

Os filhos ou o café da manhã influenciam as decisões judiciais?



Lenio Luiz Streck
jurista e professor

Já escrevi criticando aqueles que sustentam (ou simplesmente acreditam)

que até a refeição do juiz é fundamentação-motivação para decisões judiciais. Bom, se influencia, estamos lascados. Fechemos as faculdades. E paremos as máquinas das editoras. *Passemos a investir em tickets refeição.*

Calma, porque vou tentar explicar isso de novo. O Direito vem sendo invadido perigosamente com pesquisas comportamentalistas que querem provar como os juízes decidem. Pegam um conjunto de decisões e depois buscam saber quais seriam as razões que teriam levado os juízes a decidir deste ou daquele modo. Profecias sobre o passado, usadas *ad hoc* no futuro. Assim, por exemplo, é a história dos juízes israelenses, os quais, com fome, seriam, segundo a pesquisa, mais rígidos que aqueles que acabaram de se alimentar. Genial, não? E, digo eu: e daí? Quem pode provar que eles são mais rígidos porque não comeram (ainda)? E se fosse verdade? A pesquisa só provaria a irresponsabilidade do sistema que admite que a fome seja condição da liberdade de acusados.



Acho estranhas, para dizer o menos, essas pesquisas. Como estranha me parece a que apareceu nos Estados Unidos, publicada no *The New York Times* (vejam [aqui](#)). A matéria diz, basicamente, que “juízes que possuem filhas decidem com mais frequência a favor dos direitos das mulheres”, escrita pelo jornalista Adam Liptak. O texto gira em torno fundamentalmente de dois principais pontos: do voto do *chief justice* William H. Rehnquist, em 2003, no caso *Nevada Department of Human Resources v. Hibbs* e de uma pesquisa liderada pela cientista política Maya Sen (University of Rochester) e por Adam Clynn (Harvard), que, basicamente, objetiva estudar a influência das experiências pessoais nas decisões tomadas pelos juízes. O jornal mostra que o debate acadêmico sobre como os juízes decidem, como regra, girava em torno de dois fatores: Direito e ideologia. A pesquisa apresentada pela professora Sen, sob o acompanhamento do professor Clynn, passa a trazer um novo elemento (*sic*): as experiências pessoais. Em entrevista ao jornal, a cientista política afirma que “coisas do tipo ter filhas pode fundamentalmente mudar o modo como as pessoas enxergam o mundo e, isso, por sua vez, afeta como eles decidem os casos”.

A base da pesquisa é, claro, estatística. Por certo, a pesquisadora entende pouco de Teoria do Direito. E não deve ter formação jurídica. *Por isso inventa a pólvora*. Segundo a notícia, foram analisados os votos dos juízes, relacionando o modo como decidiram (se em direção ou não a teses feministas) com a constituição de sua família (se possuem uma filha ou um único filho). Tudo isso com um objetivo final, anunciado pela professora Sen: a “sacada” dela é “o reconhecimento de que juízes não são máquinas”.

Outra “sacada”: que os juízes “são humanos, como eu e você. E, assim como eu e você, eles possuem experiências pessoais que afetam como eles enxergam o mundo. Todas essas coisas poderiam afetar a visão de mundo dos juízes”. Poxa. Prêmio Nobel para a pesquisadora...

Estou impressionado. “Juízes não são máquinas.” E qual, segundo a pesquisa, seria a relação disso com o voto do *chief justice* Rehnquist no caso *Nevada Department of Human Resources v. Hibbs*, que tratava da possibilidade de trabalhadores processarem o estado por violar uma lei federal que permitia folga para cuidar de emergências familiares? *Justice* Rehnquist era conhecido por seus votos a favor dos direitos dos estados. Contudo, nesse caso, ele proferiu posicionamento diferenciado, com a intenção de abordar o estereótipo criado em torno do papel da mulher, isto é, de que a ela cabe cuidar dos membros da família. A questão envolvendo a pesquisa acima mencionada e o voto do *justice* Rehnquist é o fato de que há rumores (que, segundo o articulista, não passam de especulação) de que ele teria tomado essa decisão porque, antes da decisão, uma de suas filhas teria se tornado “mãe divorciada à procura de emprego”.

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.

Note-se que, nesse caso, estamos a assistir um distanciamento, ou até mesmo um deslocamento, dos fatores públicos que incidem sobre o julgamento para afirmar aspectos privados, que dizem respeito ao



campo da família ou das relações pessoais do juiz. Trata-se de um retrocesso na Teoria do Direito. É importante perceber, ainda, que uma pesquisa empírica desse naipe sofre com problemas de análise — subjetiva — dos resultados. *Vale dizer: o investigador indica como resultado aquilo que quer provar.* Algo que já era alvo de críticas por parte da sociologia compreensiva ou, mais contemporaneamente, daqueles que perfilam as teses da teoria dos sistemas. Ou aquilo que a Teoria do Direito tem combatido, como o simples consequencialismo ou a tese de que a decisão provém de um ato de vontade (dando razão, assim, a Kelsen, quando desiste de tratar de teoria da decisão). É o emotivismo (não cognitivismo ético) entrando de sola na Teoria do Direito.

