

Dierle Nunes
Natanael Lud Santos e Silva
Flávio Quinaud Pedron

DESCONFIANDO DA IMPARCIALIDADE DOS SUJEITOS PROCESSUAIS

um estudo sobre os vieses
cognitivos, o ruído, a mitigação de
seus efeitos e o *debiasing*

3^a edição

Revista, atualizada
e ampliada

Livro com fomento da Fundação VALLE FERREIRA



Fundação Professor
VALLE FERREIRA
Faculdade de Direito -
UFMG

2022

 EDITORA
jusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

1. INTRODUÇÃO

A atividade humana de decidir sempre gerou inúmeras reflexões em variados campos do conhecimento. Decidimos acerca de assuntos simples e complexos a todo o momento no dia a dia e, percebemos, mesmo que por mera observação, que muitas dessas decisões são fruto de automatismos: o que escolher para comer num restaurante self service? Qual caminho seguir para voltar para casa após sair do trabalho? O que vestir no cotidiano?

E temos a sincera sensação de que todas as decisões são produto de nossa racionalidade e de escolhas conscientes do que e como agir.

Como já dizia Zajonc:

Nós às vezes nos iludimos que procedemos de um modo racional e pensamos todos os prós e contras das várias alternativas. Mas é provável que raramente seja o caso. Muitas vezes “eu decido em favor de X” significa nada mais do que “eu gostei de X”. “A maioria do tempo, informações coletadas sobre alternativas nos servem menos para tomar uma decisão do que para justificá-la depois. A difusão é predominante só porque uma apuração completa não é realizada antes da decisão (Festinger, 1964). Compramos os carros que “gostamos”, escolhemos os empregos e casas que consideramos “atraentes” e então justificamos essas escolhas por vários motivos que podem parecer convincentes para os outros que nunca falham em nos perguntar “Por que este carro?” ou “Por que esta casa?” Não precisamos nos convencer. Nós conhecemos o que nós gostamos.¹¹

11. Tradução livre de: We sometimes delude ourselves that we proceed in a rational manner and weigh all the pros and cons of the various alternatives. But this is

Ocorre que a ampliação dos horizontes teóricos vem há algum tempo demonstrando que esta crença na predominância da racionalidade decisória não passa de um equívoco.

Inicialmente, os estudos da teoria hermenêutica filosófica, quer com Heidegger,¹² quer com Gadamer,¹³ já apontavam para a questão da finitude da racionalidade humana.¹⁴ Estes autores procuraram superar a aposta excessivamente racional de autores como Schleiermacher e Dilthey, que na esteira da tradição do movimento iluminista ainda apostavam na Ciência e na Técnica como motores do progresso na Humanidade.¹⁵

probably seldom the actual case. Quite often “I decided in favor of X” is no more than “I liked X.” Most of the time, information collected about alternatives serves us less for making a decision than for justifying it afterward. Dissonance is prevalent just because complete and thorough computation is not performed before the decision (Festinger, 1964). We buy the cars we “like,” choose the jobs and houses that we find “attractive,” and then justify those choices by various reasons that might appear convincing to others who never fail to ask us, “Why this car?” or “Why this house?” We need not convince ourselves. We know what we like. ZAJONC, R. B., Feeling and thinking preferences: need no inferences. *American psychologist*, Feb./1980 Vol. 35, Nº 2, 1980, p. 155.

12. HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Petrópolis: Vozes, 2006.
13. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: Fundamentos de uma hermenêutica filosófica. 7 ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis, Vozes, 2005.
14. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001. 427p.
15. Contudo, o ponto de partida de Heidegger é o Dasein, ou o ser-aí, que representa o ser finito em seu lugar no mundo; mas ele não é só isso, ele é um “projeto que se lança para além de si mesmo” (ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica Filosófica**: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem. São Leopoldo: Unisinos, 2002. [Coleção Idéias], p. 69.). Assim, tal ideia irá de encontro à proposta de um sujeito kantiano ou cartesiano para limitar esse sujeito à historicidade da “presença” (STEIN, Ernildo, **Seminário sobre a verdade**: lições preliminares sobre o artigo 44 de Sein und Zeit. Petrópolis: Vozes, 1993., p.21). Com isso, a compreensão se dá a partir de um mundo circundante articulado em uma forma lingüística. A linguagem, então, é compreendida não apenas como um mecanismo para transmissão de informações, mas antes, como condição de acesso ao mundo. Como construção lingüística, a história é essa

