

## **1 INTRODUÇÃO**

A decisão judicial é usualmente equiparada à aplicação de raciocínio lógico-dedutivo, por meio do qual o julgador aplica regras abstratas a questões jurídicas particulares. Para se conhecer o Direito, bastaria, portanto, conhecer o que dizem as normas e a jurisprudência. Fatores como a subjetividade do julgador ou seu processo de socialização não seriam incluídos no seu estudo, posto que considerados extrajurídicos.

Tal visão foi contestada, no início do século XX, pelos realistas norte-americanos, que apontavam para um descompasso entre o direito dos livros e a prática jurídica. Para eles, a decisão seria alcançada por fatores extralegais, racionalizados posteriormente a partir do arcabouço normativo.

Com o desenvolvimento de outros campos científicos, a teoria realista tem sido revisitada, associando-se, por exemplo, modelos psicológicos à análise do processo decisório, como o que aqui se pretende realizar.

A tomada de decisão nos ditos casos complexos, em que a aparente insuficiência normativa se impõe ao decisor, deve ser discutida a partir da contraposição realista à visão de aplicação lógica do Direito, porquanto seu estudo pode indicar como são alcançadas as decisões quando a regra não se mostra indisputada como nos casos fáceis. Como espécie de casos difíceis, emergem problemas que fazem referência ao domínio da moralidade, os quais podem ser melhor compreendidos a partir da perspectiva interdisciplinar.

Parte-se, nesse estudo, portanto, do olhar interdisciplinar sobre a tomada de decisão, notadamente no que se refere aos casos difíceis envolvendo juízos morais. Tal abordagem será, aqui, realizada por meio da associação das premissas realistas acerca da tomada de decisão judicial ao modelo de julgamento moral proposto por Jonathan Haidt. Dessa forma, será apresentada sua Teoria das Fundações Morais, bem como seu Modelo Sócio-Intuicionista para, num segundo momento, passar-se à discussão de sua aplicação ao contexto das decisões judiciais.

## **2 A PERSPECTIVA INTERDISCIPLINAR SOBRE A TOMADA DE DECISÃO**

A tomada de decisão judicial é largamente abordada sob a perspectiva normativa, havendo diversas teorias que buscam explicar como as decisões judiciais deveriam ser tomadas. Essa perspectiva é importante ao Direito, porquanto atenta para como se pode bem responder às diversas questões, de ordem econômica, social e moral, que lhe são levadas. Entretanto, pouca atenção é dada à forma como o Direito é, efetivamente, concretizado.

Os realistas norte-americanos, no início do século XX, propunham um olhar descritivo do Direito, que abarcasse a análise de fatores, tidos como extrajurídicos, tais como a estrutura psicológica do julgador ou o entorno social. Para tanto, almejavam “incorporar as ideias de outras disciplinas em desenvolvimento”<sup>1</sup> (AVERILL, 2010, p. 524, tradução nossa), bem como viam na pesquisa empírica “o melhor método para estudar o Direito” (COUTINHO, 2002, p. 16). A teoria realista norte-americana<sup>2</sup>, contudo, sofreu limitações em seu intento interdisciplinar, dado os estágios iniciais das ciências dialogantes (CESTARI, 2016, p. 24).

Hoje, superada a precariedade dos métodos de pesquisa (STRUCHINER; BRANDO, 2014, p. 178) da época mais inicial do realismo, estudos da Ciência Política apontam para o impacto de fatores como a ideologia dos juízes ou as influências institucionais sobre suas decisões<sup>3</sup>; além de serem associados modelos psicológicos, com vistas a se compreender, por exemplo, como são formados e como operam os juízos morais (HAIDT, 2012).

Essa compreensão interdisciplinar acerca de fatores extrajurídicos incidentes sobre a tomada de decisão adquire maior relevância quando se trata de casos complexos, como os moralmente carregados. A falta de normas, a incerteza quanto ao seu conteúdo ou mesmo a diversidade de aplicação dos diplomas normativos levantam o questionamento de uma visão de mero raciocínio lógico-dedutivo a ser empregado pelos julgadores, corroborando uma visão mais realista da tomada de decisão, segundo a qual os julgadores recorreriam a fatores externos ao Direito a fim de alcançarem uma conclusão.

Cabe frisar que, ao se apontar para fatores, normalmente relegados da análise do processo de tomada de decisão, não se quer desacreditar a imagem dos magistrados ou a importância dos elementos jurídicos no processo decisório, mas apenas utilizar, no meio jurídico, “dos delineamentos experimentais que já são usados há décadas para estudar a tomada de decisão em seres humanos em geral” (HORTA, 2014, p. 40), agregando importantes fundamentos da decisão que são, tradicionalmente, desconsiderados.

Há uma tendência a se olhar para o juiz como alguém imune às influências sociais ou psicológicas. Em contraposição a essa visão idealizada, a abordagem realista, aliada à perspectiva psicológica, pode elucidar aspectos dos juízos morais como a influência da visão

---

<sup>1</sup> “The legal realists saw law as embedded in other aspects of society, and incorporated ideas from other evolving disciplines”.

<sup>2</sup> Aqui, será usado com a conotação de teoria jurídica, embora se conheça o dissenso existente acerca do Realismo consistir num movimento, escola de pensamento ou teoria jurídica. “Dessa forma, o primeiro – e grande – esforço acadêmico daqueles que estudam os Realistas norte-americanos é entender o que foi *exatamente* o Movimento Realista – ou ainda, se o Realismo Jurídico é um Movimento, uma Escola de Pensamento, uma Teoria Jurídica ou qualquer outra classificação que possa ser trazida” (CESTARI; NOJIRI, 2015, p. 144).

