

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

Natanael Lud Santos e Silva

**OS VIESES DE COGNIÇÃO E O PROCESSO JURISDICIONAL DEMOCRÁTICO:
Um estudo sobre a mitigação de seus efeitos e o *debiasing***

Belo Horizonte
2018

Natanael Lud Santos e Silva

**OS VIESES DE COGNIÇÃO E O PROCESSO JURISDICIONAL DEMOCRÁTICO:
Um estudo sobre a mitigação de seus efeitos e o *debiasing***

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

Orientador: Dierle José Coelho Nunes

Área de concentração: Direito Processual

Belo Horizonte

2018

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S586v Silva, Natanael Lud Santos e
Os vieses de cognição e o processo jurisdicional democrático: um estudo sobre a mitigação de seus efeitos e o *debiasing* / Natanael Lud Santos e Silva. Belo Horizonte, 2018.
137 f.: il.

Orientador: Dierle José Coelho Nunes
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Direito processual - Legislação - Brasil. 2. Oralidade (Direito). 3. Constituição - Direitos fundamentais. 4. Responsabilidade civil. 5. Audiência preliminar. I. Nunes, Dierle José Coelho. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 342.7

Ficha catalográfica elaborada por Fernanda Paim Brito– CRB 6/2999

Natanael Lud Santos e Silva

**OS VIESES DE COGNIÇÃO E O PROCESSO JURISDICIONAL DEMOCRÁTICO:
Um estudo sobre a mitigação de seus efeitos e o *debiasing***

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

Área de concentração: Direito Processual

Prof. Dr. Dierle José Coelho Nunes – PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. Renato César Cardoso – UFMG (Banca Examinadora)

Prof. Dra. Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes – PUC Minas (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 07 de março de 2018

À minha família e amigos, pelo incentivo, e em especial aos meus pais e à Renata, que acreditam em meu sucesso e representam uma fonte inesgotável de paciência, amor, carinho e dedicação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente aos meus pais, Mauricio e Maria José, por terem me proporcionado, desde sempre, um ambiente de carinho, amor, afeto, respeito e fomento cultural, além de terem me ensinado as noções primordiais de ética e justiça social. Agradeço, com o mesmo vigor, à Renata, minha companheira de todos os momentos, por todo o amor, companheirismo, carinho, respeito e incentivo, além da paciência necessária para encarar minha ausência e preocupações ao longo da jornada para a obtenção do título de Mestre em Direito. Você é o grande motivo por trás da minha luta para ser sempre alguém melhor. Agradeço também aos meus familiares, em especial às minhas avós Letícia e Helena, matriarcas perfeitas, guerreiras incansáveis, responsáveis pela criação de filhos e netos de caráter. Agradeço aos amigos do CRON Advocacia, em especial aos professores e amigos Walsir Rodrigues, Heitor de Oliveira, Moisés Mileib e Marcelo Camara por acreditarem em meu sucesso, concederem oportunidades e investirem em minha carreira. Agradeço ainda ao Pedro Alexandre, à Letícia Chamon, à Laura Freitas, à Silvia Márcia, ao Lucas Cury e ao João Pedro, pela amizade e por segurarem a barra quando a situação aperta. Agradeço aos amigos de colégio, de faculdade e da vida, em especial ao João Fantoni, ao Igor Gade, ao Pedro Vidal, ao Eduardo Marinho, ao Filipe Rocha, ao Luiz Scalabrini, ao Théo Péres, ao Victor Augusto, ao Murilo Belo, ao Pedro Tito, ao Felipe Vêras, ao Arthur Costa, ao Ciro Starling, ao Bruno Bubani ao Gustavo Andrade, ao Eduardo Lopes, ao Caio Rezende, à Marina Menecucci, ao Thiago Ramos, à Daniela Diniz, à Mariana Viotti, ao Felipe Gulhelmelli, ao Hércules Guerra, ao Paulo Henrique Tolentino, ao Eduardo Suski, ao Marcelo Canaan, ao Christiano Notini, ao Marcelo Romanelli, ao Fernando Costa, ao Leandro Borja, ao Fábio Arantes, ao Luiz Philippe, ao Sérgio Quintão, ao José Caputo e ao Roney Nascimento por serem sempre um repositório de boas energias e fundamental amizade. Agradeço à família Lourenço Pereira, em especial à Cláudia Lourenço, à Fernanda Lourenço e à Marilena Lourenço, pelo apoio, amor e acolhida. Agradeço à FAPEMIG, pelo fomento estudantil, sem o qual não seria possível levar a cabo a presente pesquisa. Agradeço aos amigos realizados no PPGD, em especial ao Lucas Theodoro, ao Aurélio Viana, ao Alexandre Rocha, ao Alexandre Varela, ao Luiz Gustavo Mundim, à Érica Aragão, ao Allan Milagres, ao Márcio Melo Franco, ao Alisson Martins, à Lorena Ribeiro, ao Hugo Malone, à Jéssica Chaves e à Gisele

Couy, pelo compartilhamento de leituras, dramas e alegrias ao longo destes dois anos. Agradeço aos professores do PPGD, de modo geral, pelas contribuições acadêmicas e pessoais. Agradeço, por fim, ao professor e amigo Dierle Nunes, orientador da pesquisa, destacado pensador do direito processual contemporâneo e excepcional figura humana, sem o qual o presente trabalho seria inviabilizado.

RESUMO

O presente estudo tem como objeto a análise e entendimento dos vieses de cognição e sua relação com o que se entende por Processo Democrático. Os objetivos do presente trabalho foram analisar o que são os vieses de cognição; demonstrar como os vieses de cognição – especificamente os mais relacionados à área jurídica: viés de confirmação, viés de trancamento, viés de retrospectiva, viés de ancoragem e ajustamento, viés de *status quo* e viés de aversão à perda - afetam a atividade jurisdicional; e analisar em que medida os institutos jurídicos do saneamento e organização compartilhada do processo e o princípio da colegialidade recursal, lidos a partir da teoria normativa da comparticipação, são capazes de mitigar a influência dos vieses de cognição sobre a atividade jurisdicional. Os pressupostos teóricos utilizados para implementação da presente pesquisa foram o Processo Constitucional, lido em uma perspectiva associada à processualidade democrática; e a teoria normativa da comparticipação. Ao final, concluiu-se que o correto dimensionamento da fase preparatória, por meio do saneamento e organização do processo, bem como da colegialidade recursal, são capazes de mitigar a influência dos vieses de cognição sobre a atividade jurisdicional. Inobstante, é relevante perceber que os advogados devem exercer uma atuação incisiva, individualizando casos e comparecendo ao Juízo para reiterar pontos importantes, de forma oral, com o fim de promover o necessário desenviesamento, em prol de decisões que atendam aos pressupostos da processualidade democrática.

Palavras-chave: Vieses de cognição. Direito Processual. Teoria normativa da comparticipação. Contraditório. Saneamento e organização. Fase preparatória. Colegialidade. Oralidade.

ABSTRACT

The present study aims to analyze and understand the cognitive biases and its relation to what is meant by the Democratic Procedure. The objectives of the present study were to analyze what are the cognitive biases; to demonstrate how cognitive biases - specifically those related to the legal area: confirmation bias, lock-in effect, hindsight bias, anchoring and adjustment bias, status quo bias and loss aversion bias - affect the jurisdictional activity; and analyze in what extent the legal institutes of the preparatory phase, through shared organization of the process; and the principle of recursal collegiality, read from the normative theory of the co-participation, are able to mitigate the influence of the cognitive biases on the jurisdictional activity. The theoretical assumptions used to implement this research were the Constitutional Process, read in a perspective associated with democratic processuality, and the normative theory of co-participation. In the end, it was concluded that the correct interpretation of the preparatory phase, through the organization of the process, as well as of the recursional collegiality, are able to mitigate the influence of the cognitive biases on the jurisdictional activity. In spite of this, it is relevant to note that lawyers must exercise an incisive action, individualizing cases and attending court to reiterate important points, orally, in order to promote the necessary debiasing, in order to attempt the assumptions of the democratic process.

Keywords: Cognitive biases. Civil Procedure. Normative theory of co-participation. Contradictory. Preparatory phase. Organization. Collegiality. Orality.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	21
2 PSICOLOGIA COMPORTAMENTAL COGNITIVA, HEURÍSTICAS, VIESES DE COGNIÇÃO E FORMAS DE TOMADA DE DECISÃO – UMA INTERFACE DA NEUROCIÊNCIA COM O DIREITO	23
2.1 A psicologia comportamental cognitiva.....	25
2.2 Neurociência e psicologia cognitiva - heurísticas e vieses.....	26
2.2.1 As heurísticas do pensamento	28
2.2.2 As duas formas de pensar e os vieses de cognição (<i>cognitive biases</i>).....	34
3 OS VIESES DE COGNIÇÃO E A ATIVIDADE JURISDICIONAL: O PROBLEMA DA INTERFERÊNCIA COGNITIVA NA DIMENSÃO DA PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA	40
3.1 O viés de confirmação (<i>confirmation bias</i>)	44
3.2 O viés de trancamento (<i>lock-in effect</i>).....	50
3.3 O viés de retrospectiva (<i>hindsight bias</i>)	55
3.4 Viés de ancoragem e ajustamento (<i>anchoring and adjustment bias</i>).....	57
3.5 Viés de <i>status quo</i>	63
3.6 O viés de aversão à perda	66
4 MODELO DEMOCRÁTICO DE PROCESSO: PROCESSO CONSTITUCIONAL, IMPARCIALIDADE E TEORIA NORMATIVA DA COMPARTICIPAÇÃO – PRESSUPOSTOS TEÓRICOS PARA AS PROPOSTAS DE MITIGAÇÃO DOS VIESES DE COGNIÇÃO.....	71
4.1 O processo constitucional e o Estado Democrático de Direito	73
4.2 A garantia de imparcialidade como fundamento da jurisdição.....	80
4.3 O contraditório como garantia de influência e não surpresa – a perspectiva participativa de dialogicidade discursiva	85
5 HIPÓTESE DE <i>DEBIASING</i> A PARTIR DA TEORIA NORMATIVA DA COMPARTICIPAÇÃO E DO PRINCÍPIO DA ORALIDADE: LEITURA E APLICAÇÃO ADEQUADAS DA FASE DE SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO E DA COLEGIALIDADE RECURSAL.....	93
5.1 Da fase preparatória - saneamento e organização do processo. <i>Debiasing</i> preventivo	98
5.2 Dos princípios da colegialidade e oralidade na leitura participativa. <i>Debiasing</i> corretivo.....	109

5.2.1 Os recursos, o duplo grau de jurisdição e o princípio da colegialidade.....	110
5.2.2 A colegialidade e a oralidade como possibilidades discursivas de debiasing: valorização do dissenso interpretativo.....	117
6 CONCLUSÃO	127
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	129

1 INTRODUÇÃO

Os vieses de cognição são fenômenos da (ir)racionalidade humana, estudados pelos psicólogos cognitivos e comportamentais, e representam os desvios cognitivos decorrentes de equívocos em simplificações (heurísticas) realizadas pela mente humana diante de questões que necessitariam de um raciocínio complexo para serem respondidas¹. Tais simplificações (heurísticas do pensamento) são um atalho cognitivo de que se vale a mente para facilitar uma série de atividades do dia-a-dia, inclusive no tocante à tomada de decisão².

Nesse sentido, é possível afirmar que as heurísticas sejam mesmo automatismos inconscientes (sistema 1: rápido e instintivo) decorrentes da base de experiências e conhecimentos acumulados ao longo da vida, que permitem que as pessoas amarrem seus sapatos, dirijam seus veículos, bebam um copo d'água ou realizem uma caminhada sem despender grande esforço mental em torno de tais atividades.

Entretanto, há situações, sobretudo as que envolvem um raciocínio mais complexo (sistema 2: lento, deliberativo e oneroso), em que as heurísticas do pensamento (automatismos mentais) podem gerar distorções cognitivas (vieses), levando a resultados sub-ótimos. São inúmeros os vieses de cognição identificados e catalogados pela doutrina³.

Inobstante, ao presente estudo interessam principalmente os vieses de cognição observáveis na atividade jurisdicional, que, quando presentes, geram erros sistemáticos de tomada de decisão, levando a pronunciamentos judiciais maculados pela subjetividade (impressões, preconceções, preconceitos) do julgador ou pela análise viciada da argumentação jurídica e dos elementos de prova (por força dos vieses de confirmação, trancamento, *status quo*, ancoragem e ajustamento, ou aversão à perda), potencializados por um comportamento solipsista dos magistrados, ao passo que, de acordo com a teoria normativa da participação e da perspectiva processual democrática, o processo deve servir como garantidor de direitos fundamentais por meio, destacadamente, dos direitos ao contraditório – em

¹ CLEMENTS, Cory S. *Perception and Persuasion in Legal Argumentation: Using Informal Fallacies and Cognitive Biases to Win the War of Words*. Brigham, 2013, p. 334.

² KAHNEMAN, Daniel, *Rápido e devagar – Duas formas de pensar*. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 127.

³ Ver, exemplificativamente, a Tabela 1 à frente.

uma leitura de influência e não surpresa - e à fundamentação racional das decisões, em prol da construção participada (democrática) – e portanto legítima - de pronunciamentos decisórios⁴.

Nesse sentido, buscou-se demonstrar, por meio do presente estudo, que o correto delineamento de alguns institutos processuais, à luz da nova ordem processual democrática, é capaz de, ao menos, mitigar os efeitos dos vieses de cognição com base, sobretudo, na quebra do solipsismo decisório a partir de uma leitura forte da teoria normativa da comparticipação.

Nesse desiderato, no segundo capítulo, buscou-se delinear um breve histórico da psicologia comportamental cognitiva, explicitando-se as bases da teoria das duas formas de pensar, de Daniel Kahneman e Amos Tversky, que serve de fundamento para a compreensão e entendimento do que sejam as heurísticas do pensamento e os vieses de cognição.

No terceiro capítulo, apresentou-se um estudo mais detalhado acerca dos vieses de cognição mais importantes no tocante à atividade jurisdicional, quais sejam, os vieses de confirmação (*confirmation bias*), trancamento (*lock-in effect*), retrospectiva (*hindsight bias*), ancoragem e ajustamento (*anchoring and adjustment bias*), *status quo* e o viés de aversão à perda.

No quarto capítulo, preocupou-se em apresentar as premissas teóricas relativas ao modelo democrático de processo, ao princípio-garantia da imparcialidade e à teoria normativa da comparticipação (dialogicidade discursiva).

Tais premissas serviram de base para a apresentação, no quinto capítulo, das hipóteses de desenviesamento cognitivo (*debiasing*), formuladas a partir de uma leitura e aplicação adequadas da fase preparatória – por meio do saneamento e organização do processo, em uma hipótese de *debiasing* preventivo – e dos princípios da colegialidade e da oralidade – em uma hipótese de *debiasing* corretivo.

⁴ THEODORO JR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre G. M. F. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p 120-121.

2 PSICOLOGIA COMPORTAMENTAL COGNITIVA, HEURÍSTICAS, VIESES DE COGNIÇÃO E FORMAS DE TOMADA DE DECISÃO – UMA INTERFACE DA NEUROCIÊNCIA COM O DIREITO

Muito embora a presente pesquisa esteja situada predominantemente na área do Direito Processual, no intuito de entender o que são e como funcionam os vieses de cognição, objeto do problema que ora se apresenta, faz-se necessária uma breve digressão acerca de noções incipientes de psicologia, psicologia comportamental cognitiva, heurísticas, vieses de cognição e as formas de tomada de decisão.

Tais noções auxiliarão no entendimento do problema que ora se trata, qual seja, os efeitos deletérios dos vieses de cognição sobre o processo jurisdicional. Isso porque o processo deve ser entendido como uma estrutura procedimental de atos concatenados, orientados precipuamente pelo direito ao contraditório de influência, garantindo-se o melhor debate entre as partes do processo, para que a função jurisdicional seja exercida por meio de decisões jurídicas válidas, que não levem em consideração a subjetividade do julgador – e aí encontra-se o problema dos vieses de cognição -, mas tão somente a objetividade das questões debatidas, face ao ordenamento jurídico.

A psicologia é um ramo do conhecimento que tem como foco a epistemologia dos processos mentais, da aprendizagem, da memória, da linguagem, do pensamento, das emoções e motivações individuais, sobrepondo-se a outras ciências sociais. Conforme Linda Davidoff, “a ênfase da psicologia está no ser humano como indivíduo”⁵.

Conforme preceitua a mesma autora, a origem da palavra “psicologia” deriva das palavras gregas *psyché* e *logos*, significando o “estudo da mente ou da alma”⁶.

Hoje, a grande área epistêmica da psicologia se divide em quatro principais perspectivas de estudos e análises⁷: a behaviorista⁸, a cognitivista, a humanista⁹ e a psicanalítica¹⁰.

⁵ DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à Psicologia**. 3. Ed. Tradução: Lenke Perez. São Paulo: Makron Books, 2001, p. 6.

⁶ DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à Psicologia**. 3. Ed. Tradução: Lenke Perez. São Paulo: Makron Books, 2001, p. 6.

⁷ DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à Psicologia**. 3. Ed. Tradução: Lenke Perez. São Paulo: Makron Books, 2001, p. 6

⁸ As pesquisas e implementos relacionados à perspectiva behaviorista da psicologia tiveram início com os estudos e críticas de John Watson, que acreditava que para que a psicologia pudesse ser identificada como uma ciência respeitável, os psicólogos deveriam “usar métodos objetivos e estudar

comportamentos observáveis” (DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à Psicologia**. 3. Ed. Tradução: Lenke Perez. São Paulo: Makron Books, 2001, p. 12). O behaviorismo na psicologia prioriza o que se pode apreender do comportamento externo do agente, deixando de lado a introspecção da mente humana. William Baum explica que, ainda no século XIX, existia certa desconfiança por parte dos psicólogos em relação à introspecção como método científico em razão de sua baixa confiabilidade decorrente de excessivo subjetivismo (BAUM, William M. **Compreender o Behaviorismo**. Tradução: Maria Teresa Araujo Silva. Porto Alegre: Editora Artes Médicas Sul Ltda., 1999, p. 24). Nesse pormenor, conforme Georges Camguilhem, “[...] a psicologia da reação e do comportamento, nos séculos XIX e XX, acreditou que se tornaria independente ao separar-se de toda filosofia, ou seja, da especulação que pesquisa uma ideia de homem para além do horizonte dos dados biológicos e sociológicos” (CAMGUILHEM, Georges. **Que é a Psicologia?** Tradução de Osmyr Faria Gabbi Junior. In: *Impulso*, Piracicaba, 19(47): 7-17, 2009). Na contemporaneidade, o behaviorismo na psicologia é bem mais flexível, quando comparado ao behaviorismo defendido por Watson. Hoje os psicólogos behavioristas continuam investigando estímulos, respostas observáveis e aprendizagem, “mas também estudam cada vez mais complicados fenômenos que não podem ser observados diretamente – por exemplo, amor, estresse, empatia e sexualidade (DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à Psicologia**. 3. Ed. Tradução: Lenke Perez. São Paulo: Makron Books, 2001, p. 13).

⁹ A psicologia humanista é um ramo da psicologia que se concentra na premissa do significado de “estar vivo como ser humano” (BURGENTHAL, J. F. T. **The challenge that is man**. In: BURGENTHAL, J. F. T. *Challenges of humanistic psychology*. New York: McGraw-Hill, 1967, p. 279-280). Conforme Davidoff, os psicólogos humanistas, de modo geral, utilizam-se das premissas da fenomenologia, posição filosófica através da qual se diz que, para se obter conhecimento válido sobre experiências humanas, seria necessário “focalizá-las tendo como base diferentes quadros de referência, da forma como os diversos indivíduos a experienciam.” Para os humanistas, portanto, a interpretação subjetiva é uma premissa do ser humano, não podendo, então, ser ignorada (DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à Psicologia**. 3. Ed. Tradução: Lenke Perez. São Paulo: Makron Books, 2001, p. 14). É importante mencionar, ainda, a contribuição de Carl Rogers para a linha humanista da psicologia. O mencionado autor é um psicólogo norte-americano que defende a ideia de que o ser humano é capaz de resolver seus próprios problemas, desde que seja instado a isso por meio da liberação de suas próprias capacidades. Rogers se baseia na premissa de que seus pacientes psicoterápicos têm uma ideia melhor do que ele acerca das questões necessárias ao tratamento, o que representa uma quebra de paradigma em relação aos métodos tradicionais relacionados à psicoterapia e à psicologia. Seus estudos e contribuições se estendem ainda em relação à educação e forma de aprendizado. Rogers, em obras como *Freedom to Learn* e *Freedom to Learn in the 80s*, defende o aprendizado como processo em que o aluno deve ter facilitado o encorajamento ao estudo com base em suas próprias concepções de mundo e problemas que são a ele tocantes (ZIMRING, Fred. **Carl Rogers**. Tradução e organização: Marco Antônio Lorieri. Recife: Massangana, 2010, p. 13-17). O escopo de Rogers é a busca pelo verdadeiro “eu” de cada um de seus pacientes. Nesse sentido, afirma o autor que “À medida que acompanho a experiência de muitos clientes na relação terapêutica que nos esforçamos para criar, me parece que cada um está levantando a mesma questão. Abaixo do nível da situação-problema sobre a qual o indivíduo está se queixando atrás do problema com os estudos, ou esposa, ou patrão, ou com seu próprio comportamento incontrolável ou bizarro, ou com seus sentimentos assustadores, se encontra uma busca central. Parece-me que no fundo cada pessoa está perguntando: ‘Quem sou eu, realmente? Como posso entrar em contato com este eu real, subjacente a todo o meu comportamento superficial? Como posso me tomar eu mesmo?’” (ROGERS, Carl R. **Tornar-se pessoa**. Tradução: Manuel José do Carmo Ferreira e Al Vamar Lamfarellj. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 123).

¹⁰ A perspectiva psicanalítica da psicologia tem como fundador e seu principal expoente o austríaco Sigmund Freud, médico que se especializou no tratamento de problemas do sistema nervoso, mas que tinha grande interesse pelas chamadas desordens neuróticas (DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à Psicologia**. 3. Ed. Tradução: Lenke Perez. São Paulo: Makron Books, 2001, p. 16). Segundo Freud, “a teoria da psicanálise é uma tentativa de explicar dois fatos surpreendentes e inesperados que se observam sempre que se tenta remontar os sintomas de um neurótico a suas fontes no passado: a transferência e a resistência (FREUD, Sigmund. **A história do movimento psicanalítico**. Tradução: Themira de Oliveira Brito. Rio de Janeiro: Imago, 1997, p. 20). A teoria psicanalítica, capitaneada por Sigmund Freud, segundo Davidoff, “[...] revolucionou a concepção e o tratamento de problemas emocionais. Além disso, despertou interesse em áreas anteriormente negligenciadas: motivação inconsciente, personalidade, comportamento anormal e desenvolvimento infantil (DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à Psicologia**. 3. Ed. Tradução: Lenke Perez. São Paulo: Makron Books, 2001, p. 16).

Entretanto, nosso estudo se limitará à abordagem da corrente científica da psicologia comportamental cognitiva, conforme se verá adiante.

2.1 A psicologia comportamental cognitiva

A perspectiva cognitiva da psicologia¹¹ é definida por Robert Sternberg, a partir dos estudos empreendidos por Ulric Neisser, como “o estudo da maneira como as pessoas aprendem, estruturam, armazenam e usam o conhecimento”¹².

Segundo Davidoff, apesar da proeminência da visão behaviorista, que desprezava a introspecção, alguns pesquisadores se dedicaram ao estudo do pensamento. Entretanto, haviam poucas bases teóricas sobre as quais estes estudos pudessem se aflorar¹³.

Inobstante, duas correntes científicas muito contribuíram para o progresso dos estudos acerca da teoria cognitivista: a tecnologia e teoria da computação; e a linguística.

A teoria da computação exerceu forte influência sobre a teoria cognitivista em função da constatação de que:

[...] se as máquinas podiam ser programadas para processar informações e esse processamento de informações podia ser estudado, naturalmente se justificava tentar examinar o processamento de informação das pessoas.¹⁴

Por outro norte, a linguística foi um importante fator para o desenvolvimento dos estudos sobre a cognição à vista do argumento, surgido à época, de que:

[...] adultos de língua inglesa podem entender em torno de 10^{20} sentenças em inglês. Não obstante, não há tempo suficiente para as pessoas

¹¹ Eduardo José da Fonseca Costa, com esteio na doutrina de Robert S. Feldman, define a psicologia cognitiva como sendo “o ramo da psicologia experimental que estuda os processos mentais superiores, incluindo a memória, raciocínio, aprendizagem, resolução de problemas, julgamento, tomada de decisão e linguagem” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. 2016, 187 f. Tese [Doutorado] – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016).

¹² STERNBERG, Robert J. **Psicologia Cognitiva**. Tradução: Maria Regina Borges Osório. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 2000, p. 31.

¹³ DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à Psicologia**. 3. Ed. Tradução: Lenke Perez. São Paulo: Makron Books, 2001, p. 13.

¹⁴ DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à Psicologia**. 3. Ed. Tradução: Lenke Perez. São Paulo: Makron Books, 2001, p. 13.

aprenderem cada unidade e cada combinação. Em vez disso, algo muito mais geral precisa estar ocorrendo. Quando esta crítica foi aceita, processos simbólicos como o da linguagem tornaram-se áreas de pesquisa cada vez mais atraentes.¹⁵

Ainda segundo Davidoff, a visão cognitivista da psicologia é atualmente o modelo predominante, sendo que os estudos nessa categoria despertam o interesse de muitas outras áreas do conhecimento¹⁶.

Diversos experimentos foram empreendidos no sentido de demonstrar ser possível o desempenho de dois procedimentos mentais complicados de forma simultânea¹⁷, o que sugere que a cognição humana “é um conjunto de habilidades adquiridas, e não a operação de um mecanismo fixo”¹⁸.

A psicologia comportamental cognitiva é de nosso especial interesse porque é a partir de seus estudos que encontramos o pano de fundo para o entendimento da tese de Daniel Kahneman e de Amos Tversky acerca das “duas formas de pensar”, além da definição e a explicação das chamadas heurísticas e dos vieses de cognição, preponderantes para a percepção do problema da influência de circunstâncias externas ao direito na tomada de decisão pelos julgadores.

Tais circunstâncias externas, como se verá adiante, maculam a legitimidade das decisões jurídicas tendo em vista o fato de conduzirem a um quadro de desprezo pelo órgão jurisdicional de princípios como os da imparcialidade e do contraditório dinâmico (garantia de influência e não surpresa).

2.2 Neurociência e psicologia cognitiva - heurísticas e vieses

¹⁵ DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à Psicologia**. 3. Ed. Tradução: Lenke Perez. São Paulo: Makron Books, 2001, p. 13.

¹⁶ DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à Psicologia**. 3. Ed. Tradução: Lenke Perez. São Paulo: Makron Books, 2001, p. 14.

¹⁷ Linda L. Davidoff relata, em sua obra, que foi realizado um estudo no qual dois estudantes universitários foram submetidos diariamente, ao longo de um semestre, à prática da atividade de “ler histórias em silêncio enquanto escreviam palavras ditadas pelo experimentador. Cada palavra era ditada assim que a anterior tivesse sido escrita.” Segundo a autora, nas primeiras semanas os estudantes apresentaram dificuldades em realizar a tarefa, tendo diminuída sua velocidade de leitura. Entretanto, após seis semanas de treinamento, a velocidade de leitura se normalizou, sendo que foram empreendidos testes que demonstraram que os estudantes “compreendiam plenamente o que liam. Eles não só aprenderam a ler e a escrever exata e simultaneamente, mas também a entender o que escreviam enquanto liam.” (DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à Psicologia**. 3. Ed. Tradução: Lenke Perez. São Paulo: Makron Books, 2001, p. 14)

¹⁸ DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à Psicologia**. 3. Ed. Tradução: Lenke Perez. São Paulo: Makron Books, 2001, p. 14.

Surgida enquanto ramo do conhecimento científico nos idos da década de 1990, a neurociência cognitiva tem como escopo a “reconsideração das bases cerebrais da consciência e da cognição, resultando de uma colaboração intensa entre neurociência e ciência cognitiva”¹⁹.

O que se percebe é que a neurociência cognitiva se vale do estudo do funcionamento da estrutura cerebral de forma associada ao comportamento²⁰, visto que este proporciona uma ligação entre as experiências subjetivas e a atividade cerebral a ela correspondente²¹.

Na obra *Rápido e Devagar – Duas formas de pensar*, de Daniel Kahneman²², o autor descreve como ele e Amos Tversky²³ realizaram e documentaram experimentos envolvendo teorias sobre a forma de pensar e sobre a tomada de decisão.

Seus estudos se focaram no que eles chamavam de vieses de pensamento intuitivo²⁴, sendo que, após cerca de cinco anos de pesquisas, apresentaram um artigo científico na revista *Science*. O referido artigo foi denominado “*Judgement Under Uncertainty: Heuristics and Biases*”²⁵.

O citado artigo “descrevia os atalhos simplificadores do pensamento intuitivo e explicava cerca de vinte vieses como manifestações dessas heurísticas – e também como demonstrações do papel das heurísticas no julgamento”²⁶.

¹⁹ TEIXEIRA. João de Fernandes. **Filosofia da Mente – Neurociência, cognição e comportamento**. São Carlos: Claraluz, 2005, p. 74.

²⁰ Eduardo José da Fonseca Costa, em momento introdutório de sua tese de doutoramento pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, ao apresentar breves definições acerca da psicologia comportamental cognitiva, afirma que as recentes descobertas nesta área têm proporcionado uma interlocução entre a objetividade da psicologia comportamental e os estudos acerca do processo e estrutura mentais do pensamento e do conhecimento, característicos da ciência cognitiva. (COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. 2016, 187 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 43).

²¹ TEIXEIRA. João de Fernandes. **Filosofia da Mente – Neurociência, cognição e comportamento**. São Carlos: Claraluz, 2005, p. 76.

²² Professor emérito de psicologia na Universidade de Princeton e professor emérito de psicologia e relações públicas da *Woodrow Wilson School of Public and International Affairs* de Princeton, ganhador do Prêmio Nobel de Economia em 2002.

²³ Amos Nathan Tversky foi um psicólogo cognitivo e colaborador de Daniel Kahneman. Juntos, foram precursores dos estudos envolvendo os vieses de cognição e as formas humanas de tomada de decisão. Amos Tversky teria ganhado, juntamente com Daniel Kahneman, o Prêmio Nobel de Economia em 2002, entretanto, foi vítima de um câncer, tendo falecido em 2 de junho de 1996.

²⁴ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar – Duas formas de pensar**. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 15.

²⁵ Em tradução livre: Julgamento sob incerteza: heurísticas e vieses.

²⁶ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar – Duas formas de pensar**. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 16.

O entendimento acerca do que sejam as heurísticas é de especial importância para o presente estudo, sendo mais bem delineado a seguir.

2.2.1 As heurísticas do pensamento

Ao contrário do ideal racional de que toda a atividade humana de tomada de decisão seria pautada por uma racionalidade primal²⁷, os estudos cognitivos de Kahneman e Tversky demonstraram, ainda na década de 1970, que o ser humano age com base em instintos, intuições e emoções²⁸.

Essa capacidade mental inconsciente que nos faz agir por instinto e intuição se faz presente em nosso dia-a-dia, a todo momento, em função da tendência natural de resolvermos os problemas cotidianos a partir da lógica do menor esforço, aplicável também à capacidade cognitiva humana.

O processo intuitivo funciona a partir do acúmulo de conhecimento acerca de informações em geral ao longo da vida humana. Em um momento posterior, quando deparado com uma situação que envolva informações preteritamente conhecidas, o ser humano tende a, automaticamente, se valer da informação constante de seu banco de dados mental de modo a formular respostas cognitivas automáticas. Conforme Kahneman afirma, com esteio na pesquisa empreendida por Herbert Simon, a intuição é uma forma de reconhecimento de informações²⁹.

O citado reconhecimento se dá mediante a identificação realizada pelo nosso sistema cognitivo entre a situação momentânea posta em análise e informações pretéritas adquiridas por meio da experiência. A intuição funciona, portanto, como um mecanismo automático de resposta cognitiva a uma situação que envolve informações já conhecidas pelo agente³⁰.

Entretanto, há situações em que a resposta intuitiva proporcionada pelo mecanismo cognitivo poderá estar baseada em premissas duvidosas, levando a

²⁷ KAHNEMAN, Daniel, **Rápido e devagar – Duas forma de pensar**. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 17.

²⁸ DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. **Streck, Fonseca Costa, Kahneman e Tversky: Todos contra o ativismo judicial probatório de Michele Taruffo**. *RePro* ano 41, vol. 255, maio/2016, p. 155.

²⁹ KAHNEMAN, Daniel, **Rápido e devagar – Duas forma de pensar**. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 20.

³⁰ ROSA, Alexandre Morais da; TOBLER, Giseli Caroline. **Teoria da decisão rápida e devagar, com Kahneman**. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/teoria-da-decisao-rapida-e-devagar-com-kahneman-por-gisel/>. Acesso em: 29/06/2017.

conclusões equivocadas. Isso acontece em decorrência da tendência mental humana de substituir questões mais difíceis por questões mais fáceis³¹.

Essa característica da mentalidade humana é tratada na psicologia cognitiva como heurística. As heurísticas podem ser definidas como “um procedimento simples que ajuda a encontrar respostas adequadas, ainda que geralmente imperfeitas, para perguntas difíceis”³².

Gerd Girenzer afirma que a teoria das ilusões cognitivas, ou das heurísticas e vieses de cognição, contrapõe teorias que assumem que os seres humanos são racionais. O principal objetivo é entender os processos cognitivos que levam aos argumentos válidos e inválidos, e o segundo objetivo é demonstrar os erros de julgamento, ou seja, os desvios sistemáticos da racionalidade, também conhecidos como ilusões cognitivas³³.

Segundo o mesmo autor, os processos cognitivos que embasam esses erros sistemáticos são chamados de heurísticas³⁴. São, portanto, atalhos cognitivos ou simplificações de que se vale inconscientemente quando se está diante de situações que exijam o processamento de informações complexas e a tomada de alguma decisão³⁵.

Segundo Arturo Muñoz Aranguren,

“os seres humanos incorrem inevitavelmente em erros e vieses ao utilizarem a mente para processar informações que recebem do exterior e gerar uma série de procedimentos de simplificação que tendem a reduzir a complexidade da informação recebida, de modo que seja possível tomar decisões de forma eficiente.”³⁶

³¹ ROSA, Alexandre Morais da; TOBLER, Giseli Caroline. **Teoria da decisão rápida e devagar, com Kahneman**. Disponível em <http://emporiiodireito.com.br/teoria-da-decisao-rapida-e-devagar-com-kahneman-por-gisel/>. Acesso em: 29/06/2017.

³² KAHNEMAN, Daniel, **Rápido e devagar – Duas forma de pensar**. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 127.

³³ GIRENZER, Gerd. **Rationatlity for mortals**. New York: Oxford University Press, Inc., 2008, p. 6.

³⁴ GIRENZER, Gerd. **Rationatlity for mortals**. New York: Oxford University Press, Inc., 2008, p. 6.

³⁵ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. 2016, 187 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 44.

³⁶ ARANGUREN, Arturo Muñoz. **La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: El factor humano – Una aproximación**. In Dret, Vol. 2, 2011, p. 03. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1838370>. Acesso em 06/09/2017. Tradução livre. No original: “[...] errores y sesgos en que incurre el ser humano, que se producen inevitablemente al utilizar la mente para procesar la información que recibe del exterior y emplear ésta una serie de procedimientos de simplificación, que tienden a reducir la complejidad de la información recibida, de modo que sea posible la toma de decisiones de forma eficiente”.

Conforme apontado por Costa, as heurísticas são um capítulo especial da psicologia comportamental cognitiva na medida em que representam atalhos cognitivos que podem conduzir, sim, a resultados corretos, mas que podem também levar a conclusões errôneas, decorrentes da inexistência de “segurança lógica absoluta”³⁷.

