

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

***DIREITO E OS LIMITES DA RAZÃO NAS DECISÕES
JURÍDICAS:
a relação entre Direito e Moral revisitada à luz das novas
teorias cognitivas***

Thaís de Bessa Gontijo de Oliveira

Belo Horizonte - MG
2018

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**OS LIMITES DA RAZÃO NA FORMAÇÃO DAS DECISÕES
JURÍDICAS**

***a relação entre Direito e Moral revisitada à luz das novas
teorias cognitivas sobre a formação do julgamento moral***

Thaís de Bessa Gontijo de Oliveira

Desenvolvimento parcial Tese de Doutorado em Direito apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor junto ao Programa de PósGraduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, sob a orientação da Professora Doutora Mariah Brochado Ferreira, desenvolvida no âmbito da Linha de Pesquisa História, Poder e Liberdade, e do Projeto Coletivo Culturas, Direito Comparado e os novos desafios do Direito Internacional na ordem global.

Belo Horizonte - MG

2018

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	5
RESUMO.....	8
ABSTRACT	10
TABELA DE ABREVIATURAS	12
INTRODUÇÃO	13
1 A CONSILIÊNCIA.....	18
1.1 As origens da desconfiança disciplinar: o divórcio entre as duas culturas	26
1.2 A reconciliação disciplinar: rumo à consiliência.....	38
1.3 Neuroética e Neurodireito: a busca pelas borboletas da alma	57
2 DIREITO E MORAL: A IMPOSSIBILIDADE DE DECISÕES RACIONAIS PURAS NA ESFERA JURÍDICO-MORAL	65
2.1 A Psicologia Evolucionista e as possíveis explicações para a origem da moralidade.....	72
2.2 Os modelos duais de cognição: da dicotomia “razão / emoção” à dicotomia “cognição rápida / cognição lenta”.....	91
2.3 O Modelo Sociointuicionista de Julgamento Moral.....	105
2.4 Argumentação jurídica no Estado Constitucional de Direito: princípios jurídicos como argumentação substantiva travestida de argumentação institucional.....	133
3 VALORES NAS CIÊNCIAS JURÍDICAS: A TEORIA DAS FUNDAÇÕES MORAIS	158
3.1 Valores na Ciências Jurídicas	159
3.2 A Teoria das Fundações Morais.....	165
3.2.1 Fundação de cuidado	173
3.2.2 Fundação de justiça (ou proporcionalidade).....	175
3.2.3 Fundação de lealdade (ou grupismo).....	178

3.2.4 Fundação de autoridade.....	179
3.2.5 A fundação de santidade.....	181
3.2.6 A fundação de liberdade.....	183
3.3 O caso do tipo penal de pornografia simulada	184
4 REFLEXÕES FINAIS: O juiz é constrangido por sua cognição ou é arquiteto de sua cognição?	191
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	198

AGRADECIMENTOS

Eu gostaria de começar estes agradecimentos, com a adaptação de um motejo que há muito escutei:

A pós-graduação é como um mar gelado: sempre existe um louco que pula primeiro e, enquanto se afoga, grita aos que estão à margem: “pode vir que a água está uma delícia!”

Para chegar a este momento sem se afogar, digo que são necessários muitos mestres que paciente e incansavelmente ensinem o aprendiz a nadar. E são necessárias muitas boias.

Aos mestres que ensinam a nadar, minha infinita gratidão. Se minha técnica ainda precisa de aprimoramento, não foi por falta de instrução. Por outro lado, se não me afoguei no processo, foi certamente por conta desses ensinamentos. Mais importante que isso é que apenas os mestres oferecem ao aprendiz das habilidades e ferramentas para explorar este mar e, além desse, todo o oceano azul.

Dentre tantos mestres, preciso destacar três, sem os quais eu não chegaria aqui.

A Professora Mariah Brochado deixou sua marca em minha formação desde o primeiro ano de meu curso em Direito. Já naquela época, apresentava a todos nós recém-chegados possibilidades de discussões instigantes. Ao final do curso, me acompanhou na realização do Trabalho de Conclusão de Curso, e me deu confiança para caminhar pelos corredores da Filosofia. Aquele momento marcou minha trajetória, e eu não estaria aqui sem ele.

O Professor Renato César Cardoso abriu as possibilidades de discussão que tomaram corpo nesta tese. Sua presença e sua voz me mostraram a parte do oceano explorada nas linhas que se seguem, que me levaram a repensar o ser humano e o Direito. Diante das muitas angústias que essas novas ideias me provocaram, foi exatamente com sua direção que encontrei a firmeza para explorar esses novos horizontes.

A Professora Fabiana de Menezes também marcou minha formação no início da graduação em Direito, e foi presença constante no desenvolvimento dessa tese. Em toda oportunidade, instigou novas reflexões, orientou o olhar para novas perspectivas, com serenidade e firmeza, inovando sempre na metodologia de trabalho e nas discussões propostas, nutrindo com ideias e afeto.

Além disso, devo agradecer a todos os Professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, desde aqueles que participaram na construção dessas ideias, até os membros do Colegiado pelo apoio e tolerância.

Aos funcionários da Universidade, em especial àqueles da Faculdade de Direito, agradeço na pessoa de Ana Paula, que em um dia difícil me deu um sorriso e uma palavra de incentivo. Naquele dia, esse pequeno gesto teve valor inestimável.

Se com os mestres aprendi a nadar, em tantos momentos pude contar com a presença de pessoas maravilhosas, que não me deixaram afogar. Essas boias vêm de lugares de onde não espera, em momentos também inesperados, em formatos variados: um almoço ou jantar, um café, um sorvete, uma cerveja, um lenço, uma palavra, um carinho, encontros semanais para colocar as angústias em seu devido lugar, e poder prosseguir.

Entre essas pessoas queridas, o primeiro agradecimento é aos meus pais, fonte de inspiração para trilhar os caminhos rigorosos da pesquisa acadêmica. À minha irmã querida que aprendeu a navegar nesse oceano ao mesmo tempo que eu, me faltam palavras para agradecer. Devo agradecer à minha família querida que nunca faltou. Em especial, nesses anos, agradeço à Tia Lila e Tia Teresa (*in memoriam*) pela convivência, almoços, jantares, conselhos, carinhos. A vida me deu também as melhores amigas que eu poderia desejar, Patrícia, Mariana e Cynthia, que viveram todo esse período ao meu lado e me deram esteio para perseverar. À Daniele e ao Douglas me deram um lugar seguro (e muita cafeína) para nutrir essas palavras. *To my melted snowman*, pelo apoio neste final derradeiro.

No mar gelado, em nenhum momento estive só: aos membros do grupo de estudo em Neuroética e Neurodireito, meu agradecimento sincero pela companhia, pelo incentivo, pela possibilidade de aprimorar ideias de uma forma que apenas a inteligência coletiva proporciona: Pâmela, André, Isadora, Paulo, Thiago. Estive cercada também de colegas qualificados sempre dispostos à interlocução, que agradeço nas pessoas de Caroline Maciel e Jamilla Monteiro Sarkis.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, pelo apoio financeiro que possibilitou minha dedicação exclusiva a esse projeto.

À toda a Universidade Federal de Minas Gerais, minha eterna *alma mater*, pela minha formação acadêmica, profissional e de caráter. Do melhor que sou, muito devo a essa instituição.

No final desse doutorado, e com a inestimável ajuda de todas essas pessoas, aprendi a apreciar a sedução dessa água gelada, de descobrir seu frescor, de testar novas profundidades, de perceber que a cor da água varia conforme o ângulo que se olha ou a inclinação do sol. Assim também é o conhecimento: arredo, tantas vezes dolorido, mas irresistível.

RESUMO

A tese revisita a relação entre Direito e Moral, objeto de estudo recorrente nas Ciências Jurídicas. Embora sejam muitos os esforços teóricos para emancipar o Direito da Moral, a hipótese principal defendida aqui é que, à luz das teorias mais modernas sobre a cognição humana, o Direito está inexoravelmente entrelaçado à Moral, já que não é possível desligar a resposta cognitiva intuitiva diante de questões moralizadas. Essa conclusão pode ser sustentada dentro da perspectiva da Consiliência, programa de pesquisa que propõe uma síntese entre todos os ramos do conhecimento para compreender o comportamento humano. Isso alinha não só os métodos de investigação jurídicos tradicionais (cuja interlocução usual ocorre com a Filosofia, Política, às vezes com a Economia, Psicologia, ou com as Letras, ou seja, área das Humanidades e das Ciências Sociais), mas também com outros campos do conhecimento com os quais a interlocução não é tão evidente: as Neurociências, a Biologia, a Primatologia, Medicina, Ciências Computacionais. Parte-se do princípio que, para conhecer o comportamento humano, fronteiras disciplinares são um obstáculo a ser superado e essa foi o principal objetivo aqui. Muitos são os problemas abertos por tipo de investigação; dentre eles, optou-se por testar a possibilidade de se realizarem julgamentos racionais puros, particularmente em questões moralizadas, já que decisões racionais – a Razão – passou a ser um ideal perseguido pelas Ciências Jurídicas. A resposta a que se chega, pela via das Ciências Cognitivas, é que esse julgamento racional puro é uma simplificação grosseira da complexidade mental necessária para que se chegue a uma decisão: em resumo, um mito. Para tanto, foram recuperadas as ideias de que existem duas mentes (talvez o modelo mais psicológico mais antigo e resiliente que se tem na história das ideias). Em sua apresentação contemporânea, as Ciências Cognitivas operam dentro de um paradigma em que existem dois modos de pensar: um modo de pensar é rápido e automático (baseado em vieses, heurísticas, intuições e primeiras impressões), chamado Sistema 1, e o segundo é lento e deliberativo (baseado em reflexões frias), chamado Sistema 2. A relação entre essas duas formas de pensar ocupa largamente as pesquisas das Ciências Cognitivas. Embora não exista um consenso, em um aspecto, a maior parte dos pesquisadores parece concordar: o ser humano normal não realiza julgamentos

racionais puros. O objetivo da tese é, então, explorar as consequências jurídicas desse novo paradigma.

Palavras-chave: Neurodireito; Neuroética; Consiliência; Neoconstitucionalismo; Argumentação jurídica.

ABSTRACT

The dissertation revisits the relationship between Morality and Law, a recurrent study object in Legal Studies. Even though there are many theoretical efforts to emancipate Moral Law, the main hypothesis advanced here is that, in light of the contemporary theories on human cognition, Jurisprudence and Morality are inextricably intertwined. This conclusion is put forth within the perspective of Consilience, a research program that proposes a synthesis among all branches of knowledge to understand human behavior. The effort aligns not only traditional legal research methods (that put Jurisprudence in contact with Philosophy, with Politics, sometimes with Economy, Psychology, or with Fine Letters, that is, Humanities and Social Sciences), but also with other fields of knowledge with which the dialogue is not so straightforward: the Neurosciences, Biology, Primatology, Medicine, Computational Sciences. We assumed that, to know human behavior, disciplinary boundaries are more an obstacle to be overcome and this was the task of the thesis. By doing this, there are many problems open to this kind of investigation; among them, we decided to explore the possibility of pure rational judgments, particularly when the issue at hand is moralized, given that rational decisions - Reason - became an ideal pursued by the Jurisprudence. To answer this, we present some state of the art psychological theories (developed within Cognitive Sciences framework), that this pure rational judgment is a gross simplification of the mental complexity necessary to arrive at a decision – in a nutshell, a myth. In order to do so, we have recovered the theory that proposed human beings have basically two ways of thinking (perhaps the most ancient and resilient psychological model in the history of ideas). At its contemporary version, Cognitive Sciences operate within a paradigm in which there are two modes of thinking: one that is fast and automatic (guided by biases, heuristics, intuitions and first impressions), called System 1, and the second which is slow and deliberative (based on cold reflections), called System 2. Contemporary Cognitive Sciences are largely concerned with the relationship between these two forms of thinking, and the subject is still under debate. Although there is no consensus, in one respect, most researchers seem to agree: the normal human does not make pure rational judgments. The purpose of the thesis is then to explore the legal consequences of this new paradigm.

Key-words: Neurolaw; Neuroethics; Consilience; Neoconstitucionalism; Legal argumentation.

TABELA DE ABREVIATURAS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AI – Inteligência Artificial

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CR – Constituição da República

fMRI – ressonância magnética funcional

MSI – Modelo Sociointuicionista (de Julgamento Moral)

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TFM – Teoria das Fundações Morais (*Moral Foundations Theory*)

INTRODUÇÃO

Em uma página eletrônica dedicada a sátiras da pesquisa acadêmica, a imagem a seguir foi postada com a seguinte legenda: quando esta é a primeira frase do livro, você sabe que será uma longa leitura:

Introduction²

For most, the value³ and significance⁴ of science⁵,

Figura 1 Sátira de uma pesquisa filosófica¹

A postagem tinha um objetivo cômico.

No entanto, a reflexão que ela incita é bastante pertinente. Quando se trata de grandes temas de interesse filosófico, os conceitos atribuídos a cada uma dessas palavras estão longe da uniformidade. O trabalho desenvolvido nesta tese enfrenta uma dificuldade semelhante: Direito, Ciência, Valor, Moral, Razão, Emoção, Positivismo, (Neo)Constitucionalismo – cada uma dessas palavras, individualmente, inspirou mais reflexão do que seria possível conhecer para realizar este trabalho, com significados, conteúdos e definições absolutamente diversos e tantas vezes absolutamente contraditórios – incomensuráveis. Explorar exaustivamente cada um deles teria tornado esta tese impossível. No entanto, é exatamente o diálogo entre essas ideias que propõe-se aqui e, para isso, foram necessários vários recortes.

Assim, em alguns casos, o universo conceitual por trás dessas ideias foi apresentado (ainda que nunca de forma exaustiva); todavia, parece certo desde agora que injustiças foram cometidas.

Mais do que as inseguranças geradas pela imprecisão conceitual, a vastidão de obras destinadas a cada uma dessas ideias mostra quão profícuas, promissoras e – principalmente – instigantes essas reflexões são. São matérias que ocupam os pensadores por milênios, questões fundantes de nossa sociedade, nossa identidade, nossa humanidade, propulsoras de novas e mais interessantes reflexões. Esta tese nada mais é do que uma pequena contribuição em discussões muitas vezes milenares, que encontram-se longe de serem superadas. Neste desenvolvimento, prestigiam-se alguns encaminhamentos e certamente se injustiçam outros.

¹ <https://twitter.com/AcademiaObscura/status/993400214487732230>

De fato, as questões que orientam a tese, cada uma individualmente, estão cercadas de grande controvérsia: deveriam as Ciências Sociais, Ciências Humanas e Humanidades se aproximar das Ciências Naturais? Existe um risco de que as primeiras sejam consumidas no processo? Qual exatamente o limite da razão na cognição humana? Para que ela serve? Dentro do Neoconstitucionalismo, a aproximação entre Direito e Moral está de fato ocorrendo? Até que ponto esse processo de aproximação é desejável? Até que ponto as Ciências Naturais podem explicar a relação entre Direito e Moral? Cada uma dessas questões levanta debate inflamados entre cientistas, juristas, filósofos, toda sorte de pensadores e também na sociedade, que cada vez mais domina instrumentos técnicos mínimos para participar de debates antes altamente segregados. Ciente de que muitas das ideias vertidas aqui são alvo de controvérsias, ampara-se muitas das ideias mais controversas na literatura, não como forma de fugir ao debate que cada uma dessas questões convida, mas como forma de ladrilhar o caminho que leva ao que efetivamente constitui o aspecto central desta a tese deste doutorado: numa perspectiva consiliente (de síntese do conhecimento), a cognição humana possui um inevitável aspecto dual, em que os processos cognitivos racionais no mínimo convivem em uma relação necessária com os processos cognitivos emocionais/intuitivos. As implicações disso para o Direito são inúmeras. Aqui, o aspecto explorado será o seguinte: o juiz imparcial, desinteressado, racional nada mais é que um mito. Para tomar qualquer decisão, o cérebro do juiz recruta inúmeras áreas diferentes, e não é possível isolar processos neurais que garantam um produto exclusivo da razão. O juiz é inevitavelmente influenciado por suas intuições, por suas emoções, por processos cognitivos automáticos (marcados por vieses e heurísticas) como qualquer outra pessoa. Mais ainda, na contemporaneidade, a abertura do Direito à argumentação principiológica (que toma força no (neo)constitucionalismo) abriu uma porta para que argumentação moral se infiltre na argumentação jurídica e o faça travestida de juridicidade. Mais ainda, acredita-se que a principiologia é uma estratégia argumentativa marcante de Sistema 1 (emocional/intuitivo) nos sistemas de *civil law* (especialmente nos países que vivem esse constitucionalismo), por mais que as Ciências Jurídicas tenham se esforçado para purgar-se deste segundo tipo de cognição, para alcançar a racionalidade pura.

Esta tese representa uma tentativa de colocar o Direito em debate com algumas questões interdisciplinares já pautadas, de extrema importância. Como se verá no desenvolvimento, psicólogos, médicos, cientistas em geral têm pouco constrangimento em elaborar reflexões sobre o Direito, e propor reformas. Ou seja, eles têm pouco respeito aos limites disciplinares traçados pelos próprios juristas. Resta aos juristas participar do debate.

Por fim, alinha-se aqui, desde logo, com a advertência do filósofo inglês Richard Joyce: o resultado dessa pesquisa pode ser considerado provisório e até mesmo especulativo, já que várias das premissas adotadas aqui não são conhecimento pacífico, entre elas, a própria ideia de Joyce, de que a moralidade humana é inata² (JOYCE, 2007, p. 1-2).

Feitas essas considerações preliminares, o desenvolvimento da tese seguiu o seguinte caminho.

O capítulo 1 retoma as dificuldades da discussão interdisciplinar, e sua imprescindibilidade. Reconstrói-se o caminho que levou à separação disciplinar, até a necessidade de reconciliação. O objetivo aqui é a construção do chamado Neurodireito, dentro do paradigma da Consiliência. Dentro desse marco teórico, é possível desenvolver as reflexões que se seguem: aqui, é possível harmonizar as pesquisas e estudos, teorias e conhecimentos que abordam o comportamento humano da perspectiva das Ciências Naturais, com as Ciências Jurídicas.

O Capítulo 2 dedica-se a discutir a relação entre Direito e Moral. Se esse tema foi objeto de mentes privilegiadas ao longo dos séculos, boa parte dessa literatura foi desenvolvida dentro do isolamento disciplinar (ou ainda quando o arsenal de conhecimento sobre comportamento humano ainda não estava disponível). Dentre as várias abordagens possíveis, emprega-se o Modelo Sociointuicionista de Julgamento Moral (desenvolvido dentro das Ciências Cognitivas em geral, e Psicologia Evolucionista em particular) para tentar explicar como se formam os

² Já desde logo, verificam-se dificuldades conceituais. Na frase simples “a moralidade humana é inata”, o conceito de moralidade e de inatismo são controversos. Moralidade pode ser entendida simultaneamente como uma vocação humana para pensar moralmente (no sentido de pensar com correção moral, ou de forma moralmente louvável), bem como no sentido de empregar conceitos morais. Neste segundo sentido, ser dotado de moralidade poderia significar tanto possuir uma determinada atitude quanto a **determinadas e fixas** questões (como o incesto, ou o parricídio), ou uma tendência para avaliar moralmente questões contingentes conforme fatores ambientais e culturais. De toda forma, para Joyce, a afirmativa deve ser entendida no sentido de que a pode-se explicar a moralidade humana como uma adaptação, coerente com a Teoria da Evolução (JOYCE, 2007, p. 2), que adota-se aqui.

juízos morais e, com isso, mostrar como o Direito é inexoravelmente influenciado pela Moral. A conclusão aqui é que não existem juízos racionais puros. Isso representa um desafio adicional, dentro do Neoconstitucionalismo. Embora esse movimento não tenha uma uniformidade teórica (como ocorre também com o Juspositivismo), um traço marcante do movimento é a aproximação do Direito com a Moral por meio da positivação de princípios jurídicos, tomados em sua dimensão axiológica (normalmente relacionados à realização de Direitos Humanos). No Neoconstitucionalismo, a argumentação ganha protagonismo, juntamente com os princípios jurídicos. No entanto, se a aplicação do Direito posto passa frequentemente pela subsunção e por argumentação institucional, a argumentação no Neoconstitucionalismo é fortemente substantiva (ou seja, apela livremente a razões de natureza moral, política, econômica, social) na missão de realizar esses valores constitucionais. Com os princípios, o juiz pode afastar qualquer lei com a qual se discorda. Nesse cenário, argumenta-se que a busca pela justiça material sacrifica a estabilidade jurídica e perigosamente abre o direito ao arbítrio.

Já o Capítulo 3 dedica-se a explorar melhor como essa moralidade se manifesta, indicando uma relação de valores com as chamadas fundações morais. O filósofo Bernard Williams (2006a) já questionava a pretensão da Filosofia em fornecer uma teoria totalizante para guiar o pensamento ético, estruturada como pensamento abstrato e frequentemente na busca por reduções a um princípio (ou uns poucos princípios) ou a um valor (ou a uns poucos valores), como fazem, segundo ele, o kantismo e o utilitarismo. As Ciências Jurídicas parecem também influenciadas por essa busca. No entanto, para o autor, essas teorias não fazem jus à riqueza da experiência ética propriamente dita, da fenomenologia da vida ética, entendida como “o que acreditamos, sentimos, ou presumimos como correto; as formas como enfrentamos obrigações e reconhecemos responsabilidade; os sentimentos de culpa e vergonha”.³ A Teoria das Fundações Morais é uma tentativa de reconhecer essa riqueza, que vai muito além de preceitos de justiça, explicada por meio de seis módulos ou fundações morais (cuidado, justiça, lealdade, autoridade, santidade, liberdade). Embora a teoria pareça estranha, oferecem-se, para cada fundação,

³ No original: “Such a philosophy would reflect on what we believe, feel, take for granted; the ways in which we confront obligations and recognize responsibility; the sentiments of guilt and shame.” (WILLIAMS, Bernard. **Ethics and the limits of Philosophy**, Op. Cit., p. 93, tradução da autora.).

exemplos de julgamentos jurídicos que parecem ter sido norteados por essas fundações.

Com isso, passa-se ao desenvolvimento.

1 A CONSILÊNCIA

*Vou escrever alguma coisa que não sei o que seja,
justamente para ficar sabendo.
E que só eu posso me dizer, mais ninguém.
Fernando Sabino*

O curso de Graduação em Direito equipa o futuro bacharel com técnicas sofisticadas, que o tornam apto a operar os procedimentos jurídicos (técnicas de processo, por exemplo), como também o capacitam a lidar de forma mais qualificada com os conflitos sociais decorrentes da interação social, mesmo aqueles que claramente possuam uma conotação moral. Atualmente, esses conflitos com conotação moral aparecem na aplicação e interpretação das normas constitucionais principiológicas, que exprimem valores constitucionalmente albergados. No entanto, o curso de Direito, como vários outros cursos das Ciências Sociais e das Humanidades, não dá continuidade aos estudos em Ciências Naturais que o estudante iniciou em sua formação fundamental (ou o faz timidamente).

Não obstante, parece quase inevitável que o futuro bacharel em Direito seja colocado em situações em que deverá navegar de forma competente pelos conhecimentos e contribuições das Ciências Naturais. Indicativo disso, por exemplo, é a crescente importância da prova científica nos processos judiciais, com mais e mais cientistas sendo chamados como testemunhas. Nas audiências públicas realizadas no âmbito de processos de grande repercussão geral, apresentam-se especialistas das mais variadas formações, muitos deles cientistas que vêm trazer evidências para melhor esclarecimento dos fatos.⁴ Vale lembrar que a Lei n. 13.105/2015, o novo Código de Processo Civil, faculta ao juiz e relator do processo, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, **solicitar** ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação (art. 138) – o *amicus curiae*, e que essa pessoa

⁴⁴ São exemplos recentes: a audiência pública que discutiu o bloqueio judicial do WhatsApp e Marco Civil da Internet, tratado na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5527, cuja relatora é a ministra Rosa Weber, e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 403; audiência pública que discute aspectos técnicos da coleta de DNA aplicada à investigação forense no âmbito do Recurso Extraordinário 973.837; audiências pública sobre o novo Código Florestal, no âmbito das ações Diretas de Inconstitucionalidade 4901, 4902, 4903 e 4937, para citar algumas das últimas. Em todas elas, foram discutidas questões técnicas, apresentadas por especialistas, que escapam completamente ao domínio técnico da vasta maioria dos juízes de direito.

tantas vezes contribuirá no processo justamente com conhecimentos científicos oriundos das Ciências Naturais.

Destaca-se aqui o verbo solicitar, empregado no dispositivo legal, justamente porque ele antecipa um estado de perplexidade que pode aflorar diante de fatos controversos. Esse dispositivo constitui uma autorização legal para que o juiz reconheça sua incompetência (aqui no sentido de imperícia) diante dos fatos, e solicite especialistas para aclararem as questões.

Assim, cada vez mais, os processos jurídicos atribuem voz à Ciência, personificada no cientista. No entanto, invariavelmente, a decisão é da autoridade decisória, que deve digerir a informação científica e entregar um produto (uma decisão judicial ou administrativa, uma lei, ou uma política pública).

Ou seja, os processos jurídicos e os processos científicos possuem vocação diferente, sendo diversa também a forma como se chega ao resultado de um e de outro. Mais ainda, nessas vocações, existem tensões verdadeiras entre os valores e objetivos de cada uma dessas empreitadas, tensões essas que não devem ser ignoradas (HAACK, 2014, p. 79-80). Assim, as Ciências são investigativas ao passo que o Direito⁵ ainda é, em nossa cultura legal, adversarial; as Ciências buscam princípios gerais, enquanto o foco jurídico é em casos particulares (sendo que essa característica pertence mais claramente ao *common law*,⁶ sistema de origem da autora); a ciência é uma empreitada amplamente falsificável, ao passo que o direito está preocupado com alcançar uma resolução rápida e definitiva; a ciência procura inovação, enquanto que os sistemas jurídicos se estabilizam em precedentes; a

⁵ Considera-se aqui o Direito enquanto técnica, o Direito aprendido e realizado nos processos judiciais, administrativos e legislativos; por outro lado, dentro do paradigma Ciências Jurídicas, Epistemologia Jurídica, Filosofia Jurídica e Antropologia Jurídica, é possível que as críticas de Haack não sejam aplicáveis, ou sejam não sejam tão marcantes.

⁶ Segundo Michele Taruffo (2006), os termos tradicionais pelos quais se descrevem e se distinguem os modelos de *civil law* e *common law* não mais são aceitáveis, já que a realidade normativa de cada um desses sistemas foi modificada e continua destinada a transformações profundas ainda a porvir. Existe, ainda, diferenças, embora essas diferenças não sejam mais tão acentuadas, nem tampouco podem ser adequadamente descritas pelos modelos tradicionais. Segundo o autor: "Las transformaciones que se han verificado, y que en muchos aspectos están todavía en curso en numerosos ordenamientos, han provocado una clara fragmentación de los viejos esquemas y han dado lugar a múltiples fenómenos de "recomposición" del derecho procesal a través del complejo juego de interferencias entre sistemas diversos, circulaciones de modelos y trasplantes de instituciones de la naturaleza más variada. (...) Lo único que se puede afirmar de un modo relativamente seguro es que los habituales y cómodos modelos descriptivos, que pretendían representar esquemáticamente las características fundamentales de los procesos de *common law* y de *civil law*, aparecen claramente superados y no resultan ya utilizables como instrumentos de conocimiento y descripción de varios ordenamientos."

investigação científica é informal, baseada em problemas, pragmática, enquanto que o direito se fia em regras e procedimentos formais; as aspirações da ciência são essencialmente teóricas, enquanto que o Direito é inevitavelmente atraído pela política (HAACK, 2014, p. 79-80). Disso já é possível perceber que as Ciências e o Direito lidam com a verdade de forma bastante diferente.

Não só no contexto judicial, o bacharel em Direito poderá ter problemas para lidar com provas científicas nos processos. Embora a produção normativa (como elaboração de leis) ou o delineamento de políticas públicas sejam atribuições, respectivamente, dos membros do Poder Legislativo e Poder Executivo, também aqui os bacharéis em Direito participam (seja por meio de assessorias ou por meio de pareceres jurídicos formulados pelas Procuradorias). Quais tratamentos médicos e remédios devem ser oferecidos amplamente à população pelos Sistema Único de Saúde? Quais empreendimentos poluidores devem ser autorizados a operar, e com quais contrapartidas? Quando deve se iniciar a alfabetização de crianças na rede pública, ou o ensino de língua estrangeira, e com qual técnica? Todas essas decisões devem ser informadas por conhecimentos técnico-científicos específicos que não são (e nem individualmente devem ser) oferecidos ao estudante de Direito.

Mais ainda: considerando o princípio na inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CR), todas essas questões podem acabar judicializadas. Nesse caso, o Poder Judiciário será instado a tomar decisões políticas, inclusive para impor medidas concretas ao Poder Executivo e Poder Legislativo, em matérias que demandam conhecimento técnico extraordinário.

No entanto, existe uma outra ordem de conhecimento que deveria ser navegada com competência por juristas, que tem como fio condutor o comportamento humano. É preciso perceber que o objeto de estudo do Direito não são as leis propriamente ditas, da mesma forma que o objeto de Estudo da Economia não são transações econômicas, ou ainda que o objeto de estudo das Neurociências não são neurônios. Em última instância, todas essas disciplinas se ocupam do comportamento humano, que perfazem hoje as Ciências Cognitivas.

Ciências Cognitivas é um ramo do conhecimento resultante das contribuições de vários outros, como a Psicologia, Neurociência, Linguística, Filosofia, Antropologia, Biologia Evolucionista, Educação, Ciências da Computação, Inteligência Artificial e Etologia, cada uma delas com seu foco e sua metodologia, em constante

aprimoramento dentro de cada campo disciplinar específico, e nem sempre em concordância um com o outro (WILSON, KEIL, 1999). O principal objetivo desse capítulo é demonstrar que o Direito – ou as Ciências Jurídicas – devem ingressar nessa construção.

No âmbito das Neurociências, da Psicologia Evolucionista e da Economia, foram feitos alguns avanços notáveis no esforço de compreender o comportamento humano, muitos deles contraintuitivos e com significativos potenciais disruptivos. Mais do que isso, esses avanços ampliaram também a capacidade preditiva dessas disciplinas. Acredita-se que o Direito se beneficiaria de incorporar esses conhecimentos às suas práticas e reflexões. Acredita-se, ainda, que são palpáveis as contribuições que o Direito pode dar, já que a história do Direito confunde-se com a própria história da humanidade. Entretanto, navegar esse conhecimento exige competências que normalmente escapam ao jurista.

Não se está aqui acusando todos os juristas de analfabetismo científico,⁷ mas apenas afirmando que a navegação competente nessas disciplinas ocorre atualmente por mérito, talento ou circunstâncias particulares de cada profissional, quando poderia não ser assim. Os próprios cursos poderiam oferecer essa formação de forma consistente e sistemática, com muito benefício.

Assim, existe um vasto corpo de conhecimento acumulado sobre a própria espécie humana estudada enquanto uma espécie do mundo dos seres vivos, que esclarece quais os comportamentos realmente são tipicamente humanos, e quais são meras fantasias. Esse corpo de conhecimento passa despercebido pela maioria dos juristas. Frans de Waal, um dos mais influentes primatologista da atualidade, adverte que

[e]studantes de direito, economia e política não possuem as ferramentas necessárias para ver sua própria sociedade com qualquer objetividade. Com o que eles vão compará-la? Eles raramente, se é que alguma vez, consultaram o vasto conhecimento sobre comportamento humano acumulado na antropologia, psicologia, biologia ou neurociência. A resposta

⁷ Essa dificuldade com as Ciências Naturais não é, evidentemente, uma exclusividade das Ciências Jurídicas. Muito pelo contrário. O conhecimento científico tantas vezes subverte ameaçadoramente noções de mundo geral. Um exemplo de como a sociedade tantas vezes lida mal com o conhecimento científico e os avanços dele decorrentes está no crescimento do movimento de pais que se recusam a vacinar. A ideia de deliberadamente expor um filho a doenças graves pode parecer absolutamente aversiva e, no entanto, as vacinas permanecem sendo uma das descobertas mais importantes da Medicina contemporânea. Acredita-se que, por conta do movimento anti-vacina, observa-se o retorno do sarampo, uma doença que estava erradicada nos EUA no começo dos anos 2000. Com o aumento do número de crianças que não são vacinadas, esse número subiu para 600 em 2014, e uma comunidade de alto padrão socioeconômico do Colorado, por exemplo, 10% dos pais se recusam a vacinar (SLOMAN, FERNBACH, 2017, p. 155-157).

curta derivada dessas disciplinas é que somos animais de grupo: **altamente cooperativos, sensíveis a injustiça, algumas vezes belicistas, mas na maior parte das vezes pacíficos**. Uma sociedade que ignora essas tendências não pode ser ótima. É verdade, somos também animais movidos por incentivos, focados em status, território e segurança alimentar, de modo que qualquer sociedade que ignore essas tendências também não pode ser ótima. Existe um lado tanto social quanto egoísta em nossa espécie. (DE WAAL, 2009, p. 5, tradução nossa, grifos acrescidos).⁸

Esse isolamento disciplinar rendeu críticas duras aos métodos ao conhecimento produzido pelas Ciências Sociais e Humanidades, e sua baixa capacidade preditiva. Nesse sentido, Edward O. Wilson destacou:

Não é de se admirar, então, que a ética seja a mais publicamente contestada de todas as empreitadas filosóficas. Ou que a ciência política, que na base é principalmente o estudo da ética aplicada, é tão frequentemente problemática. Nenhuma delas é instruída por qualquer coisa que seja reconhecível como uma teoria autêntica nas ciências naturais. **Tanto a ética quanto a ciência política não possuem um fundamento de conhecimento verificável da natureza humana suficiente para produzir previsões de causa e efeito e julgamentos sólidos com base neles**. Certamente será prudente prestar mais atenção às profundidades do comportamento ético. **O maior vazio no conhecimento em tal empreendimento é a biologia dos sentimentos morais**.⁹ (WILSON, 1999, p. 278, tradução nossa, grifos acrescidos).

Wilson destaca ainda que o sucesso de um código moral depende da sua capacidade de interpretar com sabedoria esses sentimentos morais; para tanto, é necessário que os autores dos sistemas morais saibam como o cérebro funciona, além de como a mente se desenvolve (WILSON, 1999, p. 262). Para o autor, o sucesso da ética dependeria de sua capacidade de prever com precisão as consequências de determinadas ações em oposição às outras, especialmente no caso de ambiguidade moral. Sua esperança na empreitada consiliente, portanto, é que, “ao explorar as raízes biológicas do comportamento moral e explicar suas origens e vieses no substrato material, devemos ser capazes de moldar um consenso ético mais sábio

⁸ No original: “Students of law, economics, and politics lack the tools to look at their own society with any objectivity. What are they going to compare it with? They rarely, if ever, consult the vast knowledge of human behavior accumulated in anthropology, psychology, biology, or neuroscience. The short answer derived from the latter disciplines is that we are group animals: highly cooperative, sensitive to injustice, sometimes warmongering, but mostly peace loving. A society that ignores these tendencies can’t be optimal. True, we are also incentive-driven animals, focused on status, territory, and food security, so that any society that ignores those tendencies can’t be optimal, either. There is both a social and a selfish side to our species.”

⁹ No original: “Little wonder, then, that ethics is the most publicly contested of all philosophical enterprises. Or that political science, which at foundation is primarily the study of applied ethics, is so frequently problematic. Neither is informed by anything that would be recognizable as authentic theory in the natural sciences. Both ethics and political science lack a foundation of verifiable knowledge of human nature sufficient to produce cause-and-effect predictions and sound judgments based on them. Surely it will be prudent to pay closer attention to the deep springs of ethical behavior. The greatest void in knowledge in such a venture is the biology of the moral sentiments”.

e duradouro do que antes”¹⁰ (WILSON, 1999, p. 262, tradução nossa). Para isso, há de se frisar, é necessário aprofundar a fluência dos intelectuais das Ciências Sociais e Humanidades nos conhecimentos acumulados pelas Ciências Naturais.

Ignorar esse treinamento científico é sintomático de uma desconfiança disciplinar, e algumas causas desse afastamento são exploradas neste capítulo. Ao final, pretende-se que fique claro como os motivos da ruptura perderam importância, e mais do que isto, que existem bons motivos para trabalhar por uma reconciliação na construção de modelos éticos e morais, bem como em modelos jurídicos, com ênfase no que Wilson chamou de sentimentos morais.¹¹ Existe uma necessidade de aproximar o Direito dessas disciplinas, levando as Ciências Jurídicas para este movimento que veio a ser conhecido como Consiliência. Pretende-se mostrar que esse movimento não implica perda do rigor técnico típico da disciplina, nem seu esvaziamento. Significa, ao contrário, incluí-la em um debate mais amplo, do qual se pode esperar no mínimo um aprimoramento das soluções jurídicas que as instituições podem oferecer.

Essa esperança permeará todo o trabalho. Apenas para ilustrar desde logo o quão promissor e proveitoso pode ser este diálogo, um bom exemplo diz respeito à pena de banimento e seus efeitos sociais. Novamente com De Waal (2005, p. 6), já se sabe que o ser humano é por natureza uma criatura intensamente social, cuja sanidade e felicidade depende da interação com outros indivíduos; por isso mesmo, fora a pena de morte, o banimento é a punição mais extrema que pode ser aplicada a alguém. O corpo humano e a mente humana não foram projetados para uma vida solitária. Na ausência de companhia humana, a pessoa se torna irremediavelmente deprimida, e sua saúde física se deteriora.

Nesse contexto, David Eagleman (2015, p. 49-51) recupera o relato de um preso chamado Robert Luke, que cumpriu pena em Alcatraz, uma prisão de segurança máxima localizada em uma ilha na cidade de São Francisco (Califórnia, EUA), hoje desativada. Como punição por destruir sua cela, Luke foi enviado para a solitária por 29 dias. Essa solitária consistia de um buraco de 3M por 3M, em que nenhuma luz

¹⁰ No original: “by exploring the biological roots of moral behavior, and explaining their material origins and biases, we should be able to fashion a wiser and more enduring ethical consensus than has gone before”.

¹¹ A expressão sentimentos morais é conceitualmente problemática, e foi empregada por autores com sentidos diferentes. Aqui a referência é ao emprego dado pelos filósofos iluministas, ou seja, predisposições hereditárias no desenvolvimento mental (WILSON, WILSON, Edward Osborne. **Consilience: the unity of knowledge**. New York: Vintage Books, 1999. p. 262).

entrava: um buraco sem qualquer estímulo sensorial de luz ou som. Luke relata: “O Fosso negro era um lugar ruim. Alguns caras não aguentariam aquilo. Quero dizer, eles estavam lá e em alguns dias eles estavam batendo a cabeça na parede. Você não sabia como agiria quando entrasse lá. Você não queria descobrir”¹² (EAGLEMAN, 2015, p. 51, tradução nossa). Apesar de privados de estímulos sensoriais, alguns presos relatam ricas experiências visuais, cuja sensação de realidade em muito supera o mero devaneio. Luke, por exemplo, relata que viajava, e em uma dessas viagens, lembra-se de empinar pipas, como se aquilo realmente estivesse acontecendo. Um outro preso relata ver um ponto de luz que se expandiu até se tornar uma televisão, que ele assistia durante o confinamento (EAGLEMAN, 2015, p. 51).

Esse exemplo é colocado aqui para ilustrar o seguinte ponto: a forma como se administra a pena impacta o apenado de maneiras diferentes. Esses dois presos relatam mecanismos mentais para fugir ao desespero do isolamento sensorial da solitária, mas tantos não são tão felizes. Depois de cumprida a pena, essas pessoas retornam ao convívio social e a sociedade espera que se comportem como membros responsáveis, civilizados e produtivos – numa palavra: reabilitados. Essa expectativa social não tem como se realizar: é improvável que uma pessoa já em conflito com a lei, tratada desumanamente por longo período, retorne à sociedade serenamente.¹³ Após ser submetida a tal tratamento, é simplesmente infundada a expectativa social de que essa pessoa não reincidirá. É a isso que De Waal se refere quanto às “ferramentas necessárias para ver sua própria sociedade com qualquer objetividade” (DE WAAL, 2009, p. 5). Algumas expectativas não se realizam porque ignoram-se traços básicos da espécie humana – a nossa espécie. Quando se toma conhecimento desse arsenal de conhecimento, é possível que aprimorem-se as próprias técnicas jurídicas.

¹² No original: “The dark Hole was a bad place. Some guys couldn’t take that. I mean, they were in there and in a couple of days they were banging their head on the wall. You didn’t know how you would act when you got in there. You didn’t want to find out.”

¹³ Não se desconhece aqui a ampla discussão a respeito da função da pena: o caráter retributivo, o caráter pedagógico, e o caráter de reabilitação. Colocar um apenado em uma solitária como a de Alcatraz pode servir às finalidades retributivas e pedagógicas, para aqueles que se filiam a essas correntes. No entanto, entre os que defendem o caráter reabilitativo, considerando essas descobertas, não pode apostar nesse sistema, mesmo inspirado em métodos de condicionamento de comportamento. Uma reflexão superficial aponta on sentido de que, se o ser humano é necessariamente social, é na recuperação de laços sociais, ou formação de novos laços que os programas de reabilitação devem se focar.

Até aqui, falou-se muito sobre a necessidade que o jurista enfrentará de navegar com competência os conhecimentos produzidos por outras áreas do conhecimento. No entanto, uma outra perspectiva é também necessária.

O jurista italiano Sabino Cassese já anotou como o estudo do Direito não é monopólio dos juristas. Também o estudam a Filosofia, a História, a Sociologia, as Ciências Políticas, Antropologia, Linguística (CASSESE, 2014, p. 385). Quando outras disciplinas se interessam pelo Direito, levantam-se interrogações às quais os juristas deveriam se atentar, também para saber se podem respondê-las com suas armas tradicionais (os métodos tradicionais de estudo jurídico, especificamente, para Cassese, o Direito Público). O autor oferece o exemplo da análise econômica do Direito, em que a Economia que se ocupa da análise econômica das normas e dos sistemas jurídicos, com seus custos diretos e indiretos, inclusive com a forma como esses custos são divididos e conhecidos, e com possíveis externalidades. No contexto analisado por Cassese, o Direito faria bem ao considerar o olhar de outras disciplinas sobre seu objeto de estudo.

É preciso, no entanto, ampliar o diagnóstico de Cassese. As disciplinas mencionadas compartilham com o Direito, em larga medida, o gosto pela forma dissertativa de se expressar, e pelo método fortemente influenciado pela revelação individual, o que favorece o intercâmbio de ideias entre elas. Entretanto, não são apenas elas que voltam o olhar para o Direito. Na atualidade, também as Ciências Cognitivas se interessam pelo Direito. Questões ontológicas como “O que é o Direito?” e “O que é a Justiça” tomam novos contornos quando se encaram as origens biológicas do comportamento humano.

Esse interesse transparece aqui. Ao tomar como objeto de estudo a tomada de decisão (inclusive a tomada de decisões sobre questões moralizadas), o diálogo entre as Ciências Cognitivas e o Direito tornou-se inevitável. Se a conversa começou nos modelos éticos propostos no âmbito da Filosofia, a aplicação desses conhecimentos às teorias de tomada de decisão jurídica finalmente chegou – esta é uma das propostas dessa tese.

Soma-se a isso a existência de problemas que jamais serão resolvidos dentro das fronteiras seguras de qualquer campo do conhecimento, cuja solução adequada só aparecerá do diálogo. Nem ao menos pode-se dizer que esses problemas são recentes. Problemas relativos à questão ambiental, além dos desafios

que a convivência urbana oferece (como garantir fornecimento de serviços públicos básicos, a locomoção das pessoas, o manejo de resíduos), tudo isso não será resolvido por uma especialidade isolada. Nem qualquer pessoa será capaz de dominar com competência todos os conhecimentos necessários para isso.

Por que, então, o distanciamento disciplinar continua tão intenso? Por que os acadêmicos defendem de forma tão aguerrida seus objetos de estudo de ingerências de outras áreas? Este capítulo é justamente uma tentativa de compreender as origens desse distanciamento que levou ao atual estágio de isolamento, para a seguir mostrar os esforços teóricos – e a urgência – da reconciliação. Por fim, o ponto de chegada dessa reflexão é apresentado ao final do capítulo, e culmina na consolidação da Neuroética e do Neurodireito, em seus desdobramentos e consequências.

1.1 As origens da desconfiança disciplinar: o divórcio entre as duas culturas

A ideia de duas culturas, surdas entre si, é uma das apresentações mais influentes neste debate. Essa metáfora foi apresentada por Percy Snow, em famosa palestra ministrada em 1959 no âmbito das *Rede Lectures* de Cambridge¹⁴ intitulada “As duas culturas e a revolução científica” (*The two cultures and the scientific revolution*). As ideias ali apresentadas causaram grande controvérsia, como é da natureza dessas palestras anuais organizadas por grandes universidades, em que um intelectual de destaque é convidado para palestrar. Algo que deve ser esclarecido desde o início diz respeito à natureza dessas palestras (COLLINI, 1998, p. xxviii): antes de qualquer coisa, essas palestras são um acontecimento social. O palestrante foi convidado a se pronunciar, e recebe uma licença tácita para polemizar. Ainda que o texto dessas palestras possa ser longo como um artigo, existe uma diferença de tom e intenção entre as duas produções intelectuais. O artigo seria mais íntimo, meditativo, caprichoso, ao passo que a palestra é argumentativa e de entonação declarativa, com formato pedagógico (COLLINI, 1998, p. xxix). Assim, é preciso abordar “As duas culturas” não como um texto rigorosamente sistemático ou preciso (COLLINI, 1998, p. xxix), mas como uma provocação.

¹⁴ Esse ciclo de palestras acontece há séculos, com alguns intervalos temporais.

Na verdade, “As duas culturas” traz muitas provocações: em 1959, era revolucionário questionar diretamente “como” (e não “se”) os países ricos deveriam ajudar os países pobres, como alimentar toda a população do planeta e quais eram as esperanças para a humanidade que o futuro reservava (COLLINI, p. viii); há ainda provocações sobre os privilégios e alienação da aristocracia inglesa educada nas universidades; e, claro, a questão do afastamento disciplinar entre as duas culturas, identificadas por Snow como a ciência de um lado e a formação clássica (que enfatizava literatura e filosofia, também chamada cultura literária [*literary culture*]) de outro. Neste último aspecto, as reflexões de Snow continuam particularmente provocativas, até porque a polarização e suas consequências são um debate longe de estar superado.

Assim, Snow denuncia o afastamento entre aqueles que chamou de intelectuais literários e os cientistas naturais (entre eles, com maior destaque, os físicos) – integrantes, cada qual, de uma entre as duas culturas. Desde já é preciso reconhecer que Snow ignorou o campo crescente das Ciências Sociais, o que também é motivo para críticas. Como esta tese está situada exatamente no contexto das Ciências Sociais (Aplicadas), para que as reflexões do autor sejam relevantes aqui, elas devem ser devidamente contextualizadas e posteriormente atualizadas.

Primeiramente, é preciso reconhecer como a própria biografia de Snow influencia suas ideias. Snow foi um inglês de origem humilde, em uma sociedade em que a mobilidade social não é frequente.¹⁵ Encarnava em si mesmo, de alguma forma,

¹⁵ Na sociedade inglesa, diferentemente de outros locais, a pessoa pobre anuncia sua origem humilde em seu sotaque, e é imediatamente discriminado por isso. Ingleses são conscientemente atentos aos sotaques das pessoas, que funcionam como deixas (*cues*) sutis de posição socioeconômica. Na Inglaterra, o sotaque está intimamente conectado à classe social (CAMERON, 1996). Políticos famosos (como Margaret Thatcher) receberam aulas para corrigir seu sotaque e esconder os sinais linguísticos de sua origem humilde, de modo a apresentar uma imagem adequada ao seu eleitorado. No entanto, a hipercorreção também é uma deixa de que a pessoa veio de origem humilde e aprendeu a falar adequadamente com instrução e esforço, de modo que o excesso de esmero pode frustrar o esforço de esconder essas origens humildes (CAMERON, 1996). Essa tensão entre a posição social e a língua está longe de ser superada mesmo nos dias de hoje. O sotaque de Kate Middleton, a Duquesa de Cambridge, casada com o Duque de Cambridge e herdeiro do trono inglês, é sempre alvo de escrutínio (COPPING, 2012). Em abril de 2017, a Duquesa participou de um vídeo em que falava sobre o estigma de doenças mentais. Na ocasião, foram vários os jornais e tabloides ingleses que ignoraram a mensagem do vídeo e focaram apenas o sotaque excessivamente pomposo da Duquesa (BRENNAN, 2017; DEVLIN, 2017). Vale ainda mencionar que, muito mais do que raça, o sotaque das pessoas é um indicativo de identificação cultural: em experimentos conduzidos por psicólogos, identificou-se que bebês preferem olhar para pessoas estranhas que falam no mesmo sotaque de seus pais, crianças de 5 anos preferem fazer amizade com crianças de sotaques similares (em oposição a crianças que falam com sotaques de segunda língua), e as crianças de 4-5 anos confiam mais em informações passadas a elas por pessoas com seu mesmo sotaque, em detrimento de pessoas com sotaque diferente (BLOOM, 2013, loc 1333).

as duas culturas, devido à sua trajetória profissional: estudou em uma escola com ênfase em ciência, e desde cedo se destacou academicamente, vindo a se tornar cientista; na segunda fase da vida foi um romancista bem-sucedido e renomado conferencista. A ênfase de sua educação de base nas ciências o colocou em uma posição academicamente desvantajosa de início, e o motivo para isso será explicado mais adiante. Superou dificuldades no percurso acadêmico, até juntar-se ao corpo do Laboratório de Química da *Christ College* da Universidade de Cambridge (Inglaterra), onde permaneceu de 1930 até 1945. A mais notável descoberta de Snow enquanto cientista acabou mostrando-se equivocada, dando origem a um escândalo público que culminou com o afastamento definitivo de Snow dos laboratórios. Ele então inaugurou uma nova fase em sua vida: assumiu um cargo público ligado às políticas públicas de desenvolvimento científico, bem como um cargo de conselheiro na Companhia Energética Inglesa. Sua nova função deslanchou também quando foi deflagrada a Segunda Guerra mundial, quando assumiu posições administrativas durante o esforço de guerra. Durante esse segundo período de sua vida, começou a escrever romances, deslanchando uma carreira literária bem-sucedida que, mais adiante, possibilitou seu afastamento de cargos oficiais e o consagrou como figura pública, polêmico conferencista e consultor (COLLINI, 1998, p. xxi). Snow era, portanto, um químico por formação que alcançou sucesso profissional escrevendo romances e atuando administrativamente.

Quando proferiu sua famosa palestra, em 1959, já não fazia pesquisa científica propriamente dita há 20 anos (COLLINI, 1998, p. xx), e a verdade é que ele nunca chegou a ser um cientista bem-sucedido. Mesmo assim, sua formação científica foi essencial para que suas reflexões fossem consideradas dignas de atenção. Essa formação, aliada ao sucesso como romancista e administrador, formou a confluência que, no conjunto, contribuiu para que ele fosse convidado a palestrar nas *Rede Lectures* e para a grande repercussão de sua palestra.

O isolamento disciplinar denunciado por Snow não é, todavia, um fenômeno adstrito à sua época, e uma breve incursão histórica pode auxiliar a compreender o cenário em que o autor se manifesta. Segundo Stefan Collini, a origem do que hoje se conhece como o divórcio entre as Humanidades, de um lado, e as Ciências Naturais, de outro, tem suas origens no século XIX (COLLINI, 1998, p. ix). Antes disso, essa discussão fazia pouco sentido, ainda que já houvesse alguma

divisão disciplinar desde as origens do pensamento ocidental na Grécia. Isso porque, durante a Idade Média e Renascença, o objeto de estudo dos filósofos também incluía a natureza e o mundo material (não havia uma distinção clara do profissional cientista¹⁶). Foi apenas no século XVII, no que depois foi conhecido como a revolução científica (donde a segunda parte do título da palestra), que os estudos do mundo natural pelos “filósofos naturais” forjaram novos parâmetros para aquisição de conhecimento genuíno, avocando para si uma autoridade cultural especial, com a mecânica celestial e método experimental newtoniano (COLLINI, 1998, p. x). Ou seja, até quase o final do século XVII, não existiam os princípios e procedimentos do método científico que hoje consideram-se como lugar comum: a experimentação, a publicação e publicização de resultados, a descrição detalhada de métodos, a replicação, a revisão de ideias por pares, nada disso ocorria antes da revolução científica (BRANDT; EAGLEMAN, 2017, p. 110). Antes disso, o que se chama hoje de conhecimento científico avançava como avança ainda hoje o conhecimento filosófico: por meio da revelação individual, especulação teórica e *insights* visionários (BRANDT; EAGLEMAN, 2017, p. 110). Inclusive, o próprio Thomas Hobbes (1588-1679) exprimiu preocupações em relação a decisões tomadas em coletividade, por comitês, que ele considerava como pouco confiáveis e passíveis de manipulações. Nessa toada, ele suspeitava particularmente da elite que dominava o *establishment* científico.

Após a revolução científica, tamanho se tornou o prestígio desse ramo do conhecimento, que, ao longo do século XVIII, foi lançada uma busca pelo “Newton das Ciências Morais”. Paralelamente a esse fortalecimento do prestígio das Ciências, o Romantismo do século XVII e XVIII lançava as sementes para a desconfiança quanto ao método experimental (o método científico em sua concepção), que era visto por este movimento como uma possível ameaça à cultura e à empatia, bem como à crença religiosa e à devoção sincera. Para os românticos, a Ciência era incapaz de desvendar o que as pessoas intimamente sentem, algo que só poderia ser expresso por meio das artes criativas. Mais do que isso, a fé cega nas ciências amesquinharia o potencial humano (WILSON, 2014, p. 39).

¹⁶ Inclusive, foi somente em 1830 que a Associação Britânica para o Avanço das Ciências passou a denominar aqueles que buscam conhecimento sobre o mundo material de cientistas, em uma palavra inspirada em artista (COLLINI, 1998, p. xii).

Hilgendorf informa, por exemplo, que em uma determinada tradição jurídica germânica, o termo naturalismo¹⁷ é visto de forma negativa, associado ao positivismo, mecanicismo ou mesmo ao niilismo, equalizado a uma hostilidade à moral, o que motivou avisos de que o naturalismo, nas ciências jurídicas, poderia ser moralmente corrosivo. Após muita controvérsia, o termo acabou sendo evitado. Seu emprego ocorria apenas para identificar um movimento que procuraria causalidade cega e teorias causais, normalmente opostas à Ciência Jurídica teleológica ou relacionada a valor.

Não obstante, retornando às origens da separação, é curioso apontar ainda como foi apenas no século XIX que a palavra ciência se fechou em torno do estudo do mundo material, as chamadas ciências físicas ou naturais. Noutras palavras, essa distinção, que hoje é lugar comum, corriqueiro e evidente, aparece apenas num momento recente do conhecimento.

Assim, por quase duzentos anos, as ciências e as humanidades trilharam caminhos separados (WILSON, 2014, p. 39).

Uma ilustração interessante desse processo pode ser vista com uma breve incursão na história das universidades inglesas (exatamente o contexto onde Snow estava inserido), onde houve uma clara manifestação acadêmica do isolamento disciplinar: ao longo de todo o século XIX, na Inglaterra, a rota educacional mais prestigiosa era a clássica (que incluía o estudo de literatura e leitura dos clássicos da antiguidade, considerada socialmente mais aceitável e intelectualmente mais desafiadora). Era esse caminho acadêmico que formava os “intelectuais literários” tão criticados por Snow, pessoas destinadas a ocupar um lugar nas classes governantes após deixarem a universidade. A carreira científica, por sua vez, era considerada pejorativamente vocacional e até vergonhosa, razão pela qual a organização dos currículos discriminava as matérias das Ciências Naturais. Está aqui a razão para se considerar, como afirmado acima, a ênfase em ciências no início da educação de Snow como uma desvantagem. Inevitavelmente, ele se tornou um cientista, numa época em que essa profissão não era motivo de orgulho.

Foi lentamente que o prestígio da carreira nas Ciências Naturais se infiltrou entre as elites e, apenas no final do século XIX, as Ciências Naturais encontraram

¹⁷ A palavra naturalism está inevitavelmente associada ao método das ciências naturais (principalmente à ideia de que todos os fenômenos possuem explicações naturais), embora muita dessa controvérsia possa ser explicada por mal-entendidos conceituais

defensores mais vocais e arrojados, entre eles talvez o mais famoso seja Thomas Henry Huxley (COLLINI, 1998, p. xii-xiii), que entrou para a história como “o buldogue de Darwin”. Esses pensadores desafiaram a primazia da educação clássica e saíram em defesa dessas ciências, como integrantes da cultura e formadoras de rigoroso processo mental, bem como indispensáveis ao avanço do bem-estar no mundo. Foi justamente com Huxley que travou-se uma das controvérsias mais famosas nesse debate, conhecida como “a controvérsia Huxley-Arnold”. Nela, Matthew Arnold defendeu a educação clássica dos ataques de Huxley e, ao menos publicamente, adotou um tom apaziguador, mitigando a diferença entre essas duas culturas e reduzindo-os a mal-entendidos linguísticos em relação às palavras ciência, literatura e conhecimento. Entretanto, privadamente, Arnold continuou defendendo desdenhosamente que a educação científica produz especialistas de utilidade prática, mas não homens educados, relegando a Ciência ao papel secundário em que a tradição inglesa a colocou.

Posteriormente, Snow entrou em um debate similar, que ficou conhecido como “a controvérsia Snow-Leavis”, na qual Frank Raymond Leavis acabou por encarnar exatamente o intelectual literário criticado por Snow (COLLINI, 1998, p. xxiv-xxv). Esse debate certamente é tributário da controvérsia Huxley-Arnold (COLLINI, 1998, p. xxxv), e da controvérsia Coleridge-Bentham antes desta. O próprio Snow reconhece, em uma reflexão publicada quatro anos após a palestra, que suas as ideias defendidas em “As Duas Culturas” (e seu embate com Leavis) fazem parte de uma longa tradição de debates dos quais se ocuparam à época vários intelectuais. Curiosamente, por fazer parte de uma tradição de debates já com nomes respeitados, Snow acreditava que sua contribuição na forma da palestra de 1959 não ganharia repercussão (SNOW, 1998, p. 53), diferentemente ao que de fato ocorreu.

