) prescrevia, no art. 131, que “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”⁴¹⁹.

Ambos os sistemas suportam críticas⁴²⁰, como não poderia ser diferente, haja vista que estão imersos nas vertentes liberal e social⁴²¹ acerca do papel do juiz na avaliação da prova. No liberal, pela passividade, e, no social, pela incumbência da missão de fazer “justiça” em prol do “bem comum”, em que a prova se destina exclusivamente à formação do convencimento do magistrado.

Note-se que o sistema da prova legal se apresenta excessivamente rígido, seguindo uma hierarquia legal em busca de um resultado meramente formal, ao passo que o sistema da prova livre – seja por meio da convicção íntima ou do livre convencimento motivado – apresenta-se

⁴¹⁷ POZZA, Pedro Luís. Sistemas de apreciação da prova. *In*: KNIJNIK, Danilo (Org.). **Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 219-243.

⁴¹⁸ O termo “motivação” não está sendo empregado como sinônimo de fundamentação. Segundo expõe, Ramires: “[...] é preciso diferenciar a fundamentação válida de suas simulações. Fundamentar validamente não é explicar a decisão. A explicação só confere à decisão uma falsa aparência de validade. O juiz explica, e não fundamenta, quando diz que assim decide por ter incidido ao caso ‘tal ou qual norma legal’. A atitude do juiz que repete o texto normativo que lhe pareceu adequado, sem justificar a escolha, não vai além do que se faria se não explicitasse de forma alguma o motivo da decisão. Diz Streck que ‘jamais uma decisão pode ser do tipo ‘Defiro com base na lei x ou na súmula y’’. Essa escolha ‘livre’ de sentido não fundamenta o julgado [...]” (RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação dos precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 41-42). Para um estudo completo, cf. NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria Geral do Processo**. Com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 432-444.

⁴¹⁹ BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2006].

⁴²⁰ Muito embora não se desconheça que há doutrinadores que defendem sua aplicação, como Cândido Rangel Dinamarco: assim é a regra do livre convencimento, que provavelmente representa o mais importante entre todos os pilares do direito probatório. Ela tem por premissas a necessidade de julgar segundo as imposições da justiça em cada caso e a consciência da inaptidão do legislador a prever tão minuciosamente todas as situações possíveis, que lhe fosse factível editar tabelas tarifárias indicando o valor probatório de cada fonte ou meio de prova, em cada situação imaginável. A esperança de que isso pudesse um dia ser feito constituiria uma ingênua quimera e um absurdo enorme (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. V. 3. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 102).

⁴²¹ No próximo capítulo, serão tecidas maiores considerações sobre o período do Estado Liberal e Estado Social quando forem explicitadas as bases para formação da Teoria Normativa da Participação.

excessivamente incerto e sujeito a toda uma sorte de enviesamentos cognitivos⁴²², posto que se escora em juízos generalizados e formados de acordo com a “consciência” do julgador.

Entendendo que o sistema de prova legal (tarifário) e o sistema de prova livre (convicção íntima e livre convencimento motivado) não atendem às especificidades principiológicas e constitucionais do Estado Democrático de Direito, Streck registrou:

Acontece que o problema da gestão da prova deve ir além de uma simples opção por um dos modelos citados acima. Aliás, ele deve ser pensado no contexto de um processo democraticamente gerido, o que implica pensar os limites daquele que figura como o titular o impulso oficial: o juiz. Pois não há democracia onde haja poder ilimitado. E isso é assim desde o primeiro constitucionalismo. Portanto, o problema da gestão da prova é, também, um problema de teoria da decisão [...]. Ainda, ressalte-se que esse vício estrutural presente na legislação processual brasileira também decorre de outro problema paradigmático: o atrelamento da concepção de direito (ainda dominante) aos paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência. Assim, se de um lado, os juízes tomam para si a condução da prova no processo, como se a produção da prova pudesse ser gerida a partir de sua consciência (atenção: consciência entendida no sentido do paradigma da filosofia da consciência): ao mesmo tempo, ainda acreditam na possibilidade da busca da verdade real (sic) – como se existissem essências (sim, existe ainda parcela considerável de juízes – doutrinadores, é claro – que acredita nisso”). Ora, por detrás desse ‘vício de origem’ está a velha discricionariedade, que, por acaso, é o que sustenta outro inimigo do direito democrático: o positivismo jurídico.⁴²³

A concepção atual do Processo Civil, fundado em uma perspectiva constitucional, impõe a construção de um processo adequado aos direitos fundamentais. Nesse sentido, a própria legitimação do Estado⁴²⁴ pressupõe a interpretação dos institutos processuais em conformidade com a Constituição, mormente com a necessidade de que os provimentos sejam formados de modo participativo.

Tendo em vista a importância que a prova exerce para garantir o convencimento processual dos fatos e, conseqüentemente, sobre as alegações das partes, a admissão de qualquer espécie de comportamento decisório – na qual o juiz, solitariamente, apenas “escolheria qual

⁴²² NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria Geral do Processo**. Com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 587.

⁴²³ STRECK, Lenio Luiz. O problema do livre convencimento e do protagonismo judicial nos códigos brasileiros: a vitória do positivismo jurídico. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Coords.). **Reforma do processo civil – perspectivas constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. Parte I, p. 55-74. p. 60-61.

⁴²⁴ Sobre a “estrutura de legitimação democrática do Estado”, Brêtas esclarece que “o processo constitucional concorre para o fortalecimento dessa legitimação democrática do Estado, seja o processo constitucional legislativo, seja o processo constitucional jurisdicional. Por meio do primeiro, o povo pode fiscalizar e participar do controle democrático de constitucionalidade da elaboração da norma jurídica. Por meio do segundo, como destinatário da norma jurídica produzida, qualquer do povo (sujeito constitucional) poderá provocar a jurisdição estatal, visando a controlar em concreto sua constitucionalidade, quando posta em vigor, notadamente se a norma jurídica estiver em colisão com os direitos e garantias fundamentais positivados no texto constitucional.” (BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018, p. 30).

prova a se valer tendo como único mecanismo fiscal (accountability) o de não poder se valer de provas ilícitas”⁴²⁵ – deve ser rechaçada pelo sistema normativo moderno.

Como advertem, Nunes; Bahia e Pedron, nessa linha de discussão, não se pode esquecer a divisão levada a efeito pela processualística alemã sobre “livre apreciação” em seus modelos de “convicção da verdade” e “controle de terceiros”⁴²⁶.

Conforme o magistério de Walter, em estudo sobre a apreciação da prova, os teóricos que se filiam ao modelo da convicção a partir da verdade concebem que um fato está considerado provado quando o juiz tiver firme convicção pessoal sobre sua ocorrência. O próprio autor ressalta a equivocidade dessa espécie de convicção para todos os casos, diante da dificuldade de reconstrução da realidade posteriormente no processo⁴²⁷.

Por sua vez, o controle por terceiros é caracterizado pela exigência de que outra pessoa possa reconstruir mentalmente a descoberta do fato, ou seja, a verificação de que um fato, por si só, é incontestável quando um terceiro puder repeti-lo e reconstruí-lo⁴²⁸. Costa destaca que, por meio do modelo de controle por terceiros, “o essencial é que outra pessoa – outro juiz ou qualquer pessoa razoável – possa alcançar o mesmo juízo fático, aprovando, assim, fictamente

⁴²⁵ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria Geral do Processo**. Com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 587.

⁴²⁶ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria Geral do Processo**. Com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 588.

⁴²⁷ WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba** (investigación del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial). Tradução de Tomás Banzhaf. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1985, p. 165. Trecho completo no original: “[...] el ‘modelo de la convicción de la verdad’. Incluyo entre sus partidários no solamente a quienes exigen, para que se dé por comprobado un hecho, la firme convicción personal del juez, sino también a aquellos que emplean la fórmula de la verosimilitud rayana em certeza. Ya hemos señalado la equivocidad de esa fórmula; mas como nació bajo el influjo de la impresión de que al espíritu humano le está vedado el conocimiento último de las cosas, y que por ende solo podría a constatarse una verosimilitud suma, desde el punto de vista material no se diferencia, como hemos visto, de la ‘convicción de la verdad’. El juez que juzga según esa fórmula, lo hace diciéndose: em la medida em que yo, como ser humano, puedo comprobarlo, ocurrió así.” Tradução nossa: “[...] o ‘modelo da convicção da verdade’. Inclue entre seus partidários não apenas aqueles que exigem, para que um fato seja dado como certo, a firme convicção pessoal do juiz, mas também aqueles que usam a fórmula da verossimilhança que beira a certeza. Já apontamos o equívoco dessa fórmula; mas como nasceu sob a influência da impressão de que ao espírito humano está proibido o conhecimento último das coisas, e que, portanto, apenas uma verossimilhança máxima poderia ser verificada, do ponto de vista material não difere, como vimos, da ‘convicção da verdade’. O juiz que julga de acordo com essa fórmula o faz dizendo: na medida em que eu, como ser humano, posso verificar, assim foi.”

⁴²⁸ WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba** (investigación del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial). Tradução de Tomás Banzhaf. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1985, p. 165-166. Trecho completo no original: “[...] ‘modelo de control por terceros’. Lo que caracteriza a esa teoría es la exigência de que otra persona pueda reconstruir mentalmente la constatación del hecho. Esa persona puede ser um juez, terceros razonables o cualquiera otra, según la expresión que se haya usado. La comprobación de um hecho solo es inimpugnabile y ‘sostenible’ cuando un tercero (calificado de algun manera) pueda repetirla, volver a construirla mentalmente.” Tradução nossa: “[...] ‘modelo de controle de terceiros’. O que caracteriza essa teoria é a exigência de que outra pessoa possa reconstruir mentalmente a verificação do fato. Essa pessoa pode ser um juiz, terceiro razoável ou qualquer outra pessoa, dependendo da expressão utilizada. A verificação de um fato só é incontestável e ‘sustentável’ quando um terceiro (qualificado de alguma forma) pode repeti-lo, reconstruí-lo mentalmente.”

a conclusão”⁴²⁹.

Tanto o “modelo da convicção da verdade”, quanto o “modelo de controle de terceiros”, estão baseados em uma perspectiva solipsista que concede ao juiz ampla liberdade para apreciação da prova⁴³⁰. Entretanto, o “modelo de controle de terceiros” pode ser reinterpretado de forma a se amoldar a uma perspectiva constitucional da prova⁴³¹.

Não se pode olvidar o dever que possui, o julgador, de fundamentar de forma bastante minuciosa qualquer decisão relacionada à atividade probatória, a fim de esclarecer às partes o processo percorrido até a conclusão e demonstrar se todos os argumentos debatidos foram efetivamente considerados. Apenas assim, o órgão judiciário concretiza a disposição contida no art. 93, IX, da CRFB/88⁴³², quanto ao dever de proferir decisões fundamentadas, e legitima sua atuação de forma democrática dentro do Estado de Direito, na medida em que permite o controle por terceiros⁴³³.

Nessa mesma linha, o contraditório, como direito daquele que será atingido pela decisão de participar da construção da mesma – ou seja, de se posicionar sobre qualquer questão de fato ou de direito, de procedimento ou de mérito, justamente para explicar seus acertos e equívocos – e a publicidade também estão alinhados com essa necessidade de fiscalidade externa⁴³⁴.

Sobre o tema, fundamentais, as lições de Brêtas:

De fato, se a jurisdição somente atua mediante o devido processo constitucional e se o processo é procedimento que se desenvolve em contraditório entre as partes, em condições de paridade, fundamentar a decisão jurisdicional é justificar o órgão estatal julgador, no processo, as razões pelas quais a decisão foi proferida. No Estado de Direito, rememora José Carlos Barbosa Moreira, invocando a doutrina alemã, todos os órgãos estatais sujeitam-se à lei, razão pela qual devem justificar os atos que praticam, sobre tudo os decisórios. Sendo assim, conclui o notável processualista: “qualquer intromissão na esfera jurídica das pessoas deve, por isso mesmo, justificar-se, o que caracteriza o Estado de Direito como ‘rechtsfertiger Staat’, como ‘Estado que se justifica’.”

Porém, a justificação assim desenvolvida pelo órgão julgador não pode ser abstrata,

⁴²⁹ COSTA, Gustavo Recena. Livre convencimento e *standards* de prova. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Orgs.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 356-380, p. 372.

⁴³⁰ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria Geral do Processo**. Com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 588.

⁴³¹ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria Geral do Processo**. Com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 588.

⁴³² Art. 93 [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]).

⁴³³ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria Geral do Processo**. Com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 589.

⁴³⁴ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria Geral do Processo**. Com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 589.

desordenada, desvairada, ilógica, irracional, discricionária ou arbitrária, formulada no influxo de “ideologias”, do particular critério ou livre sentimento de justiça, do espírito de equidade, do prudente arbítrio ou das convicções pessoais ou sócio-políticas do agente público julgador, marginalizando as questões e os argumentos posicionados pelas partes no itinerário processual, porque o julgador não está sozinho no processo, não é seu centro de gravidade e não possui o monopólio do saber.⁴³⁵

A teoria que busca a reinterpretação do “modelo de controle de terceiros” de Walter assim se pronuncia:

Assegurar-se ia o controle processual das decisões por terceiros mediante o processo constitucional. Livre apreciação não do juiz, mas livre apreciação dos argumentos probatórios pelo debate processual (interdependente) dos sujeitos processuais. Desse modo, a decisão não seria mais, como critica Taruffo, “o produto de um conjunto de imperscrutáveis valorações subjetivas, subtraídas de qualquer critério reconhecível ou controle intersubjetivo” o que vai ter impacto direto sobre quem é o destinatário das provas [...] e, logo, sobre o resultado do processo (decisão).⁴³⁶

Sendo o caráter crucial do processo civil democrático, a “comparticipação de todos os interessados nos procedimentos deliberativos de decisões”, de forma que todos os cidadãos se assumam “concomitantemente, como autores e destinatários (responsáveis) nos espaços públicos, sem a necessidade de autoridades magnânimas e sensíveis que os aliviem de suas escolhas”⁴³⁷, infere-se que a possibilidade de fiscalidade por todos os atores processuais das escolhas e decisões realizadas relacionadas com a atividade probatória é mais que bem-vinda e importante aliada na busca dos critérios de desenviesamento cognitivo.

⁴³⁵ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018, p. 177.

⁴³⁶ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria Geral do Processo**. Com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 589.

⁴³⁷ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise das reformas processuais**. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 52.

4 A VALORAÇÃO DA PROVA E A TEORIA NORMATIVA DA COMPARTICIPAÇÃO

Não se pode esquecer que a instituição de um Estado Democrático de Direito pela CRFB/88 induziu à conclusão lógica de que qualquer ato de poder emana do povo. Por conseguinte, a CRFB/88 também criou garantias fundamentais para que aqueles que detêm o poder – as partes – possam efetivamente exercê-lo. Dessa forma, é importante notar a relação entre o Direito Constitucional e o Direito Processual, pois a instituição jurídica capaz de propiciar a participação das partes na formação dos atos de poder é o processo em sua conformação constitucional.

A partir do paradigma⁴³⁸ constitucional democrático instituído pela CRFB/88, o Código de Processo Civil de 2015 reforçou que o sistema processual brasileiro é orientado pela participação de todas as partes envolvidas, sem centros de poder, seja nas partes ou no juiz.

Assim, este capítulo da pesquisa analisa como a comparticipação pode melhorar a atividade de valoração da prova, buscando identificar os fundamentos constitucionais do processo que podem servir de baliza para afastar enviesamentos cognitivos.

4.1 O processo constitucional democrático brasileiro

No paradigma do Estado Democrático de Direito, instaurado pela CRFB/88, o processo é estruturado para fomentar o debate e a participação entre os sujeitos processuais, com a finalidade de garantir os direitos subjetivos dos jurisdicionados, e não de implementar as vontades (ainda que inconscientes) do juiz (Estado).

A partir disso, discute-se o estudo do processualismo constitucional, que enxerga as bases constitucionais do processo e o compreende como mecanismo democrático, destinado a servir como condição de possibilidade para o alcance de direitos e garantias não atendidos – sejam individuais ou coletivos.

De acordo com Theodoro Júnior, Nunes, Bahia e Pedron⁴³⁹:

⁴³⁸ Os paradigmas jurídicos constituem-se em horizontes de sentido para o desenvolvimento, num dado contexto histórico, orientando internamente a práxis jurídica. Aqui utilizamos o termo paradigma no sentido proposto no prefácio da obra “A Estrutura das Revoluções Científicas” de Thomas Kuhn, como “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”. KUHN, Thomas Samuel. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997, p. 13.

⁴³⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 90.

Tal processualismo científico, revigorado pelas concepções constitucionalizantes, passa a se preocupar com um viés mais panorâmico da aplicação do Direito, de modo a suplantiar a mera análise das legislações processuais e investindo na compreensão dos fundamentos estatais e paradigmáticos de problemas envolvendo a própria concepção do processo e da jurisdição, mas, também, do Estado Democrático, das litigiosidades e da leitura dos direitos fundamentais. Não se olvida, ainda, da problemática da ocorrente crise do Estado brasileiro e das possíveis soluções dos descaminhos.

A função jurisdicional, sob essa perspectiva, deverá obedecer a regras constitucionais – e, conforme Lud⁴⁴⁰, a partir dessa determinação, “[...] o processo assume não só a posição de garantidor de direitos fundamentais, como de efetivo direito fundamental”. Para isso, não basta afirmar que o Judiciário deverá julgar “qualquer tipo de lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, CRFB/88)⁴⁴¹, é necessário também, garantir o acesso dos jurisdicionados, e que seja utilizado com o devido cuidado, assegurando-se às partes que suas demandas serão analisadas a partir de um procedimento amplamente democrático⁴⁴² e efetivamente imparcial⁴⁴³.