O processo cognitivo que baliza esta automaticidade da tomada de decisão a partir de critérios nem sempre lógicos está associado a uma circunstância comum da natureza humana. Conforme afirmam Lúcio Delfino e Ziel Ferreira Lopes, “a confiança nutrida em crenças e preferências intuitivas é, de maneira geral, justificada”³⁸. Isso porque, em muitas das vezes, as heurísticas são instrumentos que tornam mais práticas nossas atividades diárias.

Entretanto, quando as heurísticas do pensamento atuam com base em simplificações equivocadas, os resultados da tomada de decisão podem ser desastrosos, levando a decisões sub-ótimas³⁹, principalmente quando o agente decisor se encontra em situação de decidir que, por sua natureza e necessidade, deveria ser pautada pela racionalidade objetiva, como no caso da tomada de decisão judicial, objeto do presente estudo.

O quadro da mentalidade narrado até então serve de base para afirmar que apesar de sermos muito confiantes de nossa própria racionalidade, não é raro que nos encontremos em situações em que nossas decisões são pautadas, ainda que inconscientemente, por simplificações, concepções, preconceitos, propensões, inclinações e tendenciosidades⁴⁰.

Tais simplificações, concepções, preconceitos, propensões, inclinações e tendenciosidades estão relacionadas à nossa própria experiência de vida e à forma

³⁷ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. 2016, 187 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 44.

³⁸ DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. **Streck, Fonseca Costa, Kahneman e Tversky: Todos contra o ativismo judicial probatório de Michele Taruffo**. *RePro* ano 41, vol. 255, maio/2016, p. 156.

³⁹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. 2016, 187 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 44.

⁴⁰ DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. **Streck, Fonseca Costa, Kahneman e Tversky: Todos contra o ativismo judicial probatório de Michele Taruffo**. *RePro* ano 41, vol. 255, maio/2016, p. 156.

como enxergamos o mundo. São, portanto, atalhos cognitivos baseados em experiências e opções pregressas.

Estas influências ocorrem a partir das heurísticas do pensamento, acarretando equívocos chamados de vieses de cognição (*cognitive biases*), objeto do próximo tópico e ponto central do presente estudo.

A questão é problemática na medida em que se verificam fatores externos ao processo que acabam influenciando na decisão proferida pelo magistrado e sendo determinantes ao futuro das partes, as principais destinatárias do pronunciamento jurisdicional.

Nesse ponto é que se torna possível enxergar o problema ora posto em estudo, qual seja, a influência dos efeitos dos diversos vieses de cognição (*cognitive biases*) sobre as decisões judiciais que, por sua vez, deveriam ser baseadas exclusivamente na análise pormenorizada da argumentação fático-jurídica expendida frente ao que determina o ordenamento jurídico, adotando-se a teoria normativa da participação enquanto paradigma processual capaz de legitimar democraticamente (em atenção aos princípios constitucionais do contraditório em acepção dinâmica, ampla defesa, imparcialidade e devido processo legal) a decisão construída.

Tome-se como exemplo a heurística da representatividade, que está amplamente relacionada às impressões e intuições decorrentes dos estereótipos. Esta simplificação mental pode ocorrer tanto de forma consciente quanto inconsciente⁴¹ e opera a partir da associação de uma informação qualquer ao nosso banco de dados da experiência, buscando elos que serão responsáveis por tomar o todo pela parte.

Bazerman e Moore afirmam que ao julgar⁴² um indivíduo ou um evento, tendemos a “procurar peculiaridades que ele possa ter que correspondam a estereótipos formados anteriormente”⁴³.

Entretanto, apesar da associação por estereótipos ser uma heurística produtiva em alguns casos, representando uma “boa primeira aproximação,

⁴¹ Cf. BAZERMAN, Max H., MOORE, Don. **Processo Decisório**. 7. ed. Tradução Daniel Vieira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 10.

⁴² Saliente-se que os autores não se utilizam do verbo “julgar” para se referirem ao julgamento judicial. A expressão, na obra em referência, diz respeito ao processo de tomada de decisão mental.

⁴³ BAZERMAN, Max H., MOORE, Don. **Processo Decisório**. 7. ed. Tradução Daniel Vieira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 10.

chamando nossa atenção para as melhores opções”⁴⁴, noutros casos, os resultados de sua incidência podem ser péssimos, causando distorções que não podem ser aceitas.

Observe-se a primeira cena do documentário “Justiça”⁴⁵, dirigido por Maria Augusta Ramos, em que um cidadão negro, guardador de carros, em uma cadeira de rodas - aparentemente com as pernas amputadas - é levado até uma sala de audiência, onde o juiz lhe pergunta se a acusação realizada contra ele é verdadeira, ao que responde que não. Em seguida, o juiz pergunta como se deu sua prisão, ao que responde que estava na rua, no carnaval, quando pessoas, ao passarem por ele, deixaram ali objetos que possivelmente haviam sido furtados. Em seguida, policiais se aproximaram, abordaram o cidadão e questionaram onde estavam os demais infratores. O cidadão informa ainda que os policiais o agrediram e insistiram para que desse informações acerca dos mesmos. Por não ter o cidadão provido as informações, relata que os policiais o levaram para a delegacia de polícia, onde ele afirmou novamente que não sabia do paradeiro dos marginais, insistindo ainda que, diante de sua limitação física, seria impossível que pulasse muros para assaltar casas. É possível observar que o juiz determina que se tome nota em ata apenas de questões pontuais da narrativa do cidadão, desconsiderando o fato de estar em uma cadeira de rodas, tratando o caso como apenas mais um simples relato de furto. Apenas mais adiante, quando o cidadão pede que responda pela acusação recolhido a um hospital, e não à cadeia, face às suas dificuldades de locomoção, é que o magistrado se atenta para suas condições físicas.

No caso citado, é perceptível a incidência do viés de estereótipo em duas situações diferentes: num primeiro momento, o julgador parece predisposto a considerar o cidadão culpado, tendo em vista a história narrada, seus trajes, sua ocupação e sua etnia⁴⁶. Entretanto, ao tomar ciência da condição física do acusado e do fato de que ele já estava na cadeira de rodas quando foi preso, o julgador parece mudar sua linha interpretativa, provavelmente por considerar que seja difícil que uma pessoa com as pernas amputadas participe de um assalto a uma residência em que, inclusive, a fuga teria se dado pulando-se um muro alto.

⁴⁴ BAZERMAN, Max H., MOORE, Don. **Processo Decisório**. 7. ed. Tradução Daniel Vieira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 11.

⁴⁵ Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=yLdiDn4QT84>. Acesso em: 03/11/2017.

⁴⁶ Acerca do tema, ver: LEVINSON, Justin D., CAI, Huajian, YOUNG Danielle. **Guilty by implicit racial bias: the guilty/not guilty implicit association test**. Ohio State Journal of Criminal Law. 2010.

A heurística da representatividade, como dito, atua tomando o todo pela parte, ou seja, enxergando em uma partícula fragmentada um motivo para caracterização de alguém ou de alguma situação a partir de um estereótipo.

Bazerman e Moore lembram que para que esta heurística funcionasse de forma mais apropriada, seria necessária uma análise a partir do teste da hipótese positiva, que consiste em considerar todas as variáveis decorrentes da associação de dois eventos. Os autores exemplificam a situação afirmando que ao se perguntar se “o uso de maconha está relacionado à delinquência?”, necessário seria analisar quatro grupos de pessoas: “usuários de maconha que são delinquentes, usuários de maconha que não são delinquentes, delinquentes que não usam maconha e não delinquentes que não usam maconha”⁴⁷.

A partir deste teste da hipótese positiva, poder-se-ia avaliar melhor a pergunta formulada, tomando por base estatísticas relacionadas às quatro possibilidades existentes a partir da associação realizada.

Entretanto, nosso processo de tomada de decisão normalmente desconsidera o fato de que sempre há ao menos quatro decorrências a se considerar quando se propõe a associação entre dois eventos. Geralmente, “intuitivamente usamos dados seletivos para testar hipóteses”⁴⁸.

A heurística da representatividade influi diretamente sobre a ocorrência do viés de confirmação, viés de ancoragem e viés de retrospectiva⁴⁹, eis que “na ausência de evidência ao contrário, as pessoas costumam se comportar como se assumissem que determinada afirmação ou hipótese é verdadeira”⁵⁰.

Costa alerta para o fato de que a heurística da representatividade afeta jurados e juízes quando são instados a avaliar declarações de partes ou testemunhas. Nesse sentido, afirma que:

[...] estudos empíricos sugerem que, quando solicitadas a fazer um julgamento, as pessoas frequentemente raciocinam a partir de um caso representativo ou típico, tratando esse caso como se ele fosse inteiramente descritivo da gama total de casos possíveis. Ou seja: quando os sujeitos tecem juízos categóricos (p. ex., ponderar a probabilidade de que o acusado

⁴⁷ BAZERMAN, Max H., MOORE, Don. **Processo Decisório**. 7. ed. Tradução Daniel Vieira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 11-12.

⁴⁸ BAZERMAN, Max H., MOORE, Don. **Processo Decisório**. 7. ed. Tradução Daniel Vieira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 12.

⁴⁹ Tais vieses de cognição serão devidamente esmiuçados em momento posterior de nosso estudo.

⁵⁰ BAZERMAN, Max H., MOORE, Don. **Processo Decisório**. 7. ed. Tradução Daniel Vieira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 12.

seja culpado), concluem que a evidência concreta analisada (p. ex., comportamento do réu durante a audiência) representa a categoria (p. ex., culpabilidade ou inocência do réu). Se a amostra parece representativa ou similar à categoria (p. ex., o réu se mostra nervoso durante o interrogatório), o magistrado tende a julgar a probabilidade da categoria – a prova da culpabilidade – na mesma medida. Em contrapartida, quando a amostra não se parece com a categoria (p. ex., quando o réu se mostra calmo diante do juiz), produz-se o fenômeno inverso, ou seja, o julgador tende a ver nisso uma prova de inocência.⁵¹

Ao se constatar que as características físicas das partes e que sua postura diante do Juízo são capazes de influenciar no julgamento que será proferido, percebemos o quanto o subjetivismo do julgador é deletério ao processo, causando uma quebra de imparcialidade e de imparcialidade⁵².

Permitir que o juiz decida levando em consideração as concepções pessoais acerca da impressão que teve das partes (heurística da representatividade) gera um enorme risco de distorções cognitivas, favorecendo, por exemplo, que o julgador busque informações e elementos probatórios no intuito de justificar e confirmar suas impressões (*confirmation bias*, conforme se verá adiante) acerca do caso, em completa discrepância com o modelo racional de tomada de decisão, base do que se possa entender por processo na perspectiva democrática, pautado pela participação.

2.2.2 As duas formas de pensar e os vieses de cognição (*cognitive biases*)

A partir do entendimento das regras cognitivas heurísticas, que são aplicadas inconscientemente no dia a dia de qualquer pessoa como forma de simplificação de atividades cerebrais rotineiras, Kahneman e Tversky passaram a identificar diversos efeitos decorrentes destes desvirtuamentos da racionalidade.

Tais efeitos, entretanto, estão associados ao fenômeno cognitivo identificado pelos autores e chamado de “as duas formas de pensar”.

⁵¹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. 2016, 187 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 102.

⁵² A imparcialidade é um conceito relacionado à divisão funcional do Estado-juiz que atribui ao órgão jurisdicional a posição de terceiro julgador, sendo vedada sua atuação como parte. (CABRAL, Antônio do Passo. **Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal**. Revista de Processo– RePro, ano 32, n.º 149, jul/2007, p. 345-347)

Os citados autores sugerem, elucidativamente, que possuímos dois sistemas de cognição: os sistemas 1 e 2. O Sistema 1, segundo Kahneman, “opera automática e rapidamente, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário”⁵³.

Este sistema pode ser observado em funcionamento, por exemplo, quando se responde à pergunta “quanto são 2 vezes 2?”, ou quando se está dirigindo um veículo após alguns anos de prática, ou mesmo quando se está escovando os dentes, amarrando os sapatos ou caminhando calmamente em uma praça.

Tais atividades não dependem de quase nenhum esforço cognitivo e são executadas automaticamente em razão de estarmos habituados a dar as respostas esperadas para estas situações. Não é necessário que se dedique muito tempo e atenção à forma como se caminha, ou a como se amarra o sapato, ou, em referência à obra de Leonardo Wykrota, à forma como adultos abotoam uma camisa⁵⁴.

Por outro lado, o Sistema 2 opera despendendo maior atenção e esforço cognitivo, se dedicando a resolver questões laboriosas e cálculos complexos, se associando “com a experiência subjetiva de atividade, escolha e concentração”⁵⁵.

A título de exemplo de atividades desempenhadas sob o controle do Sistema 2, podem ser citadas a resolução da questão de multiplicação “17 x 24”, a concentração para se manter no lugar até o tiro de largada em uma corrida, estacionar em uma vaga apertada, verificar a validade de um argumento lógico complexo, contar quantas letras “a” aparecem em uma página de livro⁵⁶ ou manter a concentração no momento de atirar em um alvo distante.

Tais atividades demandam um alto grau de atenção e alocação de concentração, sendo certo que se o agente não estiver preparado ou se a atenção for desviada, os resultados serão péssimos, implicando em: uma resposta matematicamente errada; queimada da largada; amassados em seu carro;

⁵³ KAHNEMAN, Daniel, **Rápido e devagar – Duas formas de pensar**. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 29.

⁵⁴ WYKROTA, Leonardo Martins. **Direito Constitucional Contemporâneo e Análise Institucional do Judiciário: um diálogo à luz da Neurociência, da teoria da evolução e do pragmatismo**. 2017, 383f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017, p. 74.

⁵⁵ KAHNEMAN, Daniel, **Rápido e devagar – Duas formas de pensar**. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 29.

⁵⁶ KAHNEMAN, Daniel, **Rápido e devagar – Duas formas de pensar**. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 31.

conclusão equivocada acerca da validade de um argumento lógico; um número errado de letras “a” em uma página; e um tiro desperdiçado.

Há de se ressaltar, contudo, que há uma constante interação entre a atividade dos sistemas 1 e 2. De maneira geral, o sistema 1 funciona fornecendo respostas rápidas e coerentes, ao passo que o sistema 2 atua como um fiscal da coerência do sistema 1. Entretanto, conforme preceitua Kahneman, o sistema 2 tende a ser mais preguiçoso face à onerosidade de sua atuação, o que, muitas vezes, permite situações em que o sistema 2 simplesmente endossará impressões e crenças intuitivas decorrentes da atuação do sistema 1⁵⁷.

Esse endosso, pelo sistema 2, de crenças intuitivas baseadas em parca informação, é apontado por Kahneman, em sua obra, pela expressão “*what you see is all there is*”, ou “WYSIATI”, e se resume em tirar conclusões precipitadas com base em evidência limitada, haja vista o fato de o sistema 1 ser “radicalmente insensível tanto à qualidade como à quantidade da informação que origina as impressões e intuições”⁵⁸.

Segundo Kahneman, o sistema 1, a partir de sua automaticidade, opera monitorando as atividades tanto internas quanto externas à mente, gerando avaliações chamadas de *basic assessments*. Tais avaliações se colocam no lugar de questões mais difíceis, acarretando distúrbios cognitivos⁵⁹.

No que toca ao processo judicial, em que se deve primar pela racionalidade da análise dos argumentos e provas trazidos pelas partes acerca dos fatos postos em litígio, os *basic assessments* gerados pelo sistema 1 são extremamente nocivos, visto que se corre o risco de que simplificações de problemas complexos conduzam a resultados equivocados.

Renato César Cardoso e Ricardo de Lins e Horta, em capítulo ainda não publicado, afirmam que sem a intervenção do sistema 2 (raciocínio reflexivo), há uma tendência de que as decisões resultem de intuições, por *default*, podendo levar a vieses, considerados desvios sistemáticos face a parâmetros esperados⁶⁰.

⁵⁷ KAHNEMAN, Daniel, **Rápido e devagar – Duas formas de pensar**. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 112.

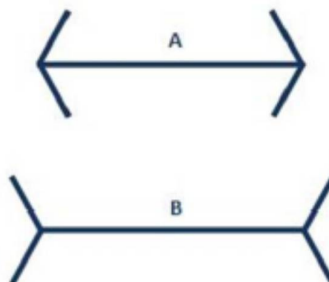
⁵⁸ KAHNEMAN, Daniel, **Rápido e devagar – Duas formas de pensar**. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 112.

⁵⁹ KAHNEMAN, Daniel, **Rápido e devagar – Duas formas de pensar**. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 116.

⁶⁰ CARDOSO, Renato C., HORTA, R. L. **Julgamento e tomada de decisão no direito**. 2017. Capítulo ainda não publicado, no prelo.

Os vieses de cognição (*cognitive biases*), ou desvios sistemáticos de racionalidade, são, também, “um fenômeno estudado pela psicologia social e pela ciência cognitiva, significando erros e predisposições comuns no processamento mental que afetam a crença das pessoas e seu entendimento do mundo à sua volta”⁶¹.

Observe-se a figura⁶² a seguir:



De uma breve análise das imagens acima, tendemos a acreditar que a linha horizontal da figura A tem menor extensão que a linha horizontal da figura B.

A figura em questão é conhecida como “a ilusão de Müller-Lyer”, e representa um exemplo simples e direto do modo como muitas vezes somos reféns de nosso próprio processo cognitivo, que se valerá de intuições para tirar conclusões, gerando resultados sub-ótimos.

Na verdade, ambas as linhas horizontais possuem extensão idêntica, entretanto, as linhas laterais, que apontam para direções diferentes, induzem nosso pensamento à ilusão de que as linhas horizontais têm tamanhos diferentes.

A ilusão de Müller-Lyer é apenas uma ilusão visual. Entretanto, da mesma forma como somos iludidos visualmente, podemos estar sujeitos, também, a ilusões cognitivas⁶³.

⁶¹ CLEMENTS, Cory S. *Perception and Persuasion in Legal Argumentation: Using Informal Fallacies and Cognitive Biases to Win the War of Words*. Brigham, 2013, p. 334. Tradução livre. No original: “Phenomena studied in social psychology and cognitive science, cognitive biases are common mistakes and predispositions in mental processing that affect people’s beliefs and understandings of the world.”

⁶² Embora apareça em inúmeros textos científicos, bem como na obra Rápido e Devagar: Duas formas de pensar, de Daniel Kahneman, a figura em questão foi retirada da tese de doutoramento de Eduardo José Fonseca da Costa (COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**.2016, 187 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 46).

⁶³ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**.2016, 187 f. Tese (Doutorado) –

Segundo Cory S. Clements, “enquanto são importantes para a ordenação das experiências de vida, os vieses de cognição não raro causam percepções distorcidas, julgamentos errôneos e decisões viciadas” (tradução livre)⁶⁴.

Nesse ponto convém ter em mente que ainda que esteja de boa-fé, o intérprete, quando enviesado, pode ser levado a buscar argumentos para confirmar suas crenças iniciais; decidir antes de avaliar todas as circunstâncias relevantes para a questão; ser influenciado pelo ambiente ao seu redor; e se deixar levar por estereótipos⁶⁵.

Juarez Freitas adverte que “todo cérebro humano ostenta desvios cognitivos que, não raro, afetam negativamente a qualidade da interpretação”⁶⁶.

Ao longo dos anos, muitos vieses cognitivos recorrentes, decorrentes de heurísticas do pensamento, foram sendo pesquisados e catalogados. A seguir é apresentada uma tabela com alguns dos mais comuns vieses cognitivos:

Tabela 1

<i>Lock-in effect</i> (viés de trancamento)	Tendência de se filiar a uma escolha anterior ainda que tenha sido tomada sem uma cognição plena da questão, pelo motivo de se sentir pressionado pelo tempo ou quantidade de trabalho ⁶⁷ .
Viés de <i>status quo</i>	Tendência de manter uma situação pré-definida em razão de entender que para se modificar o <i>status quo</i> seria necessário despendar tempo e energia ⁶⁸ .

Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 46.

⁶⁴ CLEMENTS, Cory S. *Perception and Persuasion in Legal Argumentation: Using Informal Fallacies and Cognitive Biases to Win the War of Words*. Brigham, 2013, p. 335. No original: “While they are helpful in ordering our life experiences, cognitive biases often cause distorted perceptions, erroneous judgment, and faulty decision making”.

⁶⁵ FREITAS, Juarez. **A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais**. Revista da AJURIS, v. 40, n. 130, junho de 2013, p. 224.

⁶⁶ FREITAS, Juarez. **A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais**. Revista da AJURIS, v. 40, n. 130, junho de 2013, p. 224.

⁶⁷ LYNCH, Kevin J. *The Lock-in Effect of Preliminary Injunctions*. Denver, 2013.

⁶⁸ SAMUELSON, William, ZECKHAUSER, Richard. *Status quo bias in decision making*. Journal of Risk and Uncertainty, 1: 7-59, Boston, Kluwer Academic Publishers, 1988.

Ancoragem ou focalismo	Tendência a confiar demais, ou "ancorar-se", em uma referência do passado ou em uma parte da informação na hora de tomar decisões ⁶⁹ .
Viés de confirmação	Tendência do observador de procurar ou interpretar informações de forma que estas confirmem concepções próprias ⁷⁰ .
Heurística de disponibilidade (<i>availability heuristic</i>)	Tendência na qual as pessoas predizem a frequência de um evento, baseando-se no quão fácil conseguem lembrar-se de um exemplo ⁷¹ .
Cascata de disponibilidade (<i>availability cascade</i>)	Um processo de autorreforço no qual uma crença coletiva ganha mais e mais plausibilidade por meio da crescente repetição no discurso público (ou "repita algo mil vezes e ele torna-se verdadeiro") ⁷² .
Efeito adesão (<i>bandwagon effect</i>)	A tendência de fazer (ou acreditar) em coisas porque muitas outras pessoas fazem (ou acreditam) na mesma coisa ⁷³ .
Viés do ponto cego (<i>biasblind spot</i>)	A tendência de ver-se menos enviesado que outras pessoas ou identificar mais vieses cognitivos nos outros que em si próprio ⁷⁴ .
Viés da congruência	Tendência de testar hipóteses apenas por meio de testes diretos ao invés de testar possíveis hipóteses alternativas ⁷⁵ .
Viés da expectativa	A tendência de acreditar, certificar e publicar dados que concordam com suas expectativas para o resultado de uma experiência e

⁶⁹ GUTHRIE, Chris, RACHLINSKI, Jeffrey J., WISTRICH, Andrew J. *inside de Judicial Mind*. Cornell Law Faculty Publications, 2001, p. 787. Disponível em <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1734&context=facpub>. Acesso em 07/07/2017.

⁷⁰ CLEMENTS, Cory S. *Perception and persuasion in legal argumentation: using informal fallacies and cognitive biases to win the war of words*. 2013, BYU Law Review 319, p. 352. Disponível em <http://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol2013/iss2/3>. Acesso em 24/08/2017.

⁷¹ KAHNEMAN, Daniel, TVERSKY, Amos. *Judgement under uncertainty: Heuristics and biases*. Science, Vol. 185, 1982.

⁷² KAHNEMAN, Daniel, TVERSKY, Amos. *Judgement under uncertainty: Heuristics and biases*. Science, Vol. 185, 1982.

⁷³ LEIBENSTEIN, Harvey. *Bandwagon, snob and Veblen effects in the theory of consumers' demand*. New York: Holt, Rinehart and Winston, inc. 1971, p. 115-116.

⁷⁴ PRONIN, Emily; LIN, Daniel Y.; ROSS, Lee. *The bias blind spot: Perceptions of bias in self versus others*. Stanford University, 2004. Disponível em: <http://www.valuewalk.com/wp-content/uploads/2014/08/The-Bias-Blind.pdf>. Acesso em: 20 Nov. 2017.

⁷⁵ TABER, C.S., CANN, D. & KUCSOVA, S. *The motivated processing of political arguments*. Political Behavior. 2009, 31-137.

	desacreditar e descartar ponderações correspondentes que aparecem em conflito com essas expectativas. Se relaciona diretamente ao viés de confirmação ⁷⁶ .
Efeito do falso consenso	A tendência de se acreditar que os demais agem da mesma forma como agimos, em uma mesma situação ⁷⁷ .
Viés de Estereótipo	Se relaciona ao viés de representatividade, onde se utilizam modelos mentais de referência. Esperar que um membro de um grupo tenha certas características, conforme um determinado padrão, sem ter informações reais sobre esse indivíduo ⁷⁸ .
Viés da autoconveniência	Tendência de reivindicar mais responsabilidade pelos sucessos do que pelas falhas. Manifesta-se também como a tendência de avaliar informações de uma forma benéfica a interesses próprios ⁷⁹ .

Os vieses de cognição acima expostos podem exercer influência cognitiva sobre qualquer ser humano, dependendo de suas experiências, crenças e da própria disposição de cada indivíduo em pensar de forma mais ou menos cautelosa acerca das questões do dia-a-dia.

Entretanto, para o estudo que ora se implementa, interessam principalmente os vieses de cognição que vêm sendo observados na atividade jurisdicional, como será visto no próximo capítulo.

⁷⁶ CLEMENTS, Cory S. *Perception and persuasion in legal argumentation: using informal fallacies and cognitive biases to win the war of words*. 2013, BYU Law Review 319, p. 352. Disponível em <http://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol2013/iss2/3>. Acesso em 24/08/2017.

⁷⁷ IGLESIAS, Fabio, FRANCO, Vithor Rosa, GISLER, Júlia Villela Teixeira, PIASSON, Douglas Leite. **Vieses cognitivos entre consumidores num dilema social simulado: Falso consenso, erro fundamental de atribuição, de ator-observador e de autosserviço**. Brasília: Psicologia: Teoria e pesquisa. Jul-Set 2016, vol. 32, n. 3, PP. 1-8, p. 3.

⁷⁸ MACEDO, Marcelo Álvaro da Silva, OLIVEIRA, Murilo Alvarenga, ALYRIO, Rovigati Danilo, ANDRADE, Rui Otávio Bernardes de. **Heurísticas e vieses de decisão: a racionalidade limitada no processo decisório**. 200?. Disponível em http://www.each.usp.br/rvicente/0176_ArtigoIAMDecisao.pdf. Acesso em: 20 Nov. 2017.

⁷⁹ PITTEIRI, Sirlei. **TOMADA DE DECISÃO: Estudo de casos**. Clube dos Autores, 2016, p. 19.

3 OS VIESES DE COGNIÇÃO E A ATIVIDADE JURISDICIONAL: O PROBLEMA DA INTERFERÊNCIA COGNITIVA NA DIMENSÃO DA PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA

Como visto no capítulo anterior, a motivação de toda forma de ação humana sofre a influência de inúmeras circunstâncias fáticas e materiais que são inerentes à subjetividade de cada indivíduo isoladamente considerado (suas pré-compreensões). São inúmeros os vieses de cognição identificados e catalogados, que podem exercer influência sobre a atividade cognitiva de qualquer pessoa.

Entretanto, ao estudo que ora se empreende, interessam principalmente os vieses de cognição que interferem na atividade jurisdicional: são diversas motivações implícitas tocantes às decisões judiciais, que acabam por fomentar o uso da discricionariedade e do decisionismo, tornando a decisão dos magistrados um produto sub-ótimo decorrente da influência de fatores externos relacionados à subjetividade do julgador.

Mas as decisões judiciais não deveriam ser fruto tão somente da análise fática e normativa dos argumentos postos em debate em um modelo policêntrico de discussão (modelo participativo)?

Pesquisadores da Universidade de Negev (Israel), e da *Columbia Business School* (EUA) desenvolveram um estudo por meio do qual sugerem que a atividade dos juízes pode ser influenciada por circunstâncias externas que não deveriam exercer influência em decisões judiciais⁸⁰.

No referido estudo foram analisadas 1.112 decisões judiciais relacionadas a pedidos de liberdade condicional, coletadas em mais de 50 dias, em um período de 10 meses, proferidas por oito juízes. Os pedidos de liberdade condicional se referiam a 1.053 homens e 59 mulheres (entre árabes israelenses e judeus israelenses)⁸¹.

Cada banca de liberdade condicional era composta por um juiz, um criminologista e um assistente social. O banco de dados continha as variáveis legais que apareciam nos casos, tais como número de prisões anteriores, gravidade do crime cometido, meses servidos, dentre outros. Além disso, foram registrados os

⁸⁰ DANZINGER, Shai, LEVAV, Jonathan, AVNAIM-PESSO, Liora. *Extraneous factors in judicial decisions*. Princeton University, Princeton, NJ, 2011, p. 6889.

⁸¹ DANZINGER, Shai, LEVAV, Jonathan, AVNAIM-PESSO, Liora. *Extraneous factors in judicial decisions*. Princeton University, Princeton, NJ, 2011, p. 6889.

momentos do dia em que cada pedido de liberdade condicional era analisado pelos juízes, e qual a posição de cada pedido entre o total de pedidos analisados no dia⁸².

No banco de dados constaram também os dois intervalos para alimentação que os juízes faziam, que dividiam em 3 os períodos de análise de casos (antes do primeiro intervalo; após o primeiro intervalo e entre o almoço; e após o almoço)⁸³.

As decisões dos juízes eram classificadas em dois grupos: pedidos aceitos e pedidos recusados. Os resultados refletiram que as decisões favoráveis aos pedidos de liberdade condicional eram mais propensas a acontecer bem no início do dia de trabalho, ou após a parada para alimentação. A porcentagem de pedidos acolhidos cai de cerca de 65% no início de cada período (no início do dia ou após o lanche), para cerca de 0% ao final de cada período. É importante considerar que os casos apresentavam circunstâncias fáticas e jurídicas muito parecidas⁸⁴.

O relato do experimento em questão não diz respeito exatamente aos vieses de cognição, mas traz uma noção de como os juízes, ao decidir, podem estar sujeitos a circunstâncias externas aos elementos jurídicos propriamente ditos⁸⁵.

Conforme preceituam Eyal Peer e Eyal Gamliel, fatores irrelevantes que não deveriam afetar o julgamento, na verdade, podem causar vieses sistêmicos e previsíveis no processo de tomada de decisão dos juízes⁸⁶.

Segundo Cory S. Clements, apesar de serem importantes para a ordenação das próprias experiências de vida, “os vieses de cognição não raro causam

⁸² DANZINGER, Shai, LEVAV, Jonathan, AVNAIM-PESSO, Liora. *Extraneous factors in judicial decisions*. Princeton University, Princeton, NJ, 2011, p. 6889.

⁸³ DANZINGER, Shai, LEVAV, Jonathan, AVNAIM-PESSO, Liora. *Extraneous factors in judicial decisions*. Princeton University, Princeton, NJ, 2011, p. 6889.

⁸⁴ DANZINGER, Shai, LEVAV, Jonathan, AVNAIM-PESSO, Liora. *Extraneous factors in judicial decisions*. Princeton University, Princeton, NJ, 2011, p. 6890.

⁸⁵ Acerca da temática em questão, é importante ter em mente a crítica formulada por Lenio Streck às pesquisas estatísticas que relacionam a forma de decidir dos juízes a circunstâncias subjetivas como estarem com fome ou possuírem filhas. Nas palavras do autor, “Permito-me dizer de novo: e daí? Se a pesquisa é verdadeira, então os americanos precisam urgentemente estocar alimentos, se me entendem a ironia. Sim, porque se as decisões sobre os direitos em disputa em determinadas causas (feministas, de gênero etc. ou outras) dependem da circunstância de que o(a) juiz(a) seja influenciado(a) por suas filhas (e seus dramas) ou seus problemas pessoais ou que tipo de café da manhã tomaram é demais. É o mesmo tipo de pesquisa que fala dos juízes “esfomeados” de Israel. Esses devem receber *ticket* refeição ou serem sindicados, porque, em uma democracia, se você decide a vida dos outros de acordo com seu apetite, suas filhas ou sua ideologia, *instaura-se o caos*. Decisão deve ser por princípio, e não por dramas familiares, fome ou coisas subjetivas desse gênero.” (STECK, Lenio. **Os filhos ou o café da manhã influenciam as decisões judiciais?** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-jul-20/senso-incomum-filhos-ou-cafe-manha-influenciam-decisoes-judiciais>. Acesso em 06/11/2017.

⁸⁶ PEER, Eyal, GAMLIEL, Eyal. *Heuristics and Biases in Judicial Decisions*. Court Review, Volume 49, p. 114. Disponível em <http://aja.ncsc.dni.us/publications/courtrv/cr49-2/CR49-2Peer.pdf>. Acesso em 20 de Agosto de 2017.

percepções distorcidas, julgamentos errôneos e decisões viciadas. Em geral, os vieses de cognição podem, de forma expressiva, distorcer a confiabilidade das evidências legais e anedóticas⁸⁷.

Como salientam Martin Malin e Monica Biernat, alguns vieses não são evidentes. Na verdade, resultam da forma como nosso cérebro funciona, a partir de pré-convicções, estereótipos, preconceitos, ideologias, dentre outros⁸⁸.

Com Richard P. Larrick é possível compreender que os vieses de cognição se diferenciam a partir de sua natureza. Os vieses baseados em erros psicofísicos decorrem de traduções de estímulos não lineares ao se decidir ou avaliar questões⁸⁹.

Por outro lado, os vieses baseados em erros de associação decorrem de processos mentais automáticos que subjazem o acesso de informações da memória. “Ocorrem quando uma representação inicial, normalmente evocada por um estímulo, leva à ativação de cognição conceituais e semânticas, e à inibição de cognições não associadas”⁹⁰.

Por fim, os vieses baseados em erros de estratégia decorrem do uso de estratégias inferiores ou regras de decisões ruins. Tais estratégias refletem um cálculo racional de custo-benefício que pode levar a resultados equivocados⁹¹.

Kevin Lynch afirma que “os juízes sofrem dos mesmos vieses de cognição que afetam todos nós. Juízes usam atalhos para ajudá-los a lidar com a incerteza e a pressão da falta de tempo, inerentes ao processo judicial”⁹².

⁸⁷ CLEMENTS, Cory S. *Perception and Persuasion in Legal Argumentation: Using Informal Fallacies and Cognitive Biases to Win the War of Words*. Brigham, 2013, p. 335. Tradução livre: In general, cognitive biases can significantly distort the reliability of legal and anecdotal evidence”.

⁸⁸ MALIN, Martin H., BIERNAT, Monica. *Do cognitive biases infect adjudication? A study of labor arbitrators*. In: University of Pennsylvania Journal of Business Law, Pennsylvania, 2008, p. 1

⁸⁹ LARRICK, Richard P. *Debiasing*. *Blackwell Handbook of Judgment and Decision Making*. Derek J. Koehler & Nigel Harvey (eds.), p. 319. Disponível em: http://psych.colorado.edu/~vanboven/teaching/p7536_heurbias/p7536_readings/larrick_debias.pdf. Acesso em 11/10/2017

⁹⁰ LARRICK, Richard P. *Debiasing*. *Blackwell Handbook of Judgment and Decision Making*. Derek J. Koehler & Nigel Harvey (eds.), p. 319. Disponível em: http://psych.colorado.edu/~vanboven/teaching/p7536_heurbias/p7536_readings/larrick_debias.pdf. Acesso em 11/10/2017. Tradução livre. No original: “Association-based errors occur when an initial representation, often evoked by a stimulus, leads to the activation of conceptually or semantically associated cognitions and the inhibition of unassociated cognitions”.

⁹¹ LARRICK, Richard P. *Debiasing*. *Blackwell Handbook of Judgment and Decision Making*. Derek J. Koehler & Nigel Harvey (eds.), p. 319. Disponível em: http://psych.colorado.edu/~vanboven/teaching/p7536_heurbias/p7536_readings/larrick_debias.pdf. Acesso em: 11 de Out. 2017.

Na perspectiva do Estado Democrático de Direito, sobretudo após o advento da Constituição Federal de 1988, a função jurisdicional só pode ser exercida mediante a instauração de processo em acepção democrática, atento aos princípios constitucionais, *v.g.*, do contraditório, ampla defesa e fundamentação das decisões com base na reserva legal⁹³.

