

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**REALISMO JURÍDICO NORTE-AMERICANO E O MODELO SÓCIO-
INTUICIONISTA DE JULGAMENTO MORAL**

ANA CAROLINE DA SILVA PORTES

RIO DE JANEIRO

2022

ANA CAROLINE DA SILVA PORTES

**REALISMO JURÍDICO NORTE-AMERICANO E O MODELO SÓCIO-
INTUICIONISTA DE JULGAMENTO MORAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Fábio Perin Shecaira.

RIO DE JANEIRO

2022

CIP - Catalogação na Publicação

P849r Portes, Ana Caroline da Silva
Realismo jurídico norte-americano e o modelo sócio
intuicionista de julgamento moral / Ana Caroline da
Silva Portes. -- Rio de Janeiro, 2022.
52 f.

Orientador: Fábio Perin Shecaira.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. Teoria do direito. 2. Psicologia judicial. 3.
Universidade Federal do Rio de Janeiro. I. Perin
Shecaira, Fábio, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

ANA CAROLINE DA SILVA PORTES

**REALISMO JURÍDICO NORTE-AMERICANO E O MODELO SÓCIO-
INTUICIONISTA DE JULGAMENTO MORAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Fábio Perin Shecaira.

Data da aprovação: ____/____/____.

Banca examinadora:

Prof. Dr. Fábio Perin Shecaira - Orientador

Examinador

Examinador

RIO DE JANEIRO

2022

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família e a todos os meus amigos pelo amor e pelo apoio. Agradeço a todos os professores, técnicos e terceirizados que constroem a Gloriosa Nacional todos os dias. Agradeço, especialmente, ao professor Fábio Shecaira, que me orientou na construção deste trabalho com seriedade, solidariedade, paciência e muita empatia. Obrigada!

RESUMO

O presente trabalho se propõe a investigar a tomada da decisão judicial nos casos difíceis do direito que apresentam relevante disputa moral. Para tanto, a primeira parte da pesquisa toma por base as explicações fornecidas pelo realismo jurídico norte-americano sobre a formação da decisão judicial. O trabalho analisa as considerações do realismo sobre a irrelevância causal dos materiais jurídicos na construção das decisões em casos difíceis que atingem as instâncias recursais, descreve as principais críticas direcionadas ao movimento e tenta estabelecer algumas conclusões sobre o legado dessa teoria. A segunda parte do trabalho discute pesquisas recentes produzidas no âmbito da psicologia e das ciências cognitivas sobre os mecanismos que atuam na tomada da decisão moral, examinando as duas principais tradições sobre a psicologia do julgamento moral: o modelo cognitivo-desenvolvimentista e o modelo sócio-intuicionista. O trabalho busca relacionar o legado do realismo jurídico norte-americano com as proposições do modelo sócio-intuicionista de julgamento moral, sugerindo, ao final, que algumas das alegações realistas são amparadas por pesquisas empíricas da psicologia moral.

Palavras-chave: teoria do direito; teoria da decisão judicial; realismo jurídico norte-americano; casos difíceis, ciências cognitivas; psicologia moral; modelo sócio-intuicionista de julgamento moral; Jonathan Haidt.

ABSTRACT

This paper sets out to investigate judicial decision-making in hard cases morally loaded. To this end, the first part of this research takes the explanations provided by American legal realism on judicial decision-making. This paper analyzes realism's considerations about the causal irrelevance of legal materials in the construction of decisions in cases that reach appellate review, describes the main criticisms directed at the movement and attempts to establish some conclusions about the legacy of this theory. The second part of the paper discusses recent research produced in psychology and cognitive sciences on the mechanisms that act on moral decision-making, examining the two main traditions on moral psychology: the cognitive-developmental model and the social-intuitionist model. This paper seeks to relate the legacy of American legal realism to the propositions of the social-intuitionist model of moral judgment, suggesting, in the end, that some of the realist claims are supported by empirical research from moral psychology.

Keywords: legal theory; legal decision-making theory; American legal realism; hard cases; cognitive sciences; moral psychology; social-intuitionist model of moral judgment; Jonathan Haidt.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO I - O REALISMO JURÍDICO E SEUS CRÍTICOS	12
1.1 Considerações iniciais	12
1.2 Teoria do direito ou teoria da decisão judicial?	12
1.3 Realismo jurídico escandinavo	13
1.4 Realismo jurídico norte-americano	16
1.5 Críticas e possíveis contrapontos	20
CAPÍTULO II – O JULGAMENTO MORAL SEGUNDO AS CIÊNCIAS COGNITIVAS	27
2.1 Considerações iniciais	27
2.2 O modelo cognitivo-desenvolvimentista	30
2.3 O modelo sócio-intuicionista	33
CAPÍTULO III - A TOMADA DE DECISÃO MORAL NO AMBIENTE JUDICIAL E O REALISMO JURÍDICO	41
3.1 Considerações iniciais	41
3.2. Apontamentos sobre a pesquisa empírica na psicologia da decisão judicial.....	45
CONCLUSÃO.....	49
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	51

INTRODUÇÃO

O graduando em direito, nos últimos momentos da faculdade, chega à irremediável conclusão de que as fontes do direito ditas convencionais não são suficientes para prever com exatidão certos tipos de decisões judiciais. Se o observador considerar apenas as fontes formais, isto é, os “documentos (como leis e precedentes judiciais) ou práticas (como os costumes) que os profissionais do direito tratam explicitamente como fontes de respostas para solucionar questões jurídicas” (SHECAIRA e SCTRUCHINER, 2016), percebe que, na prática, é impossível prever exatamente o que o juiz dirá em casos de relevantes disputas morais.

Daí decorre, por exemplo, o lugar comum segundo o qual o bom advogado deve explicar ao cliente que, mesmo tendo o melhor direito, não há 100% de certeza sobre o sucesso da sua pretensão. A ressalva lança dúvida sobre o resultado da demanda e, de certa forma, questiona a própria competência do advogado, mas parece importante o suficiente para que o jurista a faça. A prática forense ensina que, em algumas situações, a decisão judicial não é necessariamente resultado causal da lei.

Essa impressão prática não costuma ser desenvolvida a fundo pelos advogados, promotores, procuradores e defensores públicos, que preferem utilizá-la de modo estritamente pragmático para construir uma argumentação judicial mais eficiente, respondendo a elementos extraleais que talvez possam influir sobre a decisão do julgador.

Ocorre que aquela impressão envolve questões complexas, que merecem uma análise mais detida. A imprevisibilidade do resultado judicial em certos casos pode advir da corrupção dos juízes, por exemplo, ou de franca inépcia do juiz na aplicação da lei. Mas e quando o direito é bem aplicado, por julgadores íntegros e aptos, e mesmo assim não permite prever exatamente certos resultados judiciais?

Na academia, a questão é explorada por diferentes áreas da zetética, sob diferentes perspectivas, que contribuem, cada uma a seu modo, para a compreensão de um fenômeno multifacetado. Entre todas essas possibilidades, este trabalho pretende investigar as considerações teóricas fornecidas por advogados e juízes ainda na primeira metade do século XX nos Estados Unidos e discutir como aquelas primeiras teorias se relacionam com a pesquisa empírica mais recente sobre o julgamento moral e sobre a tomada de decisões judiciais em casos moralmente carregados.

Fala-se do realismo jurídico norte-americano, escola de pensamento que surge como uma força intelectual consolidada a partir dos anos 1920, sobretudo nas faculdades de direito de Columbia e Yale. O movimento representou importante reação à tradicional concepção formalista da decisão judicial, segundo a qual os juízes tomam suas decisões de maneira imparcial, exclusivamente a partir do material jurídico convencional. Para o formalismo, “os juízes decidem com base em normas e razões jurídicas que justificam um resultado único na maioria dos casos, senão em todo caso” (LEITER, 2003, p. 1)¹.

Os autores realistas perceberam que a concepção formalista não dava conta de explicar todos os tipos de julgados encontrados na prática forense -- para alguns autores mais radicais, como o juiz Jerome Frank (1889-1957), as decisões judiciais sequer seriam previsíveis. Os realistas eram advogados, juízes e juristas que trabalhavam com a aplicação cotidiana do direito. Eles partiram da prática para tentar desenvolver métodos e teorias que descrevessem com maior precisão o que realmente acontece na construção da decisão judicial.

Essa corrente não foi a única reação ao formalismo, é claro. Mesmo à época, o realismo jurídico norte-americano compartilhava ideias com o realismo jurídico escandinavo, movimento formado por filósofos que realizavam sobretudo uma “extensão ao direito de doutrinas filosóficas das áreas da semântica e epistemologia” (LEITER, 2003, p. 1)², visando construir uma verdadeira teoria do direito.

O foco da presente investigação, porém, recai especificamente sobre a versão norte-americana do realismo, a fim de compreender suas principais teses, suas limitações metodológicas e seu legado para os dias atuais, principalmente no que diz respeito à relevância de mecanismos psicológicos (conscientes e inconscientes) na tomada da decisão judicial.

O progressivo amadurecimento das ciências cognitivas revela, a cada dia, novas informações sobre o comportamento humano que repercutem diretamente sobre as premissas das ciências jurídicas, convidando juristas a explorar as implicações da psicologia no direito.

O presente trabalho se justifica como uma pequena contribuição a tal projeto, oferecendo uma revisão bibliográfica especializada que talvez auxilie na construção de uma teoria do direito afinada com os conhecimentos empíricos sobre a moralidade humana – abordagem prática há muito idealizada pelo realismo jurídico que finalmente parece possível.

¹ No original: “(...) in the sense pertinent here, held that judges decide cases on the basis of distinctively legal rules and reasons, which justify a unique result in most cases (perhaps every case) (...)”.

² No original: “(...) primarily an extension to law of substantive philosophical doctrines from semantics and epistemology (...)”.

Dessa maneira, no capítulo 1, a pesquisa começa com uma análise do realismo jurídico, a fim de diferenciar as correntes norte-americana e escandinava, identificar as pretensões teóricas de cada vertente, bem como as principais teses de ambos os grupos. A investigação se concentra na face norte-americana da teoria realista, elencando seus autores mais conhecidos e agrupando-os em duas linhas de pensamento: uma idiossincrática e outra sociológica, segundo divisão proposta por Brian Leiter (2003, p. 9). Veremos, por exemplo, como o realismo jurídico nos Estados Unidos enfatizou o caráter indeterminado do direito e a importância de considerações substantivas (não-institucionais) nas decisões judiciais, permitindo que os operadores do direito discutissem a influência de elementos externos ao direito sobre as decisões judiciais.

Seguindo em frente, passaremos em revista as maiores críticas ao pensamento realista, formuladas principalmente por H. L. A. Hart. Falaremos também de algumas possíveis respostas a essas críticas, réplicas oferecidas por diferentes intérpretes do realismo que nos ajudarão a melhor delimitar o legado do movimento. Veremos, por exemplo, que a indeterminação do direito descrita pelos realistas estaria limitada aos casos que chegam às cortes de apelação – processos com características típicas dos chamados casos difíceis.

Vale notar, desde já, que as distinções entre casos difíceis e casos fáceis, embora sejam categorias estranhas aos realistas, auxiliam a definir com maior precisão as pretensões daqueles autores, razão pela qual serão utilizadas ao longo desta pesquisa. Por ora, cabe apenas observar que, entre as possíveis definições de casos difíceis, o realismo parece estar circunscrito aos casos difíceis moralmente carregados, sugerindo uma possível aproximação entre o estudo do direito e as considerações científicas sobre a construção do julgamento moral nos seres humanos.

O capítulo 2 desenvolve essa aproximação, analisando a tomada da decisão moral a partir de modelos teóricos da psicologia experimental e das ciências cognitivas: o modelo cognitivo-desenvolvimentista e o modelo sócio-intuicionista.

Antes de explorar tais teorias, porém, o trabalho fixa alguns pressupostos. Temos por base, por exemplo, a noção de que todo comportamento humano pode, em teoria, ser entendido como o produto dos processos físicos ocorridos no corpo humano, especialmente no cérebro (GRAY, 2011, p. 4). A partir dessa premissa, compreende-se a psicologia como ciência especializada que estuda o comportamento humano a partir de diferentes níveis de análise: “o neural (cérebro como causa), fisiológico (funcionamento químico interno como causa)”, o genético (genes como causa), evolucionário (seleção natural como causa), aprendido (experiências passadas do indivíduo com o ambiente como causa), cognitivo (o conhecimento ou as crenças do indivíduo como causa), social

(a influência de outras pessoas como causa), cultural (a cultura na qual uma pessoa se desenvolve como causa), e ‘desenvolvimental’³ (causas relacionadas à idade)” (GRAY, 2011, p. 10/13).

Em todo caso, pressupõe-se que a psicologia tem compromisso científico, pesquisando através de experimentos, estudos de correlação e estudos descritivos, em campo ou em laboratório, pelo relato dos participantes ou pela observação do pesquisador (GRAY, 2011, p. 35/37).

Estabelecidas essas bases, o capítulo 2 analisa o desenvolvimento da psicologia experimental no início do século XX com o movimento behaviorista de Burrhus Frederic Skinner (1900-1990), que restringiu a psicologia à análise de fenômenos passíveis de observação objetiva - o comportamento exteriorizado.

Veremos como a “revolução cognitiva”, a partir de 1950, trouxe de volta à psicologia o estudo dos fenômenos mentais sob perspectiva interdisciplinar, originando as chamadas “ciências cognitivas”, área do conhecimento “cujo objetivo seria a descoberta das capacidades representacionais e computacionais da mente humana e sua realização estrutural e funcional na mente” (MILLER, 2003, p. 144).

Nesse contexto, abordaremos duas grandes tradições na psicologia moral: o modelo cognitivo-desenvolvimentista de Lawrence Kohlberg e sua teoria sobre os seis estágios de desenvolvimento moral, segundo o qual o julgamento moral seria produto de uma operação racional e consciente, influenciável por fatores afetivos (KOHLBERG e HERSH, 1977, p. 57); e o modelo sócio-intuicionista de julgamento moral de Jonathan Haidt, segundo o qual a maior parte das decisões morais é formada por rápidas intuições, automáticas e inconscientes, que podem ser influenciadas pelas situações sociais, e, quando necessário, justificadas por uma argumentação racional *post-hoc* (HAIDT, 2001, p. 817).