Considerando que a educação clássica era normalmente desfrutada pela elite inglesa, essa longa tradição de controvérsias mostra como os esnobismos sociais e institucionais tendiam a se ajuntar, pelo menos na Inglaterra, em torno da temática de fundo das duas culturas (COLLINI, 1998, p. xv).

Na Europa Continental, por outro lado, essa fissão acadêmica não foi tão forte em países da Europa continental. Assim, por exemplo, a Escola Politécnica francesa oferece qualificação em engenharia aos servidores públicos civis de alto escalão, analistas financeiros e industriários que recebe como alunos. Da mesma

forma, a *Technische Hochschule* alemã oferece uma educação científica orientada por vocação, de modo que muitos profissionais atuantes no comércio e indústria possuem qualificações técnicas impressionantes. Dessa forma, a gravidade do divórcio entre as duas culturas varia de acordo com a forma como cada país abordou cada uma dessas tradições acadêmicas; não obstante, Collini afirma que a cisão permanece acentuada na Inglaterra (COLLINI, 1998, p. xvii).

De se notar que este primeiro capítulo é destinado justamente a essa temática, mostrando que as discussões nesse sentido estão longe de estar sepultadas, ainda que possam ser acusadas de um esforço intelectual infrutífero, pela sua natureza eminentemente teórica. Não obstante, considerando a acusação feita aqui de que o Direito se alojou em uma posição de isolamento disciplinar, acredita-se que este capítulo seja um esforço válido, ainda que apenas para construir uma narrativa que vai da fragmentação disciplinar à inevitável reconciliação.

Retornando à “As duas culturas”, o objetivo da palestra era, a princípio, denunciar que toda a vida intelectual da sociedade ocidental estava progressivamente se dividindo em dois grupos polarizados (SNOW, 1998, p. 3), o que acaba levando a um cenário de mútua desconfiança. Assim, nas palavras do próprio Snow:

Eu batizei [o problema] de “as duas culturas”. Pois constantemente, eu sentia como se me movesse entre dois grupos – equivalentes em inteligência, idênticos em relação à raça, não muito diferentes em relação à origem social, recebendo os mesmos salários, e que praticamente não se comunicavam mais, cujo clima intelectual, moral e psicológico tinha tão pouco em comum que, ao invés de ir da Casa Burlington ou South Kensington para Chelsea, sentia-se como quem atravessa um oceano.¹⁸ (SNOW, 1998, p. 2, tradução nossa)

Esse cenário, para Snow, era causa de um retardo nos esforços de corrigir grandes problemas do mundo (esforços que, para o autor, pesavam inevitavelmente sobre os países mais ricos), entre os quais a fome e a mortalidade infantil, compromisso inafastável dos países ricos. Não por outro motivo Snow quase intitulou sua palestra como “Os ricos e os pobres” (“*The Rich and the Poor*”) antes de optar por “As Duas Culturas” (SNOW, 1998, p. 79). No que diz respeito à obrigação coletiva de que todos, particularmente os mais ricos, devem trabalhar para erradicar a pobreza, a palestra foi visionária e o problema ainda hoje não está totalmente superado. Essa

¹⁸ No original: “I christened to myself as the ‘two cultures’. For constantly I felt I was moving among two groups—comparable in intelligence, identical in race, not grossly different in social origin, earning about the same incomes, who had almost ceased to communicate at all, who in intellectual, moral and psychological climate had so little in common that instead of going from Burlington House or South Kensington to Chelsea, one might have crossed an ocean.”

ideia é, inclusive, um dos princípios fundantes do Direito Ambiental Internacional, consubstanciado no princípio das responsabilidades comuns, porém diferenciadas (OLIVEIRA, AGUIAR, 2016). Se em 2017, esses compromissos éticos permanecem polêmicos, em 1959 o eram mais ainda, e se impõe reconhecer o mérito de Snow ao defender essa ideia naquele contexto.

Em relação ao problema das duas culturas, como já mencionado, Snow defende que a plenitude da vida intelectual progressivamente se polarizava em dois grupos (SNOW, 1998, p. 3): dos cientistas e dos intelectuais literários, cada um compondo uma cultura. Cada cultura, por ser apenas representante da metade do todo, é inevitavelmente pobre. Fica claro, todavia, que o isolamento dos cientistas literários é mais grave, mais doloso e mais nefasto que o isolamento dos cientistas.

Mesmo que existam ignorâncias dos dois lados, o que a princípio significaria uma culpa repartida, Snow promove um ataque feroz aos intelectuais literários, como se pesasse sobre eles a maior parte da responsabilidade pelo isolamento disciplinar e, conseqüentemente, pelo atraso em resolver os problemas do mundo.

Em relação aos cientistas, Snow adverte que sua falta de interesse pela literatura da cultura tradicional e pelas grandes obras de arte (como os livros de Charles Dickens) faz com quem a compreensão imaginativa desses cientistas seja diminuída (SNOW, 1998, p. 13-14). No entanto, o autor acusa essa mesma literatura de ser misteriosa, inacessível e desinteressante, de modo que essa ignorância seria quase compreensível e desculpável.

Por outro lado, a abordagem de Snow quanto à ignorância dos intelectuais literários é mais dura: não saber a segunda lei da termodinâmica, ou conceitos como massa e aceleração, parece-lhe absolutamente imperdoável. Snow chega a relatar espanto sobre como a arte não assimilou as descobertas científicas, e como as poucas tentativas de empregar poeticamente palavras científicas (como refração ou luz polarizada) o fazem equivocadamente (SNOW, 1998, p. 16).

Além de injusta, essa crítica ao pensamento criativo está equivocada. A arte frequentemente incorpora as descobertas científicas às suas representações, num movimento em que a arte move a ciência e a ciência inspira a arte (BRANDT; EAGLEMAN, 2017).

Mais do que isso. O pintor Vincent Van Gogh, em seus quadros *Noite Estrelada* (1889), *Estrada com Cipreste e Estrela* (1890) e *Campo de Trigo com Corvos* (1890), representou com precisão matemática o fenômeno físico chamado de turbulência (BALL, 2006; ARAGÓN, 2008). O padrão de luminescência empregado pelo pintor nessas telas transmite a essência desse fenômeno físico. Ainda hoje desafiador, a teoria moderna foi modelada em data posterior ao desenvolvimento das telas, em 1940, pelo cientista soviético Andrei Kolmogorov. Não obstante, a distribuição dos padrões de luz e sombra nas telas distribuem-se conforme o modelo matemático de Kolmogorov para a turbulência. Curiosamente, todos os quadros mencionados foram desenvolvidos durante prolongados períodos de agitação psicótica, ao passo que outros quadros, de períodos mais calmos, não seguem o padrão, ainda que o padrão estético das pinceladas seja semelhante.

Mais ainda, Snow acusa os intelectuais literários de não se importarem com o mundo, ao contrário dos cientistas. Estes, por sua vez, nutririam um interesse maior pelo aspecto social que a maior parte das pessoas: “Existe um componente moral bem no seio da própria Ciência, e quase todos os cientistas formam seu próprio julgamento da vida moral”¹⁹ (SNOW, 1998, p. 13). Esse componente moral compartilhado pelos cientistas seria seminal da própria ciência.

Além disso, o crime dos intelectuais literários é sempre retratado como maior e mais grave, também porque eles nutrem vaidade em sua própria ignorância: ainda que representem apenas a metade da potência intelectual ocidental, não só se recusam a aprender sobre a outra metade (a das Ciências), como também a consideram sem valor. Seu defeito não seria uma falta de treinamento científico, mas um treinamento que deliberadamente desmerece as Ciências (SNOW, 1998, p. 14). Assim, se os intelectuais literários se espantam com a ignorância dos cientistas em relação à cultura literária e artística, mal percebem que eles mesmos são cegos quanto às Ciências e, pior que os cientistas, se regozijam de sua ignorância (SNOW, 1998, p. 14).

No âmbito da academia, Snow e seus herdeiros intelectuais acusaram a educação clássica de ser retrógrada, e defenderam a necessidade de uma formação acadêmica voltada para a ciência em um mundo cada vez mais dominado pela ciência

¹⁹ No original: “there is a moral component right in the grain of Science itself, and almost all scientists form their own judgments of the moral life”.

e pela tecnologia. Como visto acima, para eles, essa posição prestigiosa da ciência no mundo garantiria um mundo melhor. Paradoxalmente, Snow defendeu ser necessário superar a excessiva especialização, e acusou seus colegas de se acomodarem no problema, sem qualquer esforço para superá-lo. Por tudo isso, o isolamento disciplinar, tido como tão problemático, só poderia ser superado com uma reforma do sistema educacional. Isso porque a hiperespecialização disciplinar é a raiz da polarização.

Snow estende sua crítica aos cientistas ditos puros, por um lado, e os cientistas das ciências aplicadas e engenheiros, de outro. Entende que a vaidade crescente entre os cientistas puros em relação aos demais é um esnobismo reinventado, semelhante ao dos intelectuais literários, e igualmente nefasto. É igualmente criticável o cientista que se orgulha de fazer uma ciência que não possui emprego prático e o cientista que não possui qualquer senso de engenharia (SNOW, 1998, p. 32).

Os efeitos práticos provocados pelas Ciências são da maior importância, e fica claro que Snow deposita muita esperança na ciência e na tecnologia, que impulsionou a revolução industrial. Ele é categórico ao defender aquilo que entendeu ser uma verdade clara: “a industrialização é a única esperança dos pobres”²⁰ (SNOW, 1998, p. 25, tradução nossa), sendo que a palavra esperança aqui foi empregada em sentido bruto e prosaico. Snow acreditava que a industrialização (ou revolução industrial, como ele a chama) iria acabar com a fome e a mortalidade infantil, e descreve a ida da mão de obra do campo às fábricas como voluntária e bem-aventurada (SNOW, 1998, p. 25-26). Snow acreditava ainda que os países industrializados experimentaram um aumento populacional devido ao acesso generalizado ao cuidado médico, à alimentação, universalização da alfabetização, proporcionado pela revolução industrial. Em suma: universalização da saúde, educação e comida seria garantida pela revolução industrial e seus desenvolvimentos posteriores. A única desvantagem desse arranjo seria que a industrialização torna mais fácil articular um esforço de guerra, um risco empalidecido diante das benesses conquistadas.

Como Snow se preocupa muito com os problemas práticos do mundo e para a urgência de abordá-los. Para o autor, o isolamento disciplinar, em qualquer

²⁰ No original: “Industrialisation is the only hope of the poor.”

forma, é deletério para a realização desses objetivos. E se os problemas do mundo agravados pelo isolamento disciplinar não se superam apenas com reformas educacionais, não é possível solucioná-los sem tais reformas:

A educação não é a solução integral para este problema [a desigualdade]: mas sem a educação, o Ocidente não pode sequer começar a lidar. Todas as setas apontam para a mesma direção. Fechar a lacuna entre nossas culturas é uma necessidade no sentido intelectual mais abstrato, assim como no mais prático. Quando esses dois sentidos se separam, nenhuma sociedade é capaz de pensar com sabedoria. Em prol da vida intelectual, em prol do perigo específico deste país [Inglaterra], em prol da sociedade ocidental que vive precariamente rica entre os pobres, em prol dos pobres que não precisam ser pobres se houver inteligência no mundo, é obrigatório para nós [ingleses], para os americanos e para todo o Ocidente olhar para a nossa educação com novos olhos.²¹ (SNOW, 1998, p. 50, tradução nossa)

Analisando “As Duas Culturas” em retrospecto, fica claro que a esperança depositada por Snow na ciência e na tecnologia como panaceia para o mundo não foi realizada. A ciência sozinha não foi (e continua não sendo) capaz de acabar por si só com a fome, a mortalidade infantil, nem garantir melhores condições de vida para aqueles que nascem em condições desfavoráveis. A atualidade dessa missão (e sua urgência cada vez mais premente) transparece no eixo central de pesquisa adotado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais para o triênio 2013-2015 (lar do desenvolvimento desta tese): “Combate à Pobreza”.

Mais ainda, boa parte da Filosofia da Ciência contemporânea se dedicou (e dedica ainda) a desmistificar a figura do cientista, atacando sua objetividade, imparcialidade e neutralidade (LACEY, 2008, 2010). Certamente nem todos os cientistas se importam com questões sociais, nem tampouco se guiam por rígidos padrões morais (as contribuições da História da Ciência e da Filosofia da Ciência desmistificaram por completo essas ilusões). São também fruto da Ciência e do desenvolvimento tecnológico empreitadas que concederam à humanidade nada além de dor e miséria, e exemplos são fartos (a bomba atômica, as lobotomias, vírus criados em laboratório, e até mesmo para o aquecimento global a ciência contribuiu).

²¹ No original: “Education isn't the total solution to this problem: but without education the West can't even begin to cope. All the arrows point the same way. Closing the gap between our cultures is a necessity in the most abstract intellectual sense, as well as in the most practical. When those two senses have grown apart, then no society is going to be able to think with wisdom. For the sake of the intellectual life, for the sake of this country's special danger, for the sake of the western society living precariously rich among the poor, for the sake of the poor who needn't be poor if there is intelligence in the world, it is obligatory for us and the Americans and the whole West to look at our education with fresh eyes”.

Além disso, ainda que reconheça o empobrecimento de cada uma das culturas quando trabalha isoladamente, mesmo a proposta de reconciliação oferecida por Snow não parece trazer qualquer protagonismo para as Humanidades. Claramente, o autor favorecia o papel da Ciência e da Tecnologia.

Não obstante, a alternância no protagonismo entre os dois campos do conhecimento parece ser o caminho mais proveitoso.

O premiado escritor de ficção norte-americano Neil Gaiman mostra que o sucesso da Ciência e Tecnologia pode estar diretamente implicado no protagonismo das Humanidades, em específico da literatura de ficção (GAIMAN, 2014, p. 41). O autor relata que, durante muito tempo, a China desencorajou a publicação e o gosto por literatura de ficção científica, e dificultou a realização de convenções sobre esse ramo literário. Em 2007, no entanto, a política oficial mudou, e vários autores estrangeiros de ficção científica (inclusive o próprio Gaiman) foram convidados a visitar o país para suscitar o gosto por esse tipo de arte. Durante esta convenção, Gaiman perguntou a um oficial do partido comunista o porquê da mudança, e recebeu a curiosa resposta:

Ah, você sabe que por anos estamos fazendo coisas maravilhosas. Nós fazemos seus iPods. Nós fazemos telefones. Nós fazemos essas coisas melhor que qualquer outra pessoa, mas nós não inventamos nenhuma dessas ideias. Vocês nos trazem coisas e nós as fazemos. Então nós visitamos os Estados Unidos e conversamos com pessoas na Microsoft, na Google, na Apple, e nós perguntamos a elas muitas perguntas sobre elas mesmas, àquelas pessoas trabalhando lá. E nós descobrimos que todas elas leram ficção científica quando elas eram adolescentes. Então nós pensamos que talvez isso seja uma coisa boa.²² (GAIMAN, 2014, p. 41, tradução nossa).

Gaiman então questiona: Para que serve a imaginação? Por que as pessoas escrevem histórias de ficção? Escrever importa de alguma coisa? Por que importa? Considerando essa experiência de Gaiman, é possível especular que está nas Humanidades um importante impulso para que a Ciência e a Tecnologia se movam. Conclusão semelhante é defendida por Anthony Brandt (que é músico) e David Eagleman (que é neurocientista) em obra de coautoria (BRANDT, EAGLEMAN,

²² No original: "Oh, you know for years we've been making wonderful things. We make your iPods. We make phones. We make them better than anybody else, but we don't come up with any of these ideas. You bring us things and the we make them. So we went on a tour of America talking to people at Microsoft, at Google, at Apple, and we asked them a lot of questions about themselves, just the people working there. And we discovered that they all read science fiction when they were teenagers. So we think maybe it's a good thing"

2017): o cerne do pensamento criativo que move a humanidade está neste ir e vir de ideias, na troca constante entre as Ciências e as Humanidades.

E aqui amplia-se o questionamento: para que serve a Filosofia? Ou a Filosofia do Direito? A resposta para essa pergunta será desenvolvida mais adiante. Não obstante, já se adianta que, ainda que a Filosofia e a Filosofia do Direito sejam ainda hoje culpadas de muitos dos apontados defeitos que Snow, outras acusações eram injustas então, e permanecem injustas agora. Assim, neste trabalho, acredita-se que certamente existe um lugar de protagonismo e importância reservado a elas, num processo de reconciliação disciplinar.

Não obstante, as críticas a Snow não o desmerecem. O fato de que, 60 anos depois, ainda faz sentido discutir a cisão entre as duas culturas mostra o amplo alcance dessas ideias. A divisão disciplinar é um fenômeno que assombra todo o mundo ocidental, e nutriu ao longo dos anos rivalidade e desconfiança nefastas entre os cientistas e os intelectuais literários. Sua crítica, nesse aspecto, ainda permanece atual, já que o processo de especialização denunciado por ele continuou e se acentuou. A reconciliação ainda não foi totalmente alcançada. É curioso perceber que essa questão serviu também como ponto de partida para outras duas questões abordadas energeticamente no texto, já mencionadas listadas acima: o ataque feroz aos intelectuais literários e a imprescindibilidade de se empregar a ciência e a tecnologia para resolver os problemas dos mais pobres. Numa leitura atualizada, o ataque aos intelectuais foi bastante injusto (em comparação, todas as faltas imputadas por Snow aos cientistas foram transgressões pequenas, quase desculpáveis). Uma análise mais atual talvez deva trilhar um caminho mais equilibrado em que o isolamento seja resultado da conduta dos dois lados, como posteriormente o fez Edward Osborne Wilson, intelectual ainda vivo e atuante, cujo trabalho será abordado na próxima seção, na influente obra *Consiliência*.

1.2 A reconciliação disciplinar: rumo à consiliência

Na seção anterior, procurou-se mostrar como o isolamento disciplinar entre o que Snow denominou “as duas culturas” (cientistas de um lado, e intelectuais literários de outro) foi resultado de um processo crescente de especialização que precedeu o próprio Snow, alimentado por uma postura adotada por cada uma das

duas culturas de desconfiança em relação à outra. Um dos méritos de Snow é atribuir a responsabilidade pelo isolamento aos dois lados, ainda que sua crítica seja mais dura em relação aos intelectuais literários. Além disso, Snow destacou que o isolamento disciplinar causa problemas para o mundo ou, no mínimo, atrasa os esforços de encontrar soluções para os grandes problemas da humanidade (em particular, a pobreza, e toda sorte de miséria dela decorrente). Para o autor, a cultura ocidental, fracionada em duas culturas, deve ser novamente reunida, ainda que essa reunião não venha sem angústia.

Na trilha do pensamento de Snow, Edward Osborne Wilson defendeu a unificação do conhecimento, de síntese, em um movimento que batizou de consiliência (WILSON, 1999, p. 8). A ideia de consiliência liga-se à ideia de coerência, no sentido de que o conhecimento é único e não se pode admitir que as duas culturas se contradigam. É preciso tornar todo esse corpo de conhecimento coerente, ou consiliente. Essa premissa valeria para todas as aventuras intelectuais humanas, inclusive a Ética. Assim, por exemplo, quando se estuda a moralidade humana, é preciso que todas as disciplinas que se ocupam do assunto – Filosofia, Psicologia, Biologia – caminhem para chegar a fundamentos explicativos comuns. Este seria o caminho para a unificação do conhecimento. Assim, a contribuição de Wilson é mais robusta que a de Snow, no sentido de que o primeiro oferece ferramentas concretas para a integração, ao passo que o segundo permanece no diagnóstico crítico. Essa proposição, no entanto, possui implicações polêmicas e encontrou (e encontra ainda) muita resistência.

Isso porque essa ideia desafia algumas concepções fundamentais que o conhecimento da sociedade ocidental produziu sobre si mesma. Na verdade, a Ciência há muito vem atacando ilusões humanas de que somos particularmente especiais ou divinos.

Na formulação já conhecida de Sigmund Freud, as três grandes revoluções científicas deflagraram três golpes contra o ingênuo amor que a humanidade nutre por si mesma; noutras palavras, as revoluções científicas quebram os pedestais da arrogância cósmica do ser humano. A primeira revolução científica foi promovida por Copérnico, quando a humanidade se deparou como fato de que não é o centro do universo. A segunda, foi a descoberta por Darwin da Teoria da Evolução, que roubou do homem a crença de ter sido especialmente desenhado para um propósito divino, e

o colocou como descendente do mundo animal. A terceira, seria a própria descoberta de Freud sobre o inconsciente, que desafiaria a noção humana sobre sua racionalidade.

É curioso perceber que essa formulação de Freud fornece um novo critério para identificar uma revolução científica, qual seja, a capacidade de subverter convicções que a humanidade vaidosamente nutre sobre si mesma (GOULD, 2011, p. 325).

Gould explica que o golpe copernicano não parece não mais provocar angústicas existenciais, ou seja, que as pessoas parecem acostumadas à ideia de que vivem um pedaço de rocha orbitando uma galáxia entre muitas. No caso da revolução darwiniana (e desconsiderando a enorme quantidade de pessoas que rejeita a Teoria da Evolução por completo), embora as pessoas já aceitem a ideia de que descendem do mundo animal, a internalização do significado desse fato ainda não foi alcançada, de modo que a revolução darwiniana (no sentido que Freud a explicou) permanece incompleta. Esse significado, que ainda se encontra disperso, é: os seres humanos não são resultado de um progresso evolutivo preditivo, mas sim um reflexo cósmico tardio e fortuito; caso o processo evolutivo tivesse num novo começo, dificilmente a espécie humana, tal como a entendemos hoje, emergiria do processo (GOULD, 2011, p. 327).

Quando se aceita a segunda revolução científica (a revolução darwiniana), aceita-se também a proposta de se estudar o ser humano (e todas as suas experiências e atividades) dentro da mesma metodologia empregada no estudo de todas os outros fenômenos naturais. Essa é a proposta da Consiliência, que, no entanto, está cercada de controvérsias.

Nesta tese, as duas últimas revoluções científicas mencionadas por Freud estão presentes. Na revolução darwiniana, a tese parte do pressuposto de que é possível compreender todos os aspectos do ser humano do ponto de vista biológico, inclusive nossos atributos mentais, como a Moralidade e a Razão. Na revolução do inconsciente, exploram-se mecanismos mentais que solapam a hegemonia da razão nos processos cognitivos (particularmente nos julgamentos morais).

Todas essas propostas exigem um marco teórico que permita o diálogo entre as várias áreas do conhecimento, e esse marco teórico foi encontrado na Consiliência de Edward O. Wilson.

O que se chama aqui de Consiliência decorre de um programa de pesquisa sistematizado por Edward Osborne Wilson, um norte-americano, cientista de formação, formado em Biologia e especializado em Entomologia (o estudo das formigas), e trilha a linha de ataque darwiniana. Em 1975 publica o livro “*Sociobiology: The New Synthesis*” (WILSON, 1978), em que sugere que a seleção natural, que claramente havia moldado os corpos dos animais, teria também moldado seu comportamento.

Nas palavras do próprio Wilson, a sociobiologia é “o estudo sistemático das bases biológicas para o comportamento social” (WILSON, 1978, p. 4, tradução nossa).²³ No entanto, essa formulação sumária esconde a amplitude da proposta: a Sociobiologia, enquanto programa de pesquisa, propunha a síntese entre estudos experimentais e teóricos sobre demografia animal, biologia de populações, comunicação, comportamentos de grupo, a relação de parentalidade e agressão, desde os animais invertebrados, passando por pássaros, mamíferos e finalmente pelos seres humanos, convergindo os desenvolvimentos da Teoria da Evolução, Ecologia e Genética no sentido de construir um enquadramento teórico evolucionista mais rigoroso para o estudo do comportamento dos animais, inclusive os seres humanos (LALAND, BROWN, 2002, p. 72).

No que diz respeito aos outros animais (abelhas, formigas, ratos), o programa foi bem-sucedido (JOYCE, 2007, p. 4; LALAND, BROWN, 2002), embora hoje seja mais comum encontrar referência a esse ramo do conhecimento como Ecologia Comportamental (*behavioural ecology*).

No entanto, Wilson teve a audácia de sugerir, no capítulo final do livro, que a seleção natural também influenciou o comportamento humano. Wilson defendeu a ideia (polêmica ainda hoje) de natureza humana, e que essa natureza ofereceria limites para o desenvolvimento humano (pondo limites às próprias possibilidades da razão). Para tanto, Wilson fez referência à ética, e empregou os modelos racionalistas de justiça (John Rawls) e de desenvolvimento humano (Lawrence Kohlberg), com os quais estava bem familiarizado (já que os três eram professores da Universidade de Harvard à época), para construir seu argumento:

Filósofos da Ética intuem os cânones deontológicos da moralidade, consultando os centros emotivos do seu próprio sistema hipotalâmico-límbico. Isto também é verdade para os [psicólogos] desenvolvimentistas [tais como Kohlberg], mesmo quando eles estão sendo o mais severamente

²³ No original: “the systematic study of the biological basis of all social behavior”.

objetivos que conseguem. Somente quando se interpretar a atividade dos centros emotivos como uma adaptação biológica, pode-se decifrar o significado desses cânones.²⁴ (WILSON, 1978, p. 563, tradução nossa)

Wilson previu que o estudo da ética seria “biologizado”, numa abordagem conjunta entre Filosofia, Biologia e Evolução, que batizou primeiro de Sociobiologia e posteriormente chamou de “Consiliência” (*Consilience*).

Essa ideia é particularmente aversiva quando se considera que parcela significativa da sociedade norte-americana ainda acredita no criacionismo. Em 2006 (COYNE, 2009), foi feita uma pesquisa em que adultos deveriam dizer que a seguinte afirmativa era verdadeira, falsa ou se não sabiam: “Seres humanos, tal como os conhecemos, se desenvolveram a partir de espécies mais primitivas de animais” (essa é uma das conclusões da Teoria da Evolução, e contrapõe-se diretamente ao criacionismo). Apenas 40% dos norte-americanos responderam que a afirmativa está correta (em 1985, eram apenas 5%). No estudo de 2006, Alemanha e Reino Unido apresentaram resultados semelhantes. Ou seja, em 1975, quando Sociobiologia foi publicado, a ideia era absolutamente herética.

Pela audácia de tentar explicar traços do comportamento humano pelas mesmas leis que se aplicam ao reino animal (a propósito, a seleção natural aplica-se a todos os seres vivos), Wilson foi publicamente hostilizado e ostracizado, chamado de fascista, racista e acusado de endossar o genocídio (HAIDT, 2012, p. 38). Em 1979, durante uma conferência científica, logo antes de uma palestra, um grupo de manifestantes tomou o palco, proferiu xingamentos a Wilson e jogou nele um jarro de água gelada (LALAND, BROWN, 2002, p. 89-90).

A proposta não enfrentou resistência apenas daqueles sem treinamento nas Ciências Biológicas. Embora seja possível acusar alguns críticos (principalmente antropologistas, psicólogos e sociólogos) de nada entenderem de Biologia (de modo que a controvérsia poderia ser explicada por um desconhecimento disciplinar), alguns dos críticos mais vocais e atuantes da Sociobiologia eram também biólogos, inclusive professores vinculados à mesma universidade de Wilson (Harvard). Talvez os mais notórios entre os críticos sejam Richard Lewontin e Stephen Jay Gould, ambos

²⁴ No original: “Ethical philosophers intuit the deontological canons of morality by consulting the emotive centers of their own hypothalamic-limbic system. This is also true of the developmentalists [such as Kohlberg], even when they are being their most severely objective. Only by interpreting the activity of the emotive centers as a biological adaptation can the meaning of the canons be deciphered”.

autoridades em Biologia Evolucionista (LALAND, BROWN, 2002, p. 91).

Instalou-se então uma controvérsia entre Wilson e Lewontin. Posteriormente, Wilson reconheceu que Lewontin foi um adversário respeitável, e que os ataques deflagrados contra Sociobiologia provavelmente contribuíram significativamente para que a ideia ganhasse atenção (LALAND, BROWN, 2002, p. 90). No calor gerado pela controvérsia, muitos foram os ataques pessoais recebidos pelos dois: Wilson era acusado de estar motivado por preconceitos pessoais, e Lewontin, pela ideologia marxista. No entanto, é possível que os estranhamentos entre eles tenham um pano de fundo diverso, não a política ou preconceitos, mas uma postura diante da própria Ciência: se, por um lado Wilson, aprecia o desafio de grandes problemas, procurando o cenário mais amplo e constantemente trabalhava pelo avanço da Ciência por meio do desenvolvimento de novas teorias e sínteses, Lewontin, por outro, adota uma postura muito mais cautelosa, suspeitando de afirmativas arrebatadoras e de especulações sem suporte, bastante atento ao fato de que os argumentos biológicos são sujeitos a manipulação (LALAND, BROWN, 2002, p. 91).

A controvérsia entre ambos ilustra como cientistas respeitáveis apresentam posturas diferentes. Mais ainda, que da interação entre eles, o desenvolvimento científico só tem a se beneficiar.

Em relação à Sociobiologia, somente na década de 1980 e após, na década de 1990, essas ideias foram recuperadas e novos experimentos foram realizados procurando encontrar justamente as continuidades entre a mente humana e a mente dos demais animais. É possível afirmar que a Sociobiologia é ainda um programa de pesquisa em desenvolvimento; no entanto, em virtude da reputação negativa atrelada ao nome, muitos pesquisadores preferem outras denominações: Ecologia do Comportamento Humano (*Human Behavioural Ecology*), Psicologia Evolucionista (*Evolutionary psychology*), Memética (*Memetics*) e Coevolução Gene-Cultura (*Gene-culture coevolution*), que o tempo consolida como programas de pesquisa autônomos, ainda que tenham, todos eles, origem na Sociobiologia (LALAND, BROWN, 2002, p. 106-107).

O próximo capítulo será dedicado, em larga medida, à Psicologia Evolucionista, que, acredita-se, oferecerá possibilidades explicativas relevantes para a principal questão abordada na tese: a relação entre Direito e Moral. Ainda que haja

uma continuidade entre os dois programas, eles não se confundem: a Sociobiologia se foca no comportamento inato, ao passo que a Psicologia Evolucionista se foca nos mecanismos psicológicos que subjazem o comportamento (JOYCE, 2007, p. 5). Outras implicações da Psicologia Evolucionista serão detalhadas no próximo capítulo. Neste momento, importa a trajetória que leva a um programa de pesquisa que possibilite o Direito e esses ramos do conhecimento, ou seja, que viabiliza o próprio desenvolvimento desta tese.

Em 1998, Wilson publica um novo trabalho, intitulado “Consiliência: a unidade do conhecimento”²⁵ (*Consilience: the unity of knowledge*) (WILSON, 1999), uma versão bem mais elaborada do ponto polêmico defendido no último capítulo do Sociobiologia.

O princípio aqui se funda na possibilidade da unidade do conhecimento e na possibilidade da consiliência, e implica a hipótese de que cada processo mental possui um substrato físico consistente com as ciências naturais. A mente tem um papel de destaque nesse programa de pesquisa por uma razão simultaneamente simples e desconfortavelmente profunda: “tudo que já sabemos e podemos vir a saber sobre a existência é criado lá”²⁶ (WILSON, 1999, p. 105, tradução nossa). Nesse contexto, quase todos os cientistas e filósofos contemporâneos concordam que a **mente**, composta por processos conscientes e racionais, é o cérebro em funcionamento (WILSON, 1999, p. 108-109). “Mente” não é um conceito incontroverso. Até a década de 1970, era de fato um conceito tão fugidivo que cientistas o deixavam para a Filosofia. No entanto, para Wilson, ele deve ser melhor trabalhado na junção entre Biologia e Psicologia, cuja vanguarda trabalha hoje dentro da alcunha Ciências Cognitivas (abrigo de neurobiólogos, psicólogos cognitivos e filósofos) (WILSON, 1999, p. 108). É um campo ainda não consolidado, e os intelectuais que aí enveredam assumem mais riscos do que aqueles abrigados em programas de pesquisa consolidados.

Se o conhecimento começou num ramo comum, o que causou esse distanciamento? No diagnóstico, Wilson faz coro ao diagnóstico de Snow: a hiperespecialização da elite educada está na raiz do problema (WILSON, 1999, p. 137). No texto de 1998, Wilson trafega pelas contribuições de cada uma das duas

²⁵ Publicado no Brasil pela editora Campus, também em 1998. A obra consultada aqui é o original em inglês, publicado em 1999, com as traduções da autora.

²⁶ No original: “Everything that we know and can ever know about existence is created there”.

culturas (com o mérito de considerar também o campo já bastante consolidado das Ciências Sociais, praticamente ausente em *As Duas Culturas*). Apenas para simplificar as referências a seguir, descrever-se-á os dois polos em conflito no trabalho de Wilson como simplesmente cientistas e intelectuais²⁷ (neste polo incluídas as Humanidades, as Ciências Sociais e as Artes).

As disciplinas das Ciências Sociais (particularmente nos campos liderados por Émile Durkheim, Karl Marx, Franz Boas e Sigmund Freud) se blindaram de ingerências das Ciências Naturais como forma de se consolidarem como áreas de ramos do conhecimento com independência epistemológica, o que se mostrou proveitoso por um tempo (WILSON, 1999, p. 200).

Não obstante, assim como em Snow, percebe-se que as críticas de Wilson aos intelectuais das Humanidades mais severas do que aquelas destinadas aos cientistas naturais. Referindo-se às correntes de pensamento mais estudadas da atualidade (a teoria crítica, o funcionalismo, o historicismo, o anti-historicismo, o estruturalismo, o pós-estruturalismo, o marxismo e a teoria psicanalítica), Wilson afirma:

Cada uma dessas empreitadas contribuiu com algo para entender a condição humana. Os melhores dos insights, se reunidos, explicam o amplo alcance do comportamento social, pelo menos no mesmo sentido elementar que os mitos pré-literários da criação explicam o universo, isto é, com convicção e certa consistência interna. Mas nunca - eu não acho que essa é uma palavra muito forte - os cientistas sociais foram capazes de ancorar suas narrativas nas realidades físicas da biologia humana e da psicologia, embora estejam certamente lá e não em algum plano astral do qual a cultura surgiu.²⁸ (WILSON, 1999, p. 199, tradução nossa)

Wilson defende, portanto, a necessidade de colocar as Humanidades na trilha da busca pela realidade objetiva, abandonando o método da revelação individual (WILSON, 1999, p. 7).

A crítica de Wilson deslança em puro desdém, ao afirmar:

Mas a história mostra que a lógica lançada a partir da introspecção sozinha não tem impulso, pode viajar apenas até certo ponto e geralmente segue na direção errada. Grande parte da história da filosofia moderna, de Descartes e Kant para a frente, consiste em modelos fracassados do cérebro. A falha

²⁷ Deve-se, no entanto, perceber que a oposição descrita por Wilson teria aspecto triangular: Ciências Naturais – Ciências Sociais/Humanidades/Religião – Arte (diferentemente da oposição descrita por Snow, que opõe cientistas a intelectuais literários).

²⁸ No original: "Each of these enterprises has contributed something to understanding the human condition. The best of the insights, if pieced together, explain the broad sweep of social behavior, at least in the same elementary sense that preliterate creation myths explain the universe, that is, with conviction and a certain internal consistency. But never— I do not think that too strong a word—have social scientists been able to embed their narratives in the physical realities of human biology and psychology, even though it is surely there and not some astral plane from which culture has arisen".

não é culpa dos filósofos, que levaram obstinadamente seus métodos ao limite, mas uma consequência direta da evolução biológica do cérebro. **Tudo o que foi aprendido empiricamente sobre evolução em geral e processo mental em particular sugere que o cérebro é uma máquina montada para não se entender, mas para sobreviver.** Como essas duas finalidades são basicamente diferentes, a mente sem o conhecimento factual da ciência vê o mundo apenas em pequenos pedaços. Ela destaca as partes do mundo que deve conhecer para viver até o dia seguinte e entrega o resto à escuridão. Por milhares de gerações, as pessoas viveram e reproduziram sem necessidade de saber como funciona o mecanismo do cérebro. O mito e o auto-engano, a identidade tribal e o ritual, mais do que a verdade objetiva, davam-lhes a vantagem adaptativa. É por isso que até hoje as pessoas sabem mais sobre seus automóveis do que sobre suas próprias mentes - e por que a explicação fundamental da mente é uma busca empírica e não filosófica ou religiosa. **Isso requer uma jornada na escuridão interior do cérebro com preconceitos deixados para trás.** Os navios que nos trouxeram aqui devem ser deixados afundados e queimando na praia. (WILSON, 1999, p. 105-106, tradução nossa, grifos acrescidos).²⁹

Abordando especificamente a Ética, Wilson questiona: seriam os preceitos éticos (como a justiça ou os direitos humanos) independentes da experiência humana ou são invenções humanas? Para o autor “o raciocínio moral (...) é em qualquer nível intrinsecamente consiliente com as ciências naturais”³⁰ (WILSON, 1999, p. 260), e defende, portanto, a necessidade de colocar as Humanidades na trilha da busca pela realidade objetiva, abandonando o método da revelação individual em favor de uma abordagem empirista (oposta à abordagem transcendentalista, segundo Wilson, seria a abordagem predominante nas Humanidades e Ciências Sociais). Assim, muitos filósofos e teólogos buscam no transcendentalismo a forma de validar modelos éticos, buscam descobrir leis morais com robustez semelhante às leis naturais (*natural laws*), fundamentos autônomos imunes à dúvida ou a concessões. Tais fundamentos seriam ou expressão da vontade de Deus, para os teólogos, ou auto-evidentes para qualquer

²⁹ No original: “But history shows that logic launched from introspection alone lacks thrust, can travel only so far, and usually heads in the wrong direction. Much of the history of modern philosophy, from Descartes and Kant forward, consists of failed models of the brain. The shortcoming is not the fault of the philosophers, who have doggedly pushed their methods to the limit, but a straightforward consequence of the biological evolution of the brain. All that has been learned empirically about evolution in general and mental process in particular suggests that the brain is a machine assembled not to understand itself, but to survive. Because these two ends are basically different, the mind unaided by factual knowledge from science sees the world only in little pieces. It throws a spotlight on those portions of the world it must know in order to live to the next day, and surrenders the rest to darkness. For thousands of generations people lived and reproduced with no need to know how the machinery of the brain works. Myth and self-deception, tribal identity and ritual, more than objective truth, gave them the adaptive edge. That is why even today people know more about their automobiles than they do about their own minds—and why the fundamental explanation of mind is an empirical rather than a philosophical or religious quest. It requires a journey into the brain's interior darkness with preconceptions left behind. The ships that brought us here are to be left scuttled and burning at the shore”.

³⁰ No original: “Moral reasoning (...) is at every level intrinsically consilient with the natural sciences”.

pessoa racional, no caso dos filósofos, transcendentais laicos (WILSON, 1999, p. 261).

O transcendentalismo (em sua busca por verdades evidentes percebidas pela razão) foi tão influente que deixou sua marca em alguns documentos seminais dos Direitos Humanos (HUNT, 2007). Na própria Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, afirma-se ser auto-evidente a ideia de que todos os homens são iguais e titulares de alguns direitos inalienáveis.³¹ Mas será mesmo que essa ideia é auto-evidente, uma **lei** natural?

Essa abordagem transcendentalista se opõe à empirista, esta adotada por Wilson. Nesta, a ênfase é no conhecimento objetivo, que explore os sentimentos morais (na expressão de Adam Smith [SMITH, 2016]), condicionados pela forma que o cérebro funciona, e como a mente se desenvolve:

O argumento empirista, então, é que, explorando as raízes biológicas do comportamento moral e explicando suas origens e vieses materiais, deveríamos ser capazes de moldar um consenso ético mais sábio e duradouro do que antes. A atual expansão da investigação científica nos processos mais profundos do pensamento humano torna este empreendimento viável.³² (WILSON, 1999, p. 262, tradução nossa)

Nessa hipótese, toda a experiência ética³³ baseia-se em preceitos alcançados por consenso, guiados por regras inatas do desenvolvimento mental. Modelos éticos deveriam ser estudados de baixo para cima, ou seja, a partir de pessoas até a formação da cultura (e não de cima para baixo, como ocorre no transcendentalismo, de uma entidade imaterial em direção as pessoas, por meio da cultura) (WILSON, 1999, p. 270). Essa abordagem decorre de outros pensadores pioneiros, desde David Hume (em seu *A Treatise of Human Nature*, 1739-40), passando por Charles Darwin (em seu *The Descent of Man*, 1871)

Como acontece com *As Duas Culturas*, em *Consilience* as críticas são mais

³¹ No original: ““We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness.”

³² No original: “The empiricist argument, then, is that by exploring the biological roots of moral behavior, and explaining their material origins and biases, we should be able to fashion a wiser and more enduring ethical consensus than has gone before. The current expansion of scientific inquiry into the deeper processes of human thought makes this venture feasible”.

³³ Wilson inclui neste argumento também toda a experiência religiosa, e defende que a Neurociência Cognitiva (ou Ciências do Cérebro) é capaz de oferecer uma explicação para as emoções e raciocínios que compõem o pensamento religioso (WILSON, 1999, p. 269). Wilson trata dos modelos éticos juntamente com a questão religiosa, por entender que o fundamento tanto da Filosofia transcendental quanto da Teologia é o mesmo, o transcendentalismo, quer invoque-se Deus ou não (WILSON, 1999, p. 261).

severas para o lado das Humanidades, Ciências Sociais e Arte. Tais críticas focam fortemente nas contribuições destas do **passado até o momento atual** (em particular, apontam como fracassados os modelos descritivos e explicativos propostos), reservando, não obstante, um tom otimista ao papel que esses ramos do conhecimento podem exercer **no futuro**, caso adotem um paradigma consiliente.

Esse movimento convergente, na visão de Wilson, já começou, impulsionado por quatro pontes que levam as Ciências Naturais a se aproximarem das Ciências Sociais (WILSON, 1999, p. 208-209). A primeira é o florescer das Neurociências Cognitivas (ou Ciências do Cérebro), em que se analisa o substrato físico da atividade mental e se procuram resolver os mistérios do pensamento consciente. A segunda é a Genética Comportamental Humana, que busca a base hereditária para essa atividade mental, inclusive a influência genética no seu desenvolvimento. A terceira ponte é a disciplina de Biologia Evolucionária, desenvolvimento híbrido da Sociobiologia, em que os pesquisadores procuram explicar as origens hereditárias do comportamento social. A última ponte são as Ciências Ambientais, que procuram entender como a psicologia e comportamento da espécie humana foram (ou podem ter sido) influenciados pelo meio ambiente.

Esta abordagem seria a única consistente com a consiliência, tal como defendida por Wilson. Tal abordagem é baseada naquilo que esses autores chamam de sentimentos morais, entendidos como instintos morais tais como definidos pelas ciências comportamentais modernas, derivados de normas epigenéticas, vieses hereditários no desenvolvimento mental, normalmente condicionados pela emoção, que influencia conceitos e decisões feitos a partir desses sentimentos (WILSON, 1999, p. 275). Para ele, filósofos que se dedicam ao estudo da Ética devem dedicar-se à origem evolucionária desses sentimentos morais, e ao funcionamento material do cérebro humano (WILSON, 1999, p. 277). Em nenhum outro campo das Humanidades, a união com as ciências naturais seria mais urgente e necessária, já que o estudo dessas qualidades distintivas e vitais da espécie humana permanece como um quadrante vazio no mapa científico (WILSON, 1999, p. 277-278). O caminho apontado pelo autor para preencher esse vazio foca nos seguintes tópicos (WILSON, 1999, p. 279):

a) a definição desses sentimentos morais, em que se busca sua descrição precisa por meio da psicologia experimental, seguida pela análise dos processos

neurais e endócrinos que subjazem essa resposta;

b) a genética desses sentimentos morais, em que se busca a medida da heritabilidade de processos psicológicos e fisiológicos do comportamento ético e, se for possível, da identificação dos genes que participam dessa manifestação;

c) o desenvolvimento desses sentimentos morais como um produto de interação entre genes e o ambiente, na linha das pesquisas já desenvolvidas pela Psicologia e pela Antropologia, com foto simultaneamente nas histórias dos sistemas éticos como parte da emergência de diferentes culturas, e o desenvolvimento cognitivo de indivíduos que vivem em variadas culturas;

d) a profunda história desses sentimentos morais, em que se pretende descobrir porque esses sentimentos existem, na presunção desenvolvida por Wilson (e endossada aqui) de que esses sentimentos representam um ganho no sucesso de sobrevivência e reprodução desde os períodos da pré-história (quando eles primeiro se manifestaram).

Está-se, portanto, diante de abordagens rivais para a Ética: transcendentalismo v. empirismo.

No entanto, é preciso esclarecer que essa proposta não pode ser considerada como Ciência em si mesma. A possibilidade de integrar as ciências naturais e os demais ramos de conhecimento é melhor descrita como uma visão de mundo metafísica, impossível de ser provada por princípios ou fundada em testes empíricos. A aposta na consiliência deriva de uma extrapolação do sucesso das ciências naturais, cujo maior teste será levar com eficiência seus métodos para as ciências sociais e humanidades. Sua promessa, se bem sucedida, é a compreensão da condição humana com um grau mais elevado de certeza.³⁴

Em uma colocação quase poética, Wilson afirma que o século XXI delineará sua própria versão da batalha pela alma dos homens: a escolha entre transcendentalismo e o empirismo. A Ética ou permanecerá na expressão da teologia e da filosofia (onde atualmente se encontra) ou se voltará para uma análise material baseada na Ciência. Nesse embate, prevalecerá a visão de mundo que se mostrar correta, ou que seja, mais amplamente **percebida** como correta.³⁵

³⁴ WILSON, Edward Osborne. **Consilience**: the unity of knowledge. New York: Vintage Books, 1999. p. 9.

³⁵ WILSON, Edward Osborne. **Consilience**: the unity of knowledge. New York: Vintage Books, 1999. p. 262.

A Neuroética e o Neurodireito são apostas na abordagem empirista, defendida aqui. Na linha da Consiliência, deve-se perceber que a Ética e o Direito estudam comportamento humano, que pode ser compreendido e explicado conforme as mesmas premissas a partir das quais que são compreendidos e explicados todos os demais fenômenos da natureza. Em larga medida, isso significa estudar o cérebro humano, origem de toda experiência humana.

Esta tese segue este caminho. Procurando, no próximo capítulo, avaliar como a psicologia experimental avançou em relação aos modelos morais, procura-se uma abordagem mais realista em relação às expectativas que pode-se ter em relação a essas empreitadas, bem como a sua capacidade preditiva.

Mais recentemente, com 85 anos, Wilson retoma o tema de *Consilience* (1998) publica um novo livro sobre o assunto, intitulado “O sentido da existência humana” (tradução livre de “*The meaning of human existence*”) (WILSON, 2014), obra reflexiva em que o autor une as Ciências e as Humanidades (particularmente a Filosofia), numa visão mais gentil com as Humanidades. Nele, envereda-se pela ética especulativa,³⁶ sobre quais riscos devemos correr, principalmente na manipulação do DNA para alcançar determinadas características (intervenção motivada inicialmente pelo desejo de curar doenças, como a Síndrome de Down, e que abriria caminho para prevenir a depressão, até, por fim, haver a possibilidade de garantir filhos mais inteligentes, ou mais criativos).

Wilson reafirma seu entendimento de que a tarefa de **compreender** a humanidade é por demais importante e desafiadora para ser entregue exclusivamente para as Humanidades:

Seus muitos ramos, da filosofia à lei à história e às artes criativas, descreveram as particularidades da natureza humana de forma ampla, em intermináveis permutações, ainda que enfeitadas por genialidade e detalhes extraordinários. **Entretanto, não se explica porque possuímos nossa natureza específica e não alguma outra, de um vasto número de naturezas concebíveis.** Nesse sentido, as humanidades não alcançaram nem jamais alcançarão uma compreensão completa do significado da

³⁶ Alfred Nordmann (2007) elaborou crítica ao que chamou de ética especulativa. Discussões dessa ordem ocorrem quando as possibilidades do desenvolvimento tecnológico, possibilidades estas que sequer se sabe serem efetivamente possíveis, ocupam espaço nas discussões éticas e roubam a atenção das questões do presente que efetivamente precisam ser refletidas. Seria o caso, por exemplo, de discutir a correção ética da manipulação de pensamentos por meio de ondas eletromagnéticas, algo que é absolutamente impensável no cenário atual. O risco, para Nordmann, é que à medida que as preocupações hipotéticas vão ocupando lugar da realidade, um futuro imaginado esmaga o presente.

existência de nossa espécie.³⁷ (WILSON, 2014, p. 17, tradução nossa, grifos acrescentados)

Para responder à pergunta sobre “o que somos”, o autor defende ser necessário olhar simultaneamente para a evolução biológica e evolução cultural, em unidade. Assim, para Wilson, é chegado o tempo “de considerar o que as ciências podem oferecer para as Humanidades, e o que as Humanidades podem oferecer para as Ciências, em uma busca compartilhada por uma resposta melhor fundamentada para a grande charada de nossa existência”³⁸ (WILSON, 2014, p. 18, tradução nossa).

Assim, Wilson defende que o momento atual é o mais propício para essa síntese. As Ciências mostraram com precisão o lugar da humanidade no universo, ocupando um espaço microscópico no cosmos e no tempo; mostrou ainda a origem de nossa espécie, que descende de uma sucessão de seres vivos longinquamente cada vez mais primitivos, colocando em cheque o quão especial nossa espécie realmente é (WILSON, 2014, p. 51). No entanto, o desenvolvimento científico e tecnológico nos levou a uma nova fase de exploração, infinitamente mais rica e desafiadora. Está dentro das capacidades das Humanidades e das artes criativas expressar a existência humana em formas que afinal realizem os sonhos do Iluminismo (WILSON, 2014, p. 52).

É inspirador pensar, nas palavras do autor, como as Humanidades são a história natural de nossa cultura, e nossa mais íntima e preciosa herança: o registro de incontáveis histórias pessoais, e a descrição de como um pensamento é traduzido em símbolos (WILSON, 2014, p. 57). Wilson afirma ainda que, “mesmo que os dois grandes ramos de aprendizado, a Ciência e as Humanidades, sejam radicalmente diferentes no modo em que eles descrevem nossa espécie, ambos surgiram da mesma fonte de pensamento criativo”³⁹ (WILSON, 2014, p. 35, tradução nossa).

Wilson apresenta, portanto, uma visão mais gentil – e justa – do conhecimento e cultura acumulados não pelo método científico. Esse conjunto,

³⁷ No original: “Their many branches, from philosophy to law to history and the creative arts, have described the particularities of human nature back and forth in endless permutations, albeit laced with genius and in exquisite detail. But they have not explained why we possess our special nature and not some other, out of a vast number of conceivable natures. In that sense, the humanities have not achieved nor will they ever achieve a full understanding of the meaning of our species’ existence.”

³⁸ No original: “Although the two great branches of learning, science and the humanities, are radically different in the way they describe our species, they have risen from the same wellspring of creative power”.

³⁹ No original: “The time has come to consider what science might give to the humanities and the humanities to science in a common search for a more solidly grounded answer than before to the great riddle of our existence”.

produto exclusivo do *Homo sapiens*, nos trouxe e nos guiou até o nosso estágio atual. Projetando para o futuro, o autor acredita que a quantidade de descobertas científicas e tecnológicas se estabilizará, até porque o custo de uma descoberta vai se tornando tão alto que é proibitivo; para ele, o que continuará evoluindo e se diversificando são as Humanidades (WILSON, 2014, p. 57).

Como tudo isso se aplica ao Direito?

Entre muitas definições, considere-se o Direito como, “em sentido geral e fundamental, a técnica da coexistência humana, isto é, a técnica que visa a possibilitar a coexistência dos homens” (ABBAGNANO, 2012, p. 328). Essa existência coletiva e social possui um marco biológico, bem destacado por Wilson (2014, p. 30): temos um interesse intenso, quase obsessivo, em outras pessoas, que se inicia nos primeiros dias de vida, quando bebês aprendem a distinguir os sotaques e sons que os adultos usam. Mais ainda, a Psicologia mostrou que nossa habilidade extrema de perceber as intenções de outros, depois avaliar, influenciar, fazer laços, cooperar e controlar outras pessoas. Cada um de nós opera dentro de nossas redes sociais, revisando experiências passadas enquanto planejamos as consequências de cenários futuros. É uma inteligência social que compartilhamos, em alguma medida, com chimpanzés e bonobos. De fato, Frans De Waal (2006, 2007) apresenta uma rica narrativa das tramas quase shakespearianas para tomada de poder entre os chimpanzés no Zoológico de Royal Burger, na Holanda (um dos maiores zoológicos em que os chimpanzés são observados em cativeiro).

No entanto, um traço que nos distingue dos demais primatas é o seguinte: a espécie humana é uma contadora de histórias nata.

Em comparação, sabe-se que, a maior parte do tempo, a maioria dos primatas não emite sons. O primatologista Allen Gardner relata que um grupo de chimpanzés se alimentando no alto de uma figueira pode ser tão silencioso que um observador destreinado sequer irá percebê-los (GARDNER apud WILSON, 1999, p. 143). Por outro lado, seres humanos se comunicam vocalmente o tempo todo, começando na tenra infância. Por isso mesmo, Wilson comenta jocosamente que o *Homo sapiens* pode ser reputado como o primata tagarela (WILSON, 1999, p. 144). O gosto pela fala, pela tradição oral, parece ser exclusivamente nosso.

Nossa memória nos permite avaliar as consequências de alianças, de conexões, de contatos sexuais, de rivalidades, dominações, traições, e lealdades. Isso

significa que instintivamente nos entretemos em contar histórias sobre outras pessoas, descritos como jogadores em nosso tabuleiro de jogos internos. As apresentações mais sofisticadas dessa tendência são observadas na teoria política e em outras atividades de alta sofisticação que denominam-se genericamente Humanidades (WILSON, 2014, p. 22).

Exatamente por isso as críticas de Snow e de Wilson (1998) parecem ser excessivamente severas: a construção monumental das Humanidades não pode ser desconsiderada como mero devaneio desconectado da realidade, fruto de absurdas revelações intelectuais, como se todo o conhecimento importante e relevante fosse apenas aquele acumulado pelas Ciências naturais nos últimos dois séculos. A propósito, como já afirmado, o berço das Ciências Naturais está justamente na Filosofia.

Isso porque acredita-se que o Direito é uma fonte fértil de dados sobre a cognição e o comportamento: o Direito é, à sua própria maneira, uma ciência investigativa, uma disciplina acadêmica e instruída que examina a natureza do pensamento humano (GOODENOUGH, PREHN, 2004, p. 1719). Mais ainda, os processos jurídicos clássicos pelos quais se busca articular o panorama mental sobre questões de certo e errado em um mundo baseado em normas é um exercício intelectual rigoroso, incansavelmente testado com base em milhares de experimentos *in vitro*: as disputas humanas reais (GOODENOUGH, PREHN, 2004, p. 1719).

Muitas das tradições milenares do Direito são prova viva disso: princípios gerais do Direito Civil, ainda hoje recitados em latim, materializam muitas das nossas ideias permanentes de justiça. Algumas dessas ideias possivelmente possuem bases biológicas.

Frans de Waal defendeu que, embora seja controverso considerar os animais como seres morais (dotados de moralidade), parece claro que algumas peças fundantes (*building blocks*) para esse comportamento estão presentes também em chimpanzés e outros primatas. Entre elas, pode-se citar a empatia, a habilidade de aprender e seguir normas sociais, a reciprocidade e a reconciliação.

Os primatas em geral possuem uma percepção sobre ordem social, possuem expectativas sobre comportamentos aceitáveis, fortemente relacionados às hierarquias de suas sociedades, em que cada membro conhece seu lugar. Essa noção hierárquica é presente em todas as espécies de primatas (e violações são punidas

com mordidas e tapas). Grandes primatas, por sua vez, possuem noções de reciprocidade e justiça, e mesmo empática.

Um experimento muito famoso mostrou que macacos capuchinhos desempenham determinadas tarefas com uma recompensa (pepino), até que observam um outro capuchinho receber uma recompensa melhor (uva) pela mesma tarefa, ou ainda sem desempenhar nenhuma tarefa. Se antes o pepino bastava, o capuchinho se recusa a desempenhar essa mesma tarefa até que receba a recompensa melhor (uva) (BROSNAN, WAAL, 2003). Os autores sugerem que esses primatas apresentam a mesma aversão à desigualdade presente em humanos de maneira mais sofisticada. Em estudos subsequentes, Sarah Brosnam encontrou comportamento sugestivo de que o capuchinho rejeita realizar a tarefa não só quando ele mesmo recebe a recompensa pior, mas também em alguns casos quando observa o companheiro recebendo a recompensa pior (DE WAAL, 2016). Esses comportamentos sugerem que as peças fundamentais (*building blocks*) da moralidade humana estão presentes também em primatas não-humanos.

Seria possível especular que parte desses preceitos possui natureza descritiva, como se materializassem sentimentos aos quais não podemos resistir.

Mas o Direito faz mais que isso. Além desse aspecto descritivo, em que algumas regras parecem irresistíveis, o Direito possui também um aspecto normativo, participando na construção da sociedade que queremos ser. Assim, o Direito tem um papel constitutivo na sociedade. Sem afastar-se aqui do paradigma consiliente, é preciso reconhecer que a ambição explicativa não é suficiente para esta empreitada. Nosso atual nicho ecológico é bastante diferente daquele no qual a constituição humana evoluiu e demanda arranjos sociais (culturais) muito inovadores. Assim, a forma como o Direito opera no mundo real tantas vezes parece mágica: a atribuição de personalidade jurídica para pessoas jurídicas, capazes de titularizar direitos e assumir obrigações, obter propriedade, e alterar o mundo real de forma substancial, não pode ser descrita de outra forma.

Por um lado, algumas práticas sócio-culturais humanas são bastante semelhantes às de outros animais, particularmente primatas. No caso de conflito entre dois chimpanzés, não é incomum que um terceiro medie o conflito até que ele que a reconciliação ocorra, exatamente como fazem seres humanos, quando levam seus problemas para serem resolvidos por autoridades (antes um rei ou imperador, e hoje

um juiz). Na atualidade, os processos de resolução de conflitos pela terceirização são mais complexos, pautados por garantias inalienáveis como o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV), bem como o direito de ser condenado apenas por autoridade competente (art. 5º, LIII), havendo a garantia de que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (art. 93, IX) – todas garantias que procuram salvaguardar a sociedade do arbítrio de uns poucos.