Todavia, em que pese o ideal de que o magistrado, ao julgar, exerça sua função de modo imparcial, idôneo, considerando ao máximo a efetiva influência dos argumentos e provas trazidos pelas partes e atento ao princípio da reserva legal na fundamentação das decisões, são inúmeras as circunstâncias que acabam exercendo direcionamento sobre o entendimento do julgador.

No presente capítulo debruçar-se-á sobre alguns dos principais vieses de cognição que afetam a atividade jurisdicional.

3.1 O viés de confirmação (*confirmation bias*)

Conforme exposto anteriormente na Tabela 1, o viés de confirmação (*confirmation bias*) pode ser caracterizado como sendo a tendência do observador de procurar ou interpretar informações de forma que estas confirmem concepções próprias.

Se as pessoas têm concepções ou hipóteses sobre um determinado assunto, elas tendem a favorecer informações e argumentos que correspondam às suas crenças primárias, deixando de lado evidências que apontem para conclusão oposta⁹⁴.

Conforme Cory S. Clements, o viés de confirmação ajuda a explicar o motivo pelo qual é comum que ignoremos a regra básica do método científico, qual seja,

⁹² LYNCH, Kevin J. *The Lock-in Effect of Preliminary Injunctions*. Denver, 2013, p. 1. Tradução livre. No original: "Judges suffer from the same cognitive biases that afflict the rest of us. Judges use shortcuts to help them deal with the uncertainty and time pressure inherent in judicial process."

⁹³ BRÉTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3ª.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 38.

⁹⁴ PEER, Eyal, GAMLIEL, Eyal. *Heuristics and Biases in Judicial Decisions*. Court Review, Volume 49, p. 114/115. Disponível em <http://aja.ncsc.dni.us/publications/courtrv/cr49-2/CR49-2Peer.pdf>. Acesso em 20 de Agosto de 2017.

testar a hipótese tentando refutá-la. Isso porque as pessoas buscam informações que são mais compatíveis com as crenças que elas já detêm⁹⁵.

Costa, em sua tese de doutorado, afirma que “a propensão à confirmação é uma tendência irracional de buscar, interpretar ou recordar informação de uma maneira tal que confirme alguma de nossas concepções iniciais ou hipóteses”⁹⁶.

O mesmo autor lembra um experimento realizado por membros do Departamento de Psicologia da Universidade de Stanford em que 48 estudantes foram submetidos a um teste por meio do qual deveriam analisar estudos a favor e contra a pena de morte, de semelhante representatividade e qualidade técnica. Metade dos estudantes tinham concepções favoráveis à pena de morte, e a outra metade contra. O resultado demonstrou que aqueles estudantes que eram previamente favoráveis à pena de morte referendavam os estudos que apoiavam esta perspectiva, ao passo que os estudantes previamente críticos à pena capital ratificavam os estudos contrários à pena de morte⁹⁷.

Entretanto, como dito, os estudos possuíam qualidade técnica semelhante, de modo que os estudantes deveriam ao menos considerar a relevância das informações constantes dos estudos que iam contra suas perspectivas prévias, o que não aconteceu⁹⁸.

⁹⁵ CLEMENTS, Cory S. *Perception and persuasion in legal argumentation: using informal fallacies and cognitive biases to win the war of words*. 2013, BYU Law Review 319, p. 352. Disponível em <http://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol2013/iss2/3>. Acesso em 24/08/2017.

⁹⁶ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. 2016, 187 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 115.

⁹⁷ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. 2016, 187 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 115.

⁹⁸ Nesse ponto, convém lembrar que hoje, os mecanismos de busca na internet, bem como os sites de redes sociais, vendas *online*, dentre outros, se valem de algoritmos que nos fazem, cada vez mais, ver apenas informações que conformam nossas próprias preferências, o que pode fazer com que amplifiquemos os efeitos dos vieses de cognição, em especial o viés de confirmação. Nas palavras de Eli Pariser, “A tentativa de saber o máximo possível sobre seus usuários tornou-se a batalha fundamental da nossa era entre gigantes da internet como Google, Facebook, Apple e Microsoft”. E continua: “Segundo um estudo do *Wall Street Journal*, os cinquenta sites mais visitados da internet, sejam eles a CNN, o Yahoo ou o MSN, instalam cada um, em média, 64 cookies repletos de dados e beacons de rastreamento pessoal. Se buscarmos uma palavra como “depressão” no Dictionary.com, o site irá instalar 223 cookies e beacons de rastreamento em nosso computador, para que outros sites possam nos apresentar anúncios de antidepressivos. Se compartilharmos um artigo sobre culinária na ABC News, seremos perseguidos em toda a rede por anúncios de panelas de Teflon. Se abrirmos - por um mero instante - uma página que liste sinais para identificar se nosso cônjuge está nos traindo, logo seremos assombrados por anúncios de testes de paternidade por DNA. A nova internet não só já sabe que você é um cachorro - ela conhece a sua raça e quer lhe vender um saco

Especificamente na atividade judicial, podemos identificar a influência do viés de confirmação quando o magistrado, diante da necessidade de decidir acerca de um caso, se filia a fundamentos que confirmam suas próprias crenças, preferências, opiniões, ou mesmo à decisão liminar proferida, em análise perfunctória, ainda que estes elementos sejam subjetivos ou inconsistentes, desprezando argumentos às vezes contundentes que poderiam infirmar a decisão tomada pelo julgador.

O viés de confirmação conduz as pessoas à procura e interpretação de informações de uma maneira consistente com suas opiniões prévias, levando a julgamentos e decisões enviesadas⁹⁹. Conforme afirmam Bazerman e Moore, “as pessoas naturalmente tendem a buscar informações que confirmem suas expectativas e hipóteses, mesmo quando negar ou falsificar a informação é mais útil”¹⁰⁰.

Conforme Peer e Gamliel, o viés de confirmação pode afetar julgadores quando eles escutam e valorizam as provas trazidas diante do juízo. Os juízes podem estar enviesados a favor de provas e evidências que confirmem suas hipóteses, bem como dar menor valor de prova a evidências que não correspondam à sua concepção acerca do tema¹⁰¹.

Os mesmos autores apresentam um exemplo de estudo empírico realizado, no qual foi apresentado um caso de homicídio em que a vítima foi uma psiquiatra, sendo que a principal suspeita do assassinato era a mulher de um de seus pacientes. A mulher era acusada de matar a psiquiatra em razão dos ciúmes que sentia em relação a seu marido. Foram apresentadas 20 evidências aos participantes da pesquisa, que deveriam fazer uma revisão das informações e avaliar o grau de conteúdo incriminatório ou absolviatório em relação à principal suspeita¹⁰².

de razão *premium*.” (PARISER, Eli. **O filtro invisível: o que a internet está escondendo de você**. Tradução: Diego Alfaro. ZAHAR, 2017, p. 11-13)

⁹⁹ PEER, Eyal, GAMLIEL, Eyal. **Heuristics and Biases in Judicial Decisions**. Court Review, Volume 49, p. 115. Disponível em <http://aja.ncsc.dni.us/publications/courtrv/cr49-2/CR49-2Peer.pdf>. Acesso em: 20 de agosto de 2017.

¹⁰⁰ BAZERMAN, Max H., MOORE, Don. **Processo Decisório**. 7. ed. Tradução Daniel Vieira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 39.

¹⁰¹ PEER, Eyal, GAMLIEL, Eyal. **Heuristics and Biases in Judicial Decisions**. Court Review, Volume 49, p. 115. Disponível em <http://aja.ncsc.dni.us/publications/courtrv/cr49-2/CR49-2Peer.pdf>. Acesso em: 20 de agosto de 2017.

¹⁰² PEER, Eyal, GAMLIEL, Eyal. **Heuristics and Biases in Judicial Decisions**. Court Review, Volume 49, p. 115. Disponível em <http://aja.ncsc.dni.us/publications/courtrv/cr49-2/CR49-2Peer.pdf>. Acesso em: 20 de agosto de 2017.

Entretanto, à metade dos participantes da pesquisa foi informado que havia a possibilidade de que houvesse um outro suspeito: um paciente da psiquiatra assassinada, do gênero masculino, que vinha a assediando há algum tempo¹⁰³.

De forma surpreendente, todos os participantes da pesquisa avaliaram as evidências de forma similar, apontando o grau de culpa da principal suspeita de forma equivalente.

O experimento em questão demonstrou que juízes, advogados e policiais falharam na tarefa cognitiva de considerar um cenário alternativo. As evidências apresentadas apenas foram consideradas como relevantes quando ajudavam os participantes a confirmar suas crenças iniciais acerca da culpa da principal suspeita. Quando as evidências apontavam para outro suspeito, eram desconsideradas por parte dos participantes¹⁰⁴.

O caso apresentado por Peer e Gamliel é um exemplo de um hábito perigosamente recorrente, praticado por toda sorte de operadores do direito. Por um lado, é comum e esperado que os advogados valorizem, considerem e ressaltem as informações que confirmem a tese jurídica que se pretende demonstrar.

Entretanto, quando o operador em questão é o magistrado, incumbido pela Constituição Federal do dever de julgar com atenção ao devido processo (art. 5º, LIV, CF/88), assegurados a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LV, CF/88), denota-se uma absoluta impropriedade. Torna-se necessário perscrutar como viabilizar que o processo como garantia permita possibilidades efetivas de desenviesamento (*debiasing*) de modo a não se tornar um mero lócus de legitimação das pré-compreensões cognitivas dos decisores.

Aliás, é interessante ressaltar que nesse ponto se situa o problema relativo ao modelo de realismo crítico que Michele Taruffo sustenta em sua obra “Uma simples verdade”.

Taruffo justifica a oferta de largos poderes instrutórios ao magistrado a partir da ideia de que conceder às partes a função de construção e explanação dos fatos

¹⁰³ PEER, Eyal, GAMLIEL, Eyal. *Heuristics and Biases in Judicial Decisions*. Court Review, Volume 49, p. 115. Disponível em <http://aja.ncsc.dni.us/publications/courtrv/cr49-2/CR49-2Peer.pdf>. Acesso em: 20 de agosto de 2017.

¹⁰⁴ PEER, Eyal, GAMLIEL, Eyal. *Heuristics and Biases in Judicial Decisions*. Court Review, Volume 49, p. 115. Disponível em <http://aja.ncsc.dni.us/publications/courtrv/cr49-2/CR49-2Peer.pdf>. Acesso em: 20 de agosto de 2017.

da causa seria algo perigoso, visto que as partes enxergam o processo de um ponto de vista parcial¹⁰⁵.

Nesse aspecto o autor italiano afirma que

[...] o juiz passivo deixa que o processo seja dominado por sujeitos que na maior parte dos casos são indiferentes – se não hostis – em relação à descoberta da verdade. Por conseguinte, a atribuição de poderes instrutórios adequados, bem como seu efetivo exercício, aparecem como atributos relevantes – não obstante acessórios – para a busca da verdade.¹⁰⁶

Entretanto, a busca pela verdade no direito, por meio da concessão de amplos poderes instrutórios ao juiz, para otimização de apuração dos fatos, pode gerar distorções cognitivas relacionadas à busca de informações que confirmem a opinião jurídica do julgador. Com tal impropriedade não se pode concordar.

Ou seja, a análise empreendida tão somente sob a ótica da decisão e do protagonismo do juiz (especialmente na gestão das provas) sem permitir espaços de diálogo genuíno e da absoluta necessidade de se levar a sério o dever de consideração de todos os argumentos produzidos pelas partes pode induzir o corrompimento dos próprios resultados ofertados pela análise do substrato trazido aos autos do processo.

Isso porque o princípio do contraditório, em sua melhor leitura em acordo com o Estado Democrático de Direito, é entendido como o direito de cada uma das partes em um processo judicial de, efetivamente, influenciar na resolução do litígio, tendo seus argumentos jurídicos analisados e considerados, sendo explicadas as razões pelas quais o magistrado reputou ou não pertinência às suas alegações¹⁰⁷.

O magistrado incumbido de julgar o caso, quando afetado pelo viés de confirmação, necessariamente produzirá uma decisão sub-ótima, dotada de latente subjetividade, eis que decorrente de uma análise viciada dos fatos e das provas dos autos, pois, ainda que de forma às vezes inconsciente, dá maior valor às provas e

¹⁰⁵ DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. **Streck, Fonseca Costa, Kahneman e Tversky: Todos contra o ativismo judicial probatório de Michele Taruffo**. *RePro* ano 41, vol. 255, maio/2016, p. 145.

¹⁰⁶ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade – O Juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 145.

¹⁰⁷ Nesse sentido o conteúdo normativo constante do art. 489 do Código de Processo Civil de 2015. Os pressupostos da leitura do princípio do contraditório sob a ótica da Teoria Normativa da Participação serão mais bem explicados adiante e a fundamentação da visão ora exteriorizada pode ser encontrada em THEODORO JR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre G. M. F. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

argumentos que confirmam sua opinião ou crença primária sobre o caso, desconsiderando outros potenciais aspectos que poderiam infirmar sua decisão.

Conforme será abordado adiante, o viés de confirmação tem sérias e perigosas implicações também quando atua de forma conjunta com o *lock-in effect*, ou viés de trancamento. Tal fato se dá quando o magistrado, no final do procedimento, necessita revisitar uma decisão liminar proferida inicialmente.

Na maior parte das vezes, a decisão liminar de tutela provisória, seja de urgência, seja da evidência (arts. 294 e ss. do CPC/2015), é prolatada com base em uma análise perfunctória dos elementos trazidos aos autos, ainda desprovida de contraditório dinâmico.

Observa-se a influência do viés de confirmação quando o magistrado se vincula à decisão liminar proferida, analisando todas as demais provas e evidências do processo sob o prisma da conclusão jurídica adotada inicialmente, atribuindo maior ou menor representatividade às provas conforme contribuam para sua ratificação, inabilitando o princípio da imparcialidade.

Nesse ponto, é interessante mencionar que Costa, em sua tese de doutorado, enxerga no viés de confirmação um problema que leva, em seu argumento, à impossibilidade de que o juiz que proferiu uma sentença anulada venha a julgar novamente o caso. Costa menciona julgados do Tribunal Supremo da Espanha em que restou decidido que um julgador que infringiu alguma regra processual não deve conhecer novamente do caso, pois ao fazê-lo poderia ser comprometida a imparcialidade objetiva¹⁰⁸.

Nesse ponto, Costa baseia o que considera desacertos do ordenamento jurídico processual brasileiro tocantes, dentre outros, **i)** à permissão para que o juiz que apreciou os pedidos liminares referentes à tutela de evidência, urgência ou cautelar venha a julgar o mérito da causa; **ii)** à Súmula 252 do STF, que prevê a participação de juízes que participaram da decisão rescindenda no julgamento da

¹⁰⁸ O autor transcreve parte da sentença de 24.06.1991, RJ 1991/4795, MP Enrique Ruiz Vadillo: *“cuando un tribunal en la instancia ha procedido con infracción de alguna norma de las que ordena el desarrollo del proceso, no debe conocer de nuevo de las actuaciones, porque al hacerlo podría verse comprometida su imparcialidad objetiva [...]”. Y cuando toma una decisión en función de la prueba ante él practicada, si después ha de presenciar una nueva prueba, por El mismo considerada improcedente y volverá decidir, es probable que de manera acaso inconsciente, bajo la inquietud de resolver lo que es justo, se prescinda de hecho, tal vez inqueridamente – sic –, de la nueva prueba y se mantenga El mismo resultado”*. (COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. 2016, 187 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 117)

ação rescisória; **iii)** da técnica de ampliação da colegialidade em recurso de apelação, constante do art. 942 do CPC/2015, que prevê a participação dos desembargadores vencedores na revisão oficiosa provocada pela existência de divergência no julgamento; **iv)** da participação do relator que proferiu decisão monocrática no julgamento do recurso de agravo interno interposto¹⁰⁹.

3.2 O viés de trancamento (*lock-in effect*)

Talvez o viés de trancamento¹¹⁰, que está associado diretamente ao viés de confirmação, seja o mais importante para nossos estudos em razão de sua oposição direta às prerrogativas democráticas relacionadas ao princípio do contraditório de influência e ao princípio da imparcialidade.

O *lock-in effect*, ou viés de trancamento, é um exemplo de viés cognitivo que foi identificado previamente nas áreas da economia e da psicologia, mas amplamente aplicável à análise da forma de decidir do magistrado.

O mencionado efeito faz com que o julgador, ao revisitar uma decisão anterior (uma decisão liminar, por exemplo), a ela se vincule pelo fato de nela ter investido, anteriormente, tempo e pesquisa. Apesar de o julgador não estar adstrito à decisão liminar proferida, aquela causa uma sistematização cognitiva¹¹¹ capaz de influenciar o pronunciamento final¹¹².

Kevin Lynch afirma que esse viés pode ser encontrado sob outras nomenclaturas, como *escalation of commitment*, *entrapment*, *face-saving*, *self-justification*, *effort justification* ou *path dependence*¹¹³.

¹⁰⁹ Além dos citados desacertos, o autor menciona ainda o problema “da prolação da sentença penal condenatória pelo mesmo juiz que já apreciara pedido de prisão cautelar ou de concessão de medidas na fase investigativa como busca e apreensão, interceptação telefônica e quebra de sigilo fiscal e bancário”; e dos “artigos 230 e seguintes do Regimento Interno do STF, que preveem que o juiz do inquérito policial pode presidir o respectivo processo penal”. (COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. 2016, 187 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 117)

¹¹⁰ Tradução livre para *lock-in effect*.

¹¹¹ Uma espécie de pré-vinculação interpretativa que conduzirá a análise do magistrado de forma não isenta, como deveria ser segundo uma visão processual constitucional democrática.

¹¹² LYNCH, Kevin J. **The lock in effect of preliminary injunctions**. University of Denver Sturm College of Law, 2013.

¹¹³ LYNCH, Kevin J. **The lock in effect of preliminary injunctions**. University of Denver Sturm College of Law, 2013, p. 01, rodapé.

Preliminarmente, o mesmo autor afirma que sua escolha pelo termo *lock-in* se deveu ao fato dessa nomenclatura ajudar a entender a dinâmica que leva aos vieses sistêmicos decorrentes da vinculação judicial à decisão liminar proferida¹¹⁴.

Nas palavras de Lynch,

“Eu utilizo o termo *lock-in* para descrever uma situação onde um decisor chega a uma decisão inicial sobre uma questão, que depende de uma alocação de recursos, e revisita esta decisão posteriormente. O *lock-in* ocorre ao passo que é menos provável que o decisor mude sua decisão, mesmo diante de novas informações ou após maior tempo de reflexão, do que se não tivesse tido que tomar uma decisão inicial. O *lock-in* ocorre em função da tendência de querer justificar a alocação inicial de recursos, confirmando que a decisão inicial estava correta.”¹¹⁵

Ainda segundo Lynch, apesar de haver variações, de modo geral o efeito de trancamento (*lock-in effect*) pode ser percebido na atividade jurisdicional quando o juiz encontra motivos para honrar os esforços que foram anteriormente investidos em uma decisão inicialmente proferida, seja de forma consciente ou inconsciente¹¹⁶. Este comportamento se agrava num sistema como o brasileiro, no qual a quantidade de processos que os juízes possuem sob sua responsabilidade de análise e competência é extremamente alto.

Tais motivos podem ter o intuito interno de “demonstrar racionalidade com relação ao seu próprio raciocínio ou restaurar a consistência entre as consequências de suas ações e seu conceito próprio de tomada de decisão racional”¹¹⁷, ou o intuito externo de “demonstrar racionalidade para os outros, ou provar para os outros que

¹¹⁴ LYNCH, Kevin J. ***The lock in effect of preliminary injunctions***. University of Denver Sturm College of Law, 2013, p. 05.

¹¹⁵ LYNCH, Kevin J. ***The lock in effect of preliminary injunctions***. University of Denver Sturm College of Law, 2013, p. 05. Tradução livre. No original: “*Stated generally, I use 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 occurs to the extent that the decision-maker is less likely change her decision, even in light of new information or after more time for reflection, than she would be if she never was asked to make the initial decision. This lock-in occurs because of the tendency to want to justify the initial allocation of resources by confirming that the initial decision was correct*”.

¹¹⁶ LYNCH, Kevin J. ***The lock in effect of preliminary injunctions***. University of Denver Sturm College of Law, 2013, p. 11.

¹¹⁷ LYNCH, Kevin J. ***The lock in effect of preliminary injunctions***. University of Denver Sturm College of Law, 2013, p. 11. Tradução livre. No original: *desire to demonstrate rationality to himself or restore consistency between the consequences of his actions and a self-concept of rational decision making*”.

um erro grave era realmente a decisão correta em uma perspectiva de longo prazo”¹¹⁸.

Além disso, os juízes enfrentam, de modo geral, a angústia da quantidade de processos, da ausência de infraestrutura para o melhor cumprimento de sua função estatal e da pressão por resultados.

Conforme preceitua Dierle Nunes, após a segunda metade da década 1980, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve um “desbloqueio da litigiosidade”¹¹⁹ decorrente da cláusula de acesso à justiça constante do inciso XXXV de seu art. 5º.

O mesmo autor, em conjunto com Humberto Theodoro Júnior, Flávio Quinaud Pedron e Alexandre Bahia, afirma ainda que os cidadãos brasileiros têm como hábito característico a “delegação da resolução dos conflitos ao judiciário”, o que se demonstra facilmente por meio da constatação acerca da “hiperjudicialização de conflitos, mesmo daqueles que ordinariamente em outros sistemas são resolvidos pela ingerência das próprias partes mediante autocomposição”¹²⁰.

O Relatório Justiça em Números 2017 do Conselho Nacional de Justiça dá conta de que, no final de 2016, havia 18.011 cargos de magistrados providos no Poder Judiciário¹²¹.

Em contrapartida, o mesmo Relatório informa que o Judiciário finalizou o ano de 2016 com 105.034.389 processos judiciais em tramitação¹²².

A conta é longe de ser precisa, sobretudo levando em consideração as várias especialidades de órgãos da jurisdição, a quantidade de recursos humanos disponíveis em cada tribunal e a densidade populacional em diferentes estados e regiões do País. Inobstante, através de aritmética básica, conclui-se que cada magistrado, no Brasil, é responsável por, em média, 5.831 processos.

¹¹⁸ LYNCH, Kevin J. *The lock in effect of preliminary injunctions*. University of Denver Sturm College of Law, 2013, p. 11. Tradução livre. No original: *attempt to demonstrate rationality to others or to proves to others that a costly error was really the correct decision over a longer time perspective*.

¹¹⁹ NUNES, Dierle. **Processo Jurisdicional Democrático: Uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 141.

¹²⁰ THEODORO JR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre G. M. F. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 261-262.

¹²¹ BRASIL. CNJ. **Relatório Justiça em Números 2017**, p. 35. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/ccbf89236e608e0c2bc755bee863b68a.pdf>. Acesso em: 05/09/2017.

¹²² BRASIL. CNJ. **Relatório Justiça em Números 2017**, p. 36. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/ccbf89236e608e0c2bc755bee863b68a.pdf>. Acesso em: 05/09/2017.

Este número torna, se não impossível, muito difícil que a função jurisdicional seja exercida em harmonia com o que determina ordenamento jurídico no Estado Democrático de Direito.

É importante ressaltar, ainda, a diversidade de litigiosidades característica da atualidade. Os litígios não mais cingem-se em torno, tão somente, de questões privadas e patrimonialistas. Houve um alargamento do espectro de temáticas submetidas à análise judicial, inclusive no que toca à elaboração de políticas públicas. É nesse sentido o que afirma Ran Hirschl:

Uma das principais manifestações dessa tendência tem sido a judicialização da política — o recurso cada vez maior a tribunais e a meios judiciais para o enfrentamento de importantes dilemas morais, questões de política pública e controvérsias políticas. Com recém-adquiridos mecanismos de controle de constitucionalidade, tribunais superiores ao redor do mundo têm sido frequentemente chamados a resolver uma série de problemas — da extensão das liberdades de culto religioso e de expressão, dos direitos à igualdade e à privacidade e da liberdade de reprodução, a políticas públicas relacionadas à justiça criminal, à propriedade, ao comércio, à educação, à imigração, ao trabalho e à proteção ambiental. Manchetes sensacionalistas sobre decisões judiciais importantes a respeito de temas controversos — casamento entre pessoas do mesmo sexo, limites para o financiamento de campanhas e ações afirmativas, para dar apenas alguns exemplos— tornaram-se fenômeno comum. Isso está evidente nos Estados Unidos, onde o legado do controle de constitucionalidade acabou de atingir seu bicentenário. Aqui, os tribunais estão há muito tempo exercendo um papel significativo na elaboração de políticas públicas. Mas está igualmente evidente em democracias constitucionais mais jovens, que só estabeleceram mecanismos de controle de constitucionalidade nas últimas décadas. Enquanto isso, tribunais internacionais e tornaram o *locus* central de coordenação de políticas públicas em níveis global e regional, de assuntos comerciais e monetários a condições de trabalho e regulamentações ambientais.

Entretanto, a crescente importância política dos tribunais tem não apenas tornado mais abrangente, mas também se expandido em escopo, transformando-se assim em um fenômeno diverso, multifacetado, que vai muito além do conceito — que se tornou corrente — de elaboração de políticas públicas por juízes, por meio de decisões sobre direitos e da remarcação judicial das fronteiras entre órgãos do Estado. A judicialização da política agora inclui a transferência massiva, para os tribunais, de algumas das mais centrais e polêmicas controvérsias políticas em que uma democracia pode se envolver. Lembremo-nos de episódios como o resultado das eleições presidenciais de 2000 nos Estados Unidos, a nova ordem constitucional na África do Sul, o lugar da Alemanha na União Europeia, a guerra na Chechênia, a política econômica na Argentina, o regime de bem-estar social na Hungria, o golpe de Estado militar liderado por Pervez Musharraf no Paquistão, dilemas de justiça transicional na América Latina pós-autoritária e na Europa pós-comunista, a natureza secular do sistema político turco, a definição fundamental de Israel como um “Estado judeu e democrático”, ou o futuro político de Quebec e da federação canadense: todos esses e muitos outros problemas políticos altamente controversos foram articulados como problemas constitucionais. E isso tem sido acompanhado pela suposição de que os tribunais — e não os políticos, nem a própria população — seriam os fóruns apropriados para a tomada

dessas cruciais decisões. Para resumir, e parafraseando a observação de Alexis de Tocqueville (1961) sobre os Estados Unidos, não há no mundo do novo constitucionalismo quase nenhum dilema de política pública ou desacordo político que não se torne, cedo ou tarde, um problema judicial.¹²³

E o problema da hiperjudicialização, sem infraestrutura capaz de diluir o volume de trabalho, afeta diretamente a instância cognitiva do julgador, que se vê incumbido do dever de julgar e dar fluência a uma infinidade de processos, que se multiplicam a cada dia.

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*).

Após ter gasto tempo e recursos na análise do caso em sede liminar, de modo a avaliar a existência de requisitos autorizadores da concessão de medidas de urgência ou tutelas de evidência, o juiz deverá revisitar, quando da prolação da sentença, a decisão proferida anteriormente. E o viés de trancamento, associado ao viés de confirmação¹²⁴, exercerá coerção cognitiva de modo a favorecer uma confirmação da decisão liminar concedida.

Aqui há de se pontuar a necessária percepção dos profissionais, especialmente numa função de perfil parcial (como os advogados e membros do MP), de que seu ônus argumentativo num contexto processual contrário, em face de uma tutela provisória negativa, se amplia com a necessidade de uma interlocução oral mais efetiva com os decisores e com a produção de provas mais hígdas de sua linha defensiva, em face da tendência que o *lock in* gera de uma decisão definitiva que tão só confirme o conteúdo da decisão produzida em cognição sumária.

A questão é problemática na medida em que se verificam fatores externos ao processo – no caso, a pressão por resultados, a justificativa de alocação de recursos e a própria busca por informações que confirmem suas impressões iniciais - que acabam influenciando na decisão proferida pelo magistrado e sendo determinantes ao futuro das partes, estas, os elementos mais importantes da questão suscitada.

¹²³ HIRSCHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, mai. 2009. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533>. Acesso em: 18 Nov. 2017, p. 140-141.

¹²⁴ Pela busca de informações que confirmem seu entendimento pretérito, desconsiderando informações conflitantes com sua opinião, conforme exposto no item 3.1 acima.

Na perspectiva racional do direito, a decisão judicial deve ser fruto da análise de casos concretos, confrontados com normas gerais¹²⁵ pré-existentes, por uma subsunção do fato à norma¹²⁶ e em respeito ao devido processo legal, que tem como premissas fundamentais o princípio do contraditório como garantia de influência, permeado inseparavelmente pelo princípio da fundamentação racional das decisões (art. 93, IX, CF/88 e 489, CPC/2015). Sob o prisma racional da teoria da decisão jurídica, não se têm lugar para as subjetividades causadas pelo viés de trancamento (*lock-in effect*), associado ao viés de confirmação (*confirmation bias*).

3.3 O viés de retrospectiva (*hindsight bias*)

Outro viés de cognição identificado nos procedimentos judiciais é o viés de retrospectiva (*hindsight bias*).

O viés de retrospectiva está relacionado à predisposição das pessoas à avaliação da maior previsibilidade de ocorrência de eventos ou resultados, de forma retroativa, quando estes eventos ou resultados já são conhecidos¹²⁷.

Guthrie, Rachlinski e Wistrich afirmam que as pessoas superestimam sua suposta habilidade de hipoteticamente ter previsto o passado e acreditam que seus pares deveriam ter sido capazes de prever eventos antes disso ser possível¹²⁸.

Peer e Gamliel afirmam que esse fenômeno de “eu já sabia desde o princípio” já se demonstrou presente em diferentes áreas, como história, medicina, finanças e direito¹²⁹.

A fim de exemplificar o modo como este viés atua na atividade cognitiva, os mesmos autores apontam um experimento em que aos participantes foram dados

¹²⁵ Sejam regras, princípios ou outro tipo de elemento normativo coercitivo.

¹²⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Interferências extrajurídicas sobre o processo decisório no Supremo Tribunal Federal**. In: FELLET, André Luiz Fernandes, PAULA, Daniel Giotti de, NOVELINO, Marcelo: As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 359.

¹²⁷ PEER, Eyal, GAMLIEL, Eyal. **Heuristics and Biases in Judicial Decisions**. Court Review, Volume 49, p. 115. Disponível em <http://aja.ncsc.dni.us/publications/courtrv/cr49-2/CR49-2Peer.pdf>. Acesso em: 23 de agosto de 2017.

¹²⁸ GUTHRIE, Chris, RACHLINSKI, Jeffrey J., WISTRICH, Andrew J. **Inside de Judicial Mind**. Cornell Law Faculty Publications, 2001, p. 787. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1734&context=facpub>. Acesso em: 07 Jul. 2017.

¹²⁹ PEER, Eyal, GAMLIEL, Eyal. **Heuristics and Biases in Judicial Decisions**. Court Review, Volume 49, p. 115. Disponível em <http://aja.ncsc.dni.us/publications/courtrv/cr49-2/CR49-2Peer.pdf>. Acesso em: 23 de agosto de 2017.

alguns possíveis resultados para uma conduta, sendo-lhes informado qual deles é o que realmente ocorreu¹³⁰.

Após esta fase, os participantes foram perguntados acerca da probabilidade de cada resultado ocorrer. Apesar de terem sido informados diferentes resultados verdadeiros para os diferentes participantes, todos eles assinalaram maiores probabilidades ao resultado dito verdadeiro, independentemente de qual fosse¹³¹.

Afirmam os autores que, em que pese os eventos sejam menos previsíveis antes de acontecerem que após se consumarem, de maneira geral, as pessoas não conseguem ignorar a informação acerca do fato de determinado evento ter acontecido ou não, concedendo maior probabilidade retroativa aos casos em que o fato aconteceu¹³².

Jerry Kang *et al* afirmam que “sofremos do viés de retrospectiva e acreditamos que a situação que levou ao problema hoje deveria ter sido facilmente antevista ontem”¹³³.

Especificamente na atividade judicial, o viés de retrospectiva é relevante quando consideramos que a tarefa dos juízes envolve, às vezes, a avaliação da previsibilidade de um resultado para, então, avaliar se o agente levou em consideração a probabilidade da ocorrência do fato ao levar a cabo o comportamento danoso¹³⁴.

Lúcio Delfino e Ziel Ferreira Lopes citam um caso concreto em que a Suprema Corte norte-americana ressaltou a atenção que se deve ter com relação à armadilha cognitiva do viés de retrospectiva (*hindsight bias*):

¹³⁰ PEER, Eyal, GAMLIEL, Eyal. **Heuristics and Biases in Judicial Decisions**. Court Review, Volume 49, p. 115. Disponível em <http://aja.ncsc.dni.us/publications/courtrv/cr49-2/CR49-2Peer.pdf>. Acesso em: 23 de agosto de 2017.

¹³¹ PEER, Eyal, GAMLIEL, Eyal. **Heuristics and Biases in Judicial Decisions**. Court Review, Volume 49, p. 115. Disponível em <http://aja.ncsc.dni.us/publications/courtrv/cr49-2/CR49-2Peer.pdf>. Acesso em: 23 de agosto de 2017.

¹³² PEER, Eyal, GAMLIEL, Eyal. **Heuristics and Biases in Judicial Decisions**. Court Review, Volume 49, p. 115. Disponível em <http://aja.ncsc.dni.us/publications/courtrv/cr49-2/CR49-2Peer.pdf>. Acesso em 23 de agosto de 2017. Tradução livre. No original: “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.”

¹³³ KANG, Jerry; BENNET, Mark; CARBADO, Devon; CASEY, Pam; DASGUPTA, Nilanjana; FAIGMAN, David; GODSIL, Rachel; GREENWALD, Anthony G.; LEVINSON, Justin; MNOOKIN, Jennifer. **Implicit bias in the courtroom**. 59 UCLA Law Review 1124. Los Angeles, UCLA, 2012, p. 1128. Tradução livre. No original: “We suffer from hindsight bias and believe that what turns out to be the case today should have been easily foreseen yesterday”.

¹³⁴ PEER, Eyal, GAMLIEL, Eyal. **Heuristics and Biases in Judicial Decisions**. Court Review, Volume 49, p. 115. Disponível em <http://aja.ncsc.dni.us/publications/courtrv/cr49-2/CR49-2Peer.pdf>. Acesso em: 23 de agosto de 2017.

Estudos demonstram ser muito difícil realizar juízos sobre o acontecido, abstraindo-se completamente um resultado que no passado era desconhecido. 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 desconhecidas, mas que à época nem de longe era evidente ou facilmente perceptível de forma prévia.¹³⁵

Ao se tratar de responsabilidade civil, o que se percebe é que a mesma se afere a partir da observância, no caso concreto, da existência de um ato ilícito, de culpa por parte do agente, de um dano, e do nexo de causalidade entre ambos¹³⁶. O grau de culpa não é um fator determinante – visto que a indenização se mede pela extensão do dano¹³⁷.

Entretanto, a avaliação quanto à previsibilidade do dano é fundamental para a averiguação da existência de culpa. Isso porque caso o agente não esteja sendo imprudente, imperito ou negligente, não poderá ser responsabilizado por danos decorrentes, visto que caso algum dano venha a ocorrer, decorrerá de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima ou de terceiro – salvo nos casos de responsabilidade objetiva¹³⁸.

O viés de retrospectiva (*hindsight bias*), nesse ponto, pode atuar dificultando que o julgador reconheça a inexistência de culpa quando conhecido o resultado danoso, havendo, portanto, uma distorção quanto à interpretação do caso concreto.

3.4 Viés de ancoragem e ajustamento (*anchoring and adjustment bias*)

¹³⁵ DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. **Streck, Fonseca Costa, Kahneman e Tversky: Todos contra o ativismo judicial probatório de Michele Taruffo**. *RePro* ano 41, vol. 255, maio/2016, p. 159.

¹³⁶ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil. 3.ed.** Salvador: JusPodivm, 2016, p. 152.

¹³⁷ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil. 3.ed.** Salvador: JusPodivm, 2016, p. 199-200.

