

A REALIDADE DO REALISMO

THE REALITY OF REALISM

*João Paulo Forni**

*Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy***

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo, por meio de revisão bibliográfica e análise de estudos empíricos, investigar a aproximação do realismo jurídico norte-americano com recentes descobertas da economia comportamental. Aquela corrente de pensamento tem como marca o ceticismo quanto à dedutibilidade do direito, assim como a ideia de que diversos fatores, conscientes e inconscientes, interferem nos julgamentos. A economia comportamental é ramo da ciência econômica que, englobando aspectos da psicologia, vem ganhando proeminência, inclusive com dois recentes prêmios Nobel, e, por meio de verificações empíricas, chegou a conclusões muito parecidas com ideário do realismo jurídico, o que demonstra a atualidade dos pressupostos desse movimento histórico.

Palavras-chave: Economia comportamental. Realismo jurídico norte-americano.

ABSTRACT

This article intends, through documentary analysis and literature review, to investigate the approximation of American legal realism with recent discoveries of behavioral economics. That way of think the Law emphasizes skepticism about the deductibility of the law and the idea that several factors, both conscious and unconscious, interfere with judgments. Behavioral economics is a branch of economic science that, covering aspects of psychology, has been gaining prominence, including two recent Nobel Prizes, and, through empirical verifications, has reached conclusions that are very similar to the ideals of American legal realism, which demonstrates the actuality the assumptions of this historical movement.

Keywords: Behavioral economics. American legal realism.

* Mestre em Direito Público pelo Centro Universitário de Brasília. Graduado em Administração. Auditor Federal de Controle Externo no Tribunal de Contas da União. <<http://lattes.cnpq.br/3520330187873051>>.

** Livre docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP. Doutor e Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC-SP. Procurador da Fazenda Nacional. <<http://lattes.cnpq.br/2987368350054932>>.

INTRODUÇÃO

O realismo jurídico é um movimento que busca explicar a experiência jurídica não com base nos ideais de justiça ou nos ordenamentos jurídicos constitutivos, mas na realidade social e nas ações dos homens que constroem, a partir de seu comportamento, as regras de conduta que os governam.¹

De acordo com essa corrente de pensamento, os jusnaturalistas pecam porque substituem o direito real – aquele que efetivamente é aplicado – pela aspiração à justiça. Já os juspositivistas pecam porque o substituem o direito real pelas regras impostas e formalmente válidas, muitas vezes pura forma vazia de conteúdo.²

O movimento realista foi, ao longo do tempo, acentuando-se em termos de violência e revolta antiformalista, sendo possível dividi-lo em três momentos: o primeiro, denominado escola histórica do direito, encabeçado por Savigny, para quem o direito não se deduz de princípios racionais, mas é fenômeno histórico, que nasce espontaneamente do povo; o segundo, chamado de concepção sociológica do direito, que, em apertada síntese, enfatiza o direito judiciário (elaborado pelos juízes) e culmina na jurisprudência dos interesses, de Philip Heck; e, por fim, o terceiro, denominado realismo jurídico norte-americano, objeto deste artigo.³

O realismo jurídico norte-americano parte da premissa de que juízes primeiramente decidem e depois engendram modelos de dedução lógica. O pensamento é instrumento para ajuste das condições de vida, e a reflexão jurídica é mecanismo para resolução de problemas concretos. Abandona-se a metafísica e os construídos românticos de direito natural, em favor do pragmatismo, da utilidade prática, da atuação fática.⁴

Para os realistas norte-americanos, não existe um Direito objetivo ou objetivamente dedutível dos costumes, da lei ou do precedente jurídico. O Direito seria contínua criação do juiz no ato em que decide uma disputa, em uma negação do princípio da certeza jurídica. A consequência lógica desse raciocínio é que a certeza jurídica é um mito, com traços de infantilidade, que deve ser derrubado para dar lugar a uma ideia de direito como criação contínua e imprevisível por parte do magistrado.⁵

¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Batista. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016. p. 62.

² *Ibidem*, p. 63-64.

³ *Idem*, p. 62.

⁴ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: Edição do Autor, 2013. p. 5.

⁵ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 65.