Finalmente, o capítulo 3 tenta relacionar a hipótese realista sobre a necessidade de investigação empírica das decisões judiciais com experimentos conduzidos no âmbito da psicologia moral, apresentando, por fim, algumas considerações sobre a metodologia tradicionalmente empregada nas pesquisas empíricas sobre a tomada da decisão no contexto forense.

O presente trabalho se propõe a realizar pesquisa teórica que visa analisar uma bibliografia delimitada para comparar (i) as atuais explicações das ciências cognitivas sobre os mecanismos que atuam na tomada da decisão moral e (ii) as teses centrais do realismo jurídico norte-americano do início do século XX.

³ No original, “developmental psychology”, que surge como disciplina autônoma em 1882 com a publicação do livro “The Mind of the Child” por Wilhelm Preyer. O termo “desenvolvimental” é utilizado aqui à falta de uma expressão mais adequada na língua portuguesa e se refere ao nível de análise explorado pela “psicologia do desenvolvimento”.

CAPÍTULO I - O REALISMO JURÍDICO E SEUS CRÍTICOS

1.1 Considerações iniciais

Este trabalho discute a formação das decisões judiciais partindo de duas grandes áreas do conhecimento: o direito e a psicologia.

Ambas as áreas apresentam inúmeras abordagens sobre seus respectivos objetos e, portanto, teriam inúmeras contribuições a oferecer sobre o momento de formação de uma decisão judicial. Esta pesquisa *escolhe* uma abordagem dentro do direito (o realismo jurídico norte-americano) e uma abordagem dentro da psicologia (a psicologia moral de base empírica) para analisar a decisão judicial, sabendo que, ao fazê-lo, deixa de lado construções teóricas igualmente úteis, senão ainda mais relevantes, para observar o trabalho dos juízes. Sem prejuízo das inúmeras outras leituras possíveis, este trabalho tenta sintetizar e relacionar aquelas duas abordagens para apresentar uma possível descrição do processo de formação da decisão judicial.

Este primeiro capítulo toma o direito como base para observar o trabalho dos magistrados; mais especificamente, aborda as considerações de juristas do início do século XX ligados à corrente de pensamento conhecida como realismo jurídico. Falaremos dos realistas escandinavos, Axel Hägerström, Karl Olivecrona e Alf Ross, e principalmente dos realistas norte-americanos, Oliver Wendel Holmes Jr., Jerome Frank, Joseph C. Hutcheson Jr., Karl Llewellyn, e Herman Oliphant.

1.2 Teoria do direito ou teoria da decisão judicial?

O realismo jurídico engloba autores com formação acadêmica variada e, conseqüentemente, com pretensões teóricas distintas. Os realistas compartilhavam um “espírito antimetafísico” (SHECAIRA e STRUCHINER, 2016, p. 5) ao buscar elementos factuais para explicar aspectos do fenômeno jurídico. No entanto, seguiram diferentes caminhos metodológicos, originando uma produção teórica heterogênea que torna difícil classificar o movimento como uma teoria do direito, exclusivamente, *ou* como uma teoria da decisão judicial, exclusivamente.

Segundo Shecaira e Struchiner, “as teorias do direito têm algumas pretensões típicas, tal como definir (de forma mais ou menos precisa) o conceito de direito, determinar quais são os critérios para a identificação de regras jurídicas válidas e explicar o fenômeno da normatividade do direito. As teorias da decisão judicial, por outro lado, têm a pretensão mais específica de explicar

como os juízes trabalham, isto é, como eles raciocinam, que tipo de material eles utilizam para a construção das suas decisões etc.” (SHECAIRA e STRUCHINER, 2016, p. 1).

Embora não exista uma posição unânime na literatura crítica, o presente trabalho segue a distinção sugerida por alguns intérpretes contemporâneos (cf. LEITER, 2003, p. 1; SCHAUER, 2009, p. 124) para diferenciar, de um lado, os autores realistas escandinavos, com declarada intenção de construir uma teoria do direito, e, de outro lado, os autores realistas norte-americanos, que partiram de conceitos pré-definidos sobre a natureza do direito para analisar a tomada de decisão judicial.

Ambos os grupos são analisados a seguir, mas vale observar, desde logo, que tentar compreender a pretensão teórica de cada movimento é fundamental para avaliar a suficiência de suas proposições.

Os autores norte-americanos, por exemplo, sofreram duras críticas de filósofos do Direito como H. L. A. Hart (cf. item 1.4, abaixo), que atacou a incompletude da “teoria do direito realista”. Como também veremos adiante, as críticas de Hart suscitaram diferentes reações na academia: para alguns, enterraram definitivamente a teoria realista; para outros, representaram apenas uma análise grosseira e anacrônica⁴ daqueles autores.

1.3 Realismo jurídico escandinavo

Os autores associados ao realismo jurídico escandinavo escreveram na primeira metade do século XX com o propósito de construir uma teoria do direito “antimetafísica”, que apresentasse explicações naturalistas sobre conceitos jurídicos (“direito subjetivo”, “dever”, “validade”, “obrigação” etc.). Em outras palavras, buscava-se “traduzir” conceitos jurídicos abstratos em elementos concretos, passíveis de verificação e comprovação empírica. O movimento é identificado no trabalho dos suecos Axel Hägerström (1868-1939), Vilhelm Lundstedt (1882-1955) e Karl Olivecrona (1897-1980) e na obra do dinamarquês Alf Ross (1899-1979).

⁴ Brian Leiter (2003, p. 27), no original, registra: “It is undeniably true that these writers [Frank, Holmes, Llewellyn], like most [North-American] Realists, talk about the importance of “predicting” what courts will do. The question is whether, in so talking, they are fairly read as offering an analysis of the concept of law. Only Hart’s grossly anachronistic reading suggests an affirmative answer. (...) The Realists were not philosophers, let alone analytic philosophers, let alone students of G.E. Moore, Russel and Wittgenstein, let alone colleagues of J.L. Austin. The idea that what demands understanding about law is the “concept” of law as manifest in ordinary language would have struck them as ludicrous. While the Realists had much to say about adjudication and how legal rules work in practice, they had nothing explicit to say about the concept of law”.

Todos esses autores rejeitavam as teorias do direito baseadas em construções teóricas abstratas, sem existência concreta, e compartilhavam a pretensão de oferecer explicações *factualis* sobre o direito, utilizando, por exemplo, conceitos próprios da psicologia e das ciências sociais.

MacCormack assim sintetiza a proposta do realismo escandinavo:

As the phrase Scandinavian realism implies, the writers whose work is generally considered under this head all have in common a rejection of explanations of a legal system or of legal notions which either are not expressed in factual terms or, if so expressed, nevertheless make a concealed reference to non-factual entities. An example of the first type of explanation is Kelsen's analysis of a legal system as a hierarchy of ought (not is) statements; an example of the second is Austin's analysis of law as the content of the will of the state. This is an apparently factual definition of law. But in so far as law cannot be identified with the intentions of the individual legislators, then the will of the state which is said to constitute the law cannot be located in the world of fact. The Scandinavian writers themselves attempt to provide an explanation of law in terms of fact which cannot be criticized on the ground that the facts which it advances turn out on investigation not to be facts at all. Their main contribution in this respect was to include under the label fact not just what can be seen or touched or heard (the phenomena of the visible or external world) but mental states and conditions experienced by people, in particular their ideas, beliefs and feelings. These mental and emotional states are given so prominent a place in the accounts of the Scandinavian writers that their approach to, and elucidation of, legal notions can aptly be described as psychological. (MACCORMACK, 1970, p. 33).

Ou seja, segundo MacCormack, o realismo jurídico escandinavo realizou uma crítica das tradicionais teorias do direito da época visando desenvolver explicações do fenômeno jurídico com base em fatos – rótulo utilizado pelos realistas para designar tanto fenômenos do mundo visível, quanto ideias, crenças e sentimentos. Entre as teses criticadas pelos realistas estão, por exemplo, a “teoria do comando” de John Austin (1790-1859)⁵ e a teoria pura de Hans Kelsen (1881-1973), essa última famosa por atribuir a validade dos ordenamentos à abstração chamada “norma hipotética fundamental”⁶.

⁵ A teoria de Austin descreve o direito positivo como comandos (imperativos acompanhados de sanções), de caráter generalista, isto é, endereçados a uma classe de pessoas, e não a uma pessoa específica, estabelecidos por um ente soberano (BIX, 2021). Ao equiparar o direito à vontade do Estado, Austin parece oferecer uma análise antimetafísica do fenômeno jurídico. No entanto, os realistas escandinavos observam que essa dita materialidade é apenas aparente, pois se a vontade do Estado não equivale às intenções dos legisladores individualmente considerados, então o fundamento do direito está localizado fora do mundo natural (MACCORMACK, 1970, p. 33).

⁶ “Como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (Grundnorm)” (KELSEN, 1960/1998, p. 136).

Axel Hägerström, filósofo sueco considerado o fundador do realismo escandinavo, tentou compreender de que modo conceitos jurídicos abstratos como “direito subjetivo” (*right*) e “dever” (*duty*) poderiam ser identificados com elementos factuais, de existência concreta.

Hägerström investigou o antigo direito romano e analisou as teorias abstratas que concebiam o direito como “comando do Estado”, concluindo que as pessoas *acreditam* na existência objetiva de direitos e deveres (e outros conceitos jurídicos), mas que tais conceitos não podem ser identificados com elementos do mundo natural.

Os sucessores de Hägerström -- Lundstedt, Olivecrona e Ross – avançaram essa proposição para desenvolver suas próprias análises construtivas sobre o direito, tentando compreender de que modo a *crença* na existência objetiva de direitos e deveres dá origem a sentimentos *reais* de “poder” e “dever”, que geram, por sua vez, comportamentos *reais* por parte dos cidadãos.

MacCormack apresenta um resumo elucidativo sobre as principais teses desses três autores:

For Lundstedt, then, the belief in the existence of rights and duties is important because of the psychological influence which it has upon people's behavior, but sentences about rights and duties and these words themselves are meaningless except in so far as they can be treated as expressions of feelings. Olivecrona and Ross while still emphasizing the importance of beliefs and feelings in the analysis of a legal system hold that statements about rights and duties are more than just expressions of feelings. Even though the words right and duty do not designate identifiable objects the sentences in which these words occur have certain functions. A description of those functions can provide an adequate account of the meaning of rights and duties. (MACCORMACK, 1970, p. 36)⁷.

O realismo escandinavo oferece caminhos interessantes para pensar sobre o papel da Psicologia no estudo da teoria do direito, mas esse não é o foco do presente trabalho, que se preocupa especificamente com a aplicação da Psicologia no momento da adjudicação, na tomada da decisão judicial.

Para os fins desta pesquisa, é suficiente demarcar a existência do realismo escandinavo e defini-lo em linhas gerais como uma escola de pensamento, formada por acadêmicos do norte da Europa, que produziram em meados do século XX, com inclinação ao conhecimento empírico, aplicando às ciências jurídicas conhecimentos da filosofia da linguagem e da epistemologia para constituir uma verdadeira teoria geral do direito.

Os teóricos escandinavos apresentaram uma discussão eminentemente filosófica, segundo a qual “todos os conceitos jurídicos importantes poderiam ser descritos através das ciências sociais empíricas” (SCHAUER, 2009, p. 124). Esse esforço para correta *descrição dos institutos jurídicos*

⁷ Uma nota de rodapé presente no texto original de MacCormack foi omitida nesta citação.

contrasta com os propósitos pragmáticos dos juízes, advogados e juristas realistas norte-americanos, que adotaram como premissas a indeterminação do direito e a relevância de fatores extrajurídicos na tomada da decisão judicial para afirmar que, independentemente da discussão teórica sobre categorias jurídicas, *é mais útil* afirmar que o Direito é aquilo que os tribunais dizem que ele é⁸.

Apesar das diferenças, ambos os grupos compartilhavam uma visão “positivista” do conhecimento, segundo a qual construções teóricas abstratas deveriam ser confirmadas na prática, através de experimentos. Sobre esse tema, Leiter afirma:

[North-American] Realism also bore the marks of an intellectual culture which it did share with its Scandinavian cousins. This culture – the dominant one in the Western world from the mid-19th century through at least the middle of the last century – was deeply “positivistic”, in the sense that it viewed natural science as the paradigm of all genuine knowledge, and thought all other disciplines (from the social sciences to legal study) should emulate the methods of natural science. Chief among the latter was the method of empirical testing: hypotheses had to be tested against observations of the world. Thus, the Realists frequently claimed that existing articulations of the “law” were not, in fact, “confirmed” by actual observation of what courts were really doing (LEITER, 2003, p. 2).

O realista dinamarquês Alf Ross parece afirmar o mesmo no excerto abaixo, retirado do livro *On Law and Justice* (1959).

The leading idea of this work is to carry, in the field of law, the empirical principles to their ultimate conclusions. From this idea springs the methodological demand that the study of law must follow the traditional patterns of observation and verification which animate all modern empirical science; and the verification demand that the fundamental legal notions must be interpreted as conceptions of social reality, the behavior of man in society, and as nothing else (ROSS, 1958, p. 471).⁹

1.4 Realismo jurídico norte-americano

Esta seção apresenta uma revisão sobre os principais pontos do realismo jurídico norte-americano, teoria da decisão judicial desenvolvida na primeira metade do século XX pelo trabalho de autores como Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935), Karl Llewellyn (1893-1962), Underhill

⁸ Nesse sentido é a famosa frase de Oliver Wendell Holmes Jr., juiz da Suprema Corte Norte-Americana e precursor do realismo nos Estados Unidos: “as profecias sobre o que os tribunais farão de fato, e nada mais pretensioso, são aquilo que quero dizer com direito” (HOLMES, 2002, p. 427).

⁹ Excerto extraído do prefácio de Ross à edição inglesa de *On Law and Justice*, publicada em 1958, texto reproduzido à página 471 da nova reimpressão do livro editada por Jakob v. Holtermann, traduzido por Uta Bindreiter e publicado pela Oxford University Press em 2019.

Moore (1879-1949), Walter Wheeler Cook (1873-1943), Herman Oliphant (1884-1939), Leon Green (1888-1979), Jerome Frank (1889-1957) e Joseph C. Hutcheson Jr. (1879-1973).