A própria estrutura do Judiciário brasileiro, no entanto, muitas vezes, atrapalha o cumprimento desses objetivos. O grande número de processos instaurados diariamente, somado ao número defasado de juízes para esses julgamentos⁴⁴⁴, acaba por favorecer a ocorrência de equívocos e análises processuais bastante superficiais (ou, em outras palavras, apressadas).

Da mesma forma, a promoção de uma litigância estratégica das partes, voltada ao êxito de suas demandas – e, muitas vezes, dominadas por litigantes repetitivos, que restringem ainda mais o acesso à justiça⁴⁴⁵ –, desvirtua a condução do processo constitucional e impede a implementação de seus objetivos básicos.

Em razão disso, pode-se afirmar que “o sistema processual brasileiro é um ambiente no qual prevalecem os interesses não cooperativos de todos os sujeitos processuais”⁴⁴⁶ – ou seja, a busca individualizada das partes pelo atendimento de seus interesses e a intenção dos

⁴⁴⁰ LUD, Natanael Santos e. **Os vieses de cognição e o processo jurisdicional democrático: um estudo sobre a mitigação de seus efeitos e o *debiasing***. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2018, p. 71.

⁴⁴¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020].

⁴⁴² PAOLINELLI, Camila Mattos. **O ônus da prova no processo democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 25.

⁴⁴³ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. **Processo Constitucional**. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Pergamum, 2013, p. 203.

⁴⁴⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2020: ano-base 2019**. Brasília: CNJ, 2020.

⁴⁴⁵ Sobre acesso à Justiça, cf: NUNES, Dierle; TEIXEIRA Ludmila. **Acesso à Justiça Democrático**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

⁴⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 69.

magistrados de otimizar numericamente seus julgamentos, em nome da celeridade e de uma suposta eficiência, impedem a criação de estratégias de cooperação entre as partes⁴⁴⁷, contrariando os preceitos constitucionais e democráticos do processo.

O regramento jurídico, diante dessas circunstâncias, deve-se voltar à mitigação de comportamentos que impedem a implementação da cooperação processual e da formação de uma “comunidade de trabalho, na qual todos os sujeitos processuais devam atuar em viés interdependente e auxiliar, com responsabilidade, na construção dos pronunciamentos judiciais e em sua efetivação”⁴⁴⁸.

De acordo com Theodoro Júnior, Nunes, Bahia e Pedron, isso não deve ser feito a partir de premissas formadas pela socialização processual ou a partir de uma visão utópica do processo judicial (“romântica”, nas palavras dos autores) – na verdade, busca-se:

Uma releitura democrática normativa da cooperação em perfil participativo, que leva a sério o contraditório como influência e não surpresa, de modo a garantir a influência de todos na formação e satisfação das decisões e inibir aqueles atos praticados em má-fé processual.⁴⁴⁹

Para melhor compreensão dessas diferentes perspectivas cooperativas, e para o delineamento do modelo democrático de participação almejado para a garantia da imparcialidade jurisdicional e da prolação de melhores decisões judiciais, é importante abordar, ainda que sucintamente⁴⁵⁰, a construção histórica desses preceitos, passando pelo crescimento da socialização dos processos judiciais e chegando ao surgimento da participação como instrumento para a democratização processual brasileira.

O Código de Processo Civil de 1939 é exemplo da socialização no Direito Processual brasileiro – que buscava o fortalecimento da autoridade e a intervenção do Estado para a efetivação da justiça, conferindo aos juízes uma postura ativa nos processos sob sua análise, creditando-lhes uma superioridade cognitiva em relação às partes⁴⁵¹.

⁴⁴⁷ Com a promulgação do vigente CPC/15, a cooperação processual passou a ser expressamente prevista na legislação processual brasileira, tendo em consideração o disposto no art. 6º, da Parte Geral: “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília; DF: Presidência da República, [2017]).

⁴⁴⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 69.

⁴⁴⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 70.

⁴⁵⁰ Para uma abordagem histórica mais ampla, cf. BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: JusPodivm, 2013.

⁴⁵¹ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 96-98.

Esse sistema, que surgiu no cenário internacional no século XIX, baseava-se na ideia de que o Direito deveria atuar com a intenção de realizar uma transformação social, que não poderia ser feita de outra forma, pela falta de percepção da população em relação à luta de classes. Com isso, acreditava-se que o Estado deveria promover maiores intervenções legislativas e judiciais nos conflitos da sociedade⁴⁵², a fim de assegurar à população menos privilegiada o devido acesso aos instrumentos jurisdicionais – e, por meio desses, o alcance da justiça social⁴⁵³.

O juiz, a partir do sistema processual social proposto por Menger, deveria atuar como educador – fora dos campos jurisdicionais, informando e auxiliando a população na busca por seus direitos – e como representante dos pobres⁴⁵⁴ – sendo-lhe exigido, já em âmbito processual, representar os interesses da parte mais pobre em detrimento dos mais privilegiados.⁴⁵⁵ Isso se devia às vantagens obtidas pelos mais ricos, com base nos preceitos da igualdade formal, que afastavam o acesso à justiça e a igualdade de oportunidades à população menos abastada⁴⁵⁶.

O Direito Processual brasileiro, mesmo após a edição da CRFB/88, foi amplamente influenciado pela ideia de instrumentalidade positiva, fundamentada na teoria de Dinamarco – que, sob a ótica socializante, propõe o exercício de uma racionalidade instrumental pelo juiz, que deveria atuar de forma finalística, colocando-se “como canal de comunicação entre a carga axiológica atual da sociedade em que vive e os textos, de modo que estes fiquem iluminados pelos valores reconhecidos e assim possa transparecer a realidade de norma que contém no momento presente”⁴⁵⁷.

Nesse contexto, entendia-se que a função exercida pelo juiz deveria estar alinhada com a sua missão de concretizar os valores sociais⁴⁵⁸. Sob esse entendimento, portanto, os juízes

⁴⁵² Como lembra, Thibau, “o Estado, que se mostrava até então liberal-abstencionista, tem sua esfera de atuação ampliada, tornando-se nitidamente intervencionista” (THIBAU, Vinícius Lott. **Presunção e prova no direito democrático**. Belo Horizonte: Arraes, 2011, p. 15).

⁴⁵³ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 79.

⁴⁵⁴ Acerca desse papel de representante dos pobres, Menger defendia que: “quando o demandante houvesse proposto sua demanda e o demandado houvesse contestado, o juiz deveria proceder no litígio de ofício. Uma vez concedido ao rico o direito de se fazer representar por um advogado, o juiz deveria estabelecer um equilíbrio entre as partes, assumindo a representação da parte mais pobre.” (MENGER, Anton. **El derecho civil e los pobres**. Buenos Ayres: Atalaya, 1947, p. 69).

⁴⁵⁵ Thibau ressalta que essa atuação baseada em critérios de solidariedade, em substituição aos critérios individualistas do liberalismo, “foi o que possibilitou, contudo, a adoção de práticas autoritárias, a pretexto da instalação e da manutenção de um propalado Welfare State” (THIBAU, Vinícius Lott. **Presunção e prova no direito democrático**. Belo Horizonte: Arraes, 2011, p. 17-18).

⁴⁵⁶ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 79.

⁴⁵⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 294.

⁴⁵⁸ FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Negócios processuais no modelo constitucional de processo**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 131.

atuariam isoladamente, sem a cooperação das partes⁴⁵⁹, com a finalidade de fixar os seus entendimentos em sentenças que deveriam ser cumpridas por elas⁴⁶⁰.

Nunes⁴⁶¹ aponta que, a partir dessa compreensão do processo,

[...] O papel do magistrado, de viabilizador e defensor dessa (presumida) ordem concreta e homogênea de valores, garantiria a este um desprezo ao legislador (com seus equívocos, fragilidades e instabilidades políticas), à lei (devido à debilidade de seu poder de expressão – Bulow – à sua indeterminação e má elaboração – DINAMARCO, 2001, p. 294-295) e, especialmente, à argumentação das partes, uma vez que esta somente seria importante num segundo momento, após o juiz sensível expressar e captar “aquela” interpretação “correta” da “normatividade” extraída e produzida de acordo com a “melhor leitura”, por ele encontrada solitariamente, dos valores homogêneos de nossa sociedade (plural).

Com a implementação de ideias neoliberais no Estado brasileiro, na década de 1990, passou a vigorar o entendimento de que o Judiciário não deveria mais atuar em favor da socialização do processo. Nesse sentido, Nunes⁴⁶² descreve que “[...] se defenderia o reforço do papel da jurisdição e o ativismo judicial, mas não se assegurariam as condições institucionais para um exercício ativo de uma perspectiva socializante [...]”.

Esse sistema privilegia a celeridade dos processos – o que nem sempre implica em sua melhor solução, por frequentemente ignorar os parâmetros constitucionais de efetiva participação das partes, buscando, portanto, o alcance de padrões numéricos de decisões, e não exatamente seu melhor conteúdo. De acordo com Nunes⁴⁶³, no sistema processual neoliberal (ou pseudo-social), “permite-se a prolação de decisões em larga escala, com reduzido ou inexistente espaço de discussão, na lógica da produtividade, e não de uma real aplicação social ou constitucionalmente adequada do direito”.

Os modelos processuais sociais e “pseudo-sociais” favorecem o protagonismo e até mesmo o ativismo judicial, utilizando-se, o juiz, do processo, como meio para sanar desigualdades sociais, conforme seu próprio entendimento⁴⁶⁴, e para dar vasão a carga de

⁴⁵⁹ Segundo os ensinamentos de Troller, a organização do processo no paradigma do Estado Social “fez do juiz o instrumento da justiça estatal e lhe transferiu a tarefa de prestar tutela às partes incapazes de se defender por si mesmas” (TROLLER, Alois. **Os fundamentos do formalismo processual civil**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2009, p. 42).

⁴⁶⁰ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 142.

⁴⁶¹ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 144.

⁴⁶² NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 159.

⁴⁶³ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 166.

⁴⁶⁴ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 174-175.

trabalho.

A par disso, Nunes, Lud e Pedron⁴⁶⁵ defendem que a oralidade pode funcionar como técnica eficiente no combate ao enviesamento do raciocínio judicial, especialmente, como meio de diferenciação de processos específicos em relação aos que compõem a litigiosidade em massa, que ensejam a aplicação uniforme das decisões judiciais. Os autores afirmam que:

Há casos em que os julgadores podem estar completamente enviesados por circunstâncias do caso, pelas decisões anteriormente proferidas ou mesmo pela padronização decisória existente para casos análogos. Nesse cenário, não há alternativas para os patronos das partes, a não ser a insistência no debiasing [desenviesamento] pela via da apresentação de memoriais, despachos presenciais junto aos magistrados e proferimento de sustentação oral em sessão de julgamento com o fim de individualização dos casos e explicitação de circunstâncias fático-jurídicas relevantes para o deslinde da controvérsia, incorporando-se o exercício do contraditório como influência das partes sobre o julgamento.⁴⁶⁶

Deve-se destacar, entretanto, que a formação do convencimento jurisdicional a partir da explanação oral dos argumentos pelas partes pode justamente ser a origem de alguns vieses cognitivos – razão pela qual, conforme apontado anteriormente neste trabalho, há juristas que defendem a divisão do processo judicial em duas etapas, não permitindo que o juiz da sentença tenha contato, sobretudo, com a apresentação pessoal e oral dos argumentos das partes, para que não utilize seus movimentos, trejeitos ou olhares como elementos relevantes para a validação de seu discurso, e até mesmo para que o juiz não seja impactado por preconceitos próprios e, com isso, produza decisões equivocadas.⁴⁶⁷

Já se demonstrou anteriormente que a solução se mostra a priori inoperacionalizável no contexto da litigiosidade brasileira, considerando-se os números alarmantes de processos em tramitação, a vacância de vários cargos de juiz pelo país e a existência de muitas comarcas de vara única⁴⁶⁸, onde seria impossível promover a divisão pretendida.

⁴⁶⁵ NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**. Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 257.

⁴⁶⁶ NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**. Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 258.

⁴⁶⁷ Nesse sentido, é o que afirma, Costa, ao tratar do princípio da identidade física do juiz – uma das principais derivações do princípio da oralidade: “[...] os tribunais brasileiros têm entendido sistematicamente que a função de julgar consiste em valorar as diversas declarações que se prestam em juízo e em outorgar maior credibilidade a uma ou outra. Nesse sentido, o princípio permitiria ao juiz valorar os gestos, as atitudes, as perturbações e as surpresas de todos os atores da audiência e, com isso, fundar melhor sua íntima convicção sobre a veracidade ou mendacidade das declarações.” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, São Paulo, 2016, p. 104-105).

⁴⁶⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2020**: ano-base 2019. Brasília: CNJ,

Nunes⁴⁶⁹ destaca a importância de se questionarem e, sobretudo, de se corrigirem os vícios e desvios democráticos dos modelos sociais e “pseudo-sociais” dos processos judiciais, que, muitas vezes, acabam por ressaltar os vieses cognitivos e reduzir as possibilidades de efetiva participação das partes, mitigando o contraditório e a imparcialidade da atuação jurisdicional.

No decorrer do século XX, também se atribuiu um novo papel ao Judiciário, relacionado à judicialização da política. Nesse contexto, passou a ser defendida, a ideia de que o processo judicial deveria funcionar como mediador dos interesses das demais funções do Estado, exercidas pelo Executivo e pelo Legislativo, para que os magistrados realizassem o controle dos atos estatais em atendimento aos interesses de grupos minoritários – seja pela criação ou pela substituição dessas decisões políticas⁴⁷⁰.

De acordo com Nunes⁴⁷¹, essa demanda pela judicialização da política tem como característica o “[...] reforço do papel do Judiciário que perpassou toda a fase autonomista de estudo do Direito Processual, devido à incapacidade das instituições estatais majoritárias de dar provimento às demandas sociais e à consequente busca destas perante o ‘Estado-juiz’”.

Tratando da atuação jurisdicional no contexto brasileiro, Nunes⁴⁷² destaca decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no ano de 2003⁴⁷³, que evidencia a fixação do entendimento pessoal – e, frequentemente, ideológico e enviesado – dos magistrados como a solução final para determinados conflitos jurídicos. A partir disso, foi possível demonstrar

2020.

⁴⁶⁹ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 175-176.

⁴⁷⁰ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 179-180.

⁴⁷¹ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 180-181.

⁴⁷² NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 192.

⁴⁷³ No precedente, o ministro Humberto Gomes de Barros afirma: “não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade de minha jurisdição. O pensamento daqueles que são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de BARBOSA MOREIRA e ATHOS CARNEIRO. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento que os SRs. FRANCISO PEÇANHA MARTINS e HUMBERTO GOMES DE BARROS decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumidos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas para efeitos constitucionais, minha investitura obriga-se a pensar que assim seja.” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em RESP 319.997-SC**. Processual civil - embargos de divergência - execução de título judicial - condenação em honorários advocatícios - cabimento - CPC, art. 20, §4º - incidência da súmula 168 STJ - precedentes da corte especial. Embargante: Fazenda Nacional. Embargado: Reni Antônio Schweitzer e outros. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins, 14 de agosto de 2002. Brasília, DF: STJ, [2003]).

que os juízes atraíram para si a exclusiva responsabilidade pela consolidação de entendimentos jurídicos controvertidos, fazendo com que a doutrina e os demais estudiosos do Direito simplesmente se submetessem a essas decisões.

Esse entendimento confere um protagonismo aos juízes que não condiz com os preceitos constitucionais sobre a sua atuação em contexto democrático. Os magistrados não devem proferir decisões baseadas em suas próprias convicções, mas devem estar atentos a todos os argumentos do demais sujeitos atuantes no processo judicial e, até mesmo, em situações extraprocessuais, aos estudos doutrinários sobre a matéria em discussão.

Em razão disso, Nunes⁴⁷⁴ destaca a importância da quebra do protagonismo judicial – ressaltando que essa atitude autoritária e solitária dos magistrados gera “claros déficits de legitimidade, que impedirão uma real democratização do processo que pressuporia uma interdependência entre os sujeitos processuais, uma co-responsabilidade entre estes e, especialmente, um policentrismo processual”⁴⁷⁵.

Sendo assim, para o alcance de uma perspectiva democrática do processo judicial, é indispensável que se promova a paridade de armas entre as partes, garantindo que o direito ao contraditório possa efetivamente formar o convencimento dos juízes. Além disso, Nunes⁴⁷⁶ afirma que o processo democrático deverá encontrar seu fundamento nos princípios constitucionais, permitindo “um controle formal e material das decisões”⁴⁷⁷ e fornecendo “os elementos constitutivos de seu conteúdo, mediante o fluxo discursivo de todos os participantes (do imparcial e dos parciais)”⁴⁷⁸.

Para isso, deve-se afastar da ideia de que o juiz está em posição cognitivamente superior às outras partes e, em razão disso, é o único agente capaz de tomar a melhor decisão para o caso concreto. Na verdade, Nunes⁴⁷⁹ sugere a implementação de um “espaço discursivo participativo”, no qual as partes atuarão em conjunto com o juiz, de forma cooperativa, para que o processo seja construído da forma mais adequada. Em suas palavras:

⁴⁷⁴ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 195.

⁴⁷⁵ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 195.

⁴⁷⁶ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 196.

⁴⁷⁷ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 196.

⁴⁷⁸ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 196.

⁴⁷⁹ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 196.