Esse ceticismo quanto à dedutibilidade do direito, somado à ideia de que diversos fatores, conscientes e inconscientes, interferem nos julgamentos, sugerem uma aproximação do pensamento realista em relação a recentes descobertas da economia comportamental, campo de estudo que vem ganhando cada vez mais relevo, o que pode ser atestado pelo Prêmio Nobel de Economia atribuído a Daniel Kahneman, em 2002⁶, e a Richard Thaler, em 2017, ambos expoentes desse ramo da ciência econômica.⁷

A economia comportamental parte de uma crítica à abordagem tradicional da economia, centra na concepção do “homo economicus”, que seria um tomador de decisões racional, ponderado, focado no interesse pessoal e com capacidade ilimitada para processar informações. A essa visão, contrapõe-se a ideia de que a realidade é formada por pessoas fortemente influenciadas por fatores emocionais, pelas decisões de outras pessoas e que decidem baseando-se em hábitos, experiências e regras práticas simplificadas; aceitam soluções que sejam apenas satisfatórias; tomam decisões rapidamente, sem calcular diversas possibilidades; e têm dificuldades de conciliar interesses de curto e longo prazo.⁸

O presente artigo tem como objetivo, por meio de revisão bibliográfica e análise de estudos empíricos, investigar a aproximação entre o realismo jurídico norte-americano e a economia comportamental, demonstrando, com isso, a atualidade do pensamento realista em certos aspectos.

DO REALISMO JURÍDICO NORTE-AMERICANO À ECONOMIA COMPORTAMENTAL

O realismo jurídico norte-americano é uma concepção do direito que floresceu na primeira metade do século XIX, nos Estados Unidos.⁹ Parte da premissa de que Direito é o que efetivamente acontece nos tribunais, e não a letra da lei, que teria menos importância. A ênfase no que ocorre, de fato, nas cortes acaba por colocar em xeque a tese da previsibilidade jurídica, levando à associação do realismo ao ceticismo – quando se questiona a confiança na norma nua – e ao relativismo – que sugere a incerteza associada à aplicação da norma, uma vez que dependerá de vários fatores, nem sempre jurídicos ou previsíveis.¹⁰

⁶ MLA style: *The Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 2002*. Nobelprize.org. Nobel Media AB 2014. Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2002/>. Acesso em: 4 jan. 2017.

⁷ MLA style: *The Prize in Economic Sciences 2017*. Nobelprize.org. Nobel Media AB 2014. Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2017/>. Acesso em: 4 jan. 2017.

⁸ ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria. Prefácio. In: ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria (coord.). *Guia de economia comportamental e experimental*: economiacomportamental.org, 2015. p. 14-15.

⁹ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 65.

¹⁰ KELLY, John Maurice. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 481-482.

O pai espiritual do realismo americano é Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935).¹¹ Considerado o primeiro juiz da Suprema Corte norte-americana a repudiar o tradicionalismo jurídico e impulsionar interpretações evolutivas do direito, com deferência às mudanças da consciência social¹², Holmes ficou conhecido como “*the great dissenter*”, devido a sua discordância para com posições formalistas de seus colegas.¹³ Uma passagem de sua obra “*The Path of Law*”, ilustra a ênfase realista nas decisões judiciais:

(...) se olharmos da perspectiva de nosso malfeitor, veremos que ele não liga para axiomas ou deduções, mas o que ele quer realmente saber é o que os tribunais de Massachusetts ou da Inglaterra poderão fazer de fato. Penso de modo muito semelhante ao dele. As profecias sobre o que os tribunais farão de fato, e nada mais pretensioso que isso, é o que quero dizer com direito.¹⁴

O antiformalismo, portanto, é marca dos realistas e característica que os une. No âmbito do ensino jurídico, Christopher Columbus Langdell – dirigente da *Harvard Law School* – e seu método do *case law*, cujo objetivo central era alcançar princípios que regem as decisões judiciais e regem o direito, foram alvos dos realistas, que viam esse método de ensino como uma apologia ao formalismo.¹⁵

Ainda no que concerne a Langdell, não apenas seu método de ensino baseado no caso foi severamente criticado pelos realistas, mas também sua concepção de teoria do direito, que propugnava certa cientificidade jurídica no ato de desvendar princípios e regras. Essa crítica fica bem demonstrada no seguinte trecho de Joseph Bingham (professor de Stanford e um dos pioneiros do realismo norte-americano):

Eu desejo combater especialmente a atual ideia vaga que prega que o objetivo da investigação científica é a extração dos seus esconderijos e a domesticação de feras selvagens da floresta da ignorância conhecidas como princípios e regras. Nós somos guiados inconscientemente pelo senso comum a pensar os princípios e regras como coisas tangíveis existentes fora da mente humana que podem ser percebidas por pessoas inteligentes ou treinadas e comunicadas a outros. (...) a concepção de princípios e regras indicada por tal linguagem é errada (...).¹⁶

¹¹ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 65.

