

Capítulo 12

# **Comportamento Judicial, Decisões Judiciais, Consequencialismo e “Efeitos Bumerangues”**

Luciana L. Yeung

Este capítulo foi baseado em YEUNG, Luciana. “Empirical Analysis of Judicial Decisions”. In MARCIANO, A.; RAMELLO, G. (Eds.). *Encyclopedia of Law and Economics*. New York, NY: Springer-Verlag, 2018.

## 1. Introdução

### 1.1. Decisões Judiciais e Desempenho Econômico

Coase (1960) nos ensinou que os tribunais e os produtos dos tribunais – ou seja, decisões judiciais – impactam a economia. Vários outros autores também demonstraram empiricamente que tribunais em bom funcionamento fornecem um ambiente adequado para atividades produtivas, garantem a execução de contratos e reduzem as incertezas na economia; por outro lado, tribunais que funcionam inadequadamente podem impedir o crescimento econômico, os investimentos, a criação de empregos e aumentam a insegurança (por exemplo WEDER, 1995). Como as decisões judiciais são o principal “produto” dos tribunais, estudar “como os juízes julgam” e “o que explica a tomada de decisões judiciais” se torna uma tarefa crucial para a Análise Econômica do Direito. É disso que trata a área de estudos conhecida como comportamento judicial (*judicial behavior*).

Esse estudo é complexo e vem sendo cada vez mais apoiado por outras áreas do saber, como as ciências cognitivas, a psicologia empírica, as tecnologias e metodologias de *text mining* e a jurimetria. No entanto, estudiosos de diferentes origens (ciências políticas, direito, economia, sociologia etc.) trabalham com este assunto já há várias décadas. Pritchett (1968) descreve Charles G. Haines como um dos pioneiros no estudo do comportamento judicial, com a

publicação de “*General Observations on the Effects of Personal, Political, and Economic Influences in the Decisions of Judges*” (1922) no *Illinois Law Review*. O próprio Pritchett é considerado por muitos um dos criadores originais desse campo (EPSTEIN, 2016). No entanto sabe-se que tal tipo de investigação é feita desde, pelo menos, os primeiros anos do século XIX na Europa, com trabalhos interdisciplinares, por exemplo, de Siméon Denis Poisson, um dos grandes teóricos da matemática e da física na França, com sua obra “*Recherches sur la probabilité des jugements en matières criminelles et matière civile*” de 1837. Desde então, o estudo do comportamento judicial só tem avançado.

## 2. A Teoria de Richard Posner sobre Comportamento Judicial

Uma preocupação frequente entre os estudiosos do comportamento judicial é sobre o que impacta nas decisões dos juízes, e mais precisamente, se seus preconceitos ou ideologias pessoais são determinantes. Um longo debate sobre esta questão – e ainda não concluído – coloca os legalistas de um lado e os realistas do outro. Adeptos do legalismo argumentariam que, quando os juízes julgam, eles estão puramente interpretando a lei, da melhor maneira possível; portanto, dar vida à lei é o principal trabalho judicial. Os realistas, por outro lado, não acreditam que exista uma maneira única e certa de interpretar a lei. Cada juiz, ao decidir, é inevitavelmente influenciado por preconceitos, experiências pessoais e/ou profissionais anteriores – mesmo que tente seguir estritamente as regras legais. Tudo isso pode ser chamado de ideologia. Os estudiosos realistas, então, estão interessados principalmente em criar medidas boas e precisas da ideologia dos juízes.

Adepto da visão realista do comportamento judicial, Posner (2008) explica as atitudes pessoais dos juízes em termos de “preferências bayesianas”, conforme definido pelo teorema estatístico de Bayes: probabilidades futuras de ocorrer um determinado tipo de comportamento (ou decisão) podem ser explicadas como função das

ocorrências passadas desse mesmo comportamento. Assim, para prever as chances de um determinado tipo de comportamento ou decisão judicial acontecer, os pesquisadores devem avaliar como foram o comportamento e as decisões no passado.

Além disso, Posner categorizou nove teorias do comportamento judicial, após anos de observação e pesquisa, que apresento muito sucintamente abaixo:

- 1) Atitudinal: a teoria atitudinal explica que as decisões dos juízes são principalmente reflexos de suas preferências políticas, ou o que é chamado de ideologia política;
- 2) Estratégica: a teoria estratégica argumenta que as decisões dos juízes refletem suas preocupações com fatores externos, como opiniões e pressões provenientes de colegas, outros poderes políticos e o resto da sociedade (opinião pública, mídia, grupos de interesse etc.);
- 3) Sociológica: essa teoria é focada em grupos menores de juízes e explica por que fatores como a composição do colegiado e da votação afetam a decisão judicial;
- 4) Psicológica: a teoria psicológica concentra-se em explicar como os preconceitos influenciam a tomada de decisões sob incerteza. Posner propõe que os sistemas legais, especialmente (mas não apenas) os dos Estados Unidos da América (EUA), são fundamentalmente caracterizados por eventos, fatos e informações incertos;
- 5) Econômica: a teoria econômica apresenta os juízes como indivíduos racionais, maximizadores de utilidade, que se comportam constantemente em resposta a incentivos e restrições. Nesse caso, maximizar a utilidade pode estar relacionado ao desejo de lazer, promoção, boa reputação ou até sentimento interno de satisfação. O modelo econômico pode abranger, assim, as teorias estratégica e sociológica do comportamento judicial;
- 6) Organizacional: o chamado problema do principal agente (ou problema de agência) é a base da teoria organizacional. Esse modelo considera os juízes como os agentes de um principal