[...] Não se pode mais acreditar no papel da magistratura como um papel-missão de, com sensibilidade, captar valores uniformemente compartilhados pela sociedade, insculpidos na Constituição. Ao contrário, o juiz forma sua decisão conjuntamente com os demais participantes a partir do processo e não apesar dele.⁴⁸⁰

Nesse modelo, os cidadãos também se envolvem na construção processual, assumindo uma postura ativista, e não se sujeitando aos poderes paternalistas do Estado. Nesse contexto, Nunes⁴⁸¹ afirma:

[...] O Estado constitucional democrático assegura, mediante balizas processuais constitucionais (princípios constitucionais), uma participação constante e efetiva dos sujeitos de direito, que a estes permite uma colaboração na formação dos provimentos (leis, decisões judiciais, atos administrativos) dos quais sofrerão os efeitos. Tais afirmativas são de enorme importância para o estudo do Direito Processual de modo a suplantar os limites impostos e constitutivos do liberalismo e da socialização processual. Os dois modelos podem esvaziar o papel público do processo, na medida em que o espaço por ele criado não é utilizado para a problematização de questões, além de permitir uma pseudolegitimação de concepções individualistas de uma determinada linha da “política” ou do “mercado”, encampada pelo julgador.

Dessa forma, o modelo processual que efetivamente desempenha seu papel constitucional demanda a participação ativa de todos os atores processuais e a possibilidade de discussão dos elementos fáticos e probatórios levados por eles à análise jurisdicional, não servindo meramente como obediência de um procedimento formal⁴⁸².

Sem que isso ocorra, privilegia-se um sistema processual que favorece atos autoritários, que se afastam das provas, ampliando o espaço para a tomada de decisões enviesadas – além de romper com as barreiras democráticas e frequentemente extrapolar as competências previstas para a atuação jurisdicional, implicando até mesmo na intervenção indevida das demais funções estatais.⁴⁸³

⁴⁸⁰ NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre, PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria geral do processo**. Com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador. JusPodivm, 2020, p. 125.

⁴⁸¹ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 197.

⁴⁸² ALVES, Isabella Fonseca. **A cooperação processual no código de processo civil**: por uma interpretação constitucional do art. 6º a partir da teoria normativa da comparticipação. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017, p. 89.

⁴⁸³ Brêtas, estribado em fundamentada base teórica, propõe substituir a locução “separação de poderes do Estado” por “separação de funções do Estado”, e, nessa linha, ressalta que “o fundamento da concepção jurídica do Estado reside no seu reconhecimento como unidade, do que decorre em consequência, a doutrina da indivisibilidade do poder estatal”, de tal forma que “o que deve ser considerada repartida ou separada é a atividade e não o poder do Estado, do que resulta uma diferenciação de funções exercidas pelo Estado por intermédio de órgãos criados na estruturação da ordem jurídica constitucional, nunca a existência de vários poderes do mesmo Estado” (BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018, p. 17 e 22. Para melhor entendimento sobre o tema, confira todo o Capítulo 2 – Teoria das Funções do Estado, p. 17-26).

Nesse contexto, Nunes⁴⁸⁴ afirma que o exercício da magistratura deve obedecer às regras processuais, constitucionais e técnicas⁴⁸⁵, sujeitando-se ao controle de suas decisões sempre que extrapolarem essas balizas. Ademais, o autor ressalta que o debate processual deve ser o elemento primordial para a construção do convencimento jurisdicional – e não uma ideia de justiça social, como defendem, os modelos sociais de processo.

Sendo assim, entende-se que a visão democrática do processo pressupõe a participação de todos os sujeitos envolvidos com a causa – incluindo “juízes, partes, advogados, órgãos de execução do Ministério Público e serventuários da Justiça”⁴⁸⁶ –, que deverão cumprir essa responsabilidade nos limites técnicos e constitucionais admitidos pelo Direito brasileiro, “de modo a se estruturar um procedimento que atenda às exigências tanto de legitimidade quanto de eficiência técnica”⁴⁸⁷.

Como ressalta, Nunes⁴⁸⁸, o processo não deve se prender a discussões doutrinárias a respeito do protagonismo das partes, que deverão utilizá-lo como meio para a solução de suas demandas, ou do protagonismo judicial, enxergando-o como instrumento para promover o bem-estar social. Na verdade, a democratização do processo exige a participação interdependente de todos esses sujeitos, fortalecendo-se, tanto a magistratura, quanto a advocacia, que deverão investir na formação técnica de seus representantes para a construção de um Direito Processual mais adequado.

Nunes destaca que “essa concepção evitará o exercício de papéis clientelistas e paternalistas pelo Estado e garantirá o exercício da autonomia”⁴⁸⁹. Sendo assim, entende-se que a participação de todos os sujeitos relacionados ao processo diz respeito justamente ao reconhecimento da relevância de todos eles, superando a ideia de supremacia do entendimento individual dos magistrados⁴⁹⁰.

Destaca-se, a partir dessa análise histórica dos modelos processuais sociais, neoliberais

⁴⁸⁴ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 197.

⁴⁸⁵ Para um estudo sobre técnica processual, cf. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique (Coord.). **Técnica Processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

⁴⁸⁶ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 198.

⁴⁸⁷ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 198.

⁴⁸⁸ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 198.

⁴⁸⁹ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 198.

⁴⁹⁰ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 198.

e democráticos, o entendimento firmado por Theodoro Júnior, Nunes, Bahia e Pedron⁴⁹¹, ao tratar da participação ativa de todos os sujeitos processuais na posição de uma “comunidade de trabalho”. Os autores afirmam:

Não se trata da aplicação da cooperação/colaboração das partes entre si e com o juiz, proposta há muito defendida por correntes doutrinárias estrangeiras, que ainda partem da premissa estatalista (socializadora) de subserviência das partes em relação a um juiz visto como uma figura prevalecente.

Nem mesmo de uma visão romântica que induziria a crença de que as pessoas no processo querem, por vínculos de solidariedade, chegar ao resultado mais correto para o ordenamento jurídico. Esta utópica solidariedade processual não existe (nem nunca existiu): as partes querem ganhar e o juiz quer dar vazão à sua pesada carga de trabalho. O problema são os custos desta atividade não cooperativa.

Em caráter contrafático (inibidor dos referidos comportamentos) se trata de uma releitura democrática normativa da cooperação em perfil participativo, que leva a sério o contraditório como influência e não surpresa [...].⁴⁹²

A partir disso, pode-se compreender que a participação ativa dos atores processuais tem a intenção de fomentar, sobretudo, o efetivo debate no curso do processo, mediante a apresentação de fatos e provas que devem ser valorados em conjunto por todos os atores processuais, como forma de contribuir para a construção de decisões imparciais e desviesadas.

Entretanto, essa sistemática somente será possível mediante a obediência ao princípio do contraditório, em sua interpretação mais completa e contemporânea – que trata, sobretudo, das reais condições de a participação dos sujeitos de direito ser efetivamente oportunizada de forma a influir eficazmente na fundamentação da decisão, contribuindo para afastar o juiz de decisões baseadas em entendimentos pessoais e, portanto, parciais.

Afinal, conforme se tem defendido neste trabalho, o princípio do contraditório é indispensável para que os processos judiciais sejam conduzidos de forma adequada, independente e desviesada, dentro de um cenário democrático e constitucional – e, além disso, é o principal fundamento para o desenvolvimento de um Direito Processual participativo e policêntrico⁴⁹³, que garanta a imparcialidade.

⁴⁹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 122.

⁴⁹² THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 122-123.

⁴⁹³ Cf. NUNES, Dierle José. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

4.1.1 A influência e a não surpresa como fundamentos do contraditório dinâmico

A efetividade do contraditório, em uma perspectiva dinâmica de influência e não surpresa, é “o principal fundamento da comparticipação (cooperação)”⁴⁹⁴, garantindo a efetiva participação de todos os atores processuais na construção das decisões judiciais.⁴⁹⁵

Isso porque, como visto no item anterior, os parâmetros traçados pela CRFB/88 não condizem com a ideia de um juiz “onipotente”, e tampouco de decisões produzidas a partir de concepções individuais e até mesmo ideológicas do decisor, pois, com o advento do marco teórico democrático, o processo deixou de ser uma atividade exclusiva do juiz para ser também das partes.

Nesse sentido, Nunes ensina que:

[...] O papel do julgador deixa de assumir um perfil extremamente pesado de canal da carga axiológica da sociedade para torná-lo o diretor ativo do processo que dialogando com as partes encontra a melhor aplicação (normativa) da tutela mediante a procedimentalidade discursiva e, não, através de um exercício solitário do poder.⁴⁹⁶

O contraditório, em sua acepção dinâmica, portanto, não significa apenas bilateralidade e contrariedade dos atos e termos do processo e possibilidade de contrariá-los, mas é compreendido como garantia de efetiva participação das partes no desenvolvimento do processo, de forma que influenciem em todas as discussões e elementos sobre as questões de fato e de direito importantes para o deslinde da controvérsia posta em juízo.⁴⁹⁷

Como preceitua, Nunes:

[...] A garantia opera não somente no confronto entre as partes, transformando-se também num dever-ônus para o juiz que passa a ter que provocar de ofício o prévio debate das partes sobre quaisquer questões de fato ou de direito determinantes para a resolução da demanda.

⁴⁹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 111 e NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre, PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria geral do processo**. Com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador. JusPodivm, 2020, p. 318.

⁴⁹⁵ Nesse contexto, “a garantia do contraditório [...] é condição institucional de realização de uma argumentação jurídica consistente e adequada e, com isso, liga-se internamente à fundamentação da decisão jurisdicional participada”. Trata-se, portanto, de garantia basilar à efetivação da comparticipação processual, partindo de uma interpretação constitucional e democrática felizmente confirmada na nova legislação processual civil (THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 155.

⁴⁹⁶ NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e não surpresa. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Teoria do processo – Panorama doutrinário mundial**. V. 1. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 151-174.

⁴⁹⁷ Cf. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018, p. 122.

[...] Delineiam-se procedimentos onde existe uma fase metodicamente exata de preparação dos sujeitos processuais com a fixação de todas as questões (pontos controvertidos) jurídicas, fáticas e probatórias (fomentadora de debate), para a seguir ser realizada uma fase de problematização das questões já fixadas com reduzida ou inexistente margem de surpresa aos sujeitos processuais.⁴⁹⁸

Ao tratar dos diplomas processuais promulgados antes da vigência da CRFB/88, Giuberti⁴⁹⁹ afirma que, naquele “contexto antidemocrático, algumas garantias processuais foram suprimidas ou, quando não as foram, a aplicação das garantias que porventura perduravam se dava de maneira meramente protocolar”. Esse cenário tornou necessária a adequação desses dispositivos legais ao texto constitucional e às interpretações mais adequadas de suas regras e princípios.

A esse fenômeno, afirma, Giuberti⁵⁰⁰, deu-se o nome de “Constitucionalização do Processo” – e, no Brasil, originou-se pela inclusão de princípios processuais no texto constitucional, instaurando, de forma mais ampla, o devido processo legal e o contraditório. Zaneti Junior⁵⁰¹ afirma que “é justamente no contraditório, ampliado pela Carta do Estado Democrático brasileiro, que se irá apoiar a noção do processo democrático”.

A previsão constitucional do princípio, no entanto, não foi suficiente para a sua aplicação de forma efetiva nos processos jurisdicionais. Giuberti⁵⁰² ressalta que:

[...] A tradição jurídica brasileira é a de aceitação do problema de ausência de representatividade da parte no provimento final, chegando ao ponto de ser aceito pelas Cortes de Justiça pátrias, inclusive pelos Tribunais Superiores, a desnecessidade de vinculação dos argumentos postos na decisão e o debate das partes, o que influencia no reforço dessa perspectiva formal do contraditório [...].

Nesse contexto, destaca-se que, por muito tempo, mesmo após a vigência da CRFB/88, a compreensão do contraditório costumava privilegiar o seu aspecto formal – que tinha em vista

⁴⁹⁸ NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e não surpresa. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Teoria do processo** – Panorama doutrinário mundial. V. 1. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 151-174.

⁴⁹⁹ GIUBERTI, Glenio Puziol. O diálogo entre o processo penal e o novo conceito de contraditório trazido pelo CPC/15 como tentativa de contenção de decisões penais surpresa quando da aplicação da *emendatio libelli*. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, Pernambuco, n. 11, p. 177-201, 2018, p. 187.

⁵⁰⁰ GIUBERTI, Glenio Puziol. O diálogo entre o processo penal e o novo conceito de contraditório trazido pelo CPC/15 como tentativa de contenção de decisões penais surpresa quando da aplicação da *emendatio libelli*. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, Pernambuco, n. 11, p. 177-201, 2018, p. 187-188.

⁵⁰¹ ZANETI JUNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do Estado Democrático Constitucional**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, 2005, p. 266.

⁵⁰² GIUBERTI, Glenio Puziol. O diálogo entre o processo penal e o novo conceito de contraditório trazido pelo CPC/15 como tentativa de contenção de decisões penais surpresa quando da aplicação da *emendatio libelli*. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, Pernambuco, n. 11, p. 177-201, 2018, p. 189.

a participação das partes no processo, ou seja, o direito de se manifestarem nos atos processuais, sem que isso significasse, necessariamente, o direito de serem efetivamente ouvidas pelo juiz.

Foi para buscar acabar com essa aplicação simplista e equivocada do contraditório, que o CPC/15 expressamente ampliou o seu alcance, não deixando dúvidas quanto à insuficiência da utilização meramente formal desse princípio constitucional. Os arts. 9º e 10 do CPC/15⁵⁰³, que preveem a necessidade de se oportunizar a manifestação das partes em quaisquer decisões proferidas em âmbito judicial, têm em vista a garantia da racionalidade das decisões judiciais – elemento necessário em todos os campos do processo democrático.

Nesse mesmo sentido, Giuberti⁵⁰⁴ afirma que o entendimento do contraditório implementado pelo CPC/15 – que deve ser comum a todos os campos processuais⁵⁰⁵ – baseia-

⁵⁰³ Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. (BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília; DF: Presidência da República, [2017]).

⁵⁰⁴ GIUBERTI, Glenio Puziol. O diálogo entre o processo penal e o novo conceito de contraditório trazido pelo CPC/15 como tentativa de contenção de decisões penais surpresa quando da aplicação da *emendatio libelli*. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, Pernambuco, n. 11, p. 177-201, 2018, p. 183.

⁵⁰⁵ É certo, no entanto, que a extensão do conceito do “contraditório substancial” a outros campos do Direito brasileiro enfrenta algumas dificuldades, dadas as especificidades de cada regime processual. No que concerne à sua aplicação no processo penal, por exemplo, existem algumas divergências doutrinárias sobre o assunto, especialmente, no que diz respeito à prolação de decisões judiciais surpresa. Giuberti ressalta que o processo penal, da forma como ainda é aplicado nos dias atuais, carrega elementos antidemocráticos, que, em muitos casos, não correspondem com o espírito trazido pelo texto constitucional. De acordo com o autor, isso se evidencia, por exemplo, pela admissibilidade de elementos inquisitórios na sistemática processual penal e pela menção ao contraditório apenas em situações que garantam às partes “[...] o direito de informação e reação, tais como a citação do acusado e a intimação das partes, por exemplo” – o que, deve-se ressaltar, é uma interpretação ultrapassada e insuficiente do princípio constitucional (GIUBERTI, Glenio Puziol. O diálogo entre o processo penal e o novo conceito de contraditório trazido pelo CPC/15 como tentativa de contenção de decisões penais surpresa quando da aplicação da *emendatio libelli*. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, Pernambuco, n. 11, p. 177-201, 2018, p. 191). Pacelli defende que, embora seja crescente, o número de doutrinadores que defendem a extensão do art. 10 do CPC/15 às causas criminais, não há qualquer lacuna na legislação penal que justifique a proibição de decisões surpresa pelo magistrado. A existência de lacunas, segundo o autor, seria indispensável para a aplicação dessa regra no processo penal, já que o art. 3º do CPP afirma que “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito” (BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília; DF: Presidência da República, [2019]). Sendo assim, o autor defende a necessidade de se oportunizar às partes a manifestação, antes de qualquer ato decisório, tão somente nas circunstâncias em que isso implicar em algum tipo de prejuízo ao réu, alegando que não é justificável a aplicação da regra em decisões que lhe forem favoráveis. Pacelli afirma que “o processo penal, como se sabe, é totalmente orientado pelo princípio da ampla defesa, razão pela qual não se afigura possível ‘importar’ uma regra processual civil que acabe prejudicando o acusado” (PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 37). Nesse mesmo sentido, Jayme, Maia e Vargas também defendem que a impossibilidade de se proferir uma decisão surpresa está vinculada à ideia de um processo que, em geral, é composto por partes em iguais condições de influenciar a decisão judicial – o que, segundo os autores, não ocorre com o processo penal, uma vez que “[...] a própria dinâmica processual penal – ancorada na legalidade estrita e na presunção de inocência – é pensada para equacionar duas posições processuais sabidamente em descompasso [...]”. Ou seja, os defensores dessa tese acreditam que a superioridade da acusação no processo penal justifica a mitigação da garantia de não surpresa às decisões que privilegiem seus interesses em detrimento do réu – que tem sua inocência presumida e cuja defesa deve receber maior proteção, tendo-se em vista as suas desvantagens no poder de influência sobre as decisões judiciais (JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata Christiana Vieira;

se na capacidade de efetiva influência dos fatos e provas levantados por ambas as partes, indistintamente, no raciocínio judicial.