O precursor do movimento realista nos Estados Unidos foi o juiz da Suprema Corte Norte-Americana Oliver Wendell Holmes Jr., que rompeu com a mentalidade de sua época ao afirmar que as mudanças na *common law* não resultavam de um procedimento lógico, dedutivo, de um precedente a outro, de aplicação do direito pré-existente para “desvelar” normas já contidas no sistema jurídico. Para Holmes, o juiz toma como base sua experiência profissional, conhecimentos extralegais e opções políticas pessoais para “criar” novas normas jurídicas ao estabelecer um novo precedente, sem relação necessária, lógica, com o direito já vigente. É nesse sentido que afirma, por exemplo: “*the life of the law has not been logic; it has been experience*” (HOLMES, 1881, p. 1).

Holmes inovou ao sugerir que as decisões dos tribunais poderiam ser diferentes das soluções propostas pelos materiais jurídicos convencionais. Segundo o autor, a fim de realmente conhecer o direito aplicado em determinada localidade, o observador deve tentar *prever* como os tribunais da jurisdição provavelmente responderão às circunstâncias fáticas do caso concreto. Essa perspectiva ficou conhecida como “teoria da previsão” e foi sintetizada por Holmes na frase “as profecias sobre o que os tribunais farão de fato, e nada mais pretensioso, são aquilo que quero dizer com direito.” (HOLMES, 2002, p. 427).

Embora tenha reconhecido a possibilidade de existirem divergências entre o resultado indicado pelos materiais jurídicos e as decisões judiciais reais, Holmes acreditava que as categorias jurídicas tradicionais continuavam sendo os fatores determinantes na conformação da resposta judicial. Ou seja, ainda que a decisão real pudesse diferir da solução doutrinária tradicional, os conceitos jurídicos consolidados na doutrina ainda eram os instrumentos mais importantes para tentar prever a resposta do juiz ao caso concreto.

É nesse ponto que o autor é visto como precursor do realismo, e não como um realista propriamente dito. Os acadêmicos que levaram adiante as proposições de Holmes concordavam com o fato de que as soluções constantes nos materiais jurídicos não necessariamente correspondem às decisões judiciais reais, mas discordavam sobre os elementos que realmente determinam o resultado judicial.

Enquanto Holmes alegava que a decisão é resultado da aplicação das categorias jurídicas tradicionais, os realistas sustentavam que os conceitos convencionais não servem para prever as

decisões judiciais de maneira eficaz. Segundo estes autores, outros fatores, extralegais, teriam maior importância em determinar o que o juiz realmente fará em dado caso concreto.

Os realistas norte-americanos apresentaram diferentes explicações sobre o momento da tomada de decisão judicial, mas compartilharam ideias fundamentais que permitem agrupá-los em uma única escola de pensamento.

Segundo Schauer (2009, p. 138-140), o realismo norte-americano pode ser relacionado a duas proposições centrais, direcionadas, especificamente, aos litígios que chegam ao nível recursal (*cases that reach the stage of appellate review*).

1. A maioria dos juízes tem uma inclinação para chegar a um determinado resultado antes de consultar os materiais jurídicos;

2. 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.

Nesse sentido, Oliphant afirma: “[Courts] respond to the stimulus of the facts in the concrete cases before them rather than to the stimulus of over-general and outworn abstractions in opinions and treatises” (OLIPHANT, 1928, p. 75). A alegação é referendada pelo juiz Joseph Hutcheson, segundo o qual “the vital, motivating impulse for the decision is an intuitive sense of what is right or wrong for that cause” (HUTCHESON, 1929, p. 285).

Todos os realistas aceitam ambas as proposições, mas apresentam explicações distintas sobre aquilo que realmente motiva a decisão judicial, isto é, sobre qual seria a verdadeira causa da inclinação inicial que antecede a consulta aos materiais jurídicos.

Diante das explicações oferecidas por cada autor, Leiter separa o realismo norte-americano em duas linhas de pensamento: a idiossincrática e a sociológica.

A linha idiossincrática é associada a Joseph Hutcheson e Jerome Frank. Para eles, o juiz decidiria a partir de um palpite, uma intuição sobre o resultado justo para um dado caso concreto, apresentando racionalizações *post hoc* para justificar aquela decisão intuitiva, originalmente construída a partir de fatores personalíssimos.

Jerome Frank é talvez um dos realistas mais conhecidos, seja por formular a versão mais radical da tese realista, seja por apresentar explicação insuficiente para sua versão do realismo, baseando-a em uma leitura acrítica da psicologia e da psicanálise de seu tempo¹⁰. Frank partia da premissa de que as pessoas seriam incapazes de tomar decisões a partir de regras, princípios ou

¹⁰“(…) Jerome Franks's Law and the Modern Mind hailed as a classic in the 1930s, in which the belief that there could be legal rules binding on judges and applied by them, not made by them, in concrete cases is stigmatized as an immature form of fetishism or father fixation calling for psychoanalytical therapy” (HART, 1980, p. 128).

categorias generalistas (SCHAUER, 2009, p. 130), o que evidentemente repercutia sobre a atividade dos juízes. Segundo o autor, inúmeros estímulos causariam o palpite inicial do julgador: opiniões políticas, impressões sobre as características pessoais dos litigantes e/ou de seus advogados, senso de justiça no caso concreto, mas, principalmente, a personalidade do juiz.

Brando e Struchiner (2014, p. 176) destacam que, para Frank, “os materiais jurídicos tradicionais (legislação e precedentes) constituiriam apenas uma das classes de estímulos que causam o palpite”. Existiriam muitos outros materiais, “ocultos ou não revelados, frequentemente não considerados nas discussões acerca do caráter ou natureza do direito”. Dizem aqueles autores:

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, p. 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, p.119-120).

A variedade e a complexidade dos elementos responsáveis por determinar a solução judicial levaram Frank a concluir que as decisões judiciais seriam imprevisíveis, leitura radical que não se repete no discurso de nenhum outro realista.

A linha sociológica do realismo, por sua vez, é representada por Karl Llewellyn, Oliphant, Moore, e Felix Cohen, para os quais “forças” sociais levariam os juízes a responder casos concretos de maneira parecida e, portanto, de forma relativamente previsível. Felix Cohen, registra: “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” (COHEN, 1935, p. 843)¹¹.

Karl Llewellyn é um autor fundamental para compreender a linha sociológica do realismo. Segundo Llewellyn, os julgadores aplicariam, sim, regras gerais para identificar os fatos relevantes do caso concreto e encontrar a solução final para o litígio. No entanto, essas regras não seriam regras jurídicas convencionais, mas regras gerais encontradas a partir de considerações de ordem política, econômica, social etc.

A resposta judicial vem de elementos estranhos ao direito porque o direito, por si só, não fornece uma única resposta à questão jurídica em disputa. É o que o autor sustenta em seu

¹¹ No original: “A truly realistic theory of judicial decisions must conceive every decision as something more than an expression of individual personality, as concomitantly and even more importantly a function of social forces, that is to say, as a product of social determinants and an index of social consequences”.

conhecido artigo “Remarks on the theory of appellate decision and the rules or canons about how statutes are to be construed” (1950).

Segundo Llewellyn, precedentes e estatutos podem ser interpretados através de métodos conflitantes, mas igualmente legítimos, de modo que uma mesma “regra jurídica”, em abstrato, justificaria diferentes resultados no caso concreto. Essa característica leva à conclusão de que, ao menos nos casos que atingem os tribunais, o direito é indeterminado e não justificaria um único resultado. Diz o autor: “[I]n any case doubtful enough to make litigation respectable the available authoritative premises... are at least two, and... the two are mutually contradictory as applied to the case at hand” (LLEWELLYN, 1931, p. 1.239).

Ao concluir que materiais jurídicos raramente determinariam a solução judicial, Llewellyn apontou a necessidade de extensiva pesquisa empírica para identificar quais seriam as regras gerais extralegais que efetivamente orientam as decisões dos juízes. A missão foi levada adiante por Underhill Moore, outro importante jurista americano que, mal ou bem, buscou aplicar conhecimentos das ciências sociais em experimentos voltados a compreender a prática da adjudicação. Voltaremos a Moore logo mais.

A distinção dos autores em linhas de pensamento permite visualizar a heterogeneidade do movimento realista, que ofereceu diferentes análises sobre o mesmo problema da tomada da decisão judicial em casos que atingem o nível recursal. Independentemente das particularidades de suas respectivas teorias, todos os realistas subscrevem à hipótese de duas partes mencionada no início deste subtópico: 1. maioria dos juízes tem uma inclinação para chegar a um determinado resultado antes de consultar os materiais jurídicos; e 2. 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.

Essas proposições, e a obra realista como um todo, sofreram críticas relevantes ao longo dos anos.

1.5 Críticas e possíveis contrapontos

Em primeiro lugar, as teses realistas (“os juízes têm inclinação a um resultado antes de consultar os materiais jurídicos” e “os juízes normalmente encontram fundamentos jurídicos aptos a apoiar aquele seu palpite inicial”) são, ambas, alegações de natureza empírica, que precisariam ser demonstradas na prática. Os realistas apontaram a necessidade de pesquisas empíricas que

melhor explicassem a adjudicação nos tribunais norte-americanos, mas se abstiveram de propor experimentos e/ou caminhos metodológicos que permitissem testar a veracidade de suas alegações.

A única exceção entre os realistas nesse aspecto foi o jurista Underhill Moore, como apontado acima, professor da faculdade de direito de Yale que realizou uma série de experimentos visando isolar e identificar as variáveis importantes para formação da decisão judicial.

O “método institucional” desenvolvido por Moore propõe (i) identificar o comportamento usual, frequente de uma certa instituição (por exemplo, as “práticas comerciais consolidadas” no sistema financeiro norte-americano), (ii) calcular a quantidade de “desvios” em relação àquele comportamento normal, e (iii) descobrir quantos desvios seriam necessários para fazer com que os magistrados produzissem decisões no sentido de retomar o cumprimento da prática costumeira desrespeitada.

Em outras palavras, segundo Moore, os juízes respondem à amplitude do desvio em relação às normas usuais da cultura local (no exemplo dado, as normas da cultura comercial), tal como evidenciado pelos fatos do caso concreto. É preciso que o advogado considere os fatos do caso, mas, principalmente, que considere as *práticas* usuais em determinada jurisdição (no exemplo em análise, as práticas comerciais, em específico). Moore afirma, nesse sentido:

It is proposed that the field of the lawyer's attention be extended to include not only the relation between judicial behavior and "the facts of the case," but also the relation between judicial behavior and institutional (frequent, repeated, usual) ways of behaving (e.g., doing business) in the contemporary culture of the place where the facts happened and the decision was made. If such a relation is found to be significant, a step towards more reliable prediction will have been made.

(...)

The object of the proposed study is the relation between the decision in a particular case and the type and degree of deviation of the behavior followed by that decision ("the facts in the case") from institutional behavior. A necessary step is comparison of the behavior followed by the decision with institutional behavior (MOORE & HOPE, 1929, p. 703/706).

Embora Moore tenha tentado levar adiante o empirismo realista, o autor adotou métodos de pesquisa rudimentares que minaram a credibilidade de seu trabalho. A título de exemplo, cita-se o uso de questionários inadequados, entrevistas mal-estruturadas, problemas com a interpretação de dados e, por fim, resultados ambíguos que não permitiam identificar um padrão de comportamento no objeto analisado (SCHELEGAL, 1980, p. 244/248).

Outra crítica relevante à Moore é que o autor ressalta a importância da pesquisa empírica na tentativa de identificar os elementos que permitiriam prever as decisões judiciais, mas

desconsidera que os materiais jurídicos poderiam ter, sim, algum papel relevante na previsão daquelas decisões¹².

Nesse sentido, Schauer destaca que a hipótese realista pode ser verificada nos casos difíceis moralmente carregados julgados pela Suprema Corte Norte-Americana, mas raramente se comprova nos casos fáceis julgados por tribunais inferiores. Nessas circunstâncias, quando o direito é razoavelmente determinado e quando as normas jurídicas são relativamente claras, as pesquisas empíricas demonstram que a doutrina tradicional determina, sim, a maior parte das decisões judiciais.

[I]t is hardly surprising that the Supreme Court's combination of a small, self-selected caseload at the pinnacle of the judicial pyramid and issues on which the Justices likely have strong personal views will produce the domain in which the Realist position is most borne out by serious empirical research.

It would be a mistake to assume, however, that what is true for the Supreme Court is true for other courts and other issues. There has been somewhat less research focused on state courts and lower federal courts than there has been on the Supreme Court, but the body of that research is still considerable. And when we look at the conclusions of that research, we see that legal doctrine appears to play a considerably larger role in judicial decision-making than the more extreme of the Realists supposed. Although the self-reporting of judges probably exaggerates the effect of formal law on their decisions, the admittedly oversimplified conclusion that emerges from the research is that even in lower courts a range of nonlegal factors plays a larger role than the traditional model supposes, but that legal factors explain considerably more of lower court than of Supreme Court decision-making. And although little of the existing research breaks down the question in just this way, it would be plausible to hypothesize that Realist explanations are more often true for ideologically charged issues than otherwise, more often true in high appellate courts than in trial courts, and more often true for the messier common law than for the interpretation of statutes. (SCHAUER, 2009, p. 140/141)¹³.

Além das inconsistências metodológicas no projeto realista, há também que se falar das dificuldades em suas premissas teóricas. Sobre esse aspecto, destacam-se as duras críticas formuladas pelo jusfilósofo inglês H. L. A. Hart, em seus livros “Essays in Jurisprudence and Philosophy” (1983) e “O Conceito de Direito” (1961).

Hart analisou as tradições teóricas norte-americanas sobre a tomada de decisão judicial para descrever a tese realista como aquela segundo a qual a adjudicação não seria atividade de aplicação do direito existente, mas essencialmente uma forma de criação política de normas jurídicas a cada

¹² Segundo Schlegel, no original: Moore began with the assertion (...) that “the central problem of the lawyer is the prediction of judicial and administrative decisions of government officers”. Then, ignoring entirely the possibility that rules might provide an adequate basis for making such a prediction, he quickly dispatched as “not... verified in experience” the new notion, prominently associated with Oliphant and Lewellyn, that “study of the relation between decisions and the facts of recorded cases’ might provide such a basis” (SCHLEGEL, 1980, p. 215)

¹³ Uma nota de rodapé presente no texto original de Schauer foi omitida nesta citação.

caso concreto, verificada não apenas em casos difíceis da jurisdição constitucional, mas em todos os casos do direito¹⁴.