(o governo) e procura explicar as decisões judiciais sob essa perspectiva<sup>1</sup>;

7) Pragmática: o modelo pragmático explica que os juízes estão preocupados e consideram as consequências de suas decisões. Também é conhecida como abordagem consequencialista da tomada de decisões judiciais;

8) Fenomenológica: Posner explica que “a fenomenologia estuda a consciência em primeira pessoa – a experiência que se apresenta à mente consciente” (p. 40), de modo que essa teoria se relaciona com a autoconsciência dos juízes ao julgar;

9) Legalista: conforme explicado acima, o legalismo vê a tomada de decisões judiciais como uma interpretação “pura” da lei. Os legalistas acreditam que os juízes ao decidir nos tribunais são impactados apenas por seus esforços em aplicar a lei, não sendo perturbados por outras influências, especialmente quaisquer preferências pessoais ou preconceitos de qualquer tipo.

Posner reconhece que não existe uma teoria única capaz de explicar o fenômeno do comportamento judicial integralmente. Portanto, as teorias acima são, na verdade, complementares e não substitutas.

Este capítulo adota algumas dessas perspectivas (por exemplo, atitudinais, econômicas etc.) e menos outras (fenomenológicas, legalistas). Nas seções subsequentes fornecemos referências para evidências empíricas corroborando algumas dessas teorias.

### **3. Fatores que Impactam a Decisão Judicial: Evidências Empíricas**

Vários fatores podem afetar a decisão judicial além da maneira pela qual os juízes interpretam a lei (como argumentam os legalistas). Isso incluiria fatores internos (como a ideologia de alguém) e fatores

<sup>1</sup> Para detalhamento desta teoria profunda e impactante em diversas ciências sociais vale à pena consultar um dos trabalhos clássicos sobre o tema de Jensen e Meckling (1979).

externos (como pressões da opinião pública); alguns destes fatores podem mudar ao longo da carreira de alguém (novamente, a ideologia seria um exemplo, embora aqui estamos falando de ideologia em um sentido amplo), e outros são constantes para um determinado indivíduo (como o fatores gênero ou raça). O resultado – ou seja, a maneira como os juízes julgam – é uma combinação de todos esses fatores em conjunto. Vale dizer também que nenhum deles explica todo o comportamento judicial o tempo todo. Por esse motivo, medir empiricamente o impacto de um determinado fator não é uma tarefa fácil, sendo preciso isolar o efeito dos demais fatores que podem também estar impactando no comportamento. Felizmente muito se avançou nas últimas décadas. Vamos revisar alguma literatura sobre isso.

### 3.1. Ideologia

Desde a primeira metade do século XX, Pritchett dedicou-se a avaliar como a ideologia pessoal dos juízes afetam suas decisões; conseguiu encontrar evidências entre os ministros da Suprema Corte dos EUA com relação às suas ideologias políticas.

Diversos outros autores seguiram seus trabalhos originais e aprofundaram o entendimento deste fenômeno. Epstein, Landes e Posner (2013), por exemplo, apontam para o fato de que existem medidas *ex ante* e *ex post* da ideologia política dos juízes. Para os ministros da Suprema Corte, a medida *ex ante* mais comum é o partido do presidente que o(a) indicou. Mas como as indicações devem ser aprovadas pelo Senado (isso sendo verdade para muitos países), alguns estudiosos também usaram medidas de influência senatorial para capturar a ideologia dos juízes. Para as medidas *ex post* de ideologia dos magistrados, como seria de esperar, são usadas avaliações dos votos, discursos e artigos dos juízes. Os pesquisadores geralmente combinam análises qualitativas e quantitativas do material escrito e oral produzido pelos magistrados para inferir suas inclinações ideológicas. Epstein, Landes e Posner(2013) mostram que “o autocontrole judicial

(na ideologia pessoal) **há muito tempo está em declínio** (desde os anos 1960)”. Isso quer dizer que o impacto da ideologia no comportamento judicial dos *Justices* da Suprema Corte vem crescendo ao longo do tempo. Para tribunais inferiores nos EUA, os autores indicam que a ideologia também desempenha um papel, embora em magnitudes mais fracas.