estrutura ontológica que é vista sob o prisma das vivências de um sujeito. E por histórico não se designa apenas os acontecimentos passados, mas ainda o “acontecer próprio da existência que surge do porvir da pre-sença” (HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 194.) Voltando à Heidegger, Gadamer destaca a importância do Dasein e o fato de que, com isso, todo sujeito se vê imerso em um contexto histórico-linguístico, (GADAMER, Hans-Georg. A hermenêutica e a escola de Dilthey. In: GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em Retrospectiva** – v. II: a virada hermenêutica. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007. p.22-23.) o que Gadamer denominará de tradição. É importante, então, destacar que o autor conduz sua leitura para um caminho distinto daquele assumido pelo movimento do Iluminismo, já que a ideia defendida é justamente a de que os homens, através do uso da razão, devem ser capazes de se desvencilhar do domínio da tradição e de sua autoridade, a fim de que seja possível construir um conhecimento cientificamente verdadeiro. (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: Fundamentos de uma hermenêutica filosófica**. 7 ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis, Vozes, 2005, p. 368-369.) Reabilitando o conceito, Gadamer critica tal leitura e afirma que, na realidade, a tradição é condição de possibilidade existencial de qualquer ser, como ser histórico e finito. Além do mais, o sujeito toma consciência de que todo o seu saber e sua visão de mundo formam-se circundados a partir de um horizonte de sentido – elemento, simultaneamente, limitador e condição de possibilidade da sua visão –, de sua distância temporal. A partir da ideia de horizonte, então, é que se tem acesso ao mundo, ou seja, é que a compreensão acontece, sempre no interior de uma dada tradição, mas preservando-se a circularidade já observada por outros autores da hermenêutica. Seguindo essa linha de raciocínio, tem-se que o horizonte fornece ao intérprete a consciência de seus próprios pré-conceitos – antecipações de sentido (KUSH, Martin. **Linguagem como cálculo versus linguagem como meio universal: um estudo sobre Husserl, Heidegger e Gadamer**. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: UNISINOS, 2001. (Coleção Idéias), p. 269.). Por isso mesmo, em Gadamer, a compreensão sempre se dá na imersão de uma determinada tradição e de uma maneira circular (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: Fundamentos de uma hermenêutica filosófica**. 7 ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis, Vozes, 2005, p. 257.), de modo a sempre se buscar a revisão das **pré-compreensões** do sujeito. Dito de outra forma, tem-se que a compreensão está condicionada a uma pré-compreensão, que funciona como antecipação da abertura para o mundo, uma antecipação do sentido, que gera condições de acesso à coisa que vem ao encontro. Essa circularidade a que Gadamer se refere, entretanto, é aberta, não retornando a compreensão nunca para o mesmo local de onde partira, expandindo-se continuamente.

Ocorre que esta proposta hermenêutica não se preocupava na inteireza com o problema da irracionalidade e dos automatismos decisórios, eis que não levava em consideração a própria percepção dos padrões neurocientíficos de funcionamento de nosso cérebro.

E aqui, ao se falar de racionalidade decisória, não se alude ao comportamento deliberado de decidir em busca de determinados interesses que nos parecem mais aprazíveis (como escolher um alimento menos saudável para comer aquele de melhor paladar), mas em deturpações de pensamento que não possuímos consciência de que sejam decisivas em nossas escolhas.

Tome-se, como exemplo, as deturpações decorrentes da heurística da disponibilidade, que diz respeito à impressão que se possui de um tema em face da frequência e modo com que determinadas informações sejam apresentadas¹⁶. Quer dizer que há uma relação direta entre a quantidade de informações que se tem acerca de um assunto e a impressão de que tais assuntos são relevantes ou verdadeiros. Ou de outro modo, “fazemos uma ideia do mundo com base na facilidade com a qual exemplos nos ocorrem. O que, evidentemente, é uma tolice, pois na realidade algo não acontece com mais frequência só porque podemos imaginá-lo mais facilmente. [...] Se alguma coisa é repetida com mais frequência, fica mais fácil evocá-la novamente. E nem precisa ser verdadeira. Quantas vezes a liderança nazista não repetiu a expressão ‘questão judaica’, até as massas se convencerem que se tratava de um problema sério?”¹⁷

Nesse sentido, é possível imaginar o quanto a grande mídia é capaz de influenciar a opinião popular com a overdose de informações sobre uma dada versão dos fatos. Basta que seja realizado

16. PERRY, April M. *Guilt by saturation: Media liability for the third-party violence and the availability heuristic*. Northwestern University Law Review, Vol. 97, no. 2, p. 1045.