O autor reconhece a heterogeneidade da produção realista¹⁵, mas destaca a preocupação comum sobre o papel legislativo dos tribunais, visando afastar leituras formalistas do direito que pudessem mascarar a função criativa dos juízes.

Em “O Conceito de Direito”, Hart descreve o realismo como “ceticismo sobre as regras” (*rule cepticism*) e o critica sob duas perspectivas distintas.

Visto como explicação sobre o conceito de direito, o realismo diria que o direito consiste nas decisões dos tribunais e na previsão sobre tais decisões, rejeitando a tradicional concepção segundo a qual o direito decorre de atos oficiais prévios (atos normativos, precedentes etc.).

Hart observa que, se não existem regras jurídicas pré-estabelecidas, e se o direito corresponde simplesmente à previsão sobre o que os tribunais farão, então, na prática, o juiz que busca as fontes do direito para decidir o caso concreto posto diante de si estaria julgando com base numa previsão sobre aquilo que ele mesmo fará.

Mais do que isso, o direito válido não pode ser tão somente uma previsão sobre como os tribunais irão decidir porque a própria atribuição de autoridade aos juízes se faz por meio de regras cuja validade independe de uma decisão judicial. Segundo o autor, “a asserção de que há decisões dos tribunais não pode ser combinada de forma consistente com a negação de que haja quaisquer regras. Isto é assim porque, como vimos, a existência de um tribunal implica a existência de regras secundárias que conferem jurisdição a uma sucessão mutável de indivíduos e atribuem autoridade às suas decisões” (HART, 1961, p. 150).

As críticas de Hart ao realismo enquanto *explicação sobre o conceito de direito* são contundentes, mas não desestimularam novas leituras sobre o realismo. Nesse sentido, por exemplo, Shecaira e Struchiner afirmam:

¹⁴ No original: “Given this history, it is not surprising that one great branch of American jurisprudential thought should be concerned to present the Nightmare view that, in spite of pretensions to the contrary, judges make the law which they apply to litigants and are not impartial, objective declarers of existing law. All this is comprehensible to the English lawyer after he has acquainted himself with the relevant constitutional history. **What remains surprising is that in some variations of this jurisprudence the Nightmare view should be presented by serious American jurists not merely as a feature of certain types of difficult adjudication - as in the case of constitutional adjudication in which hugely general phrases like 'due process' or 'equal protection of the laws' have somehow to be fitted to particular cases - but as if adjudication were essentially a form of law-making, never a matter of declaring the existing law, and with the suggestion that until this truth was grasped and the conventional myths that obscured it dissipated, the nature of law could not be understood.** (HART, 1980, p. 127 – 128)

¹⁵ “But in what did the realism of the Realists consist? I find it very difficult to say because this active group of jurists differed from as much as they resembled each other (HART, 1980, p. 131).

O que muitos vêem como uma prova da inconsistência do realismo, outros interpretam como um indício de que os realistas nunca tiveram a pretensão de formular uma teoria geral do direito. O realismo seria, na verdade, uma teoria da decisão judicial; e isso seria percebido sem muita dificuldade por quem se dispusesse a fazer uma leitura sistemática das obras dos realistas mais conhecidos, como Holmes, Jerome Frank, Karl Llewellyn e Herman Oliphant. A teoria da previsão, longe de constituir o núcleo do realismo, seria o resultado de leituras superficiais e distorcidas dos escritos dos realistas (LEITER, 2007, 59 - 80). A famosa frase de Holmes, sempre citada fora de contexto, foi uma das principais vítimas desse tipo de manipulação (SHECAIRA e STRUCHINER, 2016, p. 3).

A segunda crítica de Hart toma o realismo como explicação sobre a função das regras na decisão judicial, teoria para a qual “[seria] falso, se não desprovido de sentido, considerar os juízes como estando eles próprios sujeitos às regras ou ‘vinculados’ a decidir casos como o fazem” (HART, 1961, p. 152).

Hart sugere que a descrença absoluta no papel causal das regras jurídicas para a formação das decisões judiciais é fruto de um “absolutismo frustrado”: os realistas partiram de uma concepção formalista inatingível sobre os requisitos necessários para existência de uma regra, esperando que as regras vinculassem o comportamento judicial em toda e qualquer situação, mas foram desapontados pelo mundo real. Para Hart, a indeterminação do direito causada, principalmente, pela textura aberta das regras jurídicas frustrou as altas expectativas dos juristas realistas, levando-os a defenderem que simplesmente não existiriam quaisquer regras¹⁶.

Ao agirem dessa forma, os realistas teriam exagerado muito um aspecto marginal do fenômeno jurídico, pois, segundo Hart, a indeterminação causada pela textura aberta das regras jurídicas apenas emerge em casos raros. Esses casos representariam uma parte ínfima da experiência do direito, pois, na maioria das vezes, as regras jurídicas seriam capazes de orientar o

¹⁶ A respeito da “textura aberta” das regras jurídicas, Marcelo Brando explica que Hart se inspirou na filosofia da linguagem desenvolvida por Friedrich Waismann a partir de Ludwig Wittgenstein para oferecer uma visão do direito que supera os problemas clássicos do formalismo jurídico radical e do realismo jurídico ceticista. Brando afirma que “Hart reconhece que há um limite na possibilidade de a linguagem transmitir padrões gerais de conduta. Até certo ponto, a linguagem permitiria transmitir padrões ‘que reaparecem constantemente em contextos semelhantes, aos quais as fórmulas gerais são nitidamente aplicáveis’ (HART, 1961/2009: 164). (...) 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, 1961/2009: 164). Em certas situações, a linguagem legal pode ser vaga e deixar margem para muitas controvérsias nas fronteiras dos termos classificatórios gerais. (...) 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, 1961/2009: 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” (BRANDO, 2013, p. 28-29)

” Segundo o filósofo inglês, “o fato de as regras a que os juízes pretendem estar vinculados, ao decidirem sobre um caso, terem uma textura aberta ou terem exceções que não são desde logo exaustivamente especificáveis, e o fato de o desvio das regras não acarretar ao juiz uma sanção física são frequentemente usados para fundamentar a tese do cético” (HART, 1961, p. 152)

comportamento automático de cidadãos e autoridades oficiais, determinando os resultados judiciais (BRANDO, 2013, p. 28).

Brian Leiter tenta conciliar a crítica de Hart com o realismo afirmando que, para os realistas [da linha sociológica], a origem da indeterminação no direito seria a existência de regras de interpretação e precedentes válidos aptos a justificar resultados judiciais opostos, em favor de qualquer das partes, e não a textura aberta das normas alegada por Hart. Nesse sentido, Leiter alega que as “indeterminações” propostas por Hart e os realistas seriam noções distintas e mesmo complementares, embora reconheça que existe uma divergência real quanto à importância da indeterminação nos casos que alcançam os tribunais (LEITER, 2003, p. 31-32).

Schauer, por sua vez, argumenta que tais tentativas de conciliação do realismo com o positivismo hartiano refletem apenas um “realismo domesticado” (SCHAUER, 2012, p. 11-17), discussão que não será explorada no presente trabalho.

O que interessa, para os fins desta pesquisa, é: (i) compreender a hipótese realista original (“os juízes têm inclinação a um resultado antes de consultar os materiais jurídicos” e “os juízes normalmente encontram fundamentos jurídicos aptos a apoiar aquele seu palpite inicial”, nos termos propostos por Schauer); (ii) conhecer a diversidade das justificativas formuladas pelos juristas norte-americanos que adotaram aquela hipótese (linhas idiossincrática e sociológica do realismo); e (iii) reconhecer as fragilidades do projeto realista.

Diante de tudo isso, este trabalho segue o raciocínio proposto por Schauer e entende que o maior legado do movimento realista para a atualidade é a necessidade de verificar, na prática, através de pesquisa empírica sistemática, quais são os verdadeiros determinantes das decisões judiciais. É possível que os materiais jurídicos tenham um papel relevante na construção da maioria das decisões, mas essa relação não é necessariamente verdadeira em todos os casos que alcançam os tribunais e deve, portanto, ser verificada na prática através de experimentos.

Diz Schauer, nesse sentido:

It is worthwhile repeating, however, that the empirical assessment that the Realists have urged may in fact turn out for some courts and some issues and some types of law to be less inconsistent with the traditional view of law than most of the early Realists imagined. It may well be, for example, that the principal determinant of judicial decisions on questions of statutory interpretation is the ordinary meaning of the words of the relevant statute, and that the chief determinant on questions of contract law in appellate cases is the traditional rules and principles and doctrines of contract law as found in conventional contracts casebooks and in treatises like Corbin and Williston. Such outcomes would have surprised the Realists, but such traditional legal explanations for judicial outcomes may well be sound for some or many domains, and the very fact of taking this to be an empirical

question is, in the largest sense, perhaps the most important feature and legacy of the Realist program (SCHAUER, 2009, p. 142).

O legado do realismo jurídico, isto é, a necessidade de pesquisas empíricas para compreender a construção da decisão judicial, é especialmente importante no julgamento de casos difíceis moralmente carregados, em que se discutem questões afeitas ao domínio da moralidade¹⁷. Fala-se, exemplo, da legalização da eutanásia, da criminalização do aborto, dos limites da liberdade de expressão etc.

Tendo em vista a relevância do legado realista para o julgamento de casos difíceis moralmente carregados, a presente pesquisa passa a analisar algumas contribuições da psicologia experimental contemporânea acerca dos processos mentais envolvidos na tomada de decisões morais.

¹⁷ Aqui, os casos difíceis são definidos em contraposição aos casos fáceis do direito. Brando descreve os casos fáceis como aqueles em que “o juiz encontra no universo de materiais jurídicos uma regra jurídica clara que entra no processo causal da tomada de decisão. Esse processo de tomada de decisão (...) é 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: 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. Nesses casos, o juiz não pode solucionar o problema sem se valer de elementos estranhos ao direito.” (BRANDO, 2013, p. 39).

CAPÍTULO II – O JULGAMENTO MORAL SEGUNDO AS CIÊNCIAS COGNITIVAS

2.1 Considerações iniciais

Esta segunda parte do trabalho toma a psicologia como base para observar a tomada de decisões em circunstâncias de relevante disputa moral. O objetivo é conhecer, em linhas gerais, o atual estágio das discussões sobre a formação do julgamento moral no âmbito da psicologia, a fim de sugerir possíveis repercussões da psicologia moral sobre a construção da decisão judicial em casos difíceis moralmente carregados.

A premissa é que, nos litígios difíceis que transitam no terreno da moralidade, “o fato de a decisão ser proferida num ambiente criado e mantido por instituições sociais ou ser proferida dentro de uma ritualística própria não afasta a necessidade de o juiz realizar um julgamento moral” (BRANDO, 2013, p. 43). Esse pressuposto justifica uma incursão mais detalhada no território da psicologia a fim de compreender os mecanismos que atuam na mente do julgador ao buscar a correta solução do caso concreto.

Antes de abordar estudos específicos sobre a moralidade, importa conhecer minimamente o escopo de trabalho da psicologia e suas principais estratégias de pesquisa. Esses conceitos básicos serão úteis quando discutirmos as grandes tradições teóricas da psicologia moral, objeto central deste segundo capítulo.

Peter Gray define a psicologia como a ciência que visa compreender a mente e o comportamento humano: abrange o estudo das experiências subjetivas do indivíduo, suas sensações, memórias, pensamentos, sonhos, motivos, emoções etc., informações conscientes ou inconscientes, bem como as ações observáveis executadas pelas pessoas.

Trata-se de uma ciência à medida em que o estudo desses temas ocorre por intermédio da coleta sistematizada de dados objetivamente observáveis e pela análise lógica dessas informações reunidas. Observa-se o comportamento humano e, a partir dos dados encontrados, infere-se proposições sobre o funcionamento da mente (GRAY, 2014, p. 3/4).

Três conceitos são fundamentais à psicologia: 1) a noção de que o comportamento é causado pelos processos físicos ocorridos no corpo humano e que pode ser estudado cientificamente; 2) a ideia de que as experiências sensoriais e o ambiente modificam pensamentos, emoções e comportamentos ao longo do tempo; e 3) a concepção de que o corpo, responsável pelo

comportamento e fenômenos mentais, é produto da evolução pela seleção natural (GRAY, 2014, p. 5).

Partindo desses princípios, os psicólogos tentam identificar as causas do comportamento humano e explicar porque as pessoas agem, pensam e sentem de determinada forma e não de outra. Várias circunstâncias podem atuar na determinação do comportamento, o que leva os pesquisadores a convencionarem alguns *níveis de análise* tradicionais à psicologia, que variam de acordo com o elemento tido como causa dos comportamentos e/ou fenômenos mentais analisados. Por exemplo, quando pesquisadores buscam explicar certo comportamento com base na atividade cerebral verificada durante o experimento, significa que provavelmente atuam no *nível de análise neural* da psicologia, pois tomam o cérebro como causa primeira do fenômeno observado.

No mesmo sentido, poderiam tomar outros elementos como causa: os genes e o DNA humano (nível de análise genético), a evolução da espécie humana através da seleção natural (nível de análise evolucionário), “experiências passadas do indivíduo com o ambiente” (nível de análise do aprendizado), “o conhecimento ou as crenças do indivíduo” (nível de análise cognitivo), “a influência de outras pessoas” (nível de análise social), “a cultura na qual uma pessoa se desenvolve” (nível de análise cultural), e fatores relacionados à idade e ao amadurecimento (nível de análise “desenvolvimental”) ¹⁸ (causas relacionadas à idade) (GRAY, 2014, p. 13).

Em cada nível de análise, busca-se produzir conhecimento científico por meio de diferentes estratégias de pesquisa, que variam segundo métodos de estudo (experimental, correlacional e/ou descritivo), ambientes de trabalho (pesquisa de campo e/ou pesquisa em laboratório), formas de coleta dos dados (auto-relato e/ou observação), entre outros fatores.