Assim, o Direito pode ser considerado simultaneamente descritivo dessas relações (em que as regras postas não podem ser demasiadamente aversivas aos destinatários, sob pena de serem ignoradas), e normativo (à medida que novas regras vão ajudando a moldar uma sociedade diferente da que se é). Nos dois sentidos, o Direito participa inexoravelmente da busca pelo sentido da existência humana, nos termos em que pensada por Wilson. Isso porque, segundo o autor, esse sentido é a história épica de nossa espécie, iniciada na evolução biológica e pré-história, através do registro da História, e, hoje, todos os dias e cada vez mais rápido rumo ao futuro, é o que decidiremos no tornar (WILSON, 2014, p. 174). Mais ainda:

A ciência e as humanidades, é verdade, são fundamentalmente diferentes umas das outras no que dizem e fazem. Mas eles são complementares entre si em sua origem e surgem dos mesmos processos criativos no cérebro humano. **Se a heurística e o poder analítico da ciência puder ser unido à criatividade introspectiva das humanidades, a existência humana alcançará um significado infinitamente mais produtivo e interessante.**⁴⁰ (WILSON, 2014, p. 187, tradução nossa, grifos acrescidos)

Se o sentido da existência humana está também no registro, a História do Direito oferece uma perspectiva particular e rica da nossa espécie. A forma como as sociedades se ordenam, a forma como constituem e fazem cumprir as regras, desde suas aplicações mais rudimentares e ancestrais às sofisticações atuais, o Direito compõe essa história viva. A própria emergência dos direitos humanos diz muito sobre aquele momento histórico, tal como o desdobramento dessa técnica em novas gerações ou dimensões, até chegar ao momento atual – global – da preocupação com os chamados direitos de solidariedade e fraternidade, de gozo coletivo e difuso, algo totalmente impensável quando emergiram os direitos de primeira geração. Diz muito

⁴⁰ No original: “Science and the humanities, it is true, are fundamentally different from each other in what they say and do. But they are complementary to each other in origin and they arise from the same creative processes in the human brain. If the heuristic and analytic power of science can be joined with the introspective creativity of the humanities, human existence will rise to an infinitely more productive and interesting meaning”.

que o Direito se preocupe na atualidade com essa categoria de direitos, que se preocupe em garantir a paz, a autodeterminação dos povos, o desenvolvimento, o meio ambiente e qualidade de vida, bem como a conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito à comunicação (SARLET, 2011, p. 48). Essas reflexões resultam “de novas investigações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo-pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexões na esfera dos direitos fundamentais” (SARLET, 2011, p. 48-49). Ou seja, essas preocupações são resultado da síntese entre Ciências Naturais e Direito.

Em suas memórias, Santiago Ramón y Cajal recorda que, “[c]omo o entomologista em busca de borboletas de cores vivas, minha atenção caçava, no jardim das flores da matéria cinzenta, células com formas delicadas e elegantes, as misteriosas borboletas da alma, cujas asas batendo podem algum dia – quem sabe? – esclarecer o segredo da vida mental”⁴¹ (1989, p. 363-364, tradução nossa).

Esse esclarecimento que buscava o médico espanhol, pioneiro da medicina e considerado um dos pais da neurociência moderna, aos poucos vai sendo alcançado. Se o cérebro humano realmente é o objeto mais complexo do universo, o esclarecimento abrangente ainda está longe de ser alcançado, embora cada nova descoberta nos aproxime dele, ou seja, cada nova descoberta nos aproxima de compreendermos a nós mesmos.

É preciso reconhecer que essa trajetória, ao mesmo tempo em que abre novas possibilidades de reflexão, abala algumas convicções que a humanidade tem sobre si mesma, o que pode ser fonte de enorme angústia. Essa é a realização da revolução darwiniana.

Não obstante, novamente com de Waal, se as ferramentas que viabilizam uma melhor compreensão do mundo estão à disposição, melhor empregá-las. A implementação de uma tecnologia potencialmente benéfica pode estar fadada ao insucesso não por suas limitações intrínsecas, mas sim por ser excessivamente aversiva aos sentimentos morais das pessoas. É preciso perseguir a síntese para evitar que isso ocorra, a consiliência, uma trajetória rumo à Neuroética e ao

⁴¹ No original: “Like the entomologist in pursuit of brightly colored butterflies, my attention hunted, in the flower garden of the gray matter, cells with delicate and elegant forms, the mysterious butterflies of the soul, the beatings of whose wings may some day—who knows?—clarify the secret of mental life.”

Neurodireito.

1.3 Neuroética e Neurodireito: a busca pelas borboletas da alma

Em 1953, cientistas consideravam o DNA uma molécula estúpida, também excessivamente simples e monotonamente repetitiva para ser a raiz da vida; em uma avaliação similar, Descartes acreditava que o cérebro era um órgão excessivamente simples e gelatinoso para ser substrato material do pensamento (HILTS, 2016, p. 73). Foi apenas nas últimas décadas que a complexidade do cérebro se tornou clara, e muitos hoje o consideram como o objeto mais complexo do universo (HILTS, 2016, p. 73; WILSON, 2014). Se o cérebro é de fato o substrato material para a vida mental – as borboletas da alma –, então é inevitável o interesse por ele por parte de qualquer ramo do conhecimento que se ocupe da cognição humana, inclusive o Direito e a Psicologia, ao mesmo tempo condicionada e formada por ela.

O processo de tomada de decisão é uma das atividades mais importantes do Direito. Embora se preocupe com o conhecimento abstrato, o Direito geralmente se preocupa mais com a solução para problemas particulares (GOODENOUGH; PREHN, 2004).

Com isso em mente, as decisões judiciais são o produto da atividade jurídica que mais recebe destaque no curso de direito, tendo em vista que grande parte dos profissionais da área contribuirá para sua construção (embora os juristas frequentemente participem dos processos que levam à formulação de uma norma jurídica, a produção de uma decisão administrativa ou delineamento de uma política pública). Boa parte da literatura jurídica voltada para a questão da tomada de decisão procura assegurar sua legitimidade, em uma tentativa de garantir que elas sejam decisões racionais, o que possui dois problemas. Mesmo que fosse possível garantir a racionalidade de uma decisão, isso não é garantia de sua qualidade. Mais grave que isso, essa racionalidade buscada parece hoje impossível de se garantir, já que se conhece hoje uma série de vieses e fatores emocionais que influenciam a tomada de decisão e impedem a tomada de decisões puramente racionais.⁴² Especificamente a questão da decisão judicial, sua vocação e aplicáveis, será aprofundada no Capítulo

⁴² Obras paradigmáticas nesse sentido: KAHNEMAN, SLOVIC, TVERSKY, 1982. KAHNEMAN, TVERSKY, 2000; KAHNEMAN, 2011.

3.

Já mencionou-se acima a reflexão de Cassese (2014b) acerca do olhar de outras disciplinas sobre o objeto de Estudo do Direito (como a Filosofia, a História, a Sociologia, as Ciências Políticas, Antropologia, Linguística, com seus métodos de estudo próprios). Segundo o autor, uma revolução antiformalista e realista, capitaneada por autores norte-americanos, eliminou os limites artificiais entre as Ciências Jurídicas e as ciências que se interessam pelo Direito. Nesse processo, os receios de que os métodos tradicionais de estudo jurídico se tornassem inúteis mostraram-se infundados: os métodos se completam. Na tarefa de convencer, o jurista-advogado deve recorrer aos métodos tradicionais, como também aos métodos novos. Cassese defende então:

Assim, não é necessário entender a divisão do trabalho científico no sentido de deixar a análise política do direito para os estudantes de ciência política e economia do direito aos economistas. Uma divisão desse tipo acabaria criando novamente barreiras acadêmicas após o devido reconhecimento de valores recíprocos. Se, como Popper lembrou, **não se estudam matérias ou objetos, mas sim problemas, e estes são perseguidos além das divisões das disciplinas, o problema será então fixar o método. Serão as perguntas que guiam o método.**⁴³ (CASSESE, 2014, p. 397, tradução nossa, grifos acrescentados)

Com isso, percebe-se que também entre os juristas há os que já se alertaram para os problemas decorrentes da defesa excessiva de limites artificiais epistemológicos, e percebem como esses limites empobrecem o conhecimento produzido. Soluções jurídicas propostas dentro do isolamento disciplinar são mais frágeis. Não obstante, o diálogo proposto por Cassese envolve disciplinas que, tal como o Direito, prestigiam o método monográfico, em que o diálogo parece mais evidente, e foca-se muito na tarefa de habilitar o jurista-advogado a convencer.

Aqui, vai-se um pouco mais além da tarefa de equipar o jurista-advogado de técnicas para convencer: na tarefa de **conhecer** o Direito, também é necessário aliar os métodos tradicionais do Direito aos métodos novos, particularmente das Ciências Cognitivas.

Muitos juristas se questionam se essa empreitada é viável ou

⁴³ No original: “Así, pues, no es necesario entender la división del trabajo científico en el sentido de dejar el análisis politológico del Derecho a los estudiosos de las ciencias políticas y el económico del Derecho a los economistas. Una división de este tipo acabaría por crear de nuevo barreras académicas tras el debido reconocimiento de los valores recíprocos. Si, como recordaba Popper, no se estudian materias o objetos, sino problemas, y éstos se persiguen más allá de las divisiones de las disciplinas, el problema será entonces fijar el método. Serán las preguntas las que orienten el método”.

conveniente,⁴⁴ adotando uma postura desconfiada e cautelosa, semelhante àquela de Lewontin diante da Sociobiologia. Enquanto isso, outras disciplinas voltam seus olhares para o fenômeno jurídico, com objetivo de investigá-los conforme seus próprios métodos. O interesse de outras áreas do conhecimento pelo Direito, notavelmente o das Ciências Cognitivas,⁴⁵ é crescente e implica consequências potencialmente disruptivas. Nesse contexto, por exemplo, responder a pergunta “*como se dá o processo de dizer o direito?*” pode igualmente passar pela compreensão dos processos mentais de tomada de decisão, questões atualmente em investigação pelas Ciências Cognitivas.

A Ética já é objeto de pesquisa dessa maneira. Abordagens neurocientíficas sobre a cognição moral, sobre como ocorrem os julgamentos normativos,⁴⁶ já são uma realidade. Mas não só.

O neurocientista David Eagleman dedica um capítulo de seu livro *Incognito* (2011, p. 151-192) à reflexão sobre o sistema de atribuição de culpa no Direito Penal: para o autor, o Direito Penal hoje é muito focado na necessidade de punir, baseado na ideia de que um criminoso poderia ter optado por outra conduta. Quando o sistema penal verifica que a pessoa era incapaz de agir de outra maneira, não existe punição. Uma abordagem mais adequada deveria preocupar-se com a probabilidade de um criminoso voltar a cometer crimes, adotando-se uma abordagem muito mais personalizada do que se faz hoje. Segundo o autor, no futuro, seria possível basear a punição baseada na neuroplasticidade individual (capacidade de alterar os circuitos cerebrais): alguns indivíduos são mais responsivos às abordagens clássicas de condicionamento (por exemplo, a punição e a recompensa), ao passo que outros são refratários a mudanças (por várias circunstâncias pelas quais não possuem qualquer culpa, com distúrbios como psicopatia, sociopatia, mal desenvolvimento cerebral, etc).

⁴⁴ Para reflexões mais cautelosas, conferir: Morse, 2004, e Vogel, 1997.

⁴⁵ Ciências Cognitivas é o ramo do conhecimento resultante das contribuições de vários outros, como a Psicologia, Neurociência, Linguística, Filosofia, Antropologia, Biologia Evolucionista, Educação, Ciências da Computação, Inteligência Artificial e Etologia, cada uma delas com seu foco e sua metodologia, em constante aprimoramento dentro de cada campo disciplinar específico, e nem sempre em concordância um com o outro (WILSON, KEIL, 1999).

⁴⁶ Toma-se de empréstimo aqui a descrição contempla uma descrição inclusiva dos muitos sabores que os humanos encontram entre as coisas que devem ser feitas e aquelas que não devem ser feitas, particularmente no contexto social de interação com outros seres humanos (GOODENOUGH; Oliver R.; PREHN. Kristin. A neuroscientific approach to normative judgment in law and justice. **Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences**. v. 359, n. 1451, p.1709-1726, 29 nov. 2005. Disponível em: < <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1693459/>>. Acesso em: . 2 maio 2018. doi:10.1098/rstb.2004.1552.).

Em resumo, deve-se partir do pressuposto de que todos os criminosos eram incapazes de agir de outra maneira, para forçar-se no futuro: é possível alterar esse comportamento. As intervenções estatais para alterar esse comportamento devem ser diferentes para cada caso, ou serão inúteis.

Mais ainda, Eagleman relata que estatísticas e cálculos atuariais possuem maior valor preditivo para dizer quais pessoas são mais prováveis de cometer novos crimes, em comparação com intuições das pessoas envolvidas no processo penal, sejam juízes ou técnicos (psiquiatras, agentes penitenciários, etc). O autor reconta uma pesquisa feita com condenados por crimes sexuais: perguntou-se a psiquiatras e outros profissionais envolvidos na concessão de liberdade provisória qual seria a chance de um determinado condenado reincidir, para descobrir-se que a precisão da previsão desses profissionais não possuía qualquer valor preditivo. Esperava-se que as intuições dessas pessoas acostumadas a lidar com esse tipo de situação possuiria valor preditivo, mas isso não foi observado. Assim, passou-se a testar a abordagem atuarial.⁴⁷ Confrontando-se o valor preditivo das intuições dos profissionais envolvidos no processo de concessão de liberdade provisória e os números da abordagem atuarial, os números mostraram-se mais confiáveis.

Mais além, em livro dedicado à Inteligência Artificial (AI), Russel e Norvig apresentam reflexão similar (2016, p. 1022): já em 1955, havia estudos mostrando como algoritmos de aprendizagem estatística simples apresentavam previsões mais confiáveis para a reincidência criminal do que os especialistas. Os autores então refletem como os computadores podem apresentar desempenho melhor que humanos em inúmeras tarefas, inclusive quando se esperaria que fosse necessário grande compreensão e discernimento humano.

À tarefa de prever a reincidência criminal, Eagleman especula que, quando os dados da neurociência puderem ser incorporados a essa análise, o valor preditivo dela será ainda melhor.

Outro exemplo dessa natureza são as reflexões da psicóloga Lisa Barrett (2017, p. 219-251) sobre a relação entre direito e emoções, apresentadas em um capítulo de seu livro *How Emotions are made*, dedicado inteiramente a essa questão. A pergunta “*como se dá o processo de dizer o direito?*” é abordada pela perspectiva

⁴⁷ Essa abordagem leva em conta informações sobre o condenado como: o condenado manteve um relacionamento estável por mais de um ano? Sofreu abuso sexual quando criança? Apresenta vício em drogas? Mostrou remorso? Apresentou interesses sexuais desviantes? Etc.

de compreender os processos mentais de tomada de decisão (o substrato material desse processo), atualmente em investigação pelas Ciências Cognitivas. A autora pretende demonstrar o quão enviesada pode ser a percepção de juízes e jurados, para colocar em cheque o sistema de júri (amplamente adotado no sistema judiciário norte-americano, muito mais do que o brasileiro) como um todo, questionando se não seria mais apropriado abandoná-lo por completo.

Assim, ainda que exista uma recomendação geral no sentido de que esses conhecimentos e tecnologias de outras áreas sejam trazidos para o contexto jurídico com parcimônia e reserva,⁴⁸ tantos desses pesquisadores não apresentam qualquer constrangimento em apresentar suas conclusões e suas reflexões sobre o sistema jurídico, enfrentando e questionando com dureza os próprios fundamentos do Direito.

Diante disso, vê-se como as contribuições das Ciências Cognitivas são relevantes para as Ciências Jurídicas. Especificamente para este trabalho, interessam desenvolvimentos que demonstram como processos decisórios competentes não decorrem exclusivamente de análises racionais, solapando teorias tradicionais de decisão dentro dos processos jurídicos; a cognição emocional competente (para usar aqui a terminologia oriunda da dicotomia clássica razão v. emoção) é fundamental para que o indivíduo navegue o mundo de forma competente. Assim, esses autores formulam críticas contundentes à orientação de lugar comum no Direito, de que o decisor deve colocar suas emoções de lado para que se produza uma decisão racional (partindo da tradição de que emoção e razão são entidades diferentes, quase rivais); entretanto, pensar (no sentido de pensar racionalmente) e sentir não são processos distintos no cérebro (BARRETT, 2017, p. 220).

Isso traz algumas implicações importantes. A primeira é: a autoridade que diz o direito é inexoravelmente um ser humano, cuja resposta emocional competente é elemento imprescindível para que se entregue uma decisão jurídica adequada. Em termos muito simples, o juiz também é gente. Ainda com Lisa Barrett:

Para além do manifesto da ciência afetiva, também temos o duradouro mito do juiz desinteressado, que é tanto propagado quanto questionado por membros da Suprema Corte dos EUA e por outros especialistas jurídicos.

⁴⁸ Frederick Schauer (2016) apresenta reflexões dessa natureza em relação às tecnologias para detecção de mentiras e sua admissão como provas em um sistema judicial, particularmente a detecção de mentiras com base em ressonância magnética funcional (fMRI). Em uma reflexão sobre “a quem pertence a ciência”, o autor defende que, (considerando que nenhuma dessas tecnologias possui 100% de confiabilidade e validade) a decisão sobre qual grau é relevante para ser aceito como prova em um processo judicial não pertence aos cientistas, e deveria ser tratada como uma questão de política pública judicial, não restrita a cientistas, ou mesmo a advogados e juízes.

Estudiosos podem debater em periódicos jurídicos sobre o valor da emoção na ação judicial, mas **a anatomia do cérebro humano torna implausível que qualquer ser humano, incluindo um juiz, escape da influência da interocepção⁴⁹ e do afeto ao tomar decisões. Emoções não são nem o inimigo nem um luxo, mas uma fonte de sabedoria.** Os juízes não precisam revelar suas emoções (assim como os terapeutas aprendem a não fazer), mas devem estar cientes delas e usá-las explicitamente com o melhor de suas habilidades.⁵⁰ (BARRETT, 2017, p. 246, grifos acrescentados)

Implica também que o Direito será não apenas intoleravelmente árido quando desconsidera esses processos cognitivos emocionais, mas também possivelmente inócuo. Para os problemas abordados nos capítulos terceiro e quarto, a consequência de uma abordagem num paradigma de isolamento disciplinar é esta: que as soluções propostas nasçam impossíveis e irrelevantes.

Para evitar esse desfecho para os problemas abordados nos capítulos terceiro e quarto, busca-se, aqui, uma abordagem consiliente para eles, em que se considerem os sentimentos morais. No entanto, fica aqui a advertência de Renato César Cardoso (2015, p. 2454): “em relação à consiliência, é mais fácil falar que fazer. É preciso heroísmo para abraçar um admirável mundo novo, para abandonar a zona de conforto das humanidades e se aventurar pelo terreno bruto das ciências naturais”.⁵¹ Não obstante, é preciso fazê-lo: “o conhecimento não deve ter limites ou fronteiras”⁵² (CARDOSO, 2015, p. 2454).

As questões discutidas no Capítulo 3 podem ser consideradas como problemas de Neuroética. A Neuroética amadureceu como campo de conhecimento nos anos 2000, e subdivide-se em torno de dois grandes eixos: o primeiro é a ética da neurociência e o segundo é a neurociência da ética (ROSKIES, 2002).

⁴⁹ Interocepção (*Interoception*) é a representação que o cérebro produz de todas as sensações produzidas pelos órgãos e tecidos internos, os hormônios que circulam no corpo e seu sistema imunológico. A todo tempo, existe uma percepção do que ocorre com uma pessoa, se o coração está batendo, se ela respira, se o estômago está cheio. Tudo isso gera a atividade interoceptiva que produz espectros de sentimentos básicos que vão do agradável ao desagradável, do calmo ao agitado, e mesmo o sentimento de estar neutro (BARRETT, 2017, p. 56).

⁵⁰ No original: “Beyond the affective science manifesto, we also have the longstanding myth of the dispassionate judge, which is both propagated and questioned by members of the U.S. Supreme Court and other legal experts. Scholars may debate in legal journals about the value of emotion in judicial action, but the anatomy of the human brain makes it implausible for any human, including a judge, to escape the influence of interoception and affect when making decisions. Emotions are neither the enemy nor a luxury but a source of wisdom. Judges need not reveal their emotions (just as therapists learn not to), but they must be aware of them and explicitly use them to the best of their ability.”

⁵¹ No original: “Consilience is easier said than done. It takes a whole lot of heroism to embrace an entirely brave new world, to leave one’s comfort zone in the humanities and adventure oneself through the raw “natural realm”.

⁵² No original: “Knowledge should have no limits, no frontiers”.

O primeiro é irmão do que se chama Bioética, e preocupa-se com questões éticas relativas à realização dos estudos (v.g. a que tipo de danos os sujeitos que se submetem a um determinado estudo estão submetidos?), bem como com os desdobramentos do conhecimento produzido (v.g. é correto o emprego da ressonância magnética funcional para detectar mentiras no processo judicial?).

Já a neurociência da ética investiga noções fundamentais da ética (v.g. livre-arbítrio, auto-controle, identidade, intencionalidade) na perspectiva das funções cerebrais. Cada um dos pensamentos de uma pessoa (sua compreensão do mundo, seu planejamento, seus julgamentos morais) manifesta-se fisiologicamente no cérebro. Essas manifestações podem ser estudadas por eletroencefalogramas e ressonâncias magnéticas funcionais, por meio das quais pode-se observar qual parte do cérebro ativa quando determinada função é demandada (fazer contas, planejar para o futuro, fazer julgamentos morais). Com isso, é possível saber se a parte do cérebro demandada é uma estrutura mais recente na evolução dos animais (como o córtex pré-frontal) ou se a estrutura é mais antiga, que administra funções básicas (como a amígdala cerebelosa, integrante do sistema límbico, responsável entre outros pelo sentimento de medo).

O mesmo ocorre no Neurodireito.

Por um lado, as Ciências Jurídicas podem lidar com as Ciências Cognitivas preservando seus fundamentos, focando em problemas operacionais, como é avaliar o valor probatório e informativo desse conhecimento. Por outro lado, quando as Ciências Cognitivas investiga as noções fundamentais do Direito, os efeitos podem provocar uma alteração profunda: responsabilidade, racionalidade, verdade real são estão no cerne do Direito. São exatamente essas noções que as Ciências Cognitivas estão a desafiar. Dentro da Consiliência, essas noções não podem estar em discordância com as noções desenvolvidas por outras áreas.

Todo esse arsenal de conhecimento abre a caixa preta que é a mente humana. Ao ignorar essas contribuições e para enfrentar os problemas jurídicos por meio de um paradigma de isolamento disciplinar, a consequência é arriscar que as soluções propostas nasçam impossíveis e irrelevantes. Para evitar esse desfecho para os problemas jurídicos, defende-se aqui a abordagem consiliente.

As discussões propostas no Capítulo 2 são exatamente dessa segunda natureza: um dos pilares do Direito – a Razão, essa que frequentemente se grafa com

letra maiúscula – é revisitada. É possível decidir racionalmente, purgando-se que todo o ruído emocional?

Antes de tudo isso, no entanto, passa-se a explorar a pergunta: como os humanos pensam e tomam decisões para agir? É uma pergunta ampla, que ocupa todo o campo da Psicologia. Em específico, interessa aqui saber como se dá o processo de tomada de decisão diante de questões moralizadas, já que discute-se aqui, fundamentalmente, a relação entre Ética e Direito. Esse é o objetivo do próximo capítulo.

2 DIREITO E MORAL: A IMPOSSIBILIDADE DE DECISÕES RACIONAIS PURAS NA ESFERA JURÍDICO-MORAL

No man is an island entire of itself; every man is a piece of the continent, a part of the main; if a clod be washed away by the sea, Europe is the less, as well as if a promontory were, as well as any manner of thy friends or of thine own were; any man's death diminishes me, because I am involved in mankind. And therefore never send to know for whom the bell tolls; it tolls for thee.

John Donne

No man and no mind was ever emancipated merely by being left alone.

John Dewey

Discutir moralidade é de uma sedução indiscutível, e grandes pensadores dedicaram a vida à matéria. É difícil conceber de uma sociedade, principalmente uma sociedade que se identifique como civilizada, destituída de algum aspecto de moralidade. Mais ainda, colocando-se a questão figurativamente, ao lado da consciência e da linguagem, a humanidade nutre um orgulho no fato de que age moralmente. Diante de um atributo tão importante do ser humano e da sociedade, o relacionamento entre Direito e Moral é inevitavelmente objeto de reflexão constante na Filosofia do Direito (mesmo os que definem limites disciplinares claros precisam conhecer e enfrentar a Filosofia Moral).

Esta tese revisita exatamente discussões relativas ao relacionamento entre Direito e Moral, especificamente, no contexto da argumentação judicial. Sua originalidade reside exatamente no fato de localizar-se dentre da empreitada consiliente, viabilizada pelo desenvolvimento de novas ferramentas (entre novas teorias, como a Teoria da Evolução, e novas ferramentas, como a ressonância magnética funcional [fMRI]), que agregam novos conhecimentos sobre o assunto. Com tudo isso, passa a ser possível testar determinadas concepções geradas dentro dos gabinetes dos filósofos e dos juristas (pejorativamente chamadas de *armchair philosophy*).

Este capítulo tem a tarefa de apresentar perfunctoriamente alguns desses desenvolvimentos, que ganharam corpo e volume nos últimos 30 ou 40 anos, consolidados dentro das chamadas Ciências Cognitivas.

Ciências Cognitivas são um ramo do conhecimento resultante das contribuições de vários outros, como a Psicologia, Neurociência, Linguística, Filosofia, Antropologia, Biologia Evolucionista, Educação, Ciências da Computação, Inteligência Artificial e Etologia, cada uma delas com seu foco e sua metodologia, em constante aprimoramento dentro de cada campo disciplinar específico, e nem sempre em concordância um com o outro (WILSON, KEIL, 1999). A resultante disso é uma abordagem interdisciplinar voltada à tarefa de compreender a mente e as funções mentais (ou processos cognitivos) (APA, [2018?]).

Especificamente, nesta tese, há uma ênfase na Psicologia Evolucionista, um programa de pesquisa comprometido com a perspectiva evolucionista sobre a humanidade, ou seja, em larga medida, um programa que busca os mecanismos psicológicos evolutivos que subjazem quaisquer características universais mentais e comportamentais da humanidade (LALAND, BROWN, 2002, p. 153).

O interesse na Psicologia acompanha uma mudança na própria Psicologia. Como explica Paul Bloom, depois de Darwin e Freud, a Psicologia passou os 100 anos seguintes se isolando, apartada de outros campos do conhecimento, como a Filosofia e a Biologia Evolucionista, na empreitada de se tornar, consciente e intencionalmente, uma ciência (BLOOM, 2002, p. 76). Como se vê, a ideia de proteger uma disciplina de ingerências das demais não é um fenômeno exclusivo do Direito, e a Psicologia vive igualmente a tensão de harmonizar suas teorias e fundamentos à luz das descobertas de outros ramos do conhecimento (movimento semelhante ocorre também na Sociologia e na Economia).

De dentro desse período de isolamento disciplinar, também a Psicologia produziu determinadas teorias que, embora muito influentes, encontram-se atualmente amplamente refutadas. É o caso do behaviorismo,⁵³ que permaneceu hegemônico durante a primeira metade do século passado principalmente nos EUA.

⁵³ O behaviorismo é um programa de pesquisa desenvolvido no começo do século XX dentro da Psicologia (a obra seminal desse campo de pesquisa foi escrita por John B. Watson, em 1913), que a limita à descrição das relações entre circunstâncias ambientais observáveis e o comportamento observável dos organismos no ambiente resultante dessas circunstâncias. Como programa de pesquisa, o behaviorismo rejeita experiências subjetivas como uma matéria digna de estudo e resiste a explicações das ações humanas com base em processos mentais inferíveis, mas não observáveis (MATSUMOTO, 2009, p. 80). É curioso perceber que esse programa de pesquisa desenvolve-se em isolamento disciplinar, no interior isolado da Psicologia, e desconsidera qualquer papel que possa ser atribuído à Biologia na consolidação do comportamento. É curioso perceber ainda que esse programa de pesquisa foi desenvolvido na contramão da hegemonia da razão, e explica o desenvolvimento moralidade como decorrentes da atuação da sociedade sobre o indivíduo, recompensando ou punindo determinadas ações (HAIDT, 2001, p. 816).

A derrocada desse programa deu lugar à Psicologia Cognitiva,⁵⁴ programa mais profícuo na análise da vida mental das pessoas com raízes em 1940 e 1950, posteriormente incorporando análise computacional. A diferença substancial desse programa em relação ao behaviorismo tem dois aspectos principais (APA, [2018?]): a) a Psicologia Cognitiva enfatiza conhecer processos não observáveis, ao passo que o behaviorismo se interessava apenas por comportamentos observáveis, e b) a Psicologia Cognitiva defende que a relação entre o estímulo e a resposta comportamental é complexa e mediada, e não simples e direta como defendia o behaviorismo. Além disso, a Psicologia Cognitiva se foca em funções mentais (ou processos cognitivos) elevados (opondo-se aos métodos da Psicanálise, focada em instinto e outras forças inconscientes). Esse programa ocupou-se primeiramente de aspectos que podem ser analisados dentro da metodologia computacional, como jogar xadrez, o raciocínio dedutivo, reconhecimento de objetos, compreensão de linguagem. Outros aspectos da vida mental não eram contemplados dentro desse programa de pesquisa, pois eram considerados mais fugidios a esse tipo de análise, como as emoções, o comportamento sexual, a motivação e a personalidade, e foram relegadas apenas à análise clínica. Foi apenas a aproximação com outras áreas do conhecimento que trouxe a inspiração para a Psicologia avançar sobre esses campos, na interação com filósofos, biólogos, economistas, antropólogos e linguistas. Foram recuperados os estudos interdisciplinares com a Biologia, particularmente com a Biologia Evolucionista, na trilha do que defendeu Edward O. Wilson em seu polêmico Sociobiologia de 1975 (BLOOM, 2002, p. 78).

Quanto às emoções, foi apenas no final da década de 1980 e ao longo da década de 1990, que cientistas viraram a atenção para emoções, para estudá-las com mais rigor. Elas deixaram de ser vistas como reações animais destituídas de qualquer ordenação. Na verdade, percebeu-se que as emoções ocorrem em etapas, em que primeiro ocorre uma avaliação (aqui não uma avaliação consciente) de um

⁵⁴ O próprio nome “Psicologia Cognitiva” é sintomático do modelo dual de cognição, exposto na próxima seção, em que cognição seria equivalente à razão e excluiria outros aspectos genericamente denominados emocionais. A dicotomia é mais clara em língua inglesa, opondo cognição e emoção (*cognition* e *emotion* [HAIDT, 2013, p. 52]). No entanto, como informa Jonathan Haidt, existe uma falta de compreensão em relação ao termo “cognição”, que é melhor descrito como a capacidade de processar informações, seja uma cognição alta (*high cognition*), como o raciocínio consciente, ou a cognição baixa (*low cognition*), como a percepção visual ou o ato de lembrar memórias (HAIDT, 2013, p. 52). No título deste Capítulo 2, quando mencionam-se “Ciências Cognitivas”, refere-se ao campo interdisciplinar que explora a cognição entendida nesse sentido amplo, e não o mais restrito que adjetiva a disciplina Psicologia Cognitiva.

estímulo externo para saber se aquele estímulo facilita ou dificulta objetivos (EKMAN, 1992) – ou seja, tipo de cognição. Assim, por exemplo, ao caminhar em um beco escuro e escutar passos vindo em sua direção, existe uma resposta cognitiva para avaliar as informações disponíveis (velocidade dos passos, rotas de fuga, risco do possível enfrentamento, etc), que desperta emoções correspondentes (possivelmente o medo). Claramente, existe um processamento de informações que leva à manifestação de uma emoção (LAZARUS, 1991), ou seja, um tipo de cognição. Dentro dessa explicação, não faz sentido lógico contrapor emoções e cognição, tal como não faz sentido contrapor chuva com tempo, ou carros com veículos. Trata-se de espécie dentro de um gênero.

Assim, primeiramente, esclarece-se que “cognição refere-se apenas ao processamento de informações, que inclui cognição mais alta (como raciocínio) e cognição mais baixa (como percepção visual e recuperação de memória)”⁵⁵ (HAIDT, 2012, p. 52). Nesse contexto, Jonathan Haidt propõe uma nova dicotomia, que promete análises mais frutíferas: **intuições** v. **racionalizações**, em que ambas são espécies de **cognição** (HAIDT, 2012, p. 53). Nessa revisão, Haidt baseia seu o seu Modelo Sociointuicionista de Julgamento Moral (MSI), que será abordado adiante.

Ademais, para poder compreender a cognição humana em sua completude, a Psicologia foi obrigada a se reconciliar com as Ciências Biológicas, e, hoje, até mesmo expressões como a agressão, a competição, a cooperação e a empatia dificilmente podem ser entendidas sem o auxílio da Biologia (SAPOLSKY, 2017, p. 4). Mais ainda, no estado atual das pesquisas sobre cognição, tentar separar quais aspectos do comportamento humano são **biológicos** daqueles que são **culturais** não faz qualquer sentido, já que ambos estão inexoravelmente interligados (SAPOLSKY, 2017, p. 5).

Por que, então, essas divisões disciplinares permanecem até hoje? Porque uma estratégia cognitiva para estudar fenômenos complexos (como o comportamento humano) é justamente quebra-los em categorias menores, nas quais cada campo do conhecimento humano se especializa. Como visto, essa estratégia prevaleceu na empreitada científica até recentemente; no entanto, dentro da Consiliência, não é possível mais respeitar limites disciplinares rígidos.

⁵⁵ No original: “cognition just refers to the information processing, which includes higher cognition (such as reasoning) as well as lower cognition (such as visual perception and memory retrieval).”

Mais ainda, como informa Robert Sapolsky, essa divisão disciplinar pode, ao invés de ajudar a compreender um fenômeno, torna-lo mais confuso, já que fronteiras disciplinares são recortes artificiais (SAPOLSKY, 2017, p. 5), que acabam ganhando muita importância à medida que os profissionais especializados assumem a tarefa de proteger seu objeto de estudo de ingerências ameaçadoras.

No Capítulo 3, retoma-se a interação entre Direito e Moral, representada genericamente na contraposição entre Juspositivismo e Jusnaturalismo (embora recortada à argumentação jurídica no contexto judicial). Na forma como a discussão está colocada na contemporaneidade, um importante elemento é justamente verificar os limites da Razão (essa mesma, frequentemente grafada com letras maiúsculas) como primordiais, já que muitas teorias se amparam fortemente na possibilidade da decisão racional. São discussões caras à Filosofia do Direito.

Especificamente sobre o processo que leva à formação da decisão judicial (genericamente, sentença), existe muita literatura, principalmente na exploração das Teorias da Argumentação Jurídica. De forma simplificada, quase simplista e correndo-se o risco de se cometer uma injustiça, é possível afirmar que essas teorias se radicalizaram em torno da possibilidade da persuasão racional, operacionalizada por meio da argumentação também racional, como forma de garantir a legitimidade dessa decisão.⁵⁶

Essas discussões clássicas são revisitadas aqui à luz da proposta consiliente descrita no primeiro capítulo, procurando harmonizar os últimos desenvolvimentos da Psicologia Moral (sempre no programa de pesquisa mais amplo da Psicologia Evolucionista e, com a abordagem interdisciplinar das Ciências Cognitivas) para reler um dos cânones do Direito: a possibilidade de decisões racionais. O questionamento da possibilidade de decisões racionais puras não é inédito. A própria Hermenêutica Filosófica já havia questionado essa possibilidade. O ineditismo é a possibilidade de sair da discussão teórica para o teste empírico, tarefa hoje levada adiante pelas Ciências Cognitivas.

A importância de se compreender processos cognitivos que levam à tomada de decisão (com seus vieses e heurísticas) não pode ser subestimada. Para o contexto judicial, importa sobremaneira compreender esses processos que levam à

⁵⁶ Conferir, nesse sentido, uma panorâmica interessante das teorias contemporâneas da argumentação jurídica, oferecida por Manuel Atienza, em seu *“Las razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica”* (ATIENZA, 2017).

formação da decisão pela cognição do juiz, questão que será explorada no próximo capítulo. Inclusive, dentro dessa proposta, menciona-se a possibilidade de se testar se cada uma das Teorias da Argumentação Jurídica pode de fato ser seguida, considerando os limites da cognição humana, como possíveis estudos subsequentes. Outros estudos subsequentes poderiam explorar também questões como a autocomposição e a conciliação (como também processos cognitivos que levam à postura inversa, com o acirramento de posturas intransigentes e adversariais).

Considerando a quantidade de pesquisadores dedicados à questão da tomada de decisão, muitas abordagens seriam possíveis (seria possível, inclusive, partir das teorias incompatibilistas sobre o livre-arbítrio). Dentro de tantas possibilidades, optou-se por prestigiar as abordagens norteadas pelas perguntas formuladas no âmbito da Psicologia Moral (HAIDT, BJORKLUND, 2008, p. 181): de onde vêm as crenças e motivações morais? Como os operam julgamentos morais? Essa opção metodológica ocorreu justamente porque a relação entre Direito e Moral é objeto de estudo frequente da Filosofia do Direito, e acredita-se que essa questão vem ganhando mais relevância quanto mais importantes se tornam discussões relativas à realização dos direitos humanos, e ao movimento que hoje parece irresistível de constitucionalização do Direito (e do Estado), como ficará claro no próximo capítulo.

Da tentativa de responder essas perguntas, emergiram também inúmeros teorias e modelos. As primeiras tentativas são chamadas racionalistas, em que o raciocínio frio é visto como o modo mais importante e confiável de obter conhecimento moral. Para o Direito, esses modelos racionalistas são os mais influentes. No final do século XX, a Psicologia Moral foi influenciada pelos desenvolvimentos em seis ramos do conhecimento (ou ondas) que mudaram o cenário de pesquisa, até que no final da década e 1990, o racionalismo não parecia mais tão provável (HAIDT, 2013). Embora haja variação na descrição do papel que a razão desempenha nos processos cognitivos (alguns modelos acreditam que quase nenhum, ao passo que outros caminham por um equilíbrio), a Psicologia Moral vai formando um consenso no sentido de rejeitar a mera possibilidade de uma decisão racional pura, o que inevitavelmente traz problemas para as Ciências Jurídicas. Esse movimento dentro da Psicologia será explorado nas duas próximas seções.

Dessa forma, pretende-se seguir a recomendação de Renato César

Cardoso, de que a boa Filosofia, a Filosofia real, não deve ignorar os avanços científicos de sua época (CARDOSO, 2015, p. 2453).

Nas Ciências Jurídicas, tais problemas mal começaram a ser abordados e não existe qualquer esperança de esgotá-los aqui. Assim, a discussão está em estágio preliminar (de se frisar, o debate encontra-se aceso nas Ciências Cognitivas) e, especificamente em língua portuguesa, a literatura ainda é escassa.

Entre as várias abordagens possíveis (dentro da Psicologia Moral aliada à Psicologia Evolucionista), optou-se pelo Modelo Sociointuicionista de Julgamento Moral (MSI) e pela Teoria das Fundações Morais (TFM). Desconhece-se um esforço sistematizado, que empregue essas teorias, para explicar as tensões entre Direito e Moral, mais especificamente, entre as formas de argumentação prática substantiva e institucional.⁵⁷ Sem dúvida, essa abordagem é inédita em língua portuguesa, donde a originalidade da tese. Se o primeiro capítulo explorou um paradigma que permite a proposição de diálogos interdisciplinares – a consiliência –, neste Capítulo 2 está o coração dessa tese (com o perdão para o uso da palavra coração, em um texto em que se trata de emoção), para explorar a inevitável participação de processos cognitivos automáticos (que o conhecimento popular refere genericamente como “emoções) na formação de julgamentos morais.

Assim, em resumo, este capítulo segue a seguinte trajetória. A primeira seção se dedica a apresentar que tipo de reflexões gera a convergência entre Psicologia Moral, Psicologia Evolucionista e Filosofia, para sugerir que o processo de “biologização da ética” (WILSON, 1978) já está em desenvolvimento. A seção seguinte se dedica a analisar o estado da arte dos modelos dual de cognição (que, apesar de ter formulações desde Platão, possui um desenho contemporâneo orientado pelas Ciências Cognitivas). Após, apresenta-se o Modelo Sociointuicionista de Julgamento Moral como uma alternativa de descrever os processos cognitivos que levam à formação do julgamento moral. A seguir, apresenta a Teoria das Fundações Morais (TFM) como uma teoria para explicar valores morais (embora essa teoria tenha pretensões mais descritivas que prescritivas, e flerte com algum tipo de ceticismo

⁵⁷ Os termos argumentação substantiva e argumentação substancial são empregados aqui na forma como explicados por Shecaira e Struchner: “A argumentação substantiva apela livremente a razões de natureza moral, política, econômica, social etc. (...) A argumentação institucional, por outro lado, não apela livremente a considerações morais, políticas, econômicas e sociais. Ela é mais burocrática, engessada – alguns diriam – artificial. Quem argumenta institucionalmente não está preocupado em defender aquilo que parece mais justo, mais democrático ou mais eficiente no caso em questão” (SHECAIRA; STRUCHINER, 2016, p. 36).

moral). Na trilha da TFM, apresenta-se um caso dentro do Direito que, como pretende-se demonstrar, não pode ser explicado com base em argumentos morais, ainda que a questão seja profundamente carregada em termos morais (é o caso dos pedófilos e da pornografia simulada). Por fim, revisita-se a teoria de Bernard Williams, influente filósofo ético em língua contemporânea, já que o MSI parece ter sido fortemente influenciado por esse autor.

2.1 A Psicologia Evolucionista e as possíveis explicações para a origem da moralidade

O debate sobre a natureza humana não é recente. Frans de Waal (2006) relembra que, ainda hoje, duas formas influentes de pensar sobre o assunto foram delineadas por Thomas Hobbes e Jean Jacques Rousseau.⁵⁸ O dualismo representado pelos dois é uma pergunta sobre a qual a filosofia ainda se debruça: a natureza do homem é intrinsecamente boa (e, portanto, corrompida pela vida em sociedade)? Ou, ao contrário, a natureza do homem é intrinsecamente má (e somente por meio da cultura e da educação é possível superar essa tendência à brutalidade animalésca)?

Rousseau defendeu que o homem é por natureza bom e que a sociedade o corrompe e degrada. Em sua obra, está presente a ideia de que a pessoa é uma vítima maltratada da sociedade. No entanto, o próprio Rousseau reconhece que as fontes da corrupção estão na própria constituição do indivíduo, ainda que o processo social, a competição invejosa e um desejo por precedência sejam responsáveis pela acentuação e consolidação dessa corrupção (HONDERICH, 1995, p. 780).

Por sua vez, Hobbes sustentou uma visão pessimista da então chamada “natureza humana”, segundo a qual a tendência natural das crianças é de se preocuparem apenas consigo mesmas. Por meio da educação e treinamento adequado, elas podem aprender a preocupar-se com os outros e a agir de forma

⁵⁸ Não se trata aqui do tradicional debate que ficou conhecido como natureza-cultura (*nature-nurture*), que persiste nas Ciências Humanas há mais de um século e opõe duas concepções do ser humano: a primeira de que o comportamento humano é determinado por imposições naturais (determinismos biológicos ou ecológicos), e a segunda de que as instituições humanas se explicam acima de tudo pela educação ou pela organização própria da sociedade, ou seja, pela cultura. Atualmente, existem correntes bem-fundamentadas em favor de uma perspectiva de “coevolução e complexidade” (que, ainda que reconheçam o papel fundamental da cultura, rejeitam por completo a ideia de que o homem seja uma tábula rasa).

moralmente aceitável. Infelizmente, a maior parte das crianças não recebe essa educação/treinamento, e com isso Hobbes explica porque tantas pessoas se preocupam apenas consigo mesmas e com suas famílias, e porque poucas delas são motivadas por um interesse genuíno pelos outros. Dessa forma, o autor não nega a existência de um comportamento humano benevolente ou gentil, mas entende que esse comportamento é raro, e não é inato (HONDERICH, 1995, p. 367-370).

Na corrente à qual Hobbes pertence, a moralidade humana seria uma lâmina fina por cima de uma natureza brutal e egoísta. É o que Frans de Waal denominou Teoria da Lâmina de Moralidade (“*Veneer Theory*”, DE WAAL, 2009). Nessa linha de pensamento, o homem só se torna moral quando se opõe e supera sua própria natureza animal. Essa visão pertence da tradição de pensamento que vê a cognição de forma dual, em que as emoções e instintos animais devem ser contidos pelo dom quase divino da razão, ou ainda como se o homem fosse em parte natureza e noutra parte cultura, ao invés de um todo bem integrado (DE WAAL, 2009, p. 10).

Sobre essas ideias influentes, muita literatura foi desenvolvida. De qualquer dos dois lados, tais posicionamentos foram fruto dos talentos filosóficos, de inspiradas intuições e observações que os pensadores faziam das pessoas. Essa literatura parte também de um desejo de entender a natureza humana (expressão colocada aqui de forma genérica), de entender a moralidade, ou seja, de impulsos *descritivos*. Entretanto, como visto, se o debate sobre a ética permaneceu predominantemente nas mãos dos filósofos durante muito tempo, novos ramos do conhecimento começaram a avançar sobre essas inquietações milenares, com novas contribuições descritivas e, também, com contribuições prescritivas (com ensaios como sobre como *devemos* agir, ao invés de limitar-se ao questionamento de como agimos *de fato*). Quando esses ramos do conhecimento avançam sobre esses debates filosóficos, é possível observar algumas consequências importantes.

Darwin já flertava com a ideia de estudar a moralidade (o pensamento e a ação) a partir da perspectiva da Biologia. Entretanto, essa empreitada perdeu força, para ser recuperada com vigor neste começo de século XXI. Na atualidade, as Ciências Cognitivas oferecem ferramentas para compreender o comportamento humano – e alterá-lo (ainda que a ênfase, aqui, seja na Psicologia). A sedução que esse tipo de empreitada promete oferece é evidente.

Essas questões possuem profundas implicações práticas, até mesmo em contextos sociais sem qualquer conexão com a Academia, entre as quais Bloom destaca a preocupação dos pais em criar crianças que serão boas pessoas (ainda que exista muita variação em relação ao que são boas pessoas). Qual a influência das palmadas, dos videogames, da ausência de um dos pais, de pais que trabalham fora na formação dessas crianças (BLOOM, 2002, p. 80)? Pessoas se preocupam com essas questões, e procuram informar suas decisões em teorias científicas (embora seja possível igualmente especular que as pessoas se servem dessas teorias científicas menos como inspiração e mais como justificativa posterior para opções com as quais já existe uma simpática intuitiva, empregando-se o modelo sociointuicionista, explicado mais adiante). A resposta a essas inquietações compartilhadas pelos pais dependeria da consolidação de uma teoria sobre o desenvolvimento, que ainda está por vir.

Apesar da excitação sobre as contribuições possíveis que a Psicologia pode oferecer à vida prática das pessoas, Bloom já avisa que questões de desenvolvimento moral ainda não foram respondidas definitivamente, e o que existem são bons palpites (BLOOM, 2002, p. 80). Para que um conhecimento mais cristalino e fidedigno seja alcançado, não basta acumular inúmeros novos estudos empíricos; é preciso desenvolver de forma interdisciplinar uma “teoria do desenvolvimento moral”, que envolva simultaneamente a Psicologia Cognitiva e a Teoria da Evolução (BLOOM, 2002, p. 81). Ainda que alguns intelectuais sejam céticos em relação à própria possibilidade de compreender o desenvolvimento moral a ponto de formular uma teoria com poder explicativo para causalidade e prevenção, Bloom defendeu que essa teoria pode aparecer até o meio deste século (BLOOM, 2002, p. 82).

As implicações do tipo de reflexão e estudo desenvolvidos nas Ciências Cognitivas vão muito além daquelas na educação de crianças. A proposta feita aqui, por exemplo, refere-se a políticas públicas (*policy*) mais amplas, inclusive de política pública judiciária. Assim, também o Direito possui muito interesse nesses desenvolvimentos. Pretensões dessa natureza despertam inquietações que aparecem sempre quando se trata de transpor o conhecimento científico acadêmico para o mundo real, ou especificamente para as técnicas e procedimentos judiciais (SCHAUER, 2016): a quem pertence a ciência? Qual o grau de confiabilidade e validade é preciso alcançar para que se empregue o conhecimento científico no

delineamento das políticas públicas?

Aqui, parte-se do pressuposto que o atual estado da arte da Psicologia não impede que outras áreas tenham conclusões com base no que está disponível, ainda que esse conhecimento seja precário e contingente. Noutra palavras, não é possível esperar uma certeza da Psicologia (a consolidação de uma teoria do desenvolvimento moral estável), já que a natureza do próprio conhecimento científico é ser provisório e falseável, sujeito todo tempo a aprimoramentos.

Mais ainda, a despeito da cautela com que os cientistas tratam suas descobertas, fato é que as pesquisas científicas transbordam inexoravelmente para a sociedade, que se apropria dessas ideias de formas diversas. Especificamente em relação à apropriação de teorias sobre o comportamento humano, já mencionou-se a questão das escolhas sobre como educar crianças como exemplo de apropriação das teorias científicas por parte da sociedade. Em adição, é possível mencionar ainda que teorias científicas influenciam também nas demarcações sobre quais males sociais são de fato efetivamente nefastos e quais são apenas desagradáveis (a questão da pornografia simulada será um exemplo disso). Algumas vezes, essa apropriação tem resultados trágicos, alguns deles mencionados por Sapolsky (2017, p. 8-12).

O primeiro exemplo é o já mencionado behaviorismo. Um de seus expoentes, John B. Watson, defendeu que, dadas as condições ambientais adequadas, seria possível transformar qualquer criança saudável em qualquer tipo de especialista que se deseje (ou se necessite): médico, advogado, artista, gestor ou mesmo um mendigo. Para ele, o que importava eram apenas os estímulos ambientais no desenvolvimento de uma pessoa, e nada mais.

O segundo exemplo é do neurologista português Egas Moniz, ganhador do prêmio Nobel de 1949 por seu trabalho com as leucotomias frontais, ou simplesmente lobotomias. Para ele, o comportamento humano poderia ser totalmente modificado com intervenções diretas no cérebro, ajustando as sinapses. Muitas pessoas foram submetidas a esses procedimentos, inclusive contra sua vontade, com danos trágicos e irreversíveis.⁵⁹

⁵⁹ Não apenas pessoas econômica e socialmente vulneráveis, mas também personagens ilustres da História, como Rosemary Kennedy, parte da influente família Kennedy e irmã de John F. Kennedy (LARSON, 2016). Nascida em 1918, Rosemary era portadora de retardo mental provavelmente decorrente de sofrimento fetal, em uma época em que o estigma e a vergonha eram inafastáveis dessa condição, principalmente em vista das carreiras potencialmente brilhantes de seus irmãos. Durante a adolescência e juventude, o comportamento de Rosemary se tornou inaceitável para seus pais, que deveriam também lidar com suas convulsões e acessos de cólera. Seu pai, Joe Kennedy,

O terceiro e último exemplo de Sapolsky é de Konrad Lorenz, especialista em comportamento animal e fundador do campo conhecido como etologia. Lorenz foi um pensador influente, cuja presença era constante nos meios de comunicação. Defendeu que alta replicação daqueles que chamou de imbecis morais pode levar à aniquilação de uma nação saudável. Para prevenir isso, seria necessário selecionar indivíduos resilientes, heroicos e de utilidade social, bem como exterminar aqueles que chamou de escória da população. Foi membro do partido nazista, e participou do comitê que julgava se pessoas de ascendência mista já haviam sido suficientemente germanizadas para serem preservadas. Nele, tem-se um exemplo de um pensador para quem apenas os genes importavam e nada mais, bem como de aplicações nefastas dessa teoria.

Em todos esses casos, um conhecimento científico⁶⁰ produziu consequências sociais muito palpáveis, e nefastas.

Joan Vogel (1997), Professora de Direito na Vermont Law School (EUA), apresentou várias advertências à aplicação de teorias biológicas para a compreensão do comportamento humano, especificamente no contexto jurídico, com intuito de alertar que esse tipo de proposta não é isenta de riscos. A autora argumentou que essas teorias já serviram de justificção para a opressão e subjogamento de minorias (como negros, mulheres, judeus, certos grupos de imigrantes, portadores de necessidades especiais, para citar alguns). Para a autora, essas advertências não levam à conclusão de que não existe uma dimensão biológica no comportamento humano, nem a uma postura de oposição à ciência; entretanto, esse tipo de empreitada deve estar especialmente alerta ao fato de que a ciência é uma atividade ancorada na sociedade, e que esperanças ingênuas sobre a objetividade, neutralidade e imparcialidade do conhecimento científico devem ser rejeitadas (argumentos já muito maduros no âmbito da Filosofia da Ciência). Assim, Vogel ressalta que a história da interação entre Direito e Biologia, da qual emergiram

autorizou então a realização de uma lobotomia na filha, então com 23 anos, sem seu consentimento e compreensão. A cirurgia atingiu centro de fala e locomoção, e a deixou com capacidades muito limitadas. Após o ocorrido, Rosemary foi institucionalizada em uma instituição psiquiátrica em Nova Iorque, onde foi praticamente abandonada por seus pais. Lá viveu por mais de 60 anos.

⁶⁰ A História da Ciência está repleta de exemplos de teorias científicas que foram posteriormente refutadas. Com o passar do tempo, essas teorias são apenas desacreditadas, mas ridicularizadas e taxadas de pseudocientífica. No entanto, como muitas vezes existem rupturas reais nas teorias científicas – as chamadas revoluções científicas de Thomas Kuhn – somente a perspectiva histórica fornece o esclarecimento necessário para avaliar se a nova teoria é de fato pseudociência ou se trata-se de uma revolução científica verdadeira.

experiências autoritárias, não deve ser ignorada nem tampouco esquecida, advertência com a qual não se pode deixar de concordar.

No entanto, acredita-se aqui que cautela não deve confundir-se com paralisia. O diálogo é inevitável. Mais ainda, a relação entre a sociedade e o conhecimento científico é inevitável. Mesmo quando esse conhecimento científico não inspira políticas públicas oficiais (como são os exemplos de Vogel), a sociedade se apropria desse conhecimento, bom ou mau, e dele deriva consequências sem maiores constrangimentos. Se não for assim, para quê serve o conhecimento científico?

Por isso mesmo, o debate sobre esses conhecimentos deve ser público, amplo, transparente e – essa característica parece ser da maior importância – plural.

Feitas essas considerações, é preciso esclarecer que todos os desenvolvimentos apresentados a seguir estão neste momento sendo aprimorados. Como o conhecimento científico tende a ser, as teorias apresentadas são provisórias. Mesmo assim, todas as teorias apresentadas aqui são contemporâneas e a discussão sobre elas feita aqui insere-se na missão tratada no Capítulo 1: compreender o comportamento humano, na trilha do que hoje se conhece como Psicologia Evolucionista.

Evidentemente, esse programa de pesquisa não é incontroverso e conflita com outros programas consolidados dentro da própria Psicologia, já que, como visto no capítulo anterior, toda a hipótese de explicar o comportamento humano com base nas mesmas leis que explicam a evolução encontra significativas resistências. Não obstante, as conclusões apresentadas neste Capítulo foram desenvolvidas com base nesse Programa de Pesquisa.

É preciso lembrar que a Psicologia Moral do passou grande parte do século XX dentro do paradigma racionalista (baseado na convicção de que a cognição racional é o modo mais importante e confiável de obter conhecimento moral. Nesse período, ela se movimentou para superar a psicanálise freudiana e o behaviorismo em suas versões mais radicais em um movimento que ficou conhecido dentro da disciplina como a revolução cognitiva (capitaneado por Lawrence Kohlberg), e reacendeu o interesse pelos raciocínios morais desenvolvidos dentro da mente. Não obstante, a Psicologia permanecia absolutamente refratária aos possíveis impactos da teoria da evolução, ou a qualquer tentativa de biologizar a moralidade (como defendeu Wilson em seu Sociobiologia de 1975).

Foi no final do século XX que a Psicologia Moral foi influenciada pelos desenvolvimentos em seis ramos do conhecimento (ou ondas) que mudaram o cenário de pesquisa, até que no final da década e 1990, o racionalismo não parecia mais tão provável (HAIDT, 2013). As seis ondas são a revolução afetiva, o renascimento da psicologia cultural, a revolução da automaticidade, neurociências, a primatologia e o renascimento da Sociobiologia (rebatizada como Psicologia Evolucionista).

A primeira delas foi a revolução afetiva, em que alguns autores voltaram suas atenções para os processos afetivos. Houve uma renovação no interesse pelas emoções, que passaram a ser estudadas com técnicas experimentais, comportamentais, psicofisiológicas e de mapeamento cerebral (BARRETT, 2017). Não só essa dimensão afetiva ganhou os holofotes, esses autores passaram a defender que a cognição afetiva tem primazia sobre a cognição racional. Esse movimento já começa a se aproximar da chamada biologização da ética proposto por Wilson.

A segunda onda foi o renascimento da psicologia cultural. Recuperando alguns trabalhos sobre o desenvolvimento da cognição moral (que, dentro da revolução cognitiva, ocorria apenas na dimensão racional), esses autores preocuparam-se com a diferença entre violações a convenções sociais e violações a regras morais, e concluíram por meio de teste empírico que crianças a partir de quatro anos conseguem fazer essa diferenciação. As crianças constroem ativamente sua compreensão da moralidade, e percebem cedo que regras relativas à prevenção de dano a outras pessoas são mais importantes que outras regras.

A terceira onda foi a revolução da automaticidade, também bastante próximo à biologização da ética. Nesse movimento, propõe-se que os processos mentais podem ser estudados dentro de uma escala em que são completamente automáticos (como a aceleração dos batimentos cardíacos diante de uma ameaça) ou completamente controlados. Processos automáticos fazem parte da vida animal por 500 milhões de anos, e estão presentes também no cérebro humano. Já os processos controlados encontram seu estágio mais avançado na espécie humana. Todavia, para esses autores, grande parte do comportamento humano (inclusive processos decisórios e julgamentos avaliativos) são conduzidos não pelos processos

controlados, mas sim pelos processos automáticos.⁶¹

O quarto movimento foi o da neurociência, em que o famoso livro *O erro de Descartes*, de Antonio Damasio foi um marco importante. Damasio descobriu que danos nas regiões do cérebro ligadas ao processamento emocional não fazem com que as pessoas se tornem ultrarracionais, mas sim pessoas desfuncionais, incapazes de funcionar no mundo real. A conclusão de Damasio é que a aclamada racionalidade só consegue funcionar se os outros processos estão incólumes.