Os impactos da ideologia política não se limitam a magistrados de Supremas Cortes, nem aos dos Estados Unidos da América. Na Itália, Ceron e Mainenti (2015) mostram que a ideologia afeta as decisões judiciais em julgamentos contra membros do parlamento e isso pode acontecer até para um judiciário politicamente independente.

No Brasil, Yeung (2019) usa um conjunto de, aproximadamente, 1.400 decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ). O objetivo original era avaliar se esse tribunal tendia a favorecer devedores em disputas contratuais envolvendo instituições financeiras. Há evidências de que os tribunais brasileiros favorecem as partes mais fracas devedoras em casos de quebras contratuais (ARIDA; BACHA; LARA-RESENDE, 2005). Como resultado geral, a autora não confirma essa evidência anedótica de viés pró-devedor, mas encontrou evidências de decisão afetada por ideologia. Por exemplo, os juízes do STJ decidem de maneira diferente, dependendo de quem é o reclamado: se um indivíduo aparece como reclamado, o devedor tende a ser favorecido de maneira significativa em comparação nos casos em que uma empresa aparece como reclamada. Há indícios, então, de que os juízes acreditam que perante as instituições financeiras, indivíduos precisam de mais “proteção” comparados às empresas. Outra evidência de ideologia foi avaliada indiretamente neste estudo. Sendo um tribunal superior de apelação, o STJ recebe casos de tribunais estaduais de 2º grau de todo o país. A autora mediu se havia algum “fator regional” afetando as decisões do STJ. O único Estado com resultado significativo foi o Rio Grande do Sul: casos vindos de lá foram consistentemente reformados pelos juízes do STJ e na direção de desfavorecer os devedores. Ficou claro que eles usam suas decisões para “corrigir” alguma tendência

favorável aos devedores pelos juízes do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS). Curiosamente há uma discussão teórica duradoura por trás desse fato: historicamente, o Estado do Rio Grande do Sul é conhecido como o berço de um movimento judicial chamado Associação dos Juízes para a Democracia, cujo principal objetivo é promover a “justiça social”, ou mais precisamente, a redistribuição da riqueza por meio do judiciário. Sabe-se que muitos juízes desse estado são adeptos desse movimento e, por esse motivo, são mais simpáticos às “questões sociais” e menos favoráveis ao “grande capital”, como bancos e grandes empresas. As influências ideológicas em suas decisões não são apenas indisfarçadas, mas de fato, uma afirmação clara. Nesse sentido, os resultados de Yeung (2019) encontram evidências de dois impactos ideológicos: um pelos juízes do Estado do Rio Grande do Sul, que é pró-devedor, e o outro pelos juízes do STJ, em geral considerando os juízes gaúchos como “tendenciosos”. Ambos os resultados foram consistentes e estatisticamente significativos.

Por mais abundantes que sejam as teorias e as evidências empíricas dos impactos da ideologia na tomada de decisões judiciais, esse não é o único fator que explica o comportamento judicial. Seria ingênuo acreditar que os juízes, mesmo os de cortes superiores, seriam capazes de usar seu poder discricionário para perseguir somente suas ideologias pessoais. Outras restrições limitam esses motivos.

### 3.2. Gênero

O impacto do gênero de um juiz na decisão judicial também foi objeto de vários estudos; trazemos abaixo uma pequena seleção.

Peresie (2005) considera o gênero dos juízes um fator impactante nas decisões dos tribunais de apelação dos EUA em disputas de assédio e discriminação sexual. O gênero atua de maneira direta – ou seja, juízas favorecem mais frequentemente as vítimas de discriminação – e de maneira indireta através do efeito sobre os pares nos colegiados – ou seja, juízas influenciam seus colegas homens ao

julgar esses casos. Peresie acha que colegiados com juízas tendem a favorecer supostas vítimas duas vezes mais do que painéis com apenas juízes do sexo masculino. Nesse estudo, o gênero teve mais impacto do que a ideologia nas decisões judiciais.

Farhang e Wawro (2004) encontram um forte efeito de turma (colegiado) por parte das mulheres, ou seja, juízas tendem a influenciar seus colegas homens nas turmas. No entanto, eles descobrem que uma segunda mulher no painel não tem o mesmo efeito que a primeira. Esses autores também tentam encontrar evidências de impacto racial, mas – diferentemente do fator de gênero – não encontram nenhum impacto, embora sejam cautelosos em interpretar esse resultado mais recente.

Boyd, Epstein e Martin (2010) empregam a metodologia do *propensity score* e encontram impacto significativo do gênero em disputas de discriminação sexual. Aqui, como em Peresie (2005), os impactos ocorrem diretamente (decisões monocráticas de juízas) e indiretamente (em contrapartes masculinas em colegiados). Embora os autores tenham analisado 13 tipos de disputas judiciais, apenas nos casos de discriminação sexual o sexo dos juízes foi fator de impacto significativo. Os demais conflitos incluíam algumas questões também sensíveis ao gênero, tais como aborto e assédio sexual; mas em nenhum deles, com exceção da discriminação sexual, o gênero dos juízes afetou.