No método experimental, o pesquisador examina as relações entre duas ou mais variáveis buscando o efeito de uma sobre a outra, a fim de identificar uma possível relação de causalidade.

A hipótese inicial é que determinada variável independente A (por exemplo, algum fator ambiental) pode afetar significativamente uma variável dependente B (por exemplo, a medida de determinado comportamento humano, como determinada nota num teste). Para testar sua hipótese, o pesquisador manipula sistematicamente A em busca de mudanças em B, ao mesmo tempo em que mantém constante outras variáveis C, D, E, F etc. Nesse ambiente controlado, será razoável concluir que eventuais alterações em B foram causadas pela manipulação de A.

¹⁸ No original, “developmental psychology”, que surge como disciplina autônoma em 1882 com a publicação do livro “The Mind of the Child” por Wilhelm Preyer. O termo “desenvolvimental” é utilizado aqui à falta de uma expressão mais adequada na língua portuguesa e se refere ao nível de análise explorado pela “psicologia do desenvolvimento”.

Na pesquisa correlacional, por outro lado, o observador não manipula nenhum elemento. Ele analisa as relações entre duas ou mais variáveis que já existem buscando alguma associação entre elas. Identificada uma relação entre as variáveis, será possível realizar previsões sobre uma a partir de informações conhecidas sobre a outra. Busca-se uma relação de predição, e não de causalidade.

Os estudos descritivos, por fim, pretendem apenas descrever as características de determinado fenômeno, sem especular sobre uma possível relação entre os elementos analisados (GRAY, 2014, p. 34/41).

Todos esses conceitos são relativamente recentes se pensarmos que a separação formal entre filosofia e psicologia só ocorre no final do século XIX, com o surgimento do primeiro laboratório de psicologia experimental e com a criação de cadeiras independentes nas universidades (MANDLER, 2007, p. 7).

Nos Estados Unidos do início do século XX, a psicologia experimental foi levada a seus extremos com o movimento behaviorista de John B. Watson (1878-1958) e Burrhus Frederic Skinner (1904-1990), que “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” (STRUCHINER e BRANDO, 2014, p. 187).

O behaviorismo tentou transformar a psicologia na ciência do comportamento, dispensando a análise de eventos mentais que não seriam passíveis de observação. No entanto, essa abordagem logo se mostrou insuficiente para compreender a amplitude do comportamento e dos fenômenos mentais¹⁹, levando filósofos, intelectuais e psicólogos como Noam Chomsky, George A. Miller e Jerry Bruner a trazer a mente de volta à psicologia experimental. Esses pesquisadores inauguraram as chamadas ciências cognitivas, área de caráter interdisciplinar “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, traduzido por STRUCHINER e BRANDO, 2014, p.187).

É nesse contexto de revalorização dos processos mentais que surge o primeiro grande paradigma teórico sobre a tomada da decisão moral: o modelo cognitivo-desenvolvimentista de julgamento moral, concebido por Lawrence Kohlberg (1927-1987).

¹⁹ Nesse sentido, Miller, no original, afirma: “defining psychology as the science of behavior was like defining physics as the science of meter reading. If scientific psychology were to succeed, mentalistic concepts would have to integrate and explain the behavioral data” (MILLER, 2003, p. 142).

2.2 O modelo cognitivo-desenvolvimentista

A tese de Kohlberg é representada pela teoria dos estágios de desenvolvimento moral, situada no âmbito da psicologia do desenvolvimento e da psicologia da cognição porque se preocupa em compreender como indivíduos de diferentes idades assimilam regras morais (KOHLBERG e HERSH, 1977, p. 54).

Em resumo, Kohlberg e seus colaboradores realizaram uma série de entrevistas com crianças, adolescentes e adultos, e analisaram as estruturas de raciocínio empregadas pelos entrevistados nas respostas dadas aos dilemas morais propostos. Os pesquisadores concluíram que existiriam seis estágios de desenvolvimento moral no ser humano, cada estágio mais “avançado” que o anterior, sugerindo ao final que o julgamento moral seria produto de uma operação racional e consciente, influenciável por fatores afetivos, modificada ao longo do tempo com o desenvolvimento das estruturas mentais do indivíduo (KOHLBERG e HERSH, 1977, p. 57).

Os estágios de desenvolvimento seriam sistemas organizados de pensamento e formariam uma sequência invariável para frente. Essas proposições foram resultado da análise de dados obtidos por intermédio de extensos estudos longitudinais, isto é, pela observação continuada das mesmas variáveis ao longo do tempo (KOHLBERG e HERSH, 1977, p. 54; LAPSLEY, 2006, p. 45-46). Nesse sentido, Kohlberg afirma:

In claiming that our stages are ‘true’, we mean, first, that stages definitions are rigidly constrained by the empirical criterion of the stage concept: Many possible stages may be conceptualized, but only one set of stages can be manifested as a longitudinal invariant sequence. The claim we make is that anyone who interviewed children about moral dilemmas and who followed them longitudinally in time would come to our six stages and no others. A second empirical criterion is that of the ‘structured whole’, that is, individuals should be consistently at a stage unless they are in transition to the next stage (when they are considered in mixed stages). The fact that almost all individuals manifest more than 50 percent of responses at a single state with the rest at adjacent stages support this criterion. Second, in claiming that the stages are ‘true’, we mean that the conceptual structure of the stage is not contingent on a specific psychological theory. They are, rather, matters of adequate logical analysis (KOHLBERG, 1984, p. 195).

Kohlberg e Hersh registram que o desenvolvimento moral no indivíduo não corresponde a um “acúmulo de conhecimento sobre os valores de determinada cultura”, mas representa as transformações que ocorrem na estrutura de pensamento de uma pessoa ao longo do tempo. Essas

estruturas seriam universais na sequência de desenvolvimento, independentemente da cultura analisada (KOHLBERG e HERSH, 1977, p. 54)²⁰.

O primeiro estágio identificado por Kohlberg é chamado de “orientação para punição e obediência”, no qual as consequências físicas da ação determinam o valor moral da ação, respeitando-se o poder estabelecido, de forma acrítica, com o único objetivo de evitar punições (KOHLBERG e HERSH, 1977, p. 54).

O segundo estágio de desenvolvimento moral é a “orientação instrumental-relativista”, em que “a ação correta é aquela que instrumentalmente satisfaz as necessidades de uma pessoa e ocasionalmente as necessidades de outras”. Não há um respeito cego às autoridades, pois os entrevistados reconhecem que existem diferentes pontos de vista na sociedade, razão pela qual os indivíduos nesse estágio buscam estabelecer acordos interpessoais. Como Kohlberg define, esse estágio é caracterizado pelo raciocínio “você coça minhas costas e eu coço as suas” (KOHLBERG e HERSH, 1977, p. 55).

O terceiro estágio representa uma mudança da lógica individualista anterior para um momento de maior identificação com a ordem social. Esse estágio é chamado de “orientação de concordância interpessoal”, no qual “o comportamento correto é aquele que agrada/ajuda os outros e é aprovado por eles” (KOHLBERG e HERSH, 1977, p. 55).

O quarto estágio é a “orientação da ‘lei e ordem’”, em que o certo é “o cumprimento do dever, o respeito à autoridade e a manutenção da ordem social por si própria” (KOHLBERG e HERSH, 1977, p. 55).

O quinto estágio de desenvolvimento moral é chamado de “orientação legalista do contrato social”, no qual “um ponto de vista moral é considerado anterior a convenções sociais e à legalidade, de modo que quando princípios e ordem jurídica colidem, o ponto de vista moral determina que a pessoa defenda seus princípios em detrimento das regras legais” (LAPSLEY, 2006, p. 47)²¹.

²⁰ No original: “Moral development, as initially defined by Piaget and then refined and researched by Kohlberg does not simply represent an increasing knowledge of cultural values usually leading to ethical relativity. Rather, it represents the transformations that occur in a person’s form or structure of thought. The content of values varies from culture to culture; hence the study of cultural values cannot tell us how a person interacts with his social environment, or how a person goes about solving problems related to his/her social world. This requires the analysis of developing structures of moral judgment, which are found to be universal in a developmental sequence across cultures” (KOHLBERG e HERSH, 1977, p. 54).

²¹ No original: “A moral point of view is considered prior to social conventions and legal regulation, so that when principle and legality clash, the moral point of view bids one to uphold the former and reject the latter (Stage 5)”.

Há um evidente reconhecimento sobre a relatividade dos valores e opiniões pessoais, de forma que “a ação correta é definida em termos de direitos individuais gerais e *standards* que tenham sido examinados e aceitos por toda a sociedade”. Kohlberg registra ainda que “há preocupação com a legalidade, mas com ênfase na possibilidade de alterar a lei em termos de considerações racionais e utilidade social (ao invés de considerá-la estática, como no quarto estágio de desenvolvimento)” (KOHLBERG e HERSH, 1977, p. 55).

O sexto estágio é chamado “orientação do princípio ético universal”. Kohlberg sustenta que, nesse estágio, “a ação correta é definida por uma decisão consciente do indivíduo, de acordo com princípios éticos universais escolhidos voluntariamente”. Essencialmente, “esses seriam princípios universais de justiça, reciprocidade, igualdade e de respeito pela dignidade dos seres humanos enquanto indivíduos” (KOHLBERG e HERSH, 1977, p. 55). O último estágio de desenvolvimento moral não foi empiricamente validado e é visto como um ponto final hipotético da sequência invariável proposta por Kohlberg (LAPSLEY, 2006, p. 48).

Nos termos da análise proposta por Jonathan Haidt (2001, p. 816), a teoria de Kohlberg pode ser compreendida como um modelo racionalista, à medida em que atribui ao raciocínio consciente o papel principal na formação da decisão moral. Segundo Kohlberg, as emoções podem influenciar o julgamento, mas nunca serão a causa direta da decisão. O julgamento moral consiste em uma operação racional, consciente, resultado causal da reflexão ponderada a respeito das evidências do caso em análise. Nesse sentido, por exemplo, o psicólogo afirmou:

We are claiming... that the moral force in personality is cognitive. Affective forces are involved in moral decisions, but affect is neither moral nor immoral. When the affective arousal is channeled into moral directions, it is moral; when it is not so channeled, it is not. The moral channeling mechanisms themselves are cognitive (KOHLBERG, 1971, p. 230-231, citado por HAIDT, 2001, p. 816).

Em linhas gerais, as explicações racionalistas do julgamento moral estão associadas à seguinte estrutura:

Figura 1: O modelo de racionalismo do julgamento moral

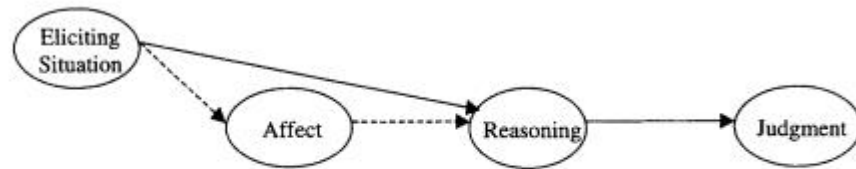


Figure 1. The rationalist model of moral judgment. Moral affects such as sympathy may sometimes be inputs to moral reasoning.

Fonte: Haidt, 2001, p. 815.

O modelo cognitivo-desenvolvimentista de Kohlberg inspirou pesquisas posteriores e cristalizou um certo consenso entre os teóricos sobre a origem racional do julgamento moral. Esse consenso começa a ser questionado no final do século XX, à medida em que avançam as pesquisas sobre a importância das emoções morais no julgamento moral, bem como os estudos ligados aos processos automáticos de cognição, isto é, à “capacidade da mente de processar informações e resolver diversos problemas de maneira automática e inconsciente” (STRUCHINER e BRANDO, 2014, p. 188).

Jonathan Haidt explora essas questões em seu artigo “*The Emotional Dog and its Rational Tail: A Social-Intuitionist Approach to Moral Judgment*”, publicado na revista *Psychological Review*, em 2001.

2.3 O modelo sócio-intuicionista

Haidt realizou uma ampla revisão bibliográfica para propor que os recentes achados de diferentes áreas de pesquisa (da psicologia experimental, aos estudos cognitivos, passando pela antropologia e primatologia), na verdade, não poderiam ser explicados satisfatoriamente pelos modelos racionalistas de julgamento moral.

Diante dessa constatação, Haidt sugere uma alternativa às explicações racionalistas: o modelo sócio-intuicionista de julgamento moral, segundo o qual “a maior parte das decisões morais é formada por rápidas intuições morais, automáticas e inconscientes, que podem ser influenciadas pelas situações sociais, e, quando necessário, justificadas por um raciocínio moral *post-hoc*” (HAIDT, 2001, p. 817). O modelo reconhece o papel da reflexão em contexto privado no processo de julgamento moral, mas sustenta que esse tipo de raciocínio individual teria uma menor relevância na formação das decisões, que seriam construídas, principalmente, a partir de intuições morais e da interação interpessoal.

Haidt conceitua o termo julgamento moral como “as avaliações (bom *versus* mau) sobre as ações ou sobre o caráter de uma pessoa realizadas a partir de um conjunto de virtudes tido por obrigatórios em uma cultura ou subcultura”.

Raciocínio moral, por sua vez, seria a “atividade mental consciente de transformar dadas informações sobre as pessoas a fim de alcançar um julgamento moral. Conceituá-lo como um processo consciente significa dizer que é intencional, esforçado, controlável, e que a pessoa tem conhecimento de que está acontecendo”.

Por último, a expressão intuição moral refere-se “ao súbito aparecimento na consciência de um julgamento moral, incluindo uma valoração afetiva (bom-mau, gosto-desgosto), sem nenhum conhecimento consciente de ter passado por um processo de busca de evidências, avaliação dessas evidências, ou dedução de uma conclusão” (HAIDT, 2001, p. 817-818).

O modelo sócio-intuicionista explica a tomada de decisão moral através de quatro elos ou processos principais (1 a 4) e dois elos ou processos menos frequentes (5 e 6), detalhados a seguir em uma tradução livre de Haidt (2001, p. 818-819).

1) Julgamento intuitivo: diante de uma situação provocadora (*eliciting situation*), intuições morais causam o aparecimento de um julgamento moral, num processo inconsciente e automático que prescinde de esforço mental. A existência desse processo automático é bem estabelecida em pesquisas sobre cognição não-moral, por exemplo quanto à rápida formação de avaliações afetivas ou quanto ao funcionamento automático e implícito da cognição social.