¹² *Ibidem*, p. 65.

¹³ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O realismo jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 43, n. 171, jul./set. 2006, p. 91.

¹⁴ HOLMES JR., Oliver Wendell. *The path of law*. Project Gutenberg Etext#2373. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/gu002373.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

¹⁵ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: Edição do Autor, 2013. p. 20.

¹⁶ BINGHAM, Joseph W. What is the Law? *Michigan Law Review*, v. 11, n. 1, 1912, p. 1-25. p. 4.

Outro expoente do movimento realista, e o mais importante no contexto desse artigo, é Jerome Frank (1889-1957). Com experiência na advocacia e na magistratura, Frank ganhou a alcunha de radical e ficou conhecido pelas inserções da psicanálise em observações acerca do direito e das decisões judiciais.¹⁷

Em um espectro de suas influências, o realismo se vincula, à esquerda, ao movimento *Critical Legal Studies* (CLS), capitaneado por Roberto Mangabeira Unger. Mais radicais, as propostas do CLS giram em torno da fusão entre direito e política, envolvendo-os em um processo de transformação consciente e perpétuo. Busca-se repensar elementos básicos da “ordem institucional estabelecida”, como livre mercado, democracia e propriedade privada.¹⁸

À direita do espectro, o realismo se vincula ao movimento *law and economics*, tendo como expoente o juiz federal norte-americano e professor da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago, Richard Posner. Essa escola vê o direito como ferramenta de alteração de incentivos e prega, numa acepção extrema, um conceito de justiça fundado na maximização da riqueza. Parte-se, aqui, do pressuposto de que cada indivíduo busca maximizar sua satisfação racionalmente.¹⁹

É possível colocar, como uma ramificação desse caminho (à direita), nos tempos atuais, a economia comportamental. Esse ramo da economia, como afirmado na introdução, parte de uma crítica à abordagem tradicional da economia, centrada na tomada de decisão racional, partindo de uma capacidade ilimitada para processar informações²⁰, para uma visão mais realista dos fatores psicológicos e emocionais que regem as decisões dos indivíduos. A economia comportamental representa, portanto, um retorno ao ceticismo manifestado inicialmente por Jerome Frank, que já vislumbrava a decisiva influência de fatores psicológicos inconscientes nas decisões judiciais. Frank, inclusive, chamava esses fatores de vieses²¹, assim como fazem certos economistas comportamentais.²²

Em que pese a atualidade das ideias realistas, é necessário pontuar, antes de encerrar o presente tópico, o que aconteceu ao movimento, uma vez que os críticos (realistas) também foram severamente criticados.

¹⁷ FERNANDES, Manuela Braga; FREITAS, Lorena de Melo. Jerome Frank e a incerteza no direito: um estudo de autor. In: LEMOS JUNIOR, Eloy; FREITAS, Lorena de Melo; TYBUSCH, Jerônimo Siqueira. *Teorias da decisão e realismo jurídico*. Florianópolis: Conpedi, 2015. p. 168.

¹⁸ KELLY, John Maurice. *Op. cit.*, p. 90 e 104.

¹⁹ POSNER, Richard. *A economia da justiça*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 571-572.

²⁰ ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria. Prefácio. In: ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria. (coord.). *Guia de economia comportamental e experimental*: economicomportamental.org, 2015. p. 14-15.

²¹ FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. Stevens & Sons Limited, 1949. p. x-xi.