17. DOBELLI, Rolf. *A arte de pensar claramente*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2014. p. 42-43.

um excesso de cobertura – quase nunca imparcial – acerca de determinado evento (o julgamento de um réu quanto a crimes de grande repercussão, por exemplo), para que comece a se moldar a opinião pública, o que muitas vezes pode levar ao cenário de uma condenação antes mesmo do devido processo e, mesmo, desprovida de provas acerca de sua ocorrência.

Do mesmo modo, coloca-se em debate o uso de notícias falsas (*fake news*),¹⁸ por exemplo, para denegrir alguém ou para induzir resultados em eleições (como ocorrido nas últimas eleições americanas e brasileiras e se cogita aplicar em outros pleitos eleitorais).¹⁹

Do mesmo modo, não podemos nos esquecer de que a forma que uma informação nos é apresentada pode modificar por completo nossa decisão, mesmo em assuntos singelos. Em

18. “De acordo com a neuropsicóloga Samara Ribeiro, ao receber uma nova informação, várias áreas do cérebro são ativadas através do córtex pré-frontal, o responsável pelas funções executivas como tomada de decisão, controle inibitório, planejamento, memória e atenção, o que possibilita uma melhor assimilação e acomodação da nova notícia.[...] As “fake news” exploram o nosso sistema de crenças. Elas são formuladas de uma maneira que chamem a atenção e ativem nossas emoções. Além disso, são intrusivas: entram na mente contra a nossa vontade, e o cérebro não sabe, imediatamente, se é verdade ou mentira. A notícia gera ansiedade que desencadeia o estado de alerta, aciona mecanismos instintivos e o rebaixamento da consciência, o que justifica o comportamento impulsivo de passar a frente.” Cf. reportagem com a entrevista: *‘Fake news’ atingem área de tomada de decisão do cérebro*. <https://extra.globo.com/noticias/saude-e-ciencia/fake-news-atingem-area-de-tomada-de-decisao-do-cerebro-22522749.html>.

19. RUEDIGER, Marco Aurélio (coord.). *Robôs, redes sociais e política no Brasil* [recurso eletrônico]: estudo sobre interferências ilegítimas no debate público na web, riscos à democracia e processo eleitoral de 2018. Rio de Janeiro: FGV, DAPP, 2017. “A diretoria de Análise de Políticas Públicas da Fundação Getúlio Vargas analisou tuítes publicados durante as eleições de 2014 e identificou centenas de robôs que compartilharam conteúdo das campanhas oficiais de Dilma Rousseff, do PT, de Aécio Neves, do PSDB, e de Marina Silva, então filiada ao PSB, hoje, da Rede.” Cf. reportagem em: *Robôs foram usados em campanhas nas eleições de 2014, revela estudo*. <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2018/03/candidatos-postaram-usando-robos-nas-eleicoes-revela-estudo-da-fgv.html>.

decorrência do enquadramento (*framing*) “o mesmo conteúdo, apresentado de uma ou outra forma, é recebido de maneira totalmente diferente”.²⁰ Nosso cérebro encara de modo completamente distinto, para pedir passagem, as frases: “Saia da Frente!” e “Por favor, me dê licença!”.

Como explicam Kenneth Cukier, Viktor Mayer-Schönberger e Francis de Véricourt:²¹

Os modelos mentais que escolhemos e aplicamos são frames: eles determinam como entendemos e agimos no mundo. Os frames nos permitem generalizar e fazer abstrações que se aplicam a outras situações. Com eles, podemos lidar com novas situações, em vez de ter que reaprender tudo do zero. Nossos quadros estão sempre operando em segundo plano. Mas podemos parar e nos perguntar deliberadamente qual estrutura estamos aplicando e se é a mais adequada para as circunstâncias. E se não for, podemos escolher outro quadro que seja melhor. Ou podemos inventar um novo quadro completamente. O fato de que precisamos interpretar o mundo para existir nele, que as pessoas podem olhar para a mesma situação e ver coisas diferentes porque a enquadram de maneira diferente.