<sup>3</sup> Vide BAUM, 2008; SEGAL; SPAETH, 2002; SUNSTEIN, SCHKADE; ELLMAN; SAWICKI, 2006; MELLO, 2018.

de mundo sobre valorações morais e o papel das intuições e do raciocínio no processamento do julgamento moral.

Nesse artigo, pois, será abordado o modelo de julgamento moral proposto por Haidt<sup>4</sup>, em sua Teoria das Fundações Morais e seu Modelo Sócio-Intuicionista, a fim de se analisar suas repercussões para o Direito, mais especificamente ao processo de tomada de decisão.

### **3 O MODELO PROPOSTO POR JONATHAN HAIDT**

#### **3.1 A TEORIA DAS FUNDAÇÕES MORAIS**

A Teoria das Fundações Morais<sup>5</sup> concebe um conjunto de valores morais universais, que estariam, portanto, presentes nas diversas sociedades. A versão, tida como mais amena<sup>6</sup> da teoria, utiliza-se do conceito de *preparedness*, ou seja, uma predisposição a se adquirir certos tipos de conhecimento em detrimento de outros (HAIDT; BJORKLUND, 2008, p. 204). Essa predisposição incluiria o “conhecimento moral”.

Haidt estabelece um componente inato da moralidade, empregando o sentido apresentado por Gary Marcus (2004): a natureza seria responsável por prover o indivíduo de um “primeiro rascunho”, o qual a experiência, depois, revisaria.

Diante disso, Haidt identifica cinco fundações morais presentes nas mais diversas sociedades que, porém, seriam acionadas de maneira distinta pelas diferentes culturas. Com o intuito de evidenciar tal ideia, o autor estabelece uma analogia com os receptores de sabor. Apesar de se notar extensa variedade de cozinhas pelo mundo, elas devem se basear nos mesmos receptores de sabor, que constituem limitações, já que todos os indivíduos seriam equipados com os mesmos receptores (HAIDT, 2012).

É o que acontece com a moral, independentemente das diferenças culturais, todas as sociedades fariam referência a, pelo menos, cinco valores morais (HAIDT; KESEBIR, 2010, p.

---

<sup>4</sup> Haidt contrapõe-se à visão racionalista, segundo a qual o que determina o conhecimento moral e o julgamento moral é o processo de razão e reflexão. O intuicionismo inverte a ordem causal, dizendo que as intuições morais, um tipo de cognição, são as causadoras do julgamento moral: “Intuitionism in philosophy refers to the view that there are moral truths and that when people grasp these truths they do so not by a process of ratiocination and reflection but rather by a process more akin to perception (...) Intuitionist approaches in moral psychology, by extension, say that moral intuitions (including moral emotions) come first and directly cause moral judgments” (HAIDT, 2001, p. 814). A disputa entre racionalistas e intuicionistas não será, aqui, abordada. Sobre a disputa: HAIDT, 2001; HAIDT, 2003; HAIDT, 2008; HAIDT; KOLLER; DIAS, 613; HAIDT; BJORKLUND, 2008.

<sup>5</sup> Importante ressaltar que a pretensão é descritiva.

<sup>6</sup> Tendo em vista críticas lançadas à modularidade massiva, Haidt oferece uma explicação ancorada no conceito de “preparedness”. “Em razão de ter ciência das críticas à modularidade massiva, ele propõe subsidiariamente uma versão mais amena de sua teoria. Conforme, essa versão, as fundações morais poderiam ser explicadas mais genericamente em termos de preparação (*preparedness*)” (REX, 2018, p. 119).

41): (i) *harm/care* (ofensa/cuidado): diz respeito à preocupação com o sofrimento do outro, e refere-se a virtudes como carinho e compaixão; (ii) *fairness/reciprocity* (justiça/reciprocidade): faz referência ao tratamento injusto e noções mais abstratas de justiça e direitos; (iii) *in-group/loyalty* (pertencimento ao grupo/lealdade): permite a reunião de pessoas em grupos e nos torna capazes de cooperar; diz respeito a obrigações advindas da convivência, tais como lealdade ou sacrifício em prol da comunidade; (iv) *authority/respect* (respeito à autoridade): trata-se das preocupações com a ordem social e obrigações decorrentes das relações hierárquicas, como obediência e cumprimento dos deveres; (v) *purity/sanctity* (pureza/santidade): capacidade de investir objetos de valor imensurável, viabilizando-se a coesão social, e liga-se, por exemplo, a ideia do dever de controlar o que fazemos com nosso corpo, como o controle das paixões. “Esses cinco grupos de intuições morais seriam as bases da moralidade” (REX, 2018, p. 107).

Ocorre que, as sociedades podem divergir no que seja considerado um comportamento virtuoso dentro dessas fundações. E pode haver, também, heterogeneidade dentro da mesma sociedade. Isso é evidenciado pelos estudos aplicados por Haidt<sup>7</sup>, os quais indicam que liberais identificam como de grande relevância as fundações morais do cuidado (*harm/care*) e justiça (*fairness/reciprocity*); ao passo que a matriz moral conservadora, mais abrangente, baseia-se nas cinco fundações morais (HAIDT, 2012).

