

Ainda o CNJ e concursos: direito se resumirá ao estudo de vieses?

"Será a teoria talvez mais do que o exibido pela instituição moderna da ciência? Será porventura a práxis algo mais do que a mera aplicação da ciência? Far-se-á uma distinção correta de teoria e práxis, quando se consideram somente a partir de sua oposição?" (Hans-Georg Gadamer, *O elogio da*



Lenio Luiz Streck
jurista e professor

Quando li o artigo de Ricardo Lins Horta, aqui na [ConJur](#), veio-me à

mente um episódio ocorrido quando do lançamento da primeira edição do meu *O Que é Isto — Decido Conforme Minha Consciência* (hoje já com tradução em espanhol) em uma grande Universidade. Ao final, disse-me um conhecido professor: *"Tudo muito bom, tudo muito bem, belo livro, belas críticas ao solipsismo... Porém, isso é assim mesmo. Os juízes decidem como querem. Só nos resta tentar entender seus comportamentos"*.

Pois o artigo de Horta, intitulado *Quais os desafios e as oportunidades da decisão sobre concurso para juiz?*, levou-me de volta há uma década ou mais. Nele, Horta trouxe novamente ao centro do debate a resolução do CNJ que inclui pragmatismo, Análise Econômica do Direito e economia comportamental como novas disciplinas e novos conteúdos nos concursos públicos para a magistratura. Em crítica elegante, Horta trouxe também ao centro do debate um desacordo com algumas das minhas [críticas](#). Saúdo o autor porque saúdo o bom debate. Desacordos teóricos são parte do próprio direito. Dworkin sabia disso. E é sobre isso que quero falar aqui.



Horta diz discordar quando eu digo, segundo suas palavras, "que a interdisciplinaridade do Direito com as ciências comportamentais não deveria ter precedência teórica em relação, por exemplo, ao que vem defendendo há anos em sua coluna: que juízes deveriam estudar mais e melhor Filosofia do Direito, ou mais especificamente a noção dworkiniana sobre 'o que é o Direito'". Diz também, entre outras coisas, que Dworkin "tem como sua inspiração os julgados progressistas da 'Corte Warren', tão distantes da realidade atual da Suprema Corte estadunidense", e que teorias como as dele "não têm como foco o funcionamento das instituições judiciais na prática — e como efetivamente podemos melhorá-las".

Discordo deveras da leitura que Horta faz de Dworkin. Definitivamente a Corte Warren não é o único exemplo discutido ao longo da vasta obra de Dworkin e definitivamente sua teoria tinha, sim, um atento olhar à prática tal como se apresenta e como se pode melhorá-la. Ora, pululam em suas obras os exemplos práticos, concretos, para muito além da Corte Warren, para além do próprio âmbito da Suprema Corte.

Veja-se: *Eu mesmo*, em um sem número de colunas neste espaço (e em meus artigos e livros), já há anos *discuto teoria do direito a partir de casos concretos da nossa prática*. É um equívoco de Horta pensar que teorias normativas que discutem o fenômeno em plano mais abstrato pouco ou nada têm a dizer sobre sua realidade prática. Esse pensamento dicotômico, inclusive, que distingue "teoria" (normativa) e "prática", que considera que a teoria discute um "mundo ideal" alheio à "realidade", *já é ele próprio informado por uma concepção de direito*. E é esse o busílis. É esse o grande ponto da questão e a chave para entender este desacordo teórico.

Horta diz que "o estudo de teorias hermenêuticas por si só não garante a formação de bons julgadores justamente porque há estudos que sugerem que a escolha do método interpretativo pode ser resultante da motivação político-ideológica".

Concordo: o estudo de teorias hermenêuticas por si só não garante a formação de bons julgadores. O problema, porém, é de paradigma: a crítica de Horta, por elegante e fundamentada que tenha sido, *parte de um ponto de vista de matriz claramente pragmática*. O estudo de teorias hermenêuticas não garante nada por si, mas é justamente porque "há estudos que sugerem que a escolha do método interpretativo pode ser resultante da motivação político-ideológica" que a teoria do direito deve oferecer critérios para que não mais se fale em "escolha de método interpretativo". Porque não se escolhe método interpretativo.

Horta parece dizer algo como — e me lembro do episódio que contei acima — "muito bem, a teoria é muito bonita, mas na prática os juízes decidem como querem, então o que nos resta é estudar esses vises para poder analisá-los criticamente". Uma contenção de danos. Restos de sentido. O problema? De paradigma, como sempre.