2) Raciocínio *post-hoc*: o modelo sócio-intuicionista propõe que, “após a tomada da decisão moral, dá-se início a um processo de raciocínio que busca por argumentos que deem sustentação ao julgamento já alcançado” (HAIDT, 2001, p. 818). Esse raciocínio moral *post-hoc* exige esforço mental.

3) Persuasão racional: o modelo sugere que o raciocínio moral é externalizado verbalmente a fim de justificar a decisão tomada a outras pessoas. Haidt sustenta que essa argumentação pode às vezes afetar os interlocutores, mas essa persuasão não ocorreria pela força dos argumentos empregados, e sim pelo fato de que o raciocínio moral externalizado pode despertar novas intuições de caráter emocionais no ouvinte.

4) Persuasão social: “considerando que pessoas são altamente sintonizadas com a emergência de normas coletivas, o simples fato de que amigos, aliados ou conhecidos realizaram determinado julgamento moral exerce uma influência sobre as pessoas, ainda que não exista persuasão racional” (HAIDT, 2001, p. 819).

5) Julgamento fundamentado: o modelo propõe que, às vezes, as pessoas podem utilizar o raciocínio para construir um julgamento moral, superando a intuição moral inicial. Esses casos seriam hipoteticamente raros e apenas ocorreriam quando “a intuição inicial é fraca e a capacidade de processamento é alta” (HAIDT, 2001, p. 819).

6) Reflexão em contexto privado: ao pensar sobre dada situação, é possível que a pessoa espontaneamente ative uma nova intuição, que pode ou não vir a suplantar o julgamento intuitivo original. Segundo Haidt, a forma mais discutida de despertar novas intuições é o exercício de se colocar na posição do outro. Nesses casos, “a pessoa passa a ver um dilema a partir de diferentes lados, o que a faz vivenciar intuições conflitantes” (HAIDT, 2001, p. 819). Para solucionar a disputa, “o indivíduo pode seguir a intuição mais forte ou, ainda, decidir racionalmente entre os lados do conflito através da aplicação consciente de uma regra ou princípio” (HAIDT, 2001, p. 819).

Todos esses processos aparecem estruturados na figura abaixo.

Figura 2: Síntese dos elos do modelo sócio- intuicionista

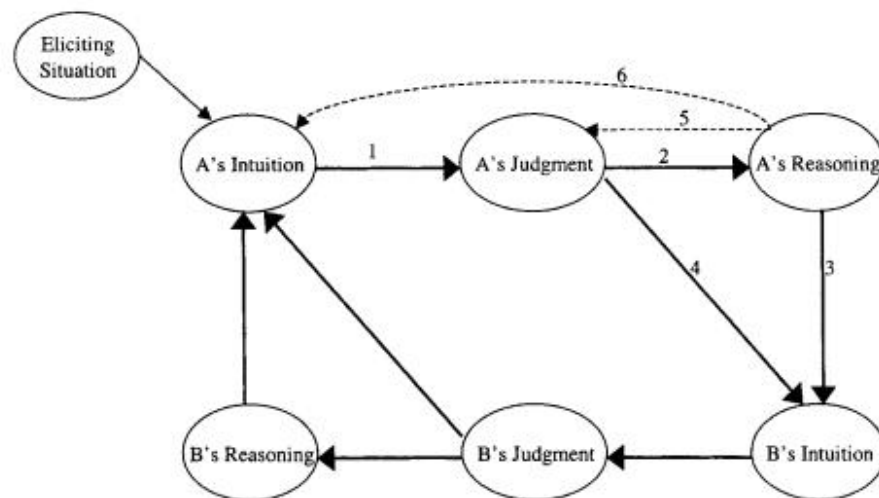


Figure 2. The social intuitionist model of moral judgment. The numbered links, drawn for Person A only, are (1) the intuitive judgment link, (2) the post hoc reasoning link, (3) the reasoned persuasion link, and (4) the social persuasion link. Two additional links are hypothesized to occur less frequently: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

Fonte:Haidt, 2001, p. 815

O autor reúne quatro grandes evidências que demonstrariam a insuficiência do paradigma racionalista na psicologia moral, mas que poderiam ser explicadas a partir do modelo sócio-intuicionista.

Em primeiro lugar, a abordagem dominante nas pesquisas sobre economia comportamental – as “teorias do duplo processo” – aponta a existência de dois sistemas cognitivos diversos, um mais rápido, inconsciente e intuitivo, e outro mais lento, consciente e reflexivo, que operam paralelamente e competem entre si quando um indivíduo realiza julgamentos e toma decisões. Esses sistemas também são chamados de implícito e explícito, intuitivo e deliberativo, ou sistema 1 e sistema 2.

Tabela 1: Características gerais de ambos os sistemas

Table 1

General Features of the Two Systems

The intuitive system	The reasoning system
Fast and effortless	Slow and effortful
Process is unintentional and runs automatically	Process is intentional and controllable
Process is inaccessible; only results enter awareness	Process is consciously accessible and viewable
Does not demand attentional resources	Demands attentional resources, which are limited
Parallel distributed processing	Serial processing
Pattern matching; thought is metaphorical, holistic	Symbol manipulation; thought is truth preserving, analytical
Common to all mammals	Unique to humans over age 2 and perhaps some language-trained apes
Context dependent	Context independent
Platform dependent (depends on the brain and body that houses it)	Platform independent (the process can be transported to any rule following organism or machine)

Note. These contrasts are discussed in Bruner (1986), Chaiken (1980), Epstein (1994), Freud (1900/1976), Margolis (1987), Metcalfe and Mischel (1999), Petty and Cacioppo (1986), Posner and Snyder (1975), Pyszczynski and Greenberg (1987), Reber (1993), Wegner (1994), T. D. Wilson (in press), and Zajonc (1980).

Fonte: Haidt, 2001, p. 815.

Haidt sustenta que os julgamentos morais funcionam como os outros tipos de julgamento estudados pela economia comportamental, nos quais a maior parte da ação é gerada pelos processos intuitivos (sistema 1). Nesse sentido, vale destacar duas pesquisas que investigaram as reações das pessoas a “tabus inofensivos”, ações tidas por ofensivas, mas que não envolviam danos aos personagens.

Em 1993, Haidt analisou o comportamento de brasileiros e americanos sobre as seguintes 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?” (STRUCHINER e BRANDO, 2014, p. 191).

Os participantes reconheceram que ninguém havia sido prejudicado nos cenários descritos, mas ainda assim geralmente responderam que as ações eram universalmente erradas. Haidt também

aponta que as reações afetivas dos participantes às histórias eram elementos úteis para antever seus julgamentos morais, mais úteis do que suas alegações sobre as consequências danosas de uma ação.

Um segundo experimento que também reforça a ideia de julgamentos morais automáticos foi realizado em 2000, quando Haidt analisou a reação dos participantes à seguinte vinheta (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? (HAIDT, 2001, p. 814).

A maior parte das pessoas respondia imediatamente que era errado os irmãos terem feito amor. Depois de condenarem a ação, os participantes passavam a procurar por razões que explicassem seu posicionamento, apresentando argumentos que já haviam sido afastados na própria vinheta: eles apontavam o risco de uma gravidez e a concepção de uma criança com problemas genéticos, mas então eram lembrados de que Julie e Mark usaram duas formas de contraceptivos; os participantes diziam que Julie e Mark poderiam se magoar e acabar se distanciando, e novamente eram confrontados com as circunstâncias do caso narrado, pois a vinheta conta que os irmãos passaram a se sentir mais próximos com seu segredo.

Apesar de não encontrarem argumentos para justificar sua posição, muitas pessoas seguiram afirmando que a atitude dos irmãos era errada. Quando os pesquisadores insistiam, muitos diziam algo como “Eu não sei, eu não posso explicar, eu apenas sei que é errado” (HAIDT, 2001, p. 814). Os participantes ficaram estupefatos, não possuíam argumentos, mas ainda assim sustentavam seu julgamento inicial.

Esses resultados parecem indicar que a reflexão e o raciocínio moral não são as causas diretas dos julgamentos morais. Ao contrário, os julgamentos parecem ser gerados de maneira automática e inconsciente, fortalecendo a hipótese de Haidt sobre a natureza intuitiva da tomada de decisão moral (primeiro elo do modelo).

Outro ponto relevante são as descobertas a respeito do funcionamento do raciocínio, que apontam a importância do “raciocínio motivado”²² em diversas situações, especialmente no contexto de disputa moral: nesses casos, a razão não opera de maneira objetiva e isenta em busca da verdade, mas é empregada como um advogado para buscar evidências confirmatórias de conclusões obtidas previamente.

Pesquisas demonstram que as pessoas apresentam uma tendência a buscar por “evidências” exclusivamente sobre seu lado de um determinado problema, padrão chamado de “my-side bias” (BARON, 1995; PERKINS et al., 1991). Haidt afirma que “quando as pessoas encontram evidência de apoio, mesmo uma evidência ruim, interrompem a busca, pois apresentariam uma ‘epistemologia do faz-sentido’ (“makes-sense epistemology”), cujo objetivo é encontrar a primeira conclusão que se enquadre com importantes crenças anteriores, e não a conclusão mais correta” (2001, p. 821).

O autor também comenta alguns estudos sobre o viés confirmatório²³ (“confirmatory bias”) e aponta que, às vezes, os indivíduos formulam as perguntas certas para chegar à verdade (sem necessariamente confirmar seu ponto de vista inicial), porém parece que esse tipo de raciocínio ocorre apenas quando não há necessidade de defender qualquer posição. Quando, por outro lado, “os participantes precisam argumentar sobre temas que envolvem questões morais, as pesquisas empíricas geralmente mostram a incidência de vieses e raciocínio motivado” (HAIDT, 2001, p. 821).

Em resumo, Haidt parece sugerir que as pessoas podem, sim, operar as estruturas da razão de forma isenta e desinteressada para construir um julgamento moral de base “racional”. Ocorre que essa reflexão objetiva e imparcial parece ser muito rara, não condiz com a maioria dos resultados obtidos pela pesquisa empírica, que apontam a relevância do raciocínio motivado e do viés confirmatório na formação da decisão moral do cotidiano.

The reasoning process in moral judgment may be capable of working objectively under very limited circumstances: when the person has adequate time and processing capacity, a motivation to be accurate, no a priori judgment to defend or justify, and when no relatedness or coherence motivations are triggered (Forgas, 1995; Wegner & Bargh, 1998). Such circumstances may be found in moral judgment studies using hypothetical and unemotional dilemmas. Rationalist research methods may therefore *create* an unusual and nonrepresentative kind of moral judgment. However, in real judgment situations, such

²² “O raciocínio motivado é o processo de raciocínio que não é isento, mas enviesado, posto que direcionado pela motivação de chegar à conclusão previamente desejada” (SOOD, 2013, citado por HORTA e COSTA, 2020, p. 84)

²³ O viés confirmatório seria “a 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, citado por STRUCHINER e BRANDO, 2014, p. 201)

as when people are gossiping or arguing, relatedness motives are always at work. If more shocking or threatening issues are being judged, such as abortion, euthanasia, or consensual incest, then coherence motives also will be at work. Under these more realistic circumstances, moral reasoning is not left free to search for truth but is likely to be hired out like a lawyer by various motives, employed only to seek confirmation of preordained conclusions (HAIDT, 2001, p. 822).

Os experimentos sobre situações realistas de julgamento moral parecem, então, apontar a prevalência do raciocínio motivado na tomada de decisão, resultado compatível com as explicações do modelo sócio-intuicionista sobre a primazia do segundo elo (raciocínio *post hoc*) e subsidiariedade dos elos 5 e 6 (julgamento fundamentado e reflexão em contexto privado).

Em terceiro lugar, Haidt afirma que o cérebro rapidamente constrói justificações racionais para julgamentos e ações gerados por processos inconscientes, produzindo a ilusão de que a decisão final teria sido causada por um raciocínio objetivo. A partir de pesquisas conduzidas por Nisbett & Wilson (1997), o autor aponta que as pessoas não têm acesso às verdadeiras causas de suas decisões morais (quais sejam, suas intuições morais inconscientes) e que justificam seus julgamentos através de “teorias morais apriorísticas” (“a priori moral theories”): “um caldo de normas culturais que fornece razões aceitáveis para elogiar ou censurar os outros (por exemplo, a regra de que “causar um dano não provocado é mau”)” (HAIDT, 2001, 822).

Existe uma relação entre julgamento moral e raciocínio moral, mas essa relação não é aquela imaginada pelos modelos racionalistas. Ao invés do raciocínio causar o julgamento, é o julgamento que condiciona a construção da justificativa racional. Segundo Haidt, essa constatação significa que, até o momento, “duas ilusões guiavam os estudos sobre psicologia moral: primeiro, a ilusão de que nosso julgamento moral é conduzido pelo raciocínio; segundo, a ilusão de que, num debate sobre valores morais, nossos argumentos que refutam os argumentos da parte contrária irão fazê-la mudar de ideia” (2001, p. 823).

People have quick and automatic moral intuitions, and when called on to justify these intuitions they generate post hoc justifications out of apriori moral theories. They do not realize that they are doing this, so they fall prey to two illusions. Moral arguments are therefore like shadow-boxing matches: Each contestant lands heavy blows to the opponent’s shadow, then wonders why she doesn’t fall down. Thus, moral reasoning may have little persuasive power in conflict situations, but the social intuitionist model says that moral reasoning can be effective in influencing people before a conflict arises. Words and ideas do affect friends, allies, and even strangers by means of the reasoned-persuasion link. If one can get the other person to see the issue in a new way, perhaps by reframing a problem to trigger new intuitions, then one can influence others with one’s word (HAIDT, 2001, p. 823).

O quarto e último ponto levantado pelo psicólogo para questionar os tradicionais modelos racionalistas são as evidências empíricas que apontam que a ação moral está mais diretamente relacionada com a existência de emoções, do que com a manifestação de raciocínio moral. Entre as várias pesquisas mencionadas pelo autor, chamam atenção os estudos conduzidos por Cleckley (1955) sobre indivíduos psicopatas, “pessoas nos quais a razão teria se dissociado das emoções morais”. As pesquisas de Cleckley sugerem que psicopatas são inteligentes, conhecem as regras do convívio social e compreendem as consequências danosas de suas ações, mas apenas não se importam com essas consequências, não apresentam as reações afetivas que, por exemplo, normalmente seriam desencadeadas pelo sofrimento de outros.