Nesse ponto, convém citar a contribuição de Barros e Machado⁵⁰⁶, para quem:

[...] Pode-se afirmar a existência de uma teoria geral do processo, não fundada na noção de Jurisdição como pretende Dinamarco (1998), mas, sim, na noção de processo. Processo, este, que é uma garantia constitucional, possuindo uma base única, fundada nos princípios constitucionais de processo que garantem o contraditório, a ampla argumentação, o terceiro imparcial e a fundamentação da decisão, ou seja, como estrutura legitimadora dos provimentos, sejam eles jurisdicionais, administrativos ou legislativos [...].

Os princípios que formariam a base principiológica – contraditório, ampla argumentação, terceiro imparcial e fundamentação da decisão – são totalmente compatíveis com todo e qualquer processo (legislativo, administrativo, jurisdicional).

Á guisa de conclusão, pode-se afirmar que garantir a ampla participação das partes na construção das decisões que lhe tocam, por meio de um “contraditório dinâmico efetivo”, que possibilite influência e não surpresa, “coloca todos os sujeitos processuais em posição de interdependência e de corresponsabilização pela construção das decisões”, o que garante “legitimidade democrática” e “diminui possíveis erros do decisor”⁵⁰⁷, contribuindo para o alcance de uma atividade de valoração da prova o mais isenta possível de enviesamentos.

4.2 A teoria normativa da comparticipação

Como já explanado no item 4.1, os movimentos percorridos pelo Direito Processual no Brasil – iniciando-se pela socialização processual com o excesso de poder conferido aos magistrados⁵⁰⁸, seguida do neoliberalismo ou “pseudo-socialismo”⁵⁰⁹, que levou à massificação dos processos por conta da valorização da celeridade – foram responsáveis pelo afastamento do

VARGAS, Cirilo Augusto. Da decisão-surpresa no processo civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 57, n. 221, p. 13-36, jan./mar. 2019, p. 26-27).

⁵⁰⁶ BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Nulidades no processo penal: a necessidade de revisão a partir da noção de modelo constitucional de processo. **Empório do Direito**, São Paulo, 06 set. 2015.

⁵⁰⁷ ARAGÃO, Érica Alves. **A nova sistemática do agravo de instrumento no código de processo civil de 2015: uma análise a partir das garantias do processo constitucional democrático**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. p. 27.

⁵⁰⁸ NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. **Acesso à justiça democrático**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 30.

⁵⁰⁹ Nessa perspectiva neoliberal, o modelo deve assegurar: “a) uma uniformidade decisória que não levaria em consideração as peculiaridades do caso concreto, mas asseguraria alta produtividade decisória, de modo a assegurar critérios de excelência, de modo institucional, a importância do contraditório e da estrutura participativa processual que garantem procedimentos de cognição plena para o acerto dos direitos” (NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 159).

processo do ambiente democrático ao qual deve estar inserido⁵¹⁰. Esta concepção de processo reduzido a meras burocracias que precisariam ser resolvidas rapidamente provocou inúmeras modificações na estrutura dos procedimentos, refletindo até mesmo na formação dos estudantes de Direito⁵¹¹.

De acordo com Nunes⁵¹², essa burocratização e massificação dos processos faz com que as especificidades dos casos concretos sejam frequentemente ignoradas, em nome da produtividade e da celeridade, motivando o julgamento concomitante de centenas de processos supostamente idênticos, sem que as singularidades de cada um sejam observadas e que as reais necessidades das partes sejam atendidas⁵¹³.

Sendo assim, evidencia-se a necessidade de uma efetiva democratização processual, a partir de uma estrutura participativa que não permite que o juiz detenha poderes em excesso, como ocorria no modelo social, e nem transforme a atividade jurisdicional em procedimento meramente burocrático, como é típico do modelo “pseudo-social”. Busca-se o afastamento de qualquer protagonismo – seja das partes ou do magistrado – e a instituição de uma comunidade de trabalho que, a partir de uma visão de processo cooperativo, busca efetivar o modelo constitucional.⁵¹⁴

Motta e Hommerding, ao comentarem o trabalho de Nunes, expõem que:

A ideia defendida é a de que, numa visão constitucional e democrática, não existe entre os sujeitos processuais submissão (como no esquema da relação jurídica bulowiana), mas sim, interdependência, na qual a procedimentalidade é balizadora das decisões. O processo é percebido como uma garantia contra o exercício ilegítimo de poderes públicos e privados em todos os campos (jurisdicional, administrativo, legislativo), com o fim de controlar os provimentos dos agentes políticos e garantir a legitimidade discursiva e democrática das decisões. Argumenta-se no sentido de que o estabelecimento de focos de centralidade (seja nas partes, seja no juiz) não se adapta

⁵¹⁰ Com respaldo na doutrina estrangeira, Calmon de Passos informa que a efetividade a ser defendida não é a do processo em sentido utilitarista, mas a do ordenamento, pois “[...] efetividade do processo ou efetividade da tutela jurídica não se equipara à efetividade da sentença, enquanto ato de poder, mas da sentença que atenda o nome de quem se institucionaliza numa ordem política democrática”, de tal forma que “ninguém se pode a condição de senhor ou soberano do outro” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. Cidadania e efetividade do processo. **Revista Síntese do Direito Civil e Direito Processual**, Porto Alegre, n. 1, doutrina, p. 30-35, set./out., 1999, p. 33). No mesmo sentido, ver TAVARES, Fernando Horta (Coord.). Urgências e tutelas: por uma teoria da efetividade do processo adequada ao Estado democrático de direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 11, n. 21, p. 145-162, 2008, para quem a efetividade só pode ser do Direito, e não do Processo.

⁵¹¹ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 209.

⁵¹² NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 210.

⁵¹³ Cf. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. As reformas do Código de Processo Civil e o processo constitucional. *In*: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coords.). **Processo civil reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 219.

⁵¹⁴ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre. Eficiência processual: algumas questões. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 34, n. 169, p. 116-139, mar. 2009, p. 115-130.

ao perfil democrático dos Estados de direito, no qual se impõe a prevalência concomitante da soberania do povo e dos direitos fundamentais (cooriginário e reciprocamente constitutivo) em todos os campos, especialmente na esfera estatal. No âmbito jurisdicional resgata-se a discussão entre todos os sujeitos processuais, sem privilégios a qualquer deles, mediante a implementação dos direitos fundamentais que balizam a tomada de decisões em seu aspecto formal e substancial. Propõe-se a divisão atualmente entre as partes e os juízes, clarificando a sua interdependência, de modo a absorver os aspectos benéficos tanto dos movimentos liberais quanto dos sociais. Aposta-se na leitura do contraditório na modalidade de garantia de influência como referente constitucional do policentrismo e da comparticipação, em vista de que agrega, ao mesmo tempo, o exercício da autonomia pública e privada, tornando o cidadão simultaneamente autor e destinatário do provimento.⁵¹⁵

Especialmente, após a promulgação do CPC/15, verifica-se que o sistema processual se aproximou do modelo desejável, ou seja, de um modelo policêntrico, em que os protagonismos são mitigados por meio da divisão de papéis entre todos os atores processuais.⁵¹⁶ Como já abordado em itens anteriores deste trabalho e na passagem acima, a noção de policentrismo e comparticipação se amolda perfeitamente aos ditames do Processualismo Constitucional Democrático, justamente por basear-se no contraditório dinâmico (garantia de influência e não surpresa).

É importante mencionar que, para a efetiva implementação do processo participativo, Nunes⁵¹⁷ constata a necessidade de se adotarem modelos cognitivos adequados para o curso processual, não se permitindo que as discussões sejam estendidas além do necessário e nem que sejam insuficientes, ensejando a prolação de decisões judiciais fundamentadas em análises superficiais.

A partir disso, o autor afirma que:

[...] Com base no princípio do contraditório e, por consequência, no da efetividade normativa, faz-se necessária a implementação do diálogo incessante entre os sujeitos processuais, de modo a impedir decisões surpresa por parte do juiz e a imposição de argumentos estratégicos e persuasivos de uma parte bem assessorada tecnicamente. Somente argumentos normativos e legítimos deveriam formar a decisão compartilhada – ou seja, que possam ser fundamentados normativamente.⁵¹⁸

Streck, Delfino, Barba e Lopes concordam com Nunes e destacam que:

É claro que nos agrada a formulação de comparticipação por Dierle Nunes, enquanto

⁵¹⁵ MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. O que é um modelo democrático de processo? **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 73, p. 183-206, jan./abr. 2013.

⁵¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 132.

⁵¹⁷ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 240-241.

⁵¹⁸ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 241.

garantia de influência e não surpresa (que encontra lugar no art. 10 do novo CPC): as partes têm direito fundamental a participar do provimento jurisdicional a que se submetem. Nisto, aportam as “autonomias” privada e pública habermasiana à dogmática processual. Equaciona bem o agir predominantemente estratégico das partes (orientado por interesses) com as limitações impostas pela estruturação comunicativa (orientada por conhecimento), necessária a articulação racional das pretensões jurídicas na esfera pública formal. Por aí se entende Dierle Nunes e Alexandre Bahia, quando dizem que: “reconhece-se que há papéis distintos, mas que todos cooperam para o resultado final”. Cada sujeito já tem seu papel institucionalizado para que possa concorrer, a sua maneira, para a formação do provimento comum.⁵¹⁹

Nunes⁵²⁰ discorre sobre a divisão dos sistemas processuais em duas fases distintas: a primeira é a preparação do debate, e a segunda, a discussão dos elementos argumentativos. Informa também que, no Direito Comparado, a produção probatória vem sendo deslocada para a fase preparatória, “uma vez que se percebeu que a depuração quase completa das questões objeto do processo permite um diálogo profícuo [...], além de impedir que a decisão seja fruto solitário do pensamento judicial”⁵²¹.

Continua, Nunes⁵²², dizendo que a construção de uma fase preparatória efetivamente consistente é capaz de reduzir o tempo dos processos judiciais – uma vez que, permitindo discussões mais aprofundadas entre as partes, pode-se reduzir o número de recursos decorrentes da insatisfação de uma dessas com o resultado processual, além de viabilizar acordos benéficos a ambas as partes que tornem desnecessário o prosseguimento do processo judicial.

Nesse contexto, o autor aponta que:

A não delimitação das matérias relevantes – e aqui se pontuam as questões de fato, em sistemas de preclusão como o brasileiro – pode conduzir a uma discussão e à produção de provas em instrução iníqua, lastreada sobre aspectos absolutamente inúteis e mantendo nas sombras fatos relevantes. Tudo em razão da inadequada preparação da causa.

Desse modo, a cognição bifásica que assegure uma fase preparatória adequada poderia servir de modelo para um procedimento que atendesse aos anseios participativos da democratização processual se essa primeira fase fosse utilizada como locus de fomento do debate por todos os sujeitos processuais, sem qualquer pressuposição de protagonismo (das partes ou do juiz), mediante a depuração de todos os elementos fáticos e jurídicos colocados pelas partes, advogados, promotores e juízes.⁵²³

⁵¹⁹ STRECK, Lenio; DELFINO, Lúcio; BARBA, Rafael Giorgio Dalla; LOPES, Ziel Ferreira. Aposta na bondade – cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição. **Revista Consultor Jurídico**, 23 dez. 2014.

⁵²⁰ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 241.

⁵²¹ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 242.

⁵²² NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 243.

⁵²³ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 243.

Nota-se que, no CPC/15, procurou-se robustecer a fase preparatória, estabelecendo, a partir do disposto no §3º do art. 357, o modelo de saneamento compartilhado. Nesse dispositivo, o legislador estabelece que “se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações”⁵²⁴.

A audiência de saneamento e organização processual é uma importante manifestação do princípio da cooperação, expressa no CPC/15, justamente por buscar que as partes esclareçam pontos controvertidos, complexos ou incompreendidos de forma policêntrica. Com isso, assegura-se melhor organização do processo, delimitando-se suas discussões e tornando-o mais objetivo⁵²⁵. Como afirma, Didier Júnior⁵²⁶, “evitam-se provas inúteis ou desnecessárias, aumenta-se a chance de autocomposição e diminuem as possibilidades de interposição de recurso fundado em equívoco na apreciação pelo juiz ou invalidade por ofensa ao contraditório”.

De acordo com Nunes, Bahia e Pedron⁵²⁷, a partir da previsão do contraditório dinâmico/substancial e da audiência de saneamento e organização processual pelo CPC/15:

[...] Resta clara a vedação de julgamentos assentados em fundamentos jurídicos que não foram debatidos previamente pelas partes, em abrigo a uma prática solipsista cujo resultado são as chamadas “decisões surpresa”. Ao constranger o julgador, no momento de proferir decisão de saneamento e de organização do processo, a delimitar as questões de direito relevantes para a decisão de mérito, o CPC/2015 contribui para a construção participativa do pronunciamento final.⁵²⁸

A audiência de saneamento e de organização é um exemplo do que se pretende com a participação processual, mediante a promoção do diálogo e a construção do processo sem o protagonismo de qualquer das partes, mas com a garantia de igual poder de influência, produção probatória e construção narrativa entre todos os atores processuais, o que contribui para mitigar os enviesamentos, como se verá mais adiante.

⁵²⁴ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília; DF: Presidência da República, [2017].

⁵²⁵ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 243.

⁵²⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. V. 1. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 780.

⁵²⁷ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria Geral do Processo**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 593.

⁵²⁸ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria Geral do Processo**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 493.

Nesse contexto, Didier Júnior⁵²⁹ complementa que a realização do saneamento processual compartilhado tende a promover melhores resultados do que quando realizado exclusivamente pelo juiz. Em razão disso, não precisará ser feito apenas em situações de alta complexidade, conforme expressa o art. 357 do CPC/15, mas em quaisquer hipóteses em que se demonstrar necessário.

A audiência de conciliação ou de mediação, prevista pelo art. 334 do CPC/15⁵³⁰, também privilegia a fase preparatória do processo, pois promove discussões prévias entre as partes antes mesmo do oferecimento da defesa, melhorando a comunicação entre os litigantes, que poderão levantar e discutir as informações necessárias para a análise do caso, viabilizando, mediante a intervenção do conciliador ou mediador, o fim do litígio⁵³¹.

Entretanto, faz-se necessário abrir um parêntesis nesse ponto, pela constatação de que os atos processuais baseados na oralidade, por vezes, não são levados à sério⁵³². Sendo assim, a audiência preliminar de conciliação ou mediação e a audiência de saneamento e organização são muito relevantes para efetivação de um processo que se pretende democrático, mas com a ressalva de que o debate realizado durante esses atos processuais não pode ser o único momento de observância da participação no iter processual. Amostra disso é que o próprio saneador compartilhado, por exemplo, demanda do magistrado a fixação das questões processuais de forma escrita. Ou seja, independentemente de ser o modelo processual predominantemente oral ou escrito, deve-se sempre levar em consideração a efetividade normativa e a aplicação do contraditório com fundamento na influência e na não surpresa⁵³³.

Ademais, em matéria de produção e valoração probatória, as técnicas de oralidade estão a exigir atenção ainda maior. Afinal, conforme se apontou no capítulo 2, em atos processuais orais, realizados pessoalmente pelas partes ou por peritos, assistentes técnicos ou testemunhas, por vezes, podem ser considerados elementos que não digam respeito à discussão que se trava

⁵²⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. V. 1. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 780.

⁵³⁰ Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. (BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília; DF: Presidência da República, [2017]).

⁵³¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 432.

⁵³² Afinal, conforme destacam, Theodoro Júnior, Nunes, Bahia e Pedron, os juristas brasileiros não têm grande afinidade com a oralidade processual, e a utilização desse modelo não costuma ser muito eficiente por conta dessa inabilidade técnica (THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 180-181).

⁵³³ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 243.

no processo (fisionomia, gestos, comportamentos, vestimentas, entre outros), o que contribui para a interferência das heurísticas e vieses cognitivos.

Sendo preponderante, a oralidade, o processo judicial não poderá se sujeitar a debates superficiais, bem como não é recomendável promover a produção probatória em momento muito distante da fase decisória, “[...] sob pena de se inviabilizar a manutenção dos elementos argumentativos (provas e manifestações orais) debatidos e de se abrir margem para que ocorra uma decisão lastreada em pré-compreensões do juiz, devido à perda do material cognitivo”⁵³⁴.

Nunes⁵³⁵ alerta, por outro lado, que, com a adoção de modelos “prevalentemente escritos, deve-se impedir que a redução das argumentações por escrito promova um andamento procedimental extremamente lento a ponto de impedir que o processo termine em tempo razoável”.

Por óbvio, o processo judicial dividido em diversas etapas, em busca de maior aprofundamento e de maiores discussões entre os sujeitos processuais – como, de fato, estrutura-se, o Direito Processual brasileiro –, deve ter em vista, não uma celeridade que impede o diálogo e a efetivação do contraditório, mas a duração razoável do processo⁵³⁶, com tempo suficiente para que seus atos sejam realizados sem que se prolonguem a ponto de tornarem o processo ineficaz para a solução do litígio.

Tanto os modelos orais, quanto escritos, devem assegurar o diálogo incessante entre os atores processuais, com o objetivo de eliminar as decisões surpresa e até mesmo de promover maior equilíbrio entre as partes processuais, mitigando-se a supremacia de uma ou de outra em razão de assessoramento técnico que apresente argumentos mais estratégicos⁵³⁷.

Conforme alerta, Nunes⁵³⁸, a fixação de pontos controvertidos fora de contexto preparatório participativo faz com que esses pontos se limitem “[...] à percepção da controvérsia fática, eis que a normatividade aplicável fica ilhada na mente do decisor até a futura decisão (que será, muitas vezes, de terza via interpretativa, ou seja, de surpresa”.