O enquadramento é tão fundamental para a cognição humana que mesmo aqueles que estudam como percebemos a realidade colore a forma como agimos dentro dela, é algo que as pessoas sabem há muito tempo, mas dão como certo. [...] Quando o quarterback do San Francisco 49ers, Colin Kaepernick, se ajoelhou durante o hino nacional em 2016 para chamar a atenção para o racismo e a polícia o funcionamento da mente raramente se concentrava nele até relativamente recentemente. Sua importância foi ofuscada por outras capacidades mentais, como sensoriamiento e memória. Mas à medida que as pessoas se tornam mais conscientes da necessidade de melhorar sua tomada de de-

20. DOBELLI, Rolf. *A arte de pensar claramente*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2014. p. 124.

21. CUKIER, Kenneth; MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; DE VÉRICOURT, Francis. *FRAMERS: Human Advantage in an Age of Technology and Turmoil*. Dutton, NY, 2021. p. 8.

cisão, o papel dos frames como fundamentais para escolher e agir bem passou do segundo plano para o centro do palco.

Tal constatação induz, na visão dos autores, a percepção de que:²²

O enquadramento combina dois processos distintos. A primeira, aplicar um quadro, implica pensar com causalidade, contrafactuais e restrições. É ideal para identificar com eficiência opções valiosas e preparar-se para uma ação rápida. Aplicar um frame é como passamos a maior parte do nosso tempo, e com razão: é a maneira mais eficaz de nos ajudar a tomar decisões em situações que são pelo menos um pouco familiares. E nós somos bons nisso; é uma habilidade que começamos a aprimorar na primeira infância. A aplicação eficaz de frames é o ingrediente secreto no fluxo de melhorias contínuas e incrementais ao longo da história humana. O segundo processo envolve a mudança para um quadro diferente. É muito mais arriscado, mas pode oferecer recompensas maiores, permitindo que vejamos a realidade de maneira diferente. Uma nova perspectiva gera opções alternativas para nossas decisões e pode abrir novas formas de responder a um desafio. Não precisamos reformular quando uma situação é estável e as circunstâncias são constantes. Mas quando o contexto muda, o reenquadramento costuma ser uma boa estratégia.

Quer escolhamos um quadro diferente do nosso repertório, redefinimos um quadro de outro contexto ou inventemos um novo quadro, o ato de ressignificar nos faz abandonar um modelo mental que não funciona mais, para que possamos conceituar melhor o problema que enfrentamos. É como ver o mundo pelos olhos de outra pessoa: abre nossa mente e nos ajuda a deixar de lado as limitações de nosso pensamento convencional.

Os reformuladores, especialmente aqueles que concebem um quadro inteiramente novo, são frequentemente aclamados por suas realizações. Ao longo da história, as sociedades celebraram seus sucessos em parte porque mudaram o mundo e em parte porque são relativamente raros. Não há um caminho linear ób-

22. CUKIER, Kenneth; MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; DE VÉRICOURT, Francis. cit. p. 208-209.

vio a seguir para desenvolver essa habilidade. A reformulação depende de um momento imprevisível para atacar. A prática não ajuda. No entanto, existem estratégias que podemos aproveitar para melhorar a reformulação. Por ter uma linguagem para pensar sobre enquadramento e um método para trabalhar com frames, as pessoas podem se tornar melhores nisso. Ao fazê-lo, transforma um processo de cognição em uma ferramenta para a ação.