A quinta onda veio da primatologia, principalmente nos trabalhos de primatologista Frans de Waal. Qualquer biólogo sabe que a Teoria da Evolução pressupõe continuidades. Assim, como o ser humano pertence à família dos primatas, deve-se pressupor que existe continuidade entre o comportamento humano e o comportamento de outros primatas. Nenhum domínio, nem mesmo a moralidade humana tão celebrada e cara, pode ser excluída dessa pressuposição (DE WALL, 1996). O primatologista defende que a moralidade humana está organizada nas mesmas peças fundamentais (*building-blocks*) que observam-se também nos primatas, que são em larga medida capacidades emocionais que mediam relacionamento entre indivíduos (DE WAAL, 1996, 2006).

A última onda foi o dentro da abordagem da Psicologia Evolucionista. Os adeptos da Psicologia Social nunca se comprometeram uma a perspectiva da tábula rasa, segundo a qual os comportamentos sociais e morais são aprendidos ao longo da vida, e nada há de inato. Esses psicólogos sociais se aproximaram da visão de Wilson, da biologização da moral, e incorporaram plenamente a teoria de Darwin ao seu arcabouço teórico: as emoções morais passaram a ser resultado de seleção natural que conferiram vantagens adaptativas aos indivíduos que as possuíam.⁶²

A Psicologia Evolucionista tem, assim, suas origens na Sociobiologia, embora as duas não se confundam. Como visto, a Sociobiologia se foca no

⁶¹ Um marco na área foi desenvolvido pelos psicólogos Daniela Kahneman e Amos Tversky (KAHNEMAN, SLOVIC, TVERSKY, 1982), e popularizado por Kahneman na obra “Rápido e Devagar: duas formas de pensar” (KAHNEMAN, 2011).

⁶² Vale ressaltar que nem todos os psicólogos morais aceitam a ideia de que os comportamentos morais são inatos (*built-in*). Uma teoria rival mencionada por Paul Bloom é a de que as categorias universais da moralidade (que Bloom limita em cinco, a saber: o dano que se causa a outra pessoa, a reciprocidade, algum respeito à hierarquia, algum resguardo de pureza e uma moralidade de comunidade podem ser explicados culturalmente: eles seriam soluções universais para problemas universais. (BLOOM, Paul. **Moralities of everyday life**. Week 3, Lesson 1, Moral universals. Disponível em: <<https://www.coursera.org/learn/moralities/lecture/G10Rg/moral-universals>>. Acesso em: 16 jan. 2017)

comportamento inato, ao passo que a Psicologia Evolucionista se foca nos mecanismos psicológicos que subjazem o comportamento, o que leva a algumas consequências importantes (JOYCE, 2007, p. 5):

1. A Psicologia Evolucionista não afirma que o comportamento humano observável é adaptativo, mas sim que esse comportamento é produzido por mecanismos psicológicos que são adaptações. Um efeito colateral de uma adaptação não precisa ser ela mesma uma adaptação.

2. A Psicologia Evolucionista não implica que uma adaptação resulta necessariamente em um comportamento universal observável em todas as culturas. Os mecanismos podem ser sensíveis ao ambiente, podem operar imprevisivelmente em ambientes imprevisíveis, ou podem nem sequer manifestar-se, caso os gatilhos adequados não sejam acionados. Somente quando essas circunstâncias mitigadoras não existem que é possível esperar a universalidade cultural, e apenas porque essa é a melhor hipótese que se pode esperar do inatismo (e apenas porque as demais hipóteses são piores).

3. Ainda que se preserve a palavra “inato” basicamente para mecanismos psicológicos, não existe objeção para que os psicólogos evolucionistas a empreguem para tratar de “comportamentos inatos”; nesse caso, refere-se não a comportamentos produzidos por mecanismos inatos, mas sim ao fato de que, no passado, determinado comportamento é gerado por um mecanismo inato, seguindo-se o planejamento daquele mecanismo, que pode, por sua vez, ser explicado parcialmente com referência ao fato de que nossos ancestrais apresentaram aquele tipo de comportamento diante daquelas condições ambientais.

Como já mencionado, o objeto do estudo do Direito, em última instância, é o comportamento humano. Essa noção parece curiosamente ausente das concepções de Direito (exceto, talvez, a concepção realista norte-americana, que, no entanto, a identifica fortemente com o comportamento dos órgãos oficiais). No entanto, em uma visão consolidada, Atienza define o Direito como “um complexo de **normas coativas**, uma **ordem justa da conduta humana**, o **comportamento** dos juízes e de outros funcionários quando resolvem as disputas, etc.” (ATIENZA, 2014, p. 71-72, grifos acrescidos). Como é claro de se ver, cada um desses traços ganha novas cores quando analisados pelo programa de pesquisa da Psicologia Evolucionista (que adere, por exemplo, à ideia fundamental da Teoria da Evolução de continuidade).

É comum achar que a dinâmica entre os primatas se desenrola de acordo com a lei do mais forte, marcado por interações violentas. No entanto, existe muito mais riqueza nessas interações. Especificamente em relação aos outros membros da ordem dos primatas, existem inúmeras semelhanças que evidenciam continuidade. De fato, muitas das noções humanas de justiça (ou noções mais amplas de moralidade) aparecem no comportamento desses animais. Considerem-se os seguintes exemplos.

A questão da reciprocidade, por exemplo, aparece claramente na forma como os chimpanzés interagem, particularmente na forma como eles compartilham comida (DE WAAL, 2005, p. 195-199). Contrariamente ao que se acreditou durante muito tempo, chimpanzés caçam e consomem carne de outros animais, inclusive de outros macacos. Está bem documentado que os indivíduos que cooperaram durante a caça têm preferência em relação aos demais membros da comunidade, e mesmo o macho-alfa, quando não participa da ação, pode ficar sem nada receber. Noutro exemplo: quando os cuidadores colocam a comida para os chimpanzés da colônia de Arnhem (na Holanda), existem normas que são sempre observadas: se todos eles chegam à comida ao mesmo tempo, indivíduos de maior hierarquia escolhem primeiro, ao passo que os de hierarquia inferior irão aguardar pelas sobras. Se, por outro lado, esses indivíduos de hierarquia inferior chegam primeiro à comida, os de alta hierarquia não tomam. O senso comum leva à pensar que os indivíduos dominantes podem tomar o que quiserem dos demais, mas a dinâmica não é tão simples. Existe um mercado de serviços entre esses chimpanzés (apoio em coalisões de poder, apoio, proteção, comida, sexo, aliciamento, etc), em dinâmicas que todos participam. Estudando as dinâmicas da colônia de Arnhem, os pesquisadores demonstraram estatisticamente que a troca de favores em um determinado momento pode influenciar uma interação horas depois, sugerindo fortemente que os chimpanzés se lembram de quem os ajudou (ou os prejudicou) e que eles retribuem.

Em 1964, Wechkin et al. (1964) e Masserman et al. (1964) realizaram o seguinte experimento com macacos Rhesus (também chamados reso ou macaca mulata): dois macacos eram colocados em compartimentos adjacentes (um macaco em cada compartimento), em que o macaco (macaco-agente) que pretendia-se testar via seu companheiro, mas não o contrário. O macaco-agente era treinado para acionar alavancas (vermelha e azul) que forneciam comida se acionadas quando uma luz

acendia. No decorrer do experimento, uma das alavancas foi programada para, além de fornecer comida ao macaco-agente, aplicar um choque elétrico no companheiro. Após perceber essa causalidade, 6 dos 10 macacos no experimento Wechkin et al. (1964) e 10 dos 15 macacos no experimento Masserman et al. (1964) apresentaram comportamento estatisticamente relevante em favor da alavanca que *não* aplicava choque. Alguns dos macacos deixaram de acionar qualquer alavanca durante as oportunidades, e Masserman et al. (1964) ainda relata que um dos macacos absteve-se de acionar qualquer das alavancas por 5 dias, e outro por 12 dias, adotando um regime de fome (regime sacrificial). Esse comportamento é mais provável de aparecer quando o macaco-agente foi, noutra oportunidade, o companheiro receptor do choque, e também quando os pares de macacos apresentam alguma familiaridade. Os macacos-agentes estavam literalmente se matando de fome para evitar infligir dor ao outro.

Estudos como esse sugerem que a famosa frase hobbesiana, de que o homem é o lobo do homem comete uma injustiça... com os animais. Existe comportamento cooperativo entre os animais, e especificamente entre animais não-humanos, embora, no experimento com os macacos Rhesus, não seja possível saber se as respostas espontâneas observadas são explicadas pela a) aversão ao sofrimento do outro, b) sofrimento pessoa gerado por contágio emocional ou c) genuínas motivações para ajudar (DE WAAL, 2006, p. 29).

Ao lado dos questionamentos sobre a natureza humana (se inatamente boa ou má), muito esforço foi feito para distinguir o homem dos demais animais. O empenho é tão grande, que muitos pensadores procuram pelas discontinuidades entre o ser humano e os demais animais, argumentando que estes careceriam de sentimentos, pensamentos ou emoções. Na década de 70, muitos cientistas argumentavam inclusive que os animais não experimentariam sofrimento, e que o observador que visse sofrimento em um animal padeceria de rasa antropomorfização (DE WAAL, 2009, p. 76). Havia (e ainda há) uma busca pelas discontinuidades, pelos traços que distinguem os seres humanos dos demais membros do reino animal: Steven Pinker defendeu a existência de um módulo singular para a linguagem no livro “*The Language Instinct*”, e Michael Tomasello defendeu essa discontinuidade com relação à cognição humana em “*The Cultural Origins of Human Cognition*” (DE WAAL, 2009, p. 23). Outros autores defenderam a singularidade do próprio cérebro humano,

refutada por Suzana Herculano-Houzel, para quem o cérebro humano nada mais é do que um grande cérebro de primata (2016). Do alto do pedestal humano, o *sapiens* procura sempre a descontinuidade, ao invés de pressupor a continuidade.

Essa perspectiva deve mudar. Em seu famoso TED TALK, Suzana Herculano-Houzel pondera: “Em Biologia, buscamos regras que se apliquem aos animais e à vida em geral, então porque as leis da evolução se aplicam a todos, exceto a nós?”⁶³ (HERCULANO-HOUZEL, 2013, tradução nossa). Na mesma linha, de Waal explica:

A ciência procura entender não o fígado de um rato, ou o fígado humano, mas sim o órgão fígado. Todos os órgãos e processos são muito mais antigos que nossa espécie, evoluído ao longo de milhões de anos com poucas modificações em cada espécie. A evolução funciona assim. Por que seria diferente com a cognição? **Nossa primeira tarefa é achar como opera a cognição como regra geral, quais elementos são necessários para que ela funcione, e como esses elementos estão alinhados com o sistema sensorial e ecologia de uma espécie.** Queremos uma teoria unificada que contemple todas as várias cognições encontradas na natureza.⁶⁴ (DE WAAL, 2016, p. 158, tradução nossa, grifos acrescentados)

O exercício intelectual de contrastar a natureza humana com a chamada natureza animal possui um erro conceitual comum: o de ignorar que o ser humano é antes de mais nada, uma espécie animal num reino de centenas de espécies. Assim, dentro do reino animal, somos classificados como *Homo sapiens*, o que significa dizer que somos da espécie *sapiens*, dentro do gênero *Homo*, dentro da família *Hominidae*, da ordem dos primatas, família dos mamíferos, do reino animal. A própria organização pressupõe continuidades entre nós e outras espécies do reino animal.

Na breve panorâmica do historiador Yuval Noah Harari (2014), as primeiras espécies humanas apareceram na face da terra há 2,5 milhões de anos (sabe-se de pelo menos seis espécies diferentes). Durante praticamente todo esse tempo, várias espécies de humanos (do gênero *Homo*) conviveram. Os primeiros, por exemplo, conviveram *Sapiens* conviveram com outras espécies desse gênero, entre elas o *Homo rudolfenis* (na África Oriental), o *Homo erectus* (na Ásia Oriental) e o *Homo neanderthalensis* (na Europa e Ásia Ocidental) (sabe-se também do *Homo soloensis*,

⁶³ No original: “In biology, we look for rules that apply to all animals and to life in general, so why should the rules of evolution apply to everybody else but no to us?”

⁶⁴ No original: “Science seeks to understand not the rat liver or the human liver but the liver, period. All organs and processes are a great deal older than our species, having evolved over millions of years with few modifications specific to each organism. Evolution always works like this. Why would cognition be any different? Our first task is to find out how cognition in general operates, which elements it requires to function, and how these elements are attuned to a species’s sensory system and ecology. We want a unitary theory that covers all the various cognitions found in nature”.

que viveu na ilha de Java, e do *Homo denisova*, que viveu na Sibéria). A especiação do *Homo sapiens* – nós – correu aproximadamente há 300.000.⁶⁵ Embora estejamos acostumados a nos ver como a única espécie *Homo*, a verdade é que apenas nos últimos 10.000 anos isso é verdade; durante todo o período antecedente, nossa espécie conviveu com as outras do mesmo gênero.

Haidt (2007) explica que abordagens evolucionárias à moralidade pressupõe que respostas afetivas precedem respostas racionais (racionalizações). Muitas peças fundamentais da moralidade humanas são emocionais (como a compaixão diante de sofrimento, a raiva diante de trapaceiros, o afeto por parentes e aliados). Formas rudimentares dessas emoções estão presentes desde muito cedo na família *Hominidae*, ao passo que a linguagem e a habilidade de desenvolver raciocínios morais conscientes aparecem bem mais tarde na evolução (talvez apenas nos últimos 100 mil anos). Por isso mesmo, é improvável que os mecanismos mentais que controlam o julgamento e o comportamento foram repentinamente reprogramados para serem controlados por essa faculdade deliberativa recém-adquirida.

Perceba-se a relevância dessa contextualização para a Psicologia Evolucionista: os mecanismos psicológicos que subjazem nosso comportamento atual devem ser analisados considerando o contexto original de nossa espécie. Quais desafios adaptativos esses indivíduos enfrentaram? Com que tipo de conflitos eles se depararam e como solucionaram? Parece certo que

Por isso, quando se pensa em cognição (ou em cognição moral), o parâmetro não pode ser (ou não pode ser apenas) o *Sapiens* de hoje, com sua riqueza e sofisticação linguística, que vive em sociedades industrializadas e interage em ambientes virtuais. É preciso, no mínimo, considerar aqueles primeiros indivíduos, e a forma como eles interagiam naquele ambiente. Com esse exercício, percebe-se que, possivelmente, os primeiros *Sapiens* talvez não fossem tão diferentes dos grandes primatas (como os orangotangos, gorilas, chimpanzés e bonobos), donde o especial interesse por estudá-los e compreendê-los: eles nos ensinam sobre nós.

Por decorrência, com De Waal, é preciso esclarecer que “nós não estamos comparando duas categorias de inteligência, mas sim considerando variações de uma

⁶⁵ Embora os autores apresentem divergências em relação às datas, elas são apresentadas aqui apenas pra que se dê uma dimensão do tempo: o que se entende por civilização humana é apenas uma fração do tempo em que o *Homo sapiens* habita a terra.

única categoria de inteligência”⁶⁶ (DE WAAL, 2016, p. 5, tradução nossa). Observe-se a síntese de De Waal sobre como os primatas não-humanos lidam com ferramentas (que consolida extensa pesquisa sobre primatas não-humanos):

O macaco mais deliberado talvez seja o orangotango, embora chimpanzés e bonobos, apesar de sua excitabilidade emocional, também julguem uma situação antes de enfrentá-la, pesando os efeitos de suas ações. Eles costumam encontrar soluções em suas cabeças, em vez de ter que experimentar as coisas. Às vezes vemos uma combinação de ambos, como quando eles começam implementar um plano antes que ele esteja completamente formado, o que também não é incomum em nossa espécie. Em contraste, o macaco-prego é uma máquina frenética de tentativa e erro. Esses macacos são hiperativos, hipermanipuladores e não têm medo de nada. Eles experimentam uma grande variedade de manipulações e possibilidades e, assim que descobrem algo que funciona, aprendem instantaneamente com isso. Eles não se importam em cometer muitos erros e raramente desistem. Não há muita ponderação e pensamento por trás de seu comportamento: eles são esmagadoramente motivados por ação. Mesmo que esses macacos geralmente acabem com a mesma solução que os grandes primatas, eles parecem chegar lá de uma maneira completamente diferente.⁶⁷ (DE WAAL, 2016, p. 84, tradução nossa).

Ainda resistentes de assumir que, pelos menos os primatas tenham peças fundamentais de cognição similares às dos humanos, alguns filósofos estabelecem rigorosas condições para que seja possível afirmar que os animais tenham pensamento, sentimento ou emoção. Christine Korsgaard, por exemplo, entende que os animais são seres *queirentes*,⁶⁸ e exige que, para que se possa falar em comportamento moral, esteja presente uma racionalização autoconsciente acerca da adequação de suas ações propostas, que os seres queirentes não teriam (KORSGAARD, 2009). Korsgaard ainda recupera uma ideia de liberdade, no sentido de que apenas no caso do ser humano a ação pode ser atribuída ao agente, sob controle do próprio agente, que pode após reflexão optar por não realizar a ação por

⁶⁶ No original: “We’re not comparing two separate categories of intelligenc, therefore, but rather are considering variation within a single one”.

⁶⁷ No original: “The most deliberate ape is perhaps the orangutan, but chimps and bonobos, despite their emotional excitability, also judge a situation before tackling it, weighing the effects of their actions. They often find solutions in their heads rather than having to try things out. Sometimes we see a combination of both, as when they start acting on a plan before it is completely formed, which is of course not unusual in our species either. In contrast, the capuchin monkey is a frenzied trial-and-error machine. These monkeys are hyperactive, hypermanipulative, and afraid of nothing. They try out a great variety of manipulations and possibilities and once they discover something that works, they instantly learn from it. They don’t mind making tons of mistakes and rarely give up. There is not much pondering and thinking behind their behavior: they are overwhelmingly action-driven. Even if these monkeys often end up with the same solution as apes, they seem to get there in an entirely different way”.

⁶⁸ A autora emprega a ideia de Harry Frankfurt de “*wantons*”, aqui traduzida como “seres *queirentes*”, ou seja, que agem em consonância com o instinto ou desejo predominante. Falta aos seres queirentes um mecanismo que possam empregar para consistentemente distinguir entre as várias motivações que ao longo do tempo os fazem agir.

entender que ela viola algum dever moral. Haveria um senso de propósito abstrato na ação, viabilizado por reflexão, que diferiria do senso de propósito dos animais, guiado apenas por instintos (fome ou reprodução) e por contingências ambientais (a ameaça de um mais forte).⁶⁹

E, no entanto, será mesmo que os seres humanos cumprem os requisitos colocados por Kosgaard? Será que os primeiros *Homo sapiens* cumpriam esses requisitos?

Tome-se, por exemplo, a atividade de dizer o direito, para a qual o senso comum teórico exige exatamente essa racionalização autoconsciente acerca da adequação de suas ações propostas, e uma reflexão sobre o propósito da ação. Compare-se essa proposta com a caricatura desenhada pelo Realismo Jurídico norte-americano, de que Direito é o que os juizes comeram de café da manhã.

Em um estudo hoje bastante conhecido (DANZIGER, LEVAV, AVNAIM-PESSO, 2011), pesquisadores se propuseram a verificar qual fator seria mais determinante na concessão de liberdade provisória requerida por presos a uma Corte judicial. Para tanto, analisaram o julgamento de uma corte israelense, e testaram as seguintes variáveis: gravidade do crime, se é reincidência, se o preso está se reabilitando, quanto tempo que ele ficou preso. No entanto, o fator que mais influencia a concessão de liberdade é a depleção mental: no início das sessões de julgamento, quando os juizes estão descansados e alimentados, a taxa de concessão de liberdade (ou seja, a reversão do aprisionamento) chega a 65%. Com o passar do tempo, a concessão cai para quase 0%. Então, é feito o intervalo do almoço, ou do lanche, e as taxas retomam para 65%, até caírem novamente para praticamente 0%.

De se frisar: pessoas com alto treinamento jurídico, às quais a sociedade atribui a tarefa sensível de dizer quem pode (ou não) retornar ao convívio da sociedade, são influenciadas basicamente não por argumentos racionais, mas pelo cansaço e pela fome. Onde está a justiça nesse tipo de procedimento? Ou ainda, talvez a pergunta mais importante para o contexto desta tese é: onde está a Razão nesse tipo de procedimento?

Pela Teoria da Lâmina de Moralidade, era de se esperar que os dilemas

⁶⁹ De Waal procura contruir sua hipótese em uma empreitada descritiva: procura evidências de que outros animais possuam também as peças fundamentais da cognição humana, ainda que não consigam com essas peças erigir sistemas abstratos como os humanos. Ele escapa, portanto, da ideia de liberdade, que é trazida por Kosgaard ao debate numa tentativa descritiva: o ser humano é livre para agir. Ignora, com isso, o debate acerca da impossibilidade de livre arbítrio.

morais fossem abordados justamente pelas áreas recentes do cérebro humano (como o córtex pré-frontal), Greene e Haidt demonstraram que por meio de experimentos em neuroimagem que os julgamentos morais ativam várias do cérebro, algumas delas muito antigas (GREENE; HAIDT, 2002).

É bom lembrar que existe hoje nas ciências cognitivas um viés que Josef Parvizi chamou de “miopia corticocêntrica” (“*corticocentric myopia*”): segundo esse autor, atribui-se ao córtex cerebral papel importante nas funções ditas superiores do cérebro (como a cognição ou a regulação comportamental), ao passo que atribui-se às áreas subcorticais um papel subordinado ou mesmo insignificante nessas funções. Assim, a interação entre as estruturas corticais e subcorticais do cérebro é vista como linear, hierárquica e dominada pela atividade cortical. Para esse autor, essa miopia representa um viés nas ciências cognitivas, já que as funções superiores (funções executivas) só se viabilizam quando há um inter-relacionamento entre as estruturas corticais e subcorticais. A questão principal aqui não é atribuir essas funções às estruturas subcorticais, mas sim de reconhecer a importância dessas estruturas também nas funções executivas, por meio das relações recíprocas entre essas estruturas. A ausência desse reconhecimento limita as hipóteses de estudos clínicos e não clínicos (PARVIZI, 2009).⁷⁰

A dominância de modelos racionalistas na Psicologia e no Direito parece sintomática dessa miopia corticocêntrica. A importância de estruturas antigas no julgamento moral (estruturas que inclusive são compartilhadas com outros primatas e até mesmo outros mamíferos) não pode ser desprezada. Na ilustração poética de Anthony Brandt e David Eagleman, o aspecto mais importante dos cérebros humanos é que “neurônios se conectam promiscuamente, de modo que nenhuma área do cérebro trabalha sozinha; ai invés, como em uma sociedade, as regiões trabalham num constante burburinho de barulho e negociação e cooperação” (BRANDT,

⁷⁰ Parvizi exemplifica que muitos estudos clínicos padecem desse viés: há tentativas de explicar que condições como o riso ou choro em momentos inapropriados decorrem de uma falta de controle emocional adequado (atribuído ao córtex), ao invés de explorar a geração patológica de respostas pelas estruturas subcorticais. Da mesma forma, a doença de Huntington é atribuída a uma diminuição de massa cinzenta no córtex, e não a uma degeneração da ganglia basal. Em estudos das ciências cognitivas sem aplicações clínicas raramente se interessam pelas estruturas subcorticais, e a atividade nessas regiões às vezes sequer é relatada nos estudos. Ademais, vários dos métodos de estudo não são adequados para estudar essas estruturas, tais como a eletroencefalografia, magnetoencefalografia, a espectroscopia no infravermelho próximo, imagiologia óptica ou a estimulação magnética transcraniana (PARVIZI, 2009).

EAGLEMAN, 2017, p. 50, tradução nossa).⁷¹

De fato, muitos dilemas morais na atualidade parecem diretamente relacionadas com a sobrevivência. Segundo De Waal o afirma categoricamente: grandes questões morais de nosso tempo (pena de morte, aborto, eutanásia, e o cuidado com os idosos, os doentes e os pobres), todas giram em torno de temas permanentes sobre vida, morte, (divisão de) recursos e cuidado. Com isso, o autor defende que “um sistema moral viável raramente permite que as suas regras se distanciem dos imperativos biológicos de sobrevivência e reprodução” (DE WAAL, 2009, p. 163, tradução nossa).⁷²

Várias dessas questões assumiram grande centralidade no debate político nos últimos anos. No Brasil, proíbe-se a pena de morte (salvo em caso de guerra declarada, art. 5º, XLVII, CR/1988), o que não impede que várias pessoas advoguem contra ou a favor da aplicação dessa penalidade. Várias outras questões morais decorrentes dos imperativos biológicos acabaram judicializadas nos últimos anos: a ADI 3510 discute a permissão/proibição de pesquisas com células-tronco embrionárias, a ADPB 132 discute o reconhecimento da união estável homoafetiva (e abre portas, por exemplo, para adoção de crianças por casais homossexuais), e ADPF 54 discute a interrupção da gravidez (aborto) no caso de feto anencéfalo (espera-se que chegue ao STF questão similar sobre fetos portadores de microcefalia). As demais questões mencionadas por De Waal despertam posicionamentos exaltados: é possível legalizar a eutanásia ou o suicídio assistido? De quem deve ser a responsabilidade por cuidar dos idosos?⁷³ Qual o limite da prestação à saúde que deve ser garantida pelos planos de saúde ou pelo SUS (pelo Estado)? Como tratar os desiguais e desfavorecidos (com cotas? Com bolsas?)? Todas são questões sobre as quais as pessoas possuem firmes convicções, que acendem acalorados debates nos órgãos legislativos e, caso judicializadas, são amplamente debatidas durante os julgamentos e acompanhadas de perto pela sociedade.

⁷¹ No original: “neurons connect promiscuously, such that no brain region works alone; instead like a society, regions work in a constant hubbub of crosstalk and negotiation and cooperation”.

⁷² No original: “a viable moral system rarely lets its rules get out of touch with the biological imperatives of survival and reproduction”.

⁷³ O art. 1.696 do Código Civil (Lei n. 10.406/2002) estabelece que o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, ou seja, os pais também podem exigir esse direito dos filhos. No entanto, os avós apenas possuem o dever de prestar alimentos aos netos, sendo que apenas em situações excepcionais a jurisprudência tem aceitado que os netos sejam devedores dessa prestação.

Mais ainda, é frequente que esqueçamos o quão vulneráveis podemos ser, e quanto a sobrevivência está ligada à existência e ao suporte oferecido por uma comunidade funcional (MACINTYRE, 1999). No entanto, nos modelos morais, aquele que julga sempre pressupõe-se racional, saudável e sereno. Os doentes e sofredores são sempre objeto de benevolência, e nunca nós mesmos no passado ou no futuro. No entanto, pelo menos em dois momentos essa dependência é evidente: na infância e na velhice. Mas mesmo durante a vida adulta, a doenças, ferimentos, sofrimentos mentais ou outras deficiências aparecem. A superação dessas vulnerabilidades (da doença, da dor e do sofrimento) é apenas parcialmente decorrente das próprias forças, sendo que terceiros são frequentemente responsáveis por garantir a sobrevivência de alguém. Cada pessoa individualmente é limitada e dessa limitação decorre a necessidade de cooperar. As contingências da vida fazem de cada pessoa dependente das demais. Faz diferença para a Filosofia Moral tratar-se a doença e o sofrimento, e a dependência deles decorrente, como centrais para a condição humana? MacIntyre defende, portanto, que existe uma relação fundamental entre nossa condição animal e nossa vulnerabilidade. Nesse contexto, as virtudes humanas devem ser aquelas distintivas de animais racionais codependentes.

Assim, o comportamento humano de conformar um outro em sofrimento é observado entre vários outros animais.

De Waal narra um estudo que tinha por objetivo verificar como crianças lidam com sentimentos de tristeza, dor, sofrimento, pedindo a alguém que simulasse choro na frente delas. Os experimentos foram conduzidos nas casas das pessoas. Verificou-se que crianças acima de um ano já tentam confortar pessoas em sofrimento. Mas uma observação paralela ao objetivo principal do estudo diz respeito aos animais de estimação. Tal como as crianças, os animais também reagiram à pessoa familiar que simulava sofrimento, também ficavam por perto ou deitavam a cabeça no colo da pessoa (DE WAAL, 2009, p. 29). De Waal relata ainda ter observado entre chimpanzés o comportamento de consolar: o consolo ocorre quando um chimpanzé observa um incidente agressivo entre dois outros chimpanzés, e o primeiro tenta reconfortar um dos chimpanzés envolvidos no incidente. A motivação para esse comportamento permanece incerta, já que o observador poderia apenas se afastar dos demais sem experimentar qualquer consequência negativa (DE WAAL, 2009, p. 33-34).

Diante de vários estudos, De Waal entende que é possível supor que a bondade seja real, que a motivação para a bondade seja natural, e que a moralidade dos humanos e de seus primos primatas tenha uma origem comum. Para o autor, a capacidade humana de agir bem pelo menos em algumas circunstâncias, ao invés de mal todo o tempo, possui suas origens evolutivas em emoções que compartilhamos com outros animais, em respostas involuntárias (não-escolhidas, pré-rationais) e fisiologicamente óbvias (e observáveis) às circunstâncias dos outros. Uma das respostas emocionais essenciais é justamente a empatia.

Citando Darwin, a dureza e rigor do processo evolutivo não significa que o produto desse processo não possa ser gentil. Assim, “é possível descrever animais (e seres humanos) como produtos de forças evolutivas que promovem o auto-interesse, desde que perceba-se que isso não impede a evolução de tendências altruístas e congênicas” (DE WAAL, 2009, p. 14).⁷⁴

Diante disso, percebe-se que é possível analisar aquilo que chamamos de virtudes à luz de evidências científicas: a) da Psicologia Moral, existem vários estudos demonstrando que a moralidade humana possui um forte componente moral e intuitivo; b) da Neurociência, as evidências de que dilemas morais ativam áreas do cérebro ligadas à atividade emocional; e c) da Primatologia, a verificação de que outros primatas exibem as mesmas tendências incorporadas na moralidade humana, ainda que de forma rudimentar.

Tais afirmativas seria consideradas puras heresias em meados do século passado. Não obstante, estudos com essa perspectiva multiplicam-se no começo do séc. XXI, e nos defrontamos com a possibilidade de que nossa cognição seja sim “animalesca”, termo usado aqui sem qualquer conotação pejorativa. Noutras palavras: que os mecanismos psicológicos que subjazem nosso comportamento (inclusive as sofisticadas jurídicas que empregamos na solução dos conflitos sociais) foram desenvolvidos no ambiente original do *Homo sapiens*. Se conseguíssemos, porventura, nos destituir dessas características, talvez perdêssemos os traços que nos fazem humanos.

O que nos leva ao próximo problema dessa tese: como funciona a cognição humana? É possível uma decisão orientada pela razão pura?

⁷⁴ No original: “It’s fine to describe animals (and humans) as the product of evolutionary forces that promote self-interests so long as one realizes that this by no means precludes the evolutionary of altruistic and sympathetic tendencies”.

2.2 Os modelos duais de cognição: da dicotomia “razão / emoção” à dicotomia “cognição rápida / cognição lenta”

A ideia de que existem duas formas fundamentalmente diferentes de pensar estava presente na Filosofia e na Literatura nos primórdios do pensamento ocidental, da qual oferece-se uma pequena panorâmica, além de ocupar os psicólogos desde a fundação da disciplina (EVANS, 2013; FRANKISH, EVANS, 2009; CHAIKEN, LEDGERWOOD, 2007). Paul Bloom informa que a ideia de que a natureza humana possui duas facetas (a emoção contraposta à razão, ou as intuições contrapostas à deliberação cuidadosa e racional) é a mais antiga e resiliente teoria psicológica existente (BLOOM, 2016, p. 214).

Em seus escritos, Platão defendeu que a mente era composta por partes, identificadas como razão, espírito e apetite. Uma apresentação recorrente do processo dual ocorre em comparação com os animais, inclusive Aristóteles, Tomás de Aquino, Descartes, Leibniz, Locke, embora cada um desses autores apresenta sutilezas de pensamento, diferentes entre si. No entanto, em linhas bastante gerais, todos eles reconhecem que muito do comportamento animal ocorre por processos mecânicos, e que muitas das atividades humanas cotidianas seriam produto de mecanismos similares. No entanto, os humanos seriam capazes de processos mentais mais sofisticados, que levam à abstração, à lógica, à matemática, à metafísica – em um termo, à Razão. Essas formulações podem ser consideradas como apresentações rudimentares das Teorias de Processo Dual contemporâneas.

Em adição, a ideia de inconsciente, frequentemente associada à Freud, foi abordada por muitos outros pensadores antes dele, tal como Platão, Plotino, Augustino, Tomás de Aquino, Pascal, Spinoza e Leibniz. Esses pensadores todos já referenciavam memórias e percepções inconscientes. Inclusive, com a popularização do idealismo alemão e da estética romântica no final do século XVIII e começo do século XIX, as referências ao inconsciente se tornaram comuns. Filósofos como Herder, Schelling, Hegel e Schopenhauer e autores como Goethe, Richter e Wordsworth frequentemente se referiam a processos mentais inconscientes, ainda com forte carga mística e metafísica.

Uma abordagem particularmente relevante para a Teoria de Processo Dual Contemporânea foi desenvolvida por pensadores que perceberam um conjunto de

sistemas de processamento automático operantes em tarefas cotidianas. O filósofo francês Maine de Biran (1766-1824) possui obra pioneira na questão da memória, desdobrada em três modalidades: a memória mecânica para habilidades motoras, a memória consciente para reações afetivas, e a memória representativa para memórias conscientes. Biran já havia percebido a importância dos hábitos na formação dos pensamentos, destacando com ações habituais poderiam se tornar tão arraigadas que se tornariam automáticas e inconscientes.

Também um dos fundadores da Psicologia moderna, William James (1842-1910), defendeu que que rotinas cotidianas poderiam automatizar ações por meio da repetição, o que liberaria a atenção consciente para outras tarefas (ainda que alguns autores considerem que as objeções de James a estados mentais inconscientes tenha atrasado avanços na Psicologia).

Mais recentemente, tem-se o influente trabalho de Sigmund Freud sobre o inconsciente, cuja teoria detalhada e abrangente, denominada “inconsciente dinâmico”, influenciou massivamente a prática e a teoria psiquiátrica. Apesar disso, a teoria freudiana é hoje alvo de muitas críticas, de modo que muitos cientistas cognitivos hoje preferem o termo não-consciente (*nonconscious* ou *nicht-bewusst*), para se distanciarem da terminologia tipicamente freudiana “inconsciente” (*unconscious* ou *unbewusst*).

Embora recorrentes na literatura, o estudo de estados mentais não é trivial, e muitas vezes é contaminado por reflexões místicas e metafísicas, ou seja, não-científicos. Por isso, quando a Psicologia assumiu a tarefa de se consolidar como uma ciência natural, desenvolveu-se um programa de pesquisa que propunha limitar seu objeto de estudo a fenômenos quantitativos, como são os estímulos ambientais, que podem ser objetivamente medidos em condições controladas. Trata-se do já mencionado behaviorismo, fundado por John B. Watson no começo do século passado (APA, [2018?]). Para os behavioristas, os estados mentais não são objetos de estudo adequados, já que são subjetivos e não podem ser verificados independentemente.

Foi apenas na segunda metade do século XX que a Psicologia voltou a se interessar por aspectos mentais, com a já mencionada Psicologia Cognitiva, e foi

desenvolvido o modelo contemporâneo, nos chamadas Teorias de Processo Dual (*dual-process theories*).⁷⁵

Particularmente nos últimos anos, esses modelos mentais que exploram a ideia de que temos duas mentes, ou duas formas de pensar – dois sistemas – que se operam todo o tempo ganharam atenção. São muitas as teorias que exploram a premissa básica dual de cognição, aplicadas a vários cenários diferentes (aprendizagem e memorização, raciocínio dedutivo, a tomada de decisões, a teoria do julgamento social, etc.); no entanto, a comunicação entre os intelectuais os teóricos ainda é pobre, de modo que uma parte substancial desses trabalhos desenvolvidos na Psicologia Social e na Psicologia Cognitiva permanecem entre eles mesmos isolados (EVANS, FRANKISH, 2009, p. v). Não obstante, são muitas as tentativas de empregar esses modelos como ferramentas úteis de análise para os demais campos do conhecimento (exatamente o objetivo deste trabalho).

É difícil precisar exatamente a origem desse modelo, já que não é possível afirmar com certeza que esses pensadores foram influenciados pelos autores mencionados anteriormente, ou por estudos paralelos em outros campos da Psicologia (como a aprendizagem) (FRANKISH, EVANS, 2009; EVANS, 2013).

As teorias de processos duais de cognição descrevem como as pessoas pensam sobre a informação quando elas resolvem problemas ou fazem julgamentos (CHAIKEN, LEDGERWOOD, 2007). No entanto, em todas elas, reconhece-se a existência de dois mecanismos de processamento distintos, que aplicam processos diferentes de cognição. Normalmente, o primeiro desses processos é caracterizado como rápido, sem esforço, automático, não-consciente, inflexível, dependente de contexto, e que não demanda recuperação de memórias, sendo que o outro é lento, custoso, consciente, flexível, descontextualizado e dependente de recuperação de memórias (FRANKISH, EVANS, 2009).

Existem algumas diferenças entre as teorias, ainda que elas sejam mais semelhantes que diferentes: algumas delas defendem que as duas formas de cognição são mutuamente excludentes (ou ocorre um, ou ocorre outro), enquanto outras defendem que uma forma de cognição ocorre depois da outra, ou ainda que

⁷⁵ A terminologia “Teorias de Sistema Dual” é, portanto, posterior à “Teorias de Processo Dual”. Em alguns modelos, as duas são modelos rivais, ao passo que a “Teorias de Processo Dual” pode ser entendida como uma terminologia guarda-chuva, definição que será adotada aqui, pela sua conveniência.

elas correm simultaneamente (CHAIKEN, LEDGERWOOD, 2007). As divergências entre as teorias podem ser solucionadas por meio de experimentação e observação empírica, empreitada que está em andamento na atualidade.

Não obstante, um modelo atualmente influente procura consolidar essa teoria de processo dual em um modelo de arquitetura mental, segundo o qual seres humanos possuem duas mentes, cada uma atuando conforme seu sistema de raciocínio de múltiplos propósitos, usualmente chamadas de Sistema 1 e Sistema 2 (FRANKISH, EVANS, 2009), terminologia que será adotada também neste trabalho, pela sua ampla aceitação e pela sua facilidade. O Sistema 1 seria, portanto, dominado por características de processo rápido (fácil, sem esforço, automático, não-consciente, etc), ao passo que o Sistema 2 seria predominantemente de características de sistema lento (custoso, controlado, consciente, etc.).

A terminologia Sistema 1 e Sistema 2 foi cunhada por Stanovich (1999). Naquele momento, os adjetivos normalmente atribuídos ao Sistema 1 são rápido e automático e, ao Sistema 2, lento e deliberativo. Com o acúmulo da literatura na área, novos adjetivos foram somados:

Sistema 1	Sistema 2
Evolutivamente antigo	Evolutivamente recente
Inconsciente, pré-consciente	Consciente
Compartilhado com animais	Unicamente (e distintivamente) humano
Conhecimento implícito	Conhecimento explícito
Automático	Controlado
Rápido	Lento
Paralelo	Sequencial
Alta capacidade (<i>capacity</i>)	Baixa capacidade (<i>capacity</i>)
Intuitivo	Reflexivo
Contextualizado	Abstrato
Pragmático	Lógico
Associativo	Baseado em normas
Independente de inteligência geral	Ligado à inteligência geral

Tabela 1 - Características atribuídas por vários autores aos dois sistemas de cognição (FRANKISH, EVANS, 2009)

No estudo da cognição social, as teorias de processo dual são o paradigma dominante pelos últimos 20 anos (FRANKISH, EVANS, 2009).

Ao longo da década de 1960 e 1970, e seguindo ainda a trilha das Teorias de Sistema Dual de Cognição, uma série de artigos publicados por Amos Tversky e Daniel Kahneman, revolucionaram a pesquisa acadêmica sobre julgamento humano, baseado na ideia central de um programa de heurística e vieses (GILOVICH; GRIFFIN, 2002, p. 1). Nesse programa, os julgamentos dentro de cenários de incerteza frequentemente se baseariam em um número limitado de heurísticas e não um processamento algorítmico extenso. Esses trabalhos revolucionaram a Economia e foram premiados com o Nobel⁷⁶ em 2002, demonstrando que o chamado *Homo economicus* nada mais é que uma ficção das Ciências Economias.

Nessa ficção, o modelo clássico de tomada de decisão em cenários de incerteza descreve como o ator racional (considerada aqui como uma pessoa típica) escolhe a opção a ser seguida depois de avaliar a probabilidade de cada resultado, reconhecendo a utilidade (ou vantagem, ou bem) que cada resultado produziria, e combinando as duas avaliações. A opção a ser seguida seria, diante disso, aquela que oferecesse combinação ótima de probabilidade e utilidade (GILOVICH, GRIFFIN, 2002, p. 1). É um modelo com pretensões descritivas (ou explicativas) e, portanto, um modelo com pretensões de habilidades preditivas. O trabalho de Tversky e Kahneman questionou a adequação descritiva desse modelo explicativo, e simultaneamente ofereceu um modelo rival.

Acredita-se que os modelos capitaneados por Kahneman e Tversky sobre o processo cognitivo dual ladrilha o caminho para o curso que esta tese segue, e precede não só temporalmente, como também logicamente o Modelo Sociointuicionista para Julgamento Moral, apresentado na próxima seção.

Atualmente, o aluno de Psicologia aprende sobre esses modelos no início de sua formação. Mais ainda, Paul Bloom (2016, p. 214-216) relata que, com o amadurecimento desses debates, muitos pesquisadores hoje defendem que a parte deliberativa (o Sistema 2) é, em larga medida, impotente, que as decisões são tomadas pelo Sistema 1. Para sustentar essa conclusão, autores dessa corrente sustentam existir evidências desenvolvidas pelas Neurociências, pela Psicologia Social e pela Psicologia Cognitiva. Segundo o autor, se posicionar atualmente a favor da centralidade dos raciocínios deliberativos é visto como filosoficamente ingênuo,

⁷⁶ Ainda que as ideias fundamentais premiadas pelo Nobel tenham sido fruto de uma colaboração entre Kahneman e Tversky, este veio a falecer em 1996, de modo que o prêmio foi entregue apenas a Kahneman

psicologicamente sem sofisticação e até mesmo politicamente suspeito. No entanto, o próprio Bloom está entre aqueles que testa o protagonismo a possibilidade de se recuperar um protagonismo para o Sistema 2 (ou pelo menos, afastar a posição de mero expectador em que vários modelos a colocam).

Das Neurociências, evidências contra esse protagonismo aparecem, por exemplo, em casos como o de Phineas Gage (DAMASIO et al, 1994; DAMASIO, 1995).



Figura 2 Lesão sofrida por Gage (DAMASIO et al, 1994)

Gage foi um operário norte-americano que supervisionava obras em uma ferrovia. Era um homem honrado e cumpridor de seus deveres, com promissora carreira. Em 1848, ele sofreu um acidente: ao preparar uma carga de pólvora para explosão com uma barra de ferro, o atrito da barra criou uma fagulha que detonou a pólvora e fez com que essa barra atravessasse o crânio. Foi socorrido ainda consciente e sobreviveu. Todavia, seu comportamento não era mais o mesmo. Ele se tornou antissocial e agressivo, sem conseguir manter-se mais em qualquer emprego.

Permanecia, para todos os efeitos, uma pessoa racional. Todavia, na época, seus amigos testemunharam: “Gage não era mais Gage”.

Ele viveu por mais 13 anos e foi enterrado sem que fosse feita uma autópsia no seu cérebro. Anos depois seu crânio foi recuperado e preservado na Universidade de Harvard. Tornou-se um dos mais célebres pacientes da Neurociência. Especulou-se que sua lesão teria influência na mudança de comportamento, mas nada conclusivo.

Em 1994, Hanna Damasio percebeu que seria possível reconstruir as imagens do cérebro de Gage empregando tecnologias de neuroimagem e técnicas de reconstrução de imagens em 3D, para reconstituir o acidente e determinar a localização provável da lesão. Juntamente com um time de pesquisadores (DAMASIO et al, 1994), o estudo foi feito. Esses autores concluíram os danos se estenderam para os hemisférios direito e esquerdo do córtex prefrontal. Esses danos (já observados em outros pacientes com mudanças de comportamento similares) causam falhas nos processos de decisão racional e de controle da emoção.

Estudos subsequentes mostraram que as mesmas reações são observadas em pacientes com lesões semelhantes (HAIDT, 2007). Essas pessoas mantêm duas habilidades cognitivas (aqui no sentido de racionais), inclusive seu quociente de inteligência (QI) e a habilidade de diferenciar certo e errado em situações abstratas. O que essas pessoas perdem são as reações viscerais diante de situações certas ou erradas (por, exemplo, elas permanecem neutras diante da sugestão “dê um soco em seu pai”).

Inspirado por esse estudo, Joshua Greene et al (2001) desenvolveu um estudo em que explora as respostas neurais das pessoas, quando apresentadas a variações do dilema do bonde (também referida como dilema do *trolley*), cuja primeira versão foi formulada em 1867 pela filósofa Philippa Foot em um artigo que debate a questão do aborto. Desde então, inúmeros cenários foram propostos. As diferentes respostas a diferentes contextos geraram um profícuo enigma filosófico. Existem muitas discussões que tentam compreender o que motiva as respostas diferentes (do ponto de vista da ética kantiana ou da ética utilitarista); no entanto, todas essas tentativas são o que já referiu-se como filosofia de gabinete (*armchair philosophy*). Até Joshua Greene et al (2001) (então, um doutorando em filosofia) propôs empregar a tecnologia da ressonância magnética funcional (fMRI) para observar as respostas cerebrais das pessoas quando elas pensam sobre esses dilemas (ou cenários semelhantes a esses dilemas):

Suponha que você é o condutor de um bonde desgovernado, que segue por trilhos onde cinco operários ferroviários estão trabalhando. A trilha é íngreme, o bonde está sem freios e segue em direção a esses cinco trabalhadores. Você percebe que existe uma bifurcação nos trilhos e você pode desviar o bonde por essa alternativa. No entanto, nesse desvio, existe um operário ferroviário trabalhando. Qualquer que seja o caminho que você decidir, as pessoas que estiverem naquele caminho morrerão. Você muda o desvia o trem para o trilho onde existe um operário? (adaptado de THOMSON, 1985, e FOOT, 1967)⁷⁷

Um bonde desgovernado vai em direção a cinco operários ferroviários que serão mortos se o bonde continuar no curso atual. Você está em pé sobre uma passarela que atravessa os trilhos, entre o carrinho que se aproxima e as cinco pessoas. Ao seu lado está um trabalhador ferroviário usando uma mochila grande. A única maneira de salvar as cinco pessoas é empurrar o trabalhador da passarela para os trilhos abaixo. O homem morrerá como resultado, mas seu corpo e sua mochila impedirão que o bonde chegue aos outros. (Você não pode pular sozinho porque você, sem uma mochila, não é grande o suficiente para parar o carrinho, e não há tempo para colocar um.)

⁷⁷ Contemporaneamente, neste dilema, o agente não mais é o condutor do trem, mas sim observa a situação e pode mudar o rumo do bonde acionando uma alavanca.

É moralmente aceitável salvar as cinco pessoas empurrando esse estranho para a morte? (GREENE, 2013, p. 114, tradução nossa).⁷⁸

Embora a matemática seja a mesma (sacrificar uma pessoa para salvar cinco), a maior parte das pessoas muda o rumo do bonde no primeiro cenário, mas não empurra o trabalhador no segundo cenário.

Realizado o experimento, a conclusão dos pesquisadores é que, de uma perspectiva psicológica, a diferença substancial é que o cenário da passarela (ou ponte) desperta reações emocionais que o primeiro cenário não faz: cogitar empurrar uma pessoa é emocionalmente mais saliente que mudar o rumo do trem por um mecanismo mecânico (na atualidade, refere-se a uma alavanca), e essa resposta emocional seria a razão para que as pessoas tratem os dois cenários de forma diferente (embora, matematicamente, nos dois cenários a questão seja sacrificar uma pessoa para salvar cinco) (GREENE et al, 2001, p. 2106; 2013.). De forma geral, isso significa que alguns dilemas morais despertam reações emocionais mais acentuadas, o que impacta o julgamento das pessoas.

Greene (2013, p. 122-ss) explica que, no cenário da passarela, as pessoas acionam as áreas cerebrais danificadas em Phineas Gage, ou seja, áreas implicadas em “sentir”. De fato, quando repete-se o estudo em pacientes com doenças degenerativas neurológicas com sintomatologia semelhante à de Gage (diz-se, desses pacientes, que eles são emocionalmente embotados e pouco empáticos), a maior parte desses pacientes aceita que se empurre o homem para salvar os outros cinco. Ou seja, Greene viu uma correlação entre áreas cerebrais implicadas com processamento cerebral e a hesitação em empurrar o homem.

No entanto, a melhor compreensão dos processos mentais que subjazem a avaliação de cada um dos dilemas não resolve o enigma filosófico da trolleyologia. Uma importante pergunta é: como uma melhor compreensão dos mecanismos que subjazem a formação do julgamento mental humano altera as nossas atitudes quanto aos julgamentos morais que nós fazemos? (GREENE et al., 2001, p. 2107).

⁷⁸ No original: “A runaway trolley is headed for five railway workmen who will be killed if it proceeds on its present course. You are standing on a footbridge spanning the tracks, in between the oncoming trolley and the five people. Next to you is a railway workman wearing a large backpack. The only way to save the five people is to push this man off the footbridge and onto the tracks below. The man will die as a result, but his body and backpack will stop the trolley from reaching the others. (You can't jump yourself because you, without a backpack, are not big enough to stop the trolley, and there's no time to put one on.) Is it morally acceptable to save the five people by pushing this stranger to his death?”

Outro caso famoso que expõe os limites da razão é relatado por David Eagleman (EAGLEMAN, 2015, p. 20). Em 1996, um homem de 25 anos de idade chamado Charles Whitman tomou o elevador para o deck de observação de um dos prédios da Universidade do Texas em Austin. Ele então atirou indiscriminadamente nas pessoas, matando 13 pessoas e ferindo outras 33. Quando a polícia revistou a casa de Whitman, descobriu que ele havia matado a esposa e a mãe na noite anterior. Havia também escrito uma nota nos seguintes termos: “Eu não me entendo muito bem nesses dias. Eu deveria ser um homem jovem normal, razoável e inteligente. No entanto, ultimamente (não posso recordar quando começou), fui vítima de pensamentos incomuns e irracionais... Depois da minha morte, eu gostaria que fosse realizada uma autópsia em mim para verificar se há algum distúrbio físico visível”.

Antes do acidente, Whitman era uma pessoa normal, casado, estudante de engenharia. A partir de um determinado momento, ele se tornou mais recluso. Procurou ajuda médica e recebeu uma prescrição de medicamentos, que não funcionaram. Após o incidente, os legistas realizaram uma autópsia e encontraram um tumor pressionando a amígdala (órgão responsável pela resposta de lutar ou fugir).

O último exemplo será o caso da chamada pedofilia adquirida. Esse transtorno ocorre quando um tumor ou determinados medicamentos fazem com que o paciente (que não tinha relatos desse comportamento anteriormente) apresente interesse sexual por crianças. Tratada a condição (com a remoção cirúrgica do tumor, ou suspensão do medicamento), o interesse desaparece.

Apesar do apelo desses episódios anedóticos (de Gage, Whitman ou do paciente com a pedofilia adquirida), Paul Bloom (2016) acredita que situações como as descritas nos exemplos acima envolvem ações desconectadas dos mecanismos neurais **normais** de deliberação consciente. Muitas dessas pessoas, quando tratadas (removida a causa do problema), relatam que aqueles desejos ou ações lhes parece estranhos e repugnantes, fora de seu arbítrio normal. Assim, para o autor, ainda existe espaço para defender um papel destacado para o Sistema 2, defendendo que a existência de um substrato mental é totalmente compatível com a existência da deliberação consciente e do pensamento racional, com sistemas neurais que analisem diferentes opções, construam cadeias lógicas de argumentos, pensem sobre exemplos e analogias e são perceptivos às consequências das ações. Segundo o autor:

Para ver isso, imagine dois computadores. Um se comporta de forma aleatória e errática; não tem qualquer tendência racional em seu corpo mecânico. O outro é um analista deliberado de custo-benefício. Claramente, ambos são máquinas sem almas aqui. No entanto, eles são tão diferentes quanto podem ser. A questão que permanece para a psicologia é: que tipo de computador somos nós? **Ou melhor que isso - já que a resposta aqui é claramente ambas - até que ponto estamos irracionais e até que ponto estamos raciocinando sobre as coisas?**⁷⁹ (BLOOM, 2016, p. 221, tradução nossa, grifos acrescentados)

Para Bloom, exemplos como o de Gage (e outros) são exemplos de funcionamento anormal da máquina neural da deliberação consciente. Noutras palavras, são exemplos de um defeito. O fato de que seres humanos são entes físicos, e que existe um substrato mental para o pensamento, não é suficiente para afastar a participação do Sistema 2 no processo de tomada de decisão. Essas questões permanecem sem resposta, e serão testadas futuramente por meio de experimentação e observação.

O segundo conjunto de evidências que mina a predominância do Sistema 2 sobre o 1 vem da Psicologia Social e Psicologia Cognitiva⁸⁰. Existe hoje um corpo crescente de experimentos que mostram como os pensamentos, ações e desejos podem ser influenciados por fatos alheios ao controle consciente. No entanto, também aqui existem algumas considerações importantes. Alguns desses estudos da Psicologia Social não puderam ser replicados (OPEN SCIENCE COLLABORATION, 2015). Outros submetem as pessoas a condições artificiais; nas condições normais em que humanos interagem, muitos fatores influenciam, e não é possível atribuir uma decisão a um cheiro, à textura de um assento, ao peso do clipe.

Apesar disso, a racionalidade é finita, e sujeita a alguns desvios. Exemplos mais convincentes são apresentados pela Psicologia Cognitiva. Um deles compreende o seguinte experimento mental, em que é preciso decidir sobre uma disputa de guarda de filhos (BLOOM, 2016, p. 227). As informações sobre os pais são as seguintes: um dos pais (A) é mediano em todos os sentidos (renda, saúde, jornada

⁷⁹ No original: "To see this, imagine two computers. One behaves randomly and erratically; it doesn't have a rational bone in its mechanical body. The other is a deliberating cost-benefit analyzer. Plainly, both are machines no souls here. Yet, they are as different as can be. The question that remains for psychology is: What kind of computer are we? Or better than that – since the answer here is plainly both – to what extent are we irrational things and to what extent are we reasoning things?"

⁸⁰ Relembre-se: a Psicologia Cognitiva é o ramo da Psicologia que explora o funcionamento dos processos mentais relacionados à percepção, atenção, pensamento, linguagem e memória, principalmente através de inferências feitas a partir da observação do comportamento. A Psicologia Social, por sua vez, é o estudo de como os pensamentos, sentimentos e ações de um indivíduo são afetados pela presença de outras pessoas, seja ela a presença verdadeira, imaginada ou simbólica (APA, [2018?]).

de trabalho), tem uma conexão razoável com a criança e uma vida social estável. O outro dos pais (B) tem renda acima de média, tem uma relação próxima com a criança, uma vida social extremamente ativa, viaja muito a trabalho, e possui alguns problemas de saúde não muito graves.

Quem deveria receber a guarda dessa criança? Mesmo que não haja uma decisão certa, pressupõe-se que essa decisão seja tomada racionalmente, de modo que a forma como a pergunta é feita não deveria influenciar a decisão. Ou seja, a decisão pressupõe que a guarda seja entregue a um dos pais e negada a outro. No entanto, não é isso que acontece. Quando se formula a pergunta como “quem deve receber a guarda”, a maior parte das pessoas responde B. No entanto, quando se formula a pergunta como “quem deve ter a guarda negada, a maior parte das pessoas também responde B. Isso porque, quando é preciso responder uma pergunta, as pessoas procuram por informações relevantes que possam consubstanciar a resposta. Quando procuram-se razões para dar a guarda, essas informações se destacam no caso da descrição de B (renda, relação próxima com a criança). Quando procuram-se razões para negar a guarda, igualmente são informações de B que chamam a atenção (vida social ativa, viagens, saúde). Esse viés é sugestivo do tipo de irracionalidade que é tratada aqui, exatamente o tipo de realidade que pode fazer diferença em cenários de vida real (pode fazer diferença na estratégia de um advogado quando apresenta seus argumentos). As demonstrações de heurísticas e vieses apresentadas pela Psicologia Cognitiva são robustas.

A existência *mind bugs* não é surpreendente, considerando que o ser humano é um ser finito. No entanto, Paul Bloom destaca que esse tipo de experimento ilustra dois aspectos de nossa natureza. O primeiro é que nossa cognição não é tão racional quando supúnhamos. A segundo, no entanto, é que somos também inteligentes, talvez o suficiente para superar nossos vieses. O fato de que concebemos e desenvolvemos esse tipo de estudo sobre nossa irracionalidade pressupõe que somos racionais o suficiente para concebê-los e apreciá-los como uma demonstração de nossa irracionalidade (BLOOM, 2016, p. 229).

