

NOVAS FRONTEIRAS DA TEORIA DO DIREITO: DA FILOSOFIA MORAL À PSICOLOGIA EXPERIMENTAL



Fundação Getúlio Vargas Filho do Arquivo
e Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro



Noel Struchiner
Rodrigo de Souza Tavares
(organizadores)

CAPÍTULO VII

Como os juízes decidem os casos difíceis do direito?

*Noel Struchiner**

*Marcelo Santini Brando***

1. Introdução

Como são tomadas decisões judiciais no contexto dos casos difíceis do direito? Embora a pergunta já tenha sido formulada diversas vezes, não é incomum que seja confundida com discussões sobre como os juízes *devem* decidir. Muito já foi escrito, inclusive no Brasil, sobre como os juízes devem decidir nos casos difíceis, especialmente sobre o método de solução desse tipo específico de problema do direito: a ponderação de interesses ou de princípios (por ex: Barcellos, 2005, p. 23). A discussão sobre como devem ser tomadas decisões judiciais se insere no contexto das teorias normativas da tomada de decisão.

Durante o final da década de 1990 e o início da década de 2000, esse foi o assunto mais badalado da academia brasileira – juntamente com a discussão em torno dos princípios jurídicos. Ronald Dworkin e Robert Alexy eram leitura obrigatória e seus trabalhos eram (e ainda são) efusivamente citados na literatura nacional. O entusiasmo em torno da ponderação de interesses se justificou em boa parte pelo ideal de racionalidade que se costuma associar ao emprego dessa técnica e a consequente redução da arbitrariedade judicial (Barcellos, 2005, pp. 39-48; Barroso, 2005, pp. 20-33).

* Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio. Professor Colaborador do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da PUC-Rio. Bolsista Jovem Cientista da FAPERJ. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq.

** Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio.

Por trás de toda teoria normativa da tomada de decisão judicial se ocultam pressupostos acerca das capacidades mentais, das condições de trabalho, dos interesses pessoais e profissionais dos juízes, do papel da razão e da moral no direito etc. Quando não são contrafatuais¹, esses pressupostos frequentemente representam teorias ingênuas acerca da natureza ou da psicologia humana. Às vezes, reconhece-se que o juiz é um ser humano falível e sujeito a variações emocionais, para em seguida exigir dele uma racionalidade ilimitada. Mas nada disso é capaz de explicar como os juízes de fato tomam certas decisões em torno dos casos difíceis, nem qual é o papel da fundamentação apresentada às partes e à sociedade. Será que toda decisão proferida num caso difícil é tomada de maneira consciente e deliberada a partir de um processo controlado de inferência? Será que a fundamentação representa o trajeto lógico percorrido pelo juiz para alcançar a decisão?

Nossa proposta é resgatar a principal contribuição do movimento realista norte-americano encarado como uma teoria descritiva das decisões judiciais: os realistas tentaram, com as limitações teóricas da época, analisar as práticas sociais do direito a partir das lentes e ferramentas das ciências sociais. Reconhecendo o valor teórico existente no programa realista, mas superando-o por sua insuficiência metodológica, neste trabalho tentaremos apresentar uma nova abordagem de pesquisa do processo de tomada de decisão judicial no contexto dos casos difíceis do direito. Valendo-nos das recentes contribuições das ciências cognitivas e da psicologia moral, argumentaremos que as tomadas de decisão judicial no

¹ Basta pensar nas figuras do juiz Hércules sugerido por Ronald Dworkin e do juiz pragmatista sugerido por Richard A. Posner. Do primeiro se espera uma imensa capacidade de processamento em torno dos precedentes e das doutrinas do *common law*, além de uma aptidão para articular complexas discussões de filosofia política e moral; do outro se espera uma capacidade de investigar fatos e formular prognósticos acerca das consequências prováveis de certas decisões, o que pressupõe uma irreal disponibilidade de recursos materiais e humanos para investir na tomada de uma única decisão.

contexto dos casos difíceis do direito moralmente carregados podem ser, na maior parte, entendidas como instâncias de ocorrência de processamento automático (por intuição ou por interação social) no quadro sócio-intuicionista de julgamento moral.

Para tanto, primeiro apresentaremos o realismo jurídico norte-americano como uma teoria descritiva da decisão judicial e suas fraquezas metodológicas (seção 2). Na sequência, discutiremos sobre o tipo de caso difícil que nos interessa, os casos difíceis moralmente carregados, já que esse é justamente o tipo de caso que os *insights* realistas descrevem adequadamente (seção 3). Depois discutiremos como os casos difíceis são decididos tomando como hipótese o modelo sócio-intuicionista de Jonathan Haidt (seção 4) e trataremos de algumas de suas implicações mais sérias para a prática jurídica, como a questão do viés confirmatório (seção 5). Finalmente, apresentaremos, na conclusão (seção 6), questões que ficaram em aberto e as investigações futuras que devem ser realizadas, mas não sem deixar de destilar nosso ácido cético e questionar a presença de algum tipo de blindagem ou imunidade especial capaz de proteger os juízes dos erros que acometem a população em geral na tomada de decisão nos casos moralmente carregados. Não acreditamos que juízes tenham algum tipo de privilégio epistêmico, ou de qualquer outra natureza, diante desse tipo de caso, e que reconhecer isso é o primeiro passo para tentar construir saídas e soluções normativas mais inteligentes, capazes de alavancar a qualidade de processamento de informações para a tomada de decisão dos julgadores.

2. O realismo jurídico norte-americano e a teoria descritiva da decisão judicial

O realismo jurídico norte-americano foi o movimento intelectual que se ocupou desse problema durante a primeira metade do século XX ao tentar formular uma teoria descritiva da decisão judicial (Leiter, 1999; Leiter, 2005; Schauer, 2009; e Shecaira e Struchiner, 2011). Para os autores do movimento, as decisões

judiciais seriam previsíveis, e a chave para a previsão do resultado de um caso concreto estaria na realização de sistemática pesquisa empírica para descobrir que fatores entrariam no processo causal de tomada de decisão (Schauer, 2009, p. 134). Portanto, a ideia era identificar os elementos e variáveis que compunham o processo de tomada de decisão judicial para, em seguida, descrevê-los. O movimento realista tentou formular *leis descritivas* do comportamento judicial baseadas na efetiva análise do que as cortes fazem em casos concretos, afastando-se da tradicional metodologia da análise conceitual e promovendo uma naturalização da teoria do direito (Leiter, 1999, p. 264; e Leiter, 2005, p. 56).

Por trás dessas ideias os autores mantinham opiniões e compromissos com proposições típicas da teoria analítica do direito, inclusive motivando Brian Leiter a sugerir que o movimento é melhor justificado em bases positivistas (Leiter, 1999, pp. 268-269). Dentre as proposições debatidas pelos realistas estavam: (1) o direito é indeterminado; (2) as regras jurídicas não guiam a tomada de decisão judicial; (3) se o direito é indeterminado e as regras jurídicas não guiam a tomada de decisão, então o juiz decide com base em algo diverso do direito; (4) logo, a atividade judicial é criativa/constitutiva do direito; e (5) a justificação consiste em uma racionalização *post hoc*. Apesar das divergências² havidas entre autores como Jerome Frank, Karl N. Llewellyn, Felix Cohen, Underhill Moore, Max Radin, Joseph Hutcheson, etc. a respeito da intensidade do compromisso com essas proposições, Frederick Schauer considera que existe um núcleo comum de ideias compartilhadas. Os realistas forjaram uma teoria descritiva da decisão judicial que poderia ser decomposta em uma hipótese de

² É importante salientar que, excetuada a posição mais extremada de Jerome Frank, os realistas não acreditavam numa absoluta indeterminação do direito ou na total imprevisibilidade da atividade judicial. A posição de Karl N. Llewellyn é particularmente interessante porque reconheceu que há um conjunto de regras jurídicas que são capazes de orientar condutas, prevenindo a formação de litígios perante os tribunais (Llewellyn, 2011, p. 47; Schauer, 2009, pp. 137-138).

duas partes (Schauer, 2009, pp. 138-140): (a) a maioria dos juízes tem uma inclinação para chegar a um determinado resultado antes de consultar os materiais jurídicos; (b) o juiz raramente terá dificuldade de encontrar a roupagem jurídica para a decisão tomada no vasto, complexo e amplamente indeterminado universo de materiais jurídicos existentes.

Na visão de Brian Leiter, duas linhas de pensamento se formaram: a idiossincrática e a sociológica. Nenhuma delas chegou ao ponto de sustentar a caricatura de que as decisões judiciais são determinadas pelo que os juízes comem no café-da-manhã (Leiter, 1999, pp. 271). A chamada linha idiossincrática foi sustentada por Joseph Hutcheson e Jerome Frank. Acompanhando a opinião de Joseph Hutcheson, Jerome Frank acreditava que o juiz decidiria a partir de um palpite, uma intuição acerca do que constitui o resultado justo para um dado caso concreto. As decisões, sentenças e acórdãos formalmente produzidos pelos juízes não passariam de racionalizações *post hoc* de uma decisão tomada muitas vezes de maneira automática, intuitiva (Frank, 2009 [1930], pp. 31-34, 111/112 e 140-141). Por isso Frank afirmava que a chave para compreender a tomada de decisão judicial seria investigar como os juízes tinham seus palpites acerca do certo e do justo nos casos concretos:

Nós podemos aceitar isso como uma descrição aproximadamente correta de como todos os juízes raciocinam [Frank se refere à posição de Joseph Hutcheson acima descrita]. Mas veja as consequências. Se o direito consiste nas decisões dos juízes e se essas decisões são baseadas nos palpites dos juízes, então a maneira pela qual o juiz obtém os seus palpites é a chave para entender o mecanismo judicial. Aquilo que produz os palpites dos juízes é o que constitui o direito (Frank, 2009 [1930], p. 112).

Para Frank, os materiais jurídicos tradicionais (legislação e precedentes) constituiriam apenas uma das classes de estímulos que causam o palpite (Frank, 2009 [1930], p. 113). “Mas há muitos outros, ocultos ou não revelados, frequentemente não considerados nas discussões acerca do caráter ou natureza do direito” (Frank, 2009 [1930]). Frank considera que esses fatores ocultos seriam numerosos e complicados, frequentemente dependendo dos traços individuais dos juízes: para conhecer aquilo que produz os palpites dos juízes é necessário conhecer sua personalidade (Frank, 2009 [1930], pp. 114-120). Sua personalidade comumente guiará a criação judicial do direito, de modo que o direito variará conforme a personalidade do juiz que examinar o caso (Frank, 2009 [1930], pp.119-120). Nas palavras de Frank:

Se a personalidade do juiz é o fator central na administração do direito, então o direito pode variar de acordo com a personalidade do juiz que por ventura estiver diante de um caso qualquer (Frank, 2009 [1930], pp.119-120).

O atrelamento do direito à personalidade dos juízes não seria um fato facilmente digerido pelas pessoas. Por trás das teses de Frank estava uma crença no suposto poder explicativo que a psicanálise teria sobre a fixação das pessoas na certeza, previsibilidade e estabilidade do direito. Argumentando que o direito somente pode oferecer um nível bastante limitado de segurança, certeza e previsibilidade, e que grande parte dessa incerteza do direito teria imenso valor social³, Frank sustenta que a incansável busca por maior previsibilidade e estabilidade no direito não se

³ “O constante aparecimento de problemas sem precedentes requer um sistema jurídico capaz de fluidez e flexibilidade. Nossa sociedade estaria presa em uma camisa de força se não fosse pelos tribunais, com a assistência hábil dos advogados, constantemente reparando a lei e adaptando-a de acordo com as realidades das condições sociais, industriais e políticas em constante modificação” (Frank, 2009 [1930], p. 6-7).

justificaria por razões de ordem prática (Frank, 2009 [1930], p. 3-13). Para Frank, uma explicação parcial⁴ construir-se-ia mediante um paralelo com a interminável necessidade infantil de uma figura paternal que assegure paz, conforto e proteção contra os perigos desconhecidos (Frank, 2009 [1930], p. 14-23): o direito substituiria a figura paternal que as pessoas ainda não teriam conseguido renunciar (Frank, 2009 [1930], p. 22). Essa explicação parcial também estaria por trás de outro mito predominante na época: o mito de que a atividade dos juízes não teria qualquer papel criativo do direito (Frank, 2009 [1930], pp. 35-45).