Se o *framing* na vida cotidiana é essencial, imagine nas profissões jurídicas? Como um advogado aborda seu decisor para obter o acatamento de seu pleito? Quais técnicas de oralidade ele emprega? Como peticiona?²³

-
23. Como explicado em outra sede, é necessário se pensar em novas formas de estruturar as peças processuais, v.g. mediante o *visual law*/direito hipermodal: “Das ferramentas do design jurídico, a que mais se destaca é o *visual law*, ou como detalhado neste texto, do direito hipermodal ou hipermodalidade jurídica. A hipermodalidade jurídica é a utilização de diversos modos textuais: escritas, imagens, sons etc. Essa adoção de estímulos diversos da escrita, porém, não pode ser considerada algo novo. O ser humano adota a técnica desde os primórdios da sua existência, com as pinturas rupestres, e já faz há muito tempo uso desses recursos em outras áreas como a linguagem, semiótica, pedagogia e jornalismo. O direito hipermodal atualmente possui duas grandes vantagens: *i*) simplificar a linguagem jurídica para os clientes/ juriscionados e *ii*) garantir a efetivação do contraditório, na medida em que possibilita a influência da manifestação das partes nos pronunciamentos judiciais. A implementação do contraditório substancial ocorre porque a utilização das ferramentas audiovisuais garante um aprimoramento na argumentação jurídica, uma vez que imagens ampliam a capacidade de memorização e o uso de infográficos, áudios e vídeos, além de destacarem e organizaram as informações, fomentam uma melhor compreensão do assunto. Essa melhora no entendimento, como foi visto, decorre das “Inteligências Múltiplas”, pois cada pessoa/julgador apreende melhor de um jeito diferente. O contraditório também se implementa com a redução das peças processuais por meio da hipermodalidade, garantindo que sejam analisadas e levadas em consideração pelo julgador em todos os seus aspectos. Não é novidade que em razão do abarrotamento do judiciário as peças longas causam um desconforto e prejudicam a completude de sua análise.” NUNES, Dierle; RODRIGUES, Larissa H. A. O contraditório e sua implementação pelo *design: design thinking, legal design e visual law* como abordagens de implementação efetiva da influência. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos;

Perceba que o fenômeno da digitalização processual tornou necessários novos frames não só no conteúdo a ser apresentado por escrito ou oralmente, mas igualmente no design a ser apresentado para tornar as infomações mais funcionais. Se os profissionais de nossa área não perceberem esta essencial necessidade de adaptação, continuarão a reclamar dos novos contextos como problemas insolúveis que não permitirão tão pouco ser ouvidos ou percebidos em suas manifestações.

Mais uma vez com Cukier *et al.*:²⁴

[...] o enquadramento também requer diversidade cognitiva e uma mentalidade aberta ao novo. Os idealizadores de sucesso não são apenas velhos e sábios, ou audaciosos e jovens. A capacidade de enquadrar bem é uma habilidade que transcende categorias óbvias comoidade, gênero, educação, renda e ocupação. Bons enquadreadores são raros, mas podem ser encontrados em todos os lugares.

Em especial no que tange ao objeto principal deste estudo (as heurísticas – ou automatismos mentais – e os vieses cognitivos, também nominados como erros de pensamento)²⁵ não podemos encará-los só em seus aspectos negativos ou como um defeito humano, mas como uma característica evolutiva que inclusive nos permite ser a única espécie que consegue conviver com seres não aparentados aos milhões sem uma preocupação cotidiana com o extermínio alheio.

As heurísticas e os vieses são características evolutivas da racionalidade humana, racionalidade esta que pode ser caracterizada como uma função. Mas o que seria uma função? Conforme apontam Mercier e Sperber, para objetos criados, é fácil atribuir funções. A função de um objeto é o motivo pelo qual ele existe.

WOLKART, Erik Navarro (Coord.). *Inteligência artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2020.

24. CUKIER, Kenneth; *et. al.* cit. p. 204-205.

25. DOBELLI, Rolf. *A arte de pensar claramente*. cit. p. 12.

Quem decide a função de um objeto é quem o desenvolveu. Uma cadeira, por exemplo, tem a função de servir de assento.²⁶

Entretanto, atribuir uma função a traços biológicos das espécies não é tão simples. Conforme dizem os autores, ninguém projetou as asas para ajudar um pássaro a voar, ou o coração para bombear sangue. Entretanto, alguém duvida que as asas sirvam para voar?²⁷

O que se percebe é que, evolutivamente, as estruturas corporais das asas de pássaros, aliadas às necessidades decorrentes do meio onde vivem essas espécies, sofreram adaptações para permitir o voo.