O paradigma fica claro aqui, quando Horta diz que *"o modo-padrão do raciocínio humano não é a busca da verdade, é o 'raciocínio motivado'". As pessoas chegam mais facilmente a conclusões a que desejam chegar de antemão, e seus objetivos implícitos, incluindo motivações político-ideológicas, direcionam seu processo cognitivo*".



Bem, eu concordo com Horta que essa "busca da verdade" costuma dar problema em direito mesmo. A grande questão é que buscar uma filtragem hermenêutica da decisão, oferecendo critérios epistemológicos amparados na boa filosofia no direito, não é discutir um "mundo ideal" e muito menos afastar a subjetividade.

Parece que, para Horta, só existe o pensamento dicotômico: há o juiz-formalista "boca da lei" ou o juiz realista jurídico. Mas não é assim. Não é e não pode ser assim. Engana-se quem pensa que essa é uma boa descrição da prática "como ela é". *Porque essa descrição já carrega um viés.* MacIntyre dizia: eu já sei o que é um relógio e o que faz um relógio; quando descrevo que um relógio não marca pontualmente a hora, essa descrição já é informada por aquilo que eu entendo como sendo marca do relógio. A descrição que Horta oferece *já está baseada numa leitura a partir da qual os juízes decidem assim mesmo e que é assim que é.* Pessimismo epistêmico. Aliás, Kelsen agiu com esse mesmo pessimismo quando falou da decisão judicial no oitavo capítulo da TPD. Nada de novo aí.

O Direito, corretamente compreendido, é dotado de autonomia e de um grau considerável de objetividade. *E a decisão judicial deve ser fundamentada de acordo com esse padrão normativo.* Compreender o que é o Direito, e isso é a teoria do Direito que será capaz de fazer, é fundamental "para a imparcialidade e a correção de decisões judiciais" e para "repensar a prática". A prática como ela é. Objetivos que Horta reconhece como válidos, como necessários em seu texto.

Estamos juntos nessa. E eu penso que a teoria do Direito pode ajudar muito. Diria que ela é condição de possibilidade. Debates como esse são teoria do Direito, são desacordos teóricos que acontecem o tempo todo. E nossas posições são sempre baseadas em um paradigma. Sem entender os paradigmas, não adianta entender "os vieses".

Não podemos esquecer que vieses cognitivos, behaviorismos e comportamentalismos dependem de subjetivismos. *Penso ser despiciendo lembrar os paradigmas filosóficos aqui para mostrar que decisões judiciais não podem depender do que pensa o juiz.* Acho que isso já todos sabemos. Se a teoria do direito, ou nome que a isso se dê no plano da dogmática jurídica, *depende ou se restringir a decifrar os comportamentos dos julgadores, tudo indica que nos contentamos com muito pouco.* Se for assim, os juristas serão apenas jogadores e estrategistas. Que, em vez de estudarem teoria do direito, imitarão aquilo que a professora Lee Epstein disse em palestra (ver [aqui](#)): que melhor que estudar teoria é fazer como no baseball: estudar o modo como se portam os jogadores. E isso me parece pouco. Muito pouco.



O que o pragmatismo, a análise econômica do direito e a economia comportamental têm a dizer sobre o princípio republicano? E sobre a dignidade humana? E sobre a liberdade de expressão? Se o direito é um jogo, uma estratégia, então ele já não será Direito (ver aqui texto com [minha análise crítica](#)). Resumindo: análise econômica e economia comportamental desconsideram, abertamente, a distinção filosófica entre *behavior* (comportamento) e *action* (ação). A primeira dá conta de nossa dimensão animal e sensitiva; a segunda, de nossa racionalidade. A primeira é analisada por meio de compreensão causal-descritiva. A segunda, por meio de compreensão avaliativa e reflexiva. Por que ressalto isso? Porque, e isso é muito simples, *o objeto próprio do Direito não é o comportamento, mas a ação. A agência humana, em e na linguagem, com tudo que envolve as diversas razões para agir de nosso raciocínio prático.*

Repito o que disse há dias aqui no Conjur. Um dos exemplos é o caso da pesquisa sobre os juízes de Israel, que, antes do almoço, eram mais duros do que depois do café da manhã. Ora, se o Direito depende disso, fracassou ([vejam minha análise aqui](#)). Outra análise crítica que fiz foi em uma coluna intitulada [Os filhos e o café da manhã influenciam as decisões?](#), em que abordo matéria no *New York Times*, assinada por Adam Liptak, em que diz, basicamente, que "juízes que possuem filhas decidem com mais frequência a favor dos direitos das mulheres".

E parece-me pouco, mormente se estamos falando de concurso públicos para esse importante cargo que é o de juiz de direito.

Date Created

07/10/2021