Por outro lado, a linha sociológica não ignorava o fato de os juízes serem pessoas com personalidades distintas, mas insistia na importância dos determinantes sociais no processo de tomada de decisão (Leiter, 1999, p. 272). “Uma teoria da decisão judicial verdadeiramente realista deve conceber cada decisão como algo maior do que a expressão de uma personalidade individual, mas como algo até mais importante: um produto de determinantes sociais”, afirmou Felix Cohen, citado por Brian Leiter (Leiter, 1999, p. 272). Uma interessante pesquisa empírica foi conduzida por Underhill Moore, professor da *Yale Law School*, que investigou quais fatores influenciavam a fiscalização de estacionamento em New Haven, Connecticut: se eram as regras jurídicas ou fatores como dia, tipo do carro, rua, etc. Como esclarece Frederick Schauer (Schauer, 2009, p. 133), os métodos de experimento de campo empregados por Moore eram rudimentares se comparados com o arsenal metodológico da atualidade, mas ele certamente compreendeu os princípios básicos de pesquisa em ciências sociais ao tentar identificar e isolar as variáveis que efetivamente influenciavam na aplicação do direito. Mas ao aplicar esses princípios básicos Moore reconheceu que o resultado

⁴ Frank reconhece que sua pretensão explicativa é incompleta: “Por não ser a nossa pretensão ter isolado a única causa de uma reação que, como quase todas as reações humanas, é claramente o produto de uma constelação de diversas forças” (Frank, 2009 [1930], p. 22).

jurídico da fiscalização de estacionamento não poderia ser determinado pela simples menção aos materiais jurídicos existentes. Apenas se tais materiais fizessem diferença no resultado é que deveriam ser levados a sério. E assim, sugere Schauer, Underhill Moore reconheceu que essa não apenas era uma questão empírica, mas que também havia alguma evidência dando suporte à visão de que os materiais jurídicos desempenhavam papel bem menor do que se supunha.

Apesar dessas considerações, o compromisso firmado pela maioria dos realistas com a ciência e com o método científico não foi além da retórica e da metáfora (Leiter, 2005, p. 51). Alguns realistas chegaram a acreditar que a cuidadosa percepção de juristas experientes seria suficiente para identificar os verdadeiros determinantes nas decisões judiciais (Schauer, 2009, p. 141), o que é algo inteiramente avesso ao método científico⁵. A precariedade dos métodos da pesquisa da época também era um entrave que dificultava a busca por resultados significativos. Com o surgimento do positivismo jurídico concebido por Herbert L. A. Hart, o movimento realista perdeu a proeminência que alcançou na primeira metade do século XX.

O cenário da atualidade é bastante diferente. As ciências cognitivas se consolidaram como importante domínio de investigação multidisciplinar voltado à descoberta das capacidades representacionais e computacionais da mente humana e sua realização estrutural e funcional na mente. As questões do afeto e das emoções também são investigadas no domínio da neurociência, da psicologia e da psicologia moral. As hipóteses formuladas na tentativa de explicar os problemas investigados são validadas por pesquisas continuadas e replicadas em diferentes culturas; além disso, as tecnologias empregadas para auxiliar nas pesquisas são

⁵ Como esclarecem Furgeson, Babcock e Shane, a leitura e análise do textos das sentenças e dos votos proferidos por juízes é uma fonte limitada de informações acerca do que efetivamente causou a decisão (Furgeson, Babcock e Shane, 2008).

bastante efetivas (pense, por exemplo, na ressonância magnética funcional, que pode aferir o nível de fluxo sanguíneo em certas áreas do cérebro associadas a certas emoções ou a certas capacidades computacionais de alto nível). De igual importância são os estudos dos processos cognitivos (processamento de informação) e de tomada de decisão. Eles permitiram que se descobrisse que certos módulos mentais são funcionalmente especializados para processar certas informações (percepção visual, propriocepção, reconhecimento de profundidade visual, padrões sociais ligados a ofensa/cuidado, autoridade/respeito, equidade/reciprocidade etc.) e viabilizaram a hipótese de que há dois sistemas que operam paralelamente e competem entre si quando as pessoas se veem diante de dilemas morais: um sistema intuitivo, rápido e automático, e um sistema deliberativo, lento e esforçado. Fato é que hoje em dia se sabe muito mais sobre cognição humana e sobre tomada de decisão do que se sabia há pouco mais de meio século atrás, o que leva a uma pergunta: e se os realistas estivessem certos?

Com isso em mente, nosso objetivo é resgatar a hipótese realista construída por Frederick Schauer e revitalizá-la a partir das recentes contribuições das ciências cognitivas e da psicologia moral. Num primeiro momento, investigaremos que evidências empíricas dão suporte à hipótese de que a maioria dos juízes tem uma inclinação para chegar a um determinado resultado antes de consultar os materiais jurídicos. Em seguida, também tentaremos apresentar evidências que apontam para o fato de que o juiz raramente terá dificuldade de encontrar a roupagem jurídica para a decisão tomada no vasto, complexo e amplamente indeterminado universo de materiais jurídicos existentes.

Antes de avançarmos é necessário fazermos alguns esclarecimentos teóricos e conceituais que permitirão compreender a circunscrição de nossa análise ao que chamamos de casos difíceis do direito moralmente carregados.

3. Identificando os casos difíceis do direito

O advento de *O conceito de direito* de Herbert L. A. Hart (2009 [1961]) e a releitura dos autores realistas deflagraram o que Frederick Schauer chamou de “domesticação” do movimento (Schauer, 2012, pp. 11-17). Hart formulou a crítica mais contundente à teoria descritiva da decisão judicial realista no Capítulo VII de seu *O conceito de direito* em 1961. Embora hoje isso seja trivial, foi Hart quem primeiro estabeleceu a interação entre filosofia analítica da linguagem e direito. Inspirando-se explicitamente na noção de textura aberta da linguagem desenvolvida por Friedrich Waismann a partir de Ludwig Wittgenstein (Hart, 2009 [1961], pp. 166 e 381; Struchiner, 2002), Hart descreve o direito apresentando uma visão que supera os típicos problemas do formalismo jurídico radical e do realismo jurídico ceticista.

Desenvolvendo uma linha de argumentação que não precisa de ser revisitada neste trabalho (Hart, 2009 [1961], pp 161-199; Struchiner, 2002; e Struchiner, 2005), Hart reconhece que há um limite na possibilidade de a linguagem transmitir padrões gerais de conduta por meio das regras. Até certo ponto, a linguagem legal permitiria transmitir padrões “que reaparecem constantemente em contextos semelhantes, aos quais as fórmulas gerais são nitidamente aplicáveis” (Hart, 2009 [1961], p 164). Tais padrões, veiculados em regras, funcionariam de maneira automática na experiência do direito, dado que cidadãos e autoridades oficiais os internalizariam e os observariam sem grandes problemas.

Por outro lado, Hart reconhece que “em todos os campos da existência, há um limite, inerente à natureza da linguagem, para a orientação que a linguagem geral pode oferecer” (Hart, 2009 [1961], p: 164). Em certas situações, a linguagem legal pode ser vaga e deixar margem para muitas controvérsias nas fronteiras dos termos classificatórios gerais. Todavia, nem mesmo o texto legal mais preciso escapa da “possibilidade permanente da existência de uma região de significado onde não conseguimos deter-

minar com segurança se a palavra se aplica ou não” (Struchiner, 2002, p. 6). Não se trata mais de vagueza da linguagem atual, mas de uma situação de vagueza potencial. O fenômeno da textura aberta da linguagem diz respeito ao problema da incompletude essencial das descrições empíricas (Struchiner, 2002, pp. 14-16). Nessas situações, uma regra jurídica que transmitia um padrão de conduta bastante claro num dado contexto pode se tornar imprecisa, incapaz de indicar ao cidadão ou à autoridade oficial uma conduta a ser adotada. Quando os materiais jurídicos se esgotam, o juiz exerceria discricionariedade (Hart, 2009 [1961], pp. 169-176). A incapacidade do realista de lidar com o direito a partir dessas considerações acerca dos limites da linguagem levou Hart a chamar o cético de um absolutista frustrado. Veja-se a passagem que se tornou famosa de *O conceito de direito*:

O indivíduo cético a respeito das normas é às vezes um absolutista frustrado: descobriu que as normas não são tudo o que seriam no paraíso de um formalista, ou num mundo onde os homens se assemelhassem a deuses e pudessem prever todas as combinações possíveis de fatos, de modo que a textura aberta não fosse uma característica necessária das normas. A concepção do cético a respeito da existência de uma norma pode ser assim um ideal inatingível; e, ao descobrir que este não é alcançado por aquilo que chamamos de normas, ele expressa sua decepção negando que haja, ou que possa haver, quaisquer normas” (Hart, 2009 [1961], p. 180).

A crítica de Hart foi desenvolvida e associada ao chamado “efeito seletivo”, cujo argumento se desenvolve da seguinte maneira (Schauer, 2009a, pp. 137-138). Há um amplo domínio da experiência do direito que simplesmente não é judicializado porque foi internalizado e espontaneamente observado pelos cidadãos e autoridades oficiais. São casos em que uma das partes envolvidas

acredita que vencerá e a outra acredita que perderá. Em tais condições, aquele que acredita em sua derrota buscará um acordo ou de outra maneira tentará evitar o litígio judicial para não incorrer em custos desnecessários. Nesse contexto, os casos que efetivamente chegam aos tribunais seriam representativos de uma pequena parcela de casos difíceis nos quais cada uma das partes acredita que o litígio vale a pena porque supostamente amparadas pelo direito. Tratar-se-ia de uma representação desproporcional da rica e vasta experiência do direito fora dos tribunais. De acordo com Frederick Schauer (2012, pp. 11-17), qualquer tentativa de redesenhar o realismo jurídico em termos conciliatórios com o positivismo hartiano pode ser chamada de “realismo domesticado”.

Feitas essas considerações teóricas e reconhecendo que a definição da noção de casos difíceis é complexa, uma forma intuitiva de examinar o assunto é realizar uma contraposição entre a noção de casos fáceis e a noção de casos difíceis. Nos casos fáceis, o juiz encontra no universo de materiais jurídicos uma regra jurídica clara que entra no processo causal de tomada de decisão. Esse processo de tomada de decisão pode ser representado por um silogismo prático no qual os juízes, a partir dos fatos do caso concreto, identificariam no ordenamento jurídico uma regra composta por um pressuposto fático e uma consequência jurídica. Essa consequência jurídica seria acionada quando o pressuposto fático descrito na regra (a premissa maior) encontrasse correspondência nos fatos do caso (a premissa menor).

Algumas dessas características não estariam presentes nos casos difíceis (Struchiner, 2011, pp. 131-132). Pense nas situações em que a regra não for clara (o problema da vagueza atual e potencial), em que não houver regra (anomia), ou em que houver mais de uma regra aplicável ao caso (ensejando o conflito entre cânones interpretativos). Nenhum desses possíveis cenários se enquadra na ideia de caso fácil porque não existe uma regra clara e pertinente ao caso concreto à disposição do juiz. Quando as regras, tomadas abstratamente ou no momento de aplicação,

não são capazes de resolver satisfatoriamente um caso concreto, então surge um caso difícil ou insólito (Struchiner, 2005, p. 15). Nesses casos, o juiz não pode solucionar o problema sem se valer de elementos que extrapolam o direito.

Nessa acepção ampla, os casos difíceis são aqueles casos ligados à noção de indeterminação e para os quais não existe uma única solução correta, ou os casos diante dos quais qualificados juristas estão em desacordo sobre como eles devem ser resolvidos (Struchiner, 2005, p. 121). Com pequenas variações, essa é a mesma acepção que se encontra na academia do direito no Brasil. Por exemplo, autores como Luís Roberto Barroso sustentam que os casos difíceis são aqueles para os quais “não há uma formulação simples e objetiva a ser colhida no ordenamento, sendo necessária a atuação subjetiva do intérprete e a realização de escolhas, com eventual emprego da discricionariedade” (Barroso, 2005, 22, nota nº 34).