Da mesma forma, a racionalidade sofre adaptações evolutivas para desenvolver o que comumente se chama de vieses e heurísticas: há uma necessidade biológica de que se entendesse o mundo e os acontecimentos a partir de estruturas racionais previamente desenvolvidas, moldadas a partir de conhecimentos prévios e da experiência.

As heurísticas, apesar de poderem eventualmente se desdobrar em erros a partir de uma falha das premissas primárias utilizadas, são de fundamental importância para que se possa desempenhar as necessidades da racionalidade no dia a dia. Como apontam Mercier e Sperber, os custos da cognição (tempo, energia...) podem ser reduzidos ao se usar as heurísticas. O uso da heurística da disponibilidade, por exemplo, é capaz de fornecer uma boa aproximação quanto à recorrência de ocorrência de determinados eventos.²⁸

O argumento preponderante é o de que apesar de a heurística da disponibilidade poder estar eventualmente enviesada, levando a resultados errôneos, seu uso sem dúvida reduz o esforço cognitivo, ocasionando ganhos.

26. MERCIER, Hugo, SPERBER, Dan. *The enigma of reason*. Cambridge: Harvard University Press, 2017, p. 207-209.

27. MERCIER, Hugo, SPERBER, Dan. *The enigma of reason*. cit., p. 207-209.

28. MERCIER, Hugo, SPERBER, Dan. *The enigma of reason*. cit., p. 207-209.

E mesmo os vieses de cognição não devem ser entendidos sempre como algo negativo. Exemplificam²⁹ essa situação nas seguintes palavras:

Aqui está um exemplo simples que ilustra como um desequilíbrio no custo dos erros pode possibilitar os vieses adaptativos. Abelhas têm mecanismos cognitivos voltados para evitar predadores. Entre seus predadores estão as aranhas caranguejeiras e outros aracnídeos menores que pegam as abelhas enquanto elas buscam néctar. Algumas aranhas caranguejeiras se camuflam adotando a cor das flores em que estão. Para aprender mais sobre como as abelhas evitam predadores camuflados, Thomas Ings e Lars Chittka criaram pequenas aranhas-robôs. Todos os robôs descansavam em flores amarelas, mas alguns deles eram brancos (não-camuflados), enquanto outros eram amarelos (camuflados). Para simular o risco de predação, Ings e Chittka construíram pequenas pinças que prendiam as abelhas por um ou dois segundos quando elas pousavam em uma flor com uma aranha-robô.

Na primeira fase dos experimentos, dois grupos de abelhas, um com aranhas camufladas e outro com aranhas não-camufladas, tinham várias oportunidades de visitar as flores e aprender sobre que tipo de predadores eles estavam lidando com. Surpreendentemente, ambos os grupos de abelhas aprenderam rapidamente a evitar as flores com aranhas – mesmo quando as aranhas eram camufladas. Mas a camuflagem não foi inefetiva: para alcançar a mesma habilidade de detectar aranhas, as abelhas que encararam aranhas camufladas gastaram cerca do dobro do tempo inspecionando cada flor. Isso mostra o custo de formar representações precisas de um ambiente: o tempo gasto inspecionando a flor não pôde ser gasto na colheita de pólen.

Mas há também uma assimetria nos custos de pousar por engano em uma flor com uma (alto custo) contra, por necessidade, evitar uma flor sem aranha (baixo custo). Essa segunda assimetria também afetou o comportamento das abelhas. No segundo dia do experimento, as abelhas aprenderam sobre os riscos de predação em seu ambiente. Ao invés de gastar muito tempo em

29. MERCIER, Hugo, SPERBER, Dan. *The enigma of reason*. cit., p. 207-209.

inspecionar cada flor para ter certeza de que a flor não carrega uma aranha, as abelhas que encararam aranhas camufladas passaram a ter um nível mais alto de alarmes falsos: elas eram mais dispostas a evitar flores em que, de fato não havia aranhas.

Esse experimento ilustra as incríveis formas em que mesmo sistemas cognitivos mais simples ajustam tempo e energia que gastam em uma tarefa cognitiva (como ter certeza quanto à presença de uma aranha em uma flor) para a dificuldade da tarefa por um lado, e para o custo relativo da falsa negativa (assumir que não há aranha quando há) e do falso positivo (assumir que há uma aranha quando não há), por outro lado. Essa diferença no custo resulta um viés: fazer mais erros de falsos positivos que de falsos negativos. Esse erro, entretanto, é benéfico.