Essa prática que isola o magistrado na condução do processo judicial, enquanto se

⁵³⁴ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 240-241.

⁵³⁵ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 241.

⁵³⁶ Para um estudo sobre a duração razoável do processo, cf. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018, Capítulo 4, Item 3 - Duração razoável do processo e devido processo legal, e Item 4 - Origem e significado jurídico da expressão razoável duração do processo, compreendidos das páginas 212-220.

⁵³⁷ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 240-241.

⁵³⁸ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 244.

manteve vigente no Brasil, instituiu a ideia de que a fixação do direito exclusivamente lhe caberia, ao passo que caberia às partes, a sustentação dos fatos – o que é extremamente prejudicial ao processo democrático, por tornar o contraditório inviável, já que o juiz não revela às partes quais foram os pontos que fixou, apenas tornando a informação pública no momento da decisão⁵³⁹.

Nunes alerta, no entanto, para uma possível má interpretação das audiências preparatórias – especialmente, por parte de advogados que, não tendo o devido conhecimento técnico sobre esse procedimento, poderiam concebê-lo como um pré-julgamento. O equívoco, portanto, seria interpretativo, e não normativo⁵⁴⁰, o que não deveria inviabilizar a implementação dessa medida participativa, que poderia ser adotada pelo sistema jurídico brasileiro em conjunto com a disseminação do conhecimento de seus reais fundamentos para os sujeitos envolvidos na prática processual. Nesse contexto, Nunes⁵⁴¹ afirma:

Se um contraditório dinâmico como garantia de influência fosse assegurado, com base em uma lógica policêntrica e participativa; se os sujeitos processuais soubessem manejar as técnicas processuais de modo responsável e interdependente; se se acabasse com a busca tão-somente do protagonismo judicial, da alta produtividade decisória e da rapidez procedimental a qualquer preço; se se parasse de enxergar o processo como um instrumento técnico a serviço do juiz que se constitui em entrave formal para o cidadão-cliente de serviços, a democratização processual se imporia nos discursos de aplicação normativa.

O processo, quando amparado em preceitos participativos e policêntricos, exige a atuação conjunta de todos os atores processuais, desde as fases preparatórias, o que contribuiu para a prestação jurisdicional desviesada e, portanto, imparcial. Nas palavras de Theodoro Júnior⁵⁴²:

O processo, portanto, não é obra nem do juiz nem das partes, já que se transformou num sistema de cooperação, em simetria de posições entre as partes e o órgão julgante. No estágio de preparação do provimento não há hierarquia entre os sujeitos do processo. Só no estágio final, isto é, na decretação do ato de autoridade com que a composição do conflito será alcançada, é que se quebrará a simetria, porque esse ato jurisdicional derradeiro implica exercício de soberania estatal, que, dentro do processo, apenas o juiz detém.

⁵³⁹ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 245-246.

⁵⁴⁰ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 246.

⁵⁴¹ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 247.

⁵⁴² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 1. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 577.

Com isso, pode-se constatar que a teoria normativa da comparticipação se edifica a partir do direito de cada sujeito processual cumprir o seu papel dentro do processo judicial, sem ser reduzido pelo protagonismo alheio – e, a partir desse entendimento, discute-se quais são os instrumentos necessários para que, de fato, possam exercer esse direito.

O CPC/15 trouxe alguns comandos que pretendem intensificar o diálogo entre os atores processuais e o controle de seus atos, com base em fundamentos democráticos e pautados no processo constitucional. Essa iniciativa, por um lado, permite a fiscalização de uns pelos outros e, por outro, potencializa a atividade processual, mitigando, por exemplo, a dissonância técnica entre advogados e extinguindo possíveis arbitrariedades ou negligências a que possam incorrer os magistrados⁵⁴³.

Com isso, o modelo comparticipativo de processo garante maior efetividade da discussão, e essa atuação cooperativa entre as partes é importante também para a redução das heurísticas e vieses de cognição. Além de estruturar o processo de forma mais eficiente, permitindo que as partes se manifestem de forma efetiva e com reais condições de influenciar a decisão judicial, a comparticipação pode assegurar que a produção probatória ocorra nos momentos processuais adequados – e, sobretudo, pretende viabilizar que a valoração probatória ocorra o mais livre possível dos enviesamentos cognitivos que tanto comprometem a imparcialidade do decisor.

4.2.1 O afastamento de desvios cognitivos no processo comparticipativo

Como visto nos últimos itens deste trabalho, o processo comparticipativo está a exigir a atuação policêntrica de todos os envolvidos, de forma que cada um desempenhe sua função em igualdade de condições, sem que uma atuação se destaque em relação às demais. Essa alternativa se mostra como a mais adequada para a promoção de um processo judicial democrático. Tal sistemática deve impactar todas as etapas processuais, manifestando-se, por exemplo, no recebimento de peças pelo magistrado, nos debates orais ocorridos em audiências, na fase recursal e também na valoração das provas, além de influenciar a fundamentação das decisões judiciais.

Destaca-se que uma das principais intenções dessa estrutura comparticipativa é a de desmistificar a figura do juiz como ser dotado de maior racionalidade, demonstrando que, em um processo policêntrico, o decisor é um dos sujeitos da relação processual, devendo guardar

⁵⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 125.

posição de neutralidade e exercer as funções específicas que lhe competem, que devem ser desempenhadas com a devida cautela e em atendimento às regras e princípios constitucionais e processuais.

Com isso, pretende-se aumentar as garantias objetivas da imparcialidade judicial, inserindo-se na sistemática processual outros instrumentos eficientes, para que se promova a equidistância entre os atores processuais, e para que todos os elementos fáticos e probatórios levantados no curso do processo sejam efetivamente levados em consideração em todas as etapas decisórias.

Destarte, nenhum ato decisório, nem mesmo de ofício, pode ser praticado sem submissão ao contraditório, evitando-se, com isso, decisões que surpreendam as partes e, por isso, possam estender o tempo de resolução da demanda ou, ainda, inviabilizar a sua solução, por questões que poderiam ser facilmente solucionadas, se discutidas no momento e de forma adequada.

Os ajustes promovidos pela implementação do contraditório substancial no CPC/15, atento ao modelo participativo, têm enorme importância para a correção de uma série de desvios no raciocínio jurisdicional, que, por óbvio, poderiam se manifestar com mais facilidade nos sistemas processuais sociais e neoliberais (pseudo-social), por conta da aplicação do contraditório de maneira meramente formal.

No entanto, conforme abordado em capítulo específico, constata-se que os desvios provenientes da cognição humana, a partir da interação entre o Sistema 1 e o Sistema 2 durante as decisões que devem ser tomadas no decorrer dos atos processuais – aí envolvida a atividade de valoração das provas –, ainda encontram espaço para se manifestarem, trazendo graves prejuízos ao bom resultado do processo.

Sendo assim, o controle da atividade jurisdicional pelo processo, exercida de forma participada, serve para garantir a construção de uma atividade de valoração probatória construída em regime de cooperação, visando à construção dos provimentos relativos a esse momento processual de forma participada. A partir do processualismo constitucional democrático, é possível traçar algumas possibilidades de se promover desenviesamento (ou “debiasing”⁵⁴⁴), sobretudo, como intenciona este trabalho, no momento da valoração das provas

⁵⁴⁴ O “debiasing”, de acordo com Costa, consiste em um conjunto de técnicas que pretendem reduzir a magnitude dos vieses cognitivos, e não apenas descrever a ocorrência desses efeitos na mente humana. O autor aponta algumas abordagens diferentes para a implementação dessas técnicas desenviesantes (COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério:** proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, São Paulo, 2016, p. 89).

pelo juiz.

Uma primeira possibilidade, denominada por Costa de “debiasing em sentido estrito”, está associada à redução ou limitação de erros cognitivos de forma direta – “ou seja, faz-se com que o processo deliberativo do Sistema 2 prepondere sobre o processo intuitivo do Sistema 1”⁵⁴⁵. Costa⁵⁴⁶ ressalta a relevância desse método em determinadas circunstâncias – afirma, por exemplo, que é uma forma de combater o viés de retrospectiva, empregando-se grande esforço no afastamento das condições atuais de avaliação e transportando o julgador, de forma bastante racional, ao momento da ocorrência do evento.

A segunda possibilidade de desviesamento (“debiasing”) é denominada de “insulating”. De acordo com o autor, essa abordagem pretende:

[...] Isolar os resultados jurídicos dos limites do comportamento humano mediante a criação de regras jurídicas ou instituições capazes de evitar que esses resultados sejam presas desses limites. Aqui não se pode fazer com que o processo deliberativo do Sistema 2 prepondere sobre o processo intuitivo do Sistema 1, razão pela qual se prefere isolar o agente enviesado e substituí-lo por outro não enviesado.⁵⁴⁷

Isso ocorre a partir do estabelecimento de restrições às escolhas dos indivíduos. Em contexto judicial, Costa⁵⁴⁸ exemplifica essas circunstâncias com a implementação de regras que proíbam o julgamento de processo por juiz que tenha concedido pedido feito em sede de cognição sumária. Propõe que o desviesamento seja feito, tanto por métodos que afastem os magistrados de situações com altas possibilidades de promover automatismos mentais – circunstâncias que devem ser previstas pela legislação processual, em busca da imparcialidade objetiva –, quanto por métodos que orientem o raciocínio do juiz – circunstâncias que dependem de postura voluntária do juiz, que ativamente sai em busca de soluções racionais para pensamentos inicialmente automáticos.

As duas abordagens apresentam problemas, de modo que a primeira parece exigir um número maior de magistrados, o que, conforme já se abordou, desconsidera a realidade da

⁵⁴⁵ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, São Paulo, 2016, p. 89-90.

⁵⁴⁶ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, São Paulo, 2016, p. 89-90.

⁵⁴⁷ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, São Paulo, 2016, p. 89-90.

⁵⁴⁸ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, São Paulo, 2016, p. 90-91.

estrutura do judiciário brasileiro. A segunda desconsidera que normalmente o sujeito sequer se dá conta que está com seu pensamento enviesado, o que desestimularia um agir proativo.

É certo que qualquer solução para problemas tão complexos, quanto os manifestados pela mente humana, não pode ser simplista. Freitas⁵⁴⁹ alerta que teorias que buscam solucionar a questão dos automatismos mentais no campo judicial, por meio de regras e princípios legais ou pela instituição de fórmulas rígidas que se afastam da realidade, não têm chances de produzir resultados significativos, pois, essas “soluções”, conforme critica, o autor, imaginam “[...] operar no reino do inteiramente racional e consciente. Nada mais enganoso”⁵⁵⁰.

Freitas⁵⁵¹ destaca que soluções que parecem estar muito distantes da realidade não contribuem para promover o necessário desenviesamento e ressalta a importância de se buscarem alternativas científicas e condizentes com a realidade, sempre levando em consideração que a mente humana não é inteiramente racional. É inquestionável, portanto, que o primeiro passo para vencer os automatismos mentais consiste no conhecimento de seus efeitos e no reconhecimento de sua incidência⁵⁵².

Nesse sentido, Freitas⁵⁵³ afirma que “[...] significativos achados sobre o funcionamento do cérebro precisam, o mais cedo possível, ser incorporados pela hermenêutica jurídica, de molde a lucidamente escrutinar aquelas predisposições conducentes a erros sistemáticos de julgamento”. E, partindo de uma análise dos sistemas automáticos de pensamento e da observação dos hábitos humanos (que, lembra, o autor, ocorrem a partir de um ciclo de estímulos, recompensas e criação de rotinas)⁵⁵⁴, afirma o seguinte:

Defendo que existe uma solução preventiva (árdua, por certo): se os vieses são inevitáveis e os hábitos não se extinguem, não é menos certo que os hábitos, por força do livre-arbítrio, são perfeitamente substituíveis. De sorte que importa formar hábitos reflexivos e neutralizar, ao menos nas situações de maior impacto, as decisões enviesadas.⁵⁵⁵

⁵⁴⁹ FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 40, n. 130, p. 223-244, jun. 2013, p. 225.

⁵⁵⁰ FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 40, n. 130, p. 223-244, jun. 2013, p. 225.

⁵⁵¹ FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 40, n. 130, p. 223-244, jun. 2013, p. 225.

⁵⁵² Diante disso, é imprescindível que sejam incorporadas ao ensino dos operadores do Direito, noções básicas sobre o funcionamento da cognição humana, sobretudo, a partir da interdisciplinaridade com os métodos epistemológicos da Psicologia Cognitiva. Não havendo conhecimento sobre a atuação do cérebro humano e dos processos neurais que conduzem a construção dos raciocínios e a tomada de decisões, as pessoas estarão sujeitas a permanecer reféns de ideias altamente enviesadas.

⁵⁵³ FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 40, n. 130, p. 223-244, jun. 2013, p. 223-224.

⁵⁵⁴ FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 40, n. 130, p. 223-244, jun. 2013, p. 239.

⁵⁵⁵ FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais.

Dessa forma, ainda que os seres humanos não tenham condições de observar, a todo tempo, os seus processos mentais, podem substituir os hábitos com propensão ao surgimento de vieses cognitivos. Nesse contexto, Freitas afirma que “mais do que nunca, é imprescindível que o jurista mantenha a mente empenhada em trocar hábitos nocivos por saudáveis, ciente de que somos inescapavelmente o conjunto de nossas rotinas mentais, das simples às mais elaboradas”⁵⁵⁶.

A partir disso, ainda que os atores processuais, sobretudo, os magistrados, não tenham condições de, racionalmente, eliminar seus automatismos mentais – sobretudo, quando se tratam de efeitos automáticos produzidos pela atuação do Sistema 1 e que, portanto, exigem a inviável vigilância permanente do Sistema 2 –, é possível que identifiquem hábitos passíveis de modificação. Isso certamente não será capaz de eliminar todas as possibilidades de enviesamento cognitivo, mas frequentemente reduzirá sua incidência.

Freitas⁵⁵⁷ menciona que essa prática poderá ser utilizada pelos juízes, por exemplo, para que criem o hábito de: a) desconfiar das próprias crenças, procurando se desvencilharem do viés confirmatório; b) buscar raciocínios prospectivos de perdas e ganhos, evitando a incidência do viés de aversão à perda; ou c) considerar que todas as situações ainda podem ser aperfeiçoadas, afastando-se do viés do status quo. Ou seja, o magistrado poderá identificar, para cada espécie de viés cognitivo, um hábito que poderá ser alterado com a finalidade de evitar sua manifestação.

Nessa linha, Costa⁵⁵⁸ também apresenta soluções relevantes para o desenviesamento dos juízes no curso processual. O autor menciona a possibilidade de que o próprio sistema jurídico contribua para a neutralização de automatismos mentais – método que vem sendo amplamente discutido na doutrina norte-americana, por exemplo –, ou de que os magistrados procurem, individualmente, modificar atos profissionais que deem abertura à manifestação das heurísticas e vieses cognitivos.

O autor faz referência a essa segunda modalidade como “debiasing fora da lei”, no qual “[...] não há como a lei interferir adequadamente para neutralizar ou eliminar o viés cognitivo.

Revista da AJURIS, Porto Alegre, v. 40, n. 130, p. 223-244, jun. 2013, p. 239.

⁵⁵⁶ FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais.

Revista da AJURIS, Porto Alegre, v. 40, n. 130, p. 223-244, jun. 2013, p. 240.

⁵⁵⁷ FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais.

Revista da AJURIS, Porto Alegre, v. 40, n. 130, p. 223-244, jun. 2013, p. 240.

⁵⁵⁸ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, São Paulo, 2016, p. 92.

Tudo depende de mudanças na cultura pessoal e na postura profissional do agente decisor”⁵⁵⁹. Com isso, ainda que a legislação seja aprimorada para viabilizar a redução de vieses cognitivos, pode haver o aumento de sua eficácia, se vier acompanhada de uma mudança significativa na cultura organizacional dos magistrados.

Para assegurar esses “reforços circunstanciais”⁵⁶⁰ à legislação, Costa apresenta um modelo que elenca diversas medidas a serem adotadas pela comunidade jurídica, dentre as quais, menciona, por exemplo: a) explicações feitas por advogados aos juízes sobre a incidência do raciocínio cognitivo; b) a promoção do ensino do funcionamento dos vieses cognitivos aos diversos operadores do Direito; c) a motivação das decisões judiciais por escrito e que não levantem fundamentos baseados em estereótipos; d) a adoção de técnicas que considerem hipóteses opostas às convencionais; e) a garantia de julgamentos por órgãos colegiados; f) a promoção de sistemas internos nos tribunais que revisem e funcionem como “freios e contrapesos” à atuação dos juízes; g) a busca pela transparência; h) e a valoração de fatos ocorridos apenas anteriormente aos fatos em julgamento⁵⁶¹. Além disso, Costa⁵⁶² sugere:

- criação de varas e turmas de julgamento especializadas, a fim de que os juízes ganhem experiência em determinadas matérias e, com isso, possam acumular feedback suficiente para evitarem erros;
- instituição de roteiros e checklists capazes de libertar os juízes da dependência de suas memórias e incentivá-los a proceder metodicamente, garantindo-se, assim, que eles decidam sobre bases eminentemente deliberativas;
- no caso do viés de ancoragem, a incitação aos magistrados para que, antes da formação de um juízo, se apeguem a um fator de proteção contra a ancoragem, consistente em gerar um valor de ancoragem alternativo, em “pensar o contrário” ou que considerem múltiplos pontos de ancoragem;
- combate a decisões judiciais baseadas exclusivamente em intuições subjetivas ou ideias preconcebidas, segundo as quais se chega antes à conclusão e depois se elegem fundamentos ad hoc para justificá-las.