Essa reflexão é importante para o desenvolvimento deste trabalho: ao apresentar, nas próximas duas seções, o Modelos Sociointuicionista de Julgamento Moral e a Teoria das Fundações Morais (TFM), a esperança é que essas ferramentas sejam usadas para melhor compreender os processos cognitivos que subjazem a

formação da decisão judicial, e que os “defeitos” da decisão sejam trazidos à luz. É dizer: em muitos casos, espera-se que essas teorias sejam usadas como ferramentas para perceber quando algum elemento “injusto” influenciou uma decisão:

Apenas como um exemplo entre muitos, sim, muitas vezes favorecemos aqueles que são mais fofos em detrimento dos que são feios. Este é um fato sobre nossas mentes que vale a pena conhecer. **No entanto, também podemos reconhecer que esse é o jeito errado para formar decisões morais.** É essa capacidade de avaliar criticamente nossas limitações – relação ao nosso comportamento social, nosso raciocínio e nossa moralidade – que torna todo tipo de coisa possível.⁸¹ (BLOOM, 2016, p. 229, tradução nossa, grifos acrescentados)

O ponto central da tese é resumido pela filósofa Regina Rini:

Nossos julgamentos morais são evidentemente afetados por vários processos psicológicos aos quais não temos acesso introspectivo - e que provavelmente repudiariamos se eles se tornassem aparentes. (...) O que é comum a cada um [dos estudos sobre Psicologia Cognitiva] é a influência empiricamente (mas não introspectivamente) detectável de algum fator contextual sobre os veredictos morais e comportamento dos sujeitos, onde, mediante consideração reflexiva, não podemos endossar o fator contextual relevante como base para a diferenciação moral. Em outras palavras, **essas experiências mostram que nossas decisões morais são moldadas implicitamente por considerações que nós próprios não consideramos moralmente relevantes.**⁸² (RINI, 2013, p. 263-264, tradução nossa, grifos acrescentados)

A Filosofia Moral visa à prescrição, à justificação, à teoria normativa (em contrapartida, as disciplinas empíricas, como a Psicologia, visam à descrição, à explicação, às teorias causais). Para atingir seu objetivo, Rini (2013, p. 266-267) explica que existem duas tarefas com as quais a Filosofia Moral deve se ocupar. A primeira é descobrir quais fatores psicológicos influenciam os julgamentos morais. Já o segundo é decidir quais, dentre esses fatores, são meras idiosincrasias que não podem ser empregadas como padrão normativo para relações interpessoais. Ou seja, o processo não são todos os processos que influenciam a tomada de decisão que cumprem os requisitos de uma abstração com pretensões normativas. Na primeira, o

⁸¹ No original: “Just as one example among many, yes, we often favor those who are adorable more than those who are ugly. This is a fact about our minds worth knowing. But we can also recognize that this is the wrong way to make moral decisions. It’s this ability to critically asses our limitations – with regard to our social behavior, our reasoning, and our morality – that makes all sorts of things possible.”

⁸² No original: “Our moral judgments are evidently affected by various psychological processes to which we have no introspective access—and which we would likely repudiate were they to become apparent. (...) What is common to each is the empirically (but not introspectively) detectable influence of some contextual factor on subjects’ moral verdicts and behavior, where on reflective consideration we cannot endorse the relevant contextual factor as a basis for moral differentiation. In other words, these experiments show that our moral decisions are implicitly shaped by considerations which we ourselves do not regard as morally relevant”.

diálogo com a Psicologia é essencial; no entanto, na segunda, a relevância da Psicologia é limitada.

Aqui, endossa-se uma proposta semelhante. Quando descobre-se que a depleção mental é um fator relevante na concessão de liberdade provisória (como demonstrado pelo já citado trabalho de DANZIGER, LEVAV, AVNAIM-PESSO, 2011), isso não significa que é preciso se conformar com isso, mas sim reformular a política judiciária que gera esse tipo de resultado.

No entanto, uma questão parece certa. A decisão racional pura pressuposta pela operação jurídica não existe. Processos de tomada de decisão são fortemente influenciados por elementos como as intuições, as primeiras impressões, vieses, heurísticas, com forte participação do Sistema 1. O papel do Sistema 2 continua sendo objeto de controvérsia, sendo que alguns autores o consideram impotente, ao passo que outros (como Paulo Bloom) caminham no sentido de construir um equilíbrio.

É curioso notar, com Keith Frankish e Jonathan St. B. T. Evans, como é significativo que essas ideias de processos mentais duais sejam continuamente descobertas e redescobertas por muitos autores ao longo da história da Filosofia e da Psicologia, suspeitando que essa recorrência reflita a natureza do objeto de estudo desses autores: a própria mente humana (FRANKISH, EVANS, 2009). Para o Direito, acompanhar esse tipo de discussão é essencial, já que a ignorância sobre essas questões parece levar a notáveis injustiças, que poderiam ser evitadas.

Antes, todavia, cabem algumas outras considerações sobre as Teorias de Processo Dual de cognição.

Ainda que esses modelos teóricos sejam de enorme validade explicativa, é equivocado pensar que é possível localizar funções específicas em áreas delimitadas do cérebro. Embora tentativas dessa natureza sejam muito comuns, elas deixam de lado um dos aspectos mais importantes do cérebro humano: neurônios se conectam de forma quase promíscua, de modo que nenhuma área do cérebro trabalha sozinha; ao contrário, como em uma sociedade, as áreas do cérebro trabalham em constante burburinho de conversas cruzadas, negociação e cooperação (BRANDT, EAGLEMAN, 2017, p. 50).

Atualmente a experiência de primeira pessoa torna fácil pensar que o cérebro possui dois sistemas, um rápido e intuitivo, e o outro lento e deliberativo, e

que o primeiro é emocionalmente muito mais carregado que o primeiro; no entanto, para Lisa Barrett (2017, p. 223), essa separação rígida não é defensável do ponto de vista neurocientífico; o que ocorre é que, embora as redes envolvidas com o controle deliberativo às vezes estejam às vezes mais e às vezes menos implicadas nos processos mentais, elas estão sempre envolvidas, e mesmo quando elas estão menos implicadas, não quer dizer que a resposta seja exatamente emocional.⁸³

A ideia de que existem dois sistemas isolados é perpetuada muito em razão de problemas de metodologia (BENNETT, 2017, p. 223): na vida real, o cérebro de uma pessoa faz ininterruptamente previsões, em que cada estado mental é dependente do anterior, em uma relação de coerência e congruência; por outro lado, os experimentos de laboratório quebram essa dependência em cenários artificiais justamente para acentuar determinado aspecto da cognição. Existe, portanto, uma diferença substancial entre o mundo real que administramos diretamente todo dia e os experimentos de laboratório (BENNETT, 2017, p. 224). Assim, boa parte dos experimentos em Psicologia alimentam essa percepção.

Apesar da advertência de Bennett, não acredita-se que os modelos tais como os desenvolvidos por Kahneman, Haidt e Greene sobre a existência de sistemas duais de cognição sejam incompatíveis com a advertência. Os estudos dos primeiros autores demonstram claramente que sistemas automáticos desempenham um papel inevitável de cognição. Processos automáticos de cognição operam a todo tempo, de forma transversal e – característica da maior importância aqui – de forma não-consciente. No entanto, em cenários de mundo real, os dois sistemas operam juntos (cada autor atribui maior ou menor papel ao sistema deliberativo).

Com essas considerações sobre o sistema dual de cognição, passa-se então à apresentação do Modelo Sociointuicionista de Julgamento Moral.

⁸³ Como já mencionado anteriormente, não há consenso entre esses autores sobre o grau de autonomia entre cada um desses sistemas. Alguns autores defendem que os sistemas se alternam em rivalidade. Outros, como Bennet (e também Haidt, cuja Modelo Sociointuicionista será detalhado na próxima seção), entendem que existe mais fluidez entre os dois sistemas. Trata-se, portanto, de controvérsia acesa na Ciência da Cognição. Para o propósito desta tese, a pacificação do debate seria relevante, mas não essencial: o ponto incontroverso que pretende-se demonstrar é que existe uma cognição automática que desempenha um papel importante nos processos de tomada de decisão e, em qualquer um dos casos, a decisão racional pura buscada pelos processos jurídicos não passa de um mito.

2.3 O Modelo Sociointuicionista de Julgamento Moral

Durante muito tempo as Ciências Econômicas foram dominadas pela ideia *Homo economicus*. Da mesma forma, a Psicologia foi dominada por modelos filosóficos racionalistas para julgamentos morais, com ênfase no poder de razões a priori para compreender verdades sobre o mundo (HAIDT, 2001).

No entanto, esse paradigma racionalista começou a mudar. Um dos catalisadores dessa mudança foi sem dúvida difusão da metáfora do Sistema 1 e do Sistema 2, desenvolvida por Kahneman e Tversky, sendo amplamente empregada não só por economistas, como também por psicólogos, gestores, publicitários, etc, e, não obstante, permanece pouco conhecida no Direito pátrio. Isso nos remete às considerações já mencionadas de De Waal, de que, mesmo na disponibilidade de uma ferramenta que viabiliza melhor compreensão da cognição humana, os egressos das ciências sociais permanecem ignorantes quanto a elas, destituídos das ferramentas necessárias para ver sua própria sociedade com objetividade (DE WAAL, 2009, p. 5).

No mínimo, trabalhos como o de Kahneman fornecem instrumentos para que sejam questionados alguns pilares do Direito: não importa o quão privilegiado seja o papel atribuído pela Ciência Jurídica à racionalidade; alguns processos cognitivos simplesmente não são controlados pelo Sistema 2. E assim solapa-se, por exemplo, o princípio do livre convencimento motivado e princípio da persuasão racional na Teoria Geral do Processo. Defende-se aqui que, especificamente nos contextos em que a decisão jurídica tem conotação moral, a voz do Sistema 1 será inevitavelmente alta. Não obstante, na questão da moralidade e do julgamento moral, melhor que Kahneman, foi Jonathan Haidt que se aprofundou no contexto do julgamento moral, com teorias bem desenvolvida sobre o julgamento moral, também estruturada em um processo cognitivo dual, ainda que com cores próprias: o Modelo Sóciointuicionista de Julgamento Moral e a Teoria das Fundações Morais.

Nessa tarefa, o autor adentra uma discussão milenar travada por filósofos, sobre Ética e Moralidade. Sua contribuição é, entretanto, desenvolvida não dentro dos rigores disciplinares da Filosofia, mas sim dentro de um paradigma de consiliência, já que Haidt é um psicólogo de formação, e busca em várias disciplinas (a própria Psicologia, Antropologia, e também a Biologia Evolucionista e as Neurociências) elementos para participar dessa discussão filosófica que cruzou os séculos

alimentada pelo pensamento de algumas das maiores mentes que a humanidade já viu, chegando ao nosso tempo com riquíssimas contribuições.

Diferentemente da Psicologia latino-americana, que é eminentemente teórica (muito focada na teoria marxista, com ênfase em opressão, colonialismo e poder) (HAIDT, 2013, p. 22), a Psicologia norte-americana avança atualmente com base em testes empíricos e, portanto, as contribuições de Haidt nesse contexto tomarão também esse formato. Isso porque, na linha de Wilson e tantos outros pensadores (linha endossada também neste trabalho), defende-se que essas questões não são de domínio exclusivo da Filosofia contemplativa, mas podem sim ser objeto de teste empírico e alvo de reflexão de todos aqueles que se interessem pela temática com compromisso e rigor.⁸⁴

Parece importante mencionar também que, muito além do debate filosoficamente colocado que opõe razão à emoção, no contexto específico da Psicologia da segunda metade do século passado⁸⁵, a dicotomia toma outra forma: os

⁸⁴ Retorna-se aqui à já mencionada distinção conceitual dual da Neuroética, proposta por Adina Roskies (ROSKIES, 2002): a Neuroética amadureceu como campo de conhecimento nos anos 2000, e subdivide-se em torno de dois grandes eixos: a ética da neurociência e o segundo é a neurociência da ética, em que o primeiro eixo se ocupa de questões muito próximas da Bioética (relativas à realização dos estudos, bem como com os desdobramentos do conhecimento produzido). Já o segundo eixo, a neurociência da ética, propõe que questões fundamentais da ética (v.g. livre-arbítrio, autocontrole, identidade, intencionalidade) sejam investigadas na perspectiva das funções cerebrais. Trata-se da biologização da ética, na forma rudimentar proposta por biologizar a moralidade, como advogava Edward Wilson em seu Sociobiologia de 1975 (WILSON, 1975). O próprio Wilson assume hoje uma posição mais conciliatória, reservando um lugar privilegiado às Humanidades na mesa em que se discute esse tipo de questão (WILSON, 2014). Rigorosamente falando, o Modelo Sociointuicionista para Julgamento Moral de Jonathan Haidt não pode ser enquadrado dentro da Neuroética, porque desdobra não de um estudo de funções cerebrais, e também porque os fundamentos desse modelo estão na tese de doutoramento de Haidt (1992), desenvolvida na década de 1990, paralelamente à chamada revolução das neurociências. Não obstante, o modelo mas de um estudo de teste empírico típico das Ciências Naturais. Já continuação do trabalho de Haidt, na forma da Teoria das Fundações Morais, sofre maior influência da Neurociência, já que desenvolvida ao longo da década de 2000.

⁸⁵ A despeito dos desenvolvimentos do Iluminismo, a Psicologia se afastou da ideia da hegemonia da razão desde o final do século XIX até por volta de 1960, quando viveu a revolução cognitiva capitaneada (HAIDT, 2001, p. 816). Naquele período, Freud defendeu que as pessoas se comportam movidas sentimentos e motivos inconscientes, que são posteriormente traduzidos e em razões que podem ser publicamente aceitáveis. Outra escola influente, o behaviorismo de Skinner, defendeu que o comportamento humano era motivado por estímulos externos, de modo que a moralidade seria construída à medida em que a sociedade pune ou recompensa o indivíduo, que é, portanto, uma tábula rasa. Com a revolução cognitiva capitaneada por Lawrence Kohlberg, que reputa as teorias que o antecederam de teorias emotivas irracionais e defende que a moralidade das pessoas se baseia em uma avaliação fria que se sofisticava à medida que a pessoa se desenvolve. Kohlberg adota um modelo platônico de relacionamento entre razão e emoção, em que a emoção pode até ser considerada pela razão, mas esta é quem dá a última palavra no julgamento moral, de modo que a força moral da pessoa é a cognição (HADIT, 2001, p 816). Assim, desde cedo as crianças são entendidas como pequenas filósofas, que vão se aperfeiçoando com a idade, e este foi o paradigma dominante até o final do século passado.

pesquisadores se dividiam em duas correntes: os desenvolvimentistas cognitivos (*cognitive developmentalists*) e os psicólogos e antropólogos das diferenças culturais (*cross-cultural psychologists and anthropologists*) (HAIDT, 1992). Os primeiros defendem que, apesar das variações culturais, em todas as culturas a questão moral revolve em torno de noções apenas (ou fundamentalmente) de dano, direitos e justiça. O segundo grupo defende que a moralidade é uma construção social, que pode se estender sobre domínios muito mais amplos. Nesse contexto, a discussão é melhor entendida na oposição entre traços inatos e traços adquiridos (*nature v. nurture*).

Nesse momento, o debate “razão v. emoção” ganha contornos um pouco diferentes na Psicologia, ainda que exista um fundo compartilhado: noções de dano, direitos e justiça (em que se focam os desenvolvimentistas cognitivos) são **razões** (aqui no sentido de motivos ou causas), são elementos que qualquer ser humano dotado de razão perfeita (ou, juridicamente falando, um homem médio) é capaz de perceber e (por que não?) compartilhar. Se existem mais elementos nessa palheta de moralidade, então talvez não seja possível localizá-los racionalmente. Este é o contexto de debates que quem Haidt está localizado.

Curioso pensar, como explica Manuel Atienza, que, entre as teorias jurídicas com enfoque na idealidade do fenômeno jurídico (no Direito ideal), as melhores (na opinião do autor) são justamente as versões de jusnaturalismo que procuram o Direito racional (ATIENZA, 2013, p. 20). Ai se vê que a busca pela razão – pelo racional – ordenou boa parte as teorias desenvolvidas não só no âmbito da Filosofia, mas também no âmbito da Psicologia e do Direito. A própria possibilidade desse tipo de empreitada é alvo de questionamento aqui.

Outro esclarecimento: como se verá mais adiante, o teste de Haidt foi estruturado em torno de narrativas apresentadas a sujeitos, que deveriam posteriormente responder algumas perguntas. Essa tradição de trabalho foi amadurecida no campo da chamada Psicologia do Desenvolvimento, que estudava principalmente o desenvolvimento moral de crianças (HAIDT, 2013, p. 5): como e quando as crianças diferenciam certo de errado? Ou, resumidamente, de onde vem a moralidade? O campo da Psicologia Moral, até a década de 1990, estava integralmente absorvido pela Psicologia do Desenvolvimento, até ampliar seu escopo e atingir independência disciplinar. Mas especificamente no campo da Psicologia do Desenvolvimento, as questões fundamentais desse campo polarizavam os

pesquisadores em dois extremos (como visto acima): ou a moralidade é adquirida (aprendida socialmente) ou ela é inata (o debate *nature v. nurture*). Jean Piaget e Lawrence Kohlberg são grandes nomes nesses debates sobre os estágios de desenvolvimento moral das crianças, e defendiam a moralidade como um traço adquirido. Os testes desenvolvidos por esses pesquisadores envolviam, então, a elaboração de pequenas narrativas⁸⁶ para serem apresentadas a crianças e adolescentes de várias idades, que posteriormente deveriam responder perguntas sobre suas impressões. A questão com essas histórias é que todas envolviam algum senso de dano ou injustiça.

Com o avanço da Psicologia Moral como um campo independente, ampliou-se também seu campo de estudos: primeiramente ocupada apenas como o desenvolvimento/amadurecimento moral de crianças, o objeto de interesse passou a englobar também como adultos chegam aos seus julgamentos morais. Leituras de etnografias e textos tradicionais (como a Bíblia) mostraram que as questões moralizadas são muitas e variadas, e frequentemente em nada se relacionam como relações interpessoais que configurem dano ou injustiça: comida, menstruação, sexo, pele, o manejo de cadáveres são temas frequentes nesses textos (HAIDT, 2013, p. 15).

O que, então, distingue questões morais de outras questões (de questões estéticas, de habilidade ou de mero gosto pessoal)? Muitas foram as tentativas de identificar os traços distintivos da questão moral.

Aqui, adota-se uma perspectiva mais empírica (que se atenta para um fato comportamental sobre seres humanos), em detrimento de uma definição formal que liste todos os elementos necessários e suficientes de um julgamento moral. Esse fato é que “em todas as culturas, as pessoas conversam sobre e avaliam as ações de outras pessoas, e essas avaliações possuem consequências para as futuras interações” (HAIDT, 2001, p. 817, tradução nossa).⁸⁷ Diante disso, julgamentos morais são definidos como avaliações (bom vs. mal) das ações ou do caráter de uma pessoa, que são feitas com base em um conjunto de virtudes consideradas obrigatórias para

⁸⁶ Exemplos dessas narrativas: um homem chamado Heinz deve arrombar a farmácia para furtar um remédio que irá salvar a vida de sua esposa? Uma menina chamada Louise deve contar para a mãe dela que a irmã mais nova contou uma mentira?

⁸⁷ No original: “that in every society, people talk about and evaluate the actions of other people, and these evaluations have consequences for future interactions”.

uma cultura ou subcultura” (HAIDT, 2001, p. 817, tradução nossa).⁸⁸ Note-se que o conteúdo dessa definição é deixado em branco, para que considere confortavelmente inúmeras variações culturais observadas. Assim, muitas questões de hábitos alimentares podem ser consideradas apenas questão de gosto pessoal (como gostar de hambúrguer); todavia, em determinadas comunidades (não só em culturas que nos parecem exóticas, como o hinduísmo, mas também dentro de nossa própria sociedade, como ocorre com os vegetarianos ou aqueles que defendem uma dieta dita limpa) alguns comportamentos alimentares passam a ser moralizados e, portanto, sujeitos a julgamento moral (quem come hambúrguer passa a ser moralmente inferior àqueles aos outros membros, já que o preparo do hambúrguer envolve a morte de outro ser vivo).

Apesar disso, e ainda que existam variações culturais importantes em relação a questões moralizáveis (como mostram a questão do sacrifício humano e do tratamento com os mortos, ou ainda o exemplo acima do hambúrguer), existe uma forma de buscar objetividade no estudo da moralidade.

Em primeiro lugar, existem determinadas matérias que parecem ser moralizadas em praticamente todas as culturas, os chamados **universais morais**. Assim, práticas em relação aos mortos, interações entre pais e filhos, o amor romântico e a sexualidade – todos são exemplos que questões que serão importantes em qualquer sociedade (BLOOM, 2017). Onde quer que se vá, há restrições em relação à comida, sexo e morte. E essas restrições não são apenas preferências, mas sim ordenações de que é proibido comer isso ou aquilo, ou comer algo num determinado dia, tal prática sexual é proibida, e os mortos devem ser tratados de tal e tal outra forma – normalmente práticas com objetivo de evitar a degradação (física e moral) e manifestar valores referentes à pureza (BLOOM, 2017). Existem ainda valores relativos à comunidade, quando interesses comunitários opõem-se a interesses individuais.⁸⁹ Essas convergências não recebem a devida atenção por um viés

⁸⁸ No original: “evaluations (good vs. bad) of the actions or character of a person that are made with respect to a set of virtues held to be obligatory by a culture or subculture”.

⁸⁹ Haidt explica que a maior parte das sociedades deve enfrentar algumas questões de ordenação social, dentre as quais uma das mais importante é balancear os interesses individuais quando em conflito com os interesses coletivos (HAIDT, 2013, p. 16-17). Nessa questão, as sociedades se dividem entre individualistas e sociocêntricas (*sociocentric*). As sociedades individualistas amadureceram a partir do Iluminismo, numa cultura amadurecida a partir do século XIX e focada nos direitos individuais, e compõem hoje as democracias ocidentais. Por outro lado, a maioria das sociedades antigas, e boa parte das sociedades subdesenvolvidas e as sociedades orientais mantêm um padrão sociocêntrico. Mesmo assim, não é raro encontrar momentos em que os interesses

cognitivo na forma epistemologia da Psicologia e da Antropologia: os estudos antropológicos focam sempre no que é diferente, no que é exótico, e as convergências seriam tão desinteressantes quanto dizer que os humanos naquela sociedade têm nariz, ou têm dois braços e duas pernas (BLOOM, 2013, loc. 237). Entretanto, essas convergências são de enorme valor científico: são exatamente elas que apontam para universais morais e, como pretende-se mostrar a seguir, as pessoas são sensíveis a essas violações de maneira automática e visceral – intuitiva –, independente de uma avaliação fria prévia de dano ou injustiça, em um processo muito diferente daqueles defendidos por modelos filosóficos morais racionalistas, ou modelos de desenvolvimento moral cognitivos. E, para demonstrar isso, passa-se agora ao experimento de Haidt (1992).

Pela importância do Modelo Sociointuicionista desenvolvido a partir desse experimento, ele será apresentado aqui com mais detalhe.

Antes, todavia, são importantes alguns esclarecimentos sobre o desenho do experimento. Como visto acima, testes sobre moralidade são frequentemente realizados com base em pequenas narrativas, normalmente construídas em contextos moralizados, elaboradas pelos pesquisadores para serem apresentadas aos sujeitos da pesquisa, que depois devem responder perguntas sobre suas impressões sobre essas narrativas e, eventualmente, oferecer razões sobre suas impressões. Exemplos tradicionais dessas pequenas narrativas são:

Um homem chamado Heinz deve arrombar a farmácia para furtar um remédio que irá salvar a vida de sua esposa? (narrativa elaborada por Kohlberg, citado por HADIT, 2001, p. 816)

Uma menina chamada Louise deve contar para a mãe dela que a irmã mais nova contou uma mentira? (HADIT, 2013)

Uma menina quer usar a gangorra, então ela empurra o menino que está lá e o machuca. (HAIDT, 1992, p. 24)

Um menino usa roupas normais para ir à escola, mesmo que essa escola exija que os estudantes usem uniforme. (HAIDT, 1992, p. 24).

Um homem come toda a comida dele usando as mãos, pública e privadamente, depois de lavar as mãos. (HAIDT, 1992, p. 24)

Essas histórias reproduzem danos físicos direito a um inocente (a prototípica violação moral), enquanto outras emulam violações sociais (que algumas pessoas podem ver como culturalmente variáveis, violações morais mais fracas, ou meras convenções sociais).

coletivos se sobrepõem aos interesses individuais mesmo nas culturas ocidentais individualistas, como ocorre com o confisco de produção (e.g. alimentos) durante os esforços de guerra.

Assim, a tarefa de Haidt era desenvolver narrativas nesse estilo que descrevessem situações que despertassem o sentimento rápido e intuitivo de violação moral (intuições típicas de Sistema 1), mesmo que claramente não descrevessem a intenção de prejudicar alguém, nem tampouco implicassem consequências prejudiciais a alguém (*harmless offensive moral violations*). Ou seja, são histórias em que o agente viola uma regra ou costume de forma que a ação pareça errada, sem que, contudo, haja alguma intenção danosa ou dano em si. O objetivo dessas narrativas é gerar um desconcerto moral (CÔRTEZ, 2016, p. 94). Com isso, seria possível verificar justamente qual o tipo de cognição prevalece quando é necessário posicionar-se diante de uma discussão moralizada. Se a razão (o Sistema 2, ou o montador do elefante) prevalece nesse contexto, então as pessoas seriam capazes de oferecer razões para seu posicionamento (essa ação foi errada [moralmente condenável] por conta das razões tais). Se, por outro lado, a resposta é automática, então seria possível observar respostas de Sistema 1, ou do elefante.

Para provocar esse desconcerto moral, duas das histórias envolvem o sentimento de desrespeito ou desobediência (da bandeira e da promessa, abaixo), e as três outras histórias envolvem comida e hábitos sexuais e são desenhadas para promover a emoção de nojo (*disgust*) (do cachorro, dos irmãos e da galinha, também abaixo). São elas:

Uma mulher está limpando o próprio armário e encontra uma bandeira brasileira velha. Ela não quer mais a bandeira, então ela corta a bandeira em pedaços e utiliza os retalhos para limpar o banheiro dela.

Uma mulher estava morrendo e em seu leito de morte ela pede ao próprio filho que prometa visitar o túmulo dela toda semana. O filho amava muito sua mãe, então ele promete visitar o túmulo toda semana. Mas, depois que a mãe morre, o filho não cumpre a promessa, porque ele estava muito ocupado.

O cachorro de uma família morre atropelado por um carro em frente à casa da família. Eles escutaram que carne de cachorro é deliciosa, então eles cortam o corpo do cachorro e cozinham e comem no jantar.

Um irmão e uma irmã gostam de se beijar na boca. Quando ninguém está perto, eles se encontram em um esconderijo secreto e se beijam na boca, apaixonadamente.

Um homem vai ao supermercado uma vez por semana e compra uma galinha morta. Mas, antes de cozinhar a galinha, ele tem relações sexuais com ela. Então ele a cozinha e come. (HAIDT, 1992, tradução nossa)

Cada entrevistado recebe também três histórias preliminares (do balanço, do uniforme e de comer com as mãos, já mencionadas anteriormente) parafraseadas de estudos anteriores (HAIDT, 1992, p. 24), como forma de controle, para que se

acostume com o formato dos problemas: na primeira história, existe uma violação moral universal, já que existe dano físico direto provocado pelo agente a uma vítima inocente. Já a segunda e terceira histórias apresenta um típico caso de convenção social, já que não existe dano a terceiro. As cinco histórias revoltantes mas inofensivas eram apresentadas em ordem aleatória.

Depois de cada história, o entrevistado responde seis perguntas:

a) A avaliação: “O que você pensa sobre isso? Está muito errado, pouco errado, ou perfeitamente ok que (descrever a ação)?”

b) Justificativa: “Você pode me dizer por quê?”

c) Dano: “Alguém sofreu dano pelo que o agente fez?”

d) Incômodo: “Imagine que você realmente visse alguém fazendo isso. Isso te incomodaria, ou você não ligaria?”

e) Interferência: “Deveria haver uma interferência para impedir o ator de fazer isso? Ou ele deveria sofrer uma punição?”

f) Universalidade: “Suponha que você tome conhecimento sobre dois países. No país A, as pessoas fazem isso com frequência, e no país B elas nunca fazem isso. Os dois costumes estão OK, ou um dos dois é ruim ou errado?”

Segundo Haidt (1992), a pergunta sobre o dano tem o objetivo de verificar se existem diferenças culturais na percepção de dano, e a pergunta de incômodo tem função similar em relação à percepção da ofensividade. Na verdade, as perguntas mais importantes são da Interferência e da Universalidade, desenhadas para descobrir se o entrevistado moralizou as histórias. A pergunta de Interferência procura descobrir se a ação é vista como privada do agente, ou se uma interferência seria legítima ou apropriada, sendo que se o entrevistado entende que é uma questão privada, espera-se que ele rejeite uma intervenção. Já a Universalidade procura perceber se a ação é vista como uma violação moral universalmente errada, independentemente dos costumes locais, ou se essa ação é vista como uma convenção social que pode ser diferente em diferentes países. Se o entrevistado responde que nos dois casos há problemas, então a ação foi vista como convenção social, ao passo que se o entrevistado responde que há problemas, ele percebeu a ação como universalmente errada.

Um dos pontos positivos dessa pesquisa (e de seu desenvolvimento posterior, na forma da Teoria das Fundações Morais, que será apresentada mais adiante) é não ter sido realizada exclusivamente com alunos de graduação de universidades ocidentais. Na verdade, Paul Bloom já alertava de forma cômica que, tradicionalmente, a Psicologia se ocupa do estudo de duas populações: calouros na universidade e ratos de laboratório (BLOOM, 2002, p. 78). De forma mais estruturada, Henrich, Heine e Norenzayan demonstraram como os sujeitos utilizados em pesquisas das ciências comportamentais normalmente são ocidentais, escolarizados, oriundos de sociedades industrializadas, ricas e democráticas (em inglês, *western, educated, industrialized, rich e democratic*, compondo o acrônimo curioso *WEIRD*, que, em inglês, significa esquisito) (HAIDT, 2013, p. 112; HENRICH, HEINE, NORENZAYAN, 2010, p. 61).

A pesquisa de Haidt envolveu não só uma amostra WEIRD, mas também duas variáveis culturais: o nível de desenvolvimento industrial (já que envolveu sujeitos de desenvolvimento industrial diferente, EUA e Brasil) e o padrão socioeconômico (HAIDT, 1992, p. 18). De fato, em parceria com as pesquisadoras brasileiras Angela Biaggio, Silvia Koller e Graça Dias, Haidt aplicou o questionário não só na Filadélfia (onde a pesquisa foi desenvolvida), como também nas cidades brasileiras de Porto Alegre e Recife (HAIDT, KOLLER, DIAS, 1993). Entre as cidades, há variação de desenvolvimento industrial, sendo que a Filadélfia é a cidade mais industrializada e Recife a menos (variável de desenvolvimento industrial). Em cada uma dessas três cidades, foram entrevistadas pessoas de alto padrão socioeconômico (APS) e baixo padrão socioeconômico (BPS). Por fim, em cada grupo socioeconômico, foram entrevistados adultos entre 19 e 26 anos (Ad) e crianças entre 10 e 12 anos (Cr). Em todos os grupos, havia equivalência entre pessoas do gênero feminino e masculino, além de correspondência à demografia da cidade em termos raciais. Assim, a amostra da pesquisa está estruturada da seguinte maneira, em que cada grupo era composto por 30 pessoas, somando 360 pessoas no total:

Filadélfia				Porto Alegre				Recife			
APS		BPS		APS		BPS		APS		BPS	
Ad	Cr	Ad	Cr	Ad	Cr	Ad	Cr	Ad	Cr	Ad	Cr

Tabela 2 Distribuição da amostra (HAIDT, 1992)

Pela revisão de literatura prévia à pesquisa, pessoas em democracias industrializadas deveriam apresentar comportamento mais individualista que pessoas em sociedades com menor grau de industrialização, e existem estudos demonstrando como os norte-americanos são mais individualistas que os latino-americanos, aqui incluídos os brasileiros (HAIDT, 1992, p. 18). Dentro de uma lógica semelhante, em cada uma das cidades, a hipótese era de que pessoas de padrão socioeconômico maior seriam mais individualistas que aquelas com padrão socioeconômico pior. Assim, dentro da literatura disponível, foram feitas as seguintes hipóteses:

- 1) A maioria das pessoas da Filadélfia de alto padrão socioeconômico irão julgar as histórias degradantes mas inofensivas [*harmless-offensive stories*] como assuntos não-morais, já que esse grupo apresenta uma moralidade baseada em dano.
- 2) Haverá um efeito grande da cidade, de modo que as histórias inofensivas mas degradantes serão mais moralizadas no Recife e menos moralizadas na Filadélfia.
- 3) Haverá um grande efeito do padrão socioeconômico, de modo que, em cada cidade, as histórias degradantes mas ofensivas serão mais moralizadas pelas pessoas de baixo padrão socioeconômico e que por aquelas de alto padrão.
- 4) A maioria das pessoas de baixo padrão socioeconômico no Recife julgarão as histórias degradantes mas ofensivas como sendo violações morais, já que este grupo é o mais provável de apresentar uma modalidade multidimensional.⁹⁰ (HAIDT, 1992, p. 19-20, tradução nossa).

Assim, uma previsão possível para o estudo seria que os norte-americanos deveriam, em média, prestigiar liberdades e direitos individuais, e deveriam julgar com menos severidade atos nojentos ou desrespeitosos, desde que esses atos não interferissem com as liberdades e direitos alheios (HAIDT, 1992, p. 18).

Os resultados indicam que a racionalidade não é a única faculdade que influencia o julgamento, bem como que existem substanciais diferenças entre os grupos, detalhadas a seguir.

Primeiramente, convém lembrar que as narrativas foram cuidadosamente elaboradas para que não houvesse qualquer dano ou injustiça realizado em função das ações. Qualquer pessoa, no uso de suas faculdades racionais puras, deveria chegar a essa conclusão. No entanto, muitos dos sujeitos (aqui considerando a totalidade dos participantes) encontraram vítimas para justificar a reprovação moral

⁹⁰ No original: “1) A majority of the high-SES Philadelphia subjects will judge the harmless-offensive stories to be non-moral issues, since this group has a harm-based morality. (On this prediction, both sides agree). 2) There will be a main effect of city, such that the harmless-offensive stories will be moralized most in Recife, and least in Philadelphia. 3) There will be a main effect of SES, such that, within each city, the harmless-offensive stories will be moralized more by low-SES subjects than by high-SES subjects. 4) A majority of the low-SES Recife subjects will judge the harmless-offensive stories to be moral violations, since this group is likely to have a multi-dimensional morality”

nas histórias. Assim, no caso da bandeira, 9% dos participantes entenderam que alguém sofreu dano (alguns citam a própria pessoa, que sentiria culpa, outras pessoas citaram o país como a vítima, e outros ainda personificaram a própria bandeira, que se tornou a vítima). No caso da história da promessa, 19% entenderam que a vítima seria o próprio filho, (que sentiria culpa) e outros 19% citaram terceiros, que poderiam ser assombrados pelo espírito da mãe. Na história do cachorro, 14% das pessoas citaram a própria família seria vítima da ação (que sofreria problemas de saúde) e 13% citaram os vizinhos como vítimas, que ficariam perturbados ao saber da história. A história do beijo levou o maior número de pessoas a citar uma vítima: 34% citou os irmãos como vítimas (por uma perturbação emocional posterior) e 19% citaram os pais, caso viessem a descobrir. No caso da galinha, 37% das pessoas disseram que o homem passaria mal, e 9% citaram alguma outra vítima. Existe uma pequena variação entre as cidades: na Filadélfia, encontraram menos vítimas que em Recife e Porto Alegre. Também as pessoas de baixo padrão socioeconômico encontraram as mais vítimas. No entanto, é importante frisar, a variação na percepção da lesividade das ações (se a ação provocou vítima) é relativamente pequena (HAIDT, 1992, p. 31). De fato, é marcante que, das 1.620 vezes em que uma história ofensiva mas revoltante foi apresentada a um entrevistado, o entrevistado fabricou uma vítima em 38% das vezes, ainda que muitas vezes pareça inseguro ao informar ao pesquisador/entrevistador quem seria a sua vítima (HAIDT, 1992, p. 42).

Não obstante, considerando-se que as histórias foram elaboradas para que não houvesse vítimas, o fato de que em 38% das vezes essas vítimas foram fabricadas denuncia que a análise da narrativa não foi puramente racional. Como a existência de uma vítima legítima a condenação, talvez seja essa a razão que leva os entrevistados a procurarem por uma.

Outra questão fundamental mencionada por Haidt é a seguinte: entre as perguntas de dano (que procura essa vítima) e a pergunta de incômodo, a segunda mostrou correlação mais forte com as perguntas seguintes (de avaliação, interferência e universalização). Assim, reações emocionais (de incômodo) foram um preditor mais eficiente que a procura racional por uma vítima (pergunta de dano). É, portanto, mais informativo perguntar “essa situação te causa desconforto/incômodo?” que perguntar “alguém foi prejudicado?” Apenas entre os estudantes universitários da Filadélfia, a pergunta de dano foi preditor mais importante que a pergunta de incômodo. Apenas

esse grupo apresentou a moralidade defendida pelos estudos de desenvolvimento cognitivo (focada em dano e em justiça), enquanto que os outros onze grupos (mesmo os universitários brasileiros), em diferentes graus, mostraram uma moralidade mais multidimensional (HAIDT, 1992, p. 44). Aqui está a semente para o modelo sociointuicionista apresentado neste trabalho.

Diante disso, nas conclusões de sua tese, Haidt defende que os modelos de desenvolvimento moral deveriam ser revisitados para colocar mais ênfase nas emoções que em avaliações racionais de dano e justiça.

Já na pergunta sobre sentir-se incomodado, as três populações universitárias foram indiferentes às histórias de desrespeito (da bandeira e da promessa). Já as histórias de nojo (beijo, cachorro e galinha) provocaram incômodo em 73% dos participantes, em que a história da galinha provocou maior revolta. Crianças ficaram em geral mais incomodadas que os adultos, ainda que com fraca variação. Pessoas de baixo padrão socioeconômico também ficam mais incomodadas que pessoas de alto padrão socioeconômico. Esses resultados são conforme o esperado. No entanto, um resultado fora do esperado foi que os brasileiros (de Recife e Porto Alegre) ficaram **menos** incomodados que os sujeitos da Filadélfia, mostrando que resposta afetiva mais forte dos norte-americanos em comparação com os brasileiros.

Relembre-se ainda que as perguntas relativas à interferência e à universalização são justamente as perguntas para verificar a moralização da situação: se o entrevistado acredita que deve haver uma interferência na ação do sujeito narrado, então aquela ação ultrapassou os limites da expressão privada. Já a pergunta sobre a universalidade mostra se o entrevistado percebe aquela conduta como possível de variação cultural ou costumeira, ou se considerada a ação universalmente errada.

A pergunta sobre avaliação (a ação está muito errada, pouco errada, ou perfeitamente ok) provoca no entrevistado uma avaliação geral, e não é possível distinguir aqui se o parâmetro foi uma regra moral universal ou uma convenção social, ainda que sirva como uma medida inicial de tolerância (HAIDT, 1992, p. 33). Todos os grupos reputaram a ação na história do balanço como muito errada. Nas ações de convenção (do uniforme e de comer com as mãos), os grupos consideraram as ações como moderadamente erradas, ainda que com grande variação entre os grupos (os

grupos da Filadélfia foram os mais tolerantes, seguidos por Porto Alegre, e depois Recife). Os grupos de alto padrão socioeconômico foram mais tolerantes, bem como os adultos em relação às crianças. As histórias de desrespeito foram aquelas julgadas menos erradas (mesmo em comparação com as histórias de convenção). Já as histórias que ensejam nojo (beijo, cachorro e galinha) foram as que mais pessoas julgaram como erradas, perdendo apenas da história do balanço, mas nessa avaliação, observou-se significativa variação de cidades: Filadélfia mostrou-se a mais tolerante, seguida de Porto Alegre e depois Recife). Em todo caso, o grupo de adultos de alto padrão socioeconômico das três cidades mostrou alta tolerância de forma semelhante, mostrando que existem mais semelhanças entre esses grupos que entre compatriotas.

Em relação à questão sobre interferência (de impedir ou punir o agente), a maioria dos entrevistados entendeu que a menina na história do balanço deve ser impedida de empurrar o menino. Em relação à história do uniforme, igualmente, a maioria entendeu que a escola deveria fazer valer a regra. Em relação à comer com as mãos, as respostas foram variadas: os entrevistados de Recife entenderam com mais frequência que deve haver interferência em relação aos entrevistados de Porto Alegre e Filadélfia, que se assemelharam. Crianças e pessoas de baixo padrão socioeconômico também defenderam a interferência com mais intensidade. Em resumo, os três grupos de universitários foram os mais relutantes em defender a interferência no caso de convenção social (HAIDT, 1992, p. 35).

As histórias de desrespeito (bandeira e promessa), entre todas as oito narrativas (ou seja, mesmo considerando as histórias de convenção), foram as mais frequentemente consideradas como privadas.

E novamente, como anteriormente, as três histórias de nojo foram julgadas com mais gravidade, e menos entrevistados as consideraram como de assunto privado. Os entrevistados de Recife endossaram a interferência com mais frequência que aqueles de Porto Alegre e Filadélfia, que se assemelharam. Da mesma forma, em geral, crianças e pessoas com menor padrão socioeconômico endossaram a interferência com mais frequência. Existiu uma considerável variação cultural nesse quesito, variável não só em relação às cidades mas também fortemente em relação ao padrão socioeconômico: os norte-americanos de alto padrão socioeconômico (adultos e crianças) percebem as histórias nojentas como uma questão privada,

mesmo que se sintam incomodados por elas, ou que as considerem erradas, confirmando uma ética individualista focada na autonomia (desde que não haja prejuízo a terceiros). Essa percepção foi observada com mais consistência apenas no grupo de alto padrão socioeconômico de Porto Alegre, seguido por Recife. Logo, a primeira advertência em relação à literatura predominante é a seguinte: não se pode falar em uma cultura ocidental individualista (com ênfase em autonomia individual) sem antes se especificar a classe social do indivíduo (HAIDT, 1992, p. 37).

Por fim, a questão da universalização mostra a percepção do entrevistado em relação à história. Se o entrevistado não admite variação cultural, então ela está moralizada de forma mais intensa, que revolve em torno de uma norma universal, e não como uma questão de convenção social. Assim, a história do balanço é percebida pela maioria dos entrevistados como não susceptível de variação cultural. As histórias de convenção (do uniforme e de comer com as mãos) foram percebidas pela maioria dos entrevistados como convenções sociais variáveis. Já em relação às histórias de nojo, metade dos entrevistados (considerados na sua totalidade) considerou as narrativas como violadoras de uma norma moral universal (não susceptível de variação cultural), enquanto a outra metade entendeu de forma contrária. Houve, entretanto, forte variação entre os grupos: os três grupos universitários mais o grupo de crianças norte-americanas de alto padrão socioeconômico entenderam que as histórias podem ser objetivo de variação de convenção social, e foram os mais relutantes em criticar os costumes de outros países, mostrando alto grau de tolerância e relativismo cultural. Importante notar também que, em relação às histórias de convenção (do uniforme e de comer com as mãos), os entrevistados de Recife as universalizaram também. Isso mostra que, quanto menor o desenvolvimento industrial de uma sociedade, mais provável é que convenções sociais sejam percebidas como normas morais universais inescapáveis.

Em relação a esses resultados, é curioso anotar que, embora haja variações significativas entre as pessoas de cada cidade, padrão socioeconômico e idade, variação de gênero não foram observadas (HAIDT, 1992, p. 34).

Diante desses resultados, Haidt identificou um grupo que considerou de moralidade estreita (*narrow morality*), composto dos três grupos de adultos de alto padrão socioeconômico nas três cidades (os grupos formados por universitários), mais o grupo de crianças de alto padrão socioeconômico da Filadélfia. Nesse grupo, as

peças hesitam em criticar ou condenar outras peças e outras culturas. Considera-se a moralidade desses grupos como estreita porque ela engloba menos elementos que os demais, de moralidade ampla. Apesar da diferença de origem, as semelhanças entre eles são marcantes. Ainda assim, é curioso notar, pelos filtros da pesquisa, que entre os quatro grupos de moralidade estreita, o grupo universitário de Recife é aquele com moralidade mais ampla (mais provável de endossar uma interferência). Nesse grupo de moralidade estreita, alguns entrevistados se recusaram a universalizar até mesmo a história do balanço, que retrata um dano inquestionável a um terceiro inocente.

Por um lado, a moralidade encontrada no grupo de norte-americanos de alto padrão socioeconômico se assemelha ao modelo cognitivista, baseada numa avaliação de danos (mesmo que haja o sentimento de que a ação foi errada, e que haja o julgamento privado nesse sentido, essas pessoas não endossam qualquer forma de interferência, e também não entendem suas concepções como normas morais universais). Por outro lado, a moralidade encontrada em pessoas de baixo padrão socioeconômico e no Brasil (exceção feita aos universitários de Porto Alegre) mostram uma moralidade mais multidimensional, para englobar também uma proibição moral contra atos nojentos.

É importante perceber que esses resultados não podem ser lidos de forma rápida e simplista. Há uma considerável variação dentro do espectro de moralidade, entre aquilo que Haidt chamou de moralidade estreita (ligada à percepção de danos, direitos e justiça) e uma moralidade multidimensional (que se atenta também para questões de respeito, hierarquia, poluição e pureza). Ainda que haja grandes semelhanças entre os três grupos universitários e as crianças norte-americanas de alto padrão socioeconômico (não as brasileiras), o único grupo com moralidade claramente baseada em avaliação de dano é o grupo de universitários norte-americanos. Observa-se também uma variação entre padrão socioeconômico: caso o estudo fosse realizado apenas com a população universitária (a amostra WEIRD), os resultados seriam bem diferentes. O próprio Haidt observa que, ainda que tenha se esforçado para garantir uma variação cultural no seu estudo (buscando amostras na população brasileira), apenas a variação socioeconômica já renderia resultados bastante parecidos com aqueles efetivamente alcançados. Ou seja, mesmo considerando as diferenças, a variável socioeconômica foi determinante entre adultos:

os universitários da Filadélfia possuem muito mais em comum com seus colegas universitários brasileiros que com seus vizinhos de baixo padrão socioeconômico (HAIDT, 1992, p. 45).

Outra questão importante parece ser em relação à idade. As crianças de alto padrão socioeconômico da Filadélfia apresentam uma moralidade estreita semelhante aos universitários. Haidt anota que a vida universitária muitas vezes impõe ao estudante uma visão que enfatiza a liberdade, a tolerância e o respeito por variações culturais. O estudante que não partilha desse *ethos* corre o risco de rapidamente ser taxado de preconceituoso. Essa mesma atmosfera acontece nas escolas infantis da Filadélfia, mas não nas escolas infantis brasileiras. Conseqüentemente, essa cultura tolerante não aparece nas crianças brasileiras, mesmo aquelas de alto padrão socioeconômico (HAIDT, 1992, p. 46).

Diante dos resultados, Haidt conclui que “algumas culturas, inclusive as elites ocidentais de alta escolaridade, podem limitar o domínio da moralidade a questões de dano, direitos ou justiça, mas um corpo crescente de pesquisas empíricas demonstra que outras culturas constroem um domínio mais amplo de questões morais”⁹¹ (HAIDT, 1992, p. 53, tradução nossa). Mais ainda, o estudo sugere que as normas culturais, e emoções culturalmente desenvolvidas possuem um impacto substancial no domínio da moralidade e no processo de julgamento moral (HAIDT; KOLLER, DIAS, 1993).

Por que esses resultados foram apresentados aqui com tanto detalhe? Porque uma das hipóteses centrais deste trabalho é justamente que, também dentro do contexto jurídico, algumas matérias são decididas orientadas pela matriz moral mais ampla, e não apenas por uma análise de dano e justiça, como seria razoável de se supor.

Um fenômeno observado de forma recorrente na pesquisa coloca as pessoas na situação de sentirem que a situação está errada, e não conseguirem achar argumentos razoáveis (racionais) para amparar esse julgamento. Esse sentimento é chamado pelos autores como de estupefação ou estupefação moral (ou perplexidade moral) (*moral dumbfounding*) (HAIDT, KOLLER, DIAS, 1993; HAIDT, 2001, p. 817; HAIDT, 2013, p. 29).

⁹¹ No original: “Some cultures, including educated Western elites, may limit the domain of morality to issues of harm, rights and justice, but a growing body of empirical research demonstrates that other cultures construct a broader domain of moral issues”.

De se frisar, nesse fenômeno, a pessoa considera uma situação como uma violação moral, sem, contudo, conseguir oferecer boas razões que suportem seu julgamento (é uma busca por vítimas, por injustiças, por danos que possam amparar essa intuição). Elas procuram essas boas razões, e começam a extrapolar e violar as condições da narrativa com argumentos do tipo “mas e se...”. Elas gaguejam, riem, e se espantam com sua própria inabilidade de explicar sua posição; não obstante, mantêm sua posição inicial alinhada com a forte intuição inicial de que há algo de errado com aquela situação.

Até 1990, os modelos explicativos para julgamento moral descreviam processos cognitivos de raciocínio explícito e deliberativo. No entanto, como visto na seção anterior, toda a Psicologia (capitaneada pela Psicologia Social e com aplicação clara nas Ciências Econômicas) foi tomada por uma “revolução da automaticidade”, que parte do pressuposto de que grande parte da vida cotidiana de uma pessoa não é determinada por suas intenções conscientes e escolhas deliberadas, mas sim por processos mentais desencadeados por circunstâncias ambientais que se apresentam independentemente de percepções ou orientações conscientes (GRAHAM et al., 2012, p. 65).

No caso de julgamentos morais, um fato de grande impacto é a intuição gerada assim que a pessoa percebe a situação. Nesse contexto, intuição deve ser entendida como:

a súbita aparição na consciência, ou na borda da consciência, de um sentimento valorativo (gostar-não gostar, bem-mal) sobre o caráter ou ações de uma pessoa, sem qualquer percepção consciente de ter passado por etapas de busca, ponderação de evidências ou inferência de uma conclusão.⁹² (Haidt & Bjorklund, 2008, p. 188, tradução nossa)

Esse sentimento possui até mesmo expressão na linguagem comum. Na língua inglesa existe a expressão *gut feeling*, para descrever sentimentos viscerais (em língua portuguesa, não existe uma expressão com essa metáfora, de modo que *gut feeling* é traduzido normalmente como intuição ou instinto; no entanto, em alemão, a expressão aparece como *Bauchgefühl*, e em espanhol, como *sensación de la tripa*). Usando essa expressão, Graham et al. (2012, p. 66) o julgamento moral é mais o resultado desse *gut feeling* (mais produto do coração que da cabeça), e se assemelha

⁹² No original: “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 awareness of having gone through steps of search, weighing evidence, or inferring a conclusion”

muito mais ao julgamento estético que de raciocínios deliberados baseados em princípios.

O raciocínio moral, por outro lado, é um processo controlado e frio (no sentido de menos carregado por sentimentos afetivos), uma atividade mental consciente que consiste em transformar informações sobre pessoas e suas ações no intuito de alcançar um julgamento ou decisão moral (HAIDT, 2007, p. 998).

Isso não significa dizer que as pessoas não realizam processos cognitivos deliberativos para realizar julgamentos morais (de fato, a formação jurídica tem exatamente o objetivo de, no mínimo, atenuar essas inevitáveis intuições morais dos juristas, para que eles considerem entregar soluções **legais**). O próprio modelo sociointuicionista acomoda esse tipo de processo cognitivo, embora pressuponha que sua ocorrência é mais rara. A Figura 4 demonstra como o modelo opera:

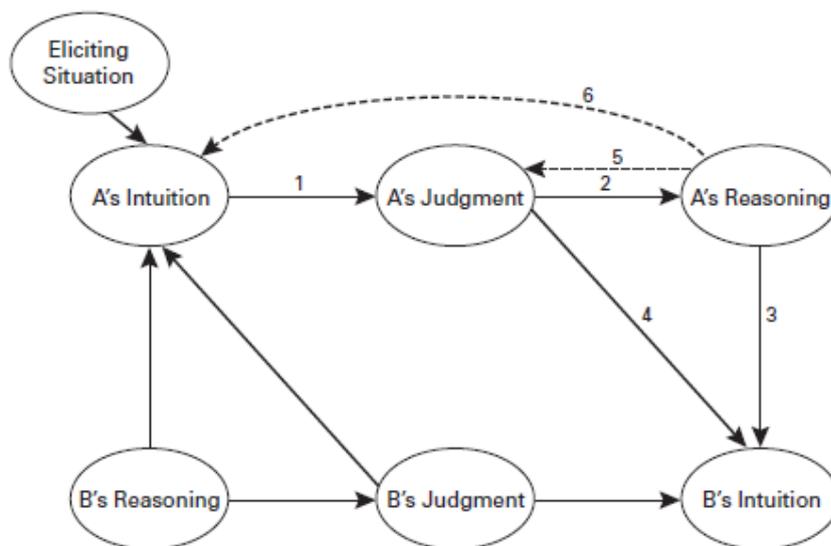


Figura 3 Modelo sociointuicionista de julgamento moral (HAIDT, BJORKLUND, 2008, p. 187)

Na figura, cada seta é um processo psicológico, que descreve o relacionamento entre a intuição inicial do que é bom ou mal, o julgamento moral consciente e as razões morais conscientes. As primeiras quatro setas são as mais importantes do modelo, e por isso são linhas contínuas. As linhas 5 e 6 descrevem (descreveriam a forma como os filósofos resolvem problemas); elas são incorporadas ao modelo, embora os sejam consideradas mais raras.

Assim, a pessoa A é exposta a uma determinada situação (*eliciting situation*). Imediatamente, forma-se a intuição (*A's intuition*) sobre a situação (se ela é moralmente reprovável ou louvável), que forma o julgamento (*A's judgment*). A Seta 1 descreve portanto o elo do julgamento intuitivo. Assim, intuição moral pode ser definida da seguinte maneira:

Intuição moral é definida como a aparição repentina na consciência, ou à margem da consciência, de um sentimento avaliativo (gosto-desgosto, bom-mau) sobre o caráter ou a ação de uma pessoa, sem a percepção consciente de ter passado pelas etapas de procurar, ponderar evidências ou inferir uma conclusão. (...) Essa experiência consciente de atribuir culpa ou elogio, incluindo a **crença** na correição ou erro do ato, é o julgamento moral.⁹³ (HAIDT, BJORKLUND, 2008, p. 188, tradução nossa, grifos no original)

Os autores (HAIDT, BJORKLUND, 2008, p. 188) descrevem que, embora o esquema simplifique a cognição, cada pessoa possua uma matriz de valores muitas vezes conflitantes, e todos eles participam da formação da intuição (frise-se, muitas vezes de forma conflitante). Assim, uma pessoa pode experimentar um lampejo de um sentimento negativo em relação a um grupo estigmatizado (negros, homossexuais ou mulheres), e resistir/bloquear a tendência normal da intuição de progredir para um julgamento justamente em razão da influência de outros valores.

No entanto, acredita-se que talvez esse processo de sufocar uma intuição por conta de valores conflitantes talvez seja melhor descrito com as setas 5 e 6 (explicadas abaixo).

Na Psicologia, estudos sobre o raciocínio descrevem múltiplas etapas até que se alcança uma decisão: a busca pelas evidências, a ponderação em relação a essas evidências, a coordenação dessas evidências em face das teorias, em que várias dessas etapas devem ocorrer de forma consciente. Esses processos envolvem, portanto, que um processo pelo qual informações sejam digeridas até que se alcance uma decisão. Dizer que um processo de raciocínio moral é consciente significa que ele é intencional, custoso, controlável e que a pessoa está ciente dos processos que estão ocorrendo (HAIDT, BJORKLUND, 2008, 189). No MSI, esse procedimento intencional e custoso é descrito pela Seta 2; no entanto, sua função não é a de buscar informações para **tomar** uma decisão, mas sim para **justificar** uma decisão.

⁹³ No original: " 'Moral intuition' is defined as 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 awareness of having gone through steps of search, weighing evidence, or inferring a conclusion. (...) This conscious experience of blame or praise, including a belief in the rightness or wrongness of the act, is the moral judgment".

É sabido que esses julgamentos são realizados na esfera privada da cognição pessoa e jamais serão compartilhados com outras pessoas. No entanto, caso seja necessário compartilhar, a pessoa apresenta razões (*A's reasoning*) para substanciar esse julgamento (tais razões são, todavia, meras justificativas elaboradas posteriormente para justificar o julgamento feito independentemente delas). A seta 2 descreve, assim, o elo da racionalização *post hoc*.

As evidências mais dramáticas de racionalizações *post hoc* podem ser observadas nos casos de pacientes que foram submetidos a neurocirurgias que separam os dois hemisférios do cérebro. Sabe-se que os estímulos percebidos pelo olho direito são processados no lado esquerdo do cérebro (e, por decorrência, os estímulos percebidos pelo olho esquerdo são percebidos pelo hemisfério cerebral direito). No entanto, harmonizar todas as informações recebidas é tarefa do normalmente dominante hemisfério cerebral esquerdo harmonizar, que é também fortemente implicado na parte verbal. De se frisar: quando uma pessoa fixa a visão em um ponto no espaço (como um ponto na parede), tudo que estiver à esquerda desse ponto seria projetado para o hemisfério cerebral direito, e tudo que estiver à direita desse ponto será processado pelo hemisfério cerebral esquerdo. Em um cérebro normal, isso faz pouca diferença, pois toda informação é consolidada e processada no hemisfério esquerdo, que é também responsável pela fala.

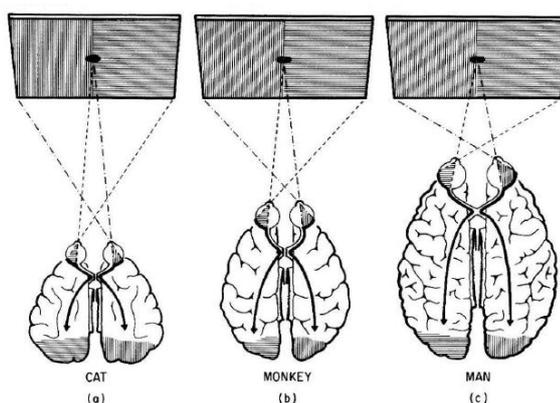


Figura 4 - O sistema nervoso de todos os vertebrados é organizado da mesma maneira: (a) o gato, (b) o macaco e (c) o humano (GAZZANIGA, 1985, p. 30)

No caso de pacientes submetidos à cirurgia que separa os hemisférios, esta consolidação não ocorre. Quando um paciente vendado segura um objeto na mão direita, ele é capaz de identificar o objeto pelo tato e dizer o nome do objeto. No

entanto, quando esse paciente segura o objeto na mão esquerda, ele não mais é capaz de dizer qual objeto é (GAZZANIGA, 1985, p. 42).