²² Ver KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

Em meados de 1930, crescia a aversão dos americanos a governos totalitários como o russo, o italiano e o alemão. Quanto mais a possibilidade de uma guerra se aproximava, a ideia de democracia era defendida com mais veemência. Nesse contexto, a crítica dos realistas ao método do caso e à forma de decisão dos magistrados terminava sendo encarada como uma forma de colocar a ideia de democracia em cheque, pois o ácido pensamento realista negaria padrões éticos e tornaria a lei uma força coercitiva amoral, levando ao totalitarismo. Tais ideias não seriam toleradas em um momento no qual os EUA precisavam de convicção e reafirmação de seus valores republicanos. Essa conjuntura fez com que os tradicionalistas prevalecessem, abafando a corrente realista na sua faceta de teoria do direito, o que resultou na derrocada desse movimento.²³

Contudo, na faceta relacionada ao ensino jurídico, o movimento realista deixou um legado que persiste até os dias atuais, qual seja a interdisciplinaridade, principalmente a integração do direito com a sociologia; como decorrência disso, a melhoria no material didático (livros de casos), que incorporaram a interdisciplinaridade defendida por Karl Llewellyn (um dos realistas mais conhecidos); a proliferação das disciplinas eletivas; a adoção de clínicas de prática jurídica; a aplicação da pesquisa empírica ao direito; e a melhoria das técnicas de ensino.²⁴

Em relação ao Brasil, é interessante o paralelo traçado por Paulo Macedo Garcia Neto entre o realismo norte-americano e a crescente preocupação de alguns intelectuais com a questão social. Segundo o autor, assim como o realismo apresentava-se como uma crítica ao modelo de Langdell e, na Suprema Corte dos EUA, como oposição ao *laissez-faire*, construía-se, no Brasil, uma forte oposição ao pensamento liberal que marcou a República Velha.²⁵

Segundo o autor, juízes progressistas inspirados no realismo, como Benjamin Cardozo e Louis Brandeis, lideravam os votos na Suprema Corte dos EUA em prol de um posicionamento mais deferente a medidas de proteção social. João Mangabeira e Oliveira Vianna, conhecidos defensores da questão social, em que pesem seus desencontros, foram buscar nos votos de Louis Brandeis tanto as críticas ao modelo liberal, como a defesa do *Welfare State*.²⁶

²³ FERREIRA, Daniel Brantes. Realismo jurídico norte-americano: origens, contribuições e principais autores. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 40, jan./jul. 2012. p. 6-33.

²⁴ *Ibidem*, p. 23-28.

²⁵ GARCIA NETO, Paulo Macedo. *A influência do realismo jurídico norte-americano no direito constitucional brasileiro*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008. p. 154-156.

²⁶ *Ibidem*.

ECONOMIA COMPORTAMENTAL: HEURÍSTICAS E VIÉSES

Jerome Frank afirmou, referindo-se a juízes e membros de um júri, que julgamentos têm preconceitos, muitas vezes inconscientes, contrários ou favoráveis a testemunhas, juízes ou advogados. Dissegue, além dos conhecidos preconceitos raciais, religiosos ou econômicos, existem alguns escondidos, aos quais chamava “vieses inconscientes”. Exemplificou esses vieses como: reações menos ou mais intensas a mulheres, mulheres solteiras, ruivas, morenas, em relação à idade, ou, até mesmo, gestos ou tiques nervosos. Vieses esses que seriam impossíveis de reconhecer, o que levaria a uma impossibilidade de previsão dos “padrões comportamentais”.²⁷

As ideias de Frank têm uma forte conexão conceitual com as heurísticas e vieses propostos por Daniel Kahneman e Amos Tversky em artigo publicado originalmente na Revista Science em 1974 e, posteriormente, ampliados pelo próprio Kahneman no livro *Rápido e Devagar: duas formas de pensar* (2011). Heurística seria um procedimento simples que ajuda na formulação de respostas plausíveis, ainda que imperfeitas, a perguntas difíceis. Seriam métodos ou “regras de bolso” simplificadoras, utilizadas para fazer um julgamento ou resolver um problema. A confiança nessas heurísticas leva a erros sistemáticos, que se repetem de forma previsível em circunstâncias particulares, chamados vieses.²⁸

Jerome Frank dizia que boa parte do que sugeria a psicologia carecia de empirismo e padecia de problemas em relação à precariedade de seus instrumentos.²⁹ No decorrer do artigo, serão apresentados estudos empíricos que preenchem, em parte, essa lacuna vislumbrada por Frank. Sua posição pela impossibilidade de padronização dos vieses fica atenuada pela sistematização dos erros cometidos nos julgamentos, em certa medida, passíveis de previsão.