As fundações de cuidado e justiça são associadas à chamada “ética da autonomia” (HAIDT; GRAHAM; NOSEK, 2009, p. 1031), consistindo em fundações mais individualistas, que enfatizam os direitos e o bem-estar dos indivíduos<sup>8</sup>. No entanto, não contemplam outros valores, presentes nas demais fundações morais e que se reportam a virtudes como lealdade ou autocontrole<sup>9</sup>.

Portanto, nota-se diferença primeiramente no que deve ser considerado moral pelos diferentes grupos: as três fundações morais endossadas pelos conservadores não repercutirão da mesma forma entre os liberais. E, ainda, sobre os conteúdos morais que preenchem as fundações comuns.

---

<sup>7</sup> Haidt parte da dicotomia, presente na política americana, entre liberais e conservadores. No entanto, seus questionários foram acessados por pessoas de diferentes continentes. O questionário idealizado apresentava quinze declarações (três para cada fundação moral) às quais os participantes deveriam atribuir uma nota de 0 (nada relevante) a 5 (extremamente relevante) (HAIDT, 2012).

<sup>8</sup> Haidt e Koller (1994, p. 81) apontam para uma contraposição às teorias de desenvolvimento cognitivista, “para as quais as crianças constroem e definem o domínio da moralidade por si próprias, baseando seus raciocínios no dano”, notando-se, a partir dos experimentos desenvolvidos, que o dano não é um aspecto necessário das violações morais.

<sup>9</sup> As virtudes como lealdade (*in-group/loyalty*) ou autocontrole (*purity/sanctity*) estariam reunidas, respectivamente, nas chamadas “ethic of community”, que abarca também a fundação *authority/respect*, e “ethic of divinity” (HAIDT; GRAHAM; NOSEK, 2009, p. 1031).

Embora os conflitos se deem, em grande parte, pela diferença no reconhecimento das três fundações não compartilhadas, Haidt pontua como as fundações comuns são acionadas por conteúdos diferenciados. Exemplo disso é a diferença na leitura da fundação “justiça”:

Todos se preocupam com justiça, mas existem dois principais tipos. Para a esquerda, justiça frequentemente significa igualdade, porém, para a direita, significa proporcionalidade – as pessoas deveriam ser recompensadas na proporção da sua contribuição, mesmo que isso garanta resultados desiguais (HAIDT, 2012, p. 154)<sup>10</sup>

Nota-se, com isso, que, mesmo em relação às fundações reconhecidas como moralmente relevantes por ambos os grupos, não há, muitas vezes, correspondência entre os gatilhos geradores da intuição responsável pelo julgamento moral. Ou seja, um argumento utilizado por um conservador que faz alusão ao respeito à autoridade gerará pouco ou nenhum impacto num interlocutor liberal; enquanto a argumentação liberal de igualdade de resultados não será reconhecida por conservadores, para os quais igualdade corresponde à igualdade de oportunidades, mas não de resultados.

As fundações morais são importantes para se compreender como serão acionadas as intuições morais, tidas como principais desencadeadoras do julgamento moral, conforme o Modelo Sócio-Intuicionista de Haidt.

### **3. 2 O MODELO SÓCIO-INTUICIONISTA**

De acordo com os modelos normativo-rationais, seria possível se conhecer as mais diversas opções disponíveis num cenário de escolha, bem como se antever as possíveis consequências delas advindas. Dessa forma, seria possível se tomar a melhor decisão, tendo em vista a maximização do interesse (MIRANDA, 2013, p. 5).

No nível descritivo, contudo, “a racionalidade humana foge aos padrões normativos esperados” (HORTA, 2019, p. 90). Isso porque, impõem-se limitações à tomada de decisão, tais como as próprias informações acessíveis pelo indivíduo; o tempo de que dispõe para fazer escolhas; além de limitações de ordem cognitiva, que repercutem na forma como as informações serão avaliadas e processadas (MIRANDA, 2013, p. 5). Diante disso, diz-se que dispomos de uma racionalidade limitada.

---

<sup>10</sup> “Everyone cares about fairness, but there are two major kinds. On the left, fairness often implies equality, but on the right it means proportionality—people should be rewarded in proportion to what they contribute, even if that guarantees unequal outcomes”.

Levando-se em conta essa noção, modelos duais de processamento afirmam que, como possuímos carga limitada de atenção, a ser alocada em nossas diversas atividades, haveria duas formas distintas de se pensar a depender das ações a serem desempenhadas<sup>11</sup>.

O sistema 1 requer menor consumo energético e é responsável pela grande parte das atividades cotidianas (RICHARDS, 2016, p. 2), que se dão de forma “instintiva”. Ele, na verdade, reporta-se a um conjunto de subsistemas, que se caracteriza por operar rapidamente, sem esforço e de maneira inconsciente (STRUCHINER; BRANDO, 2014, p. 189); acessando-se apenas seu produto final, mas não o processamento envolvido.

O sistema 2, por outro lado, seria o responsável por “distribuir a atenção pelas atividades mentais que a exigem” (MIRANDA, 2013, p. 8), utilizando grande carga energética a fim de realizar atividades mais complexas. É o sistema 2 que nos capacita ao pensamento “abstrato-hipotético” (STRUCHINER; BRANDO, 2014, p. 189). Contudo, tal sistema é menos utilizado, porquanto tendemos a consumir menos energia, delegando o quanto possível ao processamento automático de informações.