¹³⁸ Conforme preceituam César Fiuza e Bruno de Almeida Lewer Amorim, a responsabilidade objetiva independe de culpa, de modo que os requisitos essenciais para a ocorrência do dever de indenizar são a conduta antijurídica, substituindo a culpa, o dano e o nexo de causalidade, “[...] ou seja, o liame existente entre a conduta antijurídica e o dano”. (AMORIM, Bruno de Almeida Lewer; FIUZA, César. **Considerações práticas acerca da responsabilidade objetiva**. *Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva*, Curitiba, v. 2. N.2, p. 01-20, jul/dez 2016, p. 6).

O viés de ancoragem e ajustamento (*anchoring and adjustment bias*) está relacionado à tendência de que as pessoas se valham de informações aleatórias para dar respostas a questões concretas.

Conforme Guthrie, Rachlinski e Wistrich, ao fazerem estimativas numéricas, as pessoas comumente se baseiam no valor inicial disponibilizado. Isso acontece, por exemplo, ao se aferir o valor médio de mercado de uma casa. O valor inicial proposto tende a ancorar as estimativas finais.¹³⁹

Os mesmos autores afirmam ainda que na maior parte das vezes, essa confiança nas âncoras é razoável porque elas têm de fato informações importantes acerca do que se pretende avaliar. Entretanto, pesquisas demonstram que mesmo que a âncora não tenha qualquer relação com o item que se pretende avaliar, seguem influenciando no julgamento acerca da questão¹⁴⁰.

Nicolas Epley e Thomas Gilovich iniciam seu artigo *Putting Adjustment Back in the Anchoring and Adjustment Heuristic* afirmando que, para responder a questões exatas, as pessoas consideram um número que sabem ser errado para poder estimar a resposta correta. Isso acontece quando se pergunta “em que ano George Washington foi eleito?”, “qual o ponto de congelamento da vodka?”, dentre outros¹⁴¹.

Nesse esqueleto, afirmam que as pessoas se baseiam espontaneamente em âncoras que prontamente vêm à cabeça e ajustam suas respostas na direção mais apropriada, usando o que Kahneman e Tversky chamaram de *anchoring and adjustment heuristic*¹⁴².

Desse modo, para responder às questões iniciais, as pessoas costumam inicialmente pensar que a independência dos Estados Unidos da América ocorreu em 1776, e que então George Washington deve ter sido eleito após este ano; e que

¹³⁹ GUTHRIE, Chris, RACHLINSKI, Jeffrey J., WISTRICH, Andrew J. *inside de Judicial Mind. Cornell Law Faculty Publications*, 2001, p. 787. Disponível em <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1734&context=facpub>. Acesso em 07/07/2017.

¹⁴⁰ GUTHRIE, Chris, RACHLINSKI, Jeffrey J., WISTRICH, Andrew J. *inside de Judicial Mind. Cornell Law Faculty Publications*, 2001, p. 787. Disponível em <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1734&context=facpub>. Acesso em: 07/07/2017.

¹⁴¹ EPLEY, Nicholas, GILOVICH, Thomas. *Putting adjustment back in the anchoring and adjustment heuristic*. In: *Heuristics and biases: The psychology of intuitive judgment*. Cambridge University Press, 2002, p. 139.

¹⁴² EPLEY, Nicholas, GILOVICH, Thomas. *Putting adjustment back in the anchoring and adjustment heuristic*. In: *Heuristics and biases: The psychology of intuitive judgment*. Cambridge University Press, 2002, p. 139

o álcool congela em uma temperatura menor que a água, então a vodka deve congelar em alguma temperatura menor que 32º Fahrenheit¹⁴³.

Para concluir que este tipo de raciocínio é uma constante entre as pessoas e que se trata de uma heurística do pensamento, Kahneman e Tversky desenvolveram um experimento em que era dado aos participantes um número aleatório e, depois, a eles era perguntado se a resposta a uma questão é maior ou menor do que o número dado anteriormente. Depois dessa questão comparativa, era perguntada aos participantes uma resposta exata acerca da questão. Restou demonstrado que as respostas exatas das pessoas eram influenciadas pela comparação inicial com a âncora aleatória e irrelevante¹⁴⁴.

Acerca dos experimentos de Kahneman e Tversky, Costa relata:

Em seu estudo clássico *Judgment under uncertainty*, Tversky e Kahneman fizeram aos participantes duas perguntas consecutivas – uma comparativa e outra absoluta – sobre o percentual de países africanos nas Nações Unidas. Na pergunta comparativa, os participantes indicaram se a porcentagem de países africanos nas Nações Unidas foi maior ou menor que um número arbitrário: 65 (âncora alta) ou 10 (âncora baixa). Na pergunta absoluta, os participantes foram convidados a arriscar sua melhor estimativa sobre o percentual real. A estimativa média dos países africanos na ONU entre os participantes que receberam a âncora alta foi de 45%; por sua vez, a estimativa foi de 25% para os participantes que receberam a âncora baixa.¹⁴⁵

Kahneman e Tversky concluíram que o viés de ancoragem e ajustamento não ocorre apenas quando é dado um número (âncora) inicial, mas também quando o agente baseia sua estimativa no resultado de uma computação incompleta de dados:

Um estudo de estimação numérica intuitiva ilustra este efeito. Dois grupos de estudantes de ensino médio estimaram, em 5 segundos, uma expressão numérica escrita no quadro negro. Um grupo estimou o produto da multiplicação 8x7x6x5x4x3x2x1, enquanto o outro grupo estimou o produto da multiplicação 1x2x3x4x5x6x7x8. Para rapidamente responder a tais questões, pessoas podem realizar alguns passos de computação e estimar

¹⁴³ EPLEY, Nicholas, GILOVICH, Thomas. **Putting adjustment back in the anchoring and adjustment heuristic.** In: *Heuristics and biases: The psychology of intuitive judgment*. Cambridge University Press, 2002, p. 139

¹⁴⁴ EPLEY, Nicholas, GILOVICH, Thomas. **Putting adjustment back in the anchoring and adjustment heuristic.** In: *Heuristics and biases: The psychology of intuitive judgment*. Cambridge University Press, 2002, p. 139

¹⁴⁵ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia.** 2016, 187 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 108.

o produto pela extrapolação ou ajustamento. Como ajustamentos são tipicamente insuficientes, este procedimento deve levar à subestimação do resultado, de forma esperada. Como o resultado dos primeiros passos da multiplicação (realizada da esquerda para a direita) é maior na sequência descendente do que na sequência ascendente, a primeira expressão deve ter resultados estimados maiores que a segunda, de forma esperada. Ambas as predições foram confirmadas. A média estimada para a sequência ascendente foi de 512, enquanto a média estimada para a sequência descendente foi 2.250. A resposta correta seria 40.320.¹⁴⁶

As conclusões relativas à incidência da heurística de ancoragem e ajustamento têm relevante importância no âmbito do direito processual na medida em que são capazes de afetar os julgamentos, sobretudo criminais e relacionados a indenizações por danos morais, que são a princípio intangíveis do ponto de vista da valoração monetária do dano.

No âmbito criminal, é possível observar a incidência do viés de ancoragem e ajustamento na relação existente entre o tempo de prisão pedido pelo Órgão de Execução do Ministério Público na denúncia e o tempo de prisão fixado pelo julgador. Costa cita o exemplo de um estudo realizado a partir da análise de 555 sentenças penais proferidas entre 1980 e 1995. Naquela oportunidade, concluiu-se que 63,6% (353) das sentenças proferidas pelas *Audiencias Provinciales y Juzgados de lo Penal de La Comunidad Autónoma Gallega* “estavam, em maior ou menor medida, guiadas por um efeito de ancoragem em relação aos termos da denúncia”¹⁴⁷.

O mesmo autor faz referência, ainda, a pesquisas realizadas na Alemanha que demonstraram que a ancoragem, no processo criminal, pode ser imposta também pela mídia, sobretudo nos casos de maior apelo popular. Os julgadores

¹⁴⁶ KAHNEMAN, Daniel, TVERSKY, Amos. **Judgement under uncertainty: Heuristics and biases**. Science, Vol. 185, p. 1128. Tradução livre. No original: “Anchoring occurs not only when the starting point is given to the subject, but also when the subject bases his estimate on the result of some incomplete computation. A study of intuitive numerical estimation illustrates this effect. Two groups of high school students estimated, within 5 seconds, a numerical expression that was written on the blackboard. One group estimated the product $8 \times 7 \times 6 \times 5 \times 4 \times 3 \times 2 \times 1$, while another group estimated the product $1 \times 2 \times 3 \times 4 \times 5 \times 6 \times 7 \times 8$. To rapidly answer such questions, people may perform a few steps of computation and estimate the product by extrapolation or adjustment. Because adjustments are typically insufficient, this procedure should lead to underestimation. Furthermore, because the result of the first few steps of multiplication (performed from left to right) is higher in the descending sequence than in the ascending sequence, the former expression should be judged larger than the latter. Both predictions were confirmed. The median estimate for the ascending sequence was 512, while the median estimate for the descending sequence was 2,250. The correct answer is 40,320.”

¹⁴⁷ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. 2016, 187 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 110.

acabam sendo afetados pela própria cobertura midiática do caso, para além da pressão existente em prol de uma condenação¹⁴⁸.

É conveniente ressaltar que a heurística de ancoragem acontece também com elementos não numéricos, capazes de moldar a interpretação de um caso. Isso acontece, por exemplo, quando há contato de juízes ou jurados com provas ilícitas.

Peer e Gamliel, em seu artigo, relacionam a inabilidade de se ignorar provas ilícitas com o fenômeno dos vieses de cognição. Argumentam que quando provas ilícitas, (evidências inadmissíveis) são apresentadas em julgamentos com júri, muitos estudos demonstram que, em que pese os juízes instruírem o júri para que ignorem ou para que não considerem tais provas, a inabilidade dos jurados para não considerá-las é notável¹⁴⁹.

As decorrências dessa inabilidade para desconsiderar provas ilícitas certamente têm maior repercussão no processo penal, especialmente nos casos que, por sua natureza, são de competência para julgamento por um júri popular, formado por cidadãos com pouco ou nenhum conhecimento jurídico (art. 74, §1º, Código de Processo Penal).

Inobstante, é relevante considerar que juízes de carreira também podem ser afetados pela inabilidade de ignorar provas ilícitas. Peer e Gamliel apontam que um experimento demonstrou que juízes experientes sofrem da mesma inabilidade em desconsiderar provas ilícitas, tal como inexperientes membros de um júri.

No estudo em questão, um grupo de juízes e um grupo de jurados foram convidados a ler sobre um caso que envolvia a confiabilidade de um produto incluindo (ou não incluindo) material enviesante, e foram instruídos (ou não) a desconsiderar a prova ilícita/inadmissível. Os veredictos de ambos os grupos dependeram fortemente do fato de o material inadmissível estar ou não incluído entre as evidências, mas as decisões não eram alteradas se a evidência era considerada inadmissível¹⁵⁰.

¹⁴⁸ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. 2016, 187 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 110.

¹⁴⁹ PEER, Eyal, GAMLIEL, Eyal. *Heuristics and Biases in Judicial Decisions*. Court Review, Volume 49, p. 116. Disponível em <http://aja.ncsc.dni.us/publications/courtrv/cr49-2/CR49-2Peer.pdf>. Acesso em: 25 de agosto de 2017.

¹⁵⁰ PEER, Eyal, GAMLIEL, Eyal. *Heuristics and Biases in Judicial Decisions*. Court Review, Volume 49, p. 116. Disponível em <http://aja.ncsc.dni.us/publications/courtrv/cr49-2/CR49-2Peer.pdf>. Acesso em: 26 de agosto de 2017.

Tal fato demonstra que mesmo os juízes são passíveis de afetação por provas ilícitas/inadmissíveis, que funcionam como âncoras em relação à moldagem da solução que será dada ao caso, ainda que os juízes saibam que não deveriam ser suscetíveis a estas influências.

Desse modo, faz-se premente a análise crítica acerca das modalidades de impedimento e suspeição existentes no ordenamento jurídico, abordando-se de forma expressa a suspeição do magistrado que tiver contato com provas ilícitas ou inadmissíveis, conforme se verá mais adiante no presente estudo.

Por fim, em relação ao viés de ancoragem e ajustamento, insta salientar que, conforme sugerido por Costa,

Se o juiz criminal se ancora na denúncia do Ministério Público, não é difícil imaginar que no recurso de apelação o tribunal se ancore na sentença apelada e que no julgamento colegiado o resto da turma julgadora se ancore no voto do relator.

Nesse pormenor, o mesmo autor cita um experimento realizado na Alemanha com 116 juízes que foram separados em dois grupos. Aos juízes do primeiro grupo foi informado que uma determinada demanda envolvia um pedido de indenização decorrente de um atropelamento que teve como resultado a confinamento do autor à permanência em uma cadeira de rodas pelo resto de sua vida. O caso tramitava no Tribunal Federal e não constava das informações o valor pedido pelo autor a título de indenização. Já para o segundo grupo de juízes, foi incluída a informação de que haveria uma exceção de incompetência formulada pelo réu baseada no fato de o caso não superar o limite mínimo de \$75.000,00 necessários para que o caso tramitasse no Tribunal Federal. Certo é que esta informação não deveria influenciar o resultado final da condenação, entretanto, os estudos demonstraram que houve uma diferença de mais de 40% entre o valor médio das indenizações concedidas pelos juízes do primeiro grupo (sem ancoragem) e o valor médio das indenizações concedidas pelos juízes do segundo grupo (com ancoragem)¹⁵¹.

O que se percebe é que o valor concedido à causa, ou ao pedido de indenização por danos morais, o tempo de prisão pedido pelo Ministério Público, ou

¹⁵¹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. 2016, 187 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 111-112.

mesmo o contato com provas ilícitas, têm o condão de influenciar o julgador a partir da heurística de ancoragem.

Entretanto, na perspectiva do processo sob a ótica democrática, não há espaço para que âncoras – muitas vezes aleatórias ou, ao menos, infundadas – exerçam influência sobre o resultado das decisões. Caso isso permaneça ocorrendo, estar-se-á permitindo que subjetividades gerem distorções jurídicas. Nesse ponto, é fundamental que sejam estudados e realizados, a todo momento, esforços de *debiasing*, sejam preventivos ou corretivos, conforme se verá adiante.

3.5 Viés de *status quo*¹⁵²

Interessante aos objetivos e problemas relacionados à presente pesquisa, faz-se necessário ressaltar um outro viés, denominado viés de *status quo* (*status quo bias*), que está, também, diretamente relacionado aos vieses de confirmação (*confirmation bias*) e trancamento (*lock-in effect*).

Por meio do viés de *status quo*, os tomadores de decisão, diante da necessidade de analisar e decidir entre situações alternativas, tendem a manter a posição já consolidada. Seguir a alternativa em vigor (*status quo alternative*) significa, para o tomador de decisão, uma diminuição de seu trabalho em relação à necessidade de análise da questão, pois não precisará empreender um novo raciocínio ao manter uma decisão anterior¹⁵³.

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*¹⁵⁴.

Juarez Freitas contempla o viés de *status quo* como sendo um dos principais vieses de cognição observáveis na atividade jurisdicional:

¹⁵² *Status quo* é uma expressão em latim que pode ser traduzida como “estado atual”, ou “estado das coisas”. É como que a expressão seja utilizada também acompanhada do vocábulo “ante” (*status quo ante*), significando “o estado das coisas anteriormente”.

¹⁵³ Para maiores explicações acerca do viés de *status quo*, ver SAMUELSON, William, ZECKHAUSER, Richard. ***Status quo bias in decision making***. Journal of Risk and Uncertainty, 1: 7-59, Boston, Kluwer Academic Publishers, 1988, p. 8. No referido artigo, os autores demonstram, de forma empírica, a tendência de se preferir uma opção pelo simples fato de ela já estar em vigor.

¹⁵⁴ SAMUELSON, William, ZECKHAUSER, Richard. ***Status quo bias in decision making***. Journal of Risk and Uncertainty, 1: 7-59, Boston, Kluwer Academic Publishers, 1988, p. 47.

(d) o viés de *status quo*: a predisposição de manter as escolhas feitas, ainda que disfuncionais, anacrônicas e obsoletas. Ocorre, por exemplo, quando o intérprete, tendo adotado uma linha de orientação jurisprudencial, resigna-se a mantê-la, mesmo que o precedente não reencontre os pressupostos de sua consolidação. É típico dos partidários do movimento originalista radical (com as suas variantes e vicissitudes lógicas) e daqueles que rejeitam o senso de adaptação perante mudanças imperiosas, como ilustra a dificuldade em aceitar o controle jurisdicional das políticas públicas.

Nesse aspecto, chegamos um tema importante relacionado ao sistema processual brasileiro, pós-entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015: a sistemática dos precedentes¹⁵⁵.

Inobstante o fato de ser fruto de uma doutrina secular desenvolvida nos países do *common law*, a aplicação de precedentes com força normativa é ainda incipiente no direito brasileiro. Se referindo ao sistema de precedentes existente na Inglaterra, salienta Antônio Aurélio de Souza Viana, que é “claro que há diferenças na dinâmica entre os dois países, mas a busca pela estabilidade da jurisprudência é um ponto certo de convergência entre os países”¹⁵⁶.

Diante das diretrizes ditadas pela perspectiva econômica do direito, que se preocupa tão somente com a máxima produção e com a diminuição de riscos, o argumento de utilização de premissas associadas aos países do *common law*, que historicamente ostentam excelente desenvolvimento financeiro, torna-se atrativo¹⁵⁷.

Nesse sentido, buscou-se importar técnicas de padronização decisória sob a justificativa de se promover a otimização do sistema jurídico pátrio. Entretanto, como adverte Viana,

¹⁵⁵ Acerca da noção de sistema, nos reportamos à advertência realizada por Antônio Aurélio de Souza Viana, para quem “[...] a noção de sistema, à luz da qual se pode desenvolver o estudo dos precedentes no CPC/2015, exige a compreensão mínima de predicados ou caracteres do próprio sistema. Lançou-se a hipótese de inexistência de demarcação teórica quanto ao uso da noção de sistema na Exposição de Motivos do Código. Nesse cenário de inquietante indefinição, basta indicar que, à configuração de um determinado sistema (ou subsistema) jurídico, de menor significância é a quantidade de enunciados normativos ou o batismo jurídico como sistema, como normalmente ocorre com os códigos, nos quais se presume o atributo da sistematicidade. Diferentemente, o que mais importa para a configuração de um sistema de precedentes judiciais – poder-se-ia falar em subsistema –, para nós, poderia ser resumido em três aspectos: a) a coerência de enunciados legais que convergem a prol de uma finalidade específica; b) a estrutura organizacional de emissão de pronunciamentos; e c) a autoridade exercida pela estrutura organizacional anteriormente mencionada.” (VIANA, Antônio Aurélio de Souza. **Precedentes no CPC/2015 e a mutação no ônus argumentativo**. 2017, 284 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017, p. 137).

¹⁵⁶ VIANA, Antônio Aurélio de Souza. **Precedentes no CPC/2015 e a mutação no ônus argumentativo**. 2017, 284 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017, p. 137.

¹⁵⁷ VIANA, Antônio Aurélio de Souza. **Precedentes no CPC/2015 e a mutação no ônus argumentativo**. 2017, 284 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017, p. 200.

[...] a importação brasileira do modelo estrangeiro é feita por fragmentos, o que acaba por desfigurar o direito interno, promovendo-se uma tosca mistura modelar e, o pior, descarta-se do solo teórico responsável por dar respaldo ao desenvolvimento dos modelos estrangeiros.¹⁵⁸

Não é objetivo do presente estudo analisar o sistema de precedentes no Brasil, que se procura inaugurar com a entrada em vigor do CPC/2015. Entretanto, entender as implicações dos vieses de cognição, sobretudo do viés de *status quo*, na sistemática de precedentes, é de salutar importância para nossos interesses.

A consequência direta da presença do viés de *status quo* é a observação de um “atroz ativismo regressivo, que zomba da dignidade [...]”¹⁵⁹. A filiação inadvertida de julgadores a decisões prévias, sem que seja feito um trabalho de efetivo enquadramento das premissas do caso concreto às premissas do caso julgado anteriormente, conduz a um preocupante quadro de engessamento do direito e falta de legitimidade das decisões.

Conforme alerta Viana, “a estruturação dada ao direito jurisprudencial pelo CPC/2015 pode acarretar no aproveitamento de correntes positivistas, inclusivas ou exclusivas”. E continua:

O risco de adoção desse tipo de proposta é acarretar o achatamento do processo diante de um sistema de precedentes obrigatórios, emanados por Cortes Supremas, os quais não devem ser rediscutidos em instâncias inferiores pois se acredita num critério positivista que impossibilita a mudança de conteúdos jurídicos sob a justificativa da própria autoridade dos tribunais.¹⁶⁰

É importante observar que a utilização de um sistema de precedentes no direito brasileiro gera a necessidade de dimensionamento de mecanismos argumentativos que sejam capazes de garantir aos interessados a possibilidade de individualizar seus casos, de modo a distingui-los do precedente (*distinguish*) ou

¹⁵⁸ VIANA, Antônio Aurélio de Souza. **Precedentes no CPC/2015 e a mutação no ônus argumentativo**. 2017, 284 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017, p. 200.

¹⁵⁹ FREITAS, Juarez. **A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais**. Revista da AJURIS, v. 40, n. 130, junho de 2013, p. 234.

¹⁶⁰ VIANA, Antônio Aurélio de Souza. **Precedentes no CPC/2015 e a mutação no ônus argumentativo**. 2017, 284 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017, p. 202-203.

superá-lo (*overruling*), desde que devidamente identificada a razão de decidir ou *ratio decidendi*¹⁶¹.

Assim, quando se afirma que o viés de *status quo* tem o condão de gerar uma predisposição para que o decisor julgue de acordo com o que já foi decidido, é possível enxergar um esvaziamento das garantias constitucionais e processuais de acesso à justiça e de influência sobre a decisão, que se daria mediante a efetivação do contraditório dinâmico. Aqui não estamos tratando da vinculação ao precedente pela efetiva pertinência de aplicação, mas sim de uma simplificação desastrosa.

Nesse pormenor, destaca-se que já se dissecou o modelo atitudinal de julgamento, caracterizado pela incorporação das ideologias pessoais do julgador à motivação das decisões, acaba por implementar a adoção de critérios metajurídicos de decisão¹⁶². Nesse sentido,

[...] tem-se um método de escolha não baseado somente em ditames legais, o que denota certa dependência e dificuldade de controle por parte dos jurisdicionados, já que entregues à autoridade decisional e à *alea* do decisor. Assim, em não havendo chance de controle por meio de critérios jurídicos, a democracia e a participação dos interessados na consecução do *decisum* ficam em segundo plano, subjugadas às atitudes imprevisíveis de cada julgador.¹⁶³

Isso porque, se o julgador se prende à solução jurídica passada tão somente por uma simplificação cognitiva (heurística) que lhe permite reduzir a carga de trabalho¹⁶⁴, estar-se-á muito distante do que se pretende em termos de legitimação democrática das decisões judiciais.

3.6 O viés de aversão à perda

¹⁶¹ Acerca do tema, ver VIANA, Antônio Aurélio de Souza. **Precedentes no CPC/2015 e a mutação no ônus argumentativo**. 2017, 284 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017, p. 241-252.

¹⁶² VIEIRA, Lucas Theodoro Dias, SILVA, Natanael Lud Santos e. **O modelo atitudinal de julgamento, os vieses de cognição e a colegialidade corretiva: Breves considerações**. In: Direito na Atualidade: Uma Análise Multidisciplinar. André Vicente Leite de Freitas, Fernanda Paula Diniz, Henrique Viana Pereira (Organizadores). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 85-86.

¹⁶³ VIEIRA, Lucas Theodoro Dias, SILVA, Natanael Lud Santos e. **O modelo atitudinal de julgamento, os vieses de cognição e a colegialidade corretiva: Breves considerações**. In: Direito na Atualidade: Uma Análise Multidisciplinar. André Vicente Leite de Freitas, Fernanda Paula Diniz, Henrique Viana Pereira (Organizadores). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 85-86.

¹⁶⁴ SAMUELSON, William, ZECKHAUSER, Richard. **Status quo bias in decision making**. Journal of Risk and Uncertainty, 1: 7-59, Boston, Kluwer Academic Publishers, 1988.

O último viés de cognição que analisaremos de forma mais detalhada – sem prejuízo dos demais vieses de cognição que podem acometer as decisões judiciais – tem fundamental importância para o nosso estudo: o viés de aversão à perda.

Conforme Freitas, o viés de aversão à perda representa uma “predisposição de valorizar mais as perdas do que os ganhos”¹⁶⁵.

O viés de aversão à perda está amplamente relacionado a uma perspectiva de representatividade social e à forma como o agente é visto por seus pares. Representa um temor de que os demais membros de um grupo enxerguem o agente negativamente, dependendo de seu sucesso ou insucesso em suas atividades.

No âmbito jurídico, o viés de aversão à perda pode ser caracterizado como uma tendência de que evitemos estabelecer uma divergência de entendimento em razão de uma aversão à hipótese de que saíamos derrotados¹⁶⁶.

O viés de aversão à perda representa uma explicação para o fato de que componentes de uma turma julgadora, às vezes, deixem de manifestar uma dissonância interpretativa pelo receio de que seu voto seja minoritário dentre os decisores, o que representaria uma suposta desvalorização de sua posição naquele grupo.

Para além do efeito psicológico do desinteresse em aparentar uma derrota (aversão à perda), esta característica imanente à tomada de decisão humana se relaciona também com as decorrências de um viés político nos julgamentos, por meio do qual os julgadores tendem a evitar a realização de julgamentos com entendimentos dissidentes de seus pares como forma de prevenir que os outros julgadores divirjam de seu entendimento em situações que lhe sejam interessantes.

Nesse sentido, Cardoso e Horta afirmam que a interpretação jurídica dada a um caso por um julgador pode depender do contexto em que ele está inserido:

Em decisões polêmicas, que envolvem questões politicamente delicadas, a depender das audiências que desejem agradar, juízes podem interpretar o Direito no sentido esperado por um grupo específico, para melhorar a sua reputação. Seja para granjear apoio dos colegas magistrados, seja para impressionar tribunais superiores para os quais eventualmente podem ser promovidos, seja para acenar para um movimento social ou grupo de pressão com o qual possui laços fortes; ou ainda, para fortalecer sua influência no meio acadêmico, ou ganhar ampla publicidade na imprensa, a

¹⁶⁵ FREITAS, Juarez. **A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais**. Revista da AJURIS, v. 40, n. 130, junho de 2013, p. 234.

¹⁶⁶ FREITAS, Juarez. **A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais**. Revista da AJURIS, v. 40, n. 130, junho de 2013, p. 234.

busca por aprovação pode ser um importante componente a guiar o comportamento estratégico judicial. Nesse sentido, é plausível supor que uma antiga prática, da qual se queixam advogados, e se valem membros do Ministério Público, seja mesmo efetiva em influenciar resultados judiciais: o uso intensivo da mídia como forma de pressão sobre o magistrado em casos rumorosos.

A influência do contexto social se manifesta também no próprio ambiente de trabalho. Muitos tribunais se organizam em colegiados, em que as decisões são tomadas por maioria dos votos dos juízes que os integram. Cientistas políticos há muito vêm apontando que juízes geralmente agem estrategicamente para se esquivar de derrotas certas no colegiado, e evitam divergir dos demais integrantes da turma, salvo quando decidem alguma questão que lhes é particularmente cara do ponto de vista ideológico.¹⁶⁷

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 jurisprudência¹⁶⁸, pode levar a efeitos deletérios de perda de dissenso interpretativo.

Sunstein já chamava a atenção à necessidade de dissenso ao alertar que diante da inexistência de conflito de entendimentos, na ausência de opiniões contrárias, diminui-se a possibilidade de analisar opções alternativas, o que pode conduzir a resultados ruins que poderiam ter sido evitados¹⁶⁹.

Sunstein exemplifica algumas situações em que o conformismo conduziu a situações desastrosas, dentre elas o episódio da invasão, pelos Estados Unidos da América, à Baía dos Porcos, em que nenhum membro do grupo de conselheiros do Presidente Kennedy se posicionou contrariamente à invasão, ainda que um deles, Arthur Schlesinger Jr., tivesse dúvidas quanto à possibilidade de sucesso da operação¹⁷⁰.

¹⁶⁷ CARDOSO, Renato C., HORTA, R. L. **Julgamento e tomada de decisão no direito**. 2017. Capítulo ainda não publicado, no prelo.

¹⁶⁸ Conforme art. 926 do CPC/2015.

¹⁶⁹ SUNSTEIN, Cass R. **Por que as sociedades precisam de dissenso**. In: Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, ano 4, n.º 13, jan/mar. 2006, p. 6

¹⁷⁰ *A Casa Branca*. Em 16 de abril de 1961, a Marinha e a Força Aérea dos EUA e a Agência Central de Inteligência apoiaram 1.500 exilados cubanos num esforço para invadir Cuba, na Baía dos Porcos. A invasão foi um fracasso retumbante. Dois navios de suprimentos estadunidenses foram afundados por aviões cubanos; dois desistiram; quatro falharam em chegar no horário previsto. O exército cubano, composto por 20.000 soldados bem treinados, matou uma parte dos invasores e capturou a maior parte dos restantes 1.200. Os EUA conseguiram a libertação dos prisioneiros, mas apenas mediante o pagamento de 53 milhões de dólares em ajuda externa a Cuba, juntamente com a humilhação internacional e o estreitamento das relações entre Cuba e a União Soviética. Logo depois do fracasso, o Presidente Kennedy perguntou "Como eu pude ser tão estúpido em permitir que eles fossem em frente?" A resposta ao enigma não reside nas limitações dos conselheiros de Kennedy, que eram um grupo excepcionalmente experiente e talentoso. Não obstante sua experiência e talento, nenhum membro daquele grupo se opôs à invasão ou propôs alternativas. Alguns conselheiros de Kennedy mantinham dúvidas pessoalmente, mas, segundo Arthur Schlesinger Jr., eles "nunca se opuseram, em parte pelo medo de serem qualificados como 'frouxos' ou não

O mesmo autor afirma que o conformismo é “um curso de ação razoável [...]”. Uma razão pela qual nós adotamos comportamentos conformes aos alheios é que frequentemente nós carecemos de informação própria [...]”¹⁷¹.

Entretanto, quando o conformismo é exercido pelo mero medo de errar, ou por um viés político, estar-se-á perdendo a possibilidade de vislumbrar situações alternativas que podem representar a melhor solução ao problema. Ademais, este tipo de enviesamento reduz a importância do debate e coloca em xeque os procedimentos deliberativos adotados pelos nossos tribunais.

Esse é um problema gerado pelo viés de aversão à perda, sobretudo quando pensamos no contexto dos tribunais pátrios, em que a ausência de dissenso, em boa parte das vezes, não ocorre pela real concordância interpretativa, mas por circunstâncias externas ao caso concreto, conduzindo a um esvaziamento do princípio da colegialidade e de sua potencialidade corretiva.

confiáveis aos olhos de seus colegas.” O fracasso em expressar aquelas dúvidas foi relevante. Segundo Schlesinger, que foi um participante daquelas reuniões, “os conselheiros de maior hierarquia de Kennedy... foram unanimemente favoráveis a ir-se em frente... Se um dos conselheiros de maior hierarquia tivesse se oposto à aventura, eu creio que Kennedy a teria cancelado. Ninguém se manifestou contra ela”. Schlesinger tinha suas próprias dúvidas, mas não as manifestou: “Nos meses seguintes à Baía dos Porcos, eu me reprovei amargamente por ter ficado em tamanho silêncio durante aquelas discussões cruciais... Eu apenas posso explicar meu próprio fracasso em fazer mais do que levantar umas poucas tímidas questões mediante a confissão de que o impulso individual de soprar o apito naquele absurdo era algo simplesmente eliminado pelas circunstâncias da discussão”. (SUNSTEIN, Cass R. **Por que as sociedades precisam de dissenso**. In: Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, ano 4, n.º 13, jan/mar. 2006, p. 4).

¹⁷¹ SUNSTEIN, Cass R. **Por que as sociedades precisam de dissenso**. In: Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, ano 4, n.º 13, jan/mar. 2006, p. 6.

4 MODELO DEMOCRÁTICO DE PROCESSO: PROCESSO CONSTITUCIONAL, IMPARCIALIDADE E TEORIA NORMATIVA DA COMPARTICIPAÇÃO – PRESSUPOSTOS TEÓRICOS PARA AS PROPOSTAS DE MITIGAÇÃO DOS VIESES DE COGNIÇÃO

O processo, lido na perspectiva do Estado Democrático de Direito, pode ser entendido como um procedimento discursivo de fundamentação estruturada que fomenta o melhor debate para formação decisória¹⁷².

Nesta perspectiva, sobretudo após o advento da Constituição Federal de 1988, a função jurisdicional só pode ser exercida mediante a instauração de processo em acepção democrática, atento aos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e fundamentação das decisões com base na reserva legal¹⁷³.

Neste aspecto fundante, o processo assume não só a posição de garantidor de direitos fundamentais, como de efetivo direito fundamental. A norma ínsita no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal garante o direito fundamental de se postular do Estado a tutela jurisdicional¹⁷⁴.

Fora do âmbito exclusivo do constitucionalismo processual pátrio, é relevante ressaltar os dizeres de Eduardo Couture, que, baseado na jurisprudência do continente americano como um todo, afirmou que “uma lei que prive o indivíduo de seu direito de recorrer à justiça é uma lei inconstitucional”¹⁷⁵.

Paralelamente, a fim de se obter a melhor decorrência jurídica do que se possa entender pelo procedimento em contraditório, afirma-se que o processo é um ambiente que tem como objetivo a construção compartilhada do pronunciamento a partir da efetiva influência argumentativa de todos os sujeitos processuais. Tal assertiva se colhe dos ensinamentos de Aroldo Plínio Gonçalves que, com base na obra de Elio Fazzalari, afirma que:

¹⁷² THEODORO JR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre G. M. F. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p 87-101.

¹⁷³ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. 3ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 38.

¹⁷⁴ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. 3ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 90.

¹⁷⁵ COUTURE, Eduardo Juan. **Introdução ao estudo do processo civil**. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Lider, 2003, p. 25.

O processo começará a se caracterizar como uma “espécie” do “gênero” procedimento, pela participação na atividade de preparação do provimento, dos “interessados”, juntamente com o autor do próprio provimento. Os interessados são aqueles em cuja esfera particular o ato está destinado a produzir efeitos, ou seja, o provimento interferirá, de alguma forma, no patrimônio, no sentido de *universumius* dessas pessoas.

[...]

O processo começa a se definir pela participação dos interessados no provimento na fase que o prepara, ou seja, no procedimento. Mas essa definição se concluirá pela apreensão da específica estrutura legal que inclui essa participação, da qual se extrairá o predicado que identifica o processo, que é o ponto de sua distinção: a participação dos interessados, em contraditório entre eles:

[...]

Chega-se, assim ao processo como “espécie” de procedimento realizado através do contraditório entre os interessados, que, no processo jurisdicional, são as partes.¹⁷⁶

Destes apontamentos iniciais se pode depreender que a decisão judicial, portanto, depende de forma insofismável do debate instaurado em torno dos fatos jurídicos apresentados e da efetiva participação das partes na construção do provimento, de modo que os argumentos expendidos ao longo do trâmite processual, seja pela parte demandante, seja pelo requerido, seja pelo órgão de execução do Ministério Público, atuando como fiscal do ordenamento jurídico, devem ser devidamente analisados pelo órgão julgador, devendo ser explicitada fundamentadamente sua pertinência ou não para a resolução da questão controversa alçada a debate.

Nesse desiderato, pode-se falar, na relação direta existente entre o princípio do contraditório de influência, o dever de fundamentação racional, o princípio da imparcialidade e a validade da decisão judicial, conforme se depreende do próprio art. 489, §1º, do Código de Processo Civil de 2015.