Efeito halo

Como afirmou Frank, características pessoais de testemunhas, advogados ou juízes podem influenciar julgamentos, muitas vezes de forma inconsciente. Tais observações se conectam ao que se denomina efeito halo. Esse viés pode ser definido como a influência de uma avaliação global sobre avaliações relativas a aspectos específicos de uma pessoa³⁰, ou a tendência a gostar (ou desgostar) de

²⁷ FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. Stevens & Sons Limited, 1949. p. x-xi.

²⁸ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 10-14 e 127.

²⁹ FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. Stevens & Sons Limited, 1949. p. 21.

³⁰ NISBETT, Richard; WILSON, Timothy DeCamp. The Halo Effect: Evidence for Unconscious Alteration of Judgments. In: BERGER, Jonah; MEREDITH, Marc; WHEELER, Cristian. Contextual Priming: Where People Vote Affects How They Vote. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 35, n. 4, 1977. p. 250.

tudo o que diz respeito a alguém, incluindo o que não se observou. Como exemplo: ao se deparar com a frase “Hitler gosta de cachorrinhos e de gatinhos”, provavelmente o leitor ou ouvinte ficará chocado. Isso acontece porque o efeito halo induz ao raciocínio de que Hitler foi responsável pela morte de milhões de pessoas, o que significa que é cruel, portanto (e aqui está o “salto” representado pelo efeito halo) não pode ter nenhum traço de bondade, como gostar dos filhotes.³¹

O efeito halo também está ligado à sequência com que observamos as características de alguém. As primeiras impressões acabam por determinar as seguintes e possuem maior peso. No caso de opiniões, as primeiras opiniões ou argumentos tendem a influenciar os demais.³² Isso pode ser demonstrado com dois exemplos.

No primeiro, em um estudo, pediu-se que pessoas avaliassem a personalidade de Alan e de Ben, a partir das seguintes características:

Alan: inteligente – esforçado – impulsivo – crítico – obstinado – invejoso

Ben: invejoso – obstinado – crítico – impulsivo – esforçado – inteligente

O resultado foi que os participantes do estudo avaliaram Alan de forma mais favorável que Ben, o que demonstra o peso das características iniciais. Para testar o raciocínio provável dos participantes, pode-se dizer que a obstinação ou a impulsividade de uma pessoa inteligente é compreensível, enquanto uma pessoa invejosa e inteligente pode ser perigosa.³³

No caso do segundo, inicialmente é preciso explicar o que significa “erro decorrelato”. A partir da observação de um pote cheio de bolas de gude, solicita-se que indivíduos opinem sobre a quantidade de bolas no pote. Como consequência de avaliações exageradas e subavaliações, a tendência é que a média dessas avaliações seja precisa, quanto maior for o número de indivíduos. Porém, o erro decorrelato só ocorre se não houver influência de algumas opiniões sobre as outras (as opiniões – ou “erros” – não podem estar correlacionadas, por isso “decorrelato”). Caso as opiniões sejam coletadas em conjunto, o efeito halo enviesava o resultado e o efeito desaparece.³⁴

Ainda em relação ao efeito halo, um estudo realizado com 83 estudantes da Universidade de Princeton investigou a maneira como se julga a confiabilidade das pessoas a partir de fotos. A mudança de posição em relação à confiabilidade

³¹ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 107 e 250.

³² *Ibidem*, p. 108.

³³ Estudo reproduzido em KAHNEMAN, Daniel. *Op. cit.*, p. 107-108, e publicado em ASCH, Solomon. Forming Impressions of Personality. *Journal of Abnormal and Social Psychology*, v. 41, 1946, p. 258-90.

³⁴ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 110.

das pessoas foi significativamente maior quando se compararam os resultados dos primeiros 50 milissegundos com os julgamentos realizados após 100 milissegundos de exposição às imagens. Esse resultado sugere que a maior parte da informação que utilizamos para fazer julgamentos de características pessoais é obtida nos primeiros 100 milissegundos de exposição a um rosto.³⁵

Outro estudo com temática análoga mostrou que inferências sobre a competência de candidatos a eleições baseadas exclusivamente na aparência de seus rostos possibilitam uma previsibilidade de quase 70%, em alguns casos, dos resultados reais das disputas. As verificações mostraram, ainda, que as previsões baseadas nos rostos foram linearmente relacionadas à margem de vitória dos candidatos. Tudo isso com uma exposição de menos de um segundo às fotos. Os resultados desse estudo sugerem que inferências rápidas e sem a devida reflexão podem contribuir de forma acentuada para a decisão sobre votos, que são considerados uma escolha racional, até como corolário da ideia de democracia.³⁶