Nesses pacientes, quando um estímulo é percebido pelo lado esquerdo do corpo (como uma ordem que é lida), eles simplesmente reagem ao estímulo. Como o hemisfério esquerdo do cérebro tem a função integrativa, que manter a coerência da história, esses pacientes posteriormente apresentam razões para justificar o comportamento. Por isso mesmo, Gazzaniga refere-se a essa função do hemisfério esquerdo como o “módulo interpretativo” (*interpreter module*): o comportamento pode ser orientado por qualquer um dos hemisférios, mesmo em pacientes que tiveram o corpus colossos seccionado; a função do módulo interpretativo é acomodar e instantaneamente construir uma história para explicar porque o comportamento ocorreu (GAZZANIGA, 1995, p. 5). Mais ainda, esse “módulo” tem ainda a função de gerar teorias constantemente e reflexivamente para os eventos **internos e externos** que ocorrem com a pessoa. Achar causas para tudo que acontece com a pessoa é, portanto, um impulso irresistível.

Em seu livro, Eagleman relata uma conversa que teve com Elyn Saks, professora de Direito na *University of Southern California*. Saks sofre de esquizofrenia desde os 16 anos de idade. Com ajuda de remédios e terapia, ela consegue funcionar bem na sociedade e controlar os surtos. Ela conta que sobre suas alucinações: “eu sentia como se as casas estivessem comunicando-se comigo: você é especial. Você é especialmente má. Arrependa-se. Vá. Eu não escutava isso como palavras, mas escutava isso como pensamentos colocados na minha cabeça. Mas eu sabia que isso eram os pensamentos das casas, e não meus” (EAGLEMAN, 2015, p. 60). Ela conta relata um episódio em que ocorreram explosões em seu cérebro, que machucariam outras pessoas, além dela mesma. Ou outro em que o cérebro dela vazaria pelos ouvidos e afogaria outras pessoas. A medicina sabe que esses episódios são causados por desequilíbrios químicos no cérebro, e a pessoa acometida simplesmente não consegue perceber que existe algo de estranho na realidade criada pela esquizofrenia. Para ela, aquilo é realidade. Seja quando Elyn estava em um delírio, ou medicada e alinhada com a realidade tal como percebida pela população em geral, ela “acreditava que o que estava vivenciando estava realmente acontecendo. Para ela, como acontece com todos nós, a **realidade é uma narrativa**

passada dentro do auditório fechado do crânio” (EAGLEMAN, 2015, p. 61, tradução nossa, grifos acrescentados).⁹⁴

Eagleman prossegue explicando que a realidade é fruto dos estímulos externos que a pessoa recebe, mas também fruto de uma atividade desempenhada pelo cérebro, de construção. A todo tempo, o cérebro erra na percepção do mundo, porque parte de presunções ou antecipações e não de estímulos externos. Assim, para Eagleman, “acumulações de tais realidades falsas colore as nossas crenças e ações de tal forma que jamais seremos conscientes delas” (EAGLEMAN, 2015, p. 61, tradução nossa).⁹⁵

Já o processo descrito pela seta 5 é exatamente aquele no qual se baseiam os modelos racionalistas, e descreve o processo em que altera-se o julgamento moral após avaliação das razões. Isso pode acontecer, por exemplo, quando sopesa-se os custos e benefícios de uma determinada ação (HAIDT, 2007).

Já a seta 6 descreve o processo em que as razões têm poder persuasivo suficiente para alterar a própria intuição. Especula-se que a persuasão racional ocorra quando as intuições iniciais não são fortes e a capacidade de processar novas informações seja elevada (HAIDT, BJORKLUND, 2008, p. 193).

Tome-se o seguinte exemplo. Uma pessoa apresenta uma matriz moral que prestigia a autonomia individual e a busca pela felicidade – um liberal.⁹⁶ Ao pensar sobre relacionamentos homoafetivos, essa pessoa é tomada por emoções negativas (frequentemente associadas ao nojo). Essas emoções deveriam servir para incitar um julgamento moral negativo. No entanto, embora a primeira intuição possa continuar negativa, o julgamento moral é reformado por questões racionais. No experimento descrito acima, esse tipo de raciocínio foi observado também no caso dos adultos de alto padrão socioeconômico de sociedades industrializadas (adultos da Filadélfia e Porto Alegre), quando analisam as histórias aversivas.

No caso da seta 6, as razões são usadas para mudar as próprias intuições: é possível reformular uma situação para vê-la com um novo ângulo, com novas consequências, o que gera novas intuições que competem com as primeiras intuições

⁹⁴ Tradução livre de: “[she] believed that what she was experiencing was really happening. For her, as with all of us, reality is a narrative played inside the sealed auditorium of the cranium”.

⁹⁵ Tradução livre de: “accumulations of such false realities color our beliefs and actions on ways of which we can never be cognizant”.

⁹⁶ O termo liberal é empregado aqui apenas para simplificar, opondo-se genericamente a uma pessoa de matriz conservadora e religiosa.

(HAIDT, 2007). Ainda no exemplo acima, suponha que o liberal reforce para si mesmo a ideia de que um relacionamento homoafetivo expressa o amor entre duas pessoas, que esse amor é semelhante ao compartilhado por um homem e uma mulher, que experimentar um relacionamento afetivo com outra pessoa é parte importante da vida de uma pessoa, que a torna mais feliz, mais tolerante, mais generosa, etc etc. Suponha que, ao invés de alimentar sentimentos negativos que ele originalmente tinha (o que o levaria a manter distância dessas pessoas), esse liberal conscientemente cultive amizades com homossexuais, que passe a estimar essas pessoas à medida que o convívio se estreita. Em algum momento, a própria intuição se altera, induzida por razões, em um processo cognitivo privado da pessoa.

Assim, o MSI prevê que as pessoas podem mudar seus valores (que levam às suas intuições) tanto pelo processo de persuasão racional privado, quando pelo processo de persuasão social (quando a interação com outras pessoas, com seus valores e suas razões) (HADIT, 2001, p. 819-822; 2003)

Assim, o MSI acomoda também o tipo de cognição racional privilegiada por modelos racionalistas (modelos ético-filosóficos normativos e modelos psicológicos de desenvolvimento moral, como o de Kohlberg). No entanto, a ênfase do MSI é nas intuições, ao passo que a ênfase dos modelos racionalistas é na razão (HAIDT, BJORKLUND, 2008, 186). Assim, para o MSI, apesar de previstos em teoria, os processos descritos pelas Setas 5 e 6 são incomparavelmente mais raros.

Como já mencionado algumas vezes, mesmo entre os psicólogos não existe um consenso sobre o papel da razão na formação desse julgamento. Para o MSI, a deliberação racional e consciente é rara. Já Paul Bloom e Pizarro (2003), argumentam que **frequentemente** as intuições são apenas um ponto de partida para a deliberação moral, e que o raciocínio moral consciente altera as intuições iniciais. A diferença substancial entre esse entendimento e o MSI é a frequência com que isso acontece.

Como o modelo é **socio**intuicionista, é relevante também o aspecto social desse modelo. A função das razões é exatamente convencer outras pessoas. Seu objetivo é, portanto, instilar uma intuição na outra pessoa que, por sua vez, irá levar a um julgamento moral. Se, no caso da cognição privada de um indivíduo, as razões normalmente têm apenas a função de justificar julgamentos intuitivos iniciais, na interação social essas razões têm o objetivo causal (HAIDT, BJORKLUND, 2008,

181). Ao conversar com outras pessoas, elas expõem novos argumentos, que, por sua vez, podem desencadear novas intuições (HAIDT, 2007).

Muitas pessoas pensam que o fator determinante na evolução da linguagem é encontrar a verdade. No entanto, essa visão tem sido questionada, principalmente dentro da Psicologia Evolucionária (HAIDT, BJORKLUND, 2008, 190). Para esses pesquisadores, essa ferramenta tem a função principal de acompanhar a reputação de outras pessoas, e de manipular essas outras pessoas para aumentar sua própria reputação – ou seja, tem a função de viabilizar a interação social. Nada impede que a ferramenta seja empregada para novos propósitos, como a investigação científica ou filosófica.

Retoma-se, assim, a epígrafe dada a este capítulo, em que nenhuma pessoa ou mente se emancipa no isolamento. O modelo Sociointuicionista demonstra isso claramente. É uma característica de nossa espécie ser ultrassocial. Mais do que isso, as interações se desenvolvem conforme dinâmicas, que podem ser observadas e descritas. Muitas das teorias são tentativas de descrevê-las. Mais ainda, recuperando as palavras dos juristas Oliver Goodenough e Micaela Tucker, alerta que as Ciências Jurídicas se ocupam de questões sobre o pensamento e o comportamento, pelo menos de forma ingênua, por séculos; no entanto, “o Direito deve trabalhar com e dentro do cérebro humano para governar o comportamento e estruturar a sociedade, e à medida que o ajuste da lei à cognição melhora, também sua eficácia aumentará” (GOODENOUGH, TUCKER, 2010, p. 62).⁹⁷

Quando trabalha-se com modelos como o MSI, a ambição é exatamente mostrar que a cognição humana não opera dentro de padrões racionais rígidos, puros, frios. Muito ao contrário, o processo de tomada de decisão é influenciado por inúmeros fatores. Particularmente, quando se o Direito se vê na posição de decidir sobre questões moralizadas, cada um dos seres humanos em posição de autoridade é uma matriz moral de inúmeros valores, muitos deles conflitantes entre si, muitos deles compartilhados por parte significativa da sociedade, e tantos outros únicos. Isso é parece ser um fato inevitável sobre o ser humano. São pessoas que mudam suas decisões se estão com fome, se estão cansados, se estão com raiva. Quando pensa-

⁹⁷ No original: “Law must work with and within the human brain to govern behavior and structure society, and as the law’s cognitive fit improves, its effectiveness will increase”.

se que o Direito tem a missão também de garantir aspectos mínimos de justiça, essas questões não podem ser ignoradas.

Mais ainda, como ficará evidente no Capítulo 3, a constitucionalização do Direito significa também uma abertura moral. Como explica Atienza (2014, p. 283), no Estado de Direito Constitucional, a argumentação tem enorme valor (segundo o autor, nos ordenamentos jurídicos de tradição continental, a obrigação de motivar as sentenças é um fenômeno recente, que se acelera depois da segunda guerra mundial). Dessa forma,

a ideia do Estado de Direito parece implicar a necessidade e que as decisões dos órgãos públicos sejam argumentadas. Isto acontece porque no contexto de um Estado de Direito a justificação das decisões não depende só da autoridade que as proferiu, mas também do processo seguido e do conteúdo. O Estado de Direito oferece, assim, as maiores oportunidades para a argumentação que qualquer outro tipo de organização do poder. Neste sentido pode afirmar-se que **a ideia reguladora do Estado de Direito é a submissão do Estado, do poder, à razão e não desta ao poder**. (ATIENZA, 2014, p. 284, grifos acrescentados)

O seja, diante do movimento de constitucionalização do direito, aliado à vocação mais atuante do Poder Judiciário, é possível esperar que a argumentação jurídica ganhe importância cada vez maior. Atienza vai ao ponto de defender um enfoque do Direito como argumentação, “que consiste em ver o Direito como propósito, uma técnica, para a solução de determinados problemas práticos (...), uma visão instrumental, pragmática e dinâmica do Direito que pressupõe, utiliza e, de certo modo, dá sentido às (...) perspectivas teóricas” (ATIENZA, 2014, p. 280) mais relevantes do Direito (ATIENZA, 2014, p. 279; 2013, p. 21-21): o enfoque estrutural (apresentado nas diversas formas de normativismo jurídico), o funcional (representado pelas posturas realistas e sociológicas, que tendem a identificar o direito com a conduta dos juízes ou operadores jurídicos, ou seja, foca-se no direito efetivamente eficaz) e o idealizado (representado pela jusnaturalismo, cujas melhores versões procuram o que se entende por Direito racional).

Atienza explica então o que entende por argumentação: “argumentar ou raciocinar é uma atividade que consiste em apresentar razões a favor ou contra uma determinada tese que se trata de sustentar ou refutar” (ATIENZA, 2014, p. 285). Reflita-se sobre isso na perspectiva do MSI: se grande parte dos julgamentos morais é determinado por intuições viscerais, e os argumentos são apenas racionalizações *post hoc*, a argumentação jurídica passa a ser menos uma forma de solucionar

problemas, e mais uma forma de legitimar decisões arbitrárias de indivíduos que ocupam as posições institucionais de poder.

No entanto, a lição que se tira do estudo do MSI é que a grande parte da argumentação tem a função de servir apenas de justificação post hoc para intuições morais geradas a partir de outros protocolos. Segundo Haidt (2001), o processo de raciocínio moral não causa o julgamento moral, e sua função na verdade é procurar uma construção argumentativa post hoc, demandada depois que o julgamento moral já se formou. É preciso lembrar que o aspecto social do MSI é fundamental: o julgamento moral deve ser estudado como um processo interpessoal (exatamente como é o processo judicial). No entanto, o raciocínio moral (esse organizado com razões) é um fenômeno *ex post facto* empregado quando há a necessidade de influenciar as intuições (e, conseqüentemente, o julgamento) de outras pessoas. A pessoa normalmente sabe instantaneamente seus sentimentos sobre uma determinada situação, sabe intuitivamente quando algo está errado. A partir desse sentimento, o raciocínio moral se comporta como um advogado à procura de argumentos para substanciar essa intuição (e o julgamento decorrente dela), e não como um juiz (ou cientista) à procura da verdade.

As pessoas não são prisioneiras de suas intuições iniciais; na verdade, o modelo permite maleabilidade e capacidade de resposta diante de novas informações e circunstâncias (HAIDT, 2003). Existem, como já descrito, pelo menos três formas descritas no modelo para que essas respostas intuitivas e imediatas sejam alterada (HAIDT, 2007): a primeira é pelo uso das razões (como a avaliação de custos e benefícios), a segunda ocorre quando uma situação é vista por novas perspectivas (o que pode gerar novas intuições, rivais) e a última é pela interação com outras pessoas (o aspecto social desse modelo). A questão que permanece controversa é sobre a frequência com que cada um desses processos ocorre (o MSI descreve que as duas primeiras formas são raras).

Acredita-se que a educação formal (como o curso superior em Direito) é uma forma de alterar a matriz moral das pessoas. Tome-se, por exemplo, a preocupação que grande parte dos juristas compartilha com garantias processuais: normalmente, causa enorme indignação à população leiga quando provas contundentes de que alguém cometeu um crime são excluídas porque formalidades não foram observadas (é o que ocorre com a apreensão sem mandado judicial de

material contendo pedofilia, por exemplo). No entanto, ao longo do curso, essas pessoas passam a apreciar (em maior ou menor medida) a importância de garantias processuais, ou seja, elas recebem novos valores em sua matriz que passam a influenciar suas intuições.

Pelo experimento, é possível ver que nem todas as pessoas realmente se prendem às suas intuições iniciais. Mesmo nos casos mais artificiais dos dilemas de Haidt, em relação à média de todos os indivíduos entrevistados, é bastante significativa a porcentagem dos indivíduos (principalmente os brasileiros) que concorda que o agente das histórias deve ser impedido ou punido por suas ações. Também em relação à média de todos os indivíduos entrevistados, é significativa também a porcentagem de indivíduos que universaliza seu julgamento:

	Recife	Porto Alegre	Filadélfia	Média geral de todos os indivíduos entrevistados
Cachorro	40	33	10	56
Beijo	53	50	57	68
Galinha	50	63	27	64

Tabela 3 Percentual de adultos de alto padrão socioeconômico que acredita que o agente da história deve ser impedido ou punido (HAIDT, 1992, p. 57)

	Recife	Porto Alegre	Filadélfia	Média geral de todos os indivíduos entrevistados
Cachorro	13	17	07	53
Beijo	20	22	17	56
Galinha	43	57	23	64

Tabela 4 Percentual de adultos de alto padrão socioeconômico que acredita que universalizou seu julgamento (HAIDT, 1992, p. 58)

Singularizou-se apenas esse grupo porque os juízes brasileiros são todos oriundos desse grupo. Embora a estrutura universitária brasileira (organizada em cursos com recortes disciplinares estritos) leve à uma variação brutal no treinamento que os estudantes universitários recebem (alunos de alguns cursos jamais serão expostos a discussões de filosofia moral), os indivíduos entrevistados eram alunos dos cursos de Psicologia. Assim, é uma hipótese razoável supor que os alunos do Curso de Direito apresentem resultados semelhantes (testar essa hipótese é um desenvolvimento subsequente possível desta tese).

Ou seja, mesmo entre o grupo com moralidade mais estrita (mais focada em dano e injustiça), percebe-se que grande parte dos indivíduos entrevistados é

influenciado por suas intuições morais ao julgar os casos. Assim, é também razoável supor que, caso os juízes se submetessem a essas entrevistas, os resultados também não seriam muito diferentes (e, novamente, a aplicação desse teste a juízes ficam como desenvolvimento subsequente desta tese).

Outro aspecto interessante dessa linha de pensamento é a seguinte: todos os juízes brasileiros passaram pela universidade, e é razoável supor que os resultados dessas entrevistas, se feitas com eles, seriam semelhantes (exporiam uma moralidade mais estrita). Por outro lado, os membros do Poder Legislativo nem sempre possuem formação superior (em muitos locais, duvida-se até mesmo que sejam alfabetizados). Por isso, é razoável supor que a moralidade dessas pessoas seja mais multidimensional. Ou seja, uma parte das tensões entre Legislativo e Judiciário talvez seja explicada exatamente pelo fato de que pessoas em cada um desses poderes não compartilham a mesma matriz moral (aqui, novamente, fica uma proposta de estudos subsequentes). De fato, as discussões recentes sobre a descriminalização do aborto, o reconhecimento da união estável (e casamento) homoafetiva e a legalização da maconha parecem poder ser explicadas por essa perspectiva. A impossibilidade de um consenso, alcançável pelo diálogo racional, explica-se pelo fato de que essas pessoas simplesmente não compartilham a matriz moral.

O que leva a uma nova pergunta: quais valores compõem essa matriz? A busca da Filosofia Moral foi sempre por um valor (ou alguns poucos) que possam nortear o julgamento moral, em uma abordagem claramente normativa (WILLIAMS, 2006). Em 1985, o filósofo inglês Bernard Williams já comentava que o cardápio oferecido pela Filosofia tradicional (tradicionalmente, as empreitadas utilitaristas e as empreitadas deontológicas de matriz kantiana) não parece fazer jus à riqueza da experiência ética propriamente dita, da fenomenologia da vida ética, entendida como “o que acreditamos, sentimos, ou presumimos como correto; as formas como enfrentamos obrigações e reconhecemos responsabilidade; os sentimentos de culpa e vergonha” (WILLIAMS, 2006, p. 93, tradução nossa).⁹⁸

O MSI já indica essa riqueza, e mostrou indícios de que os universais morais não se limitam a dano, injustiça ou direitos. Assim, a moralidade das pessoas

⁹⁸ No original: “Such a philosophy would reflect on what we believe, feel, take for granted; the ways in which we confront obligations and recognize responsibility; the sentiments of guilt and shame.”

compõe-se de uma palheta de valores mais variada que apenas isso. As narrativas que incitam sentimentos de nojo mostram isso claramente: ainda que algumas ações não influenciam outras pessoas de qualquer maneira, os valores em jogo ali não podem ser violados. Um desenvolvimento subsequente estruturou essa riqueza em uma teoria com poder explicativo. Trata-se da Teoria das Fundações Morais (*Moral Foundations Theory*, ou TFM), exposta no próximo capítulo. Por ora, é preciso explorar melhor as consequências do MSI para explicar a argumentação judicial, principalmente na consolidação do que tem sido conhecido como o Estado Constitucional de Direito.

2.4 Argumentação jurídica no Estado Constitucional de Direito: princípios jurídicos como argumentação substantiva travestida de argumentação institucional

A aproximação do Direito com a Moral pode ser estudada com muitas perspectivas diferentes. É possível abordar a questão pela via conceitual pura (por exemplo, pela teoria do Direito), ou por perspectivas mais concretas, como é a crítica ao ativismo judicial (ou elogio ao construtivismo), pelo Direito Administrativo (pelas discussões sobre discricionariedade administrativa, controle judicial de políticas públicas e aplicação do Direito Administrativo); no entanto, uma abordagem teórica que toma força em ordenamentos jurídicos de tradição ibérica conhece-se por neoconstitucionalismo, ou neoconstitucionalismos (no plural). Assim, essa discussão teórica bem colocada na atualidade opõe positivismo jurídico de um lado e neoconstitucionalismo de outro.

Não obstante, é preciso esclarecer que positivismo e (neo)constitucionalismo (como Direito e Moral) são termos polissêmicos.

Assim, Lloredo Alix (2017) informa que o positivismo tem mil faces. Entre elas, está a curiosa caricatura desenhada pelo autor, de que o positivista é um “jurista obtuso que vive deslumbrado pela literalidade da norma vigente, que nunca manifesta preocupação com a ética, a justiça ou o interesse social, e que provavelmente sacrificaria a leitura de um poema por uma análise do Diário Oficial”

(LLOREDO ALIX, 2017, p. 250-251).⁹⁹ No entanto, como frequentemente ocorre com caricaturas, é raro de se encontrar esse jurista, e nenhum dos pensadores mais influentes do positivismo contemporâneo encaixa-se na descrição.¹⁰⁰

Lloredo Alix menciona que são muitos os adjetivos que acompanham o positivismo: legalista, normativista, historicista, analítico, formalista, institucionalista, realista, metodológico, teórico, ideológicos, ético, normativo, corrigido, sofisticado, inclusivo, exclusivo, incorporacionista, presumido, moderado, positivo, negativo, sociológico ou psicológico, entre outros. É importante destacar que, se hoje o positivismo é normalmente visto de forma pejorativa (principalmente diante da perspectiva neoconstitucionalista), houve momentos na história em que ele era considerado como um ar fresco. A ditadura franquista, por exemplo, possuiu forte inspiração jusnaturalista religiosa (católica), à qual a orientação positivista oferecia justa oposição. Também no processo de redemocratização latino-americano, a orientação positivista foi vista como uma posição mais liberal e socialdemocrata, em comparação com o direito seguido pelas ditaduras militares.

Exatamente por ter tantas (e tão diferentes) faces, a chamada “crise do positivismo jurídico” não é um fenômeno recente, mas sim algo que o acompanha desde seu nascimento, há duzentos anos (LLOREDO ALIX, 2017). Aqui (considerando-se o escopo do trabalho), aborda-se do positivismo por um aspecto aceito por quase todas as teorias que levam esse nome (LLOREDO ALIX, 2017): não existe uma conexão necessária entre direito e moral.

Pelo lado do (neo)constitucionalismo, a mesma polissemia aparece. Entre os autores mais conhecidos considerados (neo)constitucionalistas,¹⁰¹ há uma pluralidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política (SARMENTO, 2009): há os

⁹⁹ No original: “jurista obtuso que vive ofuscado por el texto literal de la norma vigente, que jamás manifiesta preocupación por la ética, la justicia o el interés social, y que probablemente sacrificaría la lectura de un buen poema por el análisis ramplón del Boletín Oficial del Estado”.

¹⁰⁰ Algumas das formulações mais conhecidas são as do alemão Hans Kelsen, do italiano Norberto Bobbio e do inglês H. L. A Hart, cada um deles com uma teoria sofisticada do Direito.

¹⁰¹ Sarmento (2009) destaca o norte-americano Ronald Dworkin, os alemães Robert Alexy e Peter Häberle, os italianos Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Susanna Pozzolo, e o argentino Carlos Santiago Nino. No Direito de língua castelhana, destacam-se o próprio Miguel Carbonell (do México), além dos espanhóis Manuel Atienza e José Juan Moreso. No Direito brasileiro, os juristas que abertamente debatem nessa perspectiva (também listados por Sarmento, 2009) são Luis Roberto Barroso, Lênio Luiz Streck, Antonio Cavalcanti Maia, Ana Paula de Barcellos, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Paulo Ricardo Schier, Eduardo Moreira, Écio Otto Ramos Duarte, Thomas Rosa de Bustamante, José Ribas Vieira, Dimitri Dimoulis e Humberto Ávila (evidentemente, cada um desses autores também apresenta reflexões autônomas sobre a questão).

positivistas e os não-positivistas, defensores da necessidade do uso do método na aplicação do Direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas.

O próprio termo *Neoconstitucionalismo* é recente (COMANDUCCI, 2009; POZZOLO, 2009; SARMENTO, 2009), embora constitucionalismo seja um movimento observável desde o final do século XVIII (COMANDUCCI, 2009). Trata-se de conceito formulado sobretudo na Itália e Espanha, que tem reverberado bastante na literatura brasileira (embora seja pouco empregado no debate constitucional americano e alemão) (SARMENTO, 2009).

Uma obra seminal nessa discussão é a coletânea de artigos organizada pelo mexicano Miguel Carbonell com o nome *Neoconstitucionalismo(s)* (2009), cuja primeira edição foi publicada em 2003. No Prólogo da obra, Carbonell explica que o uso da palavra no plural se justifica exatamente em virtude das substanciais diferenças entre aqueles que estudam hoje o constitucionalismo contemporâneo. O neoconstitucionalismo não é um modelo consolidado ou estabilizado; aliás, o próprio Carbonell menciona que dentro desse modelo estudam-se tensões que nem sequer parecem harmonizáveis (como é a ponderação de bens constitucionais, que não permite, na maior parte dos casos, soluções gerais a priori que sirvam para todos os casos concretos ou todos os países).

Não obstante, embora as discussões tomem formas e rumos muito diversos, há entre elas um fio condutor comum: todos os autores hoje identificados com a discussão neoconstitucionalista concordam que “as modificações operadas no modelo ou paradigma do Estado constitucional são de tal entidade que já podemos falar de um Estado (neo)constitucional” (CARBONELL, 2009, p. 9).¹⁰² Trata-se, portanto, da fase contemporânea do constitucionalismo, e designa um específico modelo constitucional, composto pelo “conjunto de mecanismos normativos e institucionais, realizados em um sistema jurídico-político historicamente determinada, que **limitam os poderes do Estado e/ou protegem os direitos fundamentais**”¹⁰³ (COMANDUCCI, 2009, p. 75, tradução nossa, grifos acrescentados).

¹⁰² No original: “las modificaciones operadas sobre el modelo o paradigma del Estado constitucional son de tal entidad que ya puede hablarse de un Estado (neo)constitucional.”

¹⁰³ No original: “conjunto de mecanismos normativo e institucionales, realizados en un sistema jurídico-político históricamente determinado, que limitan los poderes de Estado y/o protegen los derechos fundamentales”.

Se antes o Direito Civil desempenhou o papel de direito geral, que conferia certa unidade dogmática ao ordenamento (a própria teoria geral do direito era estudada dentro do Direito Civil, e só recentemente ganhou autonomia didática), a Constituição passou a desfrutar hoje de uma supremacia não só formal, como também material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios (BARROSO, 2015, p. 401). Conforme explica Luís Roberto Barroso, “a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito” (BARROSO, 2015, p. 402).

Como explica Gustavo Zagrebelsky:

A lei, um tempo atrás a medida exclusiva por todas as coisas no campo do direito, abre caminho para a Constituição e se torna ela mesma um meio. Ela é destronada em favor de uma instância superior. E esta instância mais alta agora assume a importantíssima função de manter juntos e em paz sociedades inteiras divididas em seu interior e concorrentes. Uma função que não existia em outro tempo, quando a sociedade política existia, e supunha-se que fosse em si mesma, unida e pacífica. **Na nova situação, o princípio da constitucionalidade é o que deve garantir a consecução desse objetivo de unidade.**¹⁰⁴ (ZAGREBELSKY, 2016, p. 40, tradução nossa, grifos acrescentados)

Nesse novo paradigma, a leitura de todo o Direito à luz da Constituição não leva apenas à obediência às regras constitucionais formais (como ocorre na visão tradicional do normativismo kelseniano, ou nas normas de pedigree de Hart), mas também à observância aos valores constitucionais. Tais valores da Constituição coincidem, em larga medida, com a realização dos direitos fundamentais. Esse fenômeno leva a um inafastável interesse em toda a dogmática relativa aos direitos fundamentais, que passam a nortear toda a dogmática jurídica.¹⁰⁵

Não são poucos os problemas conceituais quando se fala de Constituição e Direito Constitucional, a começar pelo próprio conceito de Constituição, que frequentemente envolve um diálogo estreito entre Direito, Política e Ética. Seria ela a lei suprema de um Estado que confere fundamento de validade de toda a ordem

¹⁰⁴ No original: “La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada en favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales. Una función inexistente en otro tiempo, cuanto la sociedad política estaba, y se suponía que era en sí misma, unida y pacífica. En la nueva situación, el principio de constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución de este objetivo de unidad”.

¹⁰⁵ Embora existam movimentos pontuais, que tentam recuperar a autonomia disciplinar do Direito Civil (como ocorre com na Alemanha), o Direito pátrio como um todo parece contagiado pelo Direito Constitucional e a lógica dos direitos fundamentais.

jurídica (Kelsen)? Uma regulamentação entre as relações de poder desenvolvidas em um país (Lassale)? Um catálogo de valores?

Para a finalidade aqui proposta, pode-se distinguir a Constituição por meio de uma concepção descritiva e uma concepção prescritiva (POZZOLO, 2010, p. 89). A primeira entende a Constituição como norma, ou seja, como um conjunto de regras jurídicas positivas consideradas superiores ou fundamentais em relação às demais regras do sistema. Entendida dessa maneira, a Constituição materializa o pensamento liberal, a desconfiança da sociedade quando aos governantes e legisladores, cujo poder tenta limitar.

Já a segunda concepção coloca a Constituição como um conjunto de regras jurídicas positiva, mas que atingem o status constitucional em relação do específico conteúdo que elas expressam. Assim, não é qualquer matéria que atinge esse status, **mas sim apenas determinados valores, valores fundamentais**. Na concepção prescritiva, a Constituição desfruta não só de grau jurídico-hierárquico mais elevado, como se apresenta também como uma norma **axiologicamente** suprema (POZZOLO, 2010, p. 90).

No singular ou no plural, Neconstitucionalismo engloba os estudos sobre o constitucionalismo contemporâneo. Assim, o Neoconstitucionalismo é uma forma de abordar questões muito distintas (CARBONELL, 2009). Por um lado, é possível estudar uma série de fenômenos que produzem impactos evidentes no que se chama hoje Estado Constitucional. Por outro lado, estudam-se também sob o termo neoconstitucionalismo teorias do Direito influenciadas por esse constitucionalismo. Fortemente associada ao movimento é a retomada das discussões sobre a crise do positivismo jurídico e a aproximação do Direito à Moral,¹⁰⁶ pelo constitucionalismo. Isso porque acredita-se que a incorporação de direitos humanos ao texto constitucional positiva mandamentos morais.

Assim, esse constitucionalismo (ou, como querem esses autores, o neoconstitucionalismo) repercute uma mudança nos ordenamentos jurídicos, ao mesmo tempo que repercute também as sociedades hoje organizadas em torno

¹⁰⁶ Embora Lloredo Alix tenha defendido que a crise atual está mais relacionada com redimensionamentos nas relações entre Direito e Política, com mudanças profundas na ordem global, o que teria erodido de forma irreversível a soberania popular (LLOREDO ALIX, 2017). Mesmo assim, a discussão que se desenvolve a seguir contextualiza-se na discussão tal como colocada tradicionalmente, segundo a qual a constitucionalização de direitos fundamentais aproxima Direito e Moral, e ameaça um dos pressupostos mais importantes do positivismo jurídico. É o chamado Neoconstitucionalismo.

de um Direito Constitucional. Daí porque algum nível de instabilidade é intrínseco ao modelo, embora seja melhor a terminologia empregada pelo jurista italiano Gustavo Zagrebelsky ao referir-se ao *diritto mite* em sua obra influente (ZAGREBELSKY, 2016). *Mite*, no italiano, caracteriza aquilo que é manso, calmo, pacífico, compreensivo. Para a tradução em espanhol, a professora Marina Gascón escolheu a palavra *dúctil*, que remonta à ideia de algo que se acomoda, que é dócil e condescendente (ZAGREBELSKY, 2016, p. 19). Dessa forma, um traço do Direito dos Estados constitucionais é sua ductilidade (*mitezza*, no original italiano, e *ductilidade*, na tradução espanhola consultada), assim definida:

A coexistência de valores e princípios, sobre os quais uma Constituição necessariamente se baseia para não renunciar às suas tarefas de unidade e integração e ao mesmo tempo não se tornar incompatível com a sua base material pluralista, exige que cada um destes valores e princípios seja assumido com um caráter não absoluto, compatível com os outros com quem deve viver. (...) Os termos aos quais devemos associar a ductilidade constitucional de que falamos aqui são a **coexistência e o compromisso**. A visão da política que está implícita não é a relação de exclusão e imposição pela força (no sentido de amigo-inimigo hobbesiano e schmittiano), mas sim a relação de inclusão por meio da integração através **da rede de valores e procedimentos comunicativos**, que é, além disso, a única visão não catastrófica da política possível em nosso tempo.¹⁰⁷ (ZAGREBELSKY, 2016, p. 14, tradução nossa, grifos acrescentados)

O (neo)constitucionalismo decorre então de mudanças na cultura jurídica observadas principalmente no pós-guerra. As constituições europeias do pós-guerra abandonam as abordagens meramente procedimentais, e impregnam-se de teor axiológico, debruçando-se sobre matérias como a economia, as relações de trabalho e a família, além de incluir direitos sociais de natureza prestacional (SARMENTO, 2009). Ou seja, as constituições do pós-guerra são impregnadas pela lógica dos direitos humanos (que, positivados, passam a ser mencionados como direitos fundamentais). No entanto, toda a dogmática dos direitos humanos é marcada por insegurança e instabilidade intrínsecas, caracterizada por sua evolução histórica, que ainda não está encerrada.

¹⁰⁷ No original: “La coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy se basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada un de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir (...) Los términos a los que hay que asociar la ductilidad constitucional de la que aquí se habla son la coexistencia y el compromiso. La visión de la política que está implícita no está la relación de exclusión e imposición por la fuerza (en el sentido de amigo-enemigo hobbesiano y schmittiano), sino la inclusiva de integración a través de la red de valores y procedimientos comunicativos, que es además la única visión no catastrófica de la política posible en nuestro tiempo.”

Canotilho menciona até mesmo um fenômeno que chamou de uma problemática eticização constitucional (CANOTILHO, 2008, p. 191), que procura regenerar a Constituição como um catálogo de virtudes cívicas, um código de valores fundamentais que poderia servir como uma religião civil integradora dos pluralismos estatais, nacionais e étnicos.

Segundo Susanna Pozzolo (2010, p. 92), dentro desse modelo de Estado constitucional, subverte-se até mesmo o sistema de fontes (POZZOLO, 2010, p. 92), em que a Constituição passa a ser não só apenas uma norma de grau jurídico-hierárquico superior formal, mas também uma norma **axiologicamente suprema**. Ela atua não só como limite e garantia da atividade política, mas também como meta e direção para o legislador, assumindo a tarefa de remodelar as relações sociais segundo uma concepção determinada de bem. Isso significa que cada uma das normas infraconstitucionais é submetida simultaneamente a critérios formais e materiais de validade.

Isso significa um rompimento do Estado **Constitucional** de Direito com o Estado de Direito: neste, noções de justiça material estão relegadas ao limbo das proclamações meramente políticas, sem incidência jurídica, ao passo que no Estado Constitucional de Direito essas noções se tornam normas constitucionais na forma de princípios, destinadas a informar todo o ordenamento jurídico (ZAGREBELSKY, 2016, p. 93). Aqui, aparecem os primeiros indícios do ordenamento jurídico recalibrado pelo (neo)constitucionalismo: a existência de princípios jurídicos.

Em uma versão influente de neconstitucionalismo, o ordenamento jurídico teria três níveis: o primeiro é o plano das regras, que ofereceria sua típica força vinculante; o segundo é o plano dos princípios, que conferiria plenitude ao ordenamento; e o terceiro é o procedimento, que asseguraria a racionalidade de um sistema orientado pela noção de razão prática (POZZOLO, 2010, p. 82; ALEXY, 1994). A novidade do neoconstitucionalismo está exatamente no segundo nível: os princípios negam a distinção entre validade e justiça, reconhecem ao Direito uma tendência intrínseca de satisfazer o ideal moral, e podem ser entendidos como “instâncias morais positivadas”, que reúnem os “fios do discurso jurídico e do discurso moral” (POZZOLO, 2010, p. 82).

O juspositivismo¹⁰⁸ criticava o recurso a elementos externos ao Direito (uma teoria moral qualquer, ou uma noção de bem que o intérprete tivesse). No entanto, com a incorporação dos princípios jurídicos, positivados na Constituição, a justiça se transforma em um dos elementos de validade do direito (POZZOLO, 2010, p. 83):

Tanto para o neoconstitucionalista, como para o jusnaturalista, ao contrário, o direito vale se é justo, ou seja, é obrigatório se é moralmente correto. (...) para o neoconstitucionalismo, **o juízo de retidão é dado com base em uma norma de valor que se considera positivada constitucionalmente.** (POZZOLO, 2010, p. 84)

Nessa discussão, também a palavra princípios é polissêmica. Aqui (como em boa parte da teoria neoconstitucionalista), princípios são identificados com as normas constitucionais sobre direito e sobre valores (ZAGREBELSKY, 2016, p. 110). Ou seja, os chamados princípios constitucionais (no neoconstitucionalismo) abrem-se para os direitos humanos e para os grandes princípios de justiça (ZAGREBELSKY, 2016, p. 114). Daí porque, nesse novo paradigma, há um reforço no interesse na dogmática dos Direitos Humanos, identificados hoje quase como um “padrão ouro” na construção de uma sociedade boa e justa.

Na atualidade, insurgir-se contra a realização dos direitos humanos (coletivamente considerados) é uma ousadia que a maior parte dos juristas jamais empreende, dado o nível de consenso em torno da necessidade de realizá-los (o que pode acontecer é a discussão concreta se tal ou qual providência é ou não direito humano, como ficará claro adiante). É igualmente claro que toda a lógica dos direitos fundamentais é marcada por grande instabilidade e identificar quais são, concretamente, esses direitos é objeto de enorme controvérsia. Não obstante, a discussão costuma formar-se em torno de identificar quais são (e não são) esses direitos, e não de negá-los.

Sobre os “direitos humanos” ou “direitos fundamentais”, existe muita controvérsia. Uma distinção técnico-conceitual digna de destaque desde logo, porque bastante relevante:

Os termos **direitos humanos** e **direitos fundamentais** muitas vezes são empregados como sendo sinônimos, mas não se confundem, pois se entende por **humanos** aqueles valores ínsitos à pessoa humana, indispensáveis ao seu desenvolvimento em sua tripla dimensão bio-psíquica-espiritual, não necessariamente positivados pelas Cartas Constitucionais. São **conteúdo** ou

¹⁰⁸ Novamente, é preciso frisar que são muitas as visões de juspositivismo, embora essa autonomia disciplinar seja um traço recorrente e bem aceito. E mesmo entre autores tradicionalmente abordados como positivistas (como Hans Kelsen), o problema da legitimidade da norma fundamental permaneceu um problema não solucionado.

materialidade dos assim chamados **direitos fundamentais**, que dão a formalização nas ordens jurídicas internas a tais conteúdos jurídicos. (BROCHADO, 2006, p. 122, grifos no original)

Assim, “[o] ponto de chegada da empreitada jusnaturalista é a declaração de direitos do homem, antes considerados naturais, porque ainda não artificializados pela vontade estatal, ou pelo processo de positivação” (BROCHADO, 2006, p. 117).

Um dos elementos que evidencia essa evolução é a abordagem historicista ao estudo dos direitos humanos em gerações. Segundo esta técnica de inegável valor pedagógico, os direitos humanos passam a ser classificados em gerações, em que a delimitação das espécies ocorre conforme o momento histórico em que surgiram (BROCHADO, 2006, p. 125). Mais recentemente, a terminologia “gerações” vem sendo criticada por levar à ideia equivocada de que as gerações de direito se sucedem e alternam, em que a geração seguinte causa a superação ou substituição gradativa da anterior, quando na verdade a lógica é bem diversa. Antônio Augusto Cançado Trindade critica essa ideia de “sucessão generacional”, para explicar que os direitos humanos não se sucedem ou substituem uns aos outros, **“mas antes se expandem, se acumulam e fortalecem, interagindo os direitos individuais e sociais”** (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 43, grifos acrescidos), numa relação de cumulatividade e complementaridade, que informam uma unidade indivisível no direito constitucional interno (e também na esfera do Direito Internacional).

Assim, convencionou-se falar agora em dimensões de direitos com conteúdo bastante variável:

verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à ideia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, **cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos.** (SARLET, 2011, p. 46, grifos acrescidos)

Tome-se o exemplo do saneamento básico. Esse direito não está expressamente garantido pela Constituição de brasileira de 1988. Isso não quer dizer que esse ele não possa ser considerado direito humano, nem que outros ordenamentos não o tenham reconhecido como direito fundamental. A Constituição da África do Sul, por exemplo, consagra expressamente esse o direito ao

abastecimento de água: “todos têm direito de ter acesso a água e comida suficiente”¹⁰⁹ (Capítulo 2 – Declaração de Direitos, Seção 27, 1b) (SOUTH AFRICA, 1996, tradução nossa).

Assim, de fato o conteúdo dos direitos fundamentais positivados é variável conforme o momento histórico e a localização geográfica. No cenário brasileiro de abundância hídrica (pelo menos para aqueles com voz para interferir na edição do texto constitucional) em que a foi delineada a Constituição de 1988, a ideia de positivizar um direito à água não ganhou assento constitucional: não é preciso dar proteção jurídica a um bem que é amplamente acessível; seria tão ridículo como positivizar o direito ao ar que se respira (se bem que a qualidade do ar inspira cada vez mais preocupações). Diferentemente, a África do Sul é historicamente assombrada pela escassez hídrica, sendo que garantir acesso à água para a população é um desafio considerável.¹¹⁰ Onde o recurso é escasso, a preocupação em tutelar o acesso a esse recurso absolutamente fundamental à existência humana chegou à Constituição, diferentemente do Brasil. Talvez, com a mudança do contexto brasileiro e com a segurança hídrica ameaçada, em um futuro próximo seja deflagrado um movimento para positivizar o direito à água também na constituição.

Assim, o conteúdo dos direitos fundamentais, bem como sua titularidade, eficácia e efetivação passa incessantemente por transformações desde sua positivação nas primeiras Constituições (SARLET, 2011, p. 45), e **não existe um rol exaustivo em que esses direitos estão listados ao qual se possa consultar.**

Também dentro das discussões sobre direitos humanos (antes da positivação constitucional), aparecem essa instabilidade que impulsiona constantes evoluções. No exemplo da água, Bulto (2015) recompõe a trajetória que leva ao recente reconhecimento, na esfera do Direito Internacional, da água como um direito humano. A própria existência dessa controvérsia é curiosa (se o direito à água é ou não direito humano), já que a vida humana depende de água de uma forma mais

¹⁰⁹ No original: “1. Everyone has the right to have access to – (...) b. sufficient food and water”.

¹¹⁰ A situação da África do Sul é tão grave que sua capital, Cidade do Cabo, pode se tornar a primeira grande cidade do mundo a suspender o abastecimento de água para toda a população. Não haverá, literalmente, uma seca. O que irá acontecer, caso os reservatórios usuais de água atinjam uma marca crítica, é a suspensão do serviço de abastecimento canalizado para a população. Serviços essenciais, como hospitais, não sofrerão suspensão. A população será obrigada a se deslocar para algum dos pontos de coleta pública de água, onde poderão pegar uma quantidade fixa de água. Esses pontos serão guardados por policiais e exército, para evitar tumultos e furtos. (CASSIM, 2018).

imediate e evidente do que depende de praticamente todos os outros direitos humanos hoje reconhecidos.

Não obstante, no estudo dessas trajetórias, convencionou-se falar em três gerações (contemporaneamente referidas como dimensões) de direitos (havendo quem defenda a existência de uma quarta, quinta ou até mesmo sexta geração), que se acumulam, complementam e fortalecem mutuamente (SARLET, 2011, p. 45).

Breve panorâmica dessas dimensões mostra que a primeira é composta por direitos de cunho negativo, que tem por objetivo resguardar uma esfera de autonomia individual em face do poder estatal, que deve abster-se de agir (SARLET, 2011, p. 46-47). São oponíveis contra o Estado, ou seja, “são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado” (BONAVIDES, 2006, p. 654). Inicialmente decorrente de uma doutrina liberal que reconhece a liberdade religiosa e de opinião (LAFER, 2012, p. 174), incorporaram-se os direitos à vida, à propriedade, à igualdade perante a lei, posteriormente complementados com a liberdade de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc), pelos direitos de participação política (voto e capacidade eleitoral passiva), bem como de algumas garantias processuais (devido processo legal, habeas corpus, direito de petição (SARLET, 2011, p. 47). São os chamados direitos civis e políticos, que compõem a fase inaugural do constitucionalismo ocidental, de consolidada projeção formal, “não havendo Constituição digna desse nome que os não reconheça em toda a extensão” (BONAVIDES, 2005, p. 563).

A segunda dimensão toma força nos textos constitucionais do século XX (LAFER, 2012, p. 176), e aborda os direitos econômicos, sociais e culturais. Essa conquista veio na trilha do reconhecimento de que os direitos de liberdade e igualdade formal não seriam suficientes para garantir seu próprio gozo efetivo. Era necessário mais, e esse acréscimo veio na demanda de que o Estado ativamente realizasse justiça social, obrigado a outorgar ao indivíduo prestações sociais estatais, como a assistência social, saúde, educação, trabalho, etc (SARLET, 2011, p. 47) – uma igualdade material. Realiza-se, dessa forma, a transição entre as liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas (SARLET, 2011, p. 47). Assim, existe uma relação de complementaridade entre os direitos de primeira e segunda geração, já que os de segunda buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos de primeira, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades

humanas (LAFER, 2012, p. 176). Incluem-se aqui também as chamadas liberdades sociais, como a liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento dos direitos fundamentais dos trabalhadores (como férias e repouso semanal remunerado, salário mínimo, limitação de jornada, etc) (SARLET, 2011, p. 48). Convém anotar, todavia, que o titular desse direito continua sendo o homem em sua individualidade, tal como os direitos de primeira geração (LAFER, 2012, p. 176), e não lhes toca qualquer nota de coletivo ou difuso; o termo “social” empregado para designá-los se relaciona à justiça social, de usufruto individual, não coletivo (SARLET, 2011, p. 48). O processo de afirmação histórica dos direitos de primeira e segunda geração mostra que eles não são absolutos, mas existem bons motivos para fundamentá-los eticamente, ou seja, a sua tutela é algo razoável (LAFER, 2012, p. 177).

Os direitos de segunda geração podem ser considerados como direitos de crédito (LAFER, 2012, p. 175-ss), ou seja, os direitos sociais (de segunda geração) expressam a justa expectativa do cidadão em fruir de serviços públicos essenciais para manutenção de sua saúde, e inauguram a lógica da Administração Pública por prestação (ANDRADE, 2010, p. 269-ss):

A partir de meados do século XX, cristaliza-se o chamado Estado assistencial ou Estado do bem-estar, cuja atuação, mais do que exercício de simples autoridade, se volta para o cidadão, **para garantir bem-estar da sociedade**. Nesta perspectiva, o Estado intervém diretamente na economia **para assistir aos necessitados, bem como para sustentar a própria economia, procurando garantir o bem-estar geral**. (ANDRADE, 2010, p. 269, grifos acrescidos)

Já a terceira dimensão inclui os direitos de solidariedade e fraternidade, estes sim de gozo coletivo e difuso, e desprendem-se do homem-indivíduo como titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação, coletividades regionais ou étnicas), ou ainda quando o titular dos direitos é de natureza coletiva ou difusa (SARLET, 2011, p. 48; LAFER, 2012, p. 180). São os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito à comunicação (SARLET, 2011, p. 48). Resultam “de novas investigações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo-pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexões na esfera dos direitos fundamentais” (SARLET, 2011,

p. 48-49). De se frisar, direitos humanos de terceira geração ultrapassam a fruição individual.

Como fica evidente, a instabilidade é uma constante no desenvolvimento dos direitos humanos. Talvez essa instabilidade seja ao mesmo tempo sua maior força e sua maior fragilidade. Ela permite ainda a convivência entre várias necessidades, permite o ajuste diante de uma sociedade em mudança constante.

O apelo moral dessa doutrina é tão evidente que o jurista norte-americano Samuel Moyn (2010) chega mesmo a afirmar que os direitos humanos são a última utopia humana, que toma força após o fracasso das utopias políticas.

Assim, toda essa dinâmica de constante evolução retoma a necessidade de ductilidade (*mitezza*) jurídica de Zagrebelsky (2016):

cada uma das principais questões do atual direito constitucional é estruturalmente caracterizada pela presença de elementos constituintes que, para poderem coexistir, devem ser relativizados entre si, ou seja, devem (...) tornar-se dúcteis ou moderados.¹¹¹ (ZAGREBELSKY, 2016, p. 18, tradução nossa)

Por isso mesmo, Zagrebelsky (2016, p. 16) menciona que a condição espiritual de nosso tempo deveria ser a aspiração a muitos princípios e valores que conformam nossa convivência coletiva: a liberdade da sociedade paralelamente às reformas sociais; a igualdade perante a lei (o aspecto geral da lei) mas também a igualdade (a necessidade de especificidade conforme o caso); o reconhecimento de direitos dos indivíduos paralelamente ao reconhecimento de direitos da sociedade; o reconhecimento dos direitos individuais materiais e espirituais paralelamente à proteção aos bens coletivos ameaçados pelo gozo desses próprios direitos individuais; aspirar à rigorosa aplicação da lei sem ignorar a piedade que emana diante das consequências mais duras dessa lei; a responsabilidade individual na condução da própria vida, mas também a intervenção coletiva para dar apoio aos mais vulneráveis. Se cada um desses valores ou princípios fosse tomado em absoluto, seria impossível realizar a outra face de cada um deles. Daí porque Zagrebelsky (2016, p. 17) defende que, na atualidade, o único valor a ser defendido pela Constituição contra qualquer ameaça e agressão é o pluralismo. Essa conclusão não favorece a maior clareza, pureza ou coerência de pensamento, mas sim a **convivência humana**.

¹¹¹ No original: “cada uno de los grandes temas del derecho constitucional actual se caracteriza estructuralmente por la presencia de elementos constitutivos que, para poder coexistir, deben ser relativizados entre sí, es decir, deben (...) hacerse dúctiles o moderados” (ZAGREBELSKY, 2016, p. 18).

Aqui, a ideia de consiliência retorna: existe um arsenal enorme de conhecimento que nos permite conhecer exatamente aspectos da convivência humana. Retomando a descrição de De Waal, seres humanos são altamente cooperativos, sensíveis a injustiça, algumas vezes belicistas, mas na maior parte das vezes pacífica (2009, p. 5).

A tarefa das teorias neoconstitucionalista é, assim, a construção de novas grades teóricas que se compatibilizem com a mudança das Constituições e com o recalibragem nas relações de poder decorrente das tentativas de cumprir os novos objetivos constitucionais (particularmente entre Executivo, Legislativo e Judiciário):

As teorias neoconstitucionalistas buscam construir novas grades teóricas que se compatibilizem com os fenômenos acima referidos, em substituição àquelas do positivismo tradicional, consideradas incompatíveis com a nova realidade. Assim, por exemplo, ao invés da insistência na subsunção e no silogismo do positivismo formalista, ou no mero reconhecimento da discricionariedade política do intérprete nos casos difíceis, na linha do positivismo mais moderno de Kelsen e Hart, **o neoconstitucionalismo se dedica à discussão de métodos ou de teorias da argumentação que permitam a procura racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta** para os "casos difíceis" do Direito. Há, portanto, uma valorização da razão prática no âmbito jurídico. Para o neoconstitucionalismo, não é racional apenas aquilo que possa ser comprovado de forma experimental, ou deduzido *more geométrico* de premissas gerais, como postulavam algumas correntes do positivismo. **Também pode ser racional a argumentação empregada na resolução das questões práticas que o Direito tem de equacionar.** A ideia de racionalidade jurídica aproxima-se da ideia do razoável, e deixa de se identificar à lógica formal das ciências exatas. (SARMENTO, 2009, p. 3-4, grifos acrescentados)

Relembre-se que, para Manuel Atienza, entre as teorias jurídicas com enfoque na idealidade do fenômeno jurídico (no Direito ideal), as melhores (na opinião do autor) são justamente as versões de jusnaturalismo que procuram o Direito racional (ATIENZA, 2013, p. 20). Acredita-se que os direitos humanos são fruto da razão, e serão por ela filtrados e entregues.

Por outro lado, a historiadora Lynn Hunt (2007) apresenta outra perspectiva desses direitos: os direitos humanos dependem de uma disposição (uma inclinação) em relação a outras pessoas. Segundo a autora:

Os direitos humanos são difíceis de definir porque sua definição, na verdade sua própria existência, depende tanto das emoções quanto da razão. A alegação de auto-evidência depende, em última análise, de um apelo emocional, e é convincente se isso faz com que a pessoa sinta empatia, emoção ou entusiasmo.¹¹² (HUNT, 2007, p. 26, tradução nossa)

¹¹² No original: "Human rights are difficult to pin down because their definition, indeed their very existence, depend on emotions as much as on reason. The claim of self-evidence relies ultimately on an emotional appeal; it is convincing if it strikes a chord within each person".

Violações aos direitos humanos causam reações viscerais. No entanto, é preciso reconhecer que cada pessoa reage de forma diferente. Retoma-se aqui o exemplo do saneamento básico. Espera-se que o leitor deste trabalho compartilhe com a autora a indignação diante do fato de que muitas pessoas hoje ainda não dispõem de água segura e mecanismos adequados de saneamento básico, que muitas pessoas adoecem e muitas crianças ainda morram por que esses serviços ainda não foram universalizados. É possível que todos nós consideremos que não existe um mínimo existencial garantido se não há acesso à água e se é preciso conviver com esgoto. No entanto, isso está longe de ser óbvio. Já mencionou-se acima que o reconhecimento da água como um direito humano ocorreu apenas em 2015, após uma trajetória marcada por resistência. Passa-se agora a um exemplo mais concreto, que compara o tratamento ao saneamento básico na Europa e África do Sul (DENEULIN, TOWNSEND, 2007). Desde o séc. XIX, o esgotamento sanitário tornou-se problema coletivo na Europa, atingindo pobres e ricos; percebeu-se que, ao não disponibilizar essas funções para os pobres, a propagação de doenças era favorecida, e a população mais rica acabava sendo alcançada. Universalizar o saneamento básico era uma forma de proteger toda a população. Já na África do Sul do séc. XX (sob o apartheid), para conter o avanço de doenças decorrentes de problemas sanitários, que ocorriam com grande frequência nas periferias das cidades, optou-se por realocar-se a população negra marginalizada para pequenos vilarejos. Nesse caso, o Estado reconheceu essencialidade no serviço de transporte (viabilizando que as pessoas negras e pobres pudessem se deslocar para as áreas privilegiadas) e este se tornou serviço público a cargo do Estado, em detrimento do saneamento básico.

Assim, embora seja comum referir-se aos direitos humanos como auto-evidentes (como fez Zagrebelsky), a realidade é bem diferente. Na verdade, um pouco dessa pluralidade será melhor compreendida no próximo capítulo, que dedica-se a explicar a diversidade da matriz moral das pessoas.

Aqui, basta destacar que toda essa nova linguagem constitucional caracteriza-se pela abertura e indeterminação semântica, a aplicação judicial exigiu o desenvolvimento de novas técnicas e estilos hermenêuticos (já que a subsunção e o silogismo do positivismo formalista tradicional não mais é capaz de resolver os conflitos (SARMENTO, 2009). Apesar disso, Sarmento adverte que não há uma orientação clara sobre como compreender e aplicar os valores morais incorporados

pela ordem constitucional, que abrem-se a leituras muito diversificadas devido a sua vagueza e indeterminação.

Manuel Atienza (ATIENZA, 2013, p. 21) especula que os sistemas jurídicos contemporâneos caminham no sentido da constitucionalização de todo o direito, e que esse movimento parecem levar a um crescimento, tanto em termos quantitativos quanto em termos qualitativos, da exigência de fundamentação, da argumentação, das decisões de órgãos públicos, exigência que seria cumprida por meio do domínio de técnicas de argumentação jurídica,¹¹³ trilhando um caminho racional.

A doutrina neoconstitucionalista parece apostar em uma solução racional, tentando fazer crer que, ao observar a situação concreta, o princípio jurídica guia à solução correta, à solução justa. No entanto, como visto na seção anterior, essa solução simplesmente não é possível. Assim, defende-se aqui que, a orientação clara buscada por esses autores não há e não haverá, enquanto essa busca partir do pressuposto de que a razão sozinha é capaz de elaborá-las.

A reação visceral diante de violações aos direitos humanos é uma reação de Sistema 1 (na terminologia popularizada por Daniel Kahneman), uma reação intuitiva. Se ela está presente, as razões nada mais são que racionalizações post hoc. Se ela não está presente, não são razões puras que a promoverão. Retomando-se o modelo sociointuicionista, para gerar essa reação, o caminho é tentar formar no interlocutor novas intuições. O caminho mais fácil para isso é colocar-se na posição de outra pessoa (*role-taking*) (HAIDT, 2001; HAIDT, BJORKUND, 2008). Daí porque a auto-evidência perseguida pelos direitos fundamentais está longe de ser uniforme e consensual. Mais grave ainda: quando valores são auto-evidentes, eles são imunes à dúvida e, portanto, imunes a controle.

Para o advogado, a lição é clara. Manuel Atienza (2013, p. 12) informa que o núcleo da atividade profissional de um jurista consiste justamente em argumentar

¹¹³ Ao apresentar este argumento, Atienza está na verdade especulando sobre o porquê do desinteresse pelas teorias da argumentação jurídica ao longo do século XX, e sobre o porquê da renovação do interesse. A constitucionalização do direito e as consequentes especificidades do Direito Constitucional são apenas um dos motivos apresentados pelo autor. Os demais são: a) as teorias do Direito do século XX simplesmente negligenciaram esse aspecto; b) a prática jurídica consiste em larga medida em argumentar, e as imagens mais populares do direito destacam esse aspecto; c) o ensino do Direito mais prático estaria voltado à condução (argumentativa) do material jurídico e não tanto a conhecer os conteúdos de um sistema jurídico; e d) a sociedade contemporânea assiste à parte da importância da autoridade e da tradição como fontes do de legitimação do poder, sendo substituída pela busca do consentimento dos afetados, da democrática (sobretudo a democracia deliberativa), em que se exige a capacidade de argumentar racional e competentemente em relação com as ações e dimensões da vida comum.

juridicamente, apresentando razões a favor ou contrárias a uma determinada tese que se pretende defender ou refutar. Argumentar juridicamente significa armar-se de instrumentos metodológicos de caráter geral para argumentar que, se não são suficientes para a formação de um jurista, certamente são instrumentos necessários em sua atividade. No entanto, o modelo MSI intuicionista deixa claro que esses argumentos jurídicos não são suficientes para convencer o juiz.