Visto isso, é necessário que circunscrevamos a noção de caso difícil aqui analisada a uma espécie particular. Embora haja controvérsia na identificação de quais são os limites do domínio da moralidade, é concebível a existência de uma espécie particular de caso difícil: o caso difícil moralmente carregado. Alguns exemplos de casos difíceis moralmente carregados palpitantes e bastante conhecidos da literatura do direito são listados a seguir: é a eutanásia uma prática admitida no direito brasileiro? E quanto à ortotanásia? É possível que o direito criminalize o aborto? E em qualquer circunstância? E quanto aos fetos anencéfalos? O que justifica e quais são os limites da política de ação afirmativa? Até que ponto o estado pode criar e exigir tributos com a finalidade de transferir renda e reduzir as desigualdades sociais? Quais são os limites da liberdade de expressão diante dos direitos da personalidade? É possível conduzir uma passeata em prol da legalização das drogas? E a publicação de um livro veiculando mensagem discriminatória? Pode um pai ser condenado por não ter desenvolvido relação afetiva com o filho?

Todas essas perguntas têm como pano de fundo uma série de questões que gravitam em torno do domínio da moralidade, o que leva o debate ao seguinte problema: como os juízes solucionam esses casos difíceis do direito que inequivocamente envolvem dilemas morais? Esse é o assunto a ser discutido no próximo tópico.

4. Os casos difíceis do direito e o modelo sócio-intuicionista de Jonathan Haidt

Recapitulando, o movimento do realismo jurídico norte-americano deixou como legado a tentativa de investigação de como os juízes tomam, de fato, decisões judiciais. Abordamos as críticas ao movimento realista e acompanhamos a opinião de Frederick Schauer no sentido de decompormos a tese central do realismo jurídico a uma hipótese de duas partes, que, por razões teóricas e conceituais, circunscrevemos aos chamados casos difíceis do direito. Em seguida, refinamos ainda mais nosso escopo de investigação ao trabalharmos com a ideia de casos difíceis moralmente carregados⁶. Até aqui expusemos o pano de fundo

⁶ Conforme foi visto, adotamos aqui uma visão moderada, compatível com o realismo jurídico domesticado. Nosso argumento fica restringido aos casos difíceis moralmente carregados. Acreditamos, assim como Hart, que nem todos os casos são difíceis (Struchiner, 2011). Entretanto, alguns poderiam avançar um argumento mais radical, segundo o qual todo caso é atualmente ou potencialmente moralmente carregado. Defensores da constitucionalização do direito sustentam que todas as decisões jurídicas devem passar por um filtro constitucional e entendem que este é formado pelos princípios fundamentais, como, por exemplo, o da dignidade da pessoa humana. A existência de uma constituição que incorpora princípios moralmente carregados e, em função disso, altamente vagos e contestados, acrescida de uma atitude generalizada no sentido de recorrer sempre a esses princípios para resolver casos jurídicos, pode conduzir a essa leitura mais radicalizada onde todo caso passa a ser potencialmente um caso difícil. Para aqueles que defendem essa posição, nossos argumentos são ainda mais relevantes. Na medida em que todo caso é potencialmente um caso difícil do ponto de vista moral, uma teoria sobre

para a discussão de caráter empírico-descritivo que pretendemos apresentar. Já é possível avançar.

Ao situarmos o problema da tomada de decisão judicial no contexto dos casos difíceis do direito moralmente carregados temos a intenção de tratar de um tipo específico de prática social. Referimo-nos à realização de juízos morais no contexto dos julgamentos judiciais, algo que não deve surpreender quem costuma acompanhar a pauta do Supremo Tribunal Federal, que se vê chamado a decidir questões tratando de pesquisas com células-tronco (ADI 3.510), antecipação terapêutica de parto de fetos anencefálicos (ADPF 54), igualdade racial (RE 597.285), liberdade de expressão (HC 83.996), de informação (ADPF 130) e de reunião (ADPF 187), etc. Como visto acima, nos casos difíceis moralmente carregados o juiz não encontrará material jurídico apto a servir, por si só, como guia da tomada de decisão. Parece que nesses casos a decisão inexoravelmente será tomada a partir de algum material extrajurídico: um juízo moral⁷.

Julgamentos morais fazem parte da prática da moralidade cotidiana e da prática judicial. As pessoas avaliam constantemente a conduta alheia, condecorando-a (aquele que cumpre uma promessa, aquele que protege os mais fracos, aquele que ajuda os necessitados etc.) ou condenando-a (o traidor numa relação conjugal, a pessoa que revela um segredo que deveria guardar, o agente público que recebe propina, etc.), classificando-a como

como juízes de fato lidam com esses casos descreve não só o que acontece em certas situações especiais e isoladas, mas aquilo que é típico e característico do direito.

⁷ É verdade que um jusnaturalista mais tradicional ou um jusfilósofo como Ronald Dworkin afirmariam que o domínio da filosofia moral entraria em cena para fornecer aos juízes materiais que eles consideram jurídicos, ou seja, próprios do direito. Nesse sentido, a decisão judicial não recorreria a critérios extrajurídicos. Não obstante, veja que o famoso debate jusnaturalismo *versus* positivismo jurídico não tem qualquer influência no argumento ligado à investigação da psicologia da decisão judicial em si. Portanto, um leitor partidário do jusnaturalismo pode continuar lendo o texto fazendo as adaptações que considerar relevantes para adequá-lo à sua teoria.

boa ou má, como justa ou injusta, como correta ou incorreta. Todas as pessoas realizam julgamentos morais, inclusive juízes, mas como?

Até o final do século XIX, esse tipo de assunto era objeto de especulações filosóficas divididas entre as abordagens racionalistas e emotivistas. Para a abordagem racionalista os julgamentos morais seriam obra da razão humana, da capacidade de deliberar a partir de certos dados e chegar a certas conclusões mediante um processo controlado de inferência. Kant afirma na *Fundamentação da metafísica dos costumes* que os conceitos morais se originam inteiramente da razão, não podendo ser abstraídos do que seja empírico e, portanto, do que seja meramente contingente (Kant, 1998, p. 23). Logo, para determinar o *status* moral de uma ação é necessário refletir sobre a situação provocadora do dilema moral a partir do imperativo categórico e decidir, em um processo controlado de inferência, se a ação cogitada pode ser universalizável (Korsgaard, 1998, pp. VII-XXX, especialmente p. XXI). De outro lado, a linha emotivista propunha que os julgamentos morais seriam guiados por emoções, por sentimentos morais. David Hume talvez seja o mais conhecido defensor dessa visão e em seu *Tratado sobre a natureza humana* afirmou que a moralidade não é descoberta pela razão, mas apreendida por uma sensação ou sentimento (Hume, 1960 [1739-1740], p. 470). Para Hume, a razão não seria mais do que uma escrava das paixões (HUME, 1960 [1739-1740], p. 415).

Com o surgimento do primeiro laboratório de psicologia experimental e a criação de cadeiras independentes nas universidades no final do século XIX, deu-se a separação formal entre filosofia e psicologia (Mandler, 2007, p. 7). No início do século XX, a psicologia experimental norte-americana deu origem ao movimento behaviorista, que propôs uma nova definição de psicologia como a ciência do comportamento sob o argumento de que os eventos mentais não eram passíveis de observação. Dessa forma, a psicologia poderia se tornar uma ciência objetiva

baseada em leis científicas do comportamento (Miller, 2003, p. 141). O movimento foi influenciado pelos trabalhos de John B. Watson (1878-1958) e Burrhus Frederic Skinner (1904-1990) e afastou do campo de pesquisa conceitos como mente, percepção, memória, inteligência, em favor de outros que pudessem se reportar a fenômenos passíveis de observação objetiva. Como esclarece Brian Leiter (Leiter, 2005, pp. 50-51), foi nesse contexto que alguns partidários do realismo jurídico norte-americano, influenciados pelo behaviorismo de Watson, tentaram explicar o comportamento judicial em termos de *estímulos* e *respostas*. A ideia era investigar que tipos de cenários fáticos (estímulos) ensejariam certas respostas (decisões judiciais).

No entanto, no início da década de 1950 o movimento behaviorista começou a apresentar sinais de que não tinha como construir uma ciência do comportamento humano que dispensasse o estudo da mente. Insatisfeitos com a direção das pesquisas da época, alguns filósofos, intelectuais e psicólogos como Noam Chomsky, George A. Miller e Jerry Bruner construíram uma rota alternativa que reintroduziu a mente nos estudos da psicologia. Como havia relutância no emprego de expressões ligadas à mente, esses pesquisadores decidiram empregar o termo *cognição* (Miller, 2003, p. 142). Os diferentes pesquisadores que se uniram na década de 1950 para promover o estudo interdisciplinar do fenômeno da cognição humana inauguraram o domínio hoje conhecido como “ciências cognitivas”, cujo objetivo compartilhado seria a descoberta das capacidades representacionais e computacionais da mente humana e sua realização estrutural e funcional na mente (Miller, 2003, p. 144).

Dentro desse contexto, o embate até então filosófico entre racionalistas e emotivistas adquiriu sua roupagem psicológica no final da década de 1950 com o surgimento do modelo cognitivo-desenvolvimentista de julgamento moral concebido por Lawrence Kohlberg (Greene e Haidt, 2003, p. 517; Kohlberg e Hersch, 1977). Trata-se de um modelo ancorado na primazia

do raciocínio consciente e controlado no julgamento moral e na constatação de que a forma como o indivíduo lida com dilemas morais varia de maneira gradativa conforme o desenvolvimento de suas habilidades cognitivas, passando por seis estágios da infância à maturidade. O processo de raciocínio moral de crianças seria tipicamente egoísta, mas ao aprenderem a enxergar os problemas a partir da perspectiva de outros (especialmente pelo surgimento de certas oportunidades sociais), começariam a tomar decisões menos egocêntricas, desenvolvendo níveis mais avançados de raciocínio moral.

Não obstante, o embate entre racionalismo e emotivismo continuou sendo impulsionado por novas evidências e teorias. Como esclarecem Joshua D. Greene e Jonathan Haidt, à medida em que a revolução cognitiva amadureceu na década de 1980, muitos pesquisadores passaram a apontar a necessidade de uma “revolução afetiva”, tendo em vista a necessidade de explorar a importância das emoções morais no julgamento moral (Greene e Haidt, 2003, p. 517). A partir da década de 1990, essa revolução afetiva obteve o reforço das pesquisas ligadas aos processos automáticos, isto é, a capacidade da mente de processar informações e resolver diversos problemas de maneira automática e inconsciente. Inserido nesse contexto de mudanças e amparado em contribuições da antropologia, da primatologia e da psicologia evolutiva, Jonathan Haidt publicou em 2001 o artigo “*The emotional dog and its rational tail: a social intuitionist approach to moral judgment*” tentando apresentar uma alternativa ao programa de pesquisa que seguiu a partir do modelo cognitivo-desenvolvimentista.

O modelo sócio-intuicionista tem como pressuposto o reconhecimento de que o cérebro humano é organizado em módulos, isto é, em unidades funcionais relativamente independentes que trabalham paralelamente (Gazzaniga, 1985, p. 4). Módulos mentais são sistemas que processam informações (*input*) e oferecem respostas (*outputs*) rápidas e automáticas diante de certas

pistas ou gatilhos situacionais ou ambientais. No domínio das ciências cognitivas, prevalece a visão de que o pensamento e julgamento são operados por sistemas distintos às vezes chamados de implícito e explícito, intuitivo e deliberativo, ou sistema 1 e sistema 2 (Evans, 2003; Stanovich, 2010; Cushman, Young e Greene, 2010).