Outros estudos trazem evidências semelhantes para tribunais fora dos EUA. King e Greening (2007) analisaram decisões do Tribunal Penal Internacional sobre casos de agressão sexual na antiga Iugoslávia. Eles descobriram que as juízas tendem a punir mais severamente os acusados que agrediam mulheres – no que constitui uma “solidariedade de gênero” entre juízas e vítimas. Essa solidariedade também pareceu estar presente em decisões colegiadas formadas apenas por juízes homens, quando em questão estavam vítimas do sexo masculino. As sentenças nesses casos foram, em média, mais de 100 meses mais longas do que aquelas em que havia pelo menos uma juíza no painel.

Grezzana e Ponczek (2012) analisaram mais de 90 mil disputas trabalhistas no Tribunal Superior do Trabalho (TST) do Brasil.

No geral, os autores não encontram evidências de impacto de gênero. No entanto, uma vez que eles controlam o objeto da disputa, o impacto é evidente. Foi o que ocorreu nos casos envolvendo demandas por “equiparação salarial” e “vínculo empregatício e sindical”. Nessas circunstâncias, juízas tendem a favorecer litigantes (trabalhadoras), enquanto juízes homens tendem a favorecer trabalhadores do sexo masculino. Mais uma vez, parece haver algum tipo de “solidariedade de gênero” entre juízes e litigantes no TST brasileiro.

Por que o gênero dos juízes teria impacto no comportamento judicial? Boyd, Epstein e Martin (2010) elaboram 4 explicações. Primeiro, homens e mulheres veem e analisam o mundo e a sociedade de maneiras diferentes. As decisões dos juízes homens e juízas mulheres manifestam e expressam (*voice*) as diferenças deste olhar. Segundo a explicação da *representatividade*: as juízas se veem como representantes de todas as mulheres na sociedade e, especificamente, de mulheres litigantes em disputas. Assim, as juízas decidem em favor das mulheres nos casos em que haja interesses particulares para toda a classe de mulheres na sociedade. Terceiro, a explicação *informativa* coloca as juízas como possuidoras de mais informações que seriam valiosas para resolver alguma disputa. Sob tais circunstâncias, seus colegas do sexo masculino se beneficiariam com essas informações privilegiadas, e o efeito seria canalizado através da votação em colegiado. Por fim, a explicação *organizacional* minimizará o impacto do gênero nas decisões judiciais; a visão aqui é que a formação profissional e as regras institucionais do judiciário são claras o suficiente para atenuar as diferenças significativas no comportamento e nas decisões de juízes e juízas. Todas estas explicações foram exploradas, testadas e analisadas por uma rica literatura e Boyd, Epstein e Martin (2010) fornecem referências detalhadas de cada uma dessas abordagens.

Além do gênero existem outros fatores que afetam as decisões judiciais, que estão relacionados a grupos minoritários, como raça, etnia, grupo religioso e formação social, entre outros (por exemplo, um trabalho interessante de Schwartz e Murchison (2016) sobre os impactos de etnia e nacionalidade no Tribunal Constitucional

da Bósnia e Herzegovina). Devido às limitações deste capítulo deixaremos esses tópicos de lado, apesar de sua importância indubitável, como a literatura empírica sobre comportamento judicial já demonstrou.

### 3.3. Votação em Colegiado, “Efeito-Composição” e “Efeito de Pares”

Já vimos algumas evidências de como a composição do colegiado (ou turmas) nos tribunais afeta os padrões de votação dos juízes. Psicólogos sociais e comportamentais há muito estudam os efeitos da pressão dos pares nas organizações, principalmente empresas, e seria de esperar o mesmo em organizações públicas e políticas, como tribunais, Congresso etc.

Epstein, Landes e Posner (2013) têm uma explicação teórica para a ocorrência do efeito de composição de turma e o testam. As turmas podem decidir por unanimidade – quando não houver voto dissidente – ou por não unanimidade – quando houver dissidência. Os autores explicam que existem custos e benefícios para a dissidência e, não raramente, os primeiros mais que compensam os segundos. Os custos da dissidência incluem escrever a opinião divergente, discordar dos colegas, além de custos de reputação infringidos sobre os outros membros da turma. Tudo isso cria aversão a dissidência e, conseqüentemente, evita-se discordar em questões menores – especificamente questões técnicas – e a dissidência é mais frequentemente causada por discordâncias ideológicas, mais difíceis de resolver por meio de discussão e compromisso. Epstein, Landes e Posner (2013) mostram evidências desse efeito para a Suprema Corte dos EUA de 1953 a 2008. Para outros tribunais inferiores os autores preveem mais discordâncias quando uma apelação está sendo revertida e menos discordâncias em tribunais de apelação menores (os juízes se reúnem com mais frequência, tornando a dissidência muito mais cara). Os autores também preveem que a divergência será inversamente proporcional à carga

de trabalho do tribunal, ou seja, quanto mais ocupados e sobrecarregados os juízes forem, menor será a dissidência. Eles ainda consideram que a presença de dissidência afeta a duração da votação por escrito: as opiniões da maioria são mais longas se houver um membro dissidente no colegiado, e ainda mais se houver mais de um. Aparentemente são necessárias mais palavras para justificar uma opinião quando confrontada com oposição. Por fim, os autores vinculam a frequência de discordância à fase na carreira: juízes federais nos EUA tendem a discordar mais durante a primeira metade de suas vidas profissionais.