Em conjunto, esses estudos permitem inferir a correção das observações de Frank, com o acréscimo da velocidade com o que os preconceitos são ativados e enviesam os julgamentos. O efeito halo é justamente o nome dado ao fenômeno explanado por Jerome Frank e observado nos estudos citados, quando características específicas, muitas vezes apreendidas de forma inconsciente, são tomadas como gerais e distorcem opiniões, podendo levar a julgamentos enviesados.

Ancoragem

O efeito de ancoragem é um viés que se enquadra, de forma mais clara, nas ideias de impossibilidade de padronização e inconsciência dos vieses, de Jerome Frank. Esse efeito ocorre quando alguém considera, em sua opinião (estimativa) sobre uma quantidade desconhecida, um valor particular, relevante ou não no contexto dessa quantidade.³⁷ A razão do nome “ancoragem” fica claro no seguinte estudo: visitantes do museu Exploratorium, separados em dois grupos (mais o grupo de controle) responderam a duas sequências de perguntas:

A altura da sequoia mais alta é maior ou menor do que 365 metros?

Qual a sua melhor estimativa (*best guess*) sobre a altura da sequoia mais alta?

A altura da sequoia mais alta é maior ou menor do que 55 metros?

Qual a sua melhor estimativa (*best guess*) sobre a altura da sequoia mais alta?

³⁵ TODOROV, Alexander; PAKRASHI, Manish; OOSTERHOF, Nikolaas. Evaluating faces on trustworthiness after minimal time exposure. *Social Cognition*, v. 27, n. 6, 2009, p. 815-819.

³⁶ TODOROV, Alexander; MANDISODZA, Anesu; GOREN, Amir, HALL, Crystal C. Inferences of Competence from Faces Predict Election Outcomes. *Science Magazine*, v. 308, 2005. p. 16213.

³⁷ KAHNEMAN, Daniel. *Op. cit.*, p. 110.

O resultado foi que os participantes que responderam à primeira sequência de perguntas ficaram “ancorados” na referência a 365 metros quando responderam à segunda questão e estimaram, em média, 257 metros. Já os participantes que responderam à segunda sequência de perguntas ficaram “ancorados” em um valor menor – resultando em 86 metros a média das respostas à segunda questão.³⁸

No caso da sequência, seria possível dizer que a pergunta daria uma dica a respeito da altura, o que explicaria a ancoragem. Porém, em estudo surpreendente, descobriu-se que mesmo “âncoras” aleatórias podem influenciar os indivíduos. Foram selecionados 52 juízes alemães, com idades que variavam entre 24 e 33 anos, para sentenciar uma mulher que havia cometido um delito. A partir da leitura de uma descrição do caso, os participantes lançavam dois dados. Os dados foram preparados para sempre caírem nos números 1 e 2 (somando 3) para o primeiro grupo e 3 e 6 (somando 9) para o segundo grupo (havia também o grupo de controle). Logo após esse procedimento, a sentença sugerida deveria ser escrita em um questionário. O primeiro grupo (soma 3) apresentou média próxima a 5 anos em suas sentenças, enquanto o segundo grupo (soma 9) apresentou média próxima a 8 anos. Tal resultado sugere um efeito de ancoragem de quase 50%.³⁹

A impossibilidade de estabelecimento de padrão comportamental e a inconsciência do viés, em relação à ancoragem, decorrem da dificuldade de precisar quais “âncoras” influenciarão os julgamentos – se uma ou várias delas, de que forma, com que peso e assim por diante. As ideias de Frank, novamente, se mostram compatíveis com as descobertas da economia comportamental, uma vez que os julgamentos dos juízes ou outros envolvidos em questões legais podem sofrer interferência de algo tão inusitado como um lançamento de dados.