O sistema intuitivo não é propriamente um único sistema, mas um conjunto de subsistemas que operam com certa autonomia (Evans, 2003, p. 454). Dentro desse sistema estão inseridos programas inatos de comportamentos instintivos. Tarefas importantes como reconhecimento facial, propriocepção, percepção de profundidade visual, resolução de ambiguidades linguísticas etc. são desempenhadas por esse sistema (Stanovich, 2010, p. 128). O sistema intuitivo é automático e se caracteriza por operar rapidamente, sem esforço, de maneira não intencional, e inconsciente. Apenas seu produto final chega ao nível da consciência (Evans, 2003, p. 454).

O sistema deliberativo é relativamente lento, esforçado, intencional, controlável e consciente. Seu uso demanda atenção, e atenção é um recurso limitado. Uma das principais funções do sistema deliberativo é passar por cima do sistema intuitivo e de suas desvantagens. Também é o sistema deliberativo que viabiliza o pensamento “abstrato-hipotético” (Evans, 2003, p. 454), permitindo ao ser humano dar sentido ao mundo físico por meio do raciocínio e da tentativa de descobrir a verdade. Mas o sistema 2 também tem a função de operar como “porta-voz” do sistema 1, construindo justificativas para comportamentos cuja causação não chega à consciência.

Essas informações são relevantes porque o modelo sócio-intuicionista sugere que os julgamentos morais são o resultado da interação entre os sistemas 1 e 2. O modelo sócio-intuicionista inaugurado por Jonathan Haidt sugere que os julgamentos morais são causados por rápidas intuições morais (sistema 1), e seguidas, quando necessário, de detida argumentação moral racional

(sistema 2). Essa argumentação racional surge quando as pessoas buscam teorias plausíveis do porquê de terem feito o que fizeram, recorrendo primeiro a um conjunto de explicações comportamentais culturalmente ofertadas. O modelo reconhece a importância das interações sociais na prática da moralidade, bem como o papel da razão no processo de julgamento moral (os elos do julgamento fundamentado e da reflexão em contexto privado dão conta dessa dimensão – elos 5 e 6), mas a ela atribui importância reduzida (Haidt, 2001, pp. 818-820; e Damasio, 2005, p. 53).

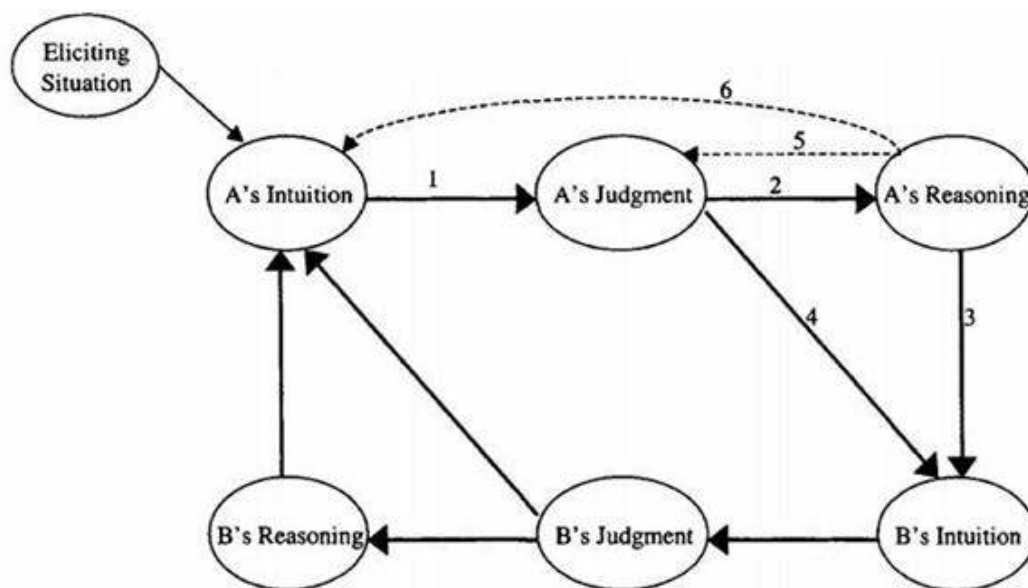


Figure 2. The social intuitionist model of moral judgment. The numbered links, drawn for Person A only, are (1) the intuitive judgment link, (2) the post hoc reasoning link, (3) the reasoned persuasion link, and (4) the social persuasion link. Two additional links are hypothesized to occur less frequently: (5) the reasoned judgment link and (6) the private reflection link.

Figura 1: extraída de HAIDT, 2001: 815.

O fluxograma na figura 1 representa o modelo de julgamento moral e seus elos. Os dois primeiros elos são pessoais, individuais. O fluxograma se inicia com a ocorrência de uma situação provocadora que engatilha o elo do julgamento intuitivo. De acordo com Haidt e Bjorklund⁸, intuição moral é o súbito aparecimento na consciência, ou na margem da consciência, de

⁸ Haidt e Bjorklund modificaram a definição de intuição moral a partir de crítica e sugestão formuladas por Walter Sinnott-Armstrong. Ver Haidt e Bjorklund, 2008, pp. 188 e 217.

um sentimento avaliativo (gosto-desgosto; bom-mau) sobre o caráter ou ações de uma pessoa, sem qualquer consciência de se ter passado pelos passos da busca e balanceamento de evidências, ou pela inferência controlada de uma conclusão (Haidt e Bjorklund, 2008, p. 188). Trata-se de atividade desempenhada pelo sistema 1: rápida, automática e inconsciente.

O primeiro elo conecta os flashes de intuição com os julgamentos morais conscientes. De acordo com Haidt e Bjorklund (2008, p. 188), julgamento moral é a experiência consciente de uma condenação ou condecoração incluindo uma crença na correção ou incorreção da conduta. Por exemplo, é o momento em que um juiz afirma “Isto é errado!” ou “Isto é correto!”, após se deparar com o pedido de autorização para a realização de antecipação terapêutica de feto anencefálico; ou em que afirma “Isto é obsceno!” ou “Não há nada de errado nisto!”, após analisar o pedido de liberdade formulado por renomado diretor teatral que arriara as calças em protesto contra a plateia insatisfeita com a peça. Esse tipo de experiência na consciência de uma condenação ou condecoração, incluindo a crença em sua correção, é o resultado da progressão entre intuição e julgamento moral. Essa progressão não é inevitável, pois é possível que a pessoa resista ou bloqueie certas intuições com base em valores que adote (Haidt e Bjorklund, 2008, p. 188).

A percepção de que grande parte da prática da moralidade é conduzida pelo sistema 1 começou a ser desenvolvida no início dos anos 1990. Em 1993 Jonathan Haidt conduziu uma pesquisa em parceria com pesquisadores brasileiros para analisar a reação de brasileiros e americanos a histórias contendo tabus inofensivos, ou seja, que não envolviam danos aos personagens (Haidt e Bjorklund, 2008, pp. 196-198). As pessoas participaram de entrevistas em que foram formuladas as perguntas: i) é errado comer um animal de estimação que foi morto em um acidente? ii) é errado limpar uma privada com a bandeira nacional? iii) é errado usar a carcaça de uma galinha morta para se masturbar e depois cozinhá-la para consumo próprio?

Os resultados da pesquisa revelaram que os adultos de classe alta consideravam que, embora estranhos ou nojentos, esses tabus inofensivos não constituíam uma imoralidade. Já os adultos de classe baixa consideravam que essas ações eram universalmente imorais. Haidt observou que a maioria dos participantes afirmou que essas ações eram universalmente erradas mesmo diante da informação de que ninguém seria lesado. Pressionadas a justificar suas respostas, as pessoas gaguejavam, riam e se mostravam surpresas diante da incapacidade de encontrar razões que dessem suporte ao julgamento moral. Enfim, as pessoas afirmavam: “não sei porque, mas é simplesmente errado fazer sexo com uma galinha” (Haidt, 2001, p. 817, tradução livre).

Outra pesquisa relevante que documenta evidência convergente à ideia dos julgamentos morais automáticos foi conduzida em 2000. Novamente foi arquitetado um “tabu inofensivo” narrado da seguinte forma (Haidt, 2001, p. 814):

Julie e Mark são irmãos. Eles estão viajando juntos na França, durante as férias de verão da faculdade. Uma noite, eles estão hospedados sozinhos em uma cabana perto da praia. Eles decidem que seria interessante e divertido se eles tentassem fazer amor. No mínimo, seria uma nova experiência para cada um deles. Julie já estava tomando pílula anticoncepcional, mas Mark também faz uso de um preservativo por segurança. Ambos curtem fazer amor, mas resolvem não fazer novamente. Eles resolvem manter aquela noite em segredo; um segredo especial que faz com que se sintam ainda mais próximos um do outro. O que você pensa sobre isso? Você acha OK eles terem feito amor?

Assim como na pesquisa conduzida em 1993, a reação das pessoas à estória fictícia de Julie e Mark trouxe dados interessantes: a maioria delas afirmou automaticamente que a prática de sexo por Julie e Mark era moralmente condenável. Pressionadas

a justificar suas respostas, muitas recorreram a argumentos que já haviam sido explicitamente rechaçados como possibilidades na vinheta apresentada: a possibilidade de gravidez e o nascimento de uma criança com problemas genéticos (mas duas formas de controle estavam sendo usadas: pílula e preservativo); a possibilidade de outros ficarem sabendo e as repercussões sociais negativas disso (mas Mark e Julie resolveram manter aquela noite em segredo); a possibilidade de se afastarem como amigos (mas o segredo fez com que se sentissem ainda mais próximos e amigos). Quando o responsável por conduzir o experimento insistia e demonstrava que aquelas razões não eram válidas, as pessoas culminaram com uma afirmação parecida com a apontada acima: “Eu não sei. Não posso explicar. Eu apenas sei que é errado” (Haidt, 2001, p. 814). Uma vez mais as pessoas emudeceram, ficaram estupefatas⁹, o que levou Haidt a questionar a proposta racionalista de explicação dos julgamentos morais: “que modelo de julgamento moral admite a possibilidade de alguém saber que algo é errado sem saber o porquê?” (Haidt, 2001, *idem*).

Essas pesquisas revelaram que, embora as pessoas se engajem em genuíno raciocínio moral, muitas vezes elas tomam decisões morais intuitivas e em seguida tentam construir uma justificativa socialmente aceitável. Mesmo depois de os pesquisadores esclarecerem que Julie e Mark estavam tomando todas as precauções necessárias para evitar o risco de gravidez indesejada e que eles não sofreram dano psicológico ou quaisquer outras espécies de dano, poucas pessoas mudavam de opinião. As que não mudaram, permaneceram sem saber a razão.

Em outra série de experimentos, Haidt e seus colaboradores desejavam testar a previsão de que o elo do julgamento intuitivo seria capaz de causar diretamente, ou ao menos influenciar o julgamento moral (Haidt e Bjorklund, 2008, p. 198). Um expe-

⁹ Haidt chama esse estado no qual a pessoa permanece firme em suas convicções morais mesmo quando incapaz de justificá-las de “estupefação moral” (*moral dumbfounding*).

rimento interessante consistiu na indução por hipnose do acionamento de um flash de nojo toda vez que fossem afirmadas duas palavras neutras “levar” e “frequentemente”, cada uma delas atribuída a um grupo diferente de pessoas. Uma das histórias apresentadas aos grupos de voluntários era moralmente neutra e não continha qualquer tipo de ofensa a terceiros. Como não havia qualquer violação ou ofensa envolvida na história, os pesquisadores esperavam que as pessoas fossem capazes de superar seus sentimentos de nojo. Veja-se a vinheta apresentada aos voluntários:

Dan é um representante do conselho de alunos em sua escola. Esse semestre, ele ficou responsável pelo agendamento das discussões sobre assuntos acadêmicos. Ele [tenta levar] <frequentemente escolhe> temas que são atraentes tanto para os professores quanto para os alunos para estimular as discussões (Haidt e Bjorklund, 2008, p. 198).