O autor menciona, ainda, que o acúmulo de experiências⁵⁶³ no processo decisório e o

⁵⁵⁹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, São Paulo, 2016, p. 93.

⁵⁶⁰ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, São Paulo, 2016, p. 93.

⁵⁶¹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, São Paulo, 2016, p. 93-94.

⁵⁶² COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, São Paulo, 2016, p. 95.

⁵⁶³ A informação é trazida nesse ponto a título informativo e como forma de permitir o debate em torno do assunto, no entanto, não se pode concordar com a utilização de “máximas da experiência” pelo julgador em nenhuma hipótese.

treinamento constante dos magistrados na identificação e afastamento da incidência de vieses cognitivos na formação de seu convencimento podem ter grande utilidade para o efetivo desviesamento de suas decisões – afinal, ao proferirem decisões semelhantes com alguma frequência, os juízes poderão se deparar com críticas consistentes que os auxiliem na correção de erros similares⁵⁶⁴.

Por fim, Costa⁵⁶⁵ destaca que pode ser eficiente aos magistrados o ato de aguardar algum tempo para que venham a proferir sentenças – ao menos, para que o Sistema 2 possa se aproximar do raciocínio produzido pelo Sistema 1 e assumir o controle para a tomada de decisões. Isso porque o acionamento do Sistema 2 costuma ser um processo lento – e, quando sujeito a pressões relacionadas ao julgamento de grande número de processos em curto espaço de tempo, cobrando-se dos magistrados produtividade e celeridade, frequentemente, incorre em graves erros decisórios.

Diante desse quadro, o autor sugere que sejam reduzidas, por exemplo, as pressões sobre os magistrados por produtividade, além de que haja um aumento no quadro de juízes nos tribunais brasileiros, tendo-se em vista a diluição da carga de trabalho, bem como que não seja permitida a prolação de sentenças na própria audiência, assegurando-se aos magistrados o tempo necessário para a correta apreciação dos elementos fáticos e probatórios discutidos no curso processual⁵⁶⁶.

No que diz respeito ao “debiasing dentro da lei” – ou seja, aquele que parte da própria iniciativa legislativa para a correção de sistemas que aumentam os riscos de enviesamento cognitivo –, Costa⁵⁶⁷ também levanta sugestões bastante relevantes, algumas das quais já foram mencionadas no desenvolvimento deste trabalho (onde foram tecidas as devidas críticas), mas que merecem destaque de forma integral, conforme elabora, o autor, para a construção de seu denominado modelo normativo algorítmico de reengenharia precaucional antienviesante⁵⁶⁸:

⁵⁶⁴ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, São Paulo, 2016, p. 95.

⁵⁶⁵ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, São Paulo, 2016, p. 97.

⁵⁶⁶ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, São Paulo, 2016, p. 97.

⁵⁶⁷ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, São Paulo, 2016, p. 141-142.

⁵⁶⁸ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, São Paulo, 2016, p. 141.

- i) o juiz da instrução deve ser impedido de sentenciar;
- ii) as regras que concretizam o princípio da identidade física devem ser revogados;
- iii) o juiz que teve contato com a prova ilícita deve ser impedido de prosseguir no feito;
- iv) o juiz que apreciou o pedido de tutela sumária deve ser impedido de sentenciar;
- v) o juiz que proferiu a sentença de mérito nulificada deve ser impedido de rejulgar;
- vi) os juízes da decisão rescindenda/nulificanda devem ser impedidos de julgar a ação rescisória/nulificatória;
- vii) os juízes vencedores do acórdão unânime devem ser impedidos de participar do julgamento da revisão oficiosa a que alude o art. 942 do CPC-2015;
- viii) o relator que proferiu a decisão agravada deve ser impedido de participar do julgamento do agravo interno;
- ix) os juízes que proferiram o acórdão embargado devem ser impedidos de participar do julgamento dos embargos de divergência.
- x) a prova pericial deve ser a ultima ratio, devendo o juiz escorar-se preferencialmente em pareceres técnicos trazidos pelas próprias partes.⁵⁶⁹

A partir das propostas de desviesamento cognitivo elaboradas por Freitas⁵⁷⁰ – que sugere a criação de novos hábitos capazes de afastar os magistrados de situações possivelmente enviesantes – e de Costa⁵⁷¹ – que elaborou um modelo baseado em alterações legislativas e em mudanças comportamentais, com o intuito de reduzir o impacto das heurísticas e vieses cognitivos sobre o raciocínio jurisdicional –, é possível vislumbrar algumas hipóteses viáveis para a elaboração de decisões judiciais mais imparciais.

Nunes, Lud e Pedron⁵⁷² também abordam sobre circunstâncias capazes de promover o desviesamento preventivo e corretivo no processo civil – no contexto do processo democrático e participativo. Preventivamente, os autores destacam a importância de uma fase preparatória bem construída⁵⁷³, em que se fomentem, a produção probatória e o amplo debate participativo entre os sujeitos processuais.

Nesse contexto, os autores afirmam que “a predominante inexistência de atenção com relação à fase preparatória do processo, pelos operadores do direito, é um fator que favorece a persistência de distorções cognitivas, capazes de induzir o julgador a erro”⁵⁷⁴ – sobretudo,

⁵⁶⁹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, São Paulo, 2016, p. 141-142.

⁵⁷⁰ FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 40, n. 130, p. 223-244, jun. 2013.

⁵⁷¹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, São Paulo, 2016.

⁵⁷² NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**. Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 225.

⁵⁷³ No item anterior, demonstrou como a fase preparatória bem delineada ajudar a mitigar o efeito dos vieses cognitivos.

⁵⁷⁴ NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da**

porque, não havendo a discussão entre as partes sobre os pontos relevantes para o processo, o magistrado fica mais suscetível a proferir decisões que se afastem dos parâmetros exigíveis para a resolução processual. A partir disso, Nunes, Lud e Pedron⁵⁷⁵ alegam que:

A ligação entre o contraditório de influência e a fundamentação racional das decisões é o ponto central para a presente hipótese de debiasing [desenviesamento]. Estando adstrito à decisão participada de saneamento e organização do processo, o juiz que decidir fora do âmbito probatório e argumentativo (racional) dos autos, no caso, com base em enviesamentos cognitivos, estará proferindo decisão nula e induzindo um retrabalho, dada a possibilidade de que o caso volte a julgamento por ocasião da procedência de recurso em que se reconheça a nulidade da decisão.

Os autores também apontam ainda soluções relacionadas ao “debiasing corretivo”, que se relacionam com os efeitos da colegialidade sobre os processos judiciais. Isso porque, ainda que a fase preparatória seja bem formulada, “[...] algumas decorrências de elementos externos do processo possivelmente continuarão exercendo repercussões decisórias”⁵⁷⁶.

Nunes, Lud e Pedron⁵⁷⁷ destacam que a alta incidência de recursos no contexto processual brasileiro pode fazer com que até mesmo as decisões livres de enviesamento sejam objeto de revisão por outras instâncias – e deve-se ressaltar que os juízes que atuam na fase recursal estão sujeitos aos mesmos desvios cognitivos que os magistrados de primeira instância e a mais alguns relacionados ao ambiente colegiado. Nesse contexto, Nunes, Lud e Pedron⁵⁷⁸ afirmam:

Inobstante o próprio princípio da colegialidade – ao menos a priori – ser responsável por um incremento dos níveis de debate, reduzindo a possibilidade de influência dos vieses de cognição e da representatividade da subjetividade do julgador de primeiro grau, é importante considerar que existem vieses próprios da atividade recursal em órgãos colegiados, como é o caso do viés de aversão à perda, que propicia uma tendência de diminuição dos índices de dissenso interpretativo entre os julgadores de um colégio em face de circunstâncias sociais de imagem e reputação, e políticas (julgamento estratégico) [...].

imparcialidade dos sujeitos processuais. Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 232-233.

⁵⁷⁵ NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais.** Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 233.

⁵⁷⁶ NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais.** Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 244.

⁵⁷⁷ NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais.** Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 244.

⁵⁷⁸ NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais.** Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 246.

A sobrecarga do Judiciário brasileiro, sobretudo, em decorrência dos altos índices de litigiosidade, tem causado graves prejuízos à colegialidade – o que, de acordo com Nunes, Lud e Pedron⁵⁷⁹, ocorre em razão do excesso de trabalho dos magistrados a ser cumprido em curto espaço de tempo. Destacam, ainda, que a sistemática adotada pelo CPC/15, por vezes, não impõe a necessidade de diálogo em níveis colegiados, comprometendo gravemente a participação, ao depositar a condução e o julgamento do recurso nas mãos dos relatores. Sendo assim, a colegialidade exercida em contexto processual democrático deve levar em consideração o diálogo entre os sujeitos processuais, exercendo função corretiva no desvios do raciocínio jurisdicional⁵⁸⁰.

Diante disso, pode-se afirmar que o contraditório substancial tem ampla relevância em graus recursais – demandando, com isso, mudanças significativas no funcionamento dos tribunais brasileiros. Isso porque as instâncias superiores frequentemente repetem em seus julgamentos enunciados de súmulas e ementas de julgamentos anteriores, desconsiderando as especificidades dos contextos em que foram proferidos⁵⁸¹.

Com isso, decisões jurisprudenciais frequentemente são mencionadas em julgamentos de recursos, “[...] como se fossem normas gerais e abstratas que se desligariam, como a lei, de seus fundamentos originalistas (quando os julgados precisam ser aplicados em consonância com os limites argumentativos do caso analisado)”⁵⁸² Essa prática é responsável pelo crescimento de uma “pseudocolegialidade” – ou seja, por decisões que deveriam ser proferidas a partir de discussões de órgãos colegiados, mas que, em razão do grande número de processos em grau recursal, são decididas de forma monocrática pelo relator, sem que haja pacificação do entendimento sobre o assunto, ou sem que haja sequer a devida discussão entre os julgadores, que apenas “concordam” com a decisão manifestada pelo relator⁵⁸³.

Entretanto, é comum que os próprios julgadores tenham proferido decisões absolutamente contrárias às que manifestaram concordância com o relator. E, antes mesmo de se questionar se os tribunais têm mantido uma linha coerente em seus julgamentos, deve-se

⁵⁷⁹ NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**. Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 255.

⁵⁸⁰ NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**. Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 256.

⁵⁸¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 203.

⁵⁸² THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 204.

⁵⁸³ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 204.

questionar se os próprios juízes têm apresentado decisões coerentes, “[...] uma vez que se torna cada vez mais recorrente que encontremos, em curto espaço de tempo, decisões de um mesmo juiz com posicionamentos claramente opostos sobre casos idênticos, sem que ocorra qualquer motivação ou peculiaridade que os distinga”⁵⁸⁴.

Com a intenção de garantir a estabilidade das decisões colegiadas, e partindo da ideia do contraditório como influência e não surpresa, o CPC/15 passou a prever técnicas de distinção e superação de precedentes⁵⁸⁵. Com isso, permite-se que as partes participem democraticamente do processo, mesmo que em grau recursal, fazendo com que os julgadores se afastem legitimamente de precedentes jurisprudenciais, nos casos em que isso for necessário para a individualização das circunstâncias levadas à análise judicial⁵⁸⁶.

Theodoro Júnior, Nunes e Bahia sugerem que a implementação de turmas de uniformização de jurisprudência e de pesquisas temáticas de precedentes poderiam auxiliar os tribunais a controlarem seus padrões decisórios, evitando a insegurança jurídica decorrente da instabilidade dos julgamentos⁵⁸⁷. Nesse contexto, atestam que:

[...] O “tradicional” modo de julgamento promovido pelos Ministros (e desembargadores), que, de modo unipessoal, com suas assessorias e sem diálogo e contraditório pleno entre eles e com os advogados, proferem seus votos partindo de premissas próprias e construindo fundamentações completamente díspares, não atende a esse novo momento que o Brasil passa a vivenciar.

O contraditório, nesses termos, impõe em cada decisão a necessidade de o julgador enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar sua conclusão. Perceba-se que caso as decisões procedam a uma análise seletiva de argumentos, enfrentando somente parte dos argumentos apresentados, com potencialidade de repercussão no resultado, haverá prejuízo na abordagem e formação dos precedentes (padrões decisórios); até mesmo com evidente prejuízo para a aplicação futura em potenciais casos idênticos.⁵⁸⁸

A partir disso, é imprescindível que os julgamentos efetivados por órgãos colegiados levem em consideração o contraditório substancial e a participação de todos os sujeitos processuais, para que possam proferir decisões efetivamente desviesadas, transformando a colegialidade em recurso importante para a correção de desvios cognitivos no raciocínio

⁵⁸⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 205.

⁵⁸⁵ Para um estudo sobre precedentes, cf. NUNES, Dierle José Coelho; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

⁵⁸⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 207.

⁵⁸⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 207-208.

⁵⁸⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 208.

jurisdicional. Para isso, conforme defendem, Nunes, Lud e Pedron⁵⁸⁹, é preciso haver “[...] um incremento nos níveis de deliberação entre os julgadores, auxiliados pela atuação ativa das partes no sentido de ser realizada verdadeira individualização de casos, oportunizando-se um diálogo genuíno, permitindo, inclusive, que haja influência com relação à decisão”.

Ademais, o debate entre os julgadores deve ser realizado de forma adequada, com a livre manifestação do entendimento de cada um – principalmente, para que haja a manifestação de controvérsias que, em contexto dialógico, tenham a capacidade de corrigir erros perpetuados pela ausência de visões dissidentes⁵⁹⁰. Sendo assim, é relevante que ao menos um dos julgadores manifeste entendimento divergente em relação aos demais, evitando-se, por exemplo, a incidência de vieses de grupo, de confirmação, de status quo ou de aversão à perda.

Nesse contexto, Nunes, Lud e Pedron⁵⁹¹ mencionam a regra prevista pelo art. 942 do CPC/15⁵⁹², na qual se pretende ampliar o debate colegiado em casos de decisões não unânimes, a partir da formação de novo grupo de julgadores, que deverão, não apenas discutir entre si as circunstâncias do caso em julgamento, mas também ouvir as partes processuais, a fim de que seus argumentos possam efetivamente influenciar o processo decisório. De acordo com os autores, “trata-se de mecanismo contrafático alinhado com a teoria normativa da participação, que induz o melhor debate no intuito de se obter um resultado mais acurado e responsável”⁵⁹³.

A colegialidade, para que possa assumir papel corretivo do enviesamento decisório, deve modificar as práticas vigentes nos tribunais brasileiros, de forma que assegure a participação dos sujeitos processuais e promova o efetivo debate entre os julgadores designados – o que exige também uma mudança na postura individual dos magistrados, que deverão construir hipóteses individuais, antes de se submeterem ao debate, assegurando a

⁵⁸⁹ NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**. Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 259.

⁵⁹⁰ NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**. Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 259.

⁵⁹¹ NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**. Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 261.

⁵⁹² Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores. (BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília; DF: Presidência da República, [2017]).

⁵⁹³ NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**. Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 262.

divergência de argumentos e entendimentos sobre os fatos e alegações de fatos⁵⁹⁴.

Nota-se, portanto, que a adoção de um processo efetivamente democrático e participativo, que aplique o contraditório a partir da perspectiva de influência e não surpresa, é indispensável para o desenvolvimento das decisões judiciais. Sendo a fase de valoração probatória de grande importância para a formação da decisão jurisdicional, imperioso analisar especificamente os métodos possíveis para o desenvolvimento cognitivo dos juízes nesse momento processual, o que se pretende na sequência.

4.2.2 O desenvolvimento do raciocínio judicial na valoração probatória

Antes de se passarem, as conclusões da presente pesquisa, importa, a título de excursão final, aglutinar algumas sugestões que foram dadas no decorrer do trabalho e condensá-las no tocante à atividade de valoração probatória, como forma de redução dos viesamentos para um processo civil imparcial. O conhecimento interdisciplinar busca na Psicologia Cognitiva entender os processos internos da mente, situações, atitudes e comportamentos que orientam a tomada de decisão, demonstrando que os seres humanos estão sujeitos a desvios cognitivos involuntários.

Em uma perspectiva constitucional, dada a sua enorme relevância, a valoração das provas exige que o provimento seja formado de forma participada, o que se apresenta como uma importante ferramenta para se controlar os viesamentos decisórios. Exige-se que o juiz leve em consideração todas as provas produzidas, não podendo deixar de analisar quaisquer fatos ou alegações de fatos, mencionando, em sua fundamentação, os motivos que o levaram a valorar negativamente ou a desconsiderar determinada prova.

O indeferimento de provas em juízo prévio somente deve ocorrer em caso de requerimento probatório que implique na produção de provas que não estejam correlacionadas com os pontos controvertidos, ou, caso o fato já tenha sido admitido (art. 374, II, CPC/15⁵⁹⁵) ou fartamente demonstrado, mediante outro meio de prova⁵⁹⁶.

⁵⁹⁴ NUNES, Dierle Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**. Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 266.

⁵⁹⁵ Art. 374. Não dependem de prova os fatos:

I – notórios;

II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III – admitidos no processo como incontroversos;

IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. (BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília; DF: Presidência da República, [2017]).

⁵⁹⁶ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria geral do processo**. Com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 595.

Ao se depararem com diferentes laudos periciais, sendo alguns produzidos por funcionários públicos e outros por peritos privados, os atores processuais devem estar cientes da possibilidade da incidência do viés de grupo⁵⁹⁷. Com isso, deverão empenhar-se em demonstrar a correção do método escolhido para a análise e a coerência do laudo que lhes aprouver, além de fiscalizar para que o juiz não atribua maior credibilidade ao laudo que tenha sido produzido por funcionário público, o que, por óbvio, exige decisão devidamente fundamentada, que garanta o controle processual.