Tudo isso parece impactar de maneira significativa os paradigmas racionalistas pressupostos pelo direito a respeito da formação da decisão judicial em casos de disputa moral, apontando a necessidade de revisitar as considerações realistas sobre a relevância causal dos materiais jurídicos na construção dessas decisões.

CAPÍTULO III - A TOMADA DE DECISÃO MORAL NO AMBIENTE JUDICIAL E O REALISMO JURÍDICO

3.1 Considerações iniciais

O presente capítulo retoma a hipótese realista analisada na primeira parte do trabalho e a discute à luz do modelo sócio intuicionista de julgamento moral.

Para recordar, a tese do realismo jurídico norte-americano tem sido descrita nesta pesquisa nos termos propostos por Frederick Schauer, isto é, como uma hipótese de duas partes, direcionada, especificamente, aos casos difíceis do direito que atingem as instâncias recursais:

1. A maioria dos juízes tem uma inclinação para chegar a um determinado resultado antes de consultar os materiais jurídicos;
2. 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.

Nesses casos difíceis, os materiais jurídicos tradicionais não permitiriam prever de maneira eficaz as decisões judiciais porque outros fatores, extrajurídicos, seriam responsáveis por causar a inclinação inicial que determinará a decisão judicial.

Vimos que os autores norte-americanos concordam a respeito da hipótese descrita acima, mas divergem quanto às causas do fenômeno: os realistas ligados à linha idiossincrática sustentam que o juiz decidiria a partir de um palpite, uma intuição sobre o resultado justo para um dado caso concreto, apresentando racionalizações *post hoc* para justificar aquela decisão intuitiva; já os autores ligados à linha sociológica do realismo alegam que “forças sociais” seriam a causa da inclinação inicial, regras gerais encontradas a partir de considerações políticas, econômicas, sociais etc., estranhas aos conceitos jurídicos convencionais.

O presente trabalho se debruçou sobre um tipo bastante específico de caso difícil – o caso difícil moralmente carregado – e busca agora relacionar a hipótese realista com as recentes descobertas da psicologia e das ciências cognitivas a respeito dos mecanismos mentais que operam na formação do julgamento moral.

Considerando as evidências analisadas até aqui, o modelo sócio-intuicionista de julgamento moral proposto por Jonathan Haidt parece oferecer uma descrição precisa dos mecanismos psicológicos que os autores norte-americanos imaginavam operar nos casos difíceis do direito.

Para lembrar, Haidt sugere que o julgamento moral é formado a partir de uma intuição moral rápida, automática e inconsciente (representada pelo primeiro elo do modelo sócio-intuicionista), seguida por uma racionalização *post hoc* que busca justificar a decisão tomada com base na intuição (segundo elo do modelo).

O primeiro elo parece respaldar a primeira parte da hipótese realista de que os juízes teriam uma inclinação inicial para chegar a determinado resultado antes de consultar as fontes formais do direito. Isso porque, segundo Haidt, todas as pessoas (ou, pelo menos, um número representativo de pessoas) manifestam uma intuição moral rápida, automática e inconsciente, que precede a deliberação racional e determina o julgamento final. Há evidências de que os magistrados, no exercício da profissão, tomam decisões morais da mesma maneira que as demais pessoas – tema desenvolvido nos próximos parágrafos – sendo razoável supor que, nos casos difíceis moralmente carregados do direito, os juízes apresentam uma “intuição moral” automática que os predispõe a decidir de determinada forma, tal como os realistas imaginavam ainda no início do século XX.

O segundo elo do modelo sócio-intuicionista também sugere que a segunda parte da hipótese realista estaria correta ao pressupor que os magistrados buscam construir uma argumentação *ex post facto* para fundamentar uma decisão tomada intuitivamente. Os juristas norte-americanos afirmam que “o juiz raramente terá dificuldade de encontrar a roupagem jurídica para a decisão tomada” porque partem da premissa de que todos os julgadores irão buscar uma roupagem jurídica apta a justificar a decisão que lhes ocorreu em um flash. Os realistas supõem que a decisão intuitiva é necessariamente seguida por uma racionalização *post hoc* e, nesse sentido, são amparados pelas explicações do modelo sócio-intuicionista.

Aqui, é importante registrar que a teoria de Haidt confirma a segunda parte da hipótese realista apenas no que diz respeito aos processos cognitivos pressupostos por aqueles juristas. Enquanto saber produzido no âmbito da psicologia, voltado a explicar os objetos típicos da psicologia (a mente humana e o comportamento humano), o modelo sócio-intuicionista de Haidt nada tem a dizer sobre a maleabilidade do direito ou sobre a possibilidade de se justificar *qualquer* decisão judicial a partir das normas do direito positivo. As alegações realistas sobre a natureza transigente do direito seguem controversas e não serão desenvolvidas com maior profundidade no presente trabalho, que foca nos processos psicológicos subjacentes à tomada da decisão judicial em casos de relevante disputa moral.

Voltando à revisão sobre o modelo de Haidt, o pesquisador deixa claro que a deliberação racional pode, sim, ter um papel causal na construção da decisão moral, mas que as pesquisas

empíricas apontam que isso ocorre, principalmente, num contexto social, de debate e diálogo entre indivíduos (elos 3 e 4). Também nesse sentido, Haidt sustenta que os julgamentos morais causados pela deliberação racional individual e/ou pela reflexão em contexto privado (elos 5 e 6) seriam raros, verificados apenas quando “as intuições morais iniciais são fracas e quando a capacidade de processamento do julgador é privilegiada” (HAIDT, 2001, p. 819, em tradução livre).

Struchiner e Brando (2014, p. 199/215) oferecem considerações relevantes sobre as implicações do modelo sócio-intuicionista na formação da decisão judicial em casos moralmente carregados.

Esses autores afirmam, por exemplo, que o procedimento de recrutamento de juízes no Brasil (concursos públicos de alto nível técnico-jurídico) e o treinamento técnico fornecido a magistrados poderiam talvez, em tese, produzir um maior grau de discernimento a respeito dos vieses e processos automáticos que atuam no momento da tomada de decisão em casos difíceis moralmente carregados. Nessa hipótese, os elos 5 e 6 do modelo sócio-intuicionista entrariam em cena, superando ou alterando intuições morais iniciais para produzir um julgamento moral verdadeiramente causado pela razão.

Apontam que também seria teoricamente possível que o desenho institucional do Poder Judiciário brasileiro limitasse a incidência de intuições morais fortes nos casos difíceis do direito, reduzindo a atuação do primeiro elo do modelo, ou ainda que o ambiente forense favorecesse os momentos de diálogo entre partes contrárias, privilegiando a persuasão racional e a persuasão social representadas nos elos 3 e 4.

Struchiner e Brando bem observam, porém, que todas essas alegações são questões essencialmente empíricas, que não podem ser tomadas de maneira acrítica como pressupostos da decisão judicial.

Os autores relembram que o momento de racionalização *post hoc* não representa uma busca na memória pelo processo cognitivo que causou a decisão, uma vez que esses processos são, em sua maioria, automáticos e inconscientes, e que a fundamentação racional seria uma tentativa enviesada de racionalizar um ponto de vista específico, instância típica de ocorrência do chamado “viés confirmatório”²⁴.

Essa constatação representa inúmeros problemas aos ideais normativos de justiça que normalmente aparecem como justificativa do direito positivo: a uma, Struchiner e Brando apontam

²⁴ O viés confirmatório seria “a inclinação involuntária que as pessoas têm de 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).

que “os juízes argumentarão em favor de um julgamento moral causado por uma intuição, a qual, por sua vez, pode ter sido adquirida por fontes indignas de confiança”; a duas, ressaltam que “inúmeras evidências empíricas indicam que fatores irrelevantes podem interferir na formação do julgamento moral”:

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, Kacirik 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). (STRUCHINER e BRANDO, 2014, p. 205).

Alguns experimentos realizados especificamente no ambiente forense parecem apontar que os juízes estariam, sim, suscetíveis a vieses cognitivos e a fatores ambientais irrelevantes no momento da formação das decisões judiciais. Nesse sentido, um dos estudos mais conhecidos na literatura especializada é a pesquisa de Shai Danziger, Jonathan Levav, e Liora Avnaim-Pesso, de 2011, que analisou durante 10 meses, 1.112 decisões sobre pedidos de concessão de liberdade condicional em Israel. A equipe de Danziger isolou diversas variáveis (ex.: origem, raça, cor e sexo do apenado, gravidade do delito cometido etc.) e concluiu que, mais do que a gravidade do crime e que as características pessoais do detento, a concessão ou não da liberdade condicional parecia depender do momento do dia em que os casos eram julgados.

Vale registrar que o estudo de Danziger, Levav e Avnaim-Pesso, bem como algumas outras pesquisas mencionadas nesta subseção, recentemente, têm sido questionados pela comunidade científica por ignorarem fatores relevantes na tomada da decisão judicial e apresentarem resultados falsos positivos, irreplicáveis. A subseção seguinte do presente trabalho aborda algumas dificuldades inerentes à metodologia na pesquisa empírica da adjudicação que permitirão compreender melhor algumas das críticas dirigidas àqueles estudos. Por ora, interessa notar que a literatura experimental sobre os mecanismos psicológicos que atuam na tomada da decisão judicial é um trabalho em construção, e que existe um crescente conjunto de evidências apontando à suscetibilidade de juízes experientes a distorções/vieses psicológicos (STRUCHINER e BRANDO, 2014, p. 206/207), tema também analisado na subseção seguinte.

Struchiner e Brando fizeram uma revisão sobre estudos empíricos da formação do julgamento moral e da construção da decisão judicial em casos difíceis moralmente carregados para sustentar, ao final de seu artigo, um ceticismo quanto à existência de alguma imunidade ou

blindagem especial dos juízes aos vieses cognitivos e ao raciocínio motivado que tipicamente aparecem na tomada de decisões morais.

Nesse sentido, os autores apontam que juízes são, afinal, seres humanos como quaisquer outros, têm intuições fortes e inconscientes sobre a correção ou incorreção moral de temas como aborto anencefálico, pesquisa com células tronco embrionárias, possibilidade de publicar um livro com teor discriminatório. Essas intuições poderiam ainda ser influenciadas por reações afetivas não confiáveis (ex: nojo), efeitos de ordem, o momento do dia em que a decisão é tomada etc.

A capacidade de processamento dos julgadores também ficaria comprometida por uma série de razões de caráter institucional, como a grande quantidade de casos que cada juiz precisa julgar e a ausência de diálogo nos casos difíceis moralmente carregados julgados pelo Supremo Tribunal Federal (as decisões escritas, gigantescas, vêm prontas para serem apresentadas na ocasião do julgamento e dificilmente são alteradas pela discussão entre ministros) (STRUCHINER e BRANDO, 2014, p. 211/214).

3.2 Apontamentos sobre a pesquisa empírica na psicologia da decisão judicial

Todas essas considerações corroboram a necessidade de pesquisas empíricas que permitam entender quais fatores realmente importam na formação da decisão judicial em casos de relevante disputa moral.

Horta e Costa (2020, p. 76/109) apresentam uma revisão sobre os principais achados e estratégias de pesquisa utilizadas pela literatura sobre psicologia do julgamento e tomada de decisão judicial, discutindo alguns desafios de pesquisadores que se propõem a estudar esse campo.

O trabalho desses autores é particularmente interessante porque oferece um compilado de pesquisas paradigmáticas na psicologia judicial experimental, e, sobretudo, porque relaciona as dificuldades teóricas e metodológicas para realizar esse tipo de estudo. Em outras palavras, Horta e Costa refinam a discussão sobre as pesquisas empíricas no ambiente forense e, de certa forma, oferecem um instrumental metodológico que muito ajudaria os autores realistas norte-americanos no início do século passado.

Entre as contribuições daquele trabalho, destacam-se as distinções realizadas entre tradições de pesquisa empírica da tomada decisão judicial, bem como a descrição de métodos tradicionais de investigação e suas respectivas limitações.

Os autores destacam que a literatura em psicologia judicial, em regra, busca explicitar os fatores extrajurídicos que estariam influenciando magistrados a decidir de determinada forma um grupo específico de casos, e ressaltam que o alcance explicativo dessa literatura depende do enfoque aplicado pelo próprio pesquisador.

Uma abordagem *nomotética* da pesquisa empírica, por exemplo, “busca encontrar regularidades generalizáveis dos fenômenos”, isto é, “busca revelar mecanismos por meio dos quais variáveis extrajurídicas podem, no agregado de julgamentos, produzir tendências que levam a um viés em determinadas decisões judiciais”. Uma abordagem *ideográfica*, por outro lado, tem pretensões distintas: “se ocupa em compreender em profundidade um caso único” (HORTA e COSTA, 2020, p. 84).

O tipo de viés investigado também direciona eventuais conclusões de ordem jurídico-normativas:

O programa de pesquisa das “heurísticas e vieses”, por exemplo, que segue a tradição consagrada no âmbito da Economia Comportamental, busca mostrar como o uso de determinados atalhos cognitivos – conhecidos como heurísticas – pode conduzir a decisões enviesadas. Neste caso, o ideal jurídico-normativo que ficaria comprometido seria o da correção ou acurácia da decisão judicial em relação aos fatos. Assim, se magistrados utilizam heurísticas como da ancoragem, representatividade, ou disponibilidade⁶ para o conhecimento de uma questão de fato, sua decisão estaria sujeita a erros derivados de vieses cognitivos.

Por outro lado, a tradição de pesquisa tributária da Psicologia Social acerca do “raciocínio motivado”, da “dissonância cognitiva” ou do “viés de confirmação forense” se interessa pelo potencial de racionalização que as pessoas exibem, e que as leva a construir uma elaborada justificação que legitime crenças ou preconceitos pré-existentes a despeito das evidências em contrário. Desse modo, interpretação de questões de fato ou de direito dependeria, de maneira relevante, das preferências e predisposições que o magistrado nutriria antes mesmo de travar contato com o caso. O ideal jurídico-normativo comprometido, neste caso, seria o da imparcialidade judicial.