Entretanto, a tomada de decisão pelo julgador, que deveria ser balizada objetivamente pelas circunstâncias fático-jurídicas expostas argumentativamente por meio da garantia do contraditório como influência e não surpresa parece, às vezes, se basear na intimidade, na subjetividade e na falta de zelo do agente decisor, o que retira do processo sua característica de *accountability*. Afinal, o processo deve ser “garantia contra o exercício ilegítimo e poderes públicos e privados [...] com o fim de controlar os provimentos dos agentes políticos e garantir a legitimidade discursiva e

¹⁷⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 96.

democrática das decisões”¹⁷⁷. No presente capítulo, verificar-se-ão os pressupostos teóricos para as propostas de *debiasing* preventivo e corretivo, que se seguirão.

4.10 processo constitucional e o Estado Democrático de Direito

O processo constitucional afigura-se como uma disciplina que busca apontar as confluências existentes entre o Processo e a Constituição por meio de “sua interconexão na aplicação do direito a partir de uma perspectiva dinâmica dos direitos fundamentais”¹⁷⁸. Para que se entenda o significado da expressão processo constitucional é necessário que se faça uma digressão acerca do que pode ser entendido como Estado Democrático de Direito.

Conforme afirmam Nunes e Bahia, no Estado Democrático de Direito, [...] “democracia e constitucionalismo devem andar lado a lado, em relação de tensão, sob pena de que, a prevalência de um sem o outro acabe gerando ditadura”¹⁷⁹.

E continuam:

A Democracia trabalha com a ideia de maiorias: temas são apresentados e a maioria dos votantes elege a opção vencedora. A Constituição, por outro lado, funciona como repositório de direitos fundamentais de que minorias podem se valer para se defender contra pretensões da maioria.¹⁸⁰

A análise da alteração paradigmática operada com o ensejo do Estado Democrático de Direito necessita da percepção das decorrências do giro linguístico-ontológico, caracterizado pela valorização da linguagem enquanto meio capaz de mediatizar as relações entre sujeito e objeto¹⁸¹.

¹⁷⁷ MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. **O que é um modelo democrático de processo?** Revista do Ministério Público do RS. Porto Alegre, n.º 73, jan. 2013 – abr. 2013, p. 195.

¹⁷⁸ NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Processo Constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito**. Revista Eletrônica de Direito Processual, Volume IV. Disponível em <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iv/processo-constitucional-uma-abordagem-a-partir-dos-desafios-do-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 11/11/2017

¹⁷⁹ NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: Alguns apontamentos**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n.º 101, p. 61-96 jul./dez. 2010, p. 63.

¹⁸⁰ NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: Alguns apontamentos**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n.º 101, p. 61-96 jul./dez. 2010.

¹⁸¹ NUNES, Dierle. **Direito Constitucional ao Recurso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 131-132.

Por meio da linguagem, permitiu-se a concepção de uma teoria do discurso, pela qual se admite a legitimidade de normas de ação a partir do procedimento discursivo-argumentativo¹⁸².

Desse modo, toda norma, para a consecução de sua legitimidade, deverá ser objeto de reiterada problematização. A prática discursiva, portanto, se traduz na própria legitimidade democrática da norma. Nesse sentido, Dierle Nunes afirma, com esteio nos ensinamentos de Jüurgen Habermas, que:

Para que ocorra a conversão do princípio do discurso em princípio da democracia, faz-se mister a institucionalização jurídica do primeiro, de modo a proporcionar uma compreensão de que o Direito emana do povo, possibilitando a todo sujeito de direito igual liberdade comunicativa de se posicionar sobre qualquer pretensão [...].¹⁸³

Nessa toada, a compreensão do paradigma do Estado Democrático de Direito depende da percepção de que o Direito apenas se legitima a partir de procedimentos argumentativo-discursivos concordes “com os direitos fundamentais e com o princípio da soberania do povo”¹⁸⁴.

A perspectiva democrática, segundo Nunes:

[...] reside na manutenção da tensão entre perspectivas liberais e sociais, a comunidade de trabalho deve ser revista em perspectiva policêntrica e participativa, afastando qualquer protagonismo e se estruturando a partir do modelo constitucional de processo.¹⁸⁵

A Constituição Brasileira de 1988 extrapola a perspectiva tradicional relacionada à mera instituição de prescrições gerais acerca da organização do Estado, trazendo a lume também determinações principiológicas relacionadas a temáticas de Direito Civil, Tributário, Penal e Processual¹⁸⁶.

Nesse íterim, afirma Lenio Luiz Streck que:

¹⁸² COSTA, Reginaldo da. **Discurso, direito e democracia em Habermas**. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (orgs.). *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, p. 42.

¹⁸³ NUNES, Dierle. **Direito Constitucional ao Recurso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 135.

¹⁸⁴ NUNES, Dierle. **Direito Constitucional ao Recurso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 138.

¹⁸⁵ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 215.

¹⁸⁶ NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Processo Constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito**. Revista Eletrônica de Direito Processual, Volume IV. Disponível em <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iv/processo-constitucional-uma-abordagem-a-partir-dos-desafios-do-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 11/11/2017.

[...] a renovada supremacia da Constituição vai além do controle de constitucionalidade e da tutela mais eficaz da esfera individual de liberdade. Com as constituições democráticas do século XX assume um lugar de destaque outro aspecto, qual seja, o da Constituição como norma diretiva fundamental, que se dirige aos poderes públicos e condiciona os particulares de tal maneira que assegura a realização dos direitos fundamentais-sociais (direitos sociais lato sensu, direito à educação, à subsistência ou ao trabalho). A nova concepção de constitucionalismo une precisamente a ideia de Constituição como norma fundamental de garantia com a noção de Constituição enquanto norma diretiva fundamental¹⁸⁷.

A Constituição representa uma junção das exigências processuais que têm como objetivo a condução de um sistema de garantias e direitos fundamentais¹⁸⁸.

Nesta toada, é perceptível a necessidade de uma reformulação dos institutos relacionados ao processo de modo que se adequem à perspectiva e aos ditames constitucionalmente instituídos. Isso porque, como afirmam Nunes e Bahia:

De fato, a Constituição Brasileira de 1988 consagrou inúmeros direitos e garantias especificamente processuais, confirmando a tendência à constitucionalização do processo, dando a este (seja processo civil, penal, procedimentos administrativos e mesmo privados) uma nova conformação adequada ao Estado Democrático de Direito. Só para citar alguns: inafastabilidade do controle jurisdicional (5º, XXXV); Juízo natural (5º, XXXVII); princípio da legalidade e anterioridade da norma penal (5º, XXXIX); devido processo legal (5º, LIV); direito ao contraditório e à ampla defesa (5º, LV); fundamentação racional das decisões e publicidade (art. 93, IX); duração razoável do processo (5º, LXXVIII) princípio da presunção de inocência (5º, LVII); além das garantias do habeas corpus (5º, LXVIII), mandando de segurança (5º, LXIX), mandado de injunção (5º, LXXI), habeas data (5º, LXXII) e a ação popular (5º, LXXIII).¹⁸⁹

A disciplina tocante ao Processo Constitucional nasceu em meio a uma perspectiva socializadora do processo¹⁹⁰, decorrente do Estado Constitucional

¹⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3ª. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 113-114.

¹⁸⁸ DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 103.

¹⁸⁹ NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Processo Constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito**. Revista Eletrônica de Direito Processual, Volume IV. Disponível em <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iv/processo-constitucional-uma-abordagem-a-partir-dos-desafios-do-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 11/11/2017

¹⁹⁰ Acerca da perspectiva socializadora de processo, afirmam Francisco José Borges Motta e Adalberto Narciso Hommerding, com base na obra de Dierle Nunes, que “Nesse horizonte – de problematização dos efeitos deletérios do liberalismo e de uma tentativa de melhoria da técnica processual – é que germina o movimento da socialização processual, idealizada por autores como Menger, Klein e Bulow, a partir do qual se enfraquece o papel das partes e reforçam-se os poderes dos magistrados. Com efeito, Anton Menger assumiu uma postura crítica aos ideais liberais, principalmente o da igualdade formal, anotando que, na luta de classes, os ricos sempre eram privilegiados com a passividade judicial; daí a sua defesa de um reforço da função judicial, sendo que o magistrado deveria assumir um duplo papel: de educador (extraprocessualmente, deveria instruir os

Social, que tinha como prerrogativa um “reforço, especialmente após a segunda grande guerra, do papel do Poder Judiciário [...]”¹⁹¹. Nessa tônica, Ítalo Andolina afirma que “o processo coloca-se, também, como instrumento de atuação (em chave dinâmica e propulsiva) dos modelos de ‘jurisdicionalidade plena’ delineados pela Constituição”¹⁹². Entretanto, na atual perspectiva constitucional, o processo não deve ser entendido como instrumento da jurisdição, mas sim como uma garantia de controle da mesma, por meio do devido processo legal.

Nesse sentido é o que afirmam Nunes e Bahia:

A partir do momento em que, ao lado de se configurar em uma garantia processual, passa a ser também uma garantia material, o due process impõe limites ao exercício dos poderes do Estado. O Judiciário não pode julgar e condenar alguém sem que a este sejam garantidos voz e meios para se defender. Doutro lado, o Legislativo (e o Executivo) não podem adotar medidas que venham a ferir o núcleo de direitos fundamentais do cidadão - nessa época circunscritos a direitos individuais contra a ingerência do Estado.¹⁹³

É notável a observação feita por Nunes, de que a hermenêutica constitucional positivista se encontra superada pelo aparecimento, no segundo pós-guerra, de “linhas pós-positivistas, como as comunitaristas-teleológicas ou a procedimentalista normativa”, que, segundo o autor, permitem novas perspectivas relacionadas ao estudo do direito processual¹⁹⁴.

Essa noção permite afastar a ultrapassada dualidade entre direito processual constitucional e direito constitucional do processo, tendo em vista a existência de uma “base principiológica uníssona aplicável a todo e qualquer processo, já que todo

cidadãos a respeito do direito vigente); e de representante dos pobres (endoprocessualmente, deveria assumir a representação da classe mais pobre). (MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. **O que é um modelo democrático de processo?** Revista do Ministério Público do RS. Porto Alegre, n.º 73, jan. 2013 – abr. 2013, p. 186/187.

¹⁹¹ NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Processo Constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito**. Revista Eletrônica de Direito Processual, Volume IV. Disponível em <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iv/processo-constitucional-uma-abordagem-a-partir-dos-desafios-do-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 11/11/2017

¹⁹² ANDOLINA, Ítalo. **O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional**. Revista de Processo v. 87, p. 63-69. São Paulo, jul./set. 1997, p. 65.

¹⁹³ NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Processo Constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito**. Revista Eletrônica de Direito Processual, Volume IV. Disponível em <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iv/processo-constitucional-uma-abordagem-a-partir-dos-desafios-do-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 11/11/2017.

¹⁹⁴ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 215.

e qualquer processo é constitucional, seja em razão de sua fundamentação ou de sua estrutura”¹⁹⁵.

Para Ronaldo Brêtas, o processo constitucional se baseia primordialmente no devido processo legal, que leva em conta a reunião de uma série de direitos fundamentais:

[...] a viga mestra do processo constitucional é o devido processo legal, cuja concepção é desenvolvida tomando-se por base os pontos estruturais adiante enumerados, que formatam o devido processo constitucional ou modelo constitucional de processo: a) o direito de ação (direito de postular a jurisdição); b) o direito de ampla defesa; c) o direito ao advogado ou ao defensor público; d) o direito à produção da prova; e) o direito ao processo sem dilações indevidas, de sorte a ser obtida uma decisão jurisdicional em prazo razoável; f) o direito a uma decisão proferida por órgão jurisdicional previamente definido no texto constitucional (juízo natural ou juízo constitucional) e fundamentada no ordenamento jurídico vigente (reserva legal); g) o direito ao recurso, na perspectiva de coextensão do direito de ampla defesa.”¹⁹⁶

É levando em consideração todas as garantias incorporadas ao processo face à sua interlocução com a Constituição que se conclui pela impossibilidade de que se continue admitindo que a jurisdição seja exercida de modo solipsista e autoritário, sem que seja garantido às partes o direito de efetiva participação na construção do provimento.

Nesse ponto, Nunes, com esteio na teoria discursiva de Jürgen Habermas, afirma que:

[...] há de se afastar por completo o ideal monológico que assegura ao juiz um “privilégio cognitivo” no procedimento de decisão judicial, eis que caso isto fosse possível poder-se-ia até mesmo acabar com o espaço procedimental discursivo do processo, como *iter* formador dos provimentos, impedindo a possibilidade de que novas informações e melhores argumentos pudessem ser propostos. Essa impossibilidade de análises solipsistas pelo juiz, na prática da decisão, leva obrigatoriamente à percepção de uma perspectiva intersubjetiva e comparticipativa do processo jurisdicional, que possibilitará uma releitura das garantias constitucionais processuais que balizam este processo e atribui uma visão democrática ao direito processual.”¹⁹⁷

¹⁹⁵ BARROS, Flaviane de Magalhães. **O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição.** In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro.* Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 333-334.

¹⁹⁶ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito.** 3ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 118.

¹⁹⁷ NUNES, Dierle. **Direito Constitucional ao Recurso.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 139-140.

Nunes e Barros alertam para a importância atribuída ao processo no período pós-constitucionalista, afirmando que se trata de uma “estrutura democratizante de participação dos interessados em todas as esferas de poder, de modo a balizar a tomada de qualquer decisão no âmbito público”¹⁹⁸. Nesse sentido:

Tal situação gerou o crescimento da importância do processo, que passou a garantir a efetiva influência dos cidadãos em qualquer tomada de decisão, uma vez que foi se afastando paulatinamente a possibilidade de que uma pessoa, instituição e/ou órgão pudessem ter privilégio cognitivo na formação dos provimentos estatais.

O processo começa a ser percebido como um instituto fomentador do jogo democrático, eis que todas as decisões devem provir dele, e não de algum escolhido com habilidades sobre-humanas.¹⁹⁹

A perspectiva do processo constitucional como disciplina jurídica que permite um alinhamento das diretrizes processuais constitucionais no intuito de se efetivar a garantia de direitos fundamentais e o controle da jurisdição, ao fim e ao cabo, desemboca na definição do modelo democrático de processo.

Com Motta e Hommerding, é possível identificar pontos de complementaridade entre as perspectivas da Escola Mineira de Processo a partir de dois de seus expoentes, de modo a se formular uma definição do modelo democrático de processo. Afirmam os autores que a perspectiva de André Leal toma como base uma inversão da compreensão do processo como instrumento da jurisdição, colocando, em verdade, a jurisdição à disposição do processo:

A crítica de André Leal à concepção de processo *como instrumento da jurisdição* (que, segundo se viu, deita raízes na ciência bulowiana, congruente com o socialismo processual e com o Movimento do Direito Livre) faz com que – no limite – se inverta esta lógica, ou seja, que a *jurisdição seja compreendida como instrumento do processo democrático*. Explicando melhor, o processualista mineiro, negando o caráter de “ciência” da empreitada de Bulow (que é qualificada como uma tecnologia da jurisdição), nega a existência de uma jurisdição legitimada *a priori*, ou seja, nega a identidade entre a atividade *judicial* e a atividade *jurisdicional*. O processo, então, não seria um “meio” (como em Bulow) para a obtenção de uma decisão vinculativa do poder estatal, que teria como destinatários meros *coadjuvantes da relação jurídico-processual*, mas um procedimento regido pela principiologia constitucional. Sua saída é desenvolver (com

¹⁹⁸ NUNES, Dierle, BARROS, Flaviane de Magalhães. **As reformas processuais macroestruturais brasileiras**. In: BARROS, Flaviane de Magalhães, BOLZON DE MORAIS, José Luis. (Coords.). Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 20.

¹⁹⁹ NUNES, Dierle, BARROS, Flaviane de Magalhães. **As reformas processuais macroestruturais brasileiras**. In: BARROS, Flaviane de Magalhães, BOLZON DE MORAIS, José Luis. (Coords.). Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 19-20.

inspiração em Fazzalari) uma *teoria do processo jurisdicional a partir do processo*, seguindo da noção de que todo provimento normativo estatal tem origem no procedimento que o prepara. O entretecimento entre direito e legitimidade, visto a partir de uma compreensão procedimentalista do direito (teoria discursiva da democracia), faz com que se institucionalize o chamado *princípio do discurso* (Habermas) através da principiologia constitucional do processo (contraditório, ampla defesa e isonomia). E, assim, não há jurisdição sem que um procedimento assegure as condições para que os afetados pelas decisões possam participar da construção e interpretação normativas, bem como fiscalizá-las.²⁰⁰

Por outro lado, afirmam os autores que, em Nunes, a democratização do processo civil é realizada a partir de uma reconstrução histórica das estruturas processuais e dos eixos de comparticipação e policentrismo:

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 bülowiana), mas sim, interdependência, na qual a procedimentalidade é a 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 ao perfil democrático dos Estados de direito da alta modernidade. Assume-se um paradigma procedimental³⁶ de Estado Democrático de Direito, no qual se impõe a prevalência concomitante da soberania do povo e dos direitos fundamentais (cooriginários e reciprocamente constitutivos) 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 da atuação 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.²⁰¹

Desse modo, afirmam Motta e Hommerding que os dois posicionamentos “concebem a decisão judicial como um problema democrático, a ser resolvido, de

²⁰⁰ MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. **O que é um modelo democrático de processo?** Revista do Ministério Público do RS. Porto Alegre, n.º 73, jan. 2013 – abr. 2013, p. 194-195.

²⁰¹ MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. **O que é um modelo democrático de processo?** Revista do Ministério Público do RS. Porto Alegre, n.º 73, jan. 2013 – abr. 2013, p. 195-196.

alguma forma, mediante uma leitura forte dos princípios constitucionais”²⁰². Além disso, afirmam que não há democracia sem participação: “[...] a construção da decisão judicial é uma questão de democracia. Isso nos autoriza dizer: não haverá processo jurisdicional democrático sem que se assegure a *participação* dos interessados na obtenção do provimento”²⁰³.

Nesse particular, um dos objetivos institucionais da processualidade democrática se baseia na criação de mecanismos legais de participação e controle contrafático da jurisdição. Esse controle se dá mediante a instituição de ônus discursivos processuais que envolvem tanto as partes como o magistrado, sendo esta a base da teoria normativa da comparticipação, amparada pelo processo constitucional, e que se delinea mediante a garantia de imparcialidade, conforme se verá adiante.

4.2 A garantia de imparcialidade como fundamento da jurisdição

O sistema normativo brasileiro é composto por regras, princípios²⁰⁴ distribuídos nos diversos estatutos e códigos que compõem a legislação federal, estadual e municipal, mas tem como fundamento primordial e ponto de partida hermenêutico a Constituição Federal de 1988.

Mas para além de funcionar como ponto de partida hermenêutico, a Constituição Federal deve ser considerada, também, ponto de chegada “de qualquer análise que seja feito direito processual civil”²⁰⁵.

E justamente por ser um *locus* de partida e chegada interpretativa, a Constituição Federal contém regras e princípios que dimensionam o sistema jurídico e a jurisdição de forma ampla.

O artigo X da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 já previa que “todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre

²⁰² MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. **O que é um modelo democrático de processo?** Revista do Ministério Público do RS. Porto Alegre, n.º 73, jan. 2013 – abr. 2013, p. 196.

²⁰³ MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. **O que é um modelo democrático de processo?** Revista do Ministério Público do RS. Porto Alegre, n.º 73, jan. 2013 – abr. 2013, p. 200.

²⁰⁴ THEODORO JR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre G. M. F. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 54.

²⁰⁵ SOUZA, André Pagani de. **Vedação das decisões surpresa no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 27.

seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”²⁰⁶.

Como bem aponta Costa, os textos constitucionais têm tratado a imparcialidade como direito fundamental, sendo ela garantida ainda por tratados de direitos humanos, como é o caso do inciso LIV do art. 5º da CF/88, dos arts. 1º a 8º do Código de Ética da Magistratura, do art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, dentre outros²⁰⁷.

O mesmo autor afirma ainda que a:

[...] imparcialidade é atributo essencial de um juiz, não acidental. Trata-se de elemento integrado ao conceito mesmo de jurisdição. *Grosso modo*, o legislador cria o direito; o juiz aplica o direito como um terceiro revestido de garantias de imparcialidade; o administrador aplica-o como parte ou como um terceiro não revestido dessas garantias. Daí por que o juiz deliberadamente parcial não é juiz. É administrador travestido em juiz. É assistente social fantasiado com toga. É insurgente, que aprisiona o processo civil nos cárceres do direito administrativo. Como se não bastasse, ‘parcialidade positiva em favor do autor’ equivale logicamente a ‘parcialidade negativa em desfavor do réu’. No entanto, inúmeros textos normativos nacionais e internacionais garantem ao réu um juiz imparcial(...). Se assim é, o ‘juiz positivamente parcial’ não passa de fonte inexaurível de nulidades.²⁰⁸

Apesar de defender uma postura ativa do magistrado na “busca pela verdade dos fatos” através da ampliação de seus poderes instrutórios²⁰⁹-o que refutamos com vigor– Michele Taruffo, em sua obra “Uma simples verdade – O Juiz e a construção dos fatos” afirma que provavelmente jamais se duvidou da assertiva relativa ao ideal de imparcialidade do juiz. Para o autor:

[...] a imparcialidade é, desde sempre, um princípio fundamental de qualquer sistema de administração da justiça, sendo, não por acaso, enunciado em inúmeros documentos, como, por exemplo, no art. 6 n. 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Há, por conseguinte, sabor de obviedade na introdução da referência à imparcialidade do juiz no art. 111 da Constituição italiana (realizada com a reforma de 1999), mesmo que essa novidade não tenha sido totalmente irrelevante, tendo servido de pretexto para uma literatura que se ocupou sobretudo da hipótese de

²⁰⁶ **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, art. X. Disponível em http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 19/06/2017.

²⁰⁷ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias**. *RBDPro* 90/153-173.

²⁰⁸ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias**. *RBDPro* 90/153-173.

²⁰⁹ DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. **Streck, Fonseca Costa, Kahneman e Tversky: Todos contra o ativismo judicial probatório de Michele Taruffo**. *RePro* ano 41, vol. 255, maio/2016.

parcialidade derivada do fato do próprio juiz já se ter ocupado da mesma controvérsia.²¹⁰

É de se observar que a Constituição Federal Brasileira de 1988 não menciona a imparcialidade expressamente, entretanto, a jurisdição deve ser exercida com imparcialidade de forma pressuposta²¹¹.

Inobstante, é de se dizer que, no âmbito infraconstitucional, a imparcialidade é tratada por meio de disposições negativas no Código de Processo Civil, em seus artigos 144 e 145, nos quais são reguladas as disposições relativas ao impedimento e à suspeição do juiz e dos servidores do juízo.

Ao proibir que um agente impedido ou suspeito atue no processo, está-se falando de norma que busca evitar a quebra de imparcialidade, requisito da própria jurisdição no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Entretanto, o que se observa é que a mera existência de normas que visam proibir a quebra de imparcialidade através da recusa e abstenção de magistrado²¹² não é capaz de, de fato, fazer valer este princípio informativo do sistema.

Nesse ponto, é importante ter em mente a existência de correntes teóricas baseadas nas instâncias mentais inconscientes da psique humana e na sociologia do conhecimento²¹³ que têm como objetivo negar a “possibilidade de concreção da garantia constitucional de imparcialidade”, sugerindo e defendendo suposta “parcialidade positiva do juiz apta a legitimar a mitigação da legalidade com vistas à realização de imperativos de justiça”²¹⁴.

²¹⁰ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade – O Juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 143.

²¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 219.

²¹² DALLE, Ulisses Moura. **Técnica processual e imparcialidade do juiz**. In: BRETAS, Ronaldo de Carvalho Dias, SOARES, Carlos Henrique (coords.). *Técnica Processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 88.

²¹³ Aqui fazemos referência às obras de Artur César de Souza e Liza Bastos Duarte. (SOUZA, Arthur César de. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008; e DUARTE, Liza Bastos. **A impossibilidade humana de um julgamento imparcial**. In: *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, ano 3, n.º 12, p. 226-259, out-dez, 2002.

²¹⁴ DALLE, Ulisses Moura. **Técnica processual e imparcialidade do juiz**. In: BRETAS, Ronaldo de Carvalho Dias, SOARES, Carlos Henrique (coords.). *Técnica Processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 71. O autor, no artigo em questão, refuta tais teorias com base nos ensinamentos de, aliados às pesquisas de Dierle Nunes, no paradigma do modelo procedimentalista de Estado Democrático de Direito.

Segundo Ulisses Moura Dalle, a sociologia do conhecimento, com base em postura irracionalista que valoriza mais as emoções e paixões que as experiências e os argumentos, possibilitaram a criação de um

[...] trabalho de engenharia social [...] legitimado por uma espécie de aptidão inata aos magistrados para, mediante a autoanálise, conseguir acesso ao inconsciente e, assim procedendo, afastar tanto os preconceitos que orientaram o legislador quando da elaboração do texto normativo, quanto os seus próprios preconceitos.²¹⁵

O mesmo autor nega veementemente a referida posição de pretensa parcialidade positiva do juiz, afirmando que a forma de se garantir a imparcialidade passa pelo modelo procedimentalista de Estado de Direito Democrático e por técnicas processuais ínsitas ao Processo Jurisdicional Democrático, sobretudo as relativas ao entendimento da normatividade do contraditório de influência e não surpresa²¹⁶.

Inobstante, de modo geral, o que se tem observado é, de um lado, a ausência de percepção dos enviesamentos cognitivos, que pelo desconhecimento induz uma falsa compreensão da imparcialidade ao pressupô-la mesmo quando fica evidente a contaminação cognitiva, por exemplo, pelo desprezo dos argumentos ou das provas de um dos litigantes.

Ou, de outro lado ainda pior, o fomento por determinadas linhas teóricas de uma parcialidade mediante um “sadio protagonismo judicial”²¹⁷, potencializado por concepções socializadoras do processo²¹⁸. Isso se dá a partir de um abandono crescente da necessária separação que deveria existir entre a instância de responsabilidade política do juiz enquanto terceiro imparcial e sua instância pessoal, subjetiva.

²¹⁵ DALLE, Ulisses Moura. **Técnica processual e imparcialidade do juiz**. In: BRETAS, Ronaldo de Carvalho Dias, SOARES, Carlos Henrique (coords.). *Técnica Processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 75.

²¹⁶ DALLE, Ulisses Moura. **Técnica processual e imparcialidade do juiz**. In: BRETAS, Ronaldo de Carvalho Dias, SOARES, Carlos Henrique (coords.). *Técnica Processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 79-89.

²¹⁷ Acerca das perspectivas que endossam esse “sadio protagonismo judicial”, cita-se Renato Nalini, por todos: “Aceitar a plenitude da função interpretativa do juiz implica conceder a ele larga margem de liberdade na indagação do sentido da norma. [...] A lei contemporânea é algo imperfeito e a única possibilidade de vir a ser aplicada sem causar injustiças é o intelecto do juiz. Ele irá decodificá-la, completá-la, aperfeiçoá-la, tirar dela o sentido possível.” (NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**. Campinas: Millennium, 2006, p. 267-269).

²¹⁸ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 107.

Conforme preceitua Streck²¹⁹, pelo princípio da imparcialidade o juiz não deve dizer o direito a partir de sua subjetividade, sob pena de a decisão se transformar em mera escolha desconectada do aspecto deontológico do direito e da atividade decisória.

Aliás, acreditamos que resida aí a diferença entre decisão jurisdicional e escolha. A decisão jurisdicional deve levar em conta o sistema jurídico (mediante se levar em consideração fatos, provas e argumentos jurídicos trazidos aos autos do processo) e não o sistema moral ou a moral individual do agente julgador.

Ao se permitir que a atividade da jurisdição se desenvolva a partir de escolhas pautadas pela subjetividade do agente, estar-se-á ferindo de morte o princípio-garantia da imparcialidade à vista de que o sistema jurídico estará sendo desprezado em detrimento de concepções pessoais do julgador.

Toda vez que o decisor despreza a possibilidade de estar enviesado por uma suposta imparcialidade intrínseca, se deve acender o sinal amarelo de risco à sua própria imparcialidade. Por ser um humano (e poder se enviesar em suas atividades decisórias como qualquer um), o magistrado deve perceber a relevância normativa do uso dinâmico das garantias do devido processo constitucional, mediante um diálogo realmente genuíno, como possibilidade de colocar à prova seus próprios (pré)juízos que poderão estar distorcidos.

Os vieses de cognição²²⁰ – ou heurísticos²²¹ – podem induzir, como já visto, a confirmação de sua escolha de acordo com uma decisão liminar anteriormente proferida nos autos; com fragmentos do ordenamento jurídico, de forma desassociada e desprovida de fundamentação; ou com provas cuja produção foi por

²¹⁹ Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-out-16/senso-incomum-salvo-lei-morto-moral-decidir-juizes>. Acesso em: 12/01/2017.

²²⁰ Como visto, os vieses de cognição (*cognitive biases*) são “um fenômeno estudado pela psicologia social e pela ciência cognitiva, significando erros e predisposições comuns no processamento mental que afetam a crença das pessoas e seu entendimento do mundo à sua volta” (CLEMENTS, Cory S. ***Perception and Persuasion in Legal Argumentation: Using Informal Fallacies and Cognitive Biases to Win the War of Words***. Brigham, 2013, p. 334).

²²¹ Conforme Eduardo José da Fonseca Costa, em sua tese de doutoramento já referida, “as heurísticas são procedimentos de simplificação mental. Deles se utiliza inevitavelmente a mente humana para processar informações complexas vindas do exterior e possibilitar a tomada de decisões de forma eficiente. Trata-se de juízos intuitivos, não fundamentados, baseados em conhecimento parcial, experiência ou suposições, que às vezes são corretos e às vezes são errados, sem haver uma segurança lógica absoluta”. (COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. 2016, 187 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 44)

ele determinadas e que atendam à sua concepção pessoal e/ou anterior em relação ao caso.

Fernando Laércio Alves da Silva afirma que a imparcialidade não deve ser lida tão somente como absoluta neutralidade e responsabilidade pela mera marcha processual, ou como posição ativa do julgador em busca da de uma suposta verdade real dos fatos. Para o autor, a imparcialidade deve ser compreendida por meio da restrição dos poderes instrutórios do juiz, mantendo-se ele afastado da prática de atividades de investigação ou instrução processual, as quais deverão ficar a cargo das partes²²².

Antônio do Passo Cabral afirma que “imparcialidade é sinônimo de neutralidade, que impõe um mandado de distanciamento (*Distanzgebot*) para certas figuras, como o magistrado²²³. E segue afirmando:

[...] a justificativa processual para a preservação da imparcialidade do juiz ou do membro do MP é a cláusula do Estado de Direito, o Estado que edita as normas mas a elas se vincula. Em um Estado de Direito, as decisões devem refletir o império da lei (*rule of Law*), e não serem fruto do arbítrio judicial, do decisionismo parcial de uma pessoa, que transfere, à solução do caso, seus interesses, paixões e preferências pessoais. [...]”²²⁴

E é exatamente nesse sentido que se aponta a correlação existente entre os princípios da imparcialidade e do contraditório como garantia de influência e não surpresa, lidos na concepção participativa de processo, conforme se verá ao longo do presente estudo.

4.3 O contraditório como garantia de influência e não surpresa – a perspectiva participativa de dialogicidade discursiva

A nova ordem jurídico-social inaugurada pela Constituição Federal de 1988 impõe a aplicação e interpretação normativas a partir da ótica da processualidade democrática. Nesse ínterim, é importante que se diga que a atual Constituição foi a

²²² SILVA, Fernando Laércio Alves da. **O contraditório e a imparcialidade como elementos do processo penal constitucional**. In: Revista Jurídica da Presidência. Brasília, V. 16, n. 110, Out. de 2014/Jan. de 2015, p. 657.

²²³ CABRAL, Antônio do Passo. **Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal**. Revista de Processo– RePro, ano 32, n.º 149, jul/2007, p. 342.

²²⁴ CABRAL, Antônio do Passo. **Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal**. Revista de Processo– RePro, ano 32, n.º 149, jul/2007, p. 343-344.

que mais inovou em relação à proteção aos direitos fundamentais, buscando “uma compatibilidade do Estado social com o Estado de Direito mediante a introdução de novas garantias constitucionais, tanto do direito objetivo como do direito subjetivo”²²⁵.

O processo, enquanto garantia fundamental, não deve abarcar a patologia de índole fática de prevailecimento de interesses não cooperativos dos sujeitos processuais. Como preceitua Nunes:

[...] ao se partir desta constatação, cabe ao direito, dentro de seu pressuposto contrafático, ofertar uma base normativa que induza um comportamento de diálogo genuíno no qual estes comportamentos não cooperativos sejam mitigados.²²⁶

Nesse sentido, fala-se na aplicação do processo em uma perspectiva de comunidade de trabalho na qual todos os sujeitos processuais devam atuar em viés interdependente e auxiliar, com responsabilidade²²⁷, na construção dos pronunciamentos judiciais e em sua efetivação.

Esta perspectiva de comunidade de trabalho procura encampar uma abordagem participativa no campo processual, segundo a qual se busca a implementação de garantias concretas, autônomas e inovadoras do contexto normativo²²⁸. A percepção constitucionalizada de processo deve se pautar, portanto, em deveres decorrentes da cooperação, fundamentada no contraditório e que encontra uma expansividade estatuída no art. 6º do CPC/2015²²⁹.

Nesse ponto, convém citar a contribuição de Isabella Fonseca Alves, para quem:

²²⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 547-548.

²²⁶ THEODORO JR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre G. M. F. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p 88.

²²⁷ O conceito de responsabilidade aqui empregado está ligado à noção dworkiniana de que quanto maior a deliberação acerca de um tema, maiores os índices de responsabilidade institucional ali empregadas. Nesse sentido, Francisco José Borges Motta explicita que, sob a ótica da responsabilidade moral, mais valeria uma decisão errada, fruto de incansável deliberação, que uma decisão correta tomada sem diálogo institucional. (MOTTA. Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 40-42.)

²²⁸ THEODORO JR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre G. M. F. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p 100.

²²⁹ Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

A teoria normativa da comparticipação, ao fazer uma leitura contrafática dos comportamentos não cooperativos, vincula a boa-fé ao processo cooperativo. Contudo, esse tratamento dado à boa-fé por essa teoria é bem diferente da teoria colaborativa de Mitidiero, que entende a boa-fé como pressuposto ético do processo cooperativo, no momento em que vincula todos os sujeitos processuais ao agir lealmente em juízo, o que faz com que Mitidiero parta de uma proposta axiológica de cooperação, quando Nunes partiria de uma proposta normativa do direito [...].²³⁰

Os deveres decorrentes do modelo comparticipativo são apontados por Nunes como decorrência direta da influência da reforma da ZPO Alemã de 1976, que criou para o magistrado “os deveres de prevenção, esclarecimento, assistência das partes e, principalmente, consulta das partes dos pontos fáticos e jurídicos que cercam a demanda.”²³¹

Assim, o processo não pode mais ser entendido como uma forma pela qual o Estado se impõe de forma superior e deixando de lado o necessário debate processual. As decisões dependem da “objetividade, da congruência, da gramática da lei, bem como da prestabilidade de sua argumentação e fundamentação”²³².

A dialogicidade discursiva na qual se funda um processualismo constitucional democrático induz à percepção de que apesar de a direção do processo ser exercida pelo Estado, a legitimidade²³³ dos pronunciamentos jurisdicionais está condicionada à lógica da participação dos interessados na construção de uma empreitada cooperativa de “procedimentos que possibilitam a participação igualitária e efetiva de todos os interessados no processo de produção das leis, bem como no processo de aplicação das normas”²³⁴.

Nesse sentido, o processo, em uma perspectiva comparticipativa, assume como um de seus fundamentos principais o contraditório dinâmico. Nas palavras de

²³⁰ ALVES, Isabella Fonseca. **A cooperação processual no Código de Processo Civil**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 143.

²³¹ THEODORO JR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre G. M. F. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 101-102.

²³² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 311.