Essa diferenciação dual também é utilizada por Haidt na construção de seu modelo sócio-intuicionista. Para ele, as intuições morais<sup>12</sup> ocorrem primeiro e são as causadoras do julgamento moral, enquanto o raciocínio moral seria, comumente, um processo *ex post facto* (HAIDT, 2001, p. 817), utilizado para justificar e convencer outras pessoas, despertando-lhes intuições. Haveria, assim, dois tipos de cognição: intuição e raciocínio.

A fim de ilustrar sua ideia, Haidt propõe, então, a metáfora da mente dividida como um condutor e um elefante, na qual o trabalho do condutor é servir ao elefante. Essas figuras fazem alusão justamente aos diferentes tipos de processamentos cognitivos: o elefante representa o processo automático e o condutor, o processo deliberativo (HAIDT, 2013, p. 870, tradução nossa):

Então, por favor, imagine a mente humana como um pequeno e, de alguma forma, ineficaz condutor às costas de um grande, poderoso e, também, esperto elefante. O condutor pode tentar direcionar o elefante, e se o elefante não tiver nenhum desejo de ir para um lado ou outro, ele pode ouvir o condutor. No entanto, se ele tiver seus próprios desejos, ele irá fazer o que quiser fazer<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> “It is now widely accepted in neuroscience and psychology that we are hardwired to think in two different ways depending on the mental task we are faced with” (RICHARDS, 2016, p. 2).

<sup>12</sup> Uma crítica é levantada quanto à falta de explicação mais detalhada no que se refere às etapas mentais prévias ao desencadeamento das intuições (vide REX, 2018).

<sup>13</sup> “So please imagine the human mind as a small and somewhat ineffectual rider perched on the back of a large, powerful, and rather smart elephant. The rider can try to steer the elephant, and if the elephant has no particular desire to go one way or the other, it may listen to the rider. But if it has its own desires, it’s going to do what it wants to do”.

De acordo com a abordagem sócio-intuicionista, o raciocínio tem um papel no julgamento, mas ele é, preponderantemente, tomado com base nas intuições, para, num segundo momento, buscar-se por justificativas para a avaliação previamente alcançada.

Com vistas a verificar, empiricamente, o processamento do julgamento moral, Haidt propôs uma série de experimentos que envolviam situações a serem avaliadas como morais ou imorais. Ele apresentava casos que se enquadravam na típica violação moral, por envolverem dano a outra pessoa<sup>14</sup>; casos de violações a convenções sociais<sup>15</sup>; e um novo estímulo chamado “tabus inofensivos”.

Os tabus inofensivos consistiam em histórias curtas sobre pessoas que praticavam atos ofensivos sem acarretar dano a outrem (HAIDT, 2012). Observou-se que, em tais casos, os indivíduos prontamente apresentavam avaliação acerca da moralidade da situação sem, contudo, serem capazes de oferecer razões para sua resposta inicial, fenômeno denominado “moral dumbfounding”<sup>16</sup>.

Tal achado foi considerado importante para a corroboração da tese intuicionista. Afinal, se o juízo fosse alcançado mediante detido processo de racionalização, em que se pesam as diferentes posições, a dificuldade em se conceder justificativas para a avaliação não seria observada. Isso tornaria difícil a sustentação da tese racionalista segundo o psicólogo, mas seria facilmente explicável se se acredita que as intuições tomam a frente no julgamento moral (HAIDT, 2013, p. 871).

Haidt e Bjorklund apresentam, também, um achado da Neurociência que parece confirmar seu modelo sócio-intuicionista. Ele cita o trabalho de Damasio em casos de “sociopatia adquirida”, nos quais notou-se que “danos causados ao córtex pré-frontal ventromedial, área que integra as respostas afetivas com alta cognição, tornam a pessoa moralmente incompetente”<sup>17</sup> (HAIDT; BJORKLUND, 2008, p. 199-200, tradução nossa).

Há, ainda, outra evidência neurocientífica, obtida por meio da pesquisa conduzida por Joshua Green e seus colegas de Princeton, por meio da qual se pretendia analisar cérebros de indivíduos saudáveis, submetidos à ressonância magnética funcional, enquanto realizavam

---

<sup>14</sup> Um exemplo é o caso, parafraseado de Davidson, Turiel e Black, aplicado por Haidt, Koller e Dias (1993, p. 617), no qual é narrado que uma garota quer usar o balanço e, para tanto, empurra o garoto que está ocupando o brinquedo, machucando-o. Este caso poderia ser associado à fundação moral de cuidado, a qual é amplamente reconhecida.

<sup>15</sup> Um exemplo é o do garoto que vai à escola não uniformizado, apesar de a escola exigir a vestimenta (HAIDT; KOLLER; DIAS, 1993, p. 617).

<sup>16</sup> Encontram-se traduções como emudecimento moral ou estupefação moral.

<sup>17</sup> “Damasio’s (1994) work on “acquired sociopathy” shows that damage to the ventromedial prefrontal cortex, an area that integrates affective responses with higher cognition, renders a person morally incompetent (...)”.

juulgamentos morais. Como resultado, eles perceberam que as distinções feitas entre as espécies de dilemas morais apresentados poderiam ser previstas pelo fato de certas áreas envolvidas na resposta emocional estarem mais ativas (HAIDT; BJORKLUND, 2008, p. 200).