Fora dos EUA, Smyth (2005) estudou o padrão de dissidência no Supremo Tribunal da Austrália por quase cem anos. Ele encontra evidências de divergências causadas por ideologias políticas, mas nenhuma relação entre a carga de trabalho e a taxa de divergências. Quanto à carreira ativa dos juízes, Smyth encontra evidências do aumento na frequência de dissidência ao longo do tempo (mais divergência com mais experiência profissional), um resultado distinto do que Epstein, Landes e Posner encontraram para os EUA.

Em relação aos efeitos de pares, há literatura interessante sobre a influência das normas sociais no comportamento judicial. Usando uma abordagem analítica, Harnay e Marciano (2004) constroem um modelo em que mostram que o comportamento judicial não é inteiramente um produto do cálculo individual; em vez disso, reflete as interações em um sistema em que os juízes se preocupam com o que os outros profissionais da comunidade pensam e fazem, e almejam um certo grau de conformidade. Em outras palavras, há evidências de que o comportamento judicial não pode ser explicado apenas pela teoria econômica de Posner, mas deve ser combinado com os elementos da teoria estratégica. Curiosamente, essa “tendência de se conformar” aos precedentes por um juiz é resultado de uma análise de custo-benefício: ele(a) analisa os ganhos esperados de desvio *versus* os ganhos de conformidade com os precedentes, e faz isso no nível pessoal e profissional. De acordo com os autores, isso explica por que os juízes se comportam em conformidade com os precedentes em determinadas circunstâncias e se desviam em outras.

### 3.4. Pressões Externas: Mídia, Opinião Popular e Grupos de Interesse

Além do efeito exercido pelos pares nas turmas de votação, existem outras fontes de fatores externos que podem influenciar as decisões judiciais. A mídia e a opinião popular sempre restringiram, de alguma forma, o comportamento dos agentes públicos; no entanto, a intensidade desse impacto aumentou exponencialmente com a modernização da tecnologia de telecomunicações. Em alguns países, como no Brasil, as sessões de votação da Suprema Corte são transmitidas ao vivo pelos canais de TV. Embora os cidadãos comuns raramente possam compreender os assuntos discutidos nos tribunais – e especialmente nos tribunais superiores – devido à sua complexidade e tecnicidade, de tempos em tempos as decisões dos juízes estão em destaque nas primeiras páginas dos jornais, nos programas de TV e discutido por cidadãos leigos. Assim, mesmo no caso de juízes que não são eleitos diretamente (como é no Brasil), os magistrados se sentem, de alguma forma, constrangidos pelo que a sociedade tem a dizer sobre os resultados de seu trabalho. Como Epstein e Kobylka (1992) colocam para o caso norte-americano: “A maioria das decisões judiciais modernas reflete a opinião pública. Quando existe uma maioria ou pluralidade clara de votação, mais de três quintos das decisões do Tribunal refletem as pesquisas [nos EUA]. A Suprema Corte moderna parece refletir a opinião pública com a mesma precisão que outros formuladores de políticas” (p. 24).

A literatura empírica sobre os efeitos da mídia, opinião pública e grupos de interesse na decisão judicial é vasta e crescente, mas devido à sua maior exposição e ao seu maior impacto na sociedade, estudos desse tipo concentraram-se principalmente nas decisões dos tribunais superiores. Epstein e Martin (2010), por exemplo, encontram evidências de que as decisões da Suprema Corte dos EUA estão, até certo ponto, alinhadas com a opinião pública. Além da explicação usual de que os juízes se preocupam com sua reputação e aprovação da sociedade, os autores argumentam que isso ocorre porque os próprios juízes são parte da sociedade e do público. Assim,

eles estão realmente decidindo com base em suas ideologias pessoais e não apenas como um reflexo de preferências externas. Não seria fácil separar empiricamente esses dois efeitos, e os autores deixam a análise para estudos futuros.

No que diz respeito aos grupos de interesse, Collins e Martinek (2010) encontram evidências de seu impacto na probabilidade de sucesso de recorrentes, mas não de apelantes, nos tribunais de apelações dos EUA. Para a Suprema Corte, Collins e Solowiej (2007) também mostram que grupos de interesse, representados por *amici curiae* apresentados à Corte, afetam a provisão e a quantidade de informações disponíveis para as decisões dos juízes. Um resultado positivo encontrado pelos autores é que a Suprema Corte norte-americana é acessível a uma ampla variedade de grupos de interesse, que refletem uma sociedade democrática e pluralista. No entanto, apesar de sua clara influência, pelo menos no fornecimento de informações, os autores não foram capazes de explicar como e quanto esses grupos de interesse afetam a tomada de decisões judiciais.