²³³ Conforme Liliana Damaris Pabón Giraldo, a legitimidade tem a ver com a ideologia de uma sociedade, pela forma com que é exercido o poder, que necessariamente implica reconhecimento, consenso e adaptação. Tradução livre. No original: “*De lo expuesto, se observa que la legitimidad tiene que ver más con la ideología de una sociedad, en la forma que se ejerce el poder, que necesariamente implica reconocimiento, consenso y aceptación; [...]*”. GIRALDO, Liliana Damaris Pabón. **La argumentación jurídica como presupuesto de legitimidad de la decisión jurisdiccional bajo la perspectiva del guaranismo procesal**. In: Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 373-383, abr./jun. 2015, p. 377.

²³⁴ NUNES, Dierle. **Direito Constitucional ao Recurso. Da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da comparticipação nas decisões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 52.

Nunes, *et al*, “o principal fundamento da comparticipação é o contraditório como garantia de influência e não surpresa.”²³⁵

A perspectiva do contraditório sob a ótica da comparticipação se orienta para a prerrogativa de uma efetiva participação de todos os sujeitos processuais na construção compartilhada da decisão no caso concreto.

Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior ensina que:

[...] de modo algum se tolera decisão de surpresa, decisão fora do contraditório, de sorte que o julgado sempre será fruto do debate das partes, e o juiz motivará sua decisão em cima dos argumentos extraídos das alegações dos litigantes, seja para acolhê-las, seja para rejeitá-las. É desse sistema dialético que nasce o ‘dever de fundamentar’ as decisões imposto ao juiz pelo art. 93, XI, de nossa Constituição.²³⁶

O contraditório não se resume ao franqueamento à parte contrária da possibilidade de manifestação acerca de determinado argumento fático-jurídico trazido aos autos. Em uma perspectiva constitucional, o contraditório deve ser entendido como efetiva possibilidade de influência dos sujeitos processuais sobre o pronunciamento que os vinculará processualmente.

Nesse particular, convém citar a advertência de Brêtas de Carvalho Dias, que, com base na linha teórica da Escola Mineira de Processo, afirma que:

[...] a nosso ver, contudo, essas noções ainda se revelam incompletas, pois o que deve ser instaurado na dinâmica do procedimento é o quadrinômio estrutural do contraditório (e não binômio ou trinômio), ou seja – informação – reação – diálogo – influência – como o resultado lógico-formal da correlação do princípio do contraditório com o princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais.²³⁷

A influência ora mencionada se dá por meio da real apreciação, pelo magistrado, dos argumentos postos por qualquer dos sujeitos processuais, de modo que os motivos pelos quais determinada decisão é proferida devem ser expostos considerando os argumentos apresentados, seja os corroborando, seja

²³⁵ THEODORO JR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre G. M. F. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p 111.

²³⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil**. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 253.

²³⁷ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. 3ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 133.

demonstrando o motivo pelo qual não procedem, o que se compreende como sendo o princípio da fundamentação racional das decisões.

Aroldo Plínio Gonçalves já chamava a atenção para o fato de que o desafio da justiça, na contemporaneidade, é permitir que os destinatários da solução jurídica impositiva, manifestada pelo Estado por meio do ato processual decisório, “[...] possam participar de sua formação, com as mesmas garantias, em simétrica igualdade [...]”²³⁸, de modo que compreendam sua motivação.

Corroborando a interpretação comparticipativa do contraditório, o CPC/2015, em acepção eminentemente democrática, trouxe ao ordenamento jurídico disposição de fundamental importância no entendimento do sistema processual: o artigo 489 e seu parágrafo 1º.

As referidas regras contêm disposições normativas que ditam objetivamente os elementos essenciais das decisões e, mais importante, enumeram hipóteses em que qualquer decisão judicial não considerar-se-á fundamentada, determinando, de plano, a declaração de sua nulidade, em conformidade com o disposto na Constituição Federal.

Observa-se que a percepção do processo sob a ótica constitucional da teoria normativa da comparticipação faz constatar a expulsão de interpretações meramente formais quanto aos princípios constitucionais. O princípio do contraditório, portanto, veste-se de deveres normativos tais quais o dever de informação, o dever de manifestação e o dever de consideração aos argumentos expendidos²³⁹.

Em última análise, portanto, o contraditório tem o condão de conduzir as partes à simétrica paridade de armas, garantindo o direito de participação na construção do provimento, evitando, assim, a possibilidade de prolação de decisões-surpresa, visto que a estrutura de participação que se forma com a efetiva consideração dos argumentos e explanação das causas de decidir leva a um quadro de redução dos índices de imprevisibilidade sistêmica.

E a partir da impossibilidade de prolação de decisões-surpresa, ter-se-á exatamente um incremento no cumprimento do princípio-garantia de imparcialidade,

²³⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 195.

²³⁹ THEODORO JR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre G. M. F. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p 120-121.

à vista de que a decisão será pautada no resultado participado da análise objetiva das circunstâncias fático-jurídicas delineadas, em consonância com o ordenamento jurídico, não sendo franqueada ao agente decisor a possibilidade de se utilizar de meras escolhas ao decidir.

Infelizmente, mesmo após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, que contém disposições expressas prevendo a modalidade do contraditório de influência e não surpresa e a fundamentação racional das decisões, vigora entre grande parte dos magistrados uma mentalidade de desdém com relação aos ganhos democráticos normativos.

Conforme alertam Nunes e Delfino em artigo ainda não publicado, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM realizou um evento com quinhentos magistrados e, especificamente com relação à nova abordagem do contraditório, “o substrato que conduziu seu trabalho situou-se na ‘preocupação de flexibilizar amarras tidas como muito rígidas impostas aos magistrados em várias situações pelo novo modelo de processo participativo’”²⁴⁰:

No entanto, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, em evento realizado, intitulado “O Poder Judiciário e o Novo CPC”, aprovou uma série de enunciados (como o Enunciado 1: “*Entende-se por ‘fundamento’ referido no art. 10 do CPC o substrato fático que orienta o pedido e não o enquadramento jurídico atribuído pelas partes*”) que desdenha todo o ganho democrático pretendido legislativamente com a implantação, no direito posto, do contraditório substancial, e que já vem fazendo vítimas.²⁴¹

Inobstante, deve-se ressaltar o fato de que há magistrados que encaram com seriedade e respeito a existência de uma nova ordem processual participativa. Como afirmam Nunes e Delfino:

Felizmente, apesar destas tentativas *contra legem* de se esvaziar o conteúdo das normas em comento, em recentíssima decisão o mesmo STJ pontuou, em conformidade com a proposta de um dos autores (desde 2003), a necessidade de se abandonar qualquer forma de protagonismo (incluso o judicial) e se valorizar a leitura constitucional do contraditório:

‘O processo judicial moderno não se faz com protagonismos e protagonistas, mas com equilíbrio na atuação das partes e do juiz de forma a que o feito seja conduzido cooperativamente pelos sujeitos processuais

²⁴⁰ NUNES, Dierle, DELFINO, Lúcio. **Do dever judicial de análise de todos os argumentos e da apreciação das provas**. 2017. Artigo ainda não publicado, no prelo.

²⁴¹ NUNES, Dierle, DELFINO, Lúcio. **Do dever judicial de análise de todos os argumentos e da apreciação das provas**. 2017. Artigo ainda não publicado, no prelo.

principais. A cooperação processual, cujo dever de consulta às partes é uma das suas manifestações, é traço característico do CPC/2015. Encontra-se refletida no multicitado art. 10, bem como em diversos outros dispositivos espalhados pelo Código. [...] A negativa de efetividade ao art. 10 c/c art. 933 do CPC/2015 implica *error in procedendo* e nulidade do julgado, devendo a intimação antecedente ser procedida nas instâncias de origem para permitir não só a participação dos titulares do direito discutido em juízo na formação do convencimento do julgador, como também, e principalmente, para assegurar a necessária correlação ou congruência entre o âmbito do diálogo desenvolvido pelos sujeitos processuais e o conteúdo da decisão prolatada. Dierle Nunes vislumbra ainda outras vantagens na ampliação do debate em um ambiente cooperativo: "obtenção de decisões bem fundamentadas, em todos os graus de jurisdição, pelo obrigatório respeito ao devido processo constitucional (*due process of law*)" (NUNES, Dierle. Art. 10. In: STRECK, Lenio Luiz; _____. CUNHA, Leonardo (orgs.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 52). Assevera o autor que a melhoria do debate induziria a uma menor recorribilidade, diminuição das taxas de reforma decisória e até a diminuição no tempo final do processo, pois a ampliação da discussão ensejaria uma aplicação mais efetiva do direito e permitiria extrair dos julgados padrões decisórios a serem utilizados em casos futuros, com coerência, integridade e estabilidade (Op.cit., p. 53). Adverte NUNES que, faticamente, o ambiente processual é permeado por comportamentos não cooperativos de todos os sujeitos processuais, uma vez que os mesmos não percebem os ganhos que tal debate (quando bem realizado) produz. O CPC/2015, por sua vez, preocupado em normativamente melhorar o debate processual, contrafaticamente adotou "a concepção de contraditório dinâmico, substancial ou participativo", introduzindo mecanismos preparatórios da cognição que induzissem à "melhoria qualitativa das sentenças, com possível redução das taxas de reforma no segundo grau", e, nos tribunais, "a otimização dos trabalhos dentro da lógica que se deve julgar menos vezes e melhor" (Idem).²⁴²

No referido julgado, o eminente Ministro Herman Benjamin, reconhecendo o óbvio, ainda afirmou:

Sempre que o juiz for decidir com base em fundamento não invocado ou debatido pelas partes, deve obrigatoriamente abrir oportunidade para anterior manifestação dos demais sujeitos processuais principais, sem que isso implique restrição aos seus poderes jurisdicionais. Cabe ao magistrado ser sensível às circunstâncias do caso concreto e, prevendo a possibilidade de utilização de fundamento não debatido, permitir a manifestação das partes antes da decisão judicial, sob pena de violação ao art. 10 do CPC/2015 e a todo o plexo estruturante do sistema processual cooperativo.²⁴³

Entretanto, como visto nos capítulos anteriores, o modelo racional de tomada de decisão nem sempre vigora no dia-a-dia forense. Isso se dá em razão da influência dos diversos vises de cognição, decorrentes de regras heurísticas, que

²⁴² NUNES, Dierle, DELFINO, Lúcio. **Do dever judicial de análise de todos os argumentos e da apreciação das provas**. 2017. Artigo ainda não publicado, no prelo.

²⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Especial n. 1.676.027. Relator Ministro Herman Benjamin. Julgado em 29/09/2017.

produzem resultados sub-ótimos em se tratando da validade e legitimidade democrática das decisões judiciais.

No capítulo seguinte, propor-se-á a aplicação dos instrumentos processuais da fase preparatória e do princípio da colegialidade, sob a ótica da processualidade democrática e da teoria normativa da comparticipação, no intuito de que seja promovido um necessário *debiasing* – preventivo e corretivo.

5 HIPÓTESES DE *DEBIASING* A PARTIR DA TEORIA NORMATIVA DA COMPARTICIPAÇÃO E DO PRINCÍPIO DA ORALIDADE: LEITURA E APLICAÇÃO ADEQUADAS DA FASE DE SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO E DA COLEGIALIDADE RECURSAL

Até agora, o presente estudo tratou, em um primeiro momento, de uma breve introdução acerca de conceitos básicos de psicologia, importantes para a percepção e o entendimento do que sejam os chamados vieses cognitivos.

Em um segundo momento, preocupou-se em expor o problema proposto: a influência de alguns dos diversos vieses de cognição sobre a atividade jurisdicional, o que gera perdas sistêmicas de legitimidade dos provimentos em decorrência de circunstâncias às vezes inconscientes tocantes à forma de decidir.

Em última análise, restaram demonstrados os perigos gerados pela influência do viés de confirmação (*confirmation bias*), viés de trancamento (*lock-in effect*), viés de retrospectiva (*hindsight bias*), viés de ancoragem e ajustamento (*anchoring and adjustment bias*) e viés de *status quo* na atividade jurisdicional.

Em seguida, buscou-se explicar as bases teóricas em que o presente estuda se funda para a busca de uma resposta jurídica capaz de mitigar os efeitos dos vieses de cognição. Nesse pormenor, foi demonstrado que a presente pesquisa parte do marco teórico do processualismo constitucional democrático, que pressupõe que a atividade jurisdicional deve ser controlada pelo processo e exercida em um regime de cooperação em prol da construção de um provimento participado.

Demonstrou-se que o eixo fundamental para o entendimento e aplicação do processualismo constitucional democrático se dá mediante uma leitura forte do princípio do contraditório, representando a garantia de influência das partes e demais interessados processuais na construção de uma decisão que, diante do fato de ter sido fruto da participação de todos os sujeitos processuais, não representa uma surpresa, sendo dotada de previsibilidade, afastando-se premissas solipsistas dos julgadores. .

Chega-se ao momento, pois, de, com base na teoria normativa da comparticipação e nas premissas do processualismo constitucional democrático, formular hipóteses para a mitigação da influência dos vieses de cognição.

Pois bem. O *debiasing* deve passar, primeiramente, pelo conhecimento, pelos próprios julgadores, da possibilidade de que estejam decidindo com base em critérios extrajurídicos, ainda que de forma inconsciente. Nas palavras de Juarez Freitas, “a primeira providência para não enveredar em desvios cognitivos consiste em conhecê-los”²⁴⁴. Entretanto, conhecer a existência dos vieses cognitivos não nos torna insuscetíveis aos seus efeitos.

Aliás, o viés de ponto cego, como visto na Tabela 1, retrata exatamente a tendência de se perceber menos enviesado que outras pessoas, ou identificar mais vieses cognitivos nos outros que em si próprio.

Conforme afirmam Pat Croskerry, Geeta Singhal e Sílvia Mamede, o desenviesamento (*debiasing*) não é algo simples, que pode ser praticado em um único ato:

[...] o desenviesamento cognitivo envolve mudanças que raramente acontecem por meio de eventos isolados, mas sim por uma sucessão de estágios – de um estado de ignorância quanto aos vieses de cognição para um estado de entendimento destas circunstâncias, para a habilidade de detectar vieses, considerar a mudança, decidir mudar, então iniciar estratégias para a mudança e, por fim, manter as mudanças.²⁴⁵

Para os objetivos do presente estudo, é fundamental destacar a diferenciação acerca dos termos *debiasing* e *insulating*, comumente confundidos. Conforme afirmam Daniel Pi, Francisco Parisi e Barbara Luppi, com base nos ensinamentos de Jolls e Sunstein, as técnicas de *debiasing* empreendem um desenviesamento de tomadores de decisão, enquanto as técnicas de *insulating* visam afastar o decisor enviesado da atividade de julgar. Nas palavras dos autores:

É claro que, tomadas literalmente, as duas técnicas poderiam ser chamadas de *debiasing*, visto que ambas buscam mitigar ou eliminar os efeitos de julgamentos enviesados. Entretanto, Jolls e Sunstein distinguiram *debiasing* como sendo desenviesar pela lei, de *insulating*, como regra de desenviesamento. A diferença é que o *debiasing* combate os vieses em si por meio da educação e informação de sujeitos enviesados para que reduzam seus índices de enviesamento, enquanto as técnicas de *insulating*

²⁴⁴ FREITAS, Juarez. **A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais**. Revista da AJURIS, v. 40, n. 130, junho de 2013, p. 223.

²⁴⁵ CROSKERRY, Pat; SINGHAL, Geeta; MAMEDE, Sílvia. **Cognitive debiasing 2: impediments to and strategies for change**. BMJ Qual Saf 2013, 22:ii65-ii72, p. ii65. Tradução livre. No original: *Cognitive debiasing involves changes that rarely come about through a discrete, single event but instead through a succession of stages — from a state of lack of awareness of bias, to awareness, to the ability to detect bias, to considering a change, to deciding to change, then initiating strategies to accomplish change, and finally, maintaining the change.*

permite que sujeitos enviesados continuem enviesados, retirando decisores enviesados de sua atividade de julgamento.²⁴⁶

É importante considerar as hipóteses de *debiasing* formuladas pela doutrina, como é o caso do “modelo algorítmico normativo de reengenharia precaucional desinviesante contra quebras inconscientes de imparcialidade de julgadores”²⁴⁷, proposto por Costa, a proposta de substituição de hábitos mentais²⁴⁸, formulada por Juarez Freitas, bem como a proposta de *debiasing through law*²⁴⁹, de Sunstein e Jolls.

A proposta de substituição de hábitos mentais, elaborada por Juarez Freitas, leva em consideração a adoção de medidas pessoais que dependem de nutrir “o hábito de desconfiar das próprias crenças, por mais sedutoras que sejam, ciente do viés da confirmação”²⁵⁰. E continua:

“Estará atento para o viés de aversão à perda e cultivará mentalidade prospectiva de custos e benefícios (diretos e indiretos), sem descurar das externalidades. Em lugar da confiança excessiva ou da miopia da tristeza, esposará postura de vigilância máxima contra os estados alterados (excitações, fadigas e arroubos). Praticará o discernimento de diferir gratificações. Evitará o viés do *status quo*, contrapondo-lhe o hábito de tudo pensar como aperfeiçoável. Quer dizer, para cada enviesamento, adotará uma rotina alternativa como antídoto.

[...]

Como frisei, os desvios sistemáticos do cérebro podem ser contrapostos a novas rotinas reflexivas, desde que o intérprete perceba que os desvios cognitivos limitam e toldam a capacidade de avaliação sensata. Não se trata de negar a serventia evolucionária dos vieses. Tampouco pretendo dizer que toda predisposição seja sinônimo de erro. Longe disso. Saber lidar com as predisposições, no entanto, consiste em fazer com que deixem de

²⁴⁶ PI, Daniel, PARISI, Francisco, LUPPI, Barbara. *Biasing, debiasing and the law*. University of Minnesota Law School. Research paper n.º 13-08, p. 8 Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2215117. Acesso em: 13 de Nov. 2017. Tradução livre. No original: “Of course, taken literally, both approaches could be called “debiasing,” insofar as they both seek to mitigate or eliminate the effects of biased judgments from legal outcomes. However, Jolls and Sunstein distinguished debiasing as “debiasing through law,” from insulation as “debiasing law.” The difference is that debiasing combats the bias itself by educating or informing biased individuals to eliminate or reduce the bias itself, whereas insulation allows biased individuals to remain biased, and instead seeks to remove biased decision-making (often by removing biased decision-makers) from affecting legal outcomes”.

²⁴⁷ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. 2016, 187 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 141.

²⁴⁸ FREITAS, Juarez. **A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais**. Revista da AJURIS, v. 40, n. 130, junho de 2013, p. 239.

²⁴⁹ SUNSTEIN, Cass, JOLL, Christine. *Debiasing through law*. Chicago: The University of Chicago, 2005, p. 3. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=590929, Acesso em: 13 de Nov. 2017.

²⁵⁰ FREITAS, Juarez. **A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais**. Revista da AJURIS, v. 40, n. 130, junho de 2013, p. 240.

funcionar como fonte de desvios e ilusões conducentes a erros sistemáticos.”²⁵¹

Por outro lado, Costa propõe alterações na sistemática processual de modo a estabelecer regras precaucionais relativas à influência dos vieses de cognição, propondo técnicas de *insulating debiasing* conforme o seguinte:

- “i) o juiz da instrução deve ser impedido de sentenciar;
- ii) as regras que concretizam o princípio da identidade física devem ser revogadas;
- 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 escorarar-se preferencialmente em pareceres técnicos trazidos pelas próprias partes.”²⁵²

O próprio autor adverte que as referidas alterações legislativas, sozinhas, não são capazes de eliminar os vieses de cognição que influenciam as decisões judiciais²⁵³. Assim, Costa sugere mais dezoito medidas extralegis que poderiam contribuir para o objetivo principal do estudo por ele desenvolvido:

- “1) explicação ao juiz, pelo advogado, da existência e do funcionamento das propensões cognitivas;
- 2) educação dos operadores do direito (juízes, delegados, promotores, etc.) em *cognitive biases*;
- 3) valorização das regras de fundamentação do artigo 489 do CPC-2015, sem artifícios capciosos que lhes questione a constitucionalidade ou lhes reduza o alcance;

²⁵¹ FREITAS, Juarez. **A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais**. Revista da AJURIS, v. 40, n. 130, junho de 2013, p. 240-242.

²⁵² COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. 2016, 187 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 141-142.

²⁵³ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. 2016, 187 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 142.

- 4) técnica do “advogado do diabo” ou do “considerar o oposto”;
- 5) colegialidade *material*, não meramente formal;
- 6) sistemas internos de freios e contrapesos, ainda que informais;
- 7) sistemas de revisão interna, ainda que informais;
- 9) sistemas de controle externo fundados em transparência;
- 10) valoração dos fatos *ex ante*, não *ex post facto*;
- 11) criação de varas e turmas de julgamento especializadas;
- 12) uso de roteiros e *checklists* no processo decisório;
- 13) combate a decisões judiciais baseadas tão somente em intuições subjetivas ou ideias preconcebidas, segundo as quais se chega antes à conclusão e depois se elegem fundamentos *ad hoc* para justificá-las;
- 14) experiência decisória e treinos constantes;
- 15) diminuição da pressão por produtividade judicial;
- 16) aumento do número de juízes;
- 17) estímulo aos juízes para que percam mais tempo em cada caso;
- 18) recomendação para que os juízes não sentenciem na própria audiência.”²⁵⁴

As sugestões normativas propostas por Costa são de grande valia para uma proposta de *debiasing*, sobretudo se complementadas pelas medidas extralegis acima referidas. Da mesma forma, a postura pessoal de combate aos enviesamentos cognitivos a partir de seu prévio conhecimento, proposta por Freitas, é de suma importância para a melhoria das decisões, sob o prisma do incremento de imparcialidade.

De outro lado, a proposta de *debiasing through law*, de Sunstein e Jolls, leva em consideração a ideia de estruturação da lei substantiva – para além da preocupação com o procedimento – de modo a se mitigar os efeitos dos vieses de cognição a partir de alterações nas leis consumeristas, corporativo-empresariais, civis, dentre outras²⁵⁵.

Entretanto, acreditamos igualmente que alguns mecanismos processuais já existentes na legislação processual em vigor, se corretamente dimensionados, são capazes de, também, efetivar um necessário *debiasing*, seja de forma precaucional ou corretiva, sobretudo se percebida a necessidade de uma atuação estratégica dos advogados em prol de incansável desenvolvimento.

Nesse desiderato, apresentam-se proposições de interpretação e aplicação da fase de saneamento e organização do processo e da colegialidade em grau

²⁵⁴ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. 2016, 187 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 142-143.

²⁵⁵ SUNSTEIN, Cass, JOLL, Christine. *Debiasing through law*. Chicago: The University of Chicago, 2005. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=590929, Acesso em: 13/11/2017.

recursal em consonância com a teoria normativa da comparticipação e com o princípio da oralidade.

5.1 Da fase preparatória - saneamento e organização do processo. *Debiasing preventivo*

Ao se realizar uma análise de direito estrangeiro, é possível observar que em grande parte dos países ocidentais, os legisladores há muito atentaram para a importância e a necessidade de se implementar, no sistema processual, “uma metódica fase preparatória, na cognição, de modo a aprimorar a fase probatória e, em decorrência, a qualidade do debate da sentença[...]”²⁵⁶.

Dieter Leipold se valeu da ajuda de colaboradores internacionais²⁵⁷ para entender a estrutura dos procedimentos judiciais e da fase preparatória em países como a China, Inglaterra, Grécia, Japão, Coreia do Sul, Espanha, Estados Unidos e países da América Latina²⁵⁸.

Uma das preocupações do mesmo autor na análise da estrutura processual nestes países e regiões foi o acesso às informações e participação dos litigantes no processo civil, que pode ser dimensionado em uma fase preparatória do processo.

Leipold realiza uma diferenciação entre a fase preparatória e a fase de julgamento, afirmando que é comum que o processo civil tenha estas duas fases distintas. Destaca que frequentemente a fase preparatória é um procedimento escrito, mas há casos em que o princípio da oralidade é valorizado ainda nesta fase da demanda²⁵⁹.

Em sua análise de direito comparado, Leipold diferencia, ainda, os países e regiões em que a fase preparatória é predominantemente controlada pelo juízo ou

²⁵⁶ NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. Art. 357. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle, CUNHA, Leonardo (Orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 526.

²⁵⁷ Em seu artigo denominado *Oral and written elements within the introductory phase of civil procedure*, Dieter Leipold se valeu da cooperação de oito parceiros internacionais, que elaboraram relatórios nacionais acerca do procedimento judicial em seus respectivos países. Os cooperadores para o trabalho de Leipold foram Hongliang Wang (China), Stefan Einhaus (Inglaterra), Dimitris N. Maniotis (Grécia), Manabu Honma (Japão), Jung Hoo Oh (Coreia), Pia Tavorali Goycoolea (América Latina), Alicia Armengot Vilaplana (Espanha) e Jakob Reinhard (Estados Unidos da América do Norte).

²⁵⁸ LEIPOLD, Dieter. *Oral and written elements within the introductory phase of civil procedure*, 201?, p. 2.

²⁵⁹ LEIPOLD, Dieter. *Oral and written elements within the introductory phase of civil procedure*, 201?, p. 10.

pelas próprias partes. Afirmar que no direito europeu continental (*civil law*), de maneira geral, o controle sobre todo o processo é realizado pelo juízo desde o início. O mesmo acontece no Japão. Por outro lado, nos Estados Unidos da América, o controle sobre a fase preparatória é predominantemente das partes. O mesmo ocorria no direito inglês, entretanto, nos últimos anos, reformas legais proporcionaram, no direito processual inglês, um modelo que se encontra no meio termo entre a fase preparatória continental (controlada pelo juízo) e a fase preparatória livre, dominada pelas partes²⁶⁰.

Ao analisar os instrumentos disponíveis em cada legislação acerca da fase preparatória, Leipold chama a atenção para o modelo japonês, que, após as reformas processuais de 1996, passou a contar com um procedimento para colocar em ordem as questões tratadas no processo e definir os meios de prova²⁶¹. Tal procedimento é chamado, na tradução de Manabu Honma, de “*issue-evidence management procedure*”²⁶².

O Código Processual Civil para a Ibero-América, submetido à análise e aprovação pelas XI Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual de 1988 conta com procedimentos processuais modelo, dentre eles, o de estabelecimento de uma audiência preliminar preparatória²⁶³. Este modelo de Código Processual serviu de base para reflexos processuais em diversos países da América Latina. Nas legislações processuais da Argentina, Peru, Colômbia e Chile existem disposições que induzem à realização de uma fase prévia à análise do mérito²⁶⁴.

Como já se disse em outra sede, no Brasil, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, a fase preparatória jamais foi efetivamente implantada. Isso se devia ao fato de que os operadores do direito, no País, tinham um déficit “no uso

²⁶⁰ LEIPOLD, Dieter. *Oral and written elements within the introductory phase of civil procedure*. 201?, p. 11.

²⁶¹ LEIPOLD, Dieter. *Oral and written elements within the introductory phase of civil procedure*. 201?, p. 13.

²⁶² HOMNA, Manabu. *The preliminary phase and the trial agreement in Japan*. 201?, p. 3.

²⁶³ GOYCOOLEA, Pia Tavorlari. *La fase introductiva y el contrato procesal em El proceso civil Latino americano*. Disponível em: <http://www.uv.es coloquio/coloquio/informes/ip17lat.pdf>. Acesso em: 21/09/2017.

²⁶⁴ NUNES, Dierle; GOMES, Renata. *La fase preparatoria dela cognizione e dil Disegno di legge 166-2010: “Nuovo Codice di Procedura Civile Brasileiro”*. *Diritto & Diritto*, p. 8. Disponível em: <http://www.diritto.it/docs/30468-la-fase-preparatoria-della-cognizione-ed-il-disegno-di-legge-166-2010-nuovo-codice-di-procedura-civile-brasiliano>. Acesso em: 20 Set. 2017.

da técnica oral na delineada ‘audiência preliminar’ e no equívoco recorrente de reduzir seu papel à busca da realização de conciliações”²⁶⁵.

De fato, as possibilidades que trazia o art. 331 da legislação revogada foram muito pouco implementadas.

Aquele dispositivo previa a realização de uma audiência preliminar em que, caso não se obtivesse conciliação (§1º), caberia ao juízo fixar os pontos controvertidos, decidir as questões processuais pendentes e determinar as provas que seriam produzidas (§2º).

Poucos juízes se valiam destes benefícios procedimentais e raramente se viram casos em que de fato foram fixados os pontos de debate da controvérsia a partir da vigência da Lei n.º 8.952/94. Tal situação se dava em face da percepção equivocada, pelos operadores do direito, de que esta preparação processual ensejaria maior tempo de tramitação, obstando a premissa de uma suposta eficiência processual.

Nesse ponto é importante destacar que ao se tratar de eficiência processual, duas são as possibilidades de interpretação do conceito. Conforme Dierle Nunes e Renata Gomes, a primeira perspectiva seria a da eficiência quantitativa, que se relacionaria diretamente com a velocidade dos procedimentos judiciais e a redução de seus custos²⁶⁶.

Uma outra perspectiva da eficiência processual estaria ligada a seu aspecto qualitativo, em que os principais elementos almejados seriam a qualidade das decisões judiciais e a sua devida fundamentação jurídica,”[...] que conduziria à necessidade de técnicas processuais adequadas, corretas, justas, equânimes e, completaria, democráticas para a aplicação do direito”²⁶⁷.

Entretanto, a verdade é que a atividade judicial, no Brasil, vem há muito sendo governada por um comportamento solipsista dos julgadores, que intuem solitariamente as soluções e o próprio desenvolvimento do processo em face da

²⁶⁵ NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. Art. 357. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle, CUNHA, Leonardo (Orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 526.

²⁶⁶ NUNES, Dierle; GOMES, Renata. **La fase preparatoria dela cognizione e dil Disegno di legge 166-2010: “Nuovo Codice di Procedura Civile Brasiliano”**. *Diritto & Diritto*, p. 8. Disponível em: <http://www.diritto.it/docs/30468-la-fase-preparatoria-della-cognizione-ed-il-disegno-di-legge-166-2010-nuovo-codice-di-procedura-civile-brasiliano>. Acesso em: 20 Set. 2017.

²⁶⁷ NUNES, Dierle; GOMES, Renata. **La fase preparatoria dela cognizione e dil Disegno di legge 166-2010: “Nuovo Codice di Procedura Civile Brasiliano”**. *Diritto & Diritto*, p. 4. Disponível em: <http://www.diritto.it/docs/30468-la-fase-preparatoria-della-cognizione-ed-il-disegno-di-legge-166-2010-nuovo-codice-di-procedura-civile-brasiliano>. Acesso em: 20 Set. 2017.

predominância do modelo neoliberal de processo²⁶⁸, que possui compromisso tão somente com a faceta quantitativa da eficiência processual, reflexo de modelos políticos norteados pela premissa do neoliberalismo econômico.

Nesse aspecto, convém lembrar o alerta de Mauro Capelletti acerca do fato de que o direito processual civil representa um espelho dos interesses e da cultura de uma época:

O direito processual, resumindo, pode ser considerado, em certo sentido, se nos permite a metáfora, um espelho no qual, com extrema fidelidade, se refletem os movimentos do pensamento, da filosofia e da economia de um determinado período histórico.²⁶⁹

Ao se fomentar a valorização da eficiência processual apenas em sua premissa quantitativa, conforme os ditames neoliberais, buscando-se celeridade a qualquer preço, estar-se-á possibilitando “o aumento de pronunciamentos jurisdicionais sumários, de legitimidade questionada”, pois incompatíveis com uma cognição plena²⁷⁰.

Em decorrência desta histórica distorção da percepção acerca da eficiência processual, passava despercebida também a noção de que um aprimoramento da organização do processo, através de uma fase preparatória bem dimensionada, poderia conduzir à maior eficiência processual por meio do melhor aproveitamento da cognição. Isso porque é sabido que a melhora do debate conduz a menores

²⁶⁸ Nunes, em sua obra “Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais”, realiza uma ampla análise acerca da evolução dos modelos históricos de interpretação e aplicação do direito processual ao longo dos últimos dois séculos. O autor narra as transições das visões liberais para socializadoras de processo, sendo que até então o processo assumia tão somente um viés instrumental de aplicação do direito material, e, a partir do segundo pós-guerra, com o escopo constitucional democratizante e as consecutivas vitórias dos direitos dos cidadãos, a transição para um modelo que garanta a participação dos interessados na construção do pronunciamento oficial. Entretanto, no Brasil, diante dos diversos acontecimentos político-econômicos ocorridos na década de 1980, como a estagnação financeira, o panorama jurídico passou a sofrer a ingerência dos organismos financeiros internacionais, que exigiram do País, a partir do Consenso de Washington, posturas que favorecessem o mercado e seu livre desenvolvimento. Nesse espeque, foram realizadas reformas processuais na década de 1990 com o foco na diminuição do controle pela função judiciária de aspectos da prática mercadológica e financeira, tais como a (não) limitação dos juros cobrados pelas instituições bancárias; e na consecução de um modelo processual de máxima eficiência, esta significando rápida resolução dos conflitos, e não necessariamente resolução adequada dos conflitos. Entretanto, apesar de ter tido um suposto viés socializador, o movimento reformista acometido à processualística brasileira na década de 1990 foi estranho até mesmo aos socializadores, eis que houve uma redução do papel do cidadão, permitindo o surgimento de entendimentos judiciais subjetivistas e particulares. (NUNES, DIERLE. Processo Jurisdicional Democrático: Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012.)

²⁶⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **O Processo Civil no Direito Comparado**. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica ed. Líder, 2001, p. 18.

²⁷⁰ NUNES, Dierle; GOMES, Renata. **La fase preparatoria dela cognizione e dil Disegno di legge 166-2010: “Nuovo Codice di Procedura Civile Brasiliano”**. *Diritto & Diritto*, p. 4. Disponível em: <http://www.diritto.it/docs/30468-la-fase-preparatoria-della-cognizione-ed-il-disegno-di-legge-166-2010-nuovo-codice-di-procedura-civile-brasiliano>. Acesso em: 20 Set. 2017.

taxas de recorribilidade, diminuindo o tempo de trâmite dos processos. Nesse sentido:

Sabe-se, desde a década de 1970, que o reforço da cognição de primeiro grau induz redução do tempo processual em face da diminuição das taxas de recorribilidade e reforma decisórias, garantindo-se, inclusive, a possibilidade de executividade imediata das sentenças (ausência de efeito suspensivo automático nas apelações) em decorrência da menor expectativa de mudança decisória.²⁷¹

O ponto fundamental em questão é o de 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.

Isso porque a preparação do caso para o julgamento, por meio da fixação de pontos controvertidos e distribuição dos ônus de prova, serve como um balizamento para a decisão do magistrado. Tal balizamento, quando construído de forma participada, influenciado pelas partes e esgotadas as dúvidas decorrentes de sua fixação, induz uma melhoria no debate e, por consequência, a necessidade de que o decisor se atenha aos parâmetros fixados, diminuindo a possibilidade de que decida influenciado por subjetivações impertinentes, dada a vedação a que as decisões não sejam racionalmente fundamentadas (art. 93, IX, da Constituição Federal, conjugado com o 489, §1º, CPC/2015).

A ligação entre o contraditório de influência e a fundamentação racional das decisões é o ponto central para a presente hipótese de *debiasing*. 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.

Como se viu ao longo do presente estudo, são diversos os vieses de cognição que exercem influência sobre a atividade jurisdicional.

O viés de confirmação (*confirmation bias*), por exemplo, juntamente com o viés de trancamento (*lock-in effect*), exercem uma predisposição para que o julgador venha a confirmar opiniões alcançadas inicialmente no processo.

²⁷¹ NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. Art. 357. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle, CUNHA, Leonardo (Orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 526.

Nesse ponto, é possível afirmar que o deferimento ou não de uma medida processual *in limine litis* irá influenciar na decisão final, seja pelo fato de que o julgador tende a valorizar mais as provas e informações que confirmam seu posicionamento prévio, seja porque, por circunstâncias externas ao processo, como a pressão pela quantidade de trabalho, a adoção de uma solução jurídica já refletida – ainda que em cognição sumária - pareça a melhor opção.