Curiosamente, um terço de todos os voluntários que se depararam com o gatilho (*levar* ou *frequentemente*) fizeram julgamentos mais severos. Muitos dos participantes ainda chegaram a forjar razões de terem feito o julgamento moral. Um deles afirmou “*it just seems like he’s up to something*” (“simplesmente parece que ele está aprontando alguma coisa”). Outro escreveu que Dan parecia ser um “*popularity seeking snob*”, algo como um esnobe que almeja popularidade (Haidt e Bjorklund, 2008, p. 199). Para Haidt e seus colaboradores, esses casos consistem em exemplos claros de como a razão é escrava da paixão, tal como sugeriu David Hume. Mais importante, essa pesquisa revela que a previsão feita sobre o funcionamento do primeiro elo do modelo (o elo do julgamento intuitivo) parece acertada: se fatores irrelevantes entram no processo causal de tomada de decisão moral, é porque a razão não está desempenhando o papel que dela comumente se espera; e isso porque na maioria das vezes não é a razão que comanda esse processo.

Com muita frequência as pessoas sentem necessidade de justificar seus julgamentos morais para si mesmas, mas mais frequentemente ainda, a justificação se mostra necessária quando estão interagindo no campo social. Juízes, por sua vez, são obrigados a justificar seus julgamentos morais nos casos difíceis do direito. Mas em que consiste essa atividade de justificação? Será que consiste na busca pelas reais causas que as levaram a expressar um julgamento moral? Mais importante: será que esses antecedentes podem ser acessados? Embasados em tradicional repertório de pesquisas no campo do raciocínio e da tomada de decisão, Haidt e Bjorklund sustentam que esse tipo de informação (aquilo que causa o julgamento moral) não pode ser diretamente acessado por meio de raciocínio mental. O elo do raciocínio *post hoc* descreve o raciocínio moral como um processo esforçado no qual uma pessoa busca argumentos que darão suporte ao julgamento já alcançado. É o momento em que juízes buscarão razões para justificar o julgamento “isto é errado!” ou “isto é correto!”, no exemplo da antecipação terapêutica de feto anencefálico; ou para justificar o julgamento “isto é obsceno!” ou “não há nada de errado nisto!”, no exemplo do diretor teatral. Trata-se de atividade desempenhada pelo sistema 2: lenta, controlada e consciente.

O terceiro e quarto elos representam a dimensão social da prática da moralidade. O terceiro elo, chamado elo da persuasão racional, diz respeito à prática da moralidade veiculada por meio da linguagem. Nesse contexto, Haidt e Bjorklund sustentam que a linguagem consistiria em uma ferramenta voltada a ajudar as pessoas a rastrearem a reputação alheia e a manipulá-las ao reforçar a reputação de outra pessoa (Haidt e Bjorklund, 2008, pp. 190-191). São situações em que as pessoas assumem firmes posições a favor de um lado, seja porque tiveram uma resposta intuitiva ou emocional à questão, seja porque têm interesse pessoal em jogo. Nesse cenário, o raciocínio moral consciente e verbal opera com a finalidade de argumentar em favor de um lado da questão (Haidt e Bjorklund, 2008, p. 191). Essa argumentação não se dá neces-

sariamente e apenas por meio da exposição de razões lógicas. Na realidade, as razões que as pessoas fornecem às outras poderiam ser vistas como tentativas de acionar novas intuições. Segundo Haidt, como posições morais sempre possuem um componente afetivo, a hipótese que prepondera é a de que esse elo funciona, na maior parte do tempo, não por meio de argumentos lógicos que compelem o assentimento racional, mas sim por meio de uma retórica afetiva capaz de influenciar diretamente as intuições. É o momento em que juízes e seus colegas interagem socialmente e compartilham suas opiniões por meio da apresentação de “argumentos” acerca da moralidade ou imoralidade de certas condutas (por exemplo, a prática de antecipação terapêutica de fetos anencefálicos; ou o fato de o diretor teatral arriar as calças em protesto contra a plateia insatisfeita com a peça)¹⁰.

O quarto elo do modelo, chamado elo da persuasão social, decorre do reconhecimento de que também há “meios de persuasão que não envolvem fornecer razões de qualquer tipo” (Haidt e Bjorklund, 2008, p. 192). O modelo sócio-intuicionista reconhece que existem processos automáticos e inconscientes que podem influenciar as pessoas. Referindo-se a uma das mais importantes contribuições intelectuais da psicologia social, os autores enfatizam o poder que as situações sociais¹¹ têm sobre

¹⁰ Juízes frequentemente elaboram argumentos retóricos recorrendo a subterfúgios ornamentais que mascaram a necessidade da produção de verdadeiros argumentos lógicos, mas ao mesmo tempo são mantras que todos gostam de ouvir e, portanto, capazes de gerar a persuasão. Não é incomum juízes invocarem noções como dignidade da pessoa humana, moralidade, liberdade e outras para defenderem suas respectivas posições, mas sem construir verdadeiros argumentos a favor delas. Como exemplos característicos desse tipo de prática indicamos os votos dos ministros Luiz Fux e José Delgado no Mandado de Segurança n.º 8.895-DF, relatado pela Min. Eliana Calmon e julgado pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça em 22/10/2003 (DJ 07/06/2004).

¹¹ A expressão aqui empregada remete diretamente ao situacionismo, conceito representativo da principal contribuição intelectual trazida pela psicologia social, conforme esclarece Susan Fiske: “A psicologia social argumenta a favor da importância da frequentemente negligenciada situação social. (...) O com-

as crenças, atitudes ou comportamentos das pessoas. Muitas dessas situações ensejam a persuasão por meio de processos não verbais. Haidt e Bjorklund afirmam que esse tipo de persuasão se dá especialmente nas situações em que há ambiguidade acerca do que ocorre: “as pessoas olham para as outras para obter ajuda sobre como interpretar o que está acontecendo e o que devem pensar sobre o que está acontecendo” (Haidt e Bjorklund, 2008, p. 192). Portanto, o quarto elo representa o poder da persuasão social: porque as pessoas estão altamente sintonizadas com o surgimento de normas num grupo, o modelo sugere que o mero fato de um amigo, aliado, ou conhecido ter feito um julgamento moral exerce influência direta em outros, até mesmo quando a persuasão fundamentada não é usada¹².

Esses quatro elos compõem o chamado núcleo do modelo. O núcleo do modelo dá um papel causal ao raciocínio moral no julgamento moral, mas apenas quando ocorre entre as pessoas (Haidt e Bjorklund, 2008, p. 193). Haidt especula que as pessoas raramente ultrapassam privativamente suas intuições iniciais porque o raciocínio raramente é usado para questionar suas próprias crenças e atitudes. No entanto, Haidt admite que as pessoas são capazes de se engajar em raciocínio moral privativo, razão pela qual o modelo incorpora duas formas pelas quais o raciocínio moral privativo pode moldar os julgamentos morais: o elo do julgamento fundamentado (quinto elo) e o elo da reflexão em contexto privado (sexto elo).

portamento social é, de uma maneira mais arrebatadora do que é imaginado, uma resposta ao contexto social da pessoa e não uma função de sua personalidade individual. (...) O situacionismo, uma premissa impressionantemente simples, abre uma série de ideias que são raramente percebidas. Ele permite contrastar *insights* da psicologia social com a maneira pela qual as pessoas comumente explicam seus comportamentos e de terceiros” (Fiske, 2010, p. 7).

¹² Ver os experimentos clássicos de Solomon Asch sobre conformidade, facilmente encontrados em qualquer busca na internet. Tais pesquisas e aquelas que vieram posteriormente geram implicações significativas para a compreensão de ambientes coletivos de tomada de decisão, inclusive nos casos difíceis do direito (no júri e nos tribunais colegiados).

O elo do julgamento fundamentado descreve o fato de que há casos em que o raciocínio moral é verdadeiramente causal, um produto do sistema 2. Neles, as pessoas podem se encaminhar deliberadamente pela força da lógica rumo a uma decisão que ultrapasse suas intuições iniciais. Lembre que os autores reconhecem ser possível que a pessoa resista ou bloqueie certas intuições com base em valores que adote (2008, p. 188). É o que se daria no caso de um juiz que tivesse uma inclinação inicial a favor ou contra a antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico mas, lembrando-se de seu juramento de imparcialidade e de independência funcional, resistisse ao impulso de abraçar essa intuição e procedesse a uma investigação das razões favoráveis e contrárias às conclusões possíveis. Ao realizar um julgamento moral a partir do raciocínio deliberado, esse juiz se enquadraria na prática descrita no quinto elo do modelo. O elo do julgamento fundamentado surge como uma explicação dessas situações que Haidt acredita que sejam raras, ocorrendo precipuamente quando a intuição inicial for fraca e a capacidade de processamento for elevada (Haidt e Bjorklund, 2008, pp. 193-194)¹³.

Por fim, o elo da reflexão em contexto privado sugere que as pessoas podem acionar novas intuições ou modificar as já existentes por meio da reflexão em torno de um problema. Um de seus principais mecanismos consiste na chamada adoção da perspectiva do outro (*role-taking*), que possibilita que uma pessoa enxergue um problema a partir de diferentes pontos de vista e lide com intuições que competem entre si (Haidt e Bjorklund, 2008, pp. 194). Aqui tem-se a situação em que o juiz tenta se colocar na posição das diferentes perspectivas existentes acerca da questão da antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico ou do fato de o diretor teatral arriar as calças em protesto contra

¹³ No presente artigo, estamos apostando no modelo sócio-intuicionista de Haidt, que defende a primazia dos quarto primeiros elos, para explicar e descrever o que acontece nos casos difíceis moralmente carregados justamente porque entendemos que nesses casos as intuições são demasiadamente fortes e a capacidade de processamento dos julgadores não é particularmente alta.

a plateia insatisfeita com a peça. Em assim agindo, esse juiz potencialmente acionaria novas intuições (novos sentimentos avaliativos) ou modificaria suas próprias intuições a respeito do caso. Todavia, nem mesmo esse mecanismo pode ser considerado uma atividade reflexiva pura, sem qualquer componente intuitivo em si mesmo. Embasando-se no trabalho do neurocientista Antonio Damasio (Damasio, 2006), que identificou que uma importante parte do pensamento racional e do processo de tomada de decisão depende das emoções e dos sentimentos, Haidt e Bjorklund sustentam que a adoção da perspectiva do outro é um mecanismo de reflexão em contexto privado que não prescinde de componentes intuitivos e afetivos para canalizar essa reflexão.

5. Implicações do modelo sócio-intuicionista

Essas informações parecem sugerir que os realistas estavam certos. O elo do julgamento intuitivo parece fornecer a base teórica e empírica à primeira parte da hipótese: pelo menos nos casos difíceis do direito moralmente carregados os juízes teriam uma inclinação para chegar a um determinado resultado antes de consultar os materiais jurídicos. Tomando-se a descrição do processo de julgamento moral sugerido pelo modelo sócio-intuicionista, é possível formular a hipótese de que as decisões judiciais nesses casos são tomadas da seguinte forma: ao se depararem com os elementos de uma demanda moralmente carregada, os juízes veriam surgir na consciência, ou na margem da consciência, um sentimento avaliativo sobre o caso como um todo, sem qualquer consciência de se ter passado pelas etapas de busca e balanceamento de evidências, ou pela inferência controlada de uma conclusão. Esse *flash* de intuição causaria a experiência na consciência de uma condenação ou condecoração de uma das partes incluindo uma crença na correção ou incorreção da decisão. Esse é o julgamento moral. Tudo acontece de maneira rápida e automática, precedendo à consulta dos materiais jurídicos.

Não pode ser descartada a possibilidade de o juiz conscientemente identificar o caso difícil moralmente carregado e se engajar na busca por uma solução a partir da superação deliberada de suas próprias intuições ou pelo acionamento de novas intuições ou pela modificação das já existentes. Esse parece ser um cenário propício à ocorrência de uma efetiva ponderação de interesses na forma como sugerida pela academia brasileira (Barcellos, 2005). No entanto, descobrir se eles realmente se engajam nesse tipo de deliberação descrita nos elos 5 e 6 é uma questão empírica. Acreditamos que diversas razões, como, por exemplo, o elevado volume de trabalho a que os juízes estão submetidos, dificultam o acionamento da deliberação moral descrita nos elos 5 e 6. Talvez seja mais provável que essas estratégias sejam adotadas pelos juízes em certos casos, deixando em aberto uma série de outros casos que são decididos por processos automáticos.