Mesmo diante da literalidade do texto normativo, os princípios jurídicos oferecem um caminho legítimo para afastar a aplicação da lei, entendida como injusta. Exemplos não faltam. De orientações ideológicas diferentes, mencionam-se apenas dois, do Supremo Tribunal Federal.

O primeiro é o julgamento que permite o cumprimento de pena após julgamento em segunda instância, que envolve a interpretação do seguinte dispositivo constitucional:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

A literatura jurídica há muito tem problematizado esse dispositivo. A interpretação corrente implicava que o condenado só iniciaria o cumprimento de pena após o trânsito em julgado da sentença condenatória. No entanto, em 17/02/2016, o Supremo Tribunal Federal mudou radicalmente a essa interpretação, no julgamento HC 126.292, e passou a entender que

A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. (BRASIL, 2016c).

A doutrina se dividiu entre os juristas que o novo entendimento afronta o princípio de presunção de inocência, e aqueles que entendem que não há inconstitucionalidade. A literatura sobre o assunto é farta, e seria possível discorrer sobre ela por muitas páginas. No entanto, para este trabalho, o que parece mais relevante é o seguinte: sos dois lados, os juristas têm a convicção de que seu entendimento está embasado na melhor doutrina, e que o lado oposto está simplesmente equivocado. É algo que lhes parece evidente. Quando se pensa nesse julgamento com base no MSI, vê-se que os sofisticados argumentos jurídicos em

qualquer dos dois lados nada mais são do que racionalizações para intuições fortes que o jurista já carrega.

Para mostrar o forte apelo intuitivo que a mudança no entendimento ocorre, menciona-se apenas que 20 dias após o julgamento do HC 126.292, a imprensa noticiou que o Tribunal Federal da Terceira Região (TRF3) determinou o início do cumprimento de pena do ex-senador Luiz Estêvão, por crimes cometidos em 1992 (JORNAL NACIONAL, 2016). A sentença condenatória foi proferida em 2006 e, no momento em que foi preso, o réu já havia apresentado 34 recursos diferentes.

O segundo exemplo, de orientação bastante diferente, é o reconhecimento da união estável homoafetiva. Após discussão de várias questões processuais do caso, o Supremo Tribunal Federal recebeu a ADPF 132 como ação direta de inconstitucionalidade com pedido de que fosse atribuída, ao art. 1.723 do Código Civil de 2002, interpretação conforme a Constituição. Pertinente, aqui, a transcrição do texto do art. 1.723, CC/2002, bem como do caput e § 3º do art. 226, normas centrais em toda a discussão:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
(...)

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Conveniente ressaltar a astúcia dos autores em propor a ação com pedido de que fosse atribuída interpretação conforme a Constituição a um dispositivo constitucional (o art. 1.723, CC/2002), por entender que a expressão “entre homem e mulher” do dispositivo infraconstitucional violaria diversas normas constitucionais. Não transpareceram, em sua ação, que o dispositivo do Código Civil reproduz a norma *também constitucional* do art. 226, § 3º, CF: se há inconstitucionalidade na expressão “entre homem e mulher” no Código Civil, necessariamente há inconstitucionalidade na mesma expressão do art. 226, § 3º, CF. Evitaram, dessa forma, uma discussão sobre a chamada *hierarquia entre normas constitucionais originárias*, já afastada pelo Supremo Tribunal Federal ao argumento de que não é possível que determinadas normas constitucionais originárias sirvam de parâmetro de controle para se avaliar a constitucionalidade de outras normas constitucionais originárias, ditas como de

hierarquia inferior.¹¹⁴ Essas questões foram apenas marginalmente tratadas nos votos.

O julgamento da ADPF 132 foi unânime e a parte dispositiva dos votos foi convergente, no sentido de reconhecer união estável homoafetiva. No entanto, o que restou relatado acima é uma enorme pluralidade de fundamentos (interpretação conforme, análise sistêmica, reconhecimento de lacuna e interpretação analógica, etc). Foram destacados os princípios da dignidade da pessoa humana, autonomia da vontade, igualdade, liberdade, fraternidade e pluralismo, inviolabilidade da intimidade e da vida – todos eles para justificar uma intuição que boa parte das pessoas de moralidade estrita compartilha: a injustiça de se discriminar e marginalizar pessoas com orientação sexual diferente simplesmente porque são diferentes.

Com esses dois exemplos, pretende-se mostrar que, em questões moralizadas, o sistema jurídico aberto por princípios presta-se a fundamentar entendimento em qualquer dos dois lados. A decisão é, antes, uma decisão moral, política, intuitiva. Seja pela via da argumentação conforme, da mutação constitucional, da analogia, ou ainda pela vasta via dos princípios, a busca pela argumentação é posterior. Em casos como estes, o Direito não tem a resposta para dar, diferentemente do que afirma-se nesses julgamentos.

Assim, a principal conclusão que pretende-se deixar com esta seção é: a linguagem dos princípios jurídicos não é vazia de conteúdo (não admite-se liberdade absoluta na interpretação desses princípios); todavia, devido à textura aberta da linguagem empregada por eles, é possível derivar deles consequências muito variadas, tantas vezes absolutamente contraditórias (como frequentemente ocorre com o princípio da dignidade da pessoa humana), a depender do contexto em que são aplicados.

Mais ainda: todo caso torna-se difícil (*hard case*) quando a solução pela via de legalidade estrita (pela interpretação literal de dispositivos normativos) está desalinhada com intuições fortes daquele que tem o poder/dever de dizer o Direito. Ou seja, toda decisão é fácil quando concorda-se com a letra da lei. A partir do momento em que discorda-se, a questão moraliza-se, e a decisão é contaminada

¹¹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 815. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Congresso Nacional. Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 28/03/1996. Diário da Justiça, Brasília, 10 de maio de 1996.

pelas intuições morais (das quais a argumentação jurídica torna-se nada mais que uma racionalização *post hoc*).

A hipótese trazida aqui é possível de teste, que sugere-se como desenvolvimento posterior. À semelhança da pesquisa realizada por Joshua Greene et al (2001) para cenários envolvendo variações do dilema do trolley, Oliver Goodenough e Kristin Prehn (2004) sugerem também o uso de fMRI para verificar quais áreas cerebrais são ativadas quando pede-se aos sujeitos que resolvam um determinado problema com base em uma regra (vulgarmente, com base no direito positivo), ou com base em princípios intuitivos de justiça (vulgarmente referidos como direitos naturais. Segundo os autores, assim como os estudos sobre julgamento moral podem partir da dicotomia tradicional (ainda que simplificada) de razão/emoção, também a dicotomia lei/justiça está suficientemente consolidada para servir como hipótese testável inicial. Mais ainda, se a Graduação em Direito é eficaz para mudar intuições, então é possível esperar que esses testes sejam bastante diferentes em estudantes no começo do curso daqueles no final do curso, quiçá em juízes.

No Brasil, esse fenômeno neoconstitucionalista (e as tensões decorrentes dele) inicia-se com a promulgação da Constituição de 1988.

O protagonismo constitucional no ordenamento jurídico brasileiro parece inegável. Consequência dele é o reavivamento do compromisso com a realização dos direitos fundamentais. Esse processo recalibra fundamental e irreversivelmente todo o estudo do Direito, e movimenta o pêndulo no sentido de aproximar-se com a Moral.

Como visto, no Estado Constitucional de Direito, ordenamento jurídico organiza-se em três níveis: o primeiro é o plano das regras, que ofereceria sua típica força vinculante; o segundo é o plano dos princípios, que conferiria plenitude ao ordenamento; e o terceiro é o procedimento, que asseguraria a racionalidade de um sistema orientado pela noção de razão prática (POZZOLO, 2010, p. 82; ALEXY, 1994).

De forma mais ou menos clara, os princípios jurídicos são uma abertura. Na verdade, Manuel Atienza é explícito ao afirmar que os princípios constitucionais são uma incorporação jurídica da moral (ATIENZA, 2014, p. 296). Mais ainda, a aplicação desses princípios não ocorre apenas nos chamados casos difíceis, mas também nos casos fáceis.

Considerando o que se afirmou sobre a formação de julgamentos morais, defende-se aqui a tese de que a incorporação dos princípios jurídicos à rotina judiciária abre a possibilidade de que se fundamente juridicamente qualquer intuição moral privadamente formulada (ou grande parte delas). Nesse ordenamento em três níveis, resta, então, recuperar o terceiro nível: o procedimento.

Em trabalho recente e inédito no Brasil, Thiago Carlos de Souza Brito realizou estudo empírico em que confrontou 1.590 decisões judiciais oriundas dos Tribunais brasileiros com 27 decisões da *Supreme Court* dos EUA, procurando encontrar alguns padrões decisórios dos magistrados brasileiros. Suas conclusões são dignas de reprodução:

- i) predominância das decisões monocráticas: a corte suprema e a corte superior, no Brasil, decidem majoritariamente por meio de decisão monocrática, sem a análise pelo órgão colegiado dos litígios a elas submetidos;
- ii) excessiva utilização de assessores: o quantitativo das decisões judiciais apurado demonstra a utilização preponderante de assessores na elaboração das decisões judiciais, que argumentam de forma genérica, que permita utilização em diversos litígios, com vistas a esconder a presença de mais de um autor da decisão judicial;
- iii) **fundamentação parecerista: a decisão judicial dos Tribunais brasileiros é construída de forma que apenas o argumento escolhido pelo magistrado como adequado ao caso em julgamento receba o devido desenvolvimento, desconsiderando-se a dialeticidade que seria esperada na hipótese de confronto de argumentos, assemelhando-a a um parecer;**
- iv) ausência de diferenciação entre corte de justiça e cortes de precedentes: os Tribunais brasileiros atuam de forma indistinta, tanto na análise dos fatos do caso concreto, quanto do direito em litígio, sem qualquer especialização na sua metodologia de fundamentação;
- v) **menção reduzida ao caso concreto: nas decisões judiciais, os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais não explicitam, de forma pormenorizada, os fatos apresentados pelas partes, restringindo-se, quando muito, na indicação dos fatos processuais;**
- vi) inexistência de pensamento abstrato: as cortes que deveriam atuar como cortes de precedentes não utilizam do pensamento abstrato no momento de elaboração das decisões, uma vez que se manifestam sem considerar as consequências futuras dos posicionamentos adotados;
- vii) incoerência de distinção entre casos simples e casos complexos: os Tribunais brasileiros não dissociam se o caso em julgamento possui resposta pronta, ou mesmo correta, no ordenamento jurídico, daqueles casos nos quais haveria uma posição criativa do Poder Judiciário. (BRITO, 2017b, p. 202-203, grifos acrescidos)

Evidentemente, cada um dos problemas apontados por Brito possui causas próprias, ensaiada pelo próprio autor, e encaminhamentos específicos. Entretanto, para um dos problemas apontados, acredita-se que essa tese aponte uma explicação: a vocação parecerista das decisões.

Considerando-se o modelo MSI, a solução correta para o juiz para cada caso concreto aparece de forma intuitiva. A partir dela, ele vai buscar fundamentos para embasá-la. A cognição humana não está treinada para buscar fundamentos que comprometam essa visão de mundo, mas sim para torna-la mais coerente.

Essa discussão ganhou ainda mais proeminência com uma mudança em particular no Código de Processo Civil.

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

Segundo Thiago Carlos de Souza Brito (2017a), essa alteração teve como objetivo depurar um problema existente na fundamentação das decisões judiciais: o déficit de fundamentação. Brito relata ainda que esse dispositivo foi mal recebido pela literatura especializada, e sistematiza as três linhas principais de críticas elaboradas pelas as associações de Magistrados brasileiros: a) violação à independência funcional dos magistrados; b) ofensa ao princípio do livre convencimento; e c) burocratização do ato de julgar.

De tudo que foi dito a respeito formação da cognição (especialmente do modelo MSI), é preciso destacar aqui a importância do aspecto social na formação do julgamento moral. O processo privado em que a pessoa sopesa argumentos contrários internamente, impulsionada apenas por sua vontade de descortinar é

verdade, é raro. No entanto, a influência de outras pessoas na formação desse julgamento moral é frequente. Daí porque é necessário que o juiz abra-se ao argumento das partes, e uma forma de garantir que isso foi feito é justamente cobrar que esses argumentos sejam enfrentados na decisão judicial. É dizer, mesmo que o juiz apegue-se à sua intuição inicial, exigir que ele enfrente os argumentos contrários (sejam eles argumentos jurídicos em abstrato, ou argumentos relativos à particularidade do caso concreto) é uma forma importante de garantir abertura.

É preciso lembrar: os seres humanos são uma espécie ultrassocial. É também uma espécie muito interessada em histórias, o primata tagarela. Levar o juiz a ver um ponto de vista é uma habilidade do advogado. E, a partir das mudanças recentes no Código Civil, abrir-se para os argumentos das partes é uma obrigação explícita.

Diante disso, percebe-se que a Constituição aos poucos vai deixando de ser apenas um fundamento de validade formal do ordenamento (como é no normativismo lógico) para se tornar um centro axiológico, um padrão de justiça material. A tendência atual a que se assiste de constitucionalizar do direito sinaliza com ideias de realização de justiça substantiva.

A tensão entre garantir estabilidade e segurança jurídica por um lado, e realizar valores de justiça substantiva por outro, parece ser observar a um movimento pendular de aproximação e afastamento que se observa nessa discussão é pendular: o pêndulo nunca para, ainda que ele se demore um pouco em cada lado. Mais do que isso: nessa discussão, acredita-se que não exista uma solução ótima, uma solução incontroversa, e onde quer que o pêndulo se demora, fragilizam-se alternadamente determinados aspectos caros do Direito. Não obstante, defende-se aqui que o pêndulo hoje caminha no sentido de aproximar-se da moral, via constitucionalismo (ou neoconstitucionalismo).

Na história recente do pensamento jurídico brasileiro, a Década de 1980 e 1990 foram marcadas por “determinado discurso teórico-crítico tendente a delatar o Direito enquanto ideologia, instrumento de dominação, legitimador dos interesses de algumas classes, elemento de ocultação das desigualdades verificadas no ambiente social real”,¹¹⁵ que ficou conhecido como Teoria Crítica do Direito (SCHIER, 1999, p.

¹¹⁵ Essa acusação foi elaborada por Paulo Ricardo Schier (1999), que realizou sua graduação, mestrado e doutorado na Universidade Federal do Paraná. O estudo do Direito no Sul do Brasil parece ser realmente fortemente entrelaçado com a Teoria Crítica. No entanto, considerando a

21). Trabalharam dentro dessa perspectiva autores influentes, como Roberto Lyra Filho, Luis Alberto Warat, Roberto Aguiar e Luis Fernando Coelho. Nessa perspectiva, o Direito é um fenômeno secundário, até porque ele é descrito como mero reflexo da injusta organização do capital na sociedade. Dessa visão emergiram algumas consequências problemáticas:

- (i) a impossibilidade de se vislumbrar a dogmática jurídica como instrumento emancipatório,
- (ii) o desprestígio do discurso jurídico em face de outros saberes (como a sociologia, a história, teoria da linguagem),
- (iii), a conseqüente migração dos estudantes de Direito para outros cursos,
- (iv) o desprestígio dos operadores jurídicos e dos teóricos do Direito,
- (v) a crença no Direito enquanto mero 'reflexo' das relações de poder dentro da sociedade, e
- (vi) a extrema politização do discurso jurídico),
- (vii) um certo esvaziamento da dignidade normativa da ordem jurídica" (SCHIER, 1999, p. 34).

Conforme os pressupostos epistemológicos da Teoria Crítica, o discurso jurídico torna-se um discurso de 'segunda categoria', pois não tinha como objeto nenhum elemento da estrutura social, único *locus* onde seria possível alguma espécie de transformação do *status quo*'.

No entanto, em vista do que foi apresentado até aqui como neoconstitucionalismo, essa posição de segunda categoria parece ter sido superada. Mais ainda, novamente com Manuel Atienza (2015), "[e]m boa medida, **tais direitos representam hoje o nosso parâmetro mais objetivo para determinar o que é justiça e quais sociedades são justas**, ou, quando injustas, qual se mais ou menos" (ATIENZA, 2015, p. 37, tradução nossa, grifos acrescentados).¹¹⁶ De se frisar: a lógica e linguagem dos direitos humanos é marcada por juridicidade. Essa construção assume um papel central (e não mais de segunda categoria) nas discussões contemporâneas sobre qual sociedade se quer. Com essa aproximação com linguagem moral, a esperança é que realizem princípios de justiça.

Os princípios são a forma como incorpora-se a argumentação moral à argumentação jurídica, ou seja, é a forma mais simples de se incorporarem as

produção dogmática das universidades do sudeste (inclusive a UFMG), essa acusação não parece ser tão universal. Não obstante, a Teoria Crítica foi uma corrente de pensamento influente, embora pareça estar hoje um pouco arrefecida, e a ideia do Direito como ideologia, como instrumento de dominação e legitimador de interesses de classes (com forte inspiração no marxismo) reverbera até a atualidade.

¹¹⁶ No original: "[e]n buena medida, tales derechos representan hoy en día nuestro más objetivo parámetro para determinar qué es la justicia y qué sociedades son justas, o más o menos justas cuando menos".

intuições à decisão jurídica. Especificamente, pretende-se demonstrar como a imprecisão linguística normalmente empregada, e sua baixa densidade normativa, fazem como que os princípios se prestem sustentar argumentos até mesmo incompatíveis. Acredita-se que a argumentação principiológica é uma argumentação do tipo substancial. Assim, por mais sofisticadas que sejam as técnicas empregadas, elas serão sempre técnicas de **argumentação** (racionalizações *post hoc*), e não técnicas de **solução** de conflitos. Para empregar a metáforas descritas no capítulo anterior, são técnicas úteis para o Sistema 2 de cognição, quando o Sistema 1 já chegou a conclusões independentemente.

Apesar disso, esse fenômeno deve ser pensado considerando os estudos de Psicologia Moral, ou seja, encarando com franqueza como de fato opera a moralidade humana, que é mais colorida, mais plural, mesmo quando elas não estão cientes disso. O próximo capítulo dedica-se a explorar essas cores, por meio da Teoria das Fundações Morais, para ventilar a hipótese de que todas as cores manifestam-se na vida jurídica das pessoas (inclusive os juristas) e, por decorrência, aparecem também em decisões judiciais.

3 VALORES NAS CIÊNCIAS JURÍDICAS: A TEORIA DAS FUNDAÇÕES MORAIS

The miracle of prose is this: it begins with the word. What we, as authors, give to the reader isn't the story. We don't give them the people or the places or the emotions. What we give the reader is a raw code, a rough pattern, loose architectural plans that they use to build them themselves. No two readers can or will ever read the same book, because the reader builds the book in collaboration with the author.

Neil Gaiman

O Direito não pode ser estático, porque a sociedade não é estática. E, no entanto, uma das tarefas do Direito é justamente garantir estabilidade às relações e segurança jurídica.

Variam os objetos que o Direito deve regulamentar (regulamentações para proteger direitos ligados à sustentabilidade seriam absolutamente inconcebíveis não tanto tempo atrás), como variam também as expectativas da sociedade sobre os papéis que o Direito deve desempenhar (se antes bastava a garantia da ordem e da segurança, hoje espera-se do Direito que participe da operacionalização das prestações esperadas do Estado).

Em uma simplificação, essa discussão coloca em tensão a proteção à segurança jurídica oposta à justiça substancial, ou seja entre garantir estabilidade (assumindo uma postura mais conservadora) ou liderar mudanças (assumindo uma posição mais progressista). É uma discussão que coloca o Direito inevitavelmente em diálogo com a Ética e a Filosofia Moral. Mesmo entre os intelectuais que advogam pela independência disciplinar e epistemológica do Direito, é necessário, para manter esse argumento, fazê-lo, dialogando com a Ética e a Filosofia Moral (por meio da análise dos elementos constitutivos da Moral, para distingui-los dos elementos constitutivos do Direito), por mais paradoxal que isso possa parecer. Assim, esse diálogo é inevitável. Este capítulo dedica-se exatamente a esse tipo de discussão.

Frequentemente essas tensões aparecerão no processo judicial¹¹⁷ e caberá ao juiz entregar uma solução. Por isso mesmo, foca-se aqui na argumentação jurídica empregada no processo judicial.

¹¹⁷ Não se desconhecem outras modalidades de processo jurídico, entre elas, notadamente, o administrativo e o legislativo, e também o processo de produção dogmática. No entanto, tendo em vista a ênfase dada ao processo judicial no Curso de Direito e o fato de que a Constituição brasileira proíbe que se exclua da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CR), a ênfase aqui também será no processo judicial.

Do capítulo anterior, recuperam-se duas ideias fundamentais. Na primeira, percebe-se como a vida moral das pessoas é indissociável da sua vida social, ou seja, a moralidade é aspecto indissociável da vida em sociedade. Em decorrência disso, também o Direito parece manter estrita relação com a Moral. Na segunda, percebe-se que a vivência dessa vida moral não pode ser constrangida pela racionalidade: existem processos cognitivos intuitivos e emocionais indissociáveis da vida moral, ainda que a literatura desenvolvida pelas Ciências Cognitivas não consiga precisar ainda qual o grau de dominância das intuições sobre a razão (ou o contrário). Ainda assim, parece seguro afirmar que o julgamento racional sobre demandas moralizadas, em cumprimento estrito aos princípios jurídicos da persuasão racional e do livre convencimento motivado do juiz, nada mais é que uma ficção jurídica.

Assim, Direito e a Moral se entrelaçam, e valores morais aparecem de forma inevitável.

Na primeira seção, pretende-se abordar a questão dos valores¹¹⁸ no Direito. Qualquer que seja a concepção do Direito que se adota (estrutural/formalista, funcional/realista ou idealizada), valores aparecem. Na segunda seção, apresenta-se a Teoria das Fundações Morais, seguida por aquilo que entende-se ser uma clara manifestação do intuicionismo no Direito Penal (a criminalização da pornografia simulada).

3.1 Valores na Ciências Jurídicas

¹¹⁸ Não se desconhece que a palavra “valor” tem um uso vulgar, e significados específicos dentro das discussões filosóficas. Segundo o Dicionário Oxford de Filosofia (A preocupação com o valor dentro da filosofia se foca principalmente em três questões (DENT, 1995, p. 895): que tipo de propriedade ou característica possui uma coisa que tem valor, ou é de valor? Ter valor é uma questão subjetiva ou objetiva (o objeto tem valor em si, ou o valor define-se em relação a como a pessoa se sente)? Quais coisas têm valor, ou são valiosas? Já Eduardo García Maynes (1944, p. 201) defende que, embora o termo Filosofia dos Valores aplique-se a um conjunto de doutrinas de orientação muito diversa (entre as quais Maynes destaca *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik* (1921), de Max Scheler, e *Ethik* (1926), de Nicolai Hartmann), todas elas se ocupam da busca pela essência do valor, ou de descobrir a essência do valioso. Estudos subsequentes poderiam retomar essa literatura à luz da Consiliência. Aqui, a ideia de valor deve ser revisitada à luz da Teoria das Fundações Morais, que incluem valores como estruturados em binômios cuidado/dano, equidade/trapaça, lealdade/traição, autoridade/subversão, santidade/degradação e liberdade/opressão.

O Direito é, “em sentido geral e fundamental, a técnica da coexistência humana, isto é, a técnica que visa a possibilitar a coexistência dos homens” (ABBAGNANO, 2012, p. 328).

Inúmeras questões são abordadas diariamente como problemas morais (ligadas a uma dimensão valorativa da vida; inúmeras delas possuem repercussão jurídica. Questões de valor caminham paralelamente a questões jurídicas, já que a presença de valores é uma realidade na vida.

Já mencionou-se acima que nenhuma sociedade é alheia a determinadas matérias: práticas em relação aos mortos, interações entre pais e filhos, o amor romântico e a sexualidade – todos são exemplos que questões que serão importantes em qualquer sociedade. Essas matérias serão chamadas como universais morais (*moral universals*)¹¹⁹. Sobre essas matérias, as práticas adotadas por determinada sociedade não são meros hábitos, meros costumes aos quais se adere ou não, mas sim ordenações do que é proibido ou permitido. Se essas matérias são constantes, o tratamento que cada sociedade confere a elas é variável ao ponto de serem práticas irreconciliáveis (ou incomensuráveis, como as chamou o filósofo Bernard Williams).

Exemplos não faltam. Reconta-se aqui um caso famoso, apenas para demonstrar essa variação. Durante uma audiência, Darius, rei da Pérsia, perguntou aos gregos o que seria necessário para que comessem os corpos mortos de seus pais, e recebeu a resposta de que por nenhum dinheiro no mundo os gregos o fariam. Ele então perguntou a índios da tribo Callatiae (que de fato comem seus mortos) o que seria necessário para que queimassem os corpos de seus pais mortos, e os índios soltaram um lamento de horror, e proibiram o rei de sugerir algo tão horrendo (HERODOTUS, 2011, loc 4353). Para um ocidental que lê essa história (como todos nós), a ideia de comer a carne de nossos pais é absolutamente revoltante. É possível que a mera sugestão disso tenha causado no leitor reações fisiológicas (à autora, certamente o fez).

Assim, o tratamento aos mortos é uma das matérias morais universais. Inclusive, a arqueologia muito se preocupa com o tratamento dado aos mortos, como

¹¹⁹ Paul Bloom (2013) desenvolveu a ideia de universais morais (*moral universals*) de forma mais ampla, indicando também um aspecto material (um conteúdo) para esses universais, como a reprovação à mentira, à quebra de promessas, ou ao assassinato. Aqui, no entanto, o conceito é colocado com um aspecto formal: universais morais são **matérias** sobre as quais as sociedades nunca serão indiferentes, ainda que a forma como a matéria é regulamentada socialmente (não necessariamente juridicamente) seja brutalmente diversa, como será o exemplo do tratamento aos mortos, apresentado logo em seguida.

evidência de cultura, como evidência de humanidade (traço distintivo do *Homo sapiens*¹²⁰), já que expressa capacidade unicamente humana de antecipar a própria morte e refletir sobre isso (EGELAND, 2018).

Embora nenhuma cultura seja alheia à questão, a Antropologia já identificou que o tratamento dado à morte em cada cultura varia brutalmente: os corpos mortos podem ser queimados ou enterrados, acompanhados ou não por sacrifícios humanos ou de animais; podem ser preservados por defumação, embalsamamento, podem ser comidos (crus, cozidos ou podres); podem ser ritualmente expostos em decomposição ou simplesmente abandonados, podem ser desmembrados e tratados de diversas maneiras (HUNTINGTON, METCALF, 1979). Da mesma forma, os rituais de funeral são igualmente diversos: podem ser ocasião de festa, de lutas ou de orgias sexuais, para lamentos ou risadas. A diversidade da reação cultural é uma medida do impacto universal que a morte provoca.

A questão da morte é apresentada aqui como exemplo de como esses universais morais transbordam para o campo jurídico. Em nossa sociedade, não é diferente. Transgressões ao que se considera como tratamento adequado aos mortos são punidos na esfera penal, a *ultima ratio* do Direito.¹²¹ A variedade de

¹²⁰ A consciência da própria mortalidade é considerada uma capacidade unicamente humana, e o tratamento ritualístico reflete essa consciência, chamada *saliência da mortalidade* (EGELAND, 2018). Ainda que algumas espécies de animais não-humanos reconheçam a morte e se aflijam em determinadas situações, essa *saliência da mortalidade* é um aspecto central da condição humana, ou seja, é unicamente humana a capacidade de antecipar a própria morte e, por decorrência, refletir sobre o significado de sua própria mortalidade. Práticas mortuárias (que incorporam rituais diversos carregados de significado cultural) são consideradas manifestações dessa *saliência da mortalidade*. Por isso, são muitos os esforços para localizar cronologicamente quando começou o comportamento de enterrar os mortos de uma maneira deliberada. Ao lado da busca de evidências dos primeiros usos de ferramentas, a busca por essas práticas mortuárias deliberadas guia estudos sobre o surgimento da humanidade (HUNTINGTON; METCALF, 1979), já que a disposição de ferramentas e ossos em uma determinada maneira é indicativa de atividade simbólica por parte de nossos antepassados. Uma enorme controvérsia nesses estudos é verificar se a disposição desses vestígios foi realmente uma atuação de um grupo humano dentro de um ritual, ou se a disposição desses ossos é simplesmente resultado da ação de um predador (como leopardos, que poderiam mover os corpos para consumi-los em uma determinada caverna). Também nesse tipo de análise, a inteligência computacional (*machine learning*) faz contribuições, confrontando padrões (EGELAND, 2018).

¹²¹ Para regulamento em vigor, conferir o título V (Dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos), Capítulo II (Dos crimes contra o respeito aos mortos), art. 209-212, Decreto-Lei 2.848/1940. No Projeto de Lei do Senado n, 236, de 2012, o regulamento aparece praticamente inalterado, ainda que localizado dentro de um Título dedicado aos interesses metaindividuais (Título XIV do PLS). Isso porque a comissão de juristas destacou a existência de uma “Transindividualidade do Sentimento Religioso” e argumentou que “[a] manutenção, incólume, destes tipos penais se deu em razão da sua adequação, **conquanto redigido há mais de cinquenta anos, aos dias atuais**. A objetividade jurídica imediata é o culto, cerimônia, ato ou objeto, relativos à religião, ao passo que a mediata é a ofensa à liberdade de crença ou religião, o que demonstra a transindividualidade do bem

comportamentos relatada pela Antropologia não é bem recebida pelo Direito brasileiro: o conteúdo normativo do art. 211 e 212 do Código Penal (que criminaliza a destruição, subtração ou ocultação cadáver ou parte dele, bem como o vilipêndio ao cadáver ou suas cinzas) já sinaliza um conteúdo ético sobre os comportamentos apropriados para com a morte, regulamentado pela norma penal. Mais ainda, no caso dos crimes contra o respeito aos mortos (art. 209, 210 e 211), Guilherme Nucci informa que o sujeito passivo é a coletividade em primeiro plano, e as pessoas presentes ao enterro e família do morto em segundo plano (NUCCI, 2007, p. 812-ss). Especificamente no caso de vilipêndio a cadáver, NUCCI (2007, p. 815) destaca claramente a presença de uma ética social que prevê o respeito aos mortos.

São dois pontos importantes que pretende-se fazer neste capítulo.

O primeiro diz respeito a esses **universais morais**: essas matérias serão sempre moralmente relevantes, ainda que o tratamento dado a elas varie em culturas diferentes. Sobre algumas delas, uma sociedade pode apresentar relativa homogeneidade, ou pelo menos baixo grau de conflito social (como é o caso do tratamento aos mortos), ao passo que outras, a homogeneidade será menos pronunciada, como é o caso da homossexualidade,¹²² cuja controvérsia continua acesa hoje em nossa sociedade.

No caso de muitas dessas matérias, seu conteúdo transbordará para a esfera jurídica. Muitas delas serão inclusive regulamentadas diretamente em conteúdo pelo Direito, como é a já mencionada proteção dada ao respeito aos mortos. No

protegido. Por essa mesma razão, inserem-se os delitos dentro do Título que trata dos interesses metaindividuais. Não se trata de uma proteção individual a determinado culto religioso, mas **a todo um sentimento religioso difuso, que para muitos, além de transindividual, teria caráter de direito natural do homem**” (COMISSÃO, 2012, grifos acrescidos). É curioso notar, em vista da diversidade de tratamento aos mortos relatada por Huntington, e Metcalf (1979), como várias práticas adotadas por inúmeras sociedades poderiam, dentro de uma interpretação legalista dos dispositivos do código Penal, ser enquadradas como crime contra o sentimento religioso no ordenamento brasileiro.

¹²² *Leading case* no Brasil é a ADPF 132 (Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 publicado em 14/10/2011), que empregou a técnica da “interpretação conforme” para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Desse *leading case*, seguiu acórdão do STJ que reconheceu a existência do casamento homoafetivo (REsp 1183378. Rel. Min. Quarta Turma. Julgado em 25/10/2011. Publicado no DJe de 01/02/2012). Essas decisões levantam também outras questões dentro da constituição da família, como o registro em cartórios de união estável poliafetiva (IBDFAM, 2012), a questão sucessória para as uniões estáveis homoafetivas (atualmente com repercussão geral reconhecida no RE 646721, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno), o tratamento a dependentes (tanto no âmbito tributário, quanto na cobertura de saúde, além de relações civis em geral, como clubes de lazer), a questão da paternidade socioafetiva e da multiparentalidade (e as inevitáveis discussões sobre pensão alimentícia de pais para filhos, e o contrário).

entanto, não somente quando existe uma regulamentação direta sobre os universais morais haverá controvérsia; também quando essas matérias formarem um pano de fundo para uma controvérsia jurídica posta, então a discussão jurídica será moralizada. Isso significa que, nesses contextos, é impossível uma decisão racional pura, tal como preconizada na Filosofia por inúmeros modelos éticos/morais, e no Direito por inúmeras teorias da argumentação jurídica. Dinâmicas emocionais, intuitivas, automáticas e inconscientes serão recrutadas na avaliação dessas questões; mais ainda, caso a pessoa sofra de algum problema físico (uma lesão ou doença, por exemplo) impeça o funcionamento de áreas cerebrais fortemente implicadas com esse tipo de cognição, a tomada competente de uma decisão **razoável** será enormemente dificultada, quiçá impossível.

O segundo ponto sugere que o tratamento dado a essas matérias será auto-evidente para aquela sociedade: empregando o exemplo acima, é auto-evidente que o tratamento dado aos mortos siga determinados encaminhamentos, ainda que **hoje** aceite-se alguma variação (se a pessoa vai ser enterrada, ou cremada, ou ainda se pretende doar seu corpo para a ciência). Alguns comportamentos desviantes são fortemente reprováveis (como embalsamar ou mumificar um morto), sendo que alguns comportamentos podem inclusive configurar crime (como seria comer o morto). De toda forma, os comportamentos aceitáveis e reprováveis têm aparência de ser auto-evidentes.¹²³ No entanto, acredita-se que muitas vezes haverá uma ilusão de homogeneidade quando na verdade um olhar mais cuidadoso detectará uma controvérsia justa.

O terceiro ponto remete ao modelo sociointuicionista, agora complementado pela Teoria das Fundações Morais. Contrariamente ao que normalmente se pensa, a matriz moral das pessoas é composta por mais noções que simplesmente aquelas de justiça material. Esse pluralismo é explicado pela TFM na próxima seção.

Como explica Manuel Atienza (2013, p. 19-20, 2014, p. 279-280), o Direito é um fenômeno complexo, que é possível contemplar por diversas perspectivas; no entanto, três delas possuem relevância teórica especial.

¹²³ Em sociedades altamente homogêneas, esses comportamentos são evidentes. Esse cenário muda conforme as sociedades se tornam mais complexas, e apresenta novos desafios: este é o caso de grande parte das democracias ocidentais atuais, que lida com essa variedade em temas que foram bastante consensuais, como questões sobre a dignidade sexual, direitos de gênero e direitos reprodutivos.

A primeira pode ser chamada **estrutural**, e tende a identificar-se com o normativismo jurídico, já que parte da ideia de que o Direito se compõe essencialmente de normas. Para descrevê-la, Atienza emprega a metáfora de um edifício: ao descrever as partes que compõem o edifício jurídico e a forma como elas juntam, conhece-se o Direito.

A segunda pode ser chamada de **funcional**. Prosseguindo-se com a metáfora do edifício, essa perspectiva se ocupa de explorar para que serve cada uma das partes do edifício, e que função cumpre o edifício no contexto em que está inserido (o Direito na Sociedade). Aqui, podem ser colocadas as posturas realistas e as posturas sociológicas, que tendem a identificar o Direito com a conduta (particularmente, a conduta dos juízes e, de forma mais geral, dos operadores do Direito). Manifesta-se aqui a preocupação não com a validade do Direito (do ponto de vista formal, como o normativismo), mas com o Direito em ação, aquele efetivamente eficaz.

A terceira perspectiva se ocupa com o aspecto **ideal** (ou **idealizado**) do Direito, não como o edifício tal como ele é, mas com o edifício tal como gostaríamos que ele fosse: o Direito justo. Para Atienza, as melhores versões dessa perspectiva buscam o Direito **racional**.

A ideia proposta a seguir se localiza dentro da concepção realista, no sentido de preocupar-se com o direito em atividade, o direito como uma atividade que se desenvolve no contexto da sociedade em constante transformação. No entanto, tal como ocorre com as concepções formalistas, as concepções realistas defendem a separação conceitual entre Direito e Moral (ATIENZA, 2013, p. 25). Ocorre que, como visto no Capítulo anterior, essa separação entre Direito e Moral é, ela mesma, uma versão idealizada do Direito, já que o ideal de racionalidade no âmbito moral parece ser mais uma ficção que uma possibilidade real.

Noutras palavras, no âmbito da Moral (e, como visto, são muitas as questões jurídicas que apresentam inevitáveis cores morais), é impossível (ou, no mínimo raro, considerando-se pessoas em uso funcional de todas as suas faculdades mentais) um julgamento racional puro. Quando diante de uma questão moralizada sobre a qual é preciso decidir, o julgamento que se chega é localiza-se em algum lugar no meio de uma razão pura e de uma “emoção” pura. Mais ainda, se o julgamento

encontra-se em qualquer dos dois extremos, isso pode ser sintomático de uma patologia (como uma psicopatia).

Assim, embora as reflexões a seguir amparam-se dentro de uma concepção realista, recupera-se também um aspecto idealizado do Direito, já que a empreitada neoconstitucionalista está localizado exatamente nessa busca pelo direito racional.

3.2 A Teoria das Fundações Morais

Como visto, o Modelo Sociointuicionista propõe que julgamentos morais não emergem de uma cuidadosa avaliação dos fatos envolvidos, mas sim de um tipo de cognição que ocorre de forma intuitiva e inconsciente. O papel da razão nesse modelo, como visto anteriormente, permanece como um objeto de debate. O consenso na Psicologia Moral contemporânea, no entanto, parece indicar para a impossibilidade de um julgamento racional puro.

A descrição do mecanismo pelo qual o julgamento moral se forma não responde, no entanto, perguntas fundamentais sobre essa moralidade: de onde vem a moralidade? Por que julgamentos morais são frequentemente tão similares entre culturas diferentes, e algumas vezes tão variáveis? A moralidade é uma coisa só, ou são muitas? Novamente, são muitas as teorias que procuram responder essas perguntas. Nessa seção, será apresentada a Teoria das Fundações Morais (*Moral Foundations Theory*, ou TFM) como uma forma de dar respostas a essas perguntas.

É preciso esclarecer desde logo que a teoria tem objetivo descritivo, não normativo (GRAHAM et. al. 2013, p. 57; HAIDT, 2013, p. 141). Diferentemente do que ocorre com outras teorias na Psicologia Moral,¹²⁴ a teoria não tem a pretensão de

¹²⁴ Lawrence Kohlberg fundou o ramo da Psicologia hoje conhecido como Psicologia Moral (que tem por objetivo conhecer e explicar o desenvolvimento moral das pessoas) quando defendeu que a compreensão de elementos relacionados à Justiça norteia todo o desenvolvimento moral das pessoas, desde a infância. Por meio da interpretação de papéis (*role-playing*) a criança vai apreciar quando suas ações (e as dos outros) são justas e injustas, e amadurece suas noções de justiça. Se a criança passa a respeitar valores com autoridade ou lealdade a um grupo, isso não é apropriado, já que esses valores devem estar submetidos à realização da justiça. A proteção desses valores como valores em si é tida como um problema na emancipação da criança, e denuncia que a criança está inadequadamente constrangida pela necessidade de se conformar e de honrar a tradição. Posteriormente, a psicóloga Carol Gilligan (2003) desenvolveu um estudo pioneiro, em que demonstrou que o desenvolvimento moral das meninas envolve, paralelamente ao amadurecimento de uma ética de justiça, o amadurecimento de uma ética de cuidado que não pode ser explicada

informar o que é moralmente bom ou correto. Os autores da teoria alertam que sua maior utilidade é munir psicólogos (principalmente da Psicologia Social), formuladores de políticas públicas e cidadãos com uma linguagem por meio da qual eles sejam capazes de descrever e compreender moralidades com as quais eles não compartilham. Evidentemente, uma ferramenta dessa natureza é de especial interesse para as Ciências Jurídicas, principalmente quando se observa um crescimento de decisões **judiciais** que avançam sobre a seara **moral**, muito pela argumentação principiológica. No caso de controle de constitucionalidade, quando a literalidade de normas infraconstitucionais é confrontada com normas constitucionais (tantas vezes com base apenas na dimensão constitucional axiológica), a emergência de resultados com os quais uma parte da sociedade (ou da comunidade de juristas, ou da comunidade acadêmica) discorda pode ser explicada por meio da TFM.

A base das fundações morais é harmonizar as abordagens evolucionistas (como a Sociobiologia e a Psicologia Evolucionista) e abordagens antropológicas para o julgamento moral.

Da Psicologia Evolucionista, duas ideias são muito influentes: a teoria de seleção de parentesco (*kin selection*) e de altruísmo recíproco (*reciprocal altruism*).

No âmbito da Antropologia, uma forte influência vem dos trabalhos de Richard Allan Shweder (SHWEDER et. al, 1997, p. 138), que percebeu a existência de **três** grandes domínios no discurso ético, quando realizou um estudo para análise do discurso moral dos habitantes de Bhubaneswar (Orissa, Índia):

- a) a ética da autonomia: articula conceitos como dano, direitos e justiça, com objetivo de proteger a zona de escolha discricionária do indivíduo, bem como de fomentar o exercício da vontade individual na realização de escolhas pessoais; é o tipo de discurso ético adotado oficialmente em sociedades onde o individualismo é um ideal (Haidt [2013, p. 116] explica, por exemplo, que esse tipo de ética é encontrado nos escritos de utilitaristas como John Stuart Mill e Peter Singer, bem como em deontológicos como Immanuel Kant e Lawrence Kohlberg); aqui, pressupõe-se a conceptualização da personalidade (*self*) como estrutura de preferências individuais, em que o objetivo da regulação é aumentar a escolha e a

apenas em termos de realização de justiça. Kohlberg revisou a teoria para admitir que a justiça, pelo menos nesse caso, não é a única virtude moral que compõe a moralidade das pessoas.

liberdade pessoal;

- b) a ética da comunidade: articula conceitos como dever, interdependência, hierarquia e no reconhecimento do aspecto imaterial (a alma própria e dos outros, submetida a uma ordem divina hierarquicamente superior), com objetivo de proteger a integridade moral de dos vários estratos de papéis que constituem uma sociedade ou uma comunidade, em que “sociedade” e “comunidade” são percebidas como uma entidade corporativa com identidade, posições, história e reputação próprias; daqui, pressupõe-se a conceptualização da personalidade (*self*) como a de um funcionário de uma empresa, em que cada pessoa tem, como parte de sua identidade, um papel ou posição intrínseca a desempenhar na vida dentro de uma empreitada coletiva interdependente mais ampla (dotada de história e reputação próprias);
- c) a ética da divindade: articula conceitos como a ordem sagrada, a tradição, a santidade, pecado e poluição, com objetivo de proteger a alma, o espírito, os aspectos espirituais do agente humano e da própria natureza contra a degradação; daqui, pressupõe-se a conceptualização da personalidade (*self*) como uma entidade espiritual conectada a uma ordem sagrada/natural, também portadora de um legado elevado e divino; Haidt (2013, p. 117) informa que, embora essa linguagem não apareça com tanta proeminência nas sociedades ocidentais civilizadas, a reprovação a comportamentos libertinos e hedonistas, bem como um cuidado com o corpo (alimentando-se de alimentos “puros” sem agrotóxicos, ou com certificação de que o produto não envolveu trabalho escravo ou crueldade animal) é indicativo dessa matriz.

Os autores explicam que os três tipos de discurso não aparecem um com exclusão do outro, mas sim complementando-se. Assim, em Orissa, o discurso da autonomia aparece em segundo plano, ao passo que o discurso da comunidade e da divindade aparecem em primeiro plano (e a autonomia é frequentemente subsumida pela comunidade e divindade). Na sociedade secular norte-americana, em contrapartida, existe uma inversão, e o discurso da autonomia aparece em primeiro plano. Mais importante que isso é perceber que os três tipos de linguagem existem e, a despeito do que defendem tradicionais teorias ético-filosóficas, existem aspectos da

vida ética que não podem ser explicados apenas com a ética da autonomia.

A TFM é uma harmonização dos conhecimentos desenvolvidos nas duas áreas. Ela se estrutura em uma analogia com o paladar. Todos os gostos que sentimos podem ser percebidos com cinco receptores: doce, salgado, amargo, azedo e umami. Isso significa que todas as cozinhas do mundo, por mais variáveis que sejam (e constrangidas por diferentes fatores ambientais de disponibilidade de alimentos), devem agradar os mesmos cinco receptores de gosto universais e inatos (HAIDT, JOSEPH, 2004; GRAHAM et. al, 2013, p. 60; HAIDT, 2013, p. 143).

Por exemplo, a maioria das culturas possui uma ou várias bebidas doces que são amplamente consumidas por aquela comunidade (HAIDT, 2013, p. 143). Normalmente, essas bebidas são desenvolvidas com uma fruta local (ou, nas culturas industrializadas, são bebidas a base de açúcar e alguns sabores artificiais). Seria ingênuo acreditar que bebidas como suco de manga ou maçã (ou os brasileiríssimos e exóticos araticum e mandacaru), Coca-Cola ou Fanta, empregam receptores diferentes. Se um antropólogo informa que os esquimós não possuem bebidas dessa natureza, isso não significa que eles não tenham o receptor para sabor doce, mas sim que o ambiente em que a cultura esquimó floresce não dispõe de frutas para que esse gosto apareça.

A ideia das fundações morais se estrutura na mesma lógica para responder às seguintes perguntas (GRAHAM et. al, 2012, p. 60): quais seriam os candidatos para “receptores de gostos morais universais”, a partir dos quais as inúmeras culturas do mundo poderiam estruturar suas cozinhas morais? Quais seriam as preocupações, percepções e respostas emocionais que consistentemente aparecem em códigos morais ao redor do mundo, para as quais já haviam explicações evolucionistas? Nessa segunda pergunta, cada fundação deveria representar “adaptações às ameaças duradouras e oportunidades na vida social” e chamar “a atenção das pessoas para certos tipos de situações (tais como crueldade ou desrespeito) e desencadeariam reações intuitivas instantâneas, talvez até emoções específicas (tais como simpatia ou raiva)” (HAIDT, 2013, p. 144).¹²⁵

Os cinco desafios adaptativos (gatilhos originais) identificados inicialmente são: cuidar de crianças vulneráveis, formar parcerias com pessoas que não integram

¹²⁵ No original: “adaptations to long-standing threats and opportunities in social life” e “They would draw people's attention to certain kinds of events (such as cruelty or disrespect), and trigger instant intuitive reactions, perhaps even specific emotions (such as sympathy or anger)”.

sua família e colher os benefícios da reciprocidade, formar coalisões para competir com outras coalisões, negociar em hierarquias de status, e manter a si próprio e aos seus longe de parasitas e patógenos (que se espalham rapidamente quando se vive em aglomerados sociais). Assim, a matriz original proposta do Jonathan Haidt e Craig Joseph (HAIDT, JOSEPH, 2004) envolve cinco módulos:

- a) Cuidado/Dano (*care/harm foundation*);
- b) Reciprocidade/Trapaça (*fairness/cheating foundation*);
- c) Lealdade/Traição; (*loyalty/betrayal*)
- d) Autoridade/Subversão (*authority/subversion foundation*);
- e) Santidade/Degradação (*sanctity/degradation foundation*);

Posteriormente, Haidt (2013, p. 180-216) acrescentou uma sexta fundação, chamada de Liberdade/Opressão (*liberty/oppression foundation*), para descrever o sentimento de ressentimento que as pessoas experimentam quando existe uma tentativa de alguém de injustamente dominá-las.

Assim, cada uma das fundações possui gatilhos originais, que desencadeiam emoções correspondentes, emoções que hoje podem ser descritas em forma de virtudes. Como o ambiente em que o *Homo sapiens* vive mudou radicalmente, os gatilhos que acionam esses receptores morais também mudaram, embora a percepção geral desse sentimento tenha permanecido. Essas informações podem ser sistematizadas na Tabela 5.

É preciso perceber que a TFM se sustenta sobre quatro pressupostos. Se qualquer um desses fundamentos for refutado, toda a teoria fica comprometida (GRAHAM et al, 2012). É preciso reconhecer ainda que, sobre nenhum dos pressupostos, existe um consenso (e os debates permanecem abertos no âmbito da Psicologia).

	Cuidado/Dano	Reciprocidade/Tra paça	Lealdade/Traição	Autoridade/Subversão	Santidade/Degradação	Liberdade/Opressão
Desafios adaptativos	Proteger e cuidar das crianças	Colher os benefícios de uma parceria	Formar coalisões coesas	Forjar relacionamentos benéficos dentro de hierarquias	Evitar contaminação	Equilibrar relações de poder em grupos pequenos e hierarquizadas
Gatilhos originais	Sufrimento, angústia e a necessidade manifestadas pelas crianças da própria pessoa	Trapeça, cooperação e a sensação de ter sido enganado	Ameaças ou desafios grupos rivais	Sinais de dominância e submissão	Resíduos, doentes	Tentativas de dominação de um indivíduo sobre outros do grupo; tiranos ou <i>bullies</i> .
Gatilhos atuais	Bichinhos fofinhos, personagens fictícios fofinhos	Fidelidade matrimonial, máquinas de venda automática estragadas	Times esportivos, nações	Chefes, Profissionais respeitados	Ideias (comunismos, racismo)	A concentração e abuso de poder político, questões de justiça social (concentração de renda)
Emoções características	Compaixão	Raiva, gratidão, culpa	Orgulho do grupo, ódio aos traidores	Respeito, medo	Nojo	Raiva justiciera, reatância
Virtudes relevantes	Cuidado, bondade	Justiça no sentido de equidade, justiça no sentido de proporcionalidade, confiança	Lealdade, patriotismo, auto-sacrifício	Obediência, deferência	Temperança, castidade, piedade, asseamento	Igualitarismo, antiautoritarismo, sentimentos de ressentimento contra o governo por parte dos libertários

Tabela 5 As Fundações Morais (adaptado de HAIDT, JOSEPH, 2004; GRAHAM et. al, 2012, p. 60; HAIDT, 2013)

Antes que apareçam acusações de que aqui advoga-se a favor de um determinismo genético, a ideia de inato defendida aproxima-se da ideia da relação que um rascunho tem como o produto final de um livro, apresentada pelo cientista cognitivo Gary Marcus (2004). Segundo o autor, “a natureza concede ao recém-nascido um cérebro relativamente complexo, que é melhor compreendido como possuidor de algumas conexões prévias – flexíveis e sujeitas a mudanças –, e não como possuidor de conexões determinadas, fixas e imutáveis” (MARCUS, 2004, p. 12).¹²⁶ Mais ainda, “a natureza concede um primeiro rascunho, que a experiência posteriormente revisa” (MARCUS, 2004, p. 34).¹²⁷ Assim, inato aqui não significa imaleável, mas simplesmente organizado antes da experiência (e mutável em razão dessa experiência, de fatores ambientais, da cultura). Assim, nessa metáfora, a mente é como um livro, em que a genética é apenas um rascunho que não determina integralmente o resultado final.

Tomando novamente de empréstimo a metáfora do paladar, sabe-se que crianças nascem com uma preferência por gostos doces, em detrimento de sabores amargos. Existe uma disposição inata que ocasiona prazer quando ela sente o sabor doce. A hipótese aqui é que essas habilidades se desenvolvem de forma similar: existem esquemas cognitivos que experimentam prazer diante de transações justas, e desprazer quando identifica trapaceiros. A TFM propõe que a mente humana é organizada antes da experiência para aprender valores, normas e comportamentos relacionados a um conjunto diverso de problemas sociais adaptativos. Como se verá na apresentação das fundações adiante, cada uma delas resolve problemas adaptativos importantes.

No entanto, se a conclusão é de que a moralidade é inata, ela é também fortemente dependente de circunstâncias ambientais, o que leva ao segundo pressuposto da teoria: a da possibilidade de aprendizagem cultural (o rascunho é editado durante o desenvolvimento da criança dentro de uma cultura específica).

Foi exatamente essa ideia que levou à escolha da metáfora arquitetônica “fundações” para a teoria. As fundações morais não são moralidades acabadas, mas elas limitam o tipo de ordem moral que é possível construir. Algumas sociedades

¹²⁶ No original: “nature bestows upon the newborn a considerably complex brain, but one that is best seen as prewired—flexible and subject to change— rather than hardwired, fixed and immutable”.

¹²⁷ No original: “Nature provides a first draft, which experience then revises”.

estruturam seus sistemas morais em torno de uma ou duas fundações (são sistemas do tipo moralidade estrita, descrita na seção anterior, ao passo que outras usam mais dimensões (moralidade multidimensional). Quando se observa uma sociedade isoladamente, é difícil de perceber as fundações diretamente. No entanto, ao examinar dados etnográficos, é possível encontrar esses padrões. Daí porque uma das inspirações da Teoria é justamente a Antropologia. Paralelamente, avanços no desenvolvimento de uma Teoria do Desenvolvimento (Moral) em bebês também indicam a presença das fundações.

O terceiro pressuposto é o intuicionismo, tratado com bastante detalhe no capítulo anterior, e estipula, resumidamente, que o julgamento é mais um produto de uma intuição que de raciocínios (como visto, o papel que a razão desempenha nesse processo permanece aberto a debate, embora os autores concordem que existem aspectos que não são racionais).

O quarto pressuposto é o pluralismo (GRAHAM et al, 2013, p. 67), a percepção de que existem muitos desafios sociais recorrentes, de modo que existem também muitas fundações. A Tabela 4 expõe exatamente esse pluralismo: a primeira coluna lista desafios adaptativos de longa data (os indivíduos que superaram esses desafios tiveram uma vantagem reprodutiva sobre os demais); cada um desses desafios possui gatilhos originais; no entanto, com as mudanças nas condições ambientais em que os seres humanos vivem atualmente, muitos dos gatilhos originais desapareceram; como o módulo mental permanece, ele é ativado por novos gatilhos.

É curioso como esse pluralismo da TFM guarda semelhanças como o pluralismo neconstitucional descrito pelo jurista Gustavo Zagrebelsky (2016, p. 16), que coloca, lado a lado, princípios e valores que conformam nossa convivência coletiva e que convivem em irreconciliável tensão.¹²⁸ Não é possível levar qualquer desses valores ou princípios neconstitucionais ao absoluto, o que leva Zagrebelsky a defender que o único valor que se deve proteger de qualquer ameaça é o próprio pluralismo.

¹²⁸ Relembre-se: a liberdade da sociedade paralelamente às reformas sociais; a igualdade perante a lei (o aspecto geral da lei) mas também a igualdade (a necessidade de especificidade conforme o caso); o reconhecimento de direitos dos indivíduos paralelamente ao reconhecimento de direitos da sociedade; o reconhecimento dos direitos individuais materiais e espirituais paralelamente à proteção aos bens coletivos ameaçados pelo gozo desses próprios direitos individuais; aspirar à rigorosa aplicação da lei sem ignorar a piedade que emana diante das consequências mais duras dessa lei; a responsabilidade individual na condução da própria vida, mas também a intervenção coletiva para dar apoio aos mais vulneráveis.

Assim, a matriz tal como descrita pela teoria das fundações morais apresenta maior poder explicativo não só para a existência de controvérsias morais, mas também ajudam a explicar determinadas situações jurídicas. A preocupação com a garantia ao dever de cuidado e ao dever de justiça são marcantes no sistema moral ocidental (tal como o discurso ético da autonomia, tal como descrito por Schwder é marcante na sociedade americana). No entanto, esses dois deveres não são suficientes para explicar determinadas decisões.

Assim, a seguir, apresentam-se melhor cada uma das fundações, tal como descrita pelos autores. Simultaneamente, apresentam-se alguns exemplos desenvolvidos por Côrtes e Oliveira (2016), em que, acredita-se, cada uma das matrizes se manifestou em contextos jurídicos.

3.2.1 Fundação de cuidado

Todos os mamíferos enfrentam desafios adaptativos para cuidar de sua prole vulnerável por um longo período de tempo. Assim, a origem da fundação de cuidado está ligada ao alto investimento dos mamíferos em sua prole. Se outros animais investem em quantidade (e produzem inúmeros descendentes), os mamíferos apostam em pequenas proles que, por outro lado, demandam alto investimento para que prosperem:

Mamíferos possuem uma cria pequena e investem muito em cada filhote, e por isso encaram o desafio de cuidar e nutrir sua prole por um longo tempo. Mães primatas têm ainda menos filhotes e investem ainda mais em cada um. E bebês humanos, cujos cérebros são tão grandes que as crianças precisam forçar-se a nascer um ano ou mais antes de poder andar, são apostas tão grandes que a mulher não pode colocar todas as fichas na mesa sozinha. Ela precisa de ajuda nos últimos meses de gravidez, para dar à luz e para alimentar e cuidar da criança nos anos subsequentes ao nascimento.¹²⁹ (HAIDT, 2013, p. 154, tradução nossa)

Assim, as fêmeas dos mamíferos com reações mais eficientes a sinais de sua prole (de sofrimento, angústia ou necessidade) conseguem garantir a sobrevivência de mais filhotes até a vida adulta do que as fêmeas menos perceptivas.

¹²⁹ No original: “*Mammals make fewer bets and invest a lot more in each one, so mammals face the challenge of caring for and nurturing their children for a long time. Primate moms place even fewer bets and invest still more in each one. And human babies, whose brains are so enormous that a child must be pushed out through the birth canal a year before he or she can walk, are bets so huge that a woman can't even put her chips on the table by herself. She needs help in the last months of pregnancy, help to deliver the baby, and help to feed and care for the child for years after the birth*”.

De Waal (2005, p. 200) relata o caso da chimpanzé Krom: por ser surda, Krom não percebia o choro de seus filhotes, e vários deles morreram (se ela sentava em cima de um filhote, por exemplo, ela não percebia os gritos de protesto).