Uma observação notável sobre o envolvimento de grupos de interesse em decisões judiciais é feita por Epstein e Kobylka (1992). Eles diferenciam esse tipo de atividade das de outros grupos de pressão política: “Ao contrário das arenas mais tradicionais de *lobby* de grupos, [a importância dos grupos de interesse atuantes no judiciário] não é derivada de seus números, mas dos tipos de argumentos que apresentam no tribunal” (p. 306). Segundo os autores, é desta maneira pela qual se influencia a decisão dos juízes.

Por fim, há também outro tipo de pressão externa que afeta significativamente as decisões judiciais: a advinda de outros poderes, a saber, do Executivo e do Legislativo. A interação entre juízes e esses atores há muito tempo é discutida por estudiosos do Direito e das Ciências Políticas, e é um objeto de estudo sem fim. Especialmente no caso dos Tribunais Supremos, devido à nomeação presidencial de seus juízes, a busca por um melhor entendimento dessa relação está relacionada à questão crucial da independência de poderes.

Lopes e Azevedo (2018) encontram evidências nessa direção para o Brasil, ao comparar os resultados da atuação do Supremo Tribunal

Federal (STF) *versus* do STJ. Apesar dos ministros de ambos os tribunais serem formalmente indicados pelo presidente, no STF a indicação é mais política, com ligações mais próximas ao Executivo e ao Legislativo. Os presidentes da República também têm mais discricionariedade na nomeação destes ministros do que os do STJ (que seguem lista tríplice indicada pelos próprios ministros da casa). Talvez por isso, estes autores encontram evidências empíricas que o STF é significativamente mais impactado por influências políticas do que o STJ.

Quanto às relações entre tribunais – especialmente a Suprema Corte – e o Congresso, Epstein e Kobylka (1992) afirma que “[elas] não são aleatórias. A composição política do legislador em relação à Corte desempenha um papel importante na determinação do curso dessas relações, sejam elas antagônicas ou amistosas” (p.24). O fato de que os juízes da Suprema Corte devem ser aprovados pelo Senado também impõe uma restrição ao primeiro. No entanto, como as políticas criadas pelo Congresso, se questionadas, podem vir a ser anuladas pela Corte, o fator de poder e o impacto não são um caminho de mão única.

### 3.5. Maximização do Autointeresse (ou Satisfação)

Outro conjunto de fatores que podem afetar significativamente a tomada de decisão judicial é o desejo que os juízes têm de maximizar os benefícios próprios. Nos termos de Posner, essa é a chamada Teoria Econômica do Comportamento Judicial. No entanto, por “benefícios” não se deve entender apenas ganhos materiais ou pecuniários. Um benefício concreto que os juízes podem tentar maximizar são as chances de ter sucesso em sua carreira. Ao observar o Tribunal Constitucional italiano, Melcarne (2017) corrobora a hipótese de que as preocupações profissionais dos juízes afetam seu comportamento; o motivo é o impacto na reputação de sua conduta. Além disso, essas preocupações são independentes das características pessoais dos juízes. O autor ainda encontrou que os juízes são sensíveis a pressões externas, especialmente os interesses do Poder Executivo, muito em linha com a discussão da seção anterior.

Ainda na Europa, Schneider (2005) confirma que incentivos de carreira afetam o comportamento dos juízes; no entanto, suas observações dos tribunais alemães do trabalho vão além, combinando com preocupações das teorias econômicas de “mercados internos” na estrutura judicial. Como uma combinação de preocupações com a carreira e pressões externas, o autor mostra que “[as] decisões judiciais provavelmente estarão de acordo com as políticas ou opiniões dos órgãos que influenciam sua nomeação. Esses órgãos podem ser tribunais, parlamentos e governos” (p. 140). O autor afirma que seus resultados podem ser generalizados para outras jurisdições de Direito civil, pois a estrutura dos tribunais trabalhistas alemães é a mesma que a encontrada em muitos outros países.

#### 4. Consequencialismo de Decisões Judiciais<sup>2</sup>

Enquanto os juristas debatem se as decisões judiciais *deveriam* ou *não deveriam* se preocupar com as consequências, economistas e jus economistas afirmam categórica e positivamente que as decisões judiciais *têm* consequências, quer goste ou não. Essa diferença no olhar da questão está relacionada com a diferença na natureza das duas ciências. Basta lembrar que a ciência econômica tem um enfoque no comportamento humano. Nesse sentido, o economista é treinado a analisar as consequências de determinada opção de política pública, e não na integridade lógico-dedutiva da norma ou do princípio em jogo. Além disso, a *prática* jurídica é instantânea, preocupa-se mais com o momento presente na tentativa de encerrar aquele caso trazido. Já o economista, dado que precisa entender o impacto comportamental no sistema, sabe que os efeitos políticos, sociais e econômicos podem demorar para acontecer: são como ondas em um lago perturbado, propagam-se por muito tempo até a cessão do efeito. Finalmente, os economistas levam em conta a existência