Uma vez tomada a decisão, o juiz sabe que não pode justificá-la para seu pares ou para a comunidade afirmando que um flash intuitivo e inconsciente o levou a tomar a decisão a favor ou contra às partes. A Constituição brasileira exige que o juiz apresente fundamentação construída a partir de materiais jurídicos existentes (art. 93, inciso IX). Portanto, a partir do momento em que o juiz ganha consciência da decisão moral e crê na sua correção, ele se vê diante da necessidade de justificá-la. Mas isso pode pressioná-lo a buscar no ordenamento jurídico o primeiro farrapo de norma que embase obliquamente a decisão tomada, o que leva à seguinte questão: que tipo de raciocínio é desenvolvido pelo juiz? Seria do tipo desenvolvido por um cientista na busca da verdade ou se aproximaria do tipo de raciocínio desenvolvido por um advogado que procura razões para defender o ponto de vista de seu cliente? Aqui há questões bastante delicadas que merecem melhor análise.

O segundo elo do modelo sócio-intuicionista sugere que os realistas jurídicos também neste ponto estavam certos: os materiais jurídicos aparecem nas sentenças como parte de racionalizações *post hoc* de decisões tomadas com base em outros elementos.

O raciocínio moral é uma atividade desempenhada pelo sistema 2 (lento, controlado e consciente) no qual uma pessoa busca argumentos que darão suporte ao julgamento já alcançado. Essa racionalização *post hoc* não representa uma busca na memória pelo processo cognitivo que causou seus comportamentos, porque tais processos raramente são acessíveis à consciência. O sistema 2 funcionaria como um porta-voz das decisões tomadas inconscientemente pelo sistema 1, mas não seria ele próprio o tomador de decisão. O sistema 2 seria o advogado do sistema 1, defendendo a intuição que foi gerada pelo processo automático.

Mas é preciso ir além. Essa racionalização é ainda mais problemática porque representa uma tentativa enviesada de racionalizar um ponto de vista específico. Aqui se insere o fenômeno do viés confirmatório, que consiste na inclinação involuntária que as pessoas têm ao angariar e lidar com evidência na deliberação ou argumentação para reforçar, de maneira inapropriada, hipóteses ou crenças cuja verdade está em questão (Nickerson, 1998, p. 175). Tratando “especificamente” do assunto no campo do direito, Haidt afirmou: “Entendo que o viés confirmatório está entre as ideias psicológicas mais importantes que deveriam ser ensinadas em uma faculdade de direito” (Haidt, 2013, p. 873).

No contexto da tomada de decisão judicial nos casos difíceis do direito moralmente carregados, o viés confirmatório entra em cena na forma como os juízes argumentarão em favor de um julgamento moral causado por uma intuição moral. E o problema é que, assim como qualquer pessoa, os juízes podem ter adquirido crenças a partir de fontes indignas de confiança, lançando-se num processo de reforçá-las indevidamente. Como lembram Sinnott-Armstrong, Young e Cushman, “...intuições morais não são confiáveis na medida em que fatores moralmente irrelevantes as afetam. (...). Apenas quando crenças surgem de maneiras mais respeitáveis é que têm uma boa chance de serem justificadas” (Sinnott-Armstrong, Young e Cushman, 2010, p. 247, tradução livre).

O viés confirmatório se manifesta por meio de certos mecanismos. Ziva Kunda (1990, p. 493) faz referência à busca enviesada de memória (*biased searching of memory*): a motivação afeta o raciocínio, mas o faz através de estratégias cognitivas para acessar, construir e avaliar crenças. A motivação funciona como um gatilho, um deflagrador do funcionamento dos processos cognitivos que levam à conclusão desejada (Kunda, 1990, p. 493). Assim, ao buscar razões para justificar a conclusão de que “o aborto de fetos anencefálicos é condenável”, o juiz acessaria apenas um conjunto de crenças e regras favoráveis à conclusão já alcançada intuitivamente. Ao elaborar a ideia, Ziva Kunda afirmou:

Eu já propus que quando alguém quer chegar a alguma conclusão em particular, então se sente obrigado a construir uma justificação para aquela conclusão que seria plausível para um observador imparcial. Ao fazer isso, a pessoa acessa somente um subconjunto enviesado das crenças e regras relevantes (Kunda, 1990, p. 493).

Raymond Nickerson (1998, p. 198) também menciona a tendência que as pessoas têm de angariar informação sobre apenas uma hipótese por vez; e ao fazê-lo, elas mostram a tendência de considerar apenas a possibilidade de ela ser verdadeira ou falsa, mas não de considerar ambas as possibilidades simultaneamente – circunstância que ensejaria maior cautela na fixação da crença em torno da hipótese. Tipicamente, há diversas hipóteses plausíveis para explicar certas observações (Nickerson, 1998, p. 177), mas a atenção direcionada a uma única hipótese acaba reforçando-a mesmo que seja falsa:

Uma hipótese incorreta pode estar suficientemente próxima de estar correta de tal maneira que recebe uma quantidade considerável de reforço positivo, o que pode ser tomado como evidência adicional da correção da hipótese em tela e inibir a busca continuada por uma alternativa (Nickerson, 1998, p. 177).

Outro mecanismo do viés confirmatório é o tratamento preferencial de evidências que dão suporte às crenças existentes (Nickerson, 1998, p. 178). As pessoas têm a tendência de dar mais peso às informações favoráveis do que àquelas desfavoráveis às suas crenças e opiniões. Isso é visto na tendência das pessoas de lembrar ou ser capaz de produzir razões favoráveis ao seu lado e de não lembrar ou ser incapaz de produzir razões desfavoráveis em torno de uma questão controvertida. Esse fenômeno já foi chamado de *my-side bias*.

Esses fenômenos se ligam à estratégia de teste positivo: as pessoas tendem a buscar exemplos ou dados que confirmem a hipótese em consideração. Muitas pessoas não entendem o conceito de falseamento. E o problema é que esse tipo de estratégia de teste positivo diminui as chances de se descobrir que uma hipótese incorreta é, de fato, incorreta. Ziva Kunda esclarece que esse tipo de mecanismo foi identificado na solução de problemas de lógica, na tentativa de descobrir regras governando a categorização de objetos, na avaliação de correlações, e, mais importante, na avaliação de pessoas (Kunda, 1990, p. 494). Assim, se um juiz intuitivamente considera que o aborto de fetos anencefálicos é moralmente condenável, buscará exemplos ou dados que confirmem a hipótese em consideração: vasculhará o repertório de materiais jurídicos, discussões filosóficas e evidências científicas que se alinhem a essa visão; e deixará de fazê-lo em relação ao repertório de materiais jurídicos, discussões filosóficas e evidências científicas que não se alinhem a essa visão.

Além disso, as ideias de *primacy effect* e *belief persistence* estão bem documentadas na psicologia. Nickerson explica que quando uma pessoa deve extrair uma conclusão a partir de informação adquirida e integrada no tempo, há maior chance de a informação adquirida anteriormente ter peso maior do que aquela adquirida posteriormente (Nickerson, 1998, p. 187). As pessoas antes formam uma opinião; as informações adquiridas em seguida são avaliadas de maneira enviesada. Esse é o resultado do *primacy*

effect. Uma vez que a opinião se forma ela se torna resistente à mudança, até mesmo diante de evidências irresistíveis de que está errada (*belief persistence*). Com isso, as pessoas se mostram mais inclinadas a questionar informações conflitantes com suas crenças preexistentes do que informações que com elas sejam consistentes (Nickerson, 1998, 187).

Isso talvez ajude a compreender a razão pela qual as pessoas não se esforçam adequadamente na análise de hipóteses e se satisfaçam com uma “epistemologia do faz-sentido” (*make-sense epistemology*). As pessoas pensam a respeito de uma situação apenas o necessário para dela “fazer sentido”. Nickerson cita o trabalho de Richard Nisbett e Lee Ross. Para eles, as pessoas investigam um problema até o ponto em que é descoberto um antecedente plausível que possa ser conectado com uma teoria em seus repertórios. Considerando a riqueza e diversidade desses repertórios, essa investigação será concluída rapidamente, iniciando-se um ciclo vicioso: a facilidade de encontrar uma explicação gera confiança na crença de que está correta; essa confiança faz com que a pessoa encerre a busca por uma explicação assim que a encontra; com isso, fecham-se as portas de busca por explicações não menos plausíveis.

Haidt esclarece que pesquisas sobre o viés confirmatório revelam que nem sempre as pessoas buscam confirmar sua hipótese inicial. “No entanto, tais demonstrações de busca pela verdade sempre envolvem hipóteses que o participante não precisa de defender” (Haidt, 2001, p. 821). Quando o problema envolve dilemas morais, problemas sensíveis, que tocam as opiniões fortes das pessoas, as evidências geralmente revelam viés e raciocínio motivado (Haidt, 2001, p. 821).

Não é difícil enxergar como essas descobertas se relacionam com o processo de tomada de decisão judicial no contexto dos casos difíceis do direito moralmente carregados. Como antecipamos acima, o fato de o juiz estar obrigado a decidir e a apresentar uma justificação para sua decisão pode pressioná-lo a buscar no ordenamento jurídico o primeiro farrapo de norma que embase

obliquamente a decisão tomada, contentando-se com a persuasão retórica tipicamente identificada pelo terceiro elo. Nesses casos, os realistas diriam que o juiz tomaria a decisão baseada em critérios extrajurídicos e, em seguida, a remeteria a uma norma suficientemente vaga prevista no ordenamento jurídico. Agora está bastante claro quais são os mecanismos psicológicos que operam por trás do que é visto no produto final.

Ao enfrentar um caso difícil moralmente carregado, a maioria dos juízes tomaria uma decisão automática causada por uma intuição moral; em seguida, seja por conta de uma falha cognitiva, seja por motivação, o juiz daria início a uma busca enviesada por algum tipo de material jurídico existente capaz de embasar com um mínimo de plausibilidade a decisão tomada. Embora no contexto da filosofia moral o exame e discussão dos dilemas revelem infindáveis polêmicas, o juiz tenderia a examinar o problema partindo da premissa de que sua solução está correta, reforçando essa crença assim que encontrasse algum material jurídico. Nesse momento, a busca seria encerrada porque a decisão “faria sentido”. A decisão tomada de maneira automática estaria enfim fundamentada.

Essas afirmações estão amparadas em amplo conjunto de evidências que convergem no sentido de que fatores irrelevantes entram no processo causal e interferem no julgamento moral. Alguns experimentos são bastante significativos. Por meio da manipulação de elementos estranhos, os pesquisadores conseguiram constatar que julgamentos morais são influenciados por fatores como a presença de um odor (Schnall, Haidt, Clore e Jordan, 2008), a percepção de um gosto/sabor (Eskine, Kacimik e Prinz, 2011), a presença ou ausência de contato físico com uma suposta vítima (Cushman, Young e Greene, 2010), a ordem de apresentação dos dilemas morais (Schwitzgebel e Cushman, 2012) e até mesmo pelas palavras empregadas na descrição desses dilemas (Sinnott-Armstrong, 2008).

A pesquisa conduzida por Eric Schwitzgebel e Fiery Cushman (2012) é emblemática por conta da categoria de pessoas que

foram convidadas a participar. Os autores conduziram experimento em que submeteram filósofos profissionais, acadêmicos (que não são filósofos), e profissionais de fora da academia a testes para avaliar em que medida estão sujeitos aos efeitos de ordem. Por efeitos de ordem se entendem as variações em julgamentos morais causadas em decorrência da manipulação de uma simples variável: a ordem de apresentação de mais de um dilema moral a ser julgado pelo participante do experimento.