Esse erro sistemático na condução cognitiva do julgador pode levar a um esvaziamento dos ganhos discursivos do princípio do contraditório de influência, tornando ilegítimo o procedimento em face da latente nulidade dos atos processuais, conforme dispõem os arts. 93, IX, da Constituição Federal de 1988 e 489, §1º, do Código de Processo Civil de 2015, visto que ao fundamentar as decisões, o julgador deve levar em conta o enfrentamento de todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada²⁷². Tal nulidade deverá ser arguida pelas partes por meio de embargos de declaração e por meio dos recursos cabíveis face à decisão em questão.

Caso o julgador, ainda que de forma inconsciente, busque nas informações e provas dos autos motivos para confirmar uma decisão ou raciocínio empreendido anteriormente no processo, sobrevalorizando tais fundamentos em detrimento de outros que poderiam infirmar a conclusão adotada, estar-se-á considerando o princípio do contraditório como mera bilateralidade de audiência, desprezando o direito da parte sucumbente de influir na decisão.

Estar-se-á, em verdade, permitindo que o julgador forneça fundamentos para uma decisão já tomada a partir de sua subjetividade, algo com o que não se pode concordar.

Da mesma forma, o viés de *status quo* representa a tendência cognitiva ao acolhimento de soluções previamente existentes – a sistemática de precedentes, por exemplo - para problemas que não necessariamente refletem as mesmas premissas utilizadas para a solução pregressa.

E nesse ponto, o delineamento de uma metódica fase preparatória, realizada em uma perspectiva participativa, por meio de ampla participação e influência das partes na consecução da fixação dos pontos controvertidos e dos ônus de prova, é um importante instrumento de *debiasing*.

²⁷² BRASIL. Lei n.º 13.105. Art. 489, §1º, inciso IV. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 05/10/2017.

Isso porque, ao se franquear às partes a possibilidade de influírem na fixação das questões que deverão ser resolvidas no processo e das provas que deverão ser produzidas, haverá desde logo uma ruptura, ao menos inicial, com o solipsismo judicial, reduzindo-se a possibilidade de que a decisão final seja viciada em virtude da influência de *biases*.

Ao se valorizar e oportunizar uma fase preparatória dinâmica, estar-se-á contribuindo para o melhor aproveitamento processual ao se oferecer uma participação das partes na construção da decisão de saneamento e organização, ao qual deverá se vincular o Juízo para prolação da sentença, sob uma perspectiva policêntrica, reduzindo-se a necessidade de recursos – pela própria mitigação da possibilidade de uma decisão surpresa – e fomentando a própria eficiência qualitativa do processo²⁷³.

Felizmente, os Tribunais começam a perceber os ganhos discursivos trazidos com a nova ordem processual por meio da adoção de uma sistemática participativa e policêntrica. Nesse sentido, colaciona-se a decisão proferida pelo Ministro Herman Benjamin, do colendo Superior Tribunal de Justiça:

Sempre que o juiz for decidir com base em fundamento não invocado ou debatido pelas partes, deve obrigatoriamente abrir oportunidade para anterior manifestação dos demais sujeitos processuais principais, sem que isso implique restrição aos seus poderes jurisdicionais. Cabe ao magistrado ser sensível às circunstâncias do caso concreto e, prevendo a possibilidade de utilização de fundamento não debatido, permitir a manifestação das partes antes da decisão judicial, sob pena de violação ao art. 10 do CPC/2015 e a todo o plexo estruturante do sistema processual cooperativo. Relevante registrar que tal necessidade de abrir oitiva das partes previamente à prolação da decisão judicial que altere ou afete a *litiscontestatio*, mesmo quando passível de atuação de ofício, não é exatamente nova no direito processual brasileiro.

(...)

Nada há de heterodoxo ou atípico, destarte, no contraditório preventivo exigido pelo CPC/2015, tudo a confirmar que a virtual adoção de fundamento ignorado e imprevisível por ocasião da decisão judicial não pode se dar com preterição da ciência prévia das partes. A negativa de efetividade ao art. 10 c/c art. 933 do CPC/2015 implica *error in procedendo* e nulidade do julgado, devendo a intimação antecedente ser procedida nas instâncias de origem para permitir não só a participação dos titulares do direito discutido em juízo na formação do convencimento do julgador, como também, e principalmente, para assegurar a necessária correlação ou congruência entre o âmbito do diálogo desenvolvido pelos sujeitos processuais e o conteúdo da decisão prolatada. Dierle Nunes vislumbra ainda outras vantagens na ampliação do debate em um ambiente

²⁷³ NUNES, Dierle; GOMES, Renata. **La fase preparatória dela cognizione e dil Disegno di legge 166-2010: “Nuovo Codice di Procedura Civile Brasiliano”**. *Diritto & Diritto*, p. 10. Disponível em: <http://www.diritto.it/docs/30468-la-fase-preparatoria-della-cognizione-ed-il-disegno-di-legge-166-2010-nuovo-codice-di-procedura-civile-brasiliano>. Acesso em: 21 Set. 2017.

cooperativo: "obtenção de decisões bem fundamentadas, em todos os graus de jurisdição, pelo obrigatório respeito ao devido processo constitucional (*due process of law*)" (NUNES, Dierle. Art. 10. In: STRECK, Lenio Luiz; _____; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 52). Assevera o autor que a melhoria do debate induziria a uma menor recorribilidade, diminuição das taxas de reforma decisória e até a diminuição no tempo final do processo, pois a ampliação da discussão ensejaria uma aplicação mais efetiva do direito e permitiria extrair dos julgados padrões decisórios a serem utilizados em casos futuros, com coerência, integridade e estabilidade (Op.cit., p. 53). Adverte NUNES que, faticamente, o ambiente processual é permeado por comportamentos não cooperativos de todos os sujeitos processuais, uma vez que os mesmos não percebem os ganhos que tal debate (quando bem realizado) produz. O CPC/2015, por sua vez, preocupado em normativamente melhorar o debate processual, contrafaticamente adotou "a concepção de contraditório dinâmico, substancial ou comparticipativo", introduzindo mecanismos preparatórios da cognição que induzissem à "melhoria qualitativa das sentenças, com possível redução das taxas de reforma no segundo grau", e, nos tribunais, "a otimização dos trabalhos dentro da lógica que se deve julgar menos vezes e melhor" (Idem).²⁷⁴

O art. 357 do CPC/2015, em uma perspectiva eminentemente contrafática, permite a realização de uma preparação do processo para o seu ulterior julgamento. Tal preparação se dá de forma predominantemente escrita, garantindo às partes maior possibilidade de participação no saneamento e organização da causa²⁷⁵.

Nesse ponto, ressalta-se que o fato de a fase preparatória do art. 357 do CPC/2015 ser predominantemente escrita é um fator que contribui para a redução dos índices de afetação dos vieses de cognição, visto que, caso tal funcionalidade fosse prevista para ser realizada apenas de forma oral, em audiência, poderia o julgador estar exposto a situações de contaminação cognitiva relacionadas às suas impressões prévias acerca dos fatos tratados e das próprias partes, ensejando um fomento de sua parcialidade, além de não haver amarras escritas que realizassem o balizamento da decisão.

Nesse pormenor, a forma escrita permite maior acesso às informações, pelas partes, de modo que caso algum ponto seja esquecido pelo juízo quando da prolação do despacho saneador, as partes terão a possibilidade de pedir

²⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.676.027. Relator Ministro Herman Benjamin. Dje: 11/10/2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/stj-anula-decisao-surpresa-determina.pdf>. Acesso em: 23 Nov. 2017.

²⁷⁵ NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. Art. 357. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle, CUNHA, Leonardo (Orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 527.

esclarecimentos ou solicitar ajustes no prazo de cinco dias, após o qual a decisão tornar-se-á estável²⁷⁶.

Inobstante, a oralidade possui também um papel crucial na busca de *debiasing* preventivo: o acesso aos magistrados é um direito dos advogados, conforme determina o inciso VIII do art. 7º do Estatuto da Advocacia – Lei 8.906/94, e deve ser exercido com o fim de provocar a individualização dos casos e o esclarecimento de pontos controversos.

A decisão de saneamento e organização da fase preparatória do processo deverá ser um verdadeiro parâmetro para o julgamento, ao final. As partes deverão ser intimadas a se manifestarem acerca dos pontos controvertidos fixados de forma participada, sendo possível que influam diretamente neste parâmetro, aduzindo a omissão de pontos e questões controvertidas ou mesmo alertando para interpretações equivocadas acerca das premissas de fato e de direito que se pretende discutir.

Esta leitura da fase de saneamento e organização do processo se relaciona diretamente com a concepção de contraditório de influência (arts. 9º e 10 do CPC/2015) e com a regra geral relativa à fundamentação das decisões (art. 489, §1º do CPC/2015), visto que o que pretende é a construção participada de uma decisão que fixe, de forma fundamentada, os limites da lide e os ônus de prova.

A modalidade de saneamento compartilhado/comparticipado permite a redução das influências externas e subjetividades do julgador na medida em que se delineia, de forma participada, um esgotamento prévio de todos os pontos, âmbitos e questões que deverão ser abordados pelo julgador na decisão final, de acordo com as premissas argumentativas de fato e de direito indicadas pelas partes na petição inicial, na contestação e na impugnação, ou em eventuais petições referentes a fatos novos supervenientes.

O correto dimensionamento da fase de saneamento e organização do processo está diretamente relacionado ao dever de esclarecimento do juízo²⁷⁷, ao

²⁷⁶ Nesse sentido é o disposto no §1º do art. 357 do CPC/2015: Art. 357 [...] §1.º Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.

²⁷⁷ Segundo Igor Raatz, o dever de esclarecimento “consiste no dever do julgador em se esclarecer, junto às partes, quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo, evitando que sua decisão tenha por base a falta de informação e não a verdade apurada” (RAATZ, Igor. **A organização do processo civil pela ótica da teoria do Estado: a construção de um modelo de organização do processo para o Estado Democrático de Direito e o seu reflexo no**

dever de prevenção do juízo, ao dever de auxílio do juízo e ao dever de consulta do juízo.

Araken de Assis afirma que os deveres de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio são espécies do gênero maior entendido como dever de cooperação do juízo. Entretanto, sua concepção de cooperação do juízo gravita em torno do ideário de uma comunidade de trabalho que “engloba duas dimensões (a) a cooperação material (v.g., o dever de colaborar na descoberta da verdade); e (b) a cooperação formal [...]”²⁷⁸.

Entretanto, com tal concepção não podemos concordar, sobretudo em face da premissa de que, caso seja delegada ao juízo a função de perseguir uma verdade real, estar-se-á admitindo sua participação ativa no processo para além da autoridade que cabe ao juízo e potencializado as chances de contaminação cognitiva, promovendo uma verdadeira quebra de parcialidade, conforme já exposto no presente estudo.

Acerca do dever de consulta, Igor Raatz afirma que este apresenta como contrapartida “o direito de participação das partes, conferindo um ponto de equilíbrio entre essas e o julgador na organização do processo”²⁷⁹.

O direito de participação representa a possibilidade de efetivamente influir no desenvolvimento do processo, sob o prisma do contraditório dinâmico, que rompe com a defasada ideia de mera bilateralidade de audiência. Dever-se-á estabelecer verdadeiro diálogo entre as partes e o julgador, de modo que o processo se torne um âmbito discursivo de efetivação de direitos e garantias fundamentais.

O dimensionamento de uma metódica fase preparatória propiciará um melhor instrução e julgamento da causa, “resolvendo as pendências processuais existentes (inciso I); delimitando a abrangência, forma e ônus probatório (incisos II e III); delimitando as questões de direito a serem elucidadas e resolvidas (inciso IV)[...]”²⁸⁰. O que ocorre é uma indução à ausência de surpresas processuais, possibilitando,

projeto do CPC. In: Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, ano 19, n.º 75, jul/set. 2011, p. 11).

²⁷⁸ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro**. Volume II: Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 942.

²⁷⁹ RAATZ, Igor. **A organização do processo civil pela ótica da teoria do Estado: a construção de um modelo de organização do processo para o Estado Democrático de Direito e o seu reflexo no projeto do CPC.** In: Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, ano 19, n.º 75, jul/set. 2011, p. 11

²⁸⁰ NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. Art. 357. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle, CUNHA, Leonardo (Orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 527.

além da melhoria do debate endoprocessual, a diminuição das idas e vindas do processo, decorrentes de questões pendentes.

Como já se disse com Nunes em outra senda, referindo-se às disposições constantes do art. 357 do CPC/2015:

Importante ressaltar a imposição observada na determinação contida no inciso IV do dispositivo em comento, que obriga o magistrado a delimitar as questões de direito relevantes para a decisão de mérito. Em última análise, a princípio, a referida determinação legal representa um ganho discursivo-processual às partes envolvidas na lide e um obrigatório liame com o contraditório dinâmico do art. 10 e com a fundamentação estruturada do art. 489, na medida em que impossibilita, ou, ao menos, dificulta a existência de decisão do juízo proferida com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes (decisão de surpresa). Ademais, favorece o cumprimento do dever de consideração do magistrado previsto no art. 489, § 1.º, IV, na medida em que ficarão evidentes quais argumentos serão relevantes para infirmar as conclusões decisórias. Daí a necessidade de extrema cautela por todos os sujeitos processuais nesta fase.

Além disso, afigura-se fundamental o papel dos procuradores das partes, que para além das técnicas processuais ordinárias, devem se valer do acesso lícito aos magistrados para explicitarem os contornos das demandas, de modo a criar uma identificação da questão e o esclarecimento de pontos importantes para o correto julgamento do caso.

Em última análise, a leitura do contraditório como garantia de influência e não surpresa (arts. 6º, 7º, 9º, 10 e 489, §1º do CPC/2015), pelo incremento no debate, a partir da fase de saneamento, deve ser capaz de mitigar as influências dos vieses de cognição. Conforme se lê em Nunes:

Levar a sério estes vieses não significa buscar e acatar necessariamente uma concepção de índole realista (realismo jurídico que de modo recorrente aposta na força decisória embasada no discurso positivista da autoridade do decisor para criar o direito), que aqui se rechaça, mas de mediante sua percepção se gerar constrangimentos racionais (embasados numa leitura forte dos princípios processuais constitucionais) para que o uso da linguagem, pelo decisor e partes, se estruture de modo que se desincumbam de seus ônus argumentativos e promova-se a formação dialógica das decisões, impedindo-se escolhas solitárias e exercícios discricionários do poder.²⁸¹

²⁸¹ NUNES, Dierle. **Colegialidade corretiva, precedentes e vieses cognitivos: algumas questões do CPC-2015**. In: Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro. Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 61-81, out./dez. 2015, p. 72.

O que se defende é que o correto dimensionamento da fase preparatória, em consonância com a melhor leitura dos princípios normativos do contraditório dinâmico, da fundamentação estruturada das decisões e da oralidade sejam capazes de, em uma perspectiva contrafática, mitigar os efeitos deletérios dos vieses de cognição ao propiciarem um incremento no debate processual, ensejando um aumento do nível de responsabilidade²⁸² das decisões.

5.2 Dos princípios da colegialidade e oralidade na leitura participativa. *Debiasing* corretivo

A proposta de *debiasing* apresentada no tópico anterior leva em consideração uma perspectiva construtiva da decisão jurídica, em que, por meio da aplicação das premissas teóricas relacionadas à teoria normativa da participação, ter-se-á a mitigação dos vieses de cognição antes deles se consolidarem na decisão.

Tal mitigação se dará por meio da aplicação de uma metódica fase preparatória, de modo que o processo se estruture a partir da definição participada dos pontos em que se funda a controvérsia e dos ônus de prova das partes, evitando-se decisões surpresa a partir do incremento do nível de responsabilidade discursiva da decisão, por meio da direta participação das partes na construção do provimento.

Entretanto, pretender que a metódica fase preparatória delineada no tópico precedente se encarregue de, sozinha, afastar a incidência dos vieses de cognição, parece uma perspectiva limitada, visto que algumas decorrências de elementos externos do processo possivelmente continuarão exercendo repercussões decisórias.

E mesmo que a decisão proferida fosse desprovida da influência dos vieses de cognição, ainda assim poderia ser alvo de recursos para revisão de questões fáticas ou processuais, visto que no ordenamento jurídico brasileiro é garantido o direito ao recurso, de modo que as questões decididas em primeiro grau podem ser

²⁸² O conceito de responsabilidade, aqui, está ligado à concepção dworkiniana de que quanto maior o debate acerca de algum tema, maior o nível de responsabilidade da decisão, independentemente de seu resultado efetivo. (MOTTA. Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 40-42)

objeto de revisão na instância *ad quem*, onde novos julgadores, em um colégio, serão responsáveis por realizar uma reanálise do caso.

Nesse ponto, é necessário se chama a atenção ao fato de que os mesmos vieses de cognição que acometem o julgador de primeiro grau podem também exercer influência sobre os julgadores responsáveis pela revisão dos entendimentos em grau recursal.

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 grau²⁸³, 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), conforme exposto no item 3.6 do presente estudo.

Cita-se também a influência dos vieses de confirmação, *lock-in* e *status quo*, tendo em vista o fato de que o contínuo incremento da litigiosidade é responsável pela busca sistêmica de mecanismos de resolução de controvérsias em massa. Conforme citado anteriormente, ainda prevalece a lógica quantitativa no tocante à preocupação com a solução de controvérsias face ao aumento da litigiosidade, o que induz a padronização decisória como mecanismo de resolução de controvérsias, favorecendo a incidência e perpetuação de vieses cognitivos, dada a reduzida possibilidade prática de discussão dos padrões decisórios estatuídos.

Pois bem. Tratar-se-á primeiramente de uma breve introdução acerca das funções das formas de impugnação das decisões no ordenamento jurídico brasileiro.

5.2.1 Os recursos, o duplo grau de jurisdição e o princípio da colegialidade

Conforme preceitua Nunes, os recursos têm as funções de reprimenda aos erros da decisão de primeiro grau; suspensão dos efeitos imediatos da decisão

²⁸³ NUNES, Dierle. **Colegialidade corretiva, precedentes e vieses cognitivos: algumas questões do CPC-2015**. In: Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro. Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 61-81, out./dez. 2015.

proferida; concentração de poder decisório pelo órgão hierarquicamente superior; reanálise das decisões; e uniformização e aperfeiçoamento do direito²⁸⁴.

Nas palavras do mesmo autor, “o recurso insere-se na estrutura normativa processual como um prolongamento do direito de ação, e não como uma ação autônoma”²⁸⁵, na medida em que a atividade recursal contempla uma fase processual anterior à formação da *res judicata*.

Barbosa Moreira define o instituto processual do recurso nos seguintes termos:

[...] pode-se conceituar recurso, no direito processual civil brasileiro, como o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna. O caso mais comum é aquele em que a interposição do recurso visa à reforma da decisão recorrida; isto é, visa a obter do órgão *ad quem* a formulação, para a hipótese, de regra jurídica concreta diferente daquela formulada pelo órgão *a quo*. Muitas vezes, porém, o que daquele se pretende é simplesmente que invalide, elimine, casse o pronunciamento emitido, para que, posteriormente, outro o substitua: assim na apelação fundada em suposto vício processual.²⁸⁶

É importante realizar uma diferenciação entre os recursos ordinários e os recursos extraordinários. Os recursos ordinários em gênero permitem que se realize uma revisão ampla de todo o conteúdo decisório, desde as premissas fáticas até as premissas jurídicas, oportunizando a verdadeira realização de nova interpretação do caso concreto²⁸⁷.

Por outro lado, os recursos extraordinários em gênero destinam-se tão somente a averiguar o acerto ou desacerto da decisão judicial, entretanto, exclusivamente no que toca aos seus aspectos jurídicos²⁸⁸.

Os recursos são uma decorrência, no ordenamento jurídico brasileiro, do suposto princípio constitucional do duplo grau de jurisdição²⁸⁹, que, conforme Nunes,

²⁸⁴ NUNES, Dierle. **Direito Constitucional ao Recurso. Da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 63-64.

²⁸⁵ NUNES, Dierle. **Direito Constitucional ao Recurso. Da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 64.

²⁸⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 191.

²⁸⁷ NUNES, Dierle. **Direito Constitucional ao Recurso. Da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 66.

²⁸⁸ NUNES, Dierle. **Direito Constitucional ao Recurso. Da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 66.

tem suas origens em práticas normatizadas na Revolução Francesa, a partir da possibilidade de que as decisões sejam revistas a partir de uma “cognição de dois tribunais sucessivos”²⁹⁰.

Muito se discute acerca da constitucionalidade do princípio do segundo grau de jurisdição²⁹¹. No âmbito constitucional brasileiro, apenas o recurso ordinário espécie é uma garantia de duplo grau de jurisdição²⁹², pois permite que o Supremo Tribunal Federal julgue, em segundo grau, *habeas corpus*, mandado de segurança e *habeas data* decididos em única instância de forma denegatória por Tribunais Superiores, ou crime político²⁹³.

Por outro lado, os recursos especial e extraordinário espécie, também previstos no texto constitucional, não representam a garantia de duplo grau de jurisdição, visto que estabelecem tão somente um controle difuso de constitucionalidade, no caso do recurso extraordinário espécie, e uma verificação de negativa de vigência ou contrariedade à legislação infraconstitucional ou uniformização jurisprudencial diante de divergência interpretativa, entre tribunais, acerca de lei federal, no caso do recurso especial.

Já no âmbito da legislação federal, o Código de Processo Civil de 2015 elenca recursos que viabilizam a criação de um espaço procedimental recursal de duplo grau de jurisdição, sendo eles o recurso de apelação e o recurso de agravo de instrumento.

²⁸⁹ É importante considerar o posicionamento doutrinário de Dierle Nunes, para quem “[...] o duplo grau não é realmente um princípio constitucional, pois não há necessidade de um duplo exame de todas as questões suscitadas e debatidas. Ao contrário, o instituto do recurso apresenta-se como corolário das garantias do contraditório e da ampla defesa, permitindo sua implementação sucessiva ao proferimento das decisões judiciais. Ademais, a aceitação da duplicidade de exames como princípio constitucional levaria à própria contradição, com a percepção de uma suficiência de um contraditório e ampla defesa sucessivos, pois toda vez que o tribunal estivesse diante de questões não decididas, mas discutidas em primeira instância, deveria reenviá-las para apreciação do órgão *a quo* para somente após verificá-las. A análise exclusivamente sucessiva traria a privação de um grau de juízo com nítida usurpação de competência e a quebra do duplo grau. (NUNES, Dierle. **Direito Constitucional ao Recurso. Da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 168).

²⁹⁰ NUNES, Dierle. **Direito Constitucional ao Recurso. Da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 111.

²⁹¹ Para uma análise exaustiva acerca das polêmicas tocantes à constitucionalidade do segundo grau de jurisdição, tanto no Brasil como na Itália, ver NUNES, Dierle. **Direito Constitucional ao Recurso. Da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 111 e seguintes.

²⁹² NUNES, Dierle. **Direito Constitucional ao Recurso. Da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 128.

²⁹³ BRASIL. Constituição Federal. Art. 102, II.

Cada tribunal se organiza conforme as regras dispostas em seu regimento interno, de modo que poderão haver diferenças, entre tribunais, na composição das turmas julgadoras e de seus órgãos especiais.

Inobstante, é possível afirmar que, na vigência do Código de Processo Civil de 2015, os recursos que viabilizam o segundo grau de jurisdição no âmbito infraconstitucional são julgados por uma turma julgadora composta por três julgadores dentre os que compõem a câmara, de acordo com o princípio da colegialidade (art. 941, §2º).

Conforme Nunes, para que se compreenda as premissas constitucionais do princípio da colegialidade, base da proposta de *debiasing* corretivo que se seguirá, é necessário que se compreenda o princípio do juízo natural, entendido como a premissa de anterioridade do órgão constitucionalmente designado para julgamento da causa, em relação à causa que se irá julgar. Nas palavras do autor:

Tal princípio foi assentado pela primeira vez na Constituição francesa de 1791 e, desde então, encontra ressonância nos textos constitucionais de muitos países, como, v.g., na Alemanha (art. 101, I, 2, Lei Fundamental de Bonn – *Bonner Grundgesetz*), na Itália (art. 25, §1º, *Costituzione Repubblicana*) e no Brasil.

O princípio do juízo natural encontra-se ligado ao requisito constitucional da ordinarietade do juízo.

A ordinarietade significa que um juízo (órgão) pode considerar-se legitimamente constituído se pertencente a um aparato jurisdicional ordinário, de modo que sua competência deve ser estabelecida *ex ante facto* (ou *a priori*), ou seja, antes da ocorrência de fatos dos quais ele poderá julgar em número indeterminado e abstrato de casos futuros.

Deste modo, é vedada constitucionalmente qualquer criação de órgãos julgadores extraordinários instituídos *ad hoc* (*ex post facto* ou *a posteriori*) para julgar determinados fatos já ocorridos, constituindo tribunais de exceção.

Além desse aspecto, o princípio garante que a todo cidadão seja garantido um julgamento por uma autoridade competente (art. 5º, inc. LIII, CRFB/1988) e é esse aspecto que especialmente nos interessa no presente ensaio.

Como há muito tempo defende a melhor doutrina, o órgão jurisdicional competente para o julgamento dos recursos será sempre o colegiado, e não o juízo monocrático do relator.²⁹⁴

O princípio do juízo natural, portanto, induz à percepção de que o órgão competente para que se realize a análise e julgamento dos recursos deve ser colegiado, ou seja, composto por mais que um julgador.

²⁹⁴ NUNES, Dierle. **Colegialidade das Decisões dos Tribunais – Sua visualização como princípio constitucional e do cabimento de interposição de agravo interno de todas as decisões monocráticas do relator**. Revista IOB e Direito Civil e Processual Civil, v. 9, n. 50, nov-dez 2007, p. 51.

No âmbito do julgamento dos recursos de apelação e agravo de instrumento, os três julgadores que compõem a turma são organizados entre um relator e dois vogais. O Código de Processo Civil, em seus arts. 929 e seguintes, estabelece a ordem dos processos nos tribunais, sendo atribuída normativamente ao relator a função de elaborar um relatório do recurso submetido à análise pelo tribunal (art. 931).

Além disso, conforme a legislação processual Pátria, são funções do relator dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive no tocante à realização de provas, quando for o caso; apreciar pedidos de tutela provisória; negar seguimento a recursos inadmissíveis, prejudicados ou que não tenham cumprido o ônus da dialeticidade²⁹⁵; negar provimento a recursos que contrariem entendimentos considerados precedentes vinculantes; dar provimento a recursos que se insurjam contra decisões que contrariem entendimentos considerados precedentes vinculantes; dentre outras atribuições (art. 932).

Não se vê, no Código de Processo Civil, regras que estabeleçam, de forma coercitiva e contrafática, uma atuação mais detida dos vogais no julgamento dos recursos. O que se percebe é que o próprio sistema processual induz um excesso de atribuições ao relator, em detrimento dos vogais, que igualmente comporão a turma julgadora²⁹⁶.

Acerca do papel do relator, afirma Virgílio Afonso da Silva que:

Em geral, os ministros do STF veem o papel do relator como decisivo na deliberação. Esse papel é traduzido por expressões como “ele baliza todo o debate”, “é um ponto de partida para discussão”.²⁹⁷

²⁹⁵ Conforme entendimentos do Superior Tribunal de Justiça, o princípio da dialeticidade recursal impõe ao recorrente “[...] o ônus de demonstrar, especificamente, as razões que justifiquem a reforma do julgado” (BRASIL. STJ. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 275786/RS. Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira, da Quarta Turma. Data do julgamento: 19/09/2017. Data de publicação: 28/09/2017).

²⁹⁶ Acerca do tema, afirma Virgílio Afonso da Silva que “[...] as estatísticas mostram que o relator costuma ser seguido na esmagadora maioria das decisões do STF. Mas, como será explicado mais adiante, apesar dessa clara estatística, pouco se sabe qual é a influência do relator e de seu voto no processo de deliberação nos casos mais polêmicos, que chamam mais a atenção tanto da comunidade jurídica quanto do grande público e da imprensa. Na medida em que nesses casos – ao contrário do que ocorre normalmente – todos os ministros costumam levar seus votos prontos para a sessão de julgamento, é possível supor que o papel e o grau de influência do relator sejam diferentes se comparados com o cenário usual em que os demais ministros chegam à sessão de julgamento com informações muito superficiais sobre o que vai ser julgado.” (SILVA, Virgílio Afonso da. **“Um voto qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal**. Revista Estudos Institucionais, Vol. 1, 1, 2015, p. 183).

²⁹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **“Um voto qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal**. Revista Estudos Institucionais, Vol. 1, 1, 2015, p. 188.

O quadro atual da dinâmica dos processos nos tribunais permite distorções que favorecem a incidência e a manutenção de vieses de cognição, sobretudo dos vieses de confirmação, *lock-in effect*, ancoragem e ajustamento, *status quo* e aversão à perda, visto que o princípio da colegialidade das decisões em segundo grau fica relegado a uma mera formalidade, ou a uma *pseudocolegialidade*.

Nesse ponto, Nunes alerta que a monocratização dos julgamentos é uma tendência no direito brasileiro, graças à já salientada percepção neoliberal da estrutura procedimental, que induz a noção de eficiência tão somente em sua premissa quantitativa:

Ocorre que, apesar da inerente colegialidade de análise de recursos, o sistema normativo brasileiro vivencia uma notória tendência de delegação de poderes monocráticos aos relatores dos recursos sob o discurso da busca de um processo em tempo razoável e visando “desobstruir a pauta dos tribunais ao dar preferência a recursos que realmente reclamam a apreciação do colegiado, aqueles em que há matéria controversa”.²⁹⁸

Deve ser ressaltado que a própria previsão, na legislação infraconstitucional, do recurso de agravo interno (art. 1.021, CPC), representa um mecanismo contrafático de “controle intersubjetivo contra o individualismo e o subjetivismo na aplicação da prestação jurisdicional”²⁹⁹, visto que possibilita a revisão, pelo órgão colegiado, da decisão monocrática proferida pelo relator.

Inobstante, tal possibilidade não induz, sozinha, o incremento do grau de zelo e atenção que devem ser despendidos pelos julgadores quando do julgamento dos recursos. Na prática, o que se tem observado é que grande parte dos recursos de apelação e agravo de instrumento possuem julgamentos unânicos em que os vogais simplesmente votam de acordo com o voto proferido pelo relator.

Por mais que em inúmeras oportunidades tal prática derive, de fato, de um estudo de caso realizado pelo vogal e por sua assessoria, de modo que as conclusões adotadas sejam realmente semelhantes às do relator, é possível afirmar

²⁹⁸ NUNES, Dierle. **Colegialidade das Decisões dos Tribunais – Sua visualização como princípio constitucional e do cabimento de interposição de agravo interno de todas as decisões monocráticas do relator**. Revista IOB e Direito Civil e Processual Civil, v. 9, n. 50, nov-dez 2007, p. 52.

²⁹⁹ NUNES, Dierle. **Colegialidade das Decisões dos Tribunais – Sua visualização como princípio constitucional e do cabimento de interposição de agravo interno de todas as decisões monocráticas do relator**. Revista IOB e Direito Civil e Processual Civil, v. 9, n. 50, nov-dez 2007, p. 53.

que, em outras tantas, os vogais se limitam a se inteirar do caso a partir do relatório apresentado.

Essa degeneração do princípio da colegialidade possui razão de ser de índole prática: como já abordado no presente estudo, o Brasil, desde a Constituição de 1988, vive um período de hiperjudicialização³⁰⁰.

A explosão da litigiosidade, decorrente do descumprimento massivo de direitos sem uma efetiva *accountability*, viabilizada pela cláusula de acesso à justiça constante do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988 afeta diretamente os tribunais, dificultando o exercício efetivo do princípio da colegialidade em razão do excesso de trabalho³⁰¹ e da falta de tempo para análise dos casos. É exatamente o que reflete o Código de Processo Civil, que induz uma *pseudocolegialidade* fática dos julgamentos em segundo grau ao não impor deveres dialógicos aos vogais, concentrando a direção e julgamento do recurso nas mãos do relator³⁰².

Entretanto, a colegialidade, entendida como garantia constitucional de dialogicidade na instância revisora, “deve funcionar, no sistema jurídico processual participativo, como método de controle”³⁰³. O que se pretende demonstrar é que o julgamento dos recursos, a partir de um correto dimensionamento do princípio da colegialidade, possui, também, uma função de *debiasing* corretivo.

³⁰⁰ Como já informado, dados do Relatório Justiça em Números 2017 do Conselho Nacional de Justiça apontam que no final de 2016, havia 18.011 cargos de magistrados providos no Poder Judiciário³⁰⁰, ao passo que 105.034.389 processos judiciais se encontravam tramitação (BRASIL. CNJ. **Relatório Justiça em Números 2017**, p. 36. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/ccbf89236e608e0c2bc755bee863b68a.pdf>. Acesso em: 10/10/2017).

³⁰¹ NUNES, Dierle. **Colegialidade corretiva, precedentes e vieses cognitivos: algumas questões do CPC-2015**. In: Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro. Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 61-81, out./dez. 2015.

³⁰² Virgílio Afonso da Silva, em pesquisa que pretende realizar uma *descrição interna* do Supremo Tribunal Federal, afirma que é possível observar uma diferença no papel do relator e dos demais ministros, a depender da natureza do caso: “[...] alguns ministros claramente diferenciam o papel do relator nos casos corriqueiros e nos casos que atraem a opinião pública. O ministro P, por exemplo, salienta a necessidade de diferenciar entre os casos repetitivos e os casos marcantes, para concluir que *apenas nos primeiros o papel do relator seria decisivo*. De forma mais incisiva, o ministro T argumenta que, quando a matéria não chama atenção (ou, nas suas palavras, “não dá ibope”), o ministro relator tem papel decisivo [...]”. (SILVA, Virgílio Afonso da. **“Um voto qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal**. Revista Estudos Institucionais, Vol. 1, 1, 2015, p. 190)

³⁰³ VIEIRA, Lucas Theodoro Dias, SILVA, Natanael Lud Santos e. **O modelo atitudinal de julgamento, os vieses de cognição e a colegialidade corretiva: Breves considerações**. In: Direito na Atualidade: Uma Análise Multidisciplinar. André Vicente Leite de Freitas, Fernanda Paula Diniz, Henrique Viana Pereira (Organizadores). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 99.

5.2.2 A colegialidade e a oralidade como possibilidades discursivas de *debiasing*: valorização do dissenso interpretativo

Conforme atestam Nunes *et al*, não há espaço, em um Estado Democrático de Direito, para discursos solitários (solipsistas) de poder. Nesse sentido, afirmam que “todo poder deva ser processualizado, ou seja, exercido mediante o debate em contraditório substantivo e de modo que tal diálogo genuíno seja sempre visto como um pressuposto essencial dos pronunciamentos judiciais”³⁰⁴.

Os mesmos autores afirmam que:

Como combate a essas deturpações decisórias, o processo (constitucionalizado, com garantias *v.g.* do contraditório e do devido processo constitucional) acaba viabilizando uma contramedida corretiva (contrafática) aos vieses (*debiasing*), especialmente porque um “problema para muitas decisões é que as pessoas fazem julgamentos com base na informação limitada que vem à mente ou entregues pelo ambiente, que é muitas vezes incompleta ou tendenciosas – um fenômeno que Kahneman chama de ‘o que você vê é tudo que existe’”. Nestes termos o processo constitucional acaba servindo de garantia dialógica de *debiasing*.

Nesse ponto, os esforços em prol de uma ressignificação do princípio da colegialidade têm como objetivo precípuo propiciar um “mecanismo de promoção de um processo deliberativo, não adversarial, em um verdadeiro projeto participativo e policêntrico, entre os sujeitos processuais, para a formação da decisão pluripessoal”³⁰⁵, que possui fundamental importância para os esforços de *debiasing*.

Chaves afirma ainda que “é imprescindível o abandono da pseudocolegialidade, para a busca de uma efetiva discursividade endoprocessual entre os sujeitos processuais, no empreendimento participativo e policêntrico de formação da decisão pluripessoal”³⁰⁶.