Aos indivíduos foram apresentados dilemas<sup>18</sup> que implicavam dano físico direto e outros cujo dano físico era menos direto, observando-se que:

Quando as áreas emocionais são ativadas de forma mais forte, as pessoas tendem a escolher a resposta deontológica (não empurre a pessoa da ponte, mesmo que para parar o trem e salvar cinco outras). Mas em cenários que desencadeiam pouca resposta emocional, as pessoas tendem a escolher a resposta utilitarista (HAIDT; KESEBIR, 2010, p. 12, tradução nossa)<sup>19</sup>

A disparidade dos julgamentos entre dilemas envolvendo dano físico direto ou menos direto; a observação do fenômeno “moral dumbfounding”; e a observação de que, “se removidas as emoções, as pessoas não se tornam ‘hiperlógicas’ ou ‘hiperéticas’, mas sim incapazes de sentir o certo e o errado de decisões simples e julgamentos”<sup>20</sup> (HAIDT; BJORKLUND, 2008, p. 200, tradução nossa) parecem conferir subsídios à visão intuicionista, portanto.

Assim, as intuições morais conduziriam a uma avaliação, operando aí o sistema 1 e, posteriormente, o indivíduo acionaria o sistema 2, seja para evitar contradições ou convencer outras pessoas. No entanto, há ainda a dimensão social do modelo, a qual sugere que este deve ser estudado como um processo interpessoal (HAIDT, 2001, p. 814).

Haidt estabelece seis elos para seu modelo sócio-intuicionista (HAIDT, 2013, p. 872). Os dois primeiros dizem respeito ao indivíduo, sendo o esquema iniciado a partir de uma situação provocadora de um gatilho do julgamento intuitivo (STRUCHINER; BRANDO, 2014, p. 190). O juízo moral ocorreria, assim, de forma automática e sem emprego de esforço, como resultado de intuições morais<sup>21</sup>; sendo seguido pela racionalização *post hoc*, na qual o indivíduo

---

<sup>18</sup> Haidt e Bjorklund (2008, p. 200) citam o famoso caso do bondinho desgovernado. Nele temos um bonde que vai em direção a cinco pessoas amarradas aos trilhos. Enquanto dilema de dano físico menos direto, é apontado, como única forma de salvá-las, que se puxe a alavanca, o que desviaria o bonde para um outro caminho no qual se encontraria uma pessoa. Já no dilema com dano físico direto, a solução apresentada para se deter o trem é empurrar uma pessoa de cima da ponte. Nos dois dilemas, são apresentadas formas de se salvar cinco vidas em detrimento de uma. A diferença, no entanto, é quanto ao contato direto entre aquele que toma a decisão e a pessoa por ela afetada.

<sup>19</sup> “When emotion areas are most strongly activated, people tend to choose the deontological outcome (don’t push the person off of a footbridge, even to stop a train and save five others). But in scenarios that trigger little emotional response, people tend to choose the utilitarian response”.

<sup>20</sup> “When emotion is removed from decision making, people do not become hyperlogical and hyperethical; they become unable to feel the rightness and wrongness of simple decisions and judgments”.

<sup>21</sup> Intuição moral é definida como “the sudden appearance in consciousness, or at the fringe of consciousness, of an evaluative feeling (like–dislike, good–bad) about the character or actions of a person, without any conscious

procura por argumentos a embasarem o julgamento intuitivo – esse processo sim alcançado mediante esforço (HAIDT, 2001, p. 818).

O terceiro e quarto elos, por sua vez, “representam a dimensão social da prática da moralidade” (STRUCHINER; BRANDO, 2014, p. 195). Pelo terceiro elo, da persuasão racional, o autor evidencia que, quando se racionaliza o julgamento, pensa-se também na necessidade de explicação da avaliação para outras pessoas, desejando-se que os outros olhem para a situação sob a nossa perspectiva (HAIDT, 2013, p. 872); enquanto pelo quarto elo, chamado de persuasão social, o modelo propõe que, por serem as pessoas altamente sintonizadas com a emergência de normas de grupo, elas tornam-se suscetíveis à influência de outras pessoas sobre seu julgamento (HAIDT, 2001, p. 819), tais como familiares, amigos ou conhecidos.

As duas últimas relações não formam o núcleo do modelo, posto se conceber que raramente as pessoas ultrapassariam suas intuições iniciais, de forma a utilizarem o raciocínio para questionarem suas próprias crenças ou atitudes (STRUCHINER; BRANDO, p. 197); o quinto e sexto elo, porém, podem ocorrer. Por meio do elo do julgamento fundamentado, as pessoas sobreporiam a razão às suas intuições iniciais, observando-se, assim, a inversão da ordem de estímulos do sistema 1 pelo sistema 2: a razão, aqui, é verdadeiramente causal do julgamento (HAIDT, 2001, p. 819). O autor atribui sua ocorrência a raras situações em que, por exemplo, combina-se uma primeira intuição fraca com uma forte capacidade de processamento racional.

Por fim, o sexto elo, da reflexão privada, descreve a possibilidade de “a pessoa, engajada na reflexão do problema, espontaneamente, ativar uma nova intuição que contradiz seu primeiro julgamento”<sup>22</sup> (HAIDT, 2001, 819, tradução nossa). Um exemplo de ocorrência da reflexão privada, dá-se no contexto de tentar visualizar a situação por diferentes perspectivas (STRUCHINER; BRANDO, 2014, p. 198). Por exemplo, um juiz pode ter uma intuição inicial sobre determinado julgamento, mas, ao olhar sob outro ponto de vista apresentado no caso, sobrepujar esse estímulo inicial.