Ordinariamente se poderia supor que filósofos formariam um grupo especial de pessoas altamente qualificadas imunes às manipulações de elementos moralmente irrelevantes nos dilemas morais que examinam. Filósofos são conhecidos pela forma cuidadosa com que lidam com questões, pela preocupação com a validade das inferências lógicas, com a higidez e clareza argumentativa. Dado o seu tipo de treinamento, filósofos estariam protegidos de vieses inconscientes e indesejados no seu campo de expertise. Como os autores apontam, alguns filósofos se descrevem como *experts* em raciocínio moral (Schwitzgebel e Cushman, 2012, p. 136). No entanto, Schwitzgebel e Cushman concluíram que filósofos altamente qualificados também estão sujeitos aos efeitos de ordem da apresentação de dilemas morais e no endosso de princípios morais. Na análise dos dados, Schwitzgebel e Cushman afirmaram:

Nossa análise não encontrou qualquer suporte para a ideia segundo a qual a *expertise* filosófica seja capaz de aumentar a estabilidade dos julgamentos morais contra os efeitos de ordem; ela sugere, contrariamente, que a *expertise* filosófica pode aumentar a racionalização *post-hoc* (Schwitzgebel e Cushman, 2012, p. 147).

Será que a ideia de *expertise* filosófica imunizante poderia ser transportada ao cenário do direito? Uma das características mais cultuadas do processo de recrutamento de juízes no Brasil é a realização de um concurso público de provas e títulos. Para ingres-

so na carreira, os candidatos passam por uma intensa preparação durante anos de estudo e se submetem a um rigoroso processo avaliativo das suas competências no campo do direito. Além do preparo técnico, o recrutamento por concurso público seria uma das principais formas de proteger a independência funcional dos juízes quando se compara o modelo brasileiro com o modelo de mandato eletivo para a função judicial. Será que o treinamento específico e a forma de recrutamento a que se submetem permitem que os juízes manifestem um grau maior de discernimento e consciência em torno de vieses inconscientes que entram em cena no processo de tomada de decisão?

Embora a questão formulada acima dependa de pesquisa empírica, em uma recente pesquisa em psicologia social (Danziger, Levav e Avnaim-Pesso, 2011) revelou-se que juízes experientes também estão sujeitos a distorções/vieses psicológicos inconscientes. Em *Extraneous factors in judicial decisions*, Shai Danziger, Jonathan Levav, e Liora Avnaim-Pesso analisaram 1.112 decisões proferidas no período de 10 meses por 8 juízes israelenses incumbidos de julgar pedidos de concessão de liberdade condicional formulados por presidiários. Após isolarem diversas variáveis (ex.: fatores como a origem, raça, cor e sexo do apenado) os autores concluíram que há maior probabilidade de uma decisão favorável ser proferida logo no início dos trabalhos ou após uma pausa para refeição. Dentre os critérios propriamente jurídicos de avaliação do pedido, apenas os antecedentes criminais e a existência de um programa de reabilitação consistente exerceram influência estatisticamente significativa nas decisões dos juízes.

De acordo com os pesquisadores, as evidências encontradas sugerem que os juízes revelam uma tendência crescente a decidir pela manutenção do *status quo* quando tomam decisões de maneira continuada. “Esta tendência pode ser superada ao se fazer uma pausa para um lanche, o que é consistente com pesquisas anteriores que demonstram o efeito de um curto repouso, humor positivo, e o reabastecimento dos recursos de glicose no cérebro”

(Danziger, Levav e Avnaim-Pesso, 2011, p. 6892). Embora não seja possível determinar o que exatamente influenciou a decisão dos juízes a ponto de interferir nos julgamentos, os resultados indicam que fatores estranhos podem influenciar decisões judiciais, reforçando o crescente conjunto de evidências que aponta à suscetibilidade de juízes experientes a distorções/vieses psicológicos (Danziger, Levav e Avnaim-Pesso, 2011, p. 6892).

A importante informação que se extrai dessa pesquisa é a mesma que foi extraída por Schwitzgebel e Cushman na pesquisa anterior: juízes experientes também são influenciados por fatores inconscientes e juridicamente irrelevantes no processo de tomada de decisão. Se os juízes às vezes não têm consciência daquilo que os leva a tomar certas decisões, então a justificação formalmente apresentada com roupagem jurídica não passará de racionalização *post hoc*. Na realidade, da mesma forma como foi identificado no universo filosófico, talvez a larga experiência com a toga transforme os juízes em experts em racionalização *post hoc*.

Essas discussões permitem retornar à questão da ponderação de interesses. Vimos acima que uma forma de explicar a psicologia da ponderação de interesses é enquadrá-la como uma instância de ocorrência dos elos 5 e 6 do modelo sócio-intuicionista. Nesse caso, a deliberação acerca do caso difícil moralmente carregado causa a decisão judicial. O problema surge quando se pensa nos processos automáticos e inconscientes de tomada de decisão judicial, tais como sugeridos nos elos do julgamento intuitivo e da persuasão social. Nesses casos, o 2º elo do modelo (racionalização *post hoc* marcada pelo raciocínio motivado) entra em cena e a psicologia da ponderação de interesses revela que a decisão é pré-dada, e a deliberação se apresenta como uma racionalização *post hoc*.

Quando se pensa nos casos difíceis do direito brasileiro e nas teorias normativas da tomada de decisão, alguns tópicos são recorrentemente citados: pós-positivismo, neoconstitucionalismo, distinção entre princípios e regras, ponderação de princípios,

dignidade humana, jurisprudência dos valores etc. Esses jargões são entendidos como o instrumental necessário para o enfrentamento e solução racional dos casos difíceis. Contudo, nada se diz sobre como os juízes tomam decisões, raciocinam e lidam de fato com dilemas morais, o que torna compreensível a incongruência havida entre as proposições normativas dessas teorias e aquilo que acontece na prática. Daí o desconforto criado em torno de como os juízes vêm tomando decisões e se valendo dos princípios, tal como observou Daniel Sarmento:

Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e das possibilidades de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entenderem por justiça –, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta ‘euforia’ com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulho com jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser (Sarmiento, 2006, p. 200).

6. Conclusões

O tema introduzido neste artigo descortina algumas questões interessantes, mas deixa mais perguntas do que respostas. Vimos que o movimento realista deixou como legado a tentativa de investigação de como os juízes tomam, de fato, decisões judiciais. Ao decompor a tese realista em uma hipótese de duas partes circunscrita aos chamados casos difíceis do direito moralmente carregados, tentamos deixar claro que nossa finalidade era bastante limitada. Esperamos ter ficado claro que a proposta

deste trabalho não foi apresentar um modelo empírico-descritivo abrangente que se estenda a toda e qualquer situação decisória. Na realidade, tínhamos a intenção de tratar de um tipo específico de prática social: a realização de juízos morais. Nessa prática social reside o ponto de conexão entre direito e ciências cognitivas e psicologia moral.

O modelo sócio-intuicionista, quando estendido para explicar a prática judicial nos casos difíceis, sugere a ideia de que os realistas norteamericanos estavam certos. Pelo menos nos casos difíceis do direito moralmente carregados os juízes teriam uma inclinação para chegar a um determinado resultado antes de consultar os materiais jurídicos. O elo do julgamento intuitivo parece fornecer a base teórica e empírica à primeira parte da hipótese realista. Além disso, o elo da racionalização *post hoc* sugere que os realistas jurídicos também estavam certos neste ponto: os materiais jurídicos aparecem nas sentenças como parte de racionalizações *post hoc* de decisões tomadas com base em outros elementos.

No entanto, há muitas perguntas em aberto. É preciso saber, por exemplo, se e em que medida o dever de imparcialidade e a garantia de independência funcional reduz as chances de juízes abraçarem suas intuições iniciais a respeito do caso concreto. É preciso saber se e em que medida o preparo e processo seletivo específico a que se submetem reduz as chances de juízes caírem no lugar-comum do raciocínio motivado e do viés confirmatório. É preciso saber se e em que medida juízes estão sujeitos aos mesmos vieses cognitivos que prejudicam o processamento de informação e a tomada de decisão, fato tão documentado na literatura da psicologia e das ciências cognitivas. Há muitas questões a serem investigadas.

Embora não tenhamos realizado uma investigação empírica sistemática, nossas hipóteses iniciais são céticas a respeito da existência de alguma imunidade ou blindagem especial dos juízes aos vieses cognitivos, pelo menos em relação aos casos difíceis moralmente carregados. É bem verdade que o modelo

sócio-intuicionista, principalmente em seu quinto elo (o elo do julgamento fundamentado) vislumbra a possibilidade dos julgamentos morais poderem ser fruto de um processo cuidadoso de avaliação da totalidade ou quase totalidade de razões pertinentes (tanto a favor quanto contrárias a uma determinada posição). Porém, devemos lembrar que, segundo Haidt, essas ocasiões são raras, acontecendo precipuamente quando as intuições iniciais são fracas e quando a capacidade de processamento do julgador é alta. Entendemos que nos casos difíceis moralmente carregados do direito as intuições são fortes e que as capacidades de processamento não são particularmente altas ou privilegiadas. Vejamos mais detalhadamente cada um desses componentes.

Em relação ao primeiro, afinal, quem não possui uma intuição forte sobre a correção moral ou não de aborto anencefálico, pesquisa com células tronco embrionárias, arriamento ou não das calças em público, a possibilidade de publicar um livro com teor discriminatório (apenas para ficar em algumas das questões que têm ocupado nosso judiciário)? Juízes possuem intuições fortes em relação a esses assuntos como qualquer outra pessoa e suas intuições também são automáticas e alcançadas por meio de um processo que eles dificilmente são capazes de reconstruir, já que acontecem fora da margem de consciência. Mais do que isso, vimos como essas intuições são suscetíveis a serem moldadas por fatores estranhos, como reações afetivas não confiáveis (ex: nojo), efeitos de ordem, o momento do dia em que a decisão é tomada, etc.

Em relação à capacidade de processamento dos julgadores, a mesma fica comprometida por uma série de razões diferentes. Vejamos uma lista não exaustiva delas. Em primeiro lugar, não temos boas razões para acreditar que a capacidade de processamento de um juiz de direito seja melhor do que a de qualquer outra categoria de pessoas, pelo menos nos casos difíceis moralmente carregados. Juízes são seres humanos como qualquer um. É verdade que juízes estudaram muito para realizarem seus concursos, mas, conforme falamos, o estudo é exclusivamente,

ou quase exclusivamente técnico-jurídico. Eles são treinados pelas faculdades de direito e pelos cursinhos preparatórios para terem competência no campo do direito, e não no campo da moralidade¹⁴. Os currículos das faculdades de direito são dominados pelas chamadas disciplinas dogmáticas, sendo poucos os cursos ofertados sobre filosofia moral. E nos cursinhos preparatórios, com que frequência vemos os professores falando sobre teorias normativas da moralidade, sobre ética aplicada ou sobre metaética? Em relação à prática dos juízes em raciocínio crítico, lógica formal e informal, a questão é ainda mais preocupante, já que a maior parte das faculdades de direito quase não fala sobre esses assuntos. Lá aprendemos a retórica própria do direito, a falar de forma pomposa e grandiloquente, a parecer persuasivos, mas não aprendemos a refletir de forma sistemática sobre o que faz um argumento um bom argumento, a diferença entre argumentos dedutivos e indutivos e suas respectivas formas de avaliação, como reconhecer falácias formais e informais, etc. De forma ainda mais significativa, vemos que mesmo aqueles que possuem um treinamento formal nessas áreas, os filósofos, incorrem de forma sistemática nos erros cognitivos mencionados. Lembrem do experimento de Cushman e Schwitzgebel, que demonstrou que especialistas em filosofia moral estavam sujeitos ao paradoxo dos efeitos de ordem e ao raciocínio motivado e viés confirmatório. Em suma, se filósofos estão propensos a erros no processamento de informações para a tomada de decisão, por que os juízes, que não possuem um treinamento especial nessas áreas, não estariam? Além dessas razões que dizem respeito à pessoa do juiz e sua formação, temos algumas outras de caráter mais institucional. Já falamos sobre a grande quantidade de casos que cada juiz precisa julgar, dificultando a sua capacidade de processamento, mas podemos mencionar outras. Se focamos no STF, por exemplo, vemos que as decisões para os casos di-

¹⁴ Para a nossa posição acerca das relações entre direito e moral na esfera da argumentação, ver: (Struchiner e Shecaira, 2012).