<sup>2</sup> Para discussão mais aprofundada sobre consequencialismo das decisões judiciais ver Yeung (2019b).

das já mencionadas externalidades – efeitos positivos ou negativos gerados para a sociedade, ignorados por aquele que os produzem – uma decisão judicial não impacta somente as partes que trouxeram o litígio, elas são sinalizações para outros indivíduos e empresas, que por sua vez, tomarão decisões que refletirão igualmente em outras pessoas. É a insistência em ignorar as externalidades de suas decisões que faz com que a dogmática jurídica, e as decisões judiciais, acabe gerando o que chamamos de *efeito bumerangue*. Este acontece, por exemplo, quando um juiz profere uma decisão (normalmente com muito boas intenções) para proteger uma pessoa, por exemplo, um hipossuficiente. Mas, pela ignorância de seus efeitos, a decisão acaba voltando e gerando resultados que prejudicam a própria pessoa que se quis inicialmente proteger – tal qual o bumerangue, que após lançado, volta e pode cortar a cabeça do lançador incauto.

Todos os dias, dezenas ou centenas de bumerangues são lançados por juízes bem-intencionados, gerando consequências perversas, se não desastrosas, no resultado final. Uma literatura empírica extensa neste sentido, até mesmo no Brasil, comprovam este fenômeno<sup>3</sup>.

## 5. Implicações e Futuros Direcionamentos

O que se pode inferir dessa breve discussão e revisão dos estudos empíricos sobre decisões judiciais? O que os estudos até agora evidenciaram?

No início os estudos tinham uma abordagem mais positiva: tentativas de capturar tendências em decisões judiciais, fontes de ideologia pessoal e outros fatores que podem impactar os resultados dos tribunais. Ao longo do tempo, com o desenvolvimento de teorias e metodologias, os autores de decisões judiciais adotaram cada vez mais (embora às vezes não explicitamente) uma perspectiva normativa. As evidências resultantes mostram que os juízes são influenciados por fatores como composição das turmas, benefícios materiais

<sup>3</sup> Por exemplo: Rezende e Zylbersztajn (2011) e Bertran (2007).

e não materiais, grupos de pressão etc. Com base nisso pode-se perguntar como as instituições devem ser mais bem projetadas para fornecer os incentivos “corretos” para que os juízes se comportem da maneira “adequada”, tomando decisões mais democráticas, mais inclusivas, mais eficientes.

Por fim, vale anunciar o que desponta no horizonte nos estudos do comportamento judicial e das decisões judiciais – e as notícias são muito promissoras, sobretudo no Brasil. Iremos nos beneficiar muito em breve – na verdade já estamos começando a nos beneficiar – das tecnologias computacionais de *text mining* e *big data* que vêm se desenvolvendo exponencialmente ano após ano. Estas, combinadas com as metodologias estatísticas e econométricas que, desde as décadas de 1970 não param de avançar cada vez mais rapidamente, trarão um maravilhoso mundo novo nos estudos nesta área.

## Referências

- ARIDA, P.; BACHA, E. L.; LARA-REZENDE, A. “Credit, Interests, and Jurisdictional Uncertainty: Conjectures on the Case of Brazil”. In GIAVAZZI, F.; GOLDFAJN, I.; HERRERA, S. (eds.). *Inflation Targeting, Debt, and the Brazilian Experience, 1999 to 2003*. Cambridge, MA: The MIT Press, 2005, pp. 265-293.
- BERTRAN, Maria Paula. “A decisão judicial apoiada na Nova Economia Institucional: Acertos e erros dos magistrados brasileiros no caso de revisão dos contratos de arrendamento mercantil de automóveis indexados ao dólar”. *UC Berkeley: Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*. 2007. Disponível em: <<https://escholarship.org/uc/item/1gd0q280>>. Acesso em 11 jul. 2020.
- BOYD, Christina L.; EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew D. “Untangling the Causal Effects of Sex on Judging”. *American Journal of Political Science*. vol. 54, nº 2 (2010), pp. 389-411.
- CERON, Andrea; MAINENTI, Marco. “Toga Party: The Political Basis of Judicial Investigations against MPs in Italy (1983-2013)”. *South European Society and Politics*, vol. 20, nº 2 (2015), pp. 223-242.