Ainda tratando-se de laudos periciais, os atores processuais devem estar cientes da incidência do viés de retrospectiva, a exigir, portanto, esforço argumentativo, no sentido de ajustar o raciocínio do decisor para que a avaliação da prova parta da perspectiva do momento em que os fatos ocorreram, e não do momento em que se teve conhecimento sobre os mesmos. É necessário deixar claro nos autos as circunstâncias em que os fatos discutidos no processo aconteceram, de forma a afastar o risco de que sejam julgadas como previsíveis, situações que não o eram ao tempo do acontecido.

Dado o risco de viés de ancoragem em processos que discutem valores indenizatórios⁵⁹⁸, é necessário que os atores processuais estejam atentos para que números aleatórios apontados nos autos não sejam usados pelo decisor para balizar o montante de eventual condenação. Além disso, deve-se mencionar que os juízes frequentemente serão submetidos à necessidade de julgamentos antecipados, sobre os quais, posteriormente, deverão proferir sentença – e, embora não se desconheça a sugestão de Costa⁵⁹⁹, que impede o sentenciamento por juiz que tenha apreciado tutela sumária, não é essa, a realidade do ordenamento jurídico pátrio.

Em razão disso, os atores processuais devem se valer de um contraditório efetivo para deixar claro que a avaliação inicial foi realizada em estágio de carência probatória, de forma a forçar a reavaliação da decisão liminar, a partir dos novos argumentos construídos em contraditório, visando a afastar a incidência dos vieses de trancamento e de confirmação.

Para afastamento do viés de status quo, importa considerar que o magistrado precisa julgar o feito individualmente, analisando-se as necessidades concretas de cada caso e considerando-se as suas especificidades – atentando-se sempre aos limites impostos pela

⁵⁹⁷ ARANGUREN, Arturo Muñoz. La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano – una aproximación. **InDret: Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, n. 2, p. 1-39, abr. 2011, p. 17.

⁵⁹⁸ GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases. **Cornell Law Review**, Ithaca, NY, v. 93, n. 1, p. 1-43, 2007, p. 19.

⁵⁹⁹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, São Paulo, 2016, p. 141.

legislação pertinente. Sendo assim, os atores processuais devem atuar para que a atribuição de valores às provas pelo juiz seja feita com a observação adequada das individualidades do caso concreto, evitando-se a utilização indiscriminada de precedentes, sem a sua devida correlação com o objeto dos autos.

Não se pode deixar de reconhecer o valor da jurisprudência para a construção do Direito – no entanto, também não se pode esquecer que os julgamentos são produzidos a partir de circunstâncias particulares, que devem sempre ser levadas em consideração para a reprodução desse padrão decisório. Da mesma forma, a repetição de decisões inadequadas não deve persistir, se a legislação e as circunstâncias concretas caminharem em sentido contrário.

Necessária, muita cautela, na colheita e valoração da prova testemunhal e depoimento pessoal, pois é muito comum que esse ato seja contaminado pelo viés de representatividade⁶⁰⁰. Na colheita da prova oral, é possível que o juiz possa se ater a sinais indicativos de comunicação não verbal, os quais podem induzir a erros graves de compreensão da narrativa.

Não se pode deixar de mencionar, ainda, os riscos inerentes à produção probatória de ofício pelos juízes – afinal, a atuação ativa na busca das provas pelo sujeito que deverá valorá-las apresenta-se propícia aos vieses de confirmação, de aversão à perda, de status quo e de trancamento⁶⁰¹. Como as provas, em uma perspectiva constitucional, destinam-se ao debate e convencimento de todos os sujeitos do processo, o juiz somente deve “determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito” (art. 370, CPC/15) por meio de uma decisão que “tenha dado às partes oportunidade de se manifestar” (art. 10, CPC/15)⁶⁰².

Destaca-se, também, a relevância que a adequada fundamentação das decisões judiciais possui na concepção de valoração da prova do CPC/2015, assegurando o controle processual dos atos decisórios por terceiros, mediante o processo constitucional, de forma que, em vez de “livre apreciação”, tem-se “livre apreciação dos argumentos probatórios pelo debate processual” de modo interdependente⁶⁰³ entre os atores processuais.

⁶⁰⁰ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, São Paulo, 2016, p. 102.

⁶⁰¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC**: fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 141.

⁶⁰² Costa discorre sobre a problemática da atuação oficiosa dos juízes, mencionando que não pode ser necessariamente ligada à ideia de privilégio de uma das partes – uma vez que, ao sair em busca de determinada prova, o magistrado não sabe a quem poderá beneficiar ou prejudicar –, mas ressalta que o ato é possivelmente enviesante – afinal, de acordo com o autor, “[...] a investigação unilateral por parte do julgador poderia condicioná-lo psicologicamente a acreditar no direito que tenha sido objeto de sua própria investigação” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, São Paulo, 2016, p. 123-127).

⁶⁰³ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria geral do processo**. Com comentários

5 CONCLUSÃO

Diante das reflexões abordadas e, sem a pretensão de se esgotar proposições definitivas, pode-se apresentar as seguintes considerações:

1- O estudo interdisciplinar da Psicologia Comportamental Cognitiva com o Direito permite maior compreensão da norma jurídica e de seus impactos na processualidade democrática, além de fornecer subsídios para orientar os atores processuais na tomada de decisões desviesadas.

2- Entre os estudos que se dedicam a compreensão dos processos cognitivos humanos, destaca-se o que promove a diferenciação entre os dois sistemas de pensamentos (Sistema 1 e Sistema 2), onde o primeiro opera automática e rapidamente, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário, enquanto o outro aloca atenção às atividades mentais laboriosas, que demandam esforço e concentração.

3- Essa divisão dual de trabalho entre o Sistema 1 e o Sistema 2 é uma forma natural do cérebro humano minimizar esforço e otimizar desempenho, e funciona bem para a maioria das atividades do dia a dia, no entanto, em tarefas complexas como as que envolvem a atividade jurisdicional, o raciocínio intuitivo e imediato pode levar o decisor a enganos significativos.

4- Para evidenciar a influência do Sistema 1 sobre o raciocínio, pesquisas empíricas comprovam que as pessoas têm dificuldade de aceitar a aleatoriedade dos eventos, buscando constantemente sistematizá-los, ainda que partindo de dados e amostragens insuficientes.

5- Os processos de simplificação mental utilizados pela mente humana de forma intuitiva no processo decisório são conhecidos como heurísticas.

6- Decorrentes das heurísticas do pensamento, os vieses cognitivos são as distorções de julgamento que ocorrem em situações particulares, levando à distorção perceptual, julgamento pouco acurado e interpretação ilógica.

7- Na heurística da representatividade um evento é considerado com tendo maior probabilidade de ocorrer quando tem um elevado grau de semelhança com as principais características da situação, isto é, quando é representativo de um tipo de situação específica, o que se torna um problema quando o juiz utiliza da sua experiência para classificar determinado caso concreto.

8- Na heurística da disponibilidade as pessoas predizem a frequência de um evento, baseando-se no quão fácil se conseguem lembrar de um exemplo. No âmbito jurisdicional, o

juiz pode supervalorizar informações obtidas em processos anteriores e que consegue acessar rapidamente em sua memória, conduzindo o novo caso a partir de premissas equivocadas.

9- A heurística da ancoragem é um atalho mental utilizado nos momentos de tomada de decisão, segundo o qual o cérebro se “ancora” em outras informações e números para julgar uma determinada situação. No processo judicial o decisor pode ser valer de informações aleatórias para dar respostas a questões concretas.

10- A mente humana, em virtude de sua capacidade limitada, não consegue lidar com a complexidade que a rodeia, de forma que, ao se ajustar para tentar superar essa limitação, a cognição é tomada por diversas imperfeições, que, por meio dos vieses de confirmação, de grupo, de aversão à perda, de status quo, de trancamento e de retrospectiva, trazem uma série de problemas para a atividade probatória, justamente por evidenciarem que o juiz pode não estar decidindo de forma imparcial.

11- Está superada a distinção entre verdade formal e verdade material/real, pois a verdade não é problema do processo. A preocupação do processo é garantir que a produção probatória se dê em estrita observância do devido processo legal, por meio do contraditório pleno entre os atores processuais, onde o resultado não seja ditado pelo juízo exclusivo e enviesado do decisor.

12- Prova são os meios procedimentais (meios de prova) através dos quais os fatos litigiosos são apresentados aos sujeitos processuais e ficam registrados nos autos (instrumentos de prova). Elas buscam reconstruir, nos autos, eventos (elementos de prova) que ocorreram no passado.

13- Nem o juiz (agente público julgador), tampouco o juízo (órgão jurisdicional do Estado), podem ser único e principal destinatário das provas. Em um modelo cooperativo, como o adotado pelo Código de Processo Civil, todos os atores processuais atuam em igualdade de condições e forças, na construção e fiscalização compartilhada do resultado final do processo, motivo pelo qual a todos os atores processuais pertencem as provas.

14- É admitido o manejo de todos os elementos para demonstrar a existência dos fatos e de seus efeitos, ou seja, para atestar a veracidade e a autenticidade das alegações, sejam aqueles citados na lei, sejam quaisquer outros, desde que relevantes para a decisão.

15- Exige-se que todos os instrumentos e formas de prova sejam passíveis de falibilidade e impugnação, de forma que os atores processuais tenham a chance de afastar e/ou mitigar os enviesamentos característicos de cada um dos tipos de provas que porventura sejam carreados aos autos.

16- A valoração da prova deve se dar a partir de uma perspectiva constitucional, na qual supõe que o provimento é formado de forma compartilhada.

17- O “modelo de controle de terceiros” em uma interpretação de acordo com a processualística processual democrática, viabiliza o controle da “liberdade” do julgador, o que implica em uma releitura da análise das provas a partir do contraditório, da publicidade e da fundamentação das decisões, assegurando a fiscalidade sobre a apreciação dos argumentos probatórios.

18- Os limites impostos e constitutivos do liberalismo e da socialização processual devem ser suplantados pelo processo constitucional democrático brasileiro, atento às garantias constitucionais discursivas, no qual as partes atuarão em conjunto com o juiz, de forma cooperativa, possibilitando a discussão dos elementos fáticos e probatórios levados à análise jurisdicional.

19- A participação ativa dos sujeitos processuais tem a intenção de fomentar, sobretudo, o efetivo debate no curso do processo, mediante a apresentação de fatos e provas que devem ser valoradas em conjunto por todos os atores processuais, como forma de contribuir para a construção de decisões imparciais e desviesadas.

20- Garantir a ampla participação das partes na construção das decisões que lhe tocam, por meio de um contraditório dinâmico e efetivo, que possibilite influência e não surpresa, contribui para afastar enviesamentos da atividade de valoração da prova.

21- A teoria normativa da comparticipação aposta na leitura do contraditório na modalidade de garantia de influência como referente constitucional do policentrismo e da comparticipação, agregando, ao mesmo tempo, o exercício da autonomia pública e privada, tornando o cidadão autor e destinatário do provimento.

22- A fase preparatória do processo realizada de forma compartilhada produz melhores resultados do que quando realizada exclusivamente pelo juiz, e deve ocorrer dentro do tempo processual adequado.

22- A valoração da prova compreende a simetria de posições entre as partes e o órgão judicante, num sistema de cooperação que é importante para a redução das heurísticas e vieses de cognição e contribui para a observância do princípio da imparcialidade.

23- Colhem-se de trabalhos acadêmicos e da doutrina diversas hipóteses de desviesamento cognitivo que podem ser aplicadas durante a fase de valoração das provas.

Por tudo que foi exposto, não se nega que o ato de decidir é humano e que, como tal, é influenciado por heurísticas e vieses cognitivos, dos quais a pessoa sequer consegue se dar conta.

O que se rejeita, isso sim, é a valoração da prova solitária, sem a participação de todos os atores processuais.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Isabella Fonseca. **A cooperação processual no código de processo civil: por uma interpretação constitucional do art. 6º a partir da teoria normativa da comparticipação.** 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Dirieto_AlvesIF_1.pdf. Acesso em: 28 jun. 2020.
- ANDRADE, Flávio da Silva. A dissonância cognitiva e seus reflexos na tomada da decisão judicial criminal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 1651-1677, set./dez. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.227>. Acesso em: 20 fev. 2020.
- ARAGÃO, Érica Alves. **A nova sistemática do agravo de instrumento no código de processo civil de 2015: uma análise a partir das garantias do processo constitucional democrático.** 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_AragaoEA_1.pdf. Acesso em: 21 fev. 2020.
- ARANGUREN, Arturo Muñoz. La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano – una aproximación. **InDret: Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, n. 2, p. 1-39, abr. 2011. Disponível em: <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/241333/323924>. Acesso em: 21 fev. 2020.
- BARON, Jonathan. Heuristics and biases. In: ZAMIR, Elyal; TEICHMAN, Doron (Org.). **The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law.** Nova Iorque: Oxford University Press, 2014. p. 3-27.
- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual.** Salvador: JusPodivm, 2013.
- BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Nulidades no processo penal: a necessidade de revisão a partir da noção de modelo constitucional de processo. **Empório do Direito**, São Paulo, 06 set. 2015. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/nulidades-no-processo-penal-a-necessidade-de-revisao-a-partir-da-nocao-de-modelo-constitucional-de-processo>. Acesso em: 11 jun. 2020.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prova e verdade no direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 maio 2020.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2020: ano-base 2019.** Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2020.

BRASIL. **Fórum Permanente de Processualista Cívil**. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília; DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 12 maio 2020.

BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2006]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 19 jun. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília; DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 24 maio 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994**. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispendo sobre serviços notariais e de registro (Lei dos cartórios). Brasília, DF: Presidência da República, [2017].

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em RESP 319.997-SC**. Processual civil - embargos de divergência - execução de título judicial - condenação em honorários advocatícios - cabimento - CPC, art. 20, §4º - incidência da súmula 168 STJ - precedentes da corte especial. Embargante: Fazenda Nacional. Embargado: Reni Antônio Schweitzer e outros. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins, 14 de agosto de 2002. Brasília, DF: STJ, [2003]. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=430689&num_registro=200101540455&data=20040202&formato=PDF. Acesso em: 17 jan. 2021.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. As reformas do Código de Processo Civil e o processo constitucional. *In*: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coords.). **Processo civil reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Elementos de teoria do processo constitucional. *In*: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, Cap. 2, p. 83-144.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Las pruebas em el Nuevo Código de Processo Civil brasileiro y procedimiento probatório. *In*: SOARES, Carlos Henrique; RAMOS, Glauco Gumerato; GRADOS, Guido Aguila; RÚA, Mônica Bustamante; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias (Orgs.). **Processo democrático y garantismo procesal**. V. 1. Belo Horizonte:

Arraes; Buenos Aires: Astrea, 2015. p. 152-163.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique (Coord.). **Técnica Processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

BORGES, Fernanda Gomes e Souza. **A prova no processo civil democrático**. Curitiba: Juruá, 2013.

CÂMARA, Alexandre. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova**. São Paulo: RT, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Tradução de Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Tradução de Lisa Pary Scarpa. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. Verdade, dúvida e certeza. Tradução de Eduardo Cambi. **Gênesis: Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, n. 9, p. 606-607, 1998.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. **Processo Constitucional**. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Pergamum, 2013.

CHAPMAN, Loren J.; CHAPMAN, Jean P. Illusory correlation as an obstacle to the use of valid psychodiagnostic signs. **Journal of Abnormal Psychology**, Washington DC, v. 74, n. 3, p. 271-280, jun. 1969. Disponível em: <https://psycnet.apa.org/doiLanding?doi=10.1037%2Fh0027592>. Acesso em: 29 dez. 2020.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6986#:~:text=Costa%2C%20Eduardo%20Jos%C3%A9%20da%20Fonseca.,direito%20processual%2C%20economia%20e%20psicologia>. Acesso em: 20 maio 2020.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: JusPodivm, 2018.

COSTA, Gustavo Recena. Livre convencimento e *standards* de prova. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Orgs.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil**: passado, presente e futuro. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 356-380. Disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2078243/mod_resource/content/0/Guilherme%20Recena%20Costa%20-%20Livro%20convencimento%20e%20standards%20de%20prova.pdf. Acesso em: 17 ago. 2020.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; WYKROTA, Leonardo Martins. **O pensamento jurídico e suas crenças**. V. 10. Belo Horizonte: Arraes, 2018. (Coleção Álvaro Ricardo de Souza Cruz)

DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. Streck, Fonseca Costa, Kahneman e Tversky: todos contra o ativismo judicial probatório de Michele Taruffo. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 41, v. 255, p. 141-166, maio 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.255.06.PDF. Acesso em: 25 maio 2020.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. V. 2. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. V. 1. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. V. 3. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoría General de la Prueba Judicial**. Tomo I. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, 1976.

ENGLISH, Birte; MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. Playing dice with criminal sentences: the influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making. **Personality and Social Psychology Bulletin**, [s.l.], v. 32, n. 2, p. 188-200, fev. 2006. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0146167205282152>. Acesso em: 22 maio 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Justiça. **A review of the FBI's handling of the Brandon Mayfield case**. 2006. Disponível em: <https://oig.justice.gov/sites/default/files/archive/special/s0601/Chapter1.pdf>. Acesso em: 03 maio 2020.

EYSENCK, Michael W.; KEANE, Mark T. **Manual de psicologia cognitiva**. Tradução de Luís Fernando Marques Dorvillé e Sandra Maria Mallmann da Rosa. 7. ed. Porto Alegre: Artmed, 2017.

FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Negócios processuais no modelo constitucional de processo**. Salvador: JusPodivm, 2016.

FARIÑA, Francisca; ARCE, Ramón; NOVO, Mercedes. Heurístico de anclaje en las

decisiones judiciales. **Psicothema**, Ovieda, v. 14, n. 1, p. 39-46, 2002. Disponível em: <http://www.psicothema.com/pdf/684.pdf>. Acesso em: 22 maio 2020.

FESTINGER, Leon. **Teoria da Dissonância Cognitiva**. Tradução de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.

FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 40, n. 130, p. 223-244, jun. 2013. Disponível em: https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11519/2/A_Hermeneutica_Juridica_e_a_ciencia_do_cerebro_como_lidar_com_os_automatismos_mentais.pdf. Acesso em: 20 maio 2020.

FREITAS, Juarez. Regulação administrativa e os principais vieses. **A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte: Fórum, ano 16, n. 63, p. 93-105, jan./mar. 2016. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/44/519>. Acesso em: 20 maio 2020.

GHEDINI NETO, Armando. **A oralidade e o viés cognitivo no processo jurisdicional democrático**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_GhediniNeto_A_1.pdf. Acesso em: 25 maio 2020.

GILBERT; Daniel T.; KRULL, Douglas S.; MALONE; Patrick S. Unbelieving the unbelievable: some problems in the rejection of false information. **Journal of Personality and Social Psychology**, Washington, DC, v. 59, n. 4, p. 601-613, out. 1990. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/232538106_Unbelieving_the_Unbelievable_Some_Problems_in_the_Rejection_of_False_Information. Acesso em: 10 maio 2020.

GIROUX, Megan E. **Perspective-taking and hindsight bias**. 2016. Dissertação (Mestrado em Artes) – Universidade Simon Fraser, Departamento de Psicologia, Burnaby, 2016. Disponível em: <http://summit.sfu.ca/item/16706>. Acesso em: 10 maio 2020.

GIUBERTI, Glenio Puziol. O diálogo entre o processo penal e o novo conceito de contraditório trazido pelo CPC/15 como tentativa de contenção de decisões penais surpresa quando da aplicação da *emendatio libelli*. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, Pernambuco, n. 11, p. 177-201, 2018. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/192/176>. Acesso em: 15 maio 2020.

GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases. **Cornell Law Review**, Ithaca, NY, v. 93, n. 1, p. 1-43, 2007. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1707&context=facpub>. Acesso em: 29 dez. 2020.

JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata Christiana Vieira; VARGAS, Cirilo Augusto. Da decisão-surpresa no processo civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 57, n. 221, p. 13-36, jan./mar. 2019. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/557845/001146490.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 01 jun. 2020.

KAHNEMAN, Daniel; FREDERICK, Shane. A model of heuristic judgment. *In*: HOLYOAK, Keith J.; MORRISON, Robert G. **The Cambridge Handbook of Thinking and Reasoning**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 267-294. Disponível em: https://www.academia.edu/25896771/The_Cambridge_Handbook_of_Thinking_and_Reasoning. Acesso em: 29 dez. 2020.

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

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Choices, values, and frames. **American Psychologist**, Washington, DC, v. 39, n. 4, p. 341-350, abr. 1984. Disponível em: <https://web.missouri.edu/~segerti/capstone/choicesvalues.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2020.

KALLAS FILHO, Elias; FONSECA, João Paulo de Oliveira. A influência da prova pericial nas decisões judiciais acerca da responsabilidade civil dos médicos. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 101-115, jul./out. 2015. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/106885/105505>. Acesso em: 13 fev. 2021.

KASSIN, Saul M.; DROR, Itiel E; KUKUCKA, Jeff. The forensic confirmation bias: problems, perspectives, and proposed solutions. **Journal of Applied Research in Memory and Cognition**, [s.l.]: Elsevier, v. 2, p. 42-52, mar. 2013. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/257741822_The_Forensic_Confirmation_Bias_Problems_Perspectives_and_Proposed_Solutions. Acesso em: 03 jun. 2020.

KUHN, Thomas Samuel. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.

LEAL, Fernando; RIBEIRO, Leandro Molhano. O direito é sempre relevante? Heurística de ancoragem e fixação de valores indenizatórios em pedidos de dano moral em juizados especiais do Rio de Janeiro. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 10, n. 35, p. 253-284, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/102/28>. Acesso em: 02 jun. 2020.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 12. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LORDELO, João Paulo. Vieses implícitos e técnicas de automação decisória: riscos e benefícios. **Revista ANNEP de Direito Processual**, [s.l.], v. 1, n. 2, art. 44, p. 136-154, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://revistaannep.com.br/index.php/radp/article/view/44/pdf>. Acesso em: 30 dez. 2020.

LUD, Natanael Santos e Silva. **Os vieses de cognição e o processo jurisdicional democrático**: um estudo sobre a mitigação de seus efeitos e o *debiasing*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2018. Disponível em:

http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SilvaNLS_1.pdf. Acesso em: 16 jul. 2020.

LYNCH, Kevin J. The Lock-in Effect of Preliminary Injunctions. **Florida Law Review**, [s.l.], v. 66, n. 2, art. 5, p. 779-821, fev. 2015. Disponível em: <https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1189&context=flr>. Acesso em: 02 jun. 2020.

MALATESTA, Nicola Framarino del. **A lógica das provas em matéria penal**. Tradução de Waleska Giroto Silverber. 3. ed. Campinas: Conan, 1995.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **O documento eletrônico como meio de prova**. São Paulo, nov. 1999. Disponível em: <https://simagestao.com.br/wp-content/uploads/2016/05/Odocumentoeletronicocomomeiodeprova.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do juiz: inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 46, n. 183, p. 141-153, jul./set. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194937/000871257.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 20 set. 2020.

MARTINS, Alisson Silva. **As Convenções Processuais no Estado Democrático de Direito**. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_AlissonSilvaMartins_8170.pdf. Acesso em: 19 jul. 2020.

MELENDO, Santiago Sentis. **La prueba**. Buenos Aires: EJE, 1978.

MENGER, Anton. **El derecho civil e los pobres**. Buenos Ayres: Atalaya, 1947.

MLODINOW, Leonard. **Subliminar**: como o inconsciente influencia nossas vidas. Tradução de Claudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

MORAES, José Diniz; TABAK, Benjamin Miranda. As heurísticas e vieses da decisão judicial: análise econômico-comportamental do direito. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 618-653, maio/ago. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/77113/73919>. Acesso em: 01 jun. 2020.

MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. O que é um modelo democrático de processo? **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 73, p. 183-206, jan./abr. 2013. Disponível em: http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1383852047.pdf. Acesso em: 23 jan. 2021.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Eficiência processual: algumas questões. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 34, n. 169, p. 116-139, mar. 2009. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/220034050_Eficiencia_processual_algumas_questoes. Acesso em: 05 jun. 2020.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC**: fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria Geral do Processo**. Com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020.

NUNES, Dierle José Coelho. **Direito Constitucional ao Recurso**: Da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e policentrismo**: horizontes para a democratização processual civil. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NunesDJ_1.pdf. Acesso em: 05 jul. 2020.

NUNES, Dierle José Coelho; LUD, Natanael Santos e Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**. Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e não surpresa. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Teoria do processo** – Panorama doutrinário mundial. V. 1. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 151-174.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Dierle José Coelho; TEIXEIRA, Ludmila Ferreira. **Acesso à Justiça Democrático**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

NUNES, Dierle José Coelho; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, Bruno Stefani Ferreira de. “Era óbvio que isso iria acontecer”: considerações sobre o viés retrospectivo. **Revista de Psicologia da UFC**, Fortaleza, v. 8, n. 2, p. 63-71, 2017. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/psicologiaufc/article/view/9278>. Acesso em: 12 jan. 2021.

OLIVEIRA, Luiz Rogério Monteiro de. **Os laudos periciais nas ações judiciais por erro médico**: uma análise crítica. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-03042013->

082111/publico/Dissertacao_2010_completa_Luiz_Rogério_Monteiro_de_Oliveira.pdf.
Acesso em: 30 jan. 2021.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

PAOLINELLI, Camilla Mattos. **O ônus da prova no processo democrático**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2014. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PaolinelliCM_1.pdf. Acesso em: 15 out. 2020.

PAOLINELLI, Camilla Mattos. **O ônus da prova no Processo Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PASSOS, Hugo Malone; DUARTE, Sidiney Ribeiro. O duplo grau de jurisdição, a colegialidade e seus vieses cognitivos. **Revista de Direito**, Viçosa, v. 12, n. 2, p. 1-25, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/10487>. Acesso em: 28 dez. 2020.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Cidadania e efetividade do processo. **Revista Síntese do Direito Civil e Direito Processual**, Porto Alegre, n. 1, doutrina, p. 30-35, set./out., 1999. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDC_01_30.pdf. Acesso em: 15 out. 2020.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Curso de Processo Civil**. Processo de conhecimento no novo CPC (Lei nº 13.105/2015 e Lei nº 13.256/2016). 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

PEDRON, Flávio Quinaud. A impossibilidade de afirmar um livre convencimento motivo para os juízes: as críticas hermenêuticas de Dworkin. **RECDHTD: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, [s.l.], v. 10, n. 2, p. 197-206, maio/ago. 2018. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2018.102.09/60746473>. Acesso em: 06 jun. 2020.

PEER, Eyal; GAMLIEL, Eyal. Heuristics and biases in judicial decisions. **Court Review: The Journal of the American Judges Association**, Lincoln, NE, v. 49, n. 2, p. 114-118, 2013. Disponível em: <https://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1428&context=ajacourtreview>. Acesso em: 15 out. 2020.

PEREIRA, Renan de Salles Poliano. **A valoração da prova: análise transdisciplinar sobre a construção da verdade no processo penal**. 2017. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/8501/1/RSP Pereira.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2020.

PLOUS, Scott. **The psychology of judgment and decision making**. Nova Iorque: McGraw-Hill, 1993.

POZZA, Pedro Luís. Sistemas de apreciação da prova. *In*: KNIJNIK, Danilo (Org.). **Prova judiciária**: estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 219-243.

RAGEL, Rui Manoel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação dos precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RODRÍGUEZ, Paola Iliana de la Rosa; NAVARRO, Víctor David Sandoval. Los sesgos cognitivos y su influjo en la decisión judicial. Aportes de la Psicología Jurídica a los procesos penales de corte acusatorio. **Revista Derecho Penal y Criminología**, Bogotá, v. 37, n. 102, p. 141-164, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://go.gale.com/ps/anonymous?id=GALE%7CA525610945&sid=googleScholar&v=2.1&it=r&linkaccess=abs&issn=01210483&p=IFME&sw=w>. Acesso em: 16 jul. 2020.

SAMUELSON, William; ZECKHAUSER, Richard. Status quo bias in decision making. **Journal of Risk and Uncertainty**, Boston, v. 1, p. 7-59, 1988. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/5152072_Status_Quo_Bias_in_Decision-Making. Acesso em: 16 jul. 2020.

SILVA, Priscilla Regina da. O conveniente uso dos precedentes nas decisões de liberdade de expressão e o viés da confirmação. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, v. 10, n. 2, p. 139-160, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/10437/6416>. Acesso em: 17 maio 2020.

SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Manual elementar de processo civil**. 2. ed. rev., atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SOUZA, Fernanda Gomes e. **A prova no processo civil democrático**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2012. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SouzaFG_1r.pdf. Acesso em: 20 set. 2020.

SPANGLER, Brian M. Heads I win, tails you lose: the psychological barriers to economically efficient civil settlement and a case for third-party mediation. **Wisconsin Law Review**, Madison: Universidade de Wisconsin-Madison, v. 2012, n. 6, p. 1435-1465, dez. 2012. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/286729519_Heads_i_win_tails_you_lose_The_psychological_barriers_to_economically_efficient_civil_settlement_and_a_case_for_third-party_mediation. Acesso em: 04 jun. 2020.

STANOVICH, Keith E.; WEST, Richard F. Individual differences in reasoning: implications for the rationality debate? **Behavioral and Brain Sciences**, Cambridge: Cambridge University Press, v. 23, n. 5, p. 645-726, 2000. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/12031890_Individual_Differences_in_Reasoning_Implications_for_the_Rationality_Debate. Acesso em: 04 jun. 2020.

STERNLIGHT, Jean R.; ROBBENNOLT, Jennifer. Good lawyers should be good psychologists: insights for interviewing and counseling clients. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, Columbus: Universidade Estadual de Ohio, v. 23, n. 3, p. 437-548, 2008. Disponível em:

<https://scholars.law.unlv.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1265&context=facpub>. Acesso em: 03 jun. 2020.

STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; BARBA, Rafael Giorgio Dalla; LOPES, Ziel Ferreira. Aposta na bondade – cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição. **Revista Consultor Jurídico**, 23 dez. 2014. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>. Acesso em: 23 jan. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. O problema do livre convencimento e do protagonismo judicial nos códigos brasileiros: a vitória do positivismo jurídico. *In*: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Coords.). **Reforma do processo civil – perspectivas constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. Parte I, p. 55-74.

TABAK, Benjamin Miranda; AGUIAR, Julio Cesar; NARDI, Ricardo Perin. O viés confirmatório no argumento probatório e sua análise através da inferência para melhor explicação: o afastamento do decisionismo no processo penal. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 70, p. 177-196, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1864>. Acesso em: 03 jun. 2020.

TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 91, ano 23, p. 92-114, jul./set. 1998. Disponível em: https://www.google.com/search?q=TALAMINI%2C+Eduardo.+Prova+emprestada+no+processo+civil+e+penal.+Revista+de+Processo%2C+S%C3%A3o+Paulo%3A+Revista+dos+Tribunais%2C+n.+91%2C+ano+23&rlz=1C1CHBD_pt-PTBR856BR856&oq=TALAMINI%2C+Eduardo.+Prova+emprestada+no+processo+civil+e+penal.+Revista+de+Processo%2C+S%C3%A3o+Paulo%3A+Revista+dos+Tribunais%2C+n.+91%2C+ano+23&aqs=chrome..69i57.790j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8. Acesso em: 30 out. 2020.

TALEB, Nassim Nicholas. **A lógica do Cisne Negro: o impacto do altamente improvável**. Tradução de Marcelo Schild. 10. ed. Rio de Janeiro: Best Business, 2016.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TEICHMAN, Doron. The hindsight bias and the law in hindsight. *In*: ZAMIR, Elyal; TEICHMAN, Doron (Org.). **The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2014. p. 354-373.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 1. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. V. 1. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THIBAU, Vinícius Lott. **Presunção e prova no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TROLLER, Alois. **Os fundamentos do formalismo processual civil**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2009.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Belief in the law of small numbers. **Psychological Bulletin**, [s.l.], v. 76, n. 2, p. 105-110, 1971. Disponível em: <http://stats.org.uk/statistical-inference/TverskyKahneman1971.pdf>. Acesso em: 29 maio 2020.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Extensional Versus Intuitive Reasoning: The Conjunction Fallacy in Probability Judgment. **Psychological Review**, Cambridge, v. 90, n. 4, p. 293-315, out. 1983. Disponível em: <https://doi.org/10.1037/0033-295X.90.4.293>. Acesso em: 29 maio 2020.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science**, [s.l.], v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974. Disponível em: <https://www2.psych.ubc.ca/~schaller/Psyc590Readings/TverskyKahneman1974.pdf>. Acesso em: 27 maio 2020.

VIOLIN, Jordão. Onde está a segurança jurídica? Colegialidade, polarização de grupo e integridade nos tribunais. **Revista dos Tribunais online**, [s.l.]: Thompson Reuters, v. 268, p. 407-433, jun. 2017. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/54121566/RTDoc_17-5-25_4_39_PM.pdf?1502488033=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DONDE_ESTA_A_SEGURANCA_JURIDICA_COLEGIALI.pdf&Expires=1613150603&Signature=UvDtJsZVw0cuUtR6zxRsmDvr4tta7y5LF1ZDUN6~KV5BePinNGDLNeR8I~s3qF2igCqztsEHLS1GL-oQI-6X7dKkhaW0OIdrTtumw~zDz-04ZBrEdeR44YfpFHCCTERS~3UI6XcG094I5L7AasWbFk3w2X3XMI341acjt~OTehBH1ziLG8f5ytulVxjBsPCc6OJMR19SblsPTyVQKIpa9iRaLMKeuXfGz97UfDATSivkxqoM0P15jcT7OmVZBdi4mgILrKw5674yamTr6feYLNtxcVvFIA74OZuZiyHomG8uhWaJP4E2RypKKIomTiI2zTERpd7pKzgg-LbZJ8V-Zg_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 14 jun. 2020.

WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba** (investigación del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial). Tradução de Tomás Banzhaf. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1985.

WERNECK, Isadora Tófani Gonçalves Machado. **Vieses cognitivos e tomada de decisão:**

uma análise multidisciplinar do debiasing da decisão judicial. 2019. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2019.

WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. **Vieses da Justiça**. Como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. Florianópolis: JusPodivm, 2018.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do Estado Democrático Constitucional. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, 2005. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4525/000502097.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2020.

ZUSSMAN, Asaf; SHAYO, Moses. Judicial ingroup bias in the shadow of terrorism. **The Quarterly Journal of Economics**, Oxford: Oxford University Press, v. 126, n. 3, p. 1447-1484, ago. 2011. Disponível em: <https://ideas.repec.org/a/oup/qjecon/v126y2011i3p1447-1484.html>. Acesso em: 08 maio 2020.