Fome

Por fim, apresenta-se um viés inusitado: a interferência da fome nos julgamentos dos juízes. A frase: “direito é o que o juiz comeu no café da manhã”, comumente atribuída a Jerome Frank, mas de origem incerta, é uma caricatura comum do realismo jurídico norte-americano, no sentido de levar ao extremo a interferência dos mais variados fatores nas decisões judiciais.⁴⁰

Com o objetivo de testar empiricamente essa descrição caricata do realismo, pesquisadores realizaram um estudo com juízes israelenses, utilizando uma

³⁸ JACOWITZ, Karen; KAHNEMAN, Daniel. Measures of Anchoring in Estimation Tasks. *Personality and Social Psychology Bulletin*, v. 21, Issue 11, 1995. p. 1161-1166.

³⁹ ENGLISH, Brite; MUUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. Playing Dice With Criminal Sentences: The Influence of Irrelevant Anchors on Experts' Judicial Decision Making. *Personality and Social Psychology Bulletin*, v. 32, n. 2, 2006. p. 194-195.

⁴⁰ LIEBMAN, Matthew. Who the judge ate for breakfast: on the limits of creativity in animal law and the redeeming power of powerlessness. *Animal Law – Limits of Creativity*, v. 18:133, 2011. p. 134.

amostra de 1.112 decisões judiciais, a maior parte delas – 78,2% – composta por pedidos de liberdade condicional. Os requerentes haviam cometido crimes como assalto, roubo, estupro e assassinato.

O estudo concluiu que a probabilidade de uma decisão favorável ao requerente é maior logo no início do dia de trabalho e após uma pausa para lanche. O que surpreende nos resultados da pesquisa, entretanto, é a significativa diferença de probabilidade. No início da jornada de trabalho, a probabilidade de uma concessão de liberdade condicional – ou outra decisão favorável – é de aproximadamente 65%, caindo constantemente até quase zero no decorrer do dia, com o acúmulo de cansaço e fome. Logo após uma pausa para lanche, no entanto, essa probabilidade volta para aproximadamente 65% de sucesso dos pedidos.

Em um estudo posterior, essa correlação da fome com o sucesso de decisões judiciais foi atenuada⁴¹. Além disso, é quase impossível discriminar entre os efeitos da fome e do descanso nas decisões judiciais. Apesar dessas limitações, é interessante observar a plausibilidade da conhecida frase que leva ao extremo o ceticismo dos realistas, em uma clara demonstração da interferência de fatores externos ao caso e à lei no resultado de julgamentos.

CONCLUSÃO

Por meio de revisão bibliográfica e verificação de pesquisas empíricas, buscou-se demonstrar que o realismo jurídico norte-americano, com sua ênfase no que de fato acontece nos tribunais em um misto de relativismo e ceticismo, em especial no que diz respeito às ideias de Jerome Frank, encontra, na economia comportamental, evidências da plausibilidade de seu ideário.

Após um breve apanhado histórico do movimento, no qual foi pontuada sua origem na aversão ao método do caso utilizado e propugnado por Langdell, asseverou-se a sequência de correntes inspiradas no realismo, com destaque para o Critical Legal Studies (CLS), capitaneado pelo brasileiro Mangabeira Unger (à esquerda), e para a análise econômica do Direito (AED), capitaneada por Posner (à direita). Esses autores não são, ressalta-se, propriamente realistas, mas, seguindo os ensinamentos de John Kelly, tanto o CLS como a AED são movimentos que se originam na concepção realista, enfatizando uma análise mais próxima da realidade e menos idealizada da “ciência” jurídica.

Tal evolução histórica desemboca na economia comportamental, que é ramo da economia ligado à psicologia que tenta se aproximar ainda mais realidade ao levar em

⁴¹ Vide GLÖCKNER, Andreas. The irrational judge effect revisited: simulations reveal that the magnitude of the effect is overestimated. *Judgment and Decision Making*, v. 11, n. 6, November 2016. p. 601-610.

conta sentimentos e emoções que interferem na tomada de decisão, não sendo o homem um ser eminentemente racional, como propugnado pela economia tradicional.

No âmbito da economia comportamental, o foco do artigo foram as heurísticas e os vieses delas decorrentes – erros sistemáticos, que se repetem de forma previsível em circunstâncias particulares. O termo “viés”, inclusive, foi usado por Frank ao sugerir a impossibilidade de padronização do comportamento dos juízes, tendo em vista que cada um é influenciado – consciente ou inconscientemente – por incontáveis fatores.