As forças afetivas, portanto, pressionam, mas se pode pensar em situações em que esses primeiros impulsos fossem contrariados (HAIDT, 2007, p. 999).

---

awareness of having gone through steps of search, weighing evidence, or inferring a conclusion” (HAIDT; BJORKLUND, 2008, p. 188).

<sup>22</sup> “In the course of thinking about a situation a person may spontaneously activate a new intuition that contradicts the initial intuitive judgment”.

#### 4 REPERCUSSÕES PARA O DIREITO

Certamente o modelo concebido por Haidt joga luz sobre como são tomadas as decisões judiciais no que toca aos casos difíceis. Isso porque, a concepção formalista clássica do Direito, baseando-se nos modelos normativo-rationais, acaba por ignorar aqueles estímulos extrajurídicos capazes de influenciar a decisão judicial em questões complexas como os casos moralmente carregados.

Essa visão clássica da aplicação do Direito é descrita por Hutcheson quando retrata um pouco de sua visão como recém-egresso da Universidade. Para ele, seríamos treinados a “olhar para o Direito como um sistema de regras e precedentes, de categorias e conceitos, e o juiz como um administrador austero, distante, cujo intelecto era descrito como uma máquina lógica e fria”<sup>23</sup> (HUTCHESON, 1929, p. 274, tradução nossa).

O modelo do julgamento moral proposto por Haidt fornece, portanto, argumentos contrários àquela perspectiva de uma tomada de decisão exclusivamente racional, à qual se filia o Direito para a explicação do processo de tomada de decisão judicial. A perspectiva de um juiz inatingível por fatores externos às leis e à jurisprudência emerge como uma visão não representativa da realidade.

Num caso complexo, moralmente carregado, as intuições exerceriam influência sobre o juiz. Essas intuições podem ser, inclusive, acionadas de forma diferenciada a depender da visão de mundo e de como o juiz reconhece ou não determinadas fundações morais. Um juiz que reconheça apenas as fundações correspondentes à ética da autonomia, tenderá a desprezar as demais fundações morais em seu julgamento, por exemplo.

Além disso, o modelo sócio-intuicionista propõe que, somente num segundo momento, serão pensadas justificativas para a decisão tomada. Dessa forma, o juiz, alcançado o juízo diante de uma questão moral, justificará sua decisão com base no ordenamento. O raciocínio pode prevalecer, conforme Haidt elucida através dos dois últimos elos de seu modelo. No entanto, o julgamento seria alcançado, mais comumente, pelas intuições morais.

A intuição a que Haidt alude em seu modelo, resultado da operação realizada pelo sistema 1, pode ser comparada ao *hunch* (palpite) descrito por Hutcheson, que atuou como juiz tanto no Tribunal Distrital dos Estados Unidos, como no Tribunal de Apelações dos Estados Unidos – 5º Circuito:

---

<sup>23</sup> “(...) I had been trained to regard the law as a system of rules and precedents, of categories and concepts, and the judge had been spoken of as an administrator, austere, remote, his intellect a cold logic engine (...)”.

Eu, depois de coletar todas as informações disponíveis ao meu alcance e de cogitar sobre ele, deixo a minha imaginação fluir e medito sobre a causa, espero pelo sentimento, pelo *hunch* – aquele *flash* intuitivo de entendimento que faz a conexão instantânea entre a questão e a decisão e, no ponto em que o caminho é mais escuro para os pés do juiz, lança luz ao longo do caminho (HUTCHESON, 1929, p. 278, tradução nossa)<sup>24</sup>

Em sua visão, ao sentir o *hunch*, o juiz não se diferenciaria do advogado, ao contrário ele agiria como um, com a diferença de que o advogado, por assumir um lado no processo, busca apenas aqueles palpites que corroboram sua causa, enquanto que o juiz, livre para tomar a decisão certa, seguirá seu palpite para onde ele o levar; e, ao encontrar a solução correta para o caso, pode, então, interromper esse processo (HUTCHESON, 1929, p. 278).

A isso, ainda se soma o sentimento de confirmação, que seria definido como uma “certeza altamente subjetiva de que o resultado a que se chegou é correto” (RICHARDS, 2016, p. 4). Assim, o juiz, ao chegar a uma decisão, apenas acessaria as informações que não contradizem a sua intuição. É o chamado viés da confirmação:

O viés da confirmação ocorre quando o indivíduo dá um peso maior a suas crenças, ideias, interpretações ou experiências prévias do que a novas evidências apresentadas. Esse viés ocorre quando o indivíduo busca informações e leituras que confirmem sua percepção sobre o problema proposto, ou quando ele lembra, seletivamente, de acontecimentos ou argumentos, ao mesmo tempo em que flexibiliza e invalida argumentos contrários, ainda que lógicos e convincentes (TABAK; AMARAL, 2018, p. 477)

São atribuídos, assim, pesos diferentes às informações a depender se são favoráveis ou não à solução tida como correta.

Portanto, nos casos difíceis, aqueles nos quais o juiz não “encontra no universo de materiais jurídicos uma regra jurídica clara que entra no processo causal de tomada de decisão” (STRUCHINER, 2014, p. 182), ele terá de recorrer a elementos extrajurídicos; diferentemente dos casos fáceis, que podem resultar da aplicação de regras e precedentes já consolidados.

Ao afirmarem, portanto, que os juízes reagiriam primeiramente aos fatos (NOJIRI, 2017), ocorrendo a racionalização *post hoc* da opção, já realizada pelo juiz, fica clara a relação entre os postulados do modelo sócio-intuicionista com a forma como os realistas enxergavam a prática dos processos decisórios nas Cortes.