Esses trabalhos geralmente deixam subentendido que a decisão judicial desejável é aquela sobre a qual incidem menos vieses, uma vez que eles sempre distanciarão o resultado do processo judicial daquilo que se esperaria de um magistrado plenamente racional ou imparcial. Como se pode observar, trata-se de um pressuposto teórico-filosófico repleto de consequências e que não é isento de problemas (HORTA e COSTA, 2020, p. 84 e 85)

²⁵.

²⁵ Algumas notas de rodapé presentes do texto original de Horta e Costa foram omitidas nessa citação. Vale, no entanto, reproduzir a nota nº 7 do texto original, que explica os conceitos de raciocínio motivado, dissonância cognitiva e viés de confirmação forense: “Esses três conceitos se referem à capacidade de racionalização ou de justificação de crenças pré-concebidas, bem como na influência que essas crenças prévias exercem sobre a coleta ou a interpretação de novas informações. O raciocínio motivado é o processo de raciocínio que não é isento, mas enviesado, posto que direcionado pela motivação de chegar à conclusão previamente desejada (Sood, 2013). A dissonância cognitiva é um conceito clássico em Psicologia, ligado à necessidade de ajuste entre comportamento e crenças do indivíduo, com vistas à preservação da consistência, e busca explicar por que pessoas às vezes nutrem crenças que parecem absurdas (Harmon-Jones & Harmon-Jones, 2007). Por fim, o “viés de confirmação” se refere à seleção de evidências que confirmem uma crença prévia, ao lado do descarte de informações que a refutem (Nickerson, 1998; para o contexto forense, vide Kassir et al., 2013) ”.

Além de se atentar às premissas teóricas da pesquisa, o investigador que se dedica à psicologia judicial também precisa conhecer as possibilidades e limitações dos métodos tradicionalmente empregados pela psicologia experimental. A transposição desses instrumentos para o ambiente forense pode apresentar dificuldades significativas, que talvez comprometam a validade dos resultados encontrados.

Um primeiro método de pesquisa seria a aplicação de instrumentos psicológicos (questionários, vinhetas, casos simulados etc.) em magistrados, método que já foi utilizado para demonstrar que a construção de decisões judiciais também está sujeita à incidência do viés da “ancoragem” (“um número aleatório fornecido aos sujeitos de pesquisa no início do experimento influencia julgamentos subsequentes sobre quantidades que não têm qualquer relação com a informação inicial” – KAHNEMAN, 2012, *apud* HORTA e COSTA, 2020, p. 87) e do “efeito Knobe” (“o conhecimento sobre resultado de uma ação -- se benéfico ou danoso, interfere na avaliação que se faz acerca da intenção original do agente”, conforme Horta e Costa, 2020, p. 88)²⁶.

Esse tipo de simulação experimental é, no entanto, criticada por não reproduzir um contexto real de decisão e por deixar de considerar variáveis que talvez importem muito na formação da decisão real.

Outro instrumento de pesquisa é o acompanhamento de audiências reais, que já foi utilizado, por exemplo, no experimento de Shai Danziger (2011) sobre o julgamento de pedidos de concessão de liberdade condicional de detentos em Israel, descrito acima.

As limitações desse instrumental podem comprometer a possibilidade de generalizar os resultados obtidos com a análise um contexto decisório específico. Nesse sentido, Horta e Costa

²⁶ Os autores (2020, p. 87 e 88) assim descrevem esses experimentos: Birte Englich (2006) (...) recrutou amostras de algumas dezenas de magistrados, promotores e juristas alemães em eventos de carreira, numa sequência de três estudos (n=42, 39 e 52, respectivamente). A tarefa assinalada consistia na leitura de um caso criminal simulado, após a qual os sujeitos deviam opinar sobre a sentença adequada. Antes de darem a resposta, os sujeitos tinham que antes ouvir uma sugestão do quantum de punição por um jornalista, pela acusação ou por um lance de dados – que serviam cada um como “âncora”. Mesmo quando cientes de que a âncora era completamente aleatória, os participantes eram influenciados por ela, gradando a pena do caso de acordo com o número previamente sugerido. Outro estudo, desta vez focado na tomada de decisão moral, buscou avaliar se é aplicável aos magistrados o “efeito Knobe”, ou seja, se. A aplicação da categoria dogmático-penal de elemento subjetivo das condutas (culposas ou dolosas) supõe que os juízes deveriam ser capazes de avaliar a intencionalidade de um agente independentemente do resultado final da conduta, pois é esperado que as pessoas sejam punidas pela sua intenção, e não pelos efeitos colaterais mais ou menos graves de sua conduta. Para mensurar essa interferência, Kneer e Burgeois-Gironde (2017) aplicaram questionários virtuais a juízes franceses, contendo situações hipotéticas a serem avaliadas (n=36 no primeiro experimento, e n=32 no segundo). O resultado foi que, quanto mais grave o resultado da conduta do agente, maior intencionalidade de causar dano se atribuía a ele, o que corrobora a ocorrência do “efeito Knobe” entre os magistrados.

destacam “o fato de que as pautas de julgamento não compõem amostras aleatórias – pelo contrário, elas costumam conter uma seleção ativa de casos, seja no conjunto do que será julgado, seja a ordem com que serão apreciados. Somente num contexto puramente experimental, seria possível controlar o efeito de tais variáveis intervenientes” (2020, p. 90).

Pesquisadores também apostam em um terceiro método para investigar o comportamento judicial, qual seja, a análise de variáveis extrajurídicas em bancos de dados de decisões previamente tomadas. Busca-se, por exemplo, identificar a relevância de dados biográficos e pessoais dos magistrados e dos jurisdicionados no desfecho dos processos judiciais. Nesse sentido, Grezzana e Ponczek (2012) analisaram mais de 94 mil julgados do Tribunal Superior do Trabalho e concluíram que não há um viés de gênero nas decisões daquele tribunal, exceto quando as demandas envolvem diretamente questões de gênero: em casos referentes a equiparação salarial entre homens e mulheres, por exemplo, julgadores homens tendem a favorecer a parte do sexo masculino e julgadoras mulheres, a parte do sexo feminino.

As pesquisas em bancos de dados também apresentam suas limitações, que vão desde dificuldades com os modelos estatísticos escolhidos pelos pesquisadores, até os já esperados problemas com a identificação de processos psicológicos inconscientes em registros escritos de decisões judiciais (HORTA e COSTA, 2020, p. 90/96).

CONCLUSÃO

A presente pesquisa se propôs a analisar a formação das decisões judiciais nos casos difíceis do direito marcados por relevantes disputas morais. Para tanto, se valeu de construções teóricas produzidas no âmbito do direito e da psicologia para comparar, de um lado, as teses centrais do realismo jurídico norte-americano e, de outro lado, as atuais explicações oferecidas pela psicologia experimental e pelas ciências cognitivas sobre os mecanismos que atuam na tomada da decisão moral.

Vimos que o realismo jurídico foi uma escola do pensamento que discutiu questões típicas da filosofia do direito, buscando explicar aspectos do fenômeno jurídico a partir de elementos factuais e considerações “antimetafísicas”. Enquanto a vertente escandinava do movimento tentou produzir uma verdadeira teoria do direito, a linha norte-americana do realismo apresentou pretensões teóricas mais modestas, debruçando-se especificamente sobre a formação da decisão judicial em casos difíceis que alcançam as instâncias recursais. O presente trabalho se concentrou nos autores norte-americanos, cuja tese central foi resumida por Schauer em uma hipótese de duas partes. Segundo os realistas,

1. A maioria dos juízes tem uma inclinação para chegar a um determinado resultado antes de consultar os materiais jurídicos; e
2. 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.

O realismo norte-americano sofreu duras críticas ao longo do tempo, sobretudo pela fragilidade teórica e metodológica de suas proposições. Apesar disso, é possível afirmar que o movimento deixou um legado fundamental às áreas da teoria e da filosofia do direito: a necessidade de estudar empiricamente a relação entre os materiais jurídicos e o comportamento decisório dos juízes.

Disse Schauer, nesse sentido:

It is worthwhile repeating, however, that the empirical assessment that the Realists have urged may in fact turn out for some courts and some issues and some types of law to be less inconsistent with the traditional view of law than most of the early Realists imagined. It may well be, for example, that the principal determinant of judicial decisions on questions of statutory interpretation is the ordinary meaning of the words of the relevant statute, and that the chief determinant on questions of contract law in appellate cases is the traditional rules and principles and doctrines of contract law as found in conventional contracts casebooks and in treatises like Corbin and Williston. Such outcomes would have surprised the Realists, but **such traditional legal explanations for judicial outcomes**

may well be sound for some or many domains, and the very fact of taking this to be an empirical question is, in the largest sense, perhaps the most important feature and legacy of the Realist program. (SCHAUER, 2009, p. 142).

Especificamente em relação aos casos difíceis do direito moralmente carregados, as mais recentes pesquisas empíricas sobre psicologia moral sugerem que os realistas jurídicos norte-americanos tinham razão.

O modelo sócio-intuicionista de julgamento moral proposto por Jonathan Haidt é hoje a tradição mais consolidada entre os psicólogos e aponta para a relevância de processos automáticos e inconscientes na formação da decisão moral, pondo em xeque os paradigmas racionalistas anteriores que diziam que a reflexão individual seria a principal causa do julgamento moral.

Ainda há muito que se estudar sobre as implicações da psicologia sobre a formação das decisões judiciais, mas tudo indica que esses avanços deverão passar necessariamente por uma pesquisa empírica sistemática a respeito do comportamento dos tribunais, tal como já previam os realistas norte-americanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIX, Brian. "**John Austin**", The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2021/entries/austin-john/>. Acesso em: 27 mai. 2021.

BIX, Brian. Ross and Olivecrona on Rights. **Australian Journal Of Legal Philosophy**. v. 34, 2009 p. 103-119. Disponível em: https://scholarship.law.umn.edu/faculty_articles/211. Acesso em: 27 mai. 2021.

BRANDO, Marcelo Santini; STRUCHINER, Noel. Como os juízes decidem os casos difíceis do direito? *In*: STRUCHINER, N.; TAVARES, R. (org.). **Novas Fronteiras da Teoria do Direito: da filosofia moral à psicologia experimental**. Rio de Janeiro: Pod; PUC-Rio, 2014.

COHEN, Felix. Transcendental Nonsense and the Functional Approach. **Columbia Law Review**, v. 35, n. 6, 809–849, 1935. Disponível em: <http://moglen.law.columbia.edu/LCS/cohen-transcendental.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2021.

CRAIN, William Crain. **Theories of Development**. Prentice-Hall. Disponível em http://www.esociales.fcs.ucr.ac.cr/biblioteca/boletin_esoc/alfabet/KXYZ/Kolberg%20desarrollo.pdf - Acesso em: 22 jan. 2021.

GRAY, Peter. **Psychology**. New York: Worth Publishers, 2011.

HART, Herbert Leonel Aalbert. **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 1983.

HORTA, Ricardo de Lins, COSTA, Alexandre Araújo. Desafios da agenda de pesquisa empírica em psicologia da tomada de decisão judicial no Brasil. **Revista De Estudos Empíricos Em Direito**, v. 7, n. 3, 76–110, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.19092/reed.v7i3.415>. Acesso em: 27 mai. 2021.

HUTCHESON, Joseph. Judgment Intuitive The Function of the Hunch in Judicial Decision. **Cornell Law Review**. v. 14, 1929 p. 274-288. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol14/iss3/2>. Acesso em: 27 mai. 2021.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1960-1998.

KOHLBERG, Lawrence. **Essays on moral development: Vol. 2. The psychology of moral development: Moral stages, their nature and validity**. San Francisco: Harper & Row, 1984.

KOHLBERG, Lawrence; HERSH, Richard H. Moral Development: A Review of the Theory. **Theory into Practice**, v. 16, n. 2, p. 53-59, 1977. Disponível em:

KOHLBERG, Lawrence; HERSH, Richard H.. Moral Development: A Review of the Theory. **Theory into Practice**, v. 16, n. 2, Moral Development, pp. 53-59, 1977.

LAPSLEY, Daniel. Moral stage theory. *In*: KILLEN, Marian; SMETANA, Judith (Eds.). **Handbook of moral development**. New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates Publishers, 2008.

LEITER, Brian. American Legal realism. *In*: EDMUNDSON, W.; GOLDIN, M. (org.). **The Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory**, Oxford: Blackwell, 2003.

LLEWELLYN, Karl. Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules and Canons about How Statutes are to be Construed. **Vanderbilt Law Review**, v. 3, 1950 p. 395-406. Disponível em: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol3/iss3/4>. Acesso em: 27 mai. 2021.

LLEWELLYN, Karl. Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound. **Harvard Law Review**, v. 44, p. 1.222-1.264, 1931.

MACCORMACK, Geoffrey. Scandinavian Realism. **The Juridical Review**, v. 15, p. 33–55, 1970.

MANDLER, George. **A history of modern experimental psychology**. Cambridge: The MIT Press, 2007.

MILLER, George A. The cognitive revolution: a historical perspective. **TRENDS in Cognitive Sciences**, v. 7, n. 3, p. 141-144, 2003.

MOORE, Underhill; HOPE, Theodore S. An Institutional Approach to the Law of Commercial Banking. **Yale Law Journal**, v. 38, n. 6, p. 703-719, 1929.

ROSS, Alf. Tû-Tû. **Harvard Law Review**, v. 70, n. 5, p. 812-825, 1957.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SCHLEGEL, John. American Legal Realism and Empirical Social Science: The Singular Case of Underhill Moore. **Buff. L. Rev.**, v. 195, 1980. Disponível em: <https://digitalcommons.law.buffalo.edu/buffalolawreview/vol29/iss2/1>. Acesso em: 27 mai. 2021.

SHECAIRA, Fabio; STRUCHINER, Noel. Realismo Jurídico. *In*: TRAVESSONI, Alexandre (org.) **Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito**. São Paulo: Editora LTr, 2011.

SHECAIRA, Fabio; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro, Contraponto, 2016.

STRUCHINER, Noel; ALMEIDA, Guillerme; HANNIKAINEN, Ivair. Legal Decision-Making and the Abstract/Concrete Paradox. **Cognition**, v. 205, 2020.