fíceis moralmente carregados são gigantescas e já vêm prontas, por escrito, para serem apresentadas na ocasião do julgamento. Cada ministro lê a sua decisão e o diálogo fica prejudicado, já que ônus e a dificuldade de alterarem as suas decisões já prontas é enorme. O desenho institucional simplesmente não promove o debate e o diálogo, sendo essas as condições, de acordo com Haidt, que teriam mais chances de melhorar o processamento de informações e evitar o raciocínio motivado e viés confirmatório. Pense, também, no desenho das audiências públicas. Sim, parece extremamente saudável para a democracia ouvir todos aqueles que podem ter informações relevantes para a tomada de decisão. Contudo, uma vez terminada a audiência pública, os ministros não precisam mais interagir com os especialistas que foram convidados para falar. As audiências públicas podem, na realidade, facilitar o processo de racionalização *post-hoc* dos ministros, que podem ser seletivos e escolherem aqueles relatos que sustentam a sua intuição prévia, ignorando aqueles que são contrários a elas. Além disso, se os juízes, posteriormente, no momento de construção de seus votos, interpretam ou usam de forma errada a explicação dada por alguém que falou na audiência pública (um cientista, por exemplo), não precisam prestar contas de seus erros. Os especialistas não têm a oportunidade de os interpelarem para dizer que sua ideia foi mal apropriada ou para dizer que o seu argumento simplesmente foi ignorado, enquanto as evidências apontavam para o fato de que a linha de arguição do juiz já estaria superada por evidências mais fortes que o juiz simplesmente deixou de lado. É claro que precisamos de uma solução para as questões que são levadas aos tribunais e as discussões não podem ser infundáveis, mas imagine o bem que mais uma rodada de debates e discussões nas quais os juízes pudessem ser questionados sobre as suas decisões antes de apresentá-las poderia gerar, pelo menos nos casos difíceis moralmente carregados. Finalmente, a melhor maneira de comprovar a incorrencia de juízes no raciocínio motivado e no viés confirmatório seria por

meio de uma pesquisa empírica cuidadosa analisando com que frequência eles se engajam com argumentos contrários aos que estão sustentando, ou apenas apresentam argumentos a favor do seu próprio ponto de vista, sem levar em consideração os argumentos contrários. Embora não tenhamos feito tal análise, nossa experiência com a leitura de decisões é indicativa de que argumentos contrários raramente são enfrentados de frente e, quando a posição contrária é suscitada, não passa de uma mera menção a ela, ou uma reconstrução simplória da mesma, por meio da falácia do espantalho, para gerar efeitos retóricos mostrando que a posição contrastante não deve ser levada a sério (terceiro elo do modelo sócio-intuicionista)¹⁵.

Em suma, se a hipótese de que o modelo sócio-intuicionista pode auxiliar a compreensão sobre como são tomadas decisões judiciais nos casos difíceis moralmente carregados tem alguma pretensão de vingar como uma descrição adequada dessa prática social relevante, então é necessário realizar investigação empírica para compreender melhor o fenômeno do direito e as práticas que operam por trás, ou são presumidas pelas construções teóricas. Quando essa compreensão do que acontece na realidade for mais ampla, mais fidedigna e especificamente referente ao cenário local, regional ou nacional, então a formulação de proposições normativas que visem a orientar juízes (teoria normativa

¹⁵ Haidt (2013, p. 875) menciona o trabalho recente de Dan Sperber e Hugo Mercier fazendo uma análise evolutiva da argumentação e sustentando que a mesma não desenvolveu para nos ajudar na busca da verdade, mas para nos fazer parecer convincentes. Não é à toa que somos péssimos em raciocinar e que incorremos em tantos vieses cognitivos. Isso acontece porque nossas habilidades de raciocínio não evoluíram para permitir a busca da verdade (embora possam fazer isso como um epifenômeno em alguns casos), mas sim para garantir o nosso sucesso em um ambiente social, onde saber fazer prevalecer os seus interesses é de extrema importância. No campo da teoria evolutiva, a utilidade tem mais peso que a verdade e pode obstruí-la. Portanto, o desafio no campo do direito parece ser construir um cenário que nos force a utilizar a argumentação de uma maneira mais artificial, porém mais eficiente na busca da verdade.

da decisão judicial) ou a reformular as instituições (metateoria normativa da decisão judicial) com a finalidade de propiciar melhores resultados, será mais eficiente, menos abstrata e mais condizente com as nossas limitações humanas.

Referências

- BARCELLOS, A. P. 2005. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdiccional*. Rio de Janeiro: Renovar.
- BARROSO, L. R. 2005. “O começo da nova história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro” *In. Temas de Direito Constitucional – Tomo III*. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 3-59.
- BLAIR, R. J. R. 2008. “The amygdala and ventromedial prefrontal cortex: functional contributions and dysfunction in psychopathy”. *Philosophical Transactions of the Royal Society B*, 363, pp. 2557-2565
- CRAIN, W.C. 1985. “Theories of Development”. Prentice-Hall. pp. 118-136. Disponível em http://www.esociales.fcs.ucr.ac.cr/biblioteca/boletin_esoc/alfabet/KXYZ/Kolberg%20desarrollo.pdf - Acesso em 22/01/2013.
- CUSHMAN, F. YOUNG, L. e GREENE, J. D. 2010. “Multi-system moral psychology” *In. DORIS, J. M. et al. (Eds.) The Moral Psychology Handbook*. Oxford: Oxford University Press.
- DAMASIO, A. 2005. “The neurobiological grounding of human values” *In. CHANGEUX, J.-P.; DAMASIO, A. R.; SINGER, W.; e CHRISTEN, Y (Eds.) Neurobiology of human values*. Berlin: Springer.
- DANZIGER, S. LEVAV, J. e AVNAIM-PESSO, L. 2011. “Extraneous factors in judicial decisions”. *PNAS* April 26, 2011 vol. 108 no. 17, pp. 6889-6892.
- DWORKIN, R. 2006. *Justice in robes*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University.
- ESKINE, K. J.. KACINIK, N. A. e PRINZ, J. J. 2011. “A Bad Taste in the Mouth: Gustatory Disgust Influences Moral Judgment”. *Psychological Science February* 2011, doi:10.1177/0956797611398497
- EVANS, J. St. B.T. 2003. “In two minds: dual-process accounts of reasoning”. *TRENDS in Cognitive Sciences*, Vol.7, No.10, October 2003.
- FRANK, J. 2009 [1930]. *Law and the modern*. New Brunswick: Transaction Publishers.
- FURGESON, J. R., BABCOCK, L., e SHANE, P. M. 2008. “Do a law’s policy implications affect beliefs about its constitutionality? An experimental test”. *Law and Human Behavior*, 32, pp. 219-227.
- GAZZANIGA, M. S. 1985. *The social brain: discovering the networks of the mind*. New York: Basic Books, Inc., Publishers.

- GREENE J. D. e HAIDT, J. 2003. "How (and where) does moral judgment work?" *TRENDS in Cognitive Sciences*, Vol.6, No.12, December 2002, pp. 517-523.
- HAIDT, J. e BJORKLUND, F. 2008. "Social Intuitionists Answer Six Questions about Moral Psychology" *In*. SINNOTT-ARMSTRONG, W. (Ed.) *Moral psychology*. Cambridge: The MIT Press, pp. 181-217.
- HAIDT, J. 2001. "The emotional dog and its rational tail: a social intuitionist approach to moral judgment". *Psychological Review*, Vol. 108. No. 4, pp. 814-834.
- _____. 2012. *The righteous mind: why good people are devided by politics and religion*. Pantheon Books: New York.
- _____. 2013. "Moral psychology and the law: how intuitions drive reasoning, judgment and the search for evidence". *64 Alabama Law Review*, pp. 867-880.
- HART, H. L. A. 2009 [1961]. *O conceito de direito. Pós-escrito organizado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz*. São Paulo: WMF Martins Fontes, tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara.
- HARRÉ, R. 2006. *Key thinkers in psychology*. London: SAGE Publications Ltd.
- HOLMES Jr., O. W.. 2009 [1881]. *The common law*. Cambridge: John Harvard Library.
- _____. 2009 [1897]. *The path of the law*. The Floating Press.
- JACOBSEN, K. 2009. *Freud's foes: psychoanalysis, science and resistance*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, Inc.
- KANT, I. 1998. *Groundwork of the metaphysics of morals*. Cambridge: Cambridge University Press, KORSGAARD, C. 1998. "Introduction" *In*. GREGOR, M. (Trad. e Ed.) *KANT, I. Groundwork of the metaphysics of morals*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. VII-XXX.
- KOHLBERG, L. 1984. *Essays on moral development*: Vol. 2. The psychology of moral development: Moral stages, their nature and validity. San Francisco: Harper & Row.
- KOHLBERG, L; e HERSH, R. H. 1977. "Moral Development: A Review of the Theory". *Theory into Practice*, Vol. 16, No. 2, Moral Development, pp. 53-59.
- KUDA, Z. 1990. "The case for motivated reasoning". *Psychological Bulletin*, Vol 108(3), Nov 1990, pp. 480-498.
- LAPSLEY, D. 2005. "Moral stage theory". *In*. M. Killen & J. Smetana (Eds.), *Handbook of moral development*. Mahwah, NJ: Lawrence Erlbaum Associates, pp. 37-66.

- LEITER, B. 1999. "Legal realism". In. PATTERSON, D. (Ed.). *A companion to philosophy of law and legal theory*, Malden: Blackwell Publishing Ltd.
- _____. 2005. "American Legal realism". In. GOLDING, Martin P. e EDMUNDSON (Eds.) *The Blackwell guide to the philosophy of law and legal theory*, William A. Malden: Blackwell Publishing Ltd.
- LLEWELLYN, K. 2008 [1960]. *The bramble bush: the classic lectures on the law and law school – with a new introduction and notes by Steve Sheppard*. New York: Oxford University Press.
- MELLO, M. A. M. F. . 2010. Discurso do Ministro Marco Aurélio por ocasião da homenagem pelos seus 20 anos de Supremo Tribunal Federal. Consultor Jurídico, 6 jul. 2010, Notícias, A12. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jul-06/idealizo-solucao-justa-depois-vou-ar-normas-marco-aurelio>>. Acesso em: 20 nov. 2011.
- NICKERSON, R. S. 1998. "Confirmation bias: a ubiquitous phenomenon in many guises". *Review of General Psychology*, Vol 2(2), Jun 1998, pp. 175-220.
- SCHWITZGEBEL, E. e CUSHMAN, F. 2012. "Expertise in Moral Reasoning? Order Effects on Moral Judgment in professional Philosophers and Non-Philosophers". *Mind & Language*, 27 (2), pp. 135-153.
- SCHAUER, F. 2009. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press.
- SCHNALL, S., HAIDT, J., CLORE, G., e JORDAN, A. 2008. "Disgust as embodied moral judgment". *Personality and Social Psychology Bulletin*, 34, pp. 1096-1109.
- SHECAIRA, F. e STRUCHINER, N.(2011. "Realismo Jurídico" In. Travessoni, A. (Org.) *Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito*, São Paulo: Editora LTr, v. 01, pp. 348-351.
- SINNOTT-ARMSTRONG, W. 2008. "Framing moral intuitions" em SINNOTT-ARMSTRONG, Walter (ed.) *Moral psychology*. Cambridge: The MIT Press, pp. 47-76.
- STANOVICH, K. E. 2010. *Decision Making and Rationality in the Modern World (Fundamentals in Cognition)*. New York: Oxford University Press.
- STRUCHINER, N. 2005. *Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2005. Tese (Doutorado) – Programa

de Pós-graduação em Filosofia, Departamento de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

_____. 2011. “Indeterminação e Objetividade: Quando o Direito diz o que não queremos ouvir” *In*. Macedo Jr, R. e Barbieri, H. (eds.) *Direito e Interpretação – Racionalidades e Instituições*, São Paulo: Saraiva.

STRUCHINER, N. e SHECAIRA, F. 2012. “A Distinção entre Direito e Moral e a Distinção Moral do Direito”. *In*. *Revista de Direito do Estado (RDE)*, número 22, 2012: pp. 131-145.