---

<sup>24</sup> “I, after canvassing all the available material at my command, and duly cogitating upon it, give my imagination play, and brooding over the cause, wait for the feeling, the hunch-that intuitive flash of understanding which makes the jump-spark connection between question and decision, and at the point where the path is darkest for the judicial feet, sheds its light along the way”.

Para Frank, por exemplo, “as normas têm algum efeito sobre os direitos; elas têm esse efeito apenas na medida em que influenciam o resultado de determinados processos; qual a extensão de seus efeitos em julgamentos exequíveis, ordens e decretos, isso é incognoscível”<sup>25</sup> (FRANK, 1931, p. 48-49, tradução nossa). As respostas a casos judiciais seriam, portanto, uma “previsão” da própria ação judicial (FRANK, 1949, p. 47), que não se restringiria a elementos puramente jurídicos.

Percebe-se, portanto, um abandono, nos escritos dos grandes realistas, daquela ideia de aplicação meramente lógica do direito, que pressupunha a existência, de antemão, de elementos fáticos e jurídicos a definir a decisão judicial aplicável (NOJIRI, 2017), a partir de um “método dedutivo capaz de oferecer soluções determinadas para problemas particulares de escolha jurídica” (GODOY, 2013, p. 20).

Ou seja, o julgador, primeiro, decidiria acerca do caso e, tomada a decisão, passaria a buscar sua justificativa no ordenamento jurídico, a fim de compor sua fundamentação. Assim, a consideração do arcabouço jurídico dar-se-ia em momento posterior a uma prévia decisão, tomada, também, com base em fatores externos ao Direito.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O estágio do conhecimento científico encontra-se bem diferente daquele no qual os realistas jurídicos norte-americanos desenvolveram sua teoria descritiva do Direito. O que eles observavam da prática dos Tribunais pode ser hoje explicado, em muitos aspectos, pela Psicologia Moral. E um dos modelos que fornece subsídios para a tese realista é o modelo formulado por Jonathan Haidt.

A concepção de que o julgamento moral é formulado com base em intuições morais, que englobam a visão de mundo do julgador, desencadeadas por um sistema que opera de forma automática e inconsciente, colide com a ideia de aplicação de mero raciocínio lógico-dedutivo empregado pelos julgadores, como postulam alguns teóricos clássicos do Direito.

No entanto, parece haver uma preocupação por parte daqueles que negam ou mesmo ocultam o papel dos fatores extrajurídicos na tomada de decisão no sentido de que, ao admiti-los, estar-se-ia negando, ao final, a aplicação das leis.

---

<sup>25</sup> “And he will then know what every law-school teacher should tell his students, to wit: many legal rules exist. Many of them are vague. Some are exact. Sometimes the rules have some effect on legal rights. They have that effect only to the extent that they influence the outcome of specific lawsuits. How much effect they will have in bringing about future enforceable judgments, orders and decrees is unknowable”.

É, às vezes, afirmado que negar que o Direito consiste em regras é negar a existência das regras. Esse é um raciocínio capcioso. Negar que a vaca consiste em grama não significa negar a realidade da vaca ou que a vaca de grama se alimenta. Da mesma forma, afirmar que as regras não são o único fator de concretização do Direito, por exemplo em decisões, não é a mesma coisa que se dizer que não existem regras (FRANK, 1931, p. 43, tradução nossa)<sup>26</sup>

Ignorar, portanto, que “como qualquer pessoa, juízes tomam decisões primordialmente com base nas suas intuições inconscientes, sendo capazes de conscientemente revê-las empregando o raciocínio deliberativo” (HORTA, 2014, p. 39), não infirma a importância dos fatores jurídicos na decisão, mas inclui ao estudo do Direito fatores outros que também influenciam o decisor.

Atentar-se para tal realidade apenas contribui para a compreensão mais acurada do Direito e torna os profissionais que devem lidar com ela mais preparados para enfrentá-la. O operador do Direito, consciente dessas influências, munido de tais conhecimentos da Psicologia, poderá trabalhar tais elementos com muito mais competência.

## REFERÊNCIAS

AVERILL, M. Law. In: FRODEMAN, R.; KLEIN, J.T.; C. MITCHAM (Eds). **Oxford Handbook of Interdisciplinarity**. Oxford University Press, 2010. p. 522-536.

BAUM, Lawrence. **Judges and their audiences: a perspective on judicial behavior**. Princeton University Press, 2008.

CESTARI, Roberto Tagliari. **Decisão judicial e realismo jurídico: evolução das pesquisas sobre o comportamento judicial**. 2016. 201 p. Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2016.

CESTARI, Roberto; NOJIRI, Sergio. Interpretações históricas e teóricas do Realismo Jurídico. In: JUNIOR, Eloy P. Lemos; TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; FREITAS, Lorena de Melo (Coord.). **Teorias da decisão e realismo jurídico**. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

COUTINHO, Francisco Pereira. **Será o Direito formado por um conjunto de meras profecias?**. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, n° 08, 2002.

FRANK, Jerome. Are Judges Human? **University of Pennsylvania Law Review**, p. 17-53, 1931.

FRANK, Jerome. **Law and the Modern Mind**. Londres: Stevens & Sons Limited, 1949.