Enfim, esse tipo de comportamentalismo ofende, na raiz, os fatores mais elementares daquilo que Otfried Höffe chamou de Justiça política, algo que nos foi legado pelos gregos. E vai contra as pesquisas em Teoria do Direito e teoria da decisão. Invocando Ésquilo, troque-se vingança (das Eríneas) por fatores particulares e privados dos juízes (a circunstância das venturas ou desventuras dos filhos, da fome antes do meio-dia etc.) e vejamos no que dá... [\[1\]](#) A perda da dimensão pública dos julgamentos e a sua substituição pela “dimensão sensibilizada” do juiz com relação as circunstâncias que o circundam em virtude de sua condição de vida.

Se esse tipo de pesquisa faz sentido, fica a seguinte indagação: quer dizer que, para termos uma Justiça melhor, teríamos que ter juízes tranquilos, sem problemas com os filhos, bem alimentados etc.?

Mas, então, para que serve o Direito, repergunto pela enésima vez? Para o que serve a Teoria do Direito? Somos reféns da Ciência Política (ou de pesquisas behavioristas), que quer nos contar, com estatísticas, como decidem os juízes?

De algum modo, estamos fazendo o caminho de volta com relação àquele percorrido pelos gregos. Eles inventaram a autonomia do Direito (refiro-me à trilogia de Ésquilo). E, passados mais de 2 mil anos, trocamos a normatividade do Direito pela vontade de poder. Ou apostamos em behaviorismo. Ou invocamos a verdade real. Ou até a relação com as filhas. Ou com o almoço. De todo modo, ainda acho que os realistas originais eram bem melhores que nossos realistas retrôs de hoje. Por isso, há tanta resistência ao novo CPC, mormente em relação à redação dos artigos 371 e 926 (retirada da palavra “livre” e da obrigatoriedade de a jurisprudência ser íntegra e coerente; por isso, ainda se inverte o ônus da prova no processo penal; por isso, ainda se condena com base em indícios; por isso, a LC 64 fala em “presunções” contra o réu; por isso, ainda se diz que “devo compromisso apenas com minha consciência, mesmo que isso faça soçobrar a própria CF” (leiam [aqui](#) pequeno comentário de Horácio Neiva e Diego Crevelim: vale a pena); por isso... Bem, por isso talvez a própria comunidade jurídica não tenha se dado conta da redação constante no artigo 168 do projeto do CPP que tramita na Câmara (é anterior ao mensalão: não tinham se dado conta até então da trampa do livre convencimento). Depois se queixam.

No fundo, talvez o ministro Gomes de Barros (vejam [meu texto de 2006](#)) tivesse razão quando disse “não me importa o que diz a doutrina”. Na verdade, é a frase mais antijurídica dos últimos tempos. Porque disse aquilo que parcela considerável dos professores, em surto de *anorexia e bulimia epistêmicas*, ainda espalham nas salas de aula: a de que o Direito é aquilo que o Judiciário diz que é.

Por isso, talvez necessitemos fazer um *restart*, *construindo clínicas de reabilitação para dependentes de teorias consequencialistas, realistas e congêneres.*



Post scriptum: como decidem os fiscais da Receita?

Notícia que reproduzo, de forma descritiva: **ConJur** [informa](#) que, “depois de bônus, arrecadação com multas fiscais mais que dobra, mostra Receita”. Difícil é saber como os juízes decidem — tarefa hercúlea para a Teoria do Direito, como mostrei acima. Já como decidem os fiscais é bem mais fácil. A manchete é clara e autoexplicativa: com bônus, mais que dobrou a arrecadação. Disso se conclui, sem juízo de valor, que, sem o bônus, a arrecadação teria ficado como está. Ou entendi errado?

E o estagiário... Bem, deixa o estagiário prá lá. Ele está é se preparando para concurso público. É estagiário... Mas não é bobo.

**Texto atualizado às 17h54 para correção.*

[1] Veja-se o grau de subjetivismo e ideologização a que chegamos. Abandona-se o constitucionalismo democrático e... Viva o inquisitivism. O anexo fala por si: o Ministério Público do Rio de Janeiro faz um congresso (vejam [aqui](#)) e um dos convidados é o “grande jusfilósofo contemporâneo”... Kim Kataguirí. Sim, o cara do Movimento Brasil Livre. E vejam o temário, que inclui pérolas como Desencarceramento Mata (*sic*), Bandidolatria e Demonicídio (*sic*). Nas redes sociais, diz-se que isso seria montagem, obra de inimigos da instituição, e que o MP-RJ desmentiria. A ver.

Date Created

20/07/2017