³⁰⁴ THEODORO JR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre G. M. F. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p 471.

³⁰⁵ CHAVES, Jéssica Galvão. **Princípio constitucional da colegialidade na formação da decisão pluripessoal**. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós Graduação em direito. Belo Horizonte, 2017, p. 73.

³⁰⁶ CHAVES, Jéssica Galvão. **Princípio constitucional da colegialidade na formação da decisão pluripessoal**. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós Graduação em direito. Belo Horizonte, 2017, p. 76.

A colegialidade em grau revisor permite que vários julgadores realizem uma nova interpretação das premissas fático-jurídicas delineadas nos autos, o que, ao menos em princípio, possibilita a identificação de pontos de enviesamento cognitivo e decorrente *debiasing*. Inobstante, conforme alertam Nunes *et al*:

[...] neste contexto, há de se perceber que alguns esforços de *debiasing*, corretivos das distorções decisórias, somente terão sucesso se os vieses forem percebidos e os decisores (participantes) puderem ser persuadidos de que seus preconceitos resultam decisões ruins com consequências no seu trabalho e no seu mundo real, como, por exemplo, em face da constatação do aumento das taxas de reforma decisórias, no decorrente retrabalho, aumento do tempo processual, sem olvidar, por óbvio, do evidente descumprimento do devido processo constitucional, que busca viabilizar a obtenção da resposta correta para cada caso em apreciação do Poder Judiciário.³⁰⁷

Afigura-se fundamental a percepção de que o princípio da oralidade possui um papel crucial nas perspectivas de desenviesamento cognitivo.

Isso porque, face ao crescimento da utilização de padrões decisórios como resposta à explosão da litigiosidade – já referida -, é perceptível a redução dos níveis de discursividade e, conseqüentemente, a diminuição da possibilidade de influência dos argumentos das partes na formação dos pronunciamentos decisórios, caso sejam apresentados tão somente de forma escrita.

Nesse pormenor, delineia-se a grande possibilidade de ganhos discursivos decorrente do reconhecimento, por parte da advocacia, da importância de que os procuradores se valham da oralidade como técnica de *debiasing*.

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* 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.

³⁰⁷ THEODORO JR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre G. M. F. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p 472.

O contraditório como garantia de influência é o “direito de participação na construção do provimento, sob a forma de uma garantia processual de influência e não surpresa para a formação das decisões”³⁰⁸. Nunes *et al* afirmam que:

Isso representa uma transformação do conceito persistente em parte da doutrina processual nacional, que ainda reduz a participação em contraditório a mero direito à bilateralidade de audiência – mero direito de dizer e contradizer. E, com isso, opera-se uma teorização com enorme impacto prático que é tão insuficiente quanto confrontada, por exemplo, com a proposta trazida por Fazzalari, ainda que com suas limitações, entre nós: o contraditório como direito de participação em igualdade na preparação do provimento (simétrica paridade de armas).³⁰⁹

O que se defende é que haja 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, em que pese a grande atribuição de valor ao consenso nas sociedades³¹⁰, é fundamental que seja verificada e valorizada a importância exatamente de seu oposto: o dissenso. Com Cass Sunstein podemos perceber a necessidade do dissenso como forma de evitar a perpetuação de erros induzidos pelo consenso.

Experimentos apontam que a existência de pelo menos um dissidente, entre vários conformistas, é capaz de induzir um indício de dúvida quanto à opinião majoritária, viabilizando um melhor debate acerca das questões postas em discussão e, às vezes, evitando desastres³¹¹.

Nas palavras de Sunstein:

³⁰⁸ THEODORO JR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre G. M. F. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p 113.

³⁰⁹ THEODORO JR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre G. M. F. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p 113.

³¹⁰ Faz-se referência, nesse pormenor, à fala do Presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, John Roberts, que, conforme Nunes *et al*, afirmou, em 2006, “que uma de suas prioridades seria a de reduzir o número de opiniões divergentes proferidas por membros da corte, uma vez que a dissidência enfraqueceria a força das decisões”. (THEODORO JR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre G. M. F. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p 462).

³¹¹ SUNSTEIN, Cass R. **Por que as sociedades precisam de dissenso**. In: Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, ano 4, n.º 13, jan/mar. 2006.

Todavia, mais significativamente, uma variação pequena nas condições do experimento fizeram toda a diferença: *A existência de pelo menos uma voz de sanidade reduziu dramaticamente tanto o conformismo como o erro*. Quando um dos colaboradores disfarçados de Asch manifestou um entendimento correto, os erros foram reduzidos em três quartos, mesmo se uma forte maioria tivesse optado por outro entendimento. Aqui, há uma analogia muito forte com a fábula das novas roupas do imperador. Quando uma pessoa revela a verdade, todos os demais ou muitos podem dizer o que eles realmente veem ou pensam ser verdadeiro. Pelo menos, isso acontecerá sob as circunstâncias adequadas.

A clara implicação é que se um grupo está embarcando em um curso de ação infeliz, um único discordante pode impedir que o desastre se consuma, por meio do fortalecimento dos membros hesitantes do grupo que, de outro modo, poderiam seguir a multidão. As constatações de Asch nesse campo dão forte suporte à sugestão de Arthur Schlesinger Jr., de que uma simples voz divergente poderia ter evitado o fiasco da Baía dos Porcos. Nos círculos militares, existem discussões eventuais sobre a "amplificação incestuosa", uma condição no comando militar em que pessoas com idênticas concepções reforçam reciprocamente uma a opinião do outro, criando o risco de previsões equivocadas. Se nenhuma voz divergente for ouvida, esse risco aumentará significativamente. Como também nós veremos, a possibilidade de um único voto dissidente algumas vezes ajuda a colocar os juízes federais no caminho adequado. O efeito de uma voz dissidente é perfeitamente ilustrado por *Doze Homens e uma Sentença*, o filme em que Henry Fonda, um jurado dissidente, modifica a decisão de um grupo de onze jurados altamente inclinados a condenar um acusado inocente. Nós podemos então constatar que esse filme tem um grau de realismo.³¹²

Do ponto de vista da colegialidade das decisões nos tribunais, é possível ponderar, portanto, que um incremento nos níveis de debate, valorizando-se eventual dissidência interpretativa, pode conduzir a resultados mais responsáveis, em que se exteriorizam opiniões divergentes acerca de uma controvérsia.

A valorização do dissenso passa, primeiramente, por critérios culturais: a alteração das concepções acerca dos indivíduos dissidentes depende de uma mudança na mentalidade coletiva, de modo que se enxergue que opiniões conflitantes podem agregar informações e dar ensejo a soluções que, por serem colocadas constantemente à prova, reputam-se mais responsáveis. No processo, o fomento do dissenso depende, de forma fatal, do trabalho de individualização de casos a ser realizado pelo advogado.

Diante de um contexto de padronização decisória e mitigação do dissenso, ressalta-se novamente a importância da individualização do caso concreto, seja por meio de petições, memoriais, despachos presenciais ou pela sustentação oral. Aliás, reputa-se fundamental a noção de que os julgadores de uma turma podem, até a

³¹² SUNSTEIN, Cass R. **Por que as sociedades precisam de dissenso**. In: Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, ano 4, n.º 13, jan/mar. 2006, p. 19.

prolação do resultado, mudar seus votos durante a sessão de julgamento, conforme dispõe o §1º do art. 941 do CPC/2015³¹³.

É vital que, em um cenário de aparente consenso enviesado, se busque demonstrar os equívocos do raciocínio dominante, objetivando-se, ao menos, que algum dos julgadores abra divergência em relação ao voto do relator.

Nesse ponto, é fundamental que se considere a técnica de ampliação da colegialidade, prevista no art. 942 do Código de Processo Civil, como importante instrumento de *debiasing*.

A referida técnica consiste na realização de uma nova sessão de julgamento, contando com novos julgadores, em número suficiente para possibilitar a inversão do resultado inicial, quando o julgamento dos recursos de apelação, ação rescisória ou agravo de instrumento tiverem resultados não unânimes³¹⁴.

Com Chaves lembramos que a divergência que leva à ampliação da colegialidade pode se dar com relação a quaisquer questões tratadas no julgamento, não havendo limitação com relação a matérias de meritorias ou processuais³¹⁵.

O referido dispositivo deixa clara a possibilidade de que se realizem novas sustentações orais por parte dos patronos quando da nova sessão de julgamento, de modo que os argumentos das partes possam influir na formação da convicção jurídica dos julgadores. Trata-se de mecanismo contrafático alinhado com a teoria normativa da participação, que induz o melhor debate no intuito de se obter o um resultado mais acurado e responsável.

Da mesma forma, a disposição contida no §2º do referido art. 942³¹⁶ permite que os julgadores que já tenham proferido seus votos realizem sua revisão, adotando conclusões diferentes face à divergência instaurada. Percebe-se uma abertura dialógica de fundamental importância para o intuito de se mitigar a prevalência dos efeitos deletérios dos vieses de cognição, possibilitando ao julgador

³¹³ THEODORO JR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre G. M. F. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.474-475.

³¹⁴ Ressalta-se que, a teor do disposto no §3º, I, do art. 942 do CPC, nos casos de ação rescisória, o incidente de ampliação de colegialidade ocorrerá apenas quando for rescindida a sentença de forma não unânime. No caso do recurso de agravo de instrumento, o inciso II do §3º do mesmo artigo determina que será cabível a ampliação de colegialidade apenas quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito, de forma não unânime.

³¹⁵ CHAVES, Jéssica Galvão. **Princípio constitucional da colegialidade na formação da decisão pluripessoal**. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós Graduação em direito. Belo Horizonte, 2017, p. 101.

³¹⁶ Art. 942. [...] § 2º-Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento.

que identifique e corrija eventuais erros sistemáticos a que tenha sido induzido quando da primeira sessão.

A percepção das potencialidades da referida técnica, e do próprio princípio da colegialidade, se corretamente dimensionados e aliados a uma atuação ativa dos procuradores das partes no sentido de realizar uma individualização de casos por meio da apresentação de memoriais, despachos presenciais e realização de sustentação oral, pode permitir que sejam identificados e corrigidos erros sistemáticos derivados dos vieses de cognição.

Especificamente, efetiva-se *debiasing* em relação ao viés confirmação, visto que a divergência instaurada pode demonstrar que uma opinião jurídica baseada em preconceções e na busca da confirmação destas informações prévias pode estar equivocada, por não terem sido levadas em conta outras dimensões da questão posta em debate.

Da mesma forma, é possível mitigar o viés de trancamento (*lock-in effect*), haja vista que poder-se-á demonstrar que eventual decisão antecipatória, proferida pelo relator, poderia estar baseada em premissas errôneas, alterando-se, portanto, sua tendência de se filiar ao raciocínio já empreendido para proferir seu voto final.

O viés de *status quo*, do mesmo modo, pode ser mitigado pelo correto dimensionamento do princípio da colegialidade diante da possibilidade de se demonstrar, pelo melhor debate e pela participação das partes, que um padrão decisório, na realidade, não se aplica ao caso, diante da inexistência de similitude entre a *ratio decidendi* do pronunciamento vinculante e os fatos tratados no caso sob julgamento.

Já o viés de ancoragem e ajustamento poderá ser mitigado ao se demonstrar dialogicamente que as âncoras em que se basearam os julgadores para decidir, na realidade pouco têm a ver com o caso, podendo ser, às vezes, completamente aleatórias, como no caso da valoração do pedido de danos morais.

O viés de retrospectiva (*hindsight bias*), por sua vez, poderá ter reduzidas suas implicações caso a participação das partes, juntamente com dialogicidade do julgamento, permitam que se identifique que os resultados das condutas não fossem efetivamente previsíveis antes do fato concreto.

Por fim, o viés de aversão à perda poderá ser mitigado pela própria noção de importância da dissidência, não representando qualquer depreciação de índole

social do julgador, podendo inclusive levar à percepção de equívocos sistemáticos que se retroalimentariam diante de um consenso formal.

Entretanto, deve-se atentar para o fato de que o §1º do art. 942, que possibilita que, sendo possível, a ampliação da colegialidade seja realizada na própria sessão de julgamento, representa uma possibilidade de esvaziamento das potencialidades de *debiasing* corretivo decorrentes da técnica de ampliação da colegialidade. Isso porque, ao se realizar o julgamento na mesma sessão, estar-se-á reduzindo a possibilidade de debate interno entre os julgadores, atividade esta preponderante para a consecução dos objetivos do próprio princípio constitucional da colegialidade.

Vale destacar a advertência de Giselle Santos Couy acerca do *modus operandi* relativo ao incidente de ampliação de colegialidade:

É preciso verificar sob a perspectiva do processo constitucional se com a “*técnica de julgamento não unânime*”, é possível garantir o amplo espaço discursivo assegurado constitucionalmente, já que a mencionada mudança não prevê sequer a remessa de cópia das peças principais a todos os julgadores para permitir a revisão do acórdão não unânime e a análise detida e prévia de todo o conteúdo das questões a serem julgadas. Assim, constata-se que com a nova “*técnica de julgamento*” há um risco considerável de a Turma Julgadora não ter sequer efetivamente prévio acesso à íntegra dos autos do processo, com prévia análise de todos argumentos e questões, o que acarretará, conseqüentemente, a ausência de debate de forma participada, com garantia de influência, comprometendo-se a possibilidade de reversão do julgado.³¹⁷

É indispensável, portanto, que a técnica de ampliação de colegialidade seja implementada por meio do prosseguimento do julgamento em uma sessão distinta, garantindo-se “deliberação substantiva sobre toda a questão fática e jurídica debatida, pelos novos integrantes da turma julgadora, em um verdadeiro projeto participativo de construção da decisão”³¹⁸.

Nesse sentido, afirmam Nunes *et al* que:

Percebe-se que a nova técnica somente viabilizará uma colegialidade corretiva caso não se prossiga o julgamento na mesma sessão de julgamento (como permitido em seu § 1º) de modo a salvaguardar a

³¹⁷ COUY, Giselle Santos. **Da extirpação dos embargos infringentes no Novo Código de Processo Civil – um retrocesso ou avanço?** Doutrina selecionada: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões jurídicas. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 28. v. 6.

³¹⁸ CHAVES, Jéssica Galvão. **Princípio constitucional da colegialidade na formação da decisão pluripessoal.** Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós Graduação em direito. Belo Horizonte, 2017, p. 102.

possibilidade de deliberação embasada em amplo conhecimento da causa ou recurso em julgamento. Caso contrário, poderemos abrir tão só um aumento numérico de votantes, mas não a uma melhoria decisória.

Nestes moldes, uma interpretação constitucionalmente conforme impõe a impossibilidade de continuidade do julgamento na mesma sessão de modo a subsidiar aos demais votantes possibilidade de efetivo conhecimento do caso.

No entanto, para os advogados, em face do novo incidente e da possibilidade de continuidade de julgamento na mesma sessão (que reputamos constitucionalmente inadequada), seria relevante, em algumas hipóteses (muito específicas), por cautela, a apresentação de memorial para os julgadores que, em princípio, não participariam do julgamento pela potencialidade de ampliação do colegiado.³¹⁹

Com Larrick, podemos depreender que estratégias cognitivas devem ser adotadas no sentido de que sejam implementadas tentativas de *debiasing*³²⁰. Uma indução dos julgadores ao conhecimento acerca da existência e efeitos dos vieses de cognição é de vital importância, de modo que sejam instados a estabelecer vínculos racionais dialógicos que os permitam conceber decisões racionais com incremento de imparcialidade e amparadas de legitimidade democrática.

A colegialidade deve ser dimensionada de modo que haja um efetivo incremento na discursividade da atuação jurisdicional. Nesse sentido, é cirúrgica a advertência de Nunes:

Isso faz com que devamos usar a colegialidade para ampliação do espectro de debates, de modo que cada julgador analise os mesmos pontos de discussão que devem se fazer presentes no relatório do caso (art. 489, I), mas com a exigência fundamental de que os indivíduos devam formular suas próprias hipóteses independentemente uns dos outros antes de trabalhar em grupo para deliberar e decidir, uma vez que em processos julgados por um grupo ideias compartilhadas podem desencadear novas possibilidades e o evidente aprimoramento crítico do direito.³²¹

A valorização do princípio da colegialidade, lido na perspectiva participativa – “vinculada ao contraditório dinâmico (arts. 5º, LV, CR/88, 10 e

³¹⁹ THEODORO JR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre G. M. F. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p 480.

³²⁰ LARRICK, Richard P. *Debiasing*. *Blackwell Handbook of Judgment and Decision Making*. Derek J. Koehler & Nigel Harvey (eds.), p. 326. Disponível em: http://psych.colorado.edu/~vanboven/teaching/p7536_heurbias/p7536_readings/larrick_debias.pdf. Acesso em: 11 Out. 2017.

³²¹ THEODORO JR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre G. M. F. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p 474.

933, CPC/2015)”³²², portanto, tem a função de induzir a mitigação da influência dos vieses de cognição sobre as decisões advindas da instância *a quo*, e mesmo sobre as proferidas em segundo grau. O que se busca é a produção de julgamentos em que se possa observar densidade deliberativa capaz de gerar um incremento no nível de responsabilidade decisória e, conseqüente, a diminuição do retrabalho.

³²² NUNES, Dierle. **Colegialidade corretiva, precedentes e vieses cognitivos: algumas questões do CPC-2015.** In: Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro. Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 61-81, out./dez. 2015, p. 80.

6 CONCLUSÃO

Ao longo da presente pesquisa, tratou-se de analisar o que são os vieses de cognição e como eles interferem no âmbito da tomada de decisão judicial, levando a julgamentos em que há uma quebra de imparcialidade, influenciados pela subjetividade do julgador a partir de tendências de enviesamento pela via da confirmação de preconcepções e busca de elementos que referendem conclusões *a priori*; do trancamento da cognição a partir de decisões liminares concedidas; da utilização de âncoras interpretativas relacionadas ao caso; da dificuldade em remontar os fatos sem se levar em consideração o resultado danoso; da opção pela manutenção de respostas prontas a problemas aparentemente semelhantes; e da reprimenda ao dissenso, por aversão à perda.

Demonstrou-se que a persistência dos vieses de cognição permite aferir a nulidade dos atos decisórios, pois não adequados ao modelo processual participativo inaugurado pelo CPC/2015, em que, inexoravelmente, as decisões jurisdicionais, por um critério de legitimidade democrática, devem ser fruto do melhor debate entre as partes, às quais deve ser garantido o direito de efetivamente influir sobre o resultado. Tal influência, como demonstrado, deve ser aferida pela via da fundamentação racional das decisões (art. 489, §1º, CPC/2015), pela efetiva análise e consideração de todos os argumentos e provas apresentados capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada.

Com base na concepção democrática de processo, nas premissas do princípio da imparcialidade do julgador e na teoria normativa da participação, sugeriu-se o correto delineamento e aplicação dos institutos processuais da fase preparatória de saneamento e organização do processo e do princípio da colegialidade recursal, auxiliados pelo princípio da oralidade, como forma de *debiasing*, seja preventivo ou corretivo, a fim de mitigar os efeitos deletérios dos vieses de cognição.

Ao final, concluiu-se que uma efetiva campanha de demonstração de existência e aplicação dos vieses de cognição aos magistrados, aliada ao correto dimensionamento da fase preparatória do processo - por meio do contraditório de influência e da fundamentação racional das decisões - e da colegialidade recursal - por meio do incentivo ao dissenso - são capazes de proporcionar o necessário

controle da jurisdição por meio do *debiasing*, levando a decisões menos afetadas pelos vieses de cognição e pela subjetividade do julgador, representando um incremento de participação das partes na construção do pronunciamento judicial, aumentando, portanto, seu coeficiente de legitimidade democrática.

Inobstante, concluiu-se também que a atuação ativa dos advogados, valendo-se sempre que possível das prerrogativas do princípio da oralidade, é fundamental para a almejada *accountability*, seja por meio de despachos com os magistrados, apresentação de memoriais, ou realização de sustentação oral, no sentido de se criar uma identificação da demanda e chamar a atenção para os contornos da controvérsia e para detalhes probatórios, estabelecendo-se uma incansável tentativa de quebra do enviesamento a que possam estar acometidos os julgadores.

Por fim, o que se observa é que cabe aos operadores do direito – tanto aos advogados, quanto aos juízes, pensadores e demais - buscar uma atuação contrafática, de modo a realizar a identificação e a quebra dos enviesamentos cognitivos. Felizmente, como demonstrado, os tribunais pátrios já vêm entendendo e aplicando as premissas básicas relacionadas à adequada leitura do contraditório enquanto garantia de influência e não surpresa, o que decisivamente favorece os objetivos do presente estudo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Isabella Fonseca. **A cooperação processual no Código de Processo Civil**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

AMORIM, Bruno de Almeida Lewer; FIUZA, César. **Considerações práticas acerca da responsabilidade objetiva**. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, Curitiba, v. 2. N.2, p. 01-20, jul/dez 2016.

ANDOLINA, Italo. **O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional**. Revista de Processo v. 87, p. 63-69. São Paulo, jul./set. 1997.

ARANGUREN, Arturo Muñoz. **La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: El factor humano – Una aproximación**. InDret, Vol. 2, 2011, p. 03. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1838370>. Acesso em: 06/09/2017.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **O novo processo constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro**. Volume II: Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do processo constitucional**. Revista da Faculdade Mineira de Direito. 2, nas. 3 e 4, p. 89-154. Belo Horizonte: 1º e 2º sem. 1999.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição**. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

BAUM, William M. **Compreender o Behaviorismo**. Tradução: Maria Teresa Araujo Silva. Porto Alegre: Editora Artes Médicas Sul Ltda., 1999.

BAZERMAN, Max H., MOORE, Don. **Processo Decisório**. 7. ed. Tradução Daniel Vieira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

BRASIL. CNJ. **Relatório Justiça em Números 2017**, p. 35. Disponível em <http://www.cnj.ius.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/ccbf89236e608e0c2bc755bee863b68a.pdf>. Acesso em: 05 Set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.676.027. Relator Ministro Herman Benjamin. Dje: 11/10/2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/stj-anula-decisao-surpresa-determina.pdf>. Acesso em: 23 Nov. 2017.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. 3ª.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **A constitucionalização do novo Código de Processo Civil**. In: BRÊTAS, Ronaldo e Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique (Orgs.). Novo CPC 2016 – Lei n. 13.105/15 com as alterações da Lei n. 13.256/16. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

BURGENTHAL, J. F. T. **The challenge that is man**. In: BURGENTHAL, J. F. T. Challenges of humanistic psychology. New York: McGraw-Hill, 1967.

CABRAL, Antônio do Passo. **Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal**. Revista de Processo– RePro, ano 32, n.º 149, jul/2007.

CAMGUILHEM, Georges. **Que é a Psicologia?** Tradução de Osmyr Faria Gabbi Junior. In: Impulso, Piracicaba, 19(47): 7-17, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Processo Civil no Direito Comparado**. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica ed. Líder, 2001.

CARDOSO, Renato C., HORTA, R. L. **Julgamento e tomada de decisão no direito**. 2017. Capítulo ainda não publicado, no prelo.

CHAVES, Jéssica Galvão. **Princípio constitucional da colegialidade na formação da decisão pluripessoal**. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós Graduação em direito. Belo Horizonte, 2017.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CLEMENTS, Cory S. **Perception and Persuasion in Legal Argumentation: Using Informal Fallacies and Cognitive Biases to Win the War of Words**. Brigham, 2013.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias**. *RBDPro* 90/153-173.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. 2016, 187 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

COSTA, Regenalda. **Discurso, direito e democracia em Habermas**. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (organizadores). *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.

COUTURE, Eduardo Juan. **Introdução ao estudo do processo civil**. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Lider, 2003.

COUY, Giselle Santos. **Da extirpação dos embargos infringentes no Novo Código de Processo Civil – um retrocesso ou avanço?** Doutrina selecionada: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões jurídicas. Salvador: JusPodivm, 2015.

CROSKERRY, Pat; SINGHAL, Geeta; MAMEDE, Sílvia. **Cognitive debiasing 2: impediments to and strategies for change**. *BMJ Qual Saf* 2013, 22:ii65-ii72.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DALLE, Ulisses Moura. **Técnica processual e imparcialidade do juiz**. In: BRETAS, Ronaldo de Carvalho Dias, SOARES, Carlos Henrique (coords.). *Técnica Processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

DANZINGER, Shai, LEVAV, Jonathan, AVNAIM-PESSO, Liora. **Extraneous factors in judicial decisions**. Princeton University, Princeton, NJ, 2011.

DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à Psicologia**. 3. Ed. Tradução: Lenke Perez. São Paulo: Makron Books, 2001.

Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. X. Disponível em http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 19 Jun. 2017.

DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DEL NEGRI, André. **Processo constitucional e decisão interna corporis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. **Streck, Fonseca Costa, Kahneman e Tversky: Todos contra o ativismo judicial probatório de Michele Taruffo**. *ReProano* 41, vol. 255, maio/2016.

DUARTE, Liza Bastos. **A impossibilidade humana de um julgamento imparcial**. In: *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, ano 3, n.º 12, p. 226-259, out-dez, 2002.

EPLEY, Nicholas, GILOVICH, Thomas. ***Putting adjustment back in the anchoring and adjustment heuristic***. In: *Heuristics and biases: The psychology of intuitive judgment*. Cambridge University Press, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FREITAS, Juarez. **A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais**. Revista da AJURIS, v. 40, n. 130, junho de 2013.

FREUD, Sigmund. **A história do movimento psicanalítico**. Tradução: Themira de Oliveira Brito. Rio de Janeiro: Imago, 1997.

GIRALDO, Liliana Damaris Pabón. ***La argumentación jurídica como presupuesto de legitimidad de la decisión jurisdiccional bajo la perspectiva del garantismo procesal***. In: Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 373-383, abr./jun. 2015.

GIRENZER, Gerd. ***Rationality for mortals***. New York: Oxford University Press, Inc., 2008.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GOYCOOLEA, Pia Tavorari. La fase introductiva y el contrato procesal em el processo civil Latinoamericano. Disponível em [http://www.uv.es/coloquio/coloquio/informes/ip17lat.pdf](http://www.uv.es coloquio/coloquio/informes/ip17lat.pdf). Acesso em: 21 Set. 2017.

GUTHRIE, Chris, RACHLINSKI, Jeffrey J., WISTRICH, Andrew J. ***Inside the Judicial Mind***. Cornell Law Faculty Publications, 2001, p. 787. Disponível em <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1734&context=facpub>. Acesso em: 07 Jul. 2017.

HIRSCHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, mai. 2009. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533>. Acesso em: 18 Nov. 2017.

HOMNA, Manabu. ***The preliminary phase and the trial agreement in Japan***. 2017?.

IGLESIAS, Fabio, FRANCO, Vithor Rosa, GISLER, Júlia Villela Teixeira, PIASSON, Douglas Leite. **Vieses cognitivos entre consumidores num dilema social simulado: Falso consenso, erro fundamental de atribuição, de ator-observador e de autosserviço**. Brasília: Psicologia: Teoria e pesquisa. Jul-Set 2016, vol. 32, n. 3, PP. 1-8.

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

KAHNEMAN, Daniel, TVERSKY, Amos. **Judgement under uncertainty: Heuristics and biases**. Science, Vol. 185, 1982.

KANG, Jerry; BENNET, Mark; CARBADO, Devon; CASEY, Pam; DASGUPTA, Nilanjana; FAIGMAN, David; GODSIL, Rachel; GREENWALD, Anthony G.; LEVINSON, Justin; MNOOKIN, Jennifer. **Implicit bias in the courtroom**. 59 UCLA Law Review 1124. Los Angeles, UCLA, 2012.

LARRICK, Richard P. **Debiasing**. *Blackwell Handbook of Judgment and Decision Making*. Derek J. Koehler & Nigel Harvey (eds.), p. 316-337. Disponível em: http://psych.colorado.edu/~vanboven/teaching/p7536_heurbias/p7536_readings/larrick_debias.pdf. Acesso em 11/10/2017.

LEIBENSTEIN, Harvey. **Bandwagon, snob and Veblen effects in the theory of consumers' demand**. New York: Holt, Rinehart and Winston, inc. 1971.

LEIPOLD, Dieter. **Oral and written elements within the introductory phase of civil procedure**. 201?.

LEVINSON, Justin D., CAI, Huajian, YOUNG Danielle. **Guilty by implicit racial bias: the guilty/not guilty implicit association test**. Ohio State Journal of Criminal Law. 2010.

LYNCH, Kevin J. **The Lock-in Effect of Preliminary Injunctions**. Denver, 2013.

MACEDO, Marcelo Álvaro da Silva, OLIVEIRA, Murilo Alvarenga, ALYRIO, Rovigati Danilo, ANDRADE, Rui Otávio Bernardes de. **Heurísticas e vieses de decisão: a racionalidade limitada no processo decisório**. 200?. Disponível em http://www.each.usp.br/rvicente/0176_ArtigoIAMDecisao.pdf. Acesso em: 20 Nov. 2017.

MALIN, Martin H., BERNAT, Monica. **Do cognitive biases infect adjudication? A study of labor arbitrators**. In: University of Pennsylvania Journal of Business Law, Pennsylvania, 2008.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Interferências extrajurídicas sobre o processo decisório no Supremo Tribunal Federal**. In: FELLET, André Luiz Fernandes, PAULA, Daniel Giotti de, NOVELINO, Marcelo: As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Jus Podivm, 2013.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Salvador: JusPodivm, 2017.

MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. **O que é um modelo democrático de processo?** Revista do Ministério Público do RS. Porto Alegre, n.º 73, jan. 2013 – abr. 2013

NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**. Campinas: Millennium, 2006.

NUNES, Dierle. **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. **Colegialidade das Decisões dos Tribunais – Sua visualização como princípio constitucional e do cabimento de interposição de agravo interno de todas as decisões monocráticas do relator**. Revista IOB e Direito Civil e Processual Civil, v. 9, n. 50, nov-dez 2007.

NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: Alguns apontamentos**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n.º 101, p. 61-96 jul./dez. 2010.

NUNES, Dierle, BARROS, Flaviane de Magalhães. **As reformas processuais macroestruturais brasileiras**. In: BARROS, Flaviane de Magalhães, BOLZON DE MORAIS, José Luis. (Coords.). Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

NUNES, Dierle; GOMES, Renata. **La fase preparatoria dela cognizione e dil Disegno di legge 166-2010: “Nuovo Codice di Procedura Civile Brasiliano”**. *Diritto & Diritto*, p. 8. Disponível em: <http://www.diritto.it/docs/30468-la-fase-preparatoria-della-cognizione-ed-il-disegno-di-legge-166-2010-nuovo-codice-di-procedura-civile-brasiliano>. Acesso em: 20/09/2017

NUNES, Dierle. **Processo Jurisdicional Democrático: Uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Dierle. **Colegialidade corretiva, precedentes e vieses cognitivos: algumas questões do CPC-2015**. In: Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro. Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 61-81, out./dez. 2015.

NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. Art. 357. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle, CUNHA, Leonardo (Orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

NUNES, Dierle. **Colegialidade Corretiva e CPC – 2015**. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. Novo CPC doutrina selecionada, v. 6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais Salvador: *juspodivm*, 2016.

NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Processo Constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito**. Revista Eletrônica de Direito Processual, Volume IV. Disponível em <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iv/processo-constitucional-uma-abordagem-a-partir-dos-desafios-do-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 11/11/2017

NUNES, Dierle, DELFINO, Lúcio. **Do dever judicial de análise de todos os argumentos e da apreciação das provas**. 2017. Artigo ainda não publicado, no prelo.

PARISER, Eli. **O filtro invisível: o que a internet está escondendo de você**. Tradução: Diego Alfaro. ZAHAR, 201?.

PEER, Eyal, GAMLIEL, Eyal. **Heuristics and Biases in Judicial Decisions**. Court Review, Volume 49, p. 114. Disponível em <http://aja.ncsc.dni.us/publications/courtrv/cr49-2/CR49-2Peer.pdf>. Acesso em: 20 de agosto de 2017.

PI, Daniel, PARISI, Francisco, LUPPI, Barbara. **Biasing, debiasing and the law**. University of Minnesota Law School. Research paper n.º 13-08. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2215117. Acesso em: 13/11/2017.

PITTERI, Sirlei. **TOMADA DE DECISÃO: Estudo de casos**. Clube dos Autores, 2016.

PRONIN, Emily; LIN, Daniel Y.; ROSS, Lee. **The bias blind spot: Perceptions of bias in self versus others**. Stanford University, 2004. Disponível em: <http://www.valuewalk.com/wp-content/uploads/2014/08/The-Bias-Blind.pdf>. Acesso em: 20 Nov. 2017.

RAATZ, Igor. **A organização do processo civil pela ótica da teoria do Estado: a construção de um modelo de organização do processo para o Estado Democrático de Direito e o seu reflexo no projeto do CPC**. In: Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, ano 19, n.º 75, jul/set. 2011.

ROGERS, Carl R. **Tornar-se pessoa**. Tradução: Manuel José do Carmo Ferreira e Al Vamar Lamfarellj. São Paulo: Martins Fontes, 200?.

ROSA, Alexandre Moraes da; TOBLER, Giseli Caroline. **Teoria da decisão rápida e devagar, com Kahneman**. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/teoria-da-decisao-rapida-e-devagar-com-kahneman-por-gisel/>. Acesso em: 29/06/2017

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil**. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

SAMUELSON, William, ZECKHAUSER, Richard. **Status quo bias in decision making**. Journal of Risk and Uncertainty, 1: 7-59, Boston, Kluwer Academic Publishers, 1988.

SILVA, Fernando Laércio Alves da. **O contraditório e a imparcialidade como elementos do processo penal constitucional**. In: Revista Jurídica da Presidência. Brasília, V. 16, n. 110, Out. de 2014/Jan. de 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. **“Um voto qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal.** Revista Estudos Institucionais, Vol. 1, 1, 2015.

SOUZA, André Pagani de. **Vedação das decisões surpresa no processo civil.** São Paulo: Saraiva, 2014.

SOUZA, Arthur César de. **A parcialidade positiva do juiz.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

STERNBERG, Robert J. **Psicologia Cognitiva.** Tradução: Maria Regina Borges Osório. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** 3ª. ed. São Paulo: RT, 2013.

STECK, Lenio. **Os filhos ou o café da manhã influenciam as decisões judiciais?** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-jul-20/senso-incomum-filhos-ou-cafe-manha-influenciam-decisoes-judiciais>. Acesso em: 06/11/2017.

SUNSTEIN, Cass R. **Por que as sociedades precisam de dissenso.** In: Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, ano 4, n.º 13, jan/mar. 2006.

SUNSTEIN, Cass, JOLL, Christine. **Debiasing through law.** Chicago: The University of Chicago, 2005. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=590929, Acesso em: 13/11/2017.

TABER, C.S., CANN, D. & KUCSOVA, S. **The motivated processing of political arguments.** Political Behavior. 2009.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade – O Juiz e a construção dos fatos.** São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TEIXEIRA, João de Fernandes. **Filosofia da Mente – Neurociência, cognição e comportamento.** São Carlos: Claraluz, 2005.

THEODORO JR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre G. M. F. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização.** Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil.** In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro.* Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza. **Precedentes no CPC/2015 e a mutação no ônus argumentativo.** 2017, 284 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-

Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

VIEIRA, Lucas Theodoro Dias, SILVA, Natanael Lud Santos e. **O modelo atitudinal de julgamento, os vieses de cognição e a colegialidade corretiva: Breves considerações.** In: Direito na Atualidade: Uma Análise Multidisciplinar. André Vicente Leite de Freitas, Fernanda Paula Diniz, Henrique Viana Pereira (Organizadores). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

WYKROTA, Leonardo Martins. **Direito Constitucional Contemporâneo e Análise Institucional do Judiciário: um diálogo à luz da Neurociência, da teoria da evolução e do pragmatismo.** 2017, 383f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

ZIMRING, Fred. **Carl Rogers.** Tradução e organização: Marco Antônio Lorieri. Recife: Massangana, 2010.