O que se percebe é que mesmo os vieses de cognição podem representar ganhos em contextos sociais e mesmo no que toca à racionalidade e à evolução de sua função em nosso ambiente.

Isto, no entanto, não afasta a preocupação em se promover tal função humana e se perscrutar as evidentes interações para a análise jurídica, especialmente quando se percebe que boa parcela das teorias jurídicas parte de uma (falsa) pressuposição de racionalidade humana.

Se esta abertura a novos horizontes gera incontestáveis impactos na percepção do comportamento decisório do cotidiano humano, sua verificação na análise da deliberação e julgamento jurídico abre um enorme campo de ilações e a possibilidades de revisitação de inúmeros conceitos e institutos do direito.

A verificação desta “**virada cognitiva**” – a exemplo da virada hermenêutica –, desde a década de 1970, de compreensão da racionalidade limitada do ser humano e de que o cérebro seja um computador com capacidade de “computação” e armazenamento limitados em suas sub-rotinas³⁰, induz a mudança de boa parcela

30. SCHWEIZER, Mark. *Kognitive Täuschungen vor Gericht: eine empirische Studie*. Zurich: Fakultät der Universität Zürich. 2005 (tese de doutoramento). p. 29.

de nossa compreensão do procedimento de tomada de decisão humana.

Tal ampliação não induz apenas uma alteração na ótica do comportamento do decisor, eis que as heurísticas e vieses atingem igualmente a postura dos advogados ao delinear uma linha argumentativa de defesa. O comportamento solitário de escolha de estratégias, sem o emprego de técnicas desviesadoras, pode conduzir a equívocos que poderão fulminar uma pretensão, não pela mesma ser desprovida de embasamentos, mas por ser produzida desconsiderando os vieses de quem a elabora e de quem decide.

Todos que advogam sabem, por mera observação, que o uso de argumentos repetitivos em peças,³¹ com utilização de destaques (como negritos)³² e em linguagem mais simples (menos complicada)³³ auxiliam no êxito de uma linha de defesa. A novidade é que tais comportamentos foram recentemente demonstrados como mais eficientes no emprego da escrita, inclusive induzindo a crença no leitor de que o escritor seja mais inteligente.

Também é muito relevante ao profissional do direito conhecer o “efeito halo” (auréola) nas interações pelo qual “uma única qualidade em uma pessoa (por exemplo, a beleza, o status social, a idade) produz uma impressão positiva ou negativa que ‘ofusca’

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

32. KAHNEMAN, Daniel, **Rápido e devagar – Duas formas de pensar**. cit. p. 84.

33. “Se deseja ser aceito como digno de crédito e inteligente, não use linguagem complicada onde a linguagem simples daria conta do recado”. KAHNEMAN, Daniel, **Rápido e devagar – Duas formas de pensar**. cit. p. 84. Esta assertiva de Kahneman é extraída de um estudo empírico realizado com estudantes de Stanford por Oppenheimer, mas tal pesquisador informa que o grupo escolhido não permite uma conclusão peremptória acerca do tema. OPPENHEIMER, Daniel. Consequences of Erudite Vernacular Utilized Irrespective of Necessity: Problems with Using Long Words Needlessly. *Applied Cognitive Psychology*. V. 20, p. 139–156, 2006. p. 152.

todo o restante e, assim, influencia a impressão total de modo desproporcional”.³⁴

Se, de um lado, isto favorece quem tem uma característica de destaque considerada positiva socialmente, de outro, merece atenção quando o ofuscamento se dá pela estereotipagem, ou seja, pela característica marcante como credo, raça ou sexo induzirem julgamento equivocado pelo “halo”, desprezando outras características que seriam mais relevantes na situação.³⁵