---

<sup>26</sup> “It is sometimes asserted that to deny that law consists of rules is to deny the existence of legal rules. That is specious reasoning. To deny that a cow consists of grass is not to deny the reality of grass or that the cow eats it. So that where rules are not the only factor in the making of law, i. e., decisions, that is not to say there are no rules”.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano**. Brasília: edição do autor, 2013.

HAIDT, Jonathan. Morality. **Perspectives on Psychological Science**, v. 3, n.1, p. 65-72, 2008.

HAIDT, Jonathan. Moral Psychology and the Law: how intuitions drive reasoning, judgment, and the search for evidence. **Alabama Law Review**, v. 64, p. 867-880, 2013.

HAIDT, Jonathan. The emotional dog and its rational tail: a social intuitionist approach to moral judgment. **Psychological Review**, v. 108, n. 4, p. 814-834, 2001.

HAIDT, Jonathan. The moral emotions. In: DAVIDSON, R. J.; SCHERER, K. R.; GOLDSMITH, H. H. **Handbook of affective sciences**. Oxford: Oxford University Press, p. 852-870, 2003. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.385.3069&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em: 22 out. 2019.

HAIDT, Jonathan. The New Syntheses in Moral Psychology. **Science**, v. 316, p. 998-1002, 2007. Disponível em: <https://science.sciencemag.org/content/316/5827/998>. Acesso em: 22 out. 2019.

HAIDT, Jonathan. **The Righteous Mind: why good people are divided by Politics and Religion?**. New York: Pantheon Books, 2012.

HAIDT, Jonathan; BJORKLUND, Fredrik. Social Intuitionists answer six questions about Moral Psychology. In: SINNOTT-ARMSTRONG, W. (Ed.). **Moral Psychology**, v. 2, p. 181-217, MIT Press: 2008.

HAIDT, Jonathan; GRAHAM, Jesse; NOSEK, Brian. Liberals and Conservatives Rely on Different Sets of Moral Foundations. **Journal of Personality and Social Psychology**, v. 96, n. 5, p. 1029-1046, 2009.

HAIDT, Jonathan; KESEBIR, Selin. Morality. In: FISKE, S.; GILBERT, D.; LINDZEY, G. (Eds.). **Handbook of Social Psychology**. Hoboken: Wiley, p.1-61, 2010. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1534423](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1534423). Acesso em: 27 abr. 2020.

HAIDT, Jonathan; KOLLER, Silvia H. Julgamento moral nos Estados Unidos e no Brasil: uma visão intuicionista. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 75-90, 1994.

HAIDT, Jonathan; KOLLER, Silvia Helena; DIAS, MARIA G. Affect, Culture, and Morality, or is it wrong to eat your dog?. **Journal of Personality and Social Psychology**, v. 65, n. 4, p. 613-628, 1993. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.385.1825&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em: 22 out. 2019.

HORTA, Ricardo Lins. Por que existem vieses cognitivos na Tomada de Decisão Judicial? A contribuição da Psicologia e das Neurociências para o debate jurídico. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 3, p. 83-122, 2019.

HORTA, Ricardo. Um olhar interdisciplinar sobre o problema da tomada de decisão: analisando as contribuições dos estudos empíricos sobre comportamento judicial. **Diálogos sobre Justiça**, n. 2, p. 38-48, mai./ago. 2014.

HUTCHESON, Joseph C. Judgment Intuitive: The Function of the Hunch in Judicial Decision. **Cornell Law Review**, v. 14, p. 274-288, 1929.

MARCUS, Gary. **The Birth of the Mind**: how a tiny number of genes creates the complexities of human thought. Nova York: Basic Books, 2004.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. A vida como ela é: comportamento estratégico nas cortes. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, p. 688-718, 2018.

MIRANDA, Maria Madalena de Botelho. **Efeitos do Processamento Sociocognitivo na Tomada de Decisão Ética**. 2013. 56 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social e das Organizações) – Departamento de Psicologia Social e das Organizações da Escola de Ciências Sociais e Humanas, Instituto Universitário de Lisboa, 2013.

NOJIRI, Sergio. Decisão judicial. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coord.). Tomo: **Teoria Geral e Filosofia do Direito**. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/57/edicao-1/decisao-judicial>. Acesso em: 07 jun. 2018.

REX, Roger Valério de Vargas. Teoria das fundações morais: o nativismo moral em Jonathan Haidt. **Impulso**, Piracicaba, v. 28, n. 71, p. 105-123, 2018.

RICHARDS, Diana. When judges have a hunch: intuition (and some emotion) in judicial decision making. **Archiv für Rechts und Sozialphilosophie**, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2009883>. Acesso em: 10 ago. 2020.

SEGAL, Jeffrey A; SPAETH, Harold J. **The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited**. Cambridge University Press, 2002.

STRUCHINER, Noel; BRANDO, Marcelo Santini. Como os juízes decidem os casos difíceis do direito?. In: STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza (Org.). **Novas fronteiras da teoria do direito**: da filosofia moral à psicologia experimental. Rio de Janeiro: PoD: Puc Rio, p.171-219, 2014.

SUNSTEIN, Cass R.; SCHKADE, David; ELLMAN, Lisa M.; SAWICKI, Andres. **Studying judges with numbers**: are judges political? An empirical analysis of the Federal Judiciary. Brookings Institution Press, 2006.

TABAK, Benjamin Miranda; AMARAL, Pedro Henrique Rincon. Vieses cognitivos e desenhos de políticas públicas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, p. 472-491, 2018.