- COASE, Ronald H. "The Problem of Social Cost". *The Journal of Law and Economics*. vol. 3 (1960), pp. 1-44.
- COLLINS, Paul M.; SOLOWIEJ, Lisa A. "Interest Group Participation, and Conflict Competition , the U.S. Supreme Court". *Law & Social Inquiry*. vol. 32, n° 4 (2007), pp. 955-984.
- COLLINS, Paul M.; MARTINEK , Wendy L. "Friends of the Circuits: Interest Group Influence on Decision Making in the U.S. Courts of Appeals". *Social Science Quarterly*. vol. 91, n° 2 (2010), pp. 397-414.
- EPSTEIN, Lee "Some thoughts on the study of judicial Behavior". *William & Mary Law Review*, vol. 57, n 6 (2016), pp. 2017-2073.
- EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew D. "Does Public Opinion Influence the Supreme Court? Possibly Yes (But We're Not Sure Why)". *Journal of Constitutional Law*, vol. 12, n° 2 (2010), pp. 263-281.
- EPSTEIN, Lee; KOBYLKA, Joseph F. *The Supreme Court and Legal Change: Abortion and the Death Penalty (Thornton H. Brooks Series in American Law & Society)*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1992.
- EPSTEIN, Lee; LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Behavior of Federal Judges*. Cambridge: Harvard University Press, 2013.
- FARHANG, Sean; WAWRO, Gregoy. "Institutional Dynamics on the U.S. Court of Appeals: Minority Representation Under Panel Decision Making". *Journal of Law, Economics, and Organization*. vol. 20, n° 2 (2004), pp. 299-330.
- GREZZANA, Stefânia; PONCZEK, Vladimir. "Gender Bias at the Brazilian Superior Labor Court". *Brazilian Review of Econometrics*. vol. 32, n° 1 (2012), pp. 73-96.
- HARNAY, Sophie; MARCIANO, Alain. "Judicial conformity versus dissidence: an economic analysis of judicial precedent". *International Review of Law and Economics*. vol. 23 (2004), pp. 405-420.
- HAINES, Charles G. "General Observations on the Effects of Personal, Political, and Economic Influences in the Decisions of Judges". *Illinois Law Review*. vol. 17 (1922), p. 96.
- JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. "Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs, and ownership structure". *Economics social institutions*. 1979pp. 163-231.
- KING, Kimi L.; GREENING, Megan. "Gender Justice or Just Gender? The Role of Gender in Sexual Assault Decisions at the International

- Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia". *Social Science Quarterly*. vol. 88, n° 5 (2007), pp. 1049-1071.
- LOPES, Felipe M.; AZEVEDO, Paulo F. "Government Appointment Discretion and Judicial Independence: Preference and Opportunistic Effects on Brazilian Courts". *Economic Analysis of Law Review*. vol. 9 (2018), n° 2, pp. 84-106.
- MELCARNE, Alessandro "Careerism and judicial behavior". *European Journal of Law and Economics*. Vol. 44 (2017), pp. 1-24.
- PERESIE, Jennifer L. "Female Judges Matter: Gender and Collegial Decision-making in the Federal Appellate Courts". *The Yale Law Journal*, vol. 114, n° 7 (2005), pp. 1759-1790.
- POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.
- PRITCHETT, C. Hermann. "Public Law and Judicial Behavior". *The Journal of Politics*, vol. 30 (1968), 480-509.
- REZENDE, Christiane L.; ZYLBERSZTAJN, Decio. "Quebras contratuais e dispersão de sentenças." *Revista Direito GV* 7, n° 1 (2011), pp. 155-175.
- SCHNEIDER, Martin R. "Judicial career incentives and court performance: an empirical study of the German labour courts of appeal". *European Journal of Law and Economics*. Vol. 20 (2005), no 2, pp. 127-144
- SCHWARTZ, Alex; MURCHISON, Melanie J. "Judicial Impartiality and Independence in Divided Societies: An Empirical Analysis of the Constitutional Court of Bosnia-Herzegovina". *Law and Society Review*. vol. 50 (2016), n° 4, pp. 821-855.
- SMYTH, Russell. "The Role of Attitudinal, Institutional and Environmental Factors in Explaining Variations in the Dissent Rate on the High Court of Australia", *Australian Journal of Political Science*. vol. 40, n° 4 (2005), pp. 519-540.
- WEDER, B. "Legal Systems and Economic Performance: The Empirical Evidence" In ROWAT, M. *et al.* "Judicial Reform in Latin America and the Caribbean – Proceedings of a World Bank Conference". *World Bank Technical Paper Number 280* (1995). Washington DC: The World Bank.
- YEUNG, Luciana. "Empirical Analysis of Judicial Decisions". In MARCIANO, A.; RAMELLO, G.. (Eds.). *Encyclopedia of Law and Economics*. New York, NY: Springer-Verlag, 2018.

YEUNG, Luciana L. "Bias, insecurity and the level of trust in the judiciary: the case of Brazil". *Journal of Institutional Economics*, vol. 15 (2019), nº 1, pp 163-188.

YEUNG, Luciana L. "O Consequencialismo das Decisões Judiciais e das Normas Jurídicas". In ARAÚJO, Luiz N.P.; DUFLOTH, R. V. *Ensaíos em Law and Economics*. São Paulo: LiberArs, 2019, pp. 173-191.