-
34. DOBELLI, Rolf. *A arte de pensar claramente*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2014. p. 115. O autor destaca que “A beleza é o exemplo mais pesquisado. Um grande número de estudos comprovou que consideramos pessoas bonitas automaticamente mais simpáticas, mais honestas e mais inteligentes. Pessoas atraentes também fariam carreira com mais facilidade [...]”. p. 115.
35. Werneck mostra como a questão do gênero já foi predominante em grandes orquestras: “Nos Estados Unidos, em 1970, 95% (noventa e cinco por cento) dos músicos das cinco [Sendo elas: Boston Symphony Orchestra (BSO), Chicago Symphony Orchestra, Cleveland Symphony Orchestra, New York Philharmonic (NYPhil) e Philadelphia Orchestra] melhores orquestras sinfônicas (conhecidas como *The Big Five*) eram homens [RICE, Curt. *How blind auditions help orchestras to eliminate gender bias*. The Guardian, 14 outubro 2013. Disponível em: <<https://bit.ly/2aTrfGM>>. Acesso em: 28 nov. 2018.] e em nenhuma delas, havia um percentual de mulheres superior a 12% (doze por cento). O processo seletivo era rigoroso; as audições, repletas de critérios a serem cumpridos. Porém, o resultado da seleção, ano após ano, era quase sempre o mesmo: alunos (homens) de um seletivo grupo de professores sendo admitidos. A partir de 1980, entretanto, essa realidade passou a mudar: o número de mulheres aumentou consideravelmente. Em Boston e Chicago, por exemplo, do total de novos músicos, mais de um terço era composto por mulheres. Em Nova Iorque, o montante alcançou 50% e, alguns anos depois, em 1997, as cinco melhores orquestras já tinham composição 25% feminina. [*Graphing Gender in America's Top Orchestras*. 2017. Disponível em: <<https://tblr.co/Z2IXHs1VvCbYe>>. Acesso em: 28 nov. 2018.] Mas, em tão pouco tempo, o que mudou? O que ocorreu foi, que a partir da década de 80, as sinfonias começaram a realizar audições “às cegas”, nas quais os artistas se apresentavam atrás de uma cortina, sem qualquer contato visual com os componentes da banca examinadora. Com isso, a presença de mulheres cresceu rapidamente [Para uma análise crítica do contexto apresentado, ver: GOLDIN, Claudia e ROUSE, Cecilia. *Orchestrating Impartiality: The Impact of “Blind” Auditions on Female Musicians*. Nashville: *The American Economic Review*, nº 40, 2000], já que os

Há muito a ciência jurídica se preocupa com o exercício do poder mediante a prolação de decisões e suas implicações. O devido processo constitucional (art. 5º, LIV, CRFB/88) é recorrentemente revisitado como uma garantia de controle e de limitação de qualquer poder decisório³⁶ (legislativo, executivo, judiciário e mesmo privado) mediante a sofisticação da deliberação e participação dos afetados e a reprimenda de qualquer comportamento solitário (solipsista) de se proceder a julgamentos.

No entanto, a preocupação principal da análise se cingia à reprimenda de comportamentos decisórios deliberados racionalmente, em face de um interesse legítimo (ou não) que pudesse se sustentar mediante boas (ou más) razões.

Atacam-se os voluntarismos que mancham o código de correção do Direito por equívocos deliberados ou estratégias decisórias vocacionadas a algum fim.

Entretanto, em face da percepção de que a suposta racionalidade decisória do sujeito da modernidade muitas vezes sofre deturpações e ilusões cognitivas que o prolator do pronunciamento desconhece, torna-se necessário visitar pressupostos como o da

avaliadores deveriam examinar as habilidades musicais dos candidatos, não a sua aparência, fato que alterou consideravelmente o perfil dos novos selecionados. WERNECK, Isadora Tófani Gonçalves Machado Werneck. *Vieses cognitivos e tomada de decisão: uma análise multidisciplinar do debiasing da decisão judicial*. Belo Horizonte, UFMG, 2019. p. 92-93 (Trabalho de conclusão de curso sob orientação de Dierle Nunes).

36. No sistema interamericano se pontua que o devido processo “constituye un verdadero límite a la regulación del poder estatal en una sociedad democrática, lo cual, en última instancia, apunta a dotar al debido proceso de un verdadero carácter democratizador SALMÓN, Elizabeth; BLANCO, Cristina. El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la corte Interamericana de derechos humanos. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP) 2012, p. 24. VELLOSO, Adolfo Alvarado. *Proceso y república*. Lima: Grijley, 2014. p. 18. Cf. o histórico da interpretação do devido processo legal nos sistemas americano e inglês e seu uso limitador do poder. VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 124.