Essa conclusão de Frank resta atenuada por alguns estudos que mostram certa repetição nos vieses, tornando-os, em parte, previsíveis. Todavia, como no caso da ancoragem, a gama de possibilidades é tão ampla que a ideia de Frank se aplica de forma mais acentuada.

Apresentaram-se o efeito halo, a ancoragem e, como viés mais inusitado do artigo, a fome. O primeiro pode ser caracterizado como a influência de uma avaliação global, que tomou por base uma característica marcante de algo ou alguém, em avaliações sobre aspectos específicos de uma pessoa. O segundo ocorre quando alguém considera, em sua estimativa sobre uma quantidade desconhecida, um valor particular, normalmente irrelevante no contexto dessa quantidade. O terceiro, é a simples influência da fome no resultado de julgamentos.

Todos esses fatores foram capazes de interferir nas decisões de juízes – ou outros profissionais ligados ao direito – onde, supostamente, só os autos, as provas e a lei deveriam levar a uma decisão racional. Isso contribui para demonstrar a atualidade do ideário realista – caracterizado pelo ceticismo quanto às regras e princípios orientadores do proceder jurídico, e por preconizar a existência de fatores externos influenciando fortemente nos julgamentos – por meio de evidências trazidas pela economia comportamental.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria. Prefácio. In: ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria. (coord.). *Guia de economia comportamental e experimental*: economiacomportamental.org, 2015.

BINGHAM, Joseph W. What is the Law? *Michigan Law Review*, vol. 11, n. 1, 1912, pp. 1-25.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Batista. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016.

ENGLISH, Brite; MUUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. Playing Dice With Criminal Sentences: The Influence of Irrelevant Anchors on Experts' Judicial Decision Making. *Personality and Social Psychology Bulletin*, v. 32, n. 2. 2006.

FERNANDES, Manuela Braga; FREITAS, Lorena de Melo. Jerome Frank e a incerteza no direito: um estudo de autor. In: LEMOS JUNIOR, Eloy; FREITAS, Lorena de Melo; TYBUSCH, Jerônimo Siqueira. *Teorias da decisão e realismo jurídico*. Florianópolis: Conpedi, 2015.

FERREIRA, Daniel Brantes. Realismo jurídico norte-americano: origens, contribuições e principais autores. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 40, jan./jul. 2012. p. 6-33.

FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. Stevens & Sons Limited, 1949.

GARCIA NETO, Paulo Macedo. *A influência do realismo jurídico norte-americano no direito constitucional brasileiro*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O realismo jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 43, n. 171, jul./set. 2006.

HOLMES JR, Oliver Wendell. *The path of law*. Project Gutenberg Etext #2373.

Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/gu002373.pdf>>.

Acesso em: 14 jan. 2018

JACOWITZ, Karen; KAHNEMAN, Daniel. Measures of Anchoring in Estimation Tasks. *Personality and Social Psychology Bulletin*, v. 21, Issue 11, 1995.

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

KELLY, John Maurice. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

LIEBMAN, Matthew. Who the judge ate for breakfast: on the limits of creativity in animal law and the redeeming power of powerlessness. *Animal Law – Limits of Creativity*, v. 18:133, 2011.

MLA style: *The Prize in Economic Sciences 2017*. Nobelprize.org. Nobel Media AB 2014. Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2017/>. Acesso em: 4 jan. 2017.

MLA style: *The Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 2002*. Nobelprize.org. Nobel Media AB 2014. Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2002/>. Acesso em: 4 jan. 2017.

NISBETT, Richard; WILSON, Timothy DeCamp. The Halo Effect: Evidence for Unconscious Alteration of Judgments. In: BERGER, Jonah; MEREDITH, Marc; WHEELER, Cristian. Contextual Priming: Where People Vote Affects How They Vote. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 35, n. 4, 1977.

POSNER, Richard. *A economia da justiça*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

TODOROV, Alexander; MANDISODZA, Anesu; GOREN, Amir; HALL, Crystal C. Inferences of Competence from Faces Predict Election Outcomes. *Science Magazine*, v. 308, 2005, p. 16213.

TODOROV, Alexander; PAKRASHI, Manish; OOSTERHOF, Nikolaas. Evaluating faces on trustworthiness after minimal time exposure. *Social Cognition*, v. 27, n. 6, p. 815-819, 2009.

Data de recebimento: 27/06/2019

Data de aprovação: 29/07/2019