Rosling et al (2018) informa que a mortalidade infantil é um parâmetro de serve de proxy para medir a qualidade de uma sociedade. Já que crianças são frágeis, e muitos fatores podem levar à sua morte (germes, fome, violência, etc). Quando a taxa de mortalidade infantil cai, significa que seus pais e a sociedade conseguiram protegê-las de todo tipo de ameaça. Desse dado, é possível presumir que há comida o suficiente, que o esgoto não transborda para as fontes de água, que há acesso a cuidados básico de saúde (como vacinas), e frequentemente que as mães são alfabetizadas. Cuidados com as crianças exigem um esforço tremendo, de modo que a mortalidade infantil pode servir de medida para avaliar-se uma sociedade inteira.

Assim, o desafio adaptativo original para o senso de cuidado é a questão da maternidade/paternidade. No entanto, uma vez instalada a sensibilidade para um determinado tipo de situação que enseja cuidado, esse sentimento pode aparecer em diversas outras situações, exatamente como ocorre com pessoas sensíveis a questões humanitárias (HAIDT, 2013, p. 157).

A fundação cuidado/dano é uma das mais presentes nos sistemas jurídicos contemporâneos. Se antes o suporte aos hipossuficientes era promovido por ações filantrópicas, atualmente boa parte dessas ações foi assumida pelo Estado (embora o movimento de horizontalização dos direitos fundamentais ganhe cada vez mais corpo). A fundação de cuidado aparece, portanto, por todas as ações de assistência social, bem como nos grandes desafios internacionais (como a concessão de asilo político a refugiados).

No âmbito judicial, esse dever de cuidado aparece na discussão em torno da paternidade socioafetiva. A jurisprudência passou a reconhecer a adoção à brasileira, que ocorre quando o indivíduo, mesmo ciente de que não é o genitor da criança, voluntária e expressamente declara o ser perante o Oficial de Registro das Pessoas Naturais, estabelecendo com ela a partir daí um vínculo de afetividade paterno-filial. Rigorosamente, essa conduta é antijurídica (inclusive, tipificada expressamente pelo art. 242, CP). No entanto, a jurisprudência brasileira afasta a tipicidade da conduta e reconhece a validade da declaração no melhor e prioritário interesse da criança. Se posteriormente o declarante encerra o relacionamento com a

mãe e pretende desconstituir o registro (com afastamento das obrigações cabíveis), isso não mais é possível, sendo irrelevante nesse caso a verdade biológica.

O interesse da criança foi priorizado ainda em julgamento recente no Supremo Tribunal Federal (RE n. 898.060), com repercussão geral reconhecida, no qual fixou-se a tese de que “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios” (BRASIL, 2017). Noutras palavras, mesmo que a criança tenha um pai socioafetivo que provenha para ela, ainda assim o pai biológico deve pensão a ela. O relator chegou a falar em um **princípio da paternidade responsável**, e considerou que não há obstáculos para reconhecimento das duas formas de paternidade (socioafetiva e biológica). Assim, declarou que não é necessário decidir entre o vínculo socioafetivo (declarado ou não) e o vínculo da ascendência biológica, quando o melhor interesse da criança é o reconhecimento de outros. Repare-se que a ênfase, o em jurídico expressamente mencionado, é o melhor interesse da criança, o que pode ser interpretado como um dever de cuidado.

3.2.2 Fundação de justiça (ou proporcionalidade)

A segunda fundação é a da justiça (*fairness/cheating*, em alguns estudos recebe o nome de *fairness/reciprocity*), e é descrita por Haidt da seguinte maneira:

A vida humana é uma sucessão de oportunidades para cooperações mutualmente benéficas. Se jogarmos nossas cartas corretamente, podemos trabalhar com as outras pessoas para aumentar o bolo que em última instância compartilhamos. Os caçadores trabalham juntos para abater presas maiores que uma pessoa sozinha não conseguiria pegar. Vizinhos observam as casas uns dos outros e se emprestam ferramentas. Colegas de trabalho cobrem o turno uns dos outros. Por milhares de anos, nossos antepassados enfrentaram desafios adaptativos de colherem esses benefícios sem serem tripudiados. Aqueles cujas emoções morais os compeliam a agir “na mesma moeda” colheram mais dos benefícios.¹³⁰ (HAIDT, 2013, p. 159, tradução nossa)

¹³⁰ No original: “*Human life is a series of opportunities for mutually beneficial cooperation. If we play our cards right, we can work with others to enlarge the pie that we ultimately share. Hunters work together to bring down large prey that nobody could catch alone. Neighbors watch each other’s houses and loan each other tools. Coworkers cover each other’s shifts. For millions of years, our ancestors faced the adaptive challenge of reaping these benefits without getting suckered. Those whose moral emotions compelled them to play “tit for tat” reaped more of these benefits than those who played any other strategy, such as “help anyone who needs it” (which invites exploitation), or*

É fundamental buscar um equilíbrio entre a necessidade de cooperar e a necessidade de não ser passado para trás. Nesse sentido, um modulo moral que nos levasse a não apenas cooperar, mas a não abrir muito espaço a trapaceiros, pode ter surgido, e desperta em nós um desejo de afastar ou punir essas pessoas (HAIDT, 2013, p. 178). É uma fundação fortemente calcada no senso de proporcionalidade quase cármico: as pessoas querem que os trapaceiros/traidores sejam punidos e querem que bons cidadãos sejam recompensados na proporção merecida.

Um bom exemplo no âmbito do Judiciário conversa com o exemplo anterior. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de não permitir a desconstituição da paternidade (com retificação do registro público e afastamento das obrigações inerentes) pelo simples motivo de que o relacionamento que deu origem à criança acabou (ou seja, a inexistência de paternidade biológica não é motivo suficiente para desconstituir o registro e as obrigações, se a paternidade foi assumida voluntária e expressamente, ciente de que não era o pai biológico da criança). No entanto, no Recurso Especial 1.508.671 (BRASIL, 2016a), discute-se o caso de um homem que, aos 83 anos (representado por curador, em razão de estar interditado) ajuizou ação requerendo o reconhecimento da nulidade do registro civil em que constava como pai e da inexistência de filiação legítima de um menor nascido no curso de uma união estável mantida com a mãe. Analisando as provas dos autores, o Superior Tribunal de Justiça destacou três elementos que o levaram a anular o registro e desconstituir a paternidade: que o pai assumiu a paternidade em registro público acreditando ser pai biológico da criança (levado à erro pela genitora); que a genitora se recusou reiteradamente a realizar o teste de DNA (o que gerou uma presunção contra ela); que a criança foi retirada do convívio com o pai, de modo que não foi configurada uma relação de afetividade entre os dois (nem tampouco, naquele momento, havia interesse nesse sentido). Nesse caso, o melhor interesse da criança cedeu lugar à defesa de outros bens jurídicos: o próprio pai (um idoso interditado) encontra-se em situação de vulnerabilidade e os Ministros entenderam, considerando as provas dos autos, que ele foi enganado pela genitora, que comportou-se de forma desleal. Nesse caso, admitiu-se a desconstituição da paternidade.

“take but don’t give” (which can work just once with each person; pretty soon nobody’s willing to share pie with you).”

Assim, o Direito é sensível à necessidade a condutas desleais, traiçoeiras, que violem um princípio geral de boa-fé.

Especificamente no âmbito do Poder Judiciário, esse impulso acabou ganhando amparo, por meio do reconhecimento de um princípio implícito ao ordenamento jurídico de boa-fé, particularmente persuasivo quando se analisam as relações da Administração Pública com o administrado. Esse princípio exprime exatamente a valorização desse valor moral, por meio da tutela da confiança. Almiro de Couto e Silva explica que existe, portanto, uma natureza subjetiva da segurança jurídica, a qual concerne a proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes âmbitos da sua atuação. (SILVA, 2005). Assim, se a Administração Pública se comporta no sentido de provocar expectativa legítima no administrado, que por sua vez age norteado por essa sinalização, essa confiança é digna de tutela.

A pessoa que, convicta de certo estado de coisas, adopte condutas determinadas e erga, sobre ele, todo um edifício, fica, perante a outra parte, em desigualdade, quando se apure a mera aparência da situação em que acreditou e, em consequência, se inutilize toda a sua actividade. A proteção da confiança, conquistada num labor periférico e disperso, revela, no conjunto, um dos prismas múltiplos das exigências da igualdade: o de que, ao fazer corresponder a situações diversas saídas diferentes, se tenha em conta o condicionamento do exercício, com atenção aos elementos de crença legítima e de previsibilidade que, no caso, se acolham” (CORDEIRO, 2001, p. 1276)

Tal componente já foi inclusive reconhecido pela jurisprudência brasileira, quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu a presença de um “componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de direito público” (BRASIL, 2004). A questão que parece nodal aqui é inibir comportamentos oportunistas, e preservar e proteger justas expectativas.

Mudanças recentes no Código de Processo Civil levaram à inclusão de dever de agir conforme a boa-fé em vários momentos do processo civil judiciário (BRASIL, 2015, grifos acrescentados):

Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a **boa-fé**.

Art. 322. O pedido deve ser certo. (...)
§ 2º A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da **boa-fé**.

Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...)
§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da **boa-fé**.

Veja-se que boa-fé é um princípio jurídico, o que traz todas as dificuldades normalmente envolvidas na aplicação de normas dessa natureza. Ademais, o conteúdo desse princípio parece justificar sanções (nesse caso, inclusive sanções judiciais) àqueles que se comportam de forma desonesta.

3.2.3 Fundação de lealdade (ou grupismo)

Um desafio adaptativo recorrente implica a competição de um grupo com outro grupo de mesma espécie (chimpanzés, por exemplo, competem por território). Dentro do próprio grupo, coalisões competem com outras coalisões por poder. A terceira fundação explica a dinâmica de competição (potencializada pelo fato de que humanos desenvolveram linguagem, armas e marcadores tribais), para a qual a habilidade de organizar coalisões coesas é uma vantagem sobre grupos rivais (GRAHAM et al, 2013, p. 70). Trata-se da fundação da lealdade (*loyalty/betrayal*, em alguns estudos, *ingroup/loyalty*), também referida pelo neologismo *grupismo* (CÔRTEZ, 2016).

Se os desafios adaptativos originais relacionam-se à ameaça que a existência de grupos rivais representa à própria existência, na atualidade, os gatilhos são outros: a rivalidade entre times esportivos, entre universidades, entre religiões, entre empresas rivais (quando é necessário vestir a camisa da empresa), e em cenários mais amplos, como os sentimentos de nacionalismo, sentimento acentuado entre os movimentos usualmente situados à direita do espectro político, e tem menor importância nos movimentos de esquerda, que costumam prezar por um universalismo (HAIDT, 2013, p. 161-164). As pessoas ostentam sinais das organizações às quais elas pertencem (em broches ou anéis, camisas estampadas, uniformes, adesivos de carro, e vários outros sinais dessa natureza).

Em alguma medida, é possível empregar essa fundação também para explicar a lealdade de acadêmicos a determinadas matrizes teóricas¹³¹ e a dificuldade para dialogar com pesquisadores de outras áreas que muitas vezes instala-se.

¹³¹ No primeiro capítulo, algumas reações grupistas foram observadas, que opõem cientistas e profissionais literários de um lado. No segundo capítulo, especificamente no caso do Direito, foram listadas algumas matrizes teóricas às quais também é possível manifestar lealdade, como o positivismo, (neo)constitucionalismo, realismo, etc).

Esse comportamento de lealdade também aparece nas relações jurídicas. Em 2016, o Supremo Tribunal Federal se manifestou no sentido de que viola a Constituição a nomeação de membro do Ministério Público para ocupar cargo no Poder Executivo. A decisão foi proferida no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 388, ajuizada para questionar a nomeação de um procurador de Justiça para o cargo de ministro da Justiça. Na ocasião, o Relator citou a vedação do art. 128, § 5º, II, “d”, CR, e destacou que “quem exerce função de Estado, como é o caso do membro do Ministério Público, não deve poder exercer função de governo. Função de Estado exige distanciamento crítico e imparcialidade; e função de governo exige lealdade e engajamento”. Mais adiante, o Ministro destacou que:

Ao exercer cargo no Poder Executivo, o membro do Ministério Público passa a atuar como subordinado do Chefe da Administração. **Isso fragiliza a instituição Ministério Público**, que pode ser potencial alvo de captação por interesses políticos e de submissão dos interesses institucionais a projetos pessoais de seus próprios membros. (BRASIL, 2016b, grifos acrescentados)

O recrutamento de parlamentares para exercer cargos no Poder Executivo é objeto do mesmo questionamento.

É rica a leitura desse julgado à luz da fundação lealdade: percebe-se a existência de dois grupos com papéis distintos (funções de estado e funções de governo). Ao ressaltar que o deslocamento de um promotor para uma função de governo fragiliza o Ministério Público, o STF parece sinalizar que comportamento foi desleal, e que o comportamento do promotor ao aceitar o cargo foi incompatível com sua posição.

3.2.4 Fundação de autoridade

Todas as sociedades de primadas são altamente hierarquizadas. A quarta fundação apresentada descreve a vantagem adaptativa que ocorre quando os indivíduos navegam nessa sociedade com percepção adequada dessas relações sociais complexas. Trata-se da fundação de autoridade (*authority/subversion*, também chamada *authority/respect*, ou ainda *authority/hierarchy*).

Haidt informa que “[o] impulso de respeitar as relações hierárquicas é tão profundo que muitas línguas o codificam diretamente” (HAIDT, 2013, p. 165, tradução

nossa),¹³² como ocorre com a distinção entre *Sie/du* em alemão, *Usted/tú* em espanhol, *Vous/tu* em francês. Mesmo entre línguas que não possuem essa marcação, existem formas de tratamento formal e tratamento informal (v.g. Magnífico Reitor, Excelentíssimo Senhor Juiz, Excelentíssimo Senhor Presidente, Sereníssimo Príncipe, Majestade). A marca da autoridade aparece quando alguém se irrita com um vendedor que utiliza seu primeiro nome, ou quando alguém que se respeita pede para ser chamado pelo primeiro nome. No Brasil, socialmente, essas marcas de autoridade são mais difusas (ainda que seja comum chamar pessoas mais idosas, ou economicamente mais poderosas, de Senhor ou Senhora/Dona). Todavia, a marca de autoridade é mais que evidente nos Poderes da República, particularmente no Poder Judiciário, quando a referência a qualquer autoridade é regulada por pronomes de tratamento regulamentados.

Muitas espécies possuem manifestações de hierarquia e disputas por status (todos os primatas, galinhas e galos, cães e outras espécies gregárias) (HAIDT, 2013, p. 166). Há, no entanto, uma diferença entre autoridade e poder:

Mesmo entre os chimpanzés, em que hierarquias de dominância são realmente sobre o poder bruto e a capacidade de infligir violência, o macho alfa realiza algumas funções socialmente benéficas, como assumir o “papel de comando”. Ele resolve alguns conflitos e suprime a maior parte dos conflitos violentos que irrompem quando não há claramente um macho alfa (...) Este papel de comando é bastante visível nas tribos humanas e civilizações antigas. Muitos dos textos legais mais antigos começam ancorando o domínio do rei na escolha divina, e em seguida a autoridade do rei é dedicada a fornecer ordem e justiça. (...) A autoridade humana, então, não é apenas poder bruto apoiado pela ameaça de força. **Autoridades humanas assumem a responsabilidade pela manutenção da ordem e da justiça.**¹³³ (HAIDT, 2013, p. 166-167, tradução nossa, grifo acrescido)

Assim, os seres humanos são sensíveis a sinais de status e posição social, principalmente quando as pessoas não estão se comportando adequadamente, considerando sua posição (HAIDT, 2013, p. 179), ou quando não estão recebendo tratamento condizente com sua posição. É possível ler o caso das algemas nessa perspectiva.

¹³² No original: “*The urge to respect hierarchical relationships is so deep that many languages encode it directly.*”

¹³³ No original: “*Even among chimpanzees, where dominance hierarchies are indeed about raw power and the ability to inflict violence, the alpha male performs some socially beneficial functions, such as taking on the ‘control role’. He resolves some disputes and suppresses much of the violent conflict that erupts when there is no clear alpha male. [...] This control role is quite visible in human tribes and early civilizations. Many of the earliest legal texts begin by grounding the king’s rule in divine choice, and then they dedicate the king’s authority to providing order and justice. [...] Human authority, then, is not just raw power backed by the threat of force. Human authorities take on responsibility for maintaining order and justice.*”

A questão da espetacularização dos presos algemados jamais ganhou a atenção do Supremo Tribunal Federal. Apenas quando os presos conduzidos passaram a ser figuras ilustres da sociedade (empresários e políticos), a questão foi pautada. No julgamento, o Supremo Tribunal Federal entendeu que havia abuso no emprego de algemas, e reconheceu uma violação ao princípio da dignidade humana. Esse processo singular originou a Súmula Vinculante n. 11, que tem como objetivo regular o uso de algemas por parte da polícia em suspeitos, limitando o uso a situações especiais. No entanto, a súmula teve como base apenas um caso que chegou até o STF, o que descumpra a exigência de reiteradas decisões sobre o tema, e faz com que ela seja considerada por alguns como inconstitucional (BROD, 2009, p. 39). E seu objeto é extremamente controverso, já que modifica os procedimentos e exige uma justificção por escrito para o uso de algemas, procedimento que não é previsto em nenhum outro documento legislativo (BROD, 2009, p. 39). Por fim, a abrangência da súmula é muito maior do que a do caso que a motivou, que se concentrava no uso de algemas no Tribunal do Juri, o que pode ser considerada uma exorbitância do poder do instrumento (BROD, 2009, p. 44).

Ainda mais interessante, a edição dessa súmula aconteceu um ano depois do caso que supostamente a motivou, e em um momento no qual um dos ministros reclamou publicamente da exposição de pessoas ilustres algemadas em noticiário nacional (BROD, 2009, p. 48). A suspeita aqui é que o status dos algemados motivou essa resposta judiciária, e não propriamente a violação à dignidade da pessoa humana abstratamente considerada.

É curioso notar, todavia, que o exercício dessas posições hierárquicas está atrelado à realização de determinadas funções sociais. No entanto, em tantos casos, essa responsabilidade perdeu-se, mantendo-se apenas o dever de respeitar a autoridade. Talvez ainda, a recuperação de ideais republicanos recupere também a responsabilidade atrelada ao exercício do poder.

3.2.5 A fundação de santidade

Por fim, há a fundação da santidade (*sanctity/degradation*, também chamada *purity/sanctity*), que deriva de um sentimento bem conhecido – o nojo:

O sentimento de nojo evoluiu inicialmente para otimizar as respostas para o dilema do onívoro. Indivíduos que tinham um sentido de nojo devidamente

calibrado eram capazes de consumir mais calorias do que seus primos excessivamente enjojados ao mesmo tempo em que consumiam menos micróbios perigosos do que os seus primos insuficientemente enjojados. Mas não apenas os alimentos representavam uma ameaça: quando os primeiros homínidos desceram das árvores e começaram a viver em grupos maiores no chão, eles ficaram sujeitos a risco maior de se infectarem uns com os outros, ou com os rejeitos dos outros.¹³⁴ (HAIDT, 2013, p. 172, tradução nossa)

O gatilho original desse módulo, portanto, pode estar nas vantagens de evitar parasitas, patógenos e outras ameaças que podem ser espalhadas por contato físico ou proximidade. Muitos dos fatores ameaçados incitam nas pessoas o sentimento de nojo (coisas podres, dejetos, etc). Nessa perspectiva, o corpo passa a ser um templo sagrado, que deve ser cuidado e protegido. Virtudes como a temperança e a castidade estão também ligadas a esse sentimento.

Embora tenha um papel de levar a evitar situações de ameaça, também pode estar relacionada com o que é sagrado e intocável, e hoje em dia pode ser acionada em diversas situações não relacionadas com o gatilho original, como xenofobia, preconceitos e em algumas sacralidades da esquerda, sobretudo em questões ambientais, onde há íntima relação entre o dano causado pela poluição e a ideia de degradação da natureza, maculada pelo capitalismo industrial (HAIDT, 2013, p. 173-177).

Em relação à fundação pura, temos que algumas ideias ou instituições podem se tornar sagradas. Segundo Haidt (2013, p. 193), a “santificação” de ideias possui um papel social fundamental: a capacidade de dotar ideias, objeto e eventos com valor imensurável viabiliza a coesão social. Assim, o processo de conversão do *pluribus* (pessoas diversas) em *unum* (uma nação) é um milagre que ocorre em todas as nações de sucesso na Terra. As nações declinam ou se demoram quando param de realizar esse milagre.

Curioso pensar que algumas dessas ideias são jurídicas, como foram os Códigos e como são agora os Direitos Fundamentais.

A legislação codificada do século passado era como a obra de uma nação, que superou um sistema jurídico local e casuístico para construir normas gerais,

¹³⁴ No original: “*The emotion of disgust evolved initially to optimize responses to the omnivore’s dilemma. Individuals who had a properly calibrated sense of disgust were able to consume more calories than their overly disgusting cousins while consuming fewer dangerous microbes than their insufficiently disgusting cousins. But it’s not just food that posed a threat: when early hominids came down from the trees and began living in larger groups on the ground, they greatly increased their risk of infection from each other, and from each other’s waste products.*”

abstratas, com pretensão de exaustividade, que possuía, uma função central e proeminente naquelas ordens jurídicas. Entretanto, inevitavelmente, a técnica da codificação mostrou sinais de esgotamento, e suas limitações mostraram-se evidentes. Ainda assim, durante esse processo de declínio, alguns autores daquela época se incomodavam com o que chamaram de erosão do código por leis especiais, com a multiplicação dessas leis que perturbam a sistemática fechada das codificações, bem como o desenvolvimento da jurisprudência. Esses Códigos Civis, patrimônios nacionais, estavam sendo violentados por leis especiais editadas por legisladores ingênuos, e isso não era visto levemente (FLÜCKIGER; DELLEY, 2007).

Na atualidade, esse papel central foi ocupado pelas Constituições e, mais especificamente, pelos Direitos Fundamentais, já bem mencionada no capítulo anterior. Ainda que se trate de construções teóricas recentes, é difícil para o direito ocidental conceber o sistema hoje sem essas estruturas. Erguer a voz contra a realização de direitos fundamentais beira a heresia (uma violação ao mais alto padrão ético-jurídico já alcançado), embora alguns autores já tenham acusado essa era de ter acentuado a desigualdade de renda e ser extremamente benéfica aos mais ricos (MOYN, 2018).

Mesmo assim, com todas as dificuldades e limitações, é surpreendente a convergência de toda uma nação (ou ainda, de muitas nações ao redor do mundo) para realizar esses objetivos.

3.2.6 A fundação de liberdade

Dentro das dinâmicas sociais hierarquizadas, não é incomum que um indivíduo tente dominar os demais. Essas tentativas de dominar e/ou subjugar os demais são os gatinhos para essa fundação. Trata-se de um desafio adaptativo porque, se o grupo não se opõe a essas tentativas, cada um dos indivíduos arriscar ter reduzido seu acesso a comida, a parceiros reprodutivos e outros recursos necessários ao sucesso desse indivíduo em termos darwinianos (HAIDT, 2013, p. 200-201). Essa resistência muitas vezes motiva o grupo a agir, o que não sempre resulta na morte do opressor. Basta lembrar das dinâmicas descritas por De Waal (2005) sobre as articulações de Yoreon.

A dinâmica descrita por Haidt opõe a fundação de autoridade à fundação de liberdade. As pessoas reconhecem alguns tipos de autoridade como legítimas, em alguns contextos; paralelamente, são atentas e desconfiadas daqueles que pretendem assumir a liderança sem antes conquistar sua confiança, e monitoram por sinais de que um pretense líder se tornou auto engrandecido e tirânico.

Também muito importante é o sentimento coletivo que inspira a resistência à tentativa de dominação. As pessoas não sofrem a dominação de forma primada. Essas tentativas de dominação servem como motivação para que as pessoas ajam juntas e reajam com um sentimento de raiva justiceira e reatância psicológica.

Nesse contexto, até mesmo o assassinato de um opressor muitas vezes é visto pelos revolucionários como a coisa certa a se fazer (quantas pessoas não matariam Hitler com as próprias mãos, dada a oportunidade, ou pelo menos defenderiam que essa é a única forma de corrigir um mal feito).

Essa fundação está dos dois lados do espectro político. Do lado da esquerda, manifesta-se pela luta contra o autoritarismo e defesa do igualitarismo (*egalitarianism*). Do lado da direita, manifesta-se pela luta contra intervenções estatais na esfera privada (mesmo na esfera econômica).

3.3 O caso do tipo penal de pornografia simulada

Suponha-se que um homem chamado Tício, de 30 anos de idade, apresente interesse sexual pedofílico.¹³⁵ Às noites, ele se fecha sozinho dentro de casa, cerrando todas as portas e janelas para que ninguém o veja, retira do armário

¹³⁵ O Manual de Diagnóstico e Estatística de Transtornos Mentais estabelece que o diagnóstico da pedofilia (atualmente denominada transtorno pedofílico) é uma espécie de transtorno parafilico, que são aqueles no qual a) a pessoa sente angústia pessoal interna sobre seu interesse sexual, decorrente não apenas da reprovação social, ou b) a pessoa tem um desejo ou comportamento sexual que envolva outra a angústia psicológica, dano à integridade física ou morte de outra pessoa, ou desejo por comportamentos sexuais que envolvam pessoas que não consentem como o ato sexual, ou são legalmente impedidas de fazê-lo. Especificamente, o diagnóstico do transtorno pedofílico ocorre quando a) está presente, durante um período de no mínimo 6 meses, fantasias sexuais recorrentes e intensas, impulsos sexuais ou comportamentos envolvendo atividade sexual com criança(s) pré-púbere(s) (geralmente com idade de 13 anos ou menos), b) o indivíduo agiu quanto a esses impulsos sexuais, ou o impulso sexual causa angústia típica ou dificuldades interpessoais e c) o indivíduo tem pelo menos 16 anos de idade e é pelo menos 5 anos mais velho que a(s) criança(s) descrita(s) no critério “a” (ASSOCIATION, 2014). Assim, Tício não é portador do transtorno pedofílico a não ser que aja quanto a esses impulsos, ou que sinta culpa, vergonha ou ansiedade decorrente desse impulso. Caso ele não aja quanto a esses impulsos, nem experimente esses sentimentos de angústia, a literatura entende que ele apenas apresenta interesses sexuais atípicos, mas não o transtorno.

um boneco em formato de criança, despe o boneco enquanto assiste a um filme de animação pornográfica envolvendo personagens inspirados em celebridades infantis de programas da Disney, e se masturba. Diante desse cenário, pergunta-se:

a) O que você pensa sobre isso? Está muito errado, pouco errado, ou perfeitamente ok que (descrever a ação)?

b) Você pode me dizer por quê?

c) Alguém sofreu dano pelo que o agente fez?

d) Imagine que você realmente visse alguém fazendo isso. Isso te incomodaria, ou você não ligaria?

e) Deveria haver uma interferência para impedir o ator de fazer isso? Ou ele deveria sofrer uma punição?

f) Suponha que você tome conhecimento sobre dois países. No país A, as pessoas fazem isso com frequência, e no país B elas nunca fazem isso. Os dois costumes estão OK, ou um dos dois é ruim ou errado?

Repare-se que as perguntas são as mesmas que apareceram para avaliar os dilemas de Haidt: a pergunta da avaliação (a), da justificativa (b), do dano (c), do incômodo (d), da interferência (d), da universalidade (f).

É possível acusar Haidt de formular dilemas absurdos e artificiais demais que jamais se configurariam no mundo real, customizados para provar uma teoria. Seriam, na advertência de Lisa Bennett (BENNETT, 2017, p. 224), experimentos de laboratório desenhados para acentuar artificialmente um determinado aspecto da cognição, promovendo rupturas com a congruência e continuidade da atividade mental de mundo real. No entanto, situação de Tício descrita acima foi colocada aqui porque descreve exatamente uma história degradante mas inofensiva (*harmless-offensive stories*), tal como as elaboradas por Haidt: claramente não há a intenção de prejudicar alguém, nem tampouco implica consequências prejudiciais a alguém, embora seja uma história profundamente aversiva. Diferentemente das histórias narradas por Haidt (nas quais o Direito ocidental normalmente é indiferente às condutas narradas), a posse de material pornográfico simulado pode, no Brasil, ser considerada crime, com base no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990, com alterações da Lei n. 11.829/2008), que opta-se por reproduzir na íntegra, dado o esforço do legislador para evitar brechas:

Art. 240. Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, **cena de sexo explícito ou pornográfica**, envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. (...)

Art. 241. Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha **cena de sexo explícito ou pornográfica** envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. (...)

Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha **cena de sexo explícito ou pornográfica** envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. (...)

Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha **cena de sexo explícito ou pornográfica** envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. (...)

Art. 241-C. **Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual:**

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. (...)

Art. 241-E. Para efeito dos crimes previstos nesta Lei, **a expressão “cena de sexo explícito ou pornográfica” compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas**, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais.

Assim, no caso de Tício, sua conduta poderia ser considerada típica com base nos dispositivos listados acima. Ou seja, às perguntas de interferência (impedir o ato, ou punir o ato), o Direito brasileiro responde “sim” e “sim”.

A discussão sobre o que consistiria material pornográfico e obsceno não é recente. Por exemplo, essa questão causou (e causa ainda hoje) grande comoção nos Estados Unidos. São inúmeros os trabalhos (jurídicos, antropológicos, políticos) que discutem a questão, de enorme relevância fática.¹³⁶ Não é esta, todavia, a discussão que se propõe aqui. Para evitar technicalidades, presume-se aqui que o material de Tício é incontroversamente material pornográfico.

Louveira (2013, p. 175) explica que a legitimação para um tipos penasi envolvendo a pornografia pode ser múltipla, e destaca três fundamentos para o

¹³⁶ Essa discussão se desdobra em muitas. Por exemplo, é preciso distinguir o que consiste material pornográfico e obsceno do que constitui arte. Recentemente, duas manifestações artísticas (a exposição QueerMuseu, no museu do Santander Cultural, em Porto Alegre, em setembro de 2017, e uma apresentação na 35º Panorama da Arte Brasileira no Museu de Arte Moderna (MAM), em São Paulo, patrocinada pelo Banco Itaú, também em setembro de 2017) chamaram a atenção da sociedade e provocaram amplo debate sobre essa questão. Assim, nesse caso, a natureza dos fatos provoca discussões sobre seu enquadramento jurídico. Não pretende-se entrar nessa discussão. Para fins dessa tese, considerar-se-á a discussão em abstrato, presumindo-se fatos incontroversos de que o material pornográfico existe, desconsiderando a possibilidade de que esse material tenha finalidade artística, científica ou educativa.

castigo da mera posse de material pornográfico: a) encarar a posse como uma contribuição à atividade de produção de materiais dessa natureza; b) considerar que a posse constitui um perigo de comissão de comportamentos futuros delitivo por parte do possuidor ou de terceiros; e c) conceber o castigo da posse como um meio de penalizar o produtor, quando não se conseguir provar sua intervenção na produção. De forma alguma, pretende-se aqui simplificar as técnicas e motivações por trás dessa legislação, bem como as discussões sobre a natureza do bem jurídico que se pretende tutelar com esse tipo.

No entanto, interessa muito a análise do segundo fundamento apresentado, relacionado ao Direito Penal da segurança, que desloca o foco da incriminação do dano para o perigo (LOUVEIRA, 2013, p. 158). Nesse contexto, da punição por fatos concretamente lesivos, passa-se à punição do autor: pune-se e combate-se o pedófilo, em um tipo que acaba por tipificar a imoralidade. Disso, conclui-se que:

a incriminação da mera fabricação ou divulgação de simulacro de pornografia infantil lastreia-se na tentativa de **reprimir o estímulo da intenção e do ânimo** daqueles que procuram tal material. Todavia, a produção do referido material não redundará, a rigor, em nenhuma margem de perigo ao bem jurídico dignidade sexual dos jovens. Existe, nessa seara, um fluido aumento de potencial de risco de uma futura, incerta e inexata lesão ao bem jurídico que a norma busca proteger, sem, no entanto, qualquer comprovação cabal de que ocorrerá eventual concretização dessas condutas. (LOUVEIRA, 2013, p. 177-178, grifos acrescidos)

Louveira (2013, p. 158) explica, então, como considerável vertente da literatura jurídica enxerga nesse tipo pena uma extrapolação da máxima proteção exclusiva de bens jurídicos, para castigar uma tendência moral do sujeito, aproximando-se perigosamente do que chamou de **tipos de autor**, algo que é inconciliável com o Direito Penal que se espera do Estado Social e Democrático de Direito.

Quem é, todavia, esse “pedófilo” que se pretende punir? Segundo o Manual de Estatística e Diagnóstico de Transtornos Mentais (DSM-5) (2014), publicado pela Associação Americana de Psiquiatria, estima-se que entre 3 e 6% da população masculina adulta sofra de transtorno pedofílico, ou seja, 3 a 6% da população masculina adulta tem desejos sexuais (homossexuais ou heterossexuais) que envolvem crianças.¹³⁷ Com distribuição tão significativa na população, e confrontando-

¹³⁷ Como boa parte dos transtornos mentais, o diagnóstico do transtorno pedofílico não é trivial. O DSM apresenta requisitos tais como a frequência do desejo, o sofrimento que esse desejo traz, as confusões na vida da pessoa que isso traz, tudo com foco na disfuncionalidade, e o sofrimento que

se esse dado com a incidência dos crimes que atentem contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, é possível especular que boa parte dessas pessoas jamais passa da fantasia à ação intersubjetiva. Várias delas, inclusive, reconhecem que esse desejo é inadequado e resistem. Há, inclusive, um grupo de apoio conhecido como **pedófilos virtuosos** (VIRTUOUS PEDOPHILES, [s.d]), ou seja, pessoas que possuem esse tipo de desejo e, não obstante, procuram viver suas vidas sem jamais cometer crimes contra crianças e adolescentes.

Analisando esse tipo, a conclusão de Louveira (2013, p. 252) é de que a moral social, mais especificamente a moral sexual, não podem ser invocadas, por si só, para a incidência da normal penal. O que se percebe aqui é que, na verdade, essa moral social (e sexual) não *poderiam* ser invocadas, mas de fato são.

Na verdade, o caso da pornografia infantil simulada assemelha-se muito, em estrutura, aos dilemas morais apresentados por Haidt: considerando-se que não há exposição de um menor a uma situação perigosa (mas apenas uma simulação empregando-se meios disponíveis de manipulação de foto e vídeo), e não é possível afirmar que haja dano à dignidade sexual. Mais ainda, é possível especular que mesmo o material que não se identifique com uma pessoa real (como quadrinhos, desenhos ou mesmo bonecas) possa ser enquadrado no tipo penal. Nesse caso, nem ao menos o direito de imagem de uma pessoa individual pode ser argumentado.

Não obstante, a reprovação que se sente diante de uma pessoa que consome esse tipo de material é instantânea e visceral, é uma reação tal como a descrita por Haidt. É possível que a pessoa passe à busca de razões para amparar sua situação, organizadas em argumentos do tipo: mas e se Tício não conseguir se controlar e atacar uma criança (passando da fantasia à ação)? E se a criança (ou os pais da criança) representada ali ficarem sabendo? E se Tício decidiu como opção de carreira ser professor infantil ou enfermeiro da ala pediátrica? E se Tício tiver sobrinhos? E se Tício resolver ter filhos?

Provoca-se, nesse caso, a mesma estupefação moral (ou perplexidade moral) observada no experimento, que leva a pessoa a dizer: “não sei porque isso está errado, só sei que está errado”.

a pessoa sente (isso quer dizer que se a pessoa não apresenta essa disfuncionalidade e sofrimento esperados, o diagnosticá-la como portadora do transtorno é controverso).

No caso específico de Tício, é preciso reconhecer que essas especulações são apenas isto: especulações. São racionalizações post hoc para uma intuição forte que a sociedade compartilha (descritas no esquema explicativo modelo sociointuicionista pela seta 2).

A Psicologia Moral ajuda a explicar esse sentimento (HAIDT, 2003). Relembre-se aqui a fundação referida como santidade (*sanctity/degradation*, também chamada *purity/pollution*). Nessa fundação, o sentimento principal é o nojo (e sua contrapartida, o sentimento de elevação espiritual, de exaltação, uma inspiração para ser melhor que se experimenta se observa alguém de grande virtude). Essa dimensão das interações sociais é ubíqua e, não obstante, a linguagem moral das sociedades ocidentais parecem ter descuidado dela. Na dimensão ruim, envolve sentimentos desencadeados pela noção de que algo está degradado, poluído, inclusive na esfera moral. O sentimento que emerge é de nojo ou revulsa. A lógica é que as pessoas são diferentes quanto à sua pureza espiritual (algumas pessoas são superiores, como padres/pastores, ou santos, ao passo que outras são inferiores, como prostitutas ou pessoas que trabalham com trabalhos sujos). Práticas ligadas à pureza e a poluição influenciam a forma como as pessoas interagem umas com as outras, bem como com objetos e espaços sagrados, de modo a evitar a contaminação do impuro ao puro. Haidt (2003) especula, por exemplo, que está aqui a origem da moralização de questões como sexualidade e consumo de drogas. Em sociedades muito parcas pela autonomia e da liberdade (como é a norte-americana), é de se esperar que as pessoas sejam indiferentes às práticas que as pessoas adotam privadamente, práticas inofensivas a terceiros, consensuais e privadas. No entanto, não é isso que ocorre. Especificamente em relação ao consumo de drogas e determinadas práticas sexuais (para citar essas duas, que estão fortemente pautadas nos EUA e também no Brasil), embora privadas, essas condutas tem o potencial de degradar/poluir o corpo, e por isso são reprovadas. Quem tem esses sentimentos deseja não apenas não se associar com pessoas degradadas, mas também que a degradação acabe. A mente, coração e estômago humano continuam sensíveis a essa dimensão, embora a linguagem moral necessária para explicar esse sentimento tenha se perdido (HAIDT, 2003, p. 281). Aqui, não é possível condenar Tício ao argumento de que sua prática (privada, consensual, inofensiva) é degradante, é preciso compor argumentos de

moralidade estrita, como as especulações acima. No entanto, o sentimento que a maior parte das pessoas experimentará ao ler a narrativa é de nojo.

Assim, o exemplo serve para ilustrar o fenômeno que permite ao Direito Penal em específico (que tem, como já mencionado, a função de ser a ultima ratio do Direito), mas também o Direito como um todo, influenciar-se pela moral social, essa moralidade mais ampla (descrita acima em 6 fundações bastante diversas).

4 REFLEXÕES FINAIS: O JUIZ É CONSTRANGIDO POR SUA COGNIÇÃO OU É ARQUITETO DE SUA COGNIÇÃO?

Even the strongest city will fall if there is no one to defend it, and even the most undeserving case will win if there is no one to testify against it.

Christine de Pizan

A epígrafe desta seção de encerramento foi escrita por Christine de Pizan em 1405. A ideia contida lá (cuja relevância contemporânea será mostrada nas próximas linhas), portanto, não é nova. Para o advogado, a ideia quase vulgar: quando se trabalha com o caso concreto, a vitória de um argumento depende fortemente daquele que a defende, e mesmo o caso com maior mérito pode ser derrotado se aquele que o defende não o apresenta com suficiente poder persuasivo. Mesmo intuitivamente, qualquer advogado sabe que o ser humano é seduzido por boas histórias. Mais ainda, essas narrativas recontadas não são fenômenos objetivos observáveis no mundo (diferentemente dos fenômenos naturais); são construções subjetivas nas quais o poder de sedução do narrador tem enorme peso.

No entanto, a colocação de Pizan vai além disso, pela própria seara da construção do conhecimento (exatamente o contexto em que a autora escreveu). Mesmo as melhores teorias científicas podem ser esquecidas se não mobilizam um número de considerável de pesquisadores. Um cientista de voz dissonante não revoluciona paradigmas. No caso da consiliência, ocorreu exatamente isso: a ideia de unificar o conhecimento humano, de aproximar todas as disciplinas que estudam os aspectos mais fugidios do ser humano (sua moralidade, seu comportamento, sua cognição) das disciplinas biológicas, quando articulada por Edward O. Wilson em 1975 foi recebida com desconfiança e, mais importante, com agressividade. A memória da eugenia nazista (e a busca pela pureza racial) eram por demais frescas para permitir a aproximação da Ética com a Biologia. No entanto, a ideia ganhou força no fim do século passado e a tese apresentada aqui desenvolveu-se exatamente dentro desse marco teórico.

Defende-se que a possibilidade de um julgamento racional puro perdurou por tanto tempo devido à qualidade genial daqueles que a defenderam. A ideia tem um enorme poder de sedução. Aqui, diferentemente, defende-se que a tomada de decisão (particularmente decisões tomadas em cenários moralizados) está

inevitavelmente entrelaçada por respostas cognitivas automáticas, intuitivas, emocionais, influenciadas por primeiras impressões. Retoma-se traços angustiantes da Teoria de Darwin, que retira o ser humano de um pedestal. A Razão da qual tanto se orgulha o ser humano não é um atributo para perseguir a Verdade, e na verdade tem funções mais prosaicas de modular a interação social.

Enquanto a ideia da racionalidade pura subsiste, permanecem sem explicações como determinadas controvérsias se instalam (se é possível chegar à melhor solução por meio da razão, então essas controvérsias deveriam ser pacificadas), bem como alguns resultados impossíveis dentro da rotina judiciária. A tese é uma tentativa de explicar esse tipo de resultados.

Assim, no capítulo 2, o objetivo foi apresentar alguns esclarecimentos desenvolvidos nos últimos 30 anos sobre a cognição humana. Em especial, procurou-se afastar o mito da divisão do homem entre razão e emoção, em que a razão é vista como um traço humano único, distintivo e sublime, encarregado da tarefa de domar o lado emocional animalesco para que emergisse a natureza humana refinada. Esse mito permanece influente em inúmeros âmbitos da vivência humana, da Medicina, à Psicologia, Política, Filosofia, Literatura, Artes e também no Direito (tanto na teoria jurídicas e nas instituições jurídicas). Como visto acima, a ideia de que o ser humano tem duas mentes, duas formas de pensar, é talvez o modelo psicológico mais antigo que se tem, o que varia é a forma como essas duas mentes interagem.

No caso do Direito, o sistema jurídico considera o homem como uma besta vestida em pensamentos racionais (BARRETT, 2017, p. 251). O papel da razão (o papel a que se deve aspirar) descreve a vitória da razão sobre as emoções animalescas. No entanto, os desenvolvimentos mais recentes das Ciências Cognitivas informam que as emoções são absolutamente constitutivas da cognição humana. Elas não podem desligadas. Foi exatamente isso que pretendeu-se demonstrar.

Assim, na tese, ensaiaram-se algumas explicações para esses fenômenos, usando o Modelo Sociointuicionista para Julgamento Moral e a Teoria das Fundações Morais. Essa resposta apresentada aqui não é definitiva. A empreitada teorizante dentro da própria Psicologia está em estágio inicial.

Para efeito de comparação, toma-se de empréstimo a analogia do psicólogo Borsboom (2013). Teorias científicas são talvez as entidades mais fenomenais que a imaginação científica já produziu. Elas permitem que se façam

inferências sobre o que vai acontecer em determinadas situações sem a necessidade de criar essas situações. Por exemplo, é possível saber se uma ponte imaginária vai ficar em pé sem a necessidade de construí-la, considerando medidas imaginárias que essa ponte teria (como sua massa ou dimensões) e aplicando-se uma teoria científica apropriada (como a teoria de Newton). Teorias científicas, uma vez consolidadas, têm a capacidade notável de dispensar testes empíricos.

A Física e a Biologia (e mesmo a Economia) já possuem tais teorias.

A Psicologia, por outro lado, ainda não possui essas teorias consolidadas, teorias com poder preditivo suficiente para dispensar testes empíricos. Por isso, a Psicologia ainda é dependente de testes empíricos. Na analogia das pontes, psicólogos precisam construir mil pontes, testar se cada uma delas se sustenta ou cai, e depois procurar pelas possíveis variáveis que preveem o resultado. Essas variáveis são escolhidas por relevância estatística, o que representa um problema. Nessa análise, é possível que os psicólogos ajuntem peso, tamanho e elasticidade dentro de uma única variável que descreva o quão “forte” uma ponte é, produzindo uma suposta teoria que correlacione essa força da ponte com menor probabilidade que ela caia. Como os métodos empregados pela Psicologia, seriam necessários muitos anos até que os psicólogos chegassem à elegante teoria de Newton, em que explica-se que força é relacionada à massa e à aceleração. Com isso, Borsboom quer dizer que a empreitada teorizante da Psicologia é ainda incipiente.

Diante de reflexões tão céticas sobre o estado da arte na Psicologia, fica a pergunta: por que então propõe-se aqui uma aproximação do Direito com a Psicologia? Pode-se esboçar no mínimo uma resposta simples: porque a Psicologia já passou para a fase de testes. Enquanto o Direito ainda se apegava à possibilidade de convencimento racional desinteressado e objetivo (concretizado no princípio da persuasão racional), a Psicologia já avançou muito em relação à impossibilidade de uma tomada de decisão fruto apenas da razão. Mesmo que essas teorias sejam provisórias, simplificadas, o Direito não pode furtar-se ao diálogo.

Mais ainda: se a Psicologia ainda não tem uma teoria consolidada sobre julgamento moral, suas inúmeras pesquisas apontam para um consenso: impossibilidade de uma decisão racional pura (após muitos testes, essa ponte não se sustenta mais). A tese defendida aqui parte desse consenso.

Nesse contexto, defendeu-se que o neoconstitucionalismo (marcado fortemente pela posituação de princípios jurídicos) abre a argumentação jurídica para a argumentação substantiva, que apela livremente a razões de natureza moral, política, econômica, social, etc. Essa argumentação toma corpo na forma de princípios, hoje constitucionalizados (positivados). Ou seja, a argumentação substantiva encontrou uma forma legítima vestir-se de juridicidade e encontrar lugar na argumentação jurídica.

Como se viu no desenvolvimento, diante de grande parte das situações moralizadas, a cognição produz uma intuição automática e imediata, uma resposta de Sistema 1. Isso é inevitável. Teorias jurídicas, não obstante, esperam dos operadores do Direito que empreendam um processo consciente e lento para verificar se essa solução intuitiva é a solução jurídica para o caso, já que, evidentemente, o ordenamento jurídico, enquanto instituição, não tem a obrigação de alinhar-se com a matriz moral pessoal de quem quer que seja. No entanto, os princípios permitem que se faça exatamente isso: manipular o ordenamento jurídico para que dele saia uma resposta alinhada com matrizes morais pessoais, com aparência jurídica (ou seja, argumentada com base em princípios jurídicos) e, não obstante, baixa juridicidade.

A constitucionalização do direito e a argumentação principiológica permitem que o Direito lide com as diferenças culturais, a complexidade da sociedade e mesmo a velocidade em que mudam-se os parâmetros culturais. Normas-regras são engessadas. No entanto, o deslumbramento com essa técnica não pode tornar invisíveis problemas e fragilidades trazidos por ela: a argumentação principiológica fornece àquele que argumenta ferramentas técnico-jurídicas para mascarar arbítrio.

Aqui, o problema da possível arbitrariedade possibilitada pela aplicação de normas-princípio foi discutida no âmbito da decisão judicial. No entanto, estudos futuros poderiam discutir essa dificuldade também no âmbito da discricionariedade administrativa, no dimensionamento do princípio da legalidade. É facultado ao administrador descumprir normas-regras com fundamento em normas-princípios, ao argumento de que dessa forma realizam-se os direitos fundamentais e cumprem-se princípios substanciais de justiça?

A emprego das normas-princípios ganha nova perspectiva quando explicadas pela Psicologia Evolucionista. Neste programa de pesquisa, a cognição humana não tem a função de buscar a verdade. Sua função é melhor descrita em

termos sociais. Assim, a cognição não funciona como um juiz ou cientista ideal, que procura evidências e pondera sobre o conjunto para chegar a uma conclusão, mas sim como um advogado, imbuído da tarefa de encontrar os melhores argumentos para substanciar a intuição inicial (HAIDT, 2013). Tudo isso com a função de convencer os outros: a moralidade é também moralizante (*righteous*). Julgamentos morais não são afirmações privadas, mas sim reivindicações de que alguém fez algo errado. Diante dessa afirmação, a pessoa espera que a comunidade se una e puna o transgressor, algo que só acontecerá que a comunidade concordar que o suposto transgressor realmente fez algo errado (e não simplesmente que ele fez algo que não se gosta, como preferir uma cor à outra). O raciocínio moral apresentado por meio de argumentos não tem a função de refazer o caminho que levou a própria pessoa àquele julgamento, mas sim a função de convencer os outros a aderir ao julgamento. Daí aspecto social do o julgamento moral (e do raciocínio moral).

Mais ainda, as pessoas raramente buscam ativamente questionar suas visões de mundo (HAIDT, 2003; 2013, p. 79). Fazê-lo gera muita angústia.

Diante disso, qual a esperança? Também ela reside em traços inatos da nossa espécie. Onde a razão individual falha, o aspecto social pode corrigir. Assim, se as pessoas são terríveis em buscar privada e ativamente evidências dos dois lados de uma controvérsia, elas são muito sensíveis às intuições de outras pessoas. Nesse cenário, as mudanças promovidas pelo novo Código de Processo Civil (notadamente aquela em que força o juiz a enfrentar as peculiaridades do caso e a enfrentar nominalmente os argumentos da parte) andou bem. A construção de melhores soluções é uma construção coletiva.

Outro aspecto importante que deve ser destacado é a importância dos processos formativos dos juristas. Alguns valores serão incorporados à matriz moral desses futuros juristas exatamente nos bancos das universidades (toma-se, por exemplo, o valor dos procedimentos). Evidentemente, esses aspectos variam. Cada enfoque do Direito valoriza aspectos diferentes, seja o estrutural (apresentado nas diversas formas de normativismo jurídico), o funcional (representado pelas posturas realistas e sociológicas, que tendem a identificar o direito com a conduta dos juízes ou operadores jurídicos, ou seja, foca-se no direito efetivamente eficaz) e a idealizado (representada pela jusnaturalismo). Essas diferenças foram evidenciadas acima: se o cuidado e o zelo pelo Código ocupou um aspecto central na formação de juristas no

século XVIII, lugar este que agora parece ocupado pelos valores constitucionais normalmente ligados à realização dos Direitos Humanos.

Isso evidencia outro aspecto da moralidade, trabalhado no Capítulo 3. O ser humano é atento a violações a deveres de cuidado e de justiça, mas não só. O ser humano também é atento às hierarquias sociais, à lealdade com os grupos aos quais pertence, aos objetos e ideias que se tornam sagrados (como era o Código e hoje são os Direitos Humanos) e tentativas de opressão. Trata-se da Teoria das Fundações Morais. Juntos, esses seis módulos formam a matriz moral das pessoas, ainda que a proporção de cada módulo varie de pessoa para pessoa. Mesmo as sociedades ocidentais seculares possuem os seis módulos, ou fundações – inclusive os juristas e juízes. Julgamentos morais são fruto de tudo isso.

Por que é relevante para o jurista saber tudo isso?

Ora, no estudo paradigmático sobre os dilemas do *trolley*, Greene et al (2001) encerram a reflexão com a seguinte questão: como uma melhor compreensão dos mecanismos que subjazem a formação do julgamento mental humano altera as nossas atitudes quanto aos julgamentos morais que nós fazemos? Embora contextualizada, é exatamente com essa questão que deseja-se encerrar este trabalho: como a melhor compreensão sobre os mecanismos que subjazem a formação do julgamento mental humano **altera a forma como as instituições competentes dizem o Direito?**

Para o advogado, a conclusão é direta: no objetivo de ganhar o caso, é preciso apresentar argumentos que conversem com as intuições do juiz, e fazê-lo escutar esses argumentos. O mesmo caso pode ser defendido com muitas estratégias. Conhecer o juiz (mais conservador ou progressista, mais religioso ou secular) tem enorme valor na definição dessas estratégias.

Para questões pontuais, essas teorias também são de utilidade. No caso da pornografia simulada, por exemplo, a tipificação dessa conduta parece resultar de uma condenação moral que compartilhamos como sociedade, e não como uma tentativa de efetivamente proteger um bem jurídico.

Para as Ciências Jurídicas, as consequências não são óbvias. Como aprimorar das políticas judiciárias considerando que a racionalidade é um atributo limitado? Ao final desse trabalho, segue-se a recomendação de Brandt e Eagleman

(2017): é necessário fechar essas páginas e passar e aprimorar o Direito no mundo real, onde aprimoramentos forem necessários e possíveis.

Now close this book and remake the world.

Anthony Brandt & David Eagleman

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais**. 5ª ed, DSM-5. Porto Alegre: Artmed, 2014.

APA AMERICAN PSYCHOLOGY ASSOCIATION. **APA Dictionary of Psychology**. Washington: [S.l.], [2018?]. *Online*. Disponível em: <<https://dictionary.apa.org/>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

ARAGÓN, J. L. et al.. Turbulent luminance in impassioned van Gogh paintings. **Journal of Mathematical Imaging and Vision**, v. 30, n. 3, mar. 2008, p. 275–283. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s10851-007-0055-0>>. Acesso em 20 fev. 2018.

ATIENZA, Manuel. **O sentido do Direito**. Trad. Manuel Poirier Braz. Lisboa, Escolar; Verba Legis, 2014.

ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Colección Estructuras y Procesos: Serie Derecho. Madrid: Trotta, 2013.

ATIENZA, Manuel. **Las razones del Derecho**: Teorías de la Argumentación Jurídica. Derecho & Argumentación nº 2. 4. ed. [S. l.]: Palestra Editores, 2017. eBook kindle.

ATIENZA, Manuel. Para una teoría de la argumentación jurídica. **DOXA**, Alicante (Espanha), n. 8, p. 39-61, 1990. Disponível em: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10798/1/Doxa8_02.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2018 DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA1990.8.02>.

BARRETT, Lisa Feldman. **How emotions are made**: the secret life of the brain. Boston; New York: Houghton Mifflin Harcourt, 2017.

BALL, Philip. The disturbed artist intuited the deep forms of fluid flow. **Nature**, 7 jul. 2006. Disponível em: <<https://www.nature.com/news/2006/060703/full/news060703-17.html>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

BLOOM, Paul. **Against empathy**: the case for rational compassion. New York: HarperCollins, 2016.

BLOOM, Paul. **Just babies**: the origins of good and evil. New York: Crown publishers, 2013. E-book kindle.

BLOOM, Paul. **Moralities of Everyday Life**. Week 3, Lesson 1, Moral universals. Disponível em: <<https://www.coursera.org/learn/moralities/lecture/G10Rg/moral-universals>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

BLOOM, Paul. Toward a theory of moral development. In: BROCKMAN, John (Ed.) **the next fifty years**: science in the first half of the twenty-first century. New York: Vintage Books; Random House, 2002. p. 74-84.

BLOOM, Paul; HARRIS, Sam. It's Westworld. What's Wrong With Cruelty to Robots? **New York Times**, Opinion, April 23, 2018. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2018/04/23/opinion/westworld-conscious-robots-morality.html>>. Acesso em: 2 maio 2018.

BOORSBOOM, Denny. Theoretical Amnesia. Open Science Collaboration, 20 Nov. 2013. Disponível em: <osc.centerforopenscience.org/2013/11/20/theoretical-amnesia/> Acesso em: 28 jun. 2018.

BOSTROM, Nick; YUDKOWSKY; Eliezer. The Ethics of Artificial Intelligence. In: FRANKISH, Keith; RAMSEY, William M. (eds). **The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence**. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 316-334. (também disponível em: **Portal eletrônico de MIRI Machine Intelligence Research Institute**. Disponível em: <<https://intelligence.org/files/EthicsofAI.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2018)

BRANDT, Anthony; EAGLEMAN, David. **The runaway species**: how human creativity remakes the world. New York: Catapult, 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial n. 1.508.671/MG, Rel. Ministra Marco Aurélio Bellizze, julgado em 25 de outubro de 2016. **DJe** 09/11/2016. 2016a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303907905&dt_publicacao=09/11/2016>. Acesso em: 29 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 388. Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 09 de março de 2016, **DJe** n.159 divulgado em 29 jul. 2016 e publicado em 01 ago. 2016. 2016b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11338511>>. Acesso em 24 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Habeas Corpus n. 126.292. Relator Min. Teori Zazaski, julgado em 17 de fevereiro de 2016, **DJe** n. 100, divulgado em 16 maio 2016 e publicado em 17 maio 2016. 2016c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de segurança 22.357-DF. Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 27 de maio de 2004. **DJ**, 05 nov. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85726>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso extraordinário 898.060. Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 21 set. 2016. **DJe** n. 187, divulgado em 23 ago. 2017 e publicado em 24 de agosto de 2017. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>>. Acesso em 28 jun. 2018.

BRENNAN, Siofra. Does Kate sound posher than Prince William and Harry? **MailOnline**, Femail, 21 abr. 2017. Disponível em: <www.dailymail.co.uk/femail/article-4433072/Does-Kate-sound-posher-Prince-William-Harry.html>. Acesso em: 01 set. 2017.

BRITO, Thiago Carlos de Souza. Desafios para a correta fundamentação das decisões judiciais: algumas considerações sobre as críticas do ar. 489, §1º, do CPC. In: JAYME, Fernando Gonzaga et al. (Org. **Inovações e modificações do Código de Processo Civil**; avanços, desafios e perspectivas. Belo Horizonte: Del Rey, 2017a. p. 65-81.

BRITO, Thiago Carlos de Souza. **Fundamentação das decisões judiciais**: elementos para superação do conceito de motivação das decisões a partir da análise comparativa da atuação jurisdicional da Supreme court e dos tribunais brasileiros. 2017b. 214 f. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1843/BUBD-AW6LN3>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

BROD, Helga da Silva. **Uso de algemas**: o limite entre a licitude e o abuso. Monografia apresentada no curso de Pós-Graduação Ordem Jurídica e Ministério Público da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, sob orientação do Prof. Paulo Afonso Carmona. Disponível em <http://www.fesmpdf.org.br/arquivos/Mono_helga.pdf>. Acesso em 10 jul 2016. Publicação de 2009.

Brosnan, Sarah F.; de Waal, Frans B. M.. Monkeys reject unequal pay. **Nature**, v. 425, 18 set. 2003. Disponível em: <<https://www.nature.com/articles/nature01963>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

BULTO, Takele Soboka. Muito familiar para ignorar, muito novo para reconhecer: a situação do direito humano à água em nível global. In: CASTRO, José Esteban; HELLER, Léo; MORAIS, Maria da Piedade (Eds.). **O direito à água como política pública na América Latina**: uma exploração teórica e empírica. Brasília: Ipea, 2015. Capítulo 1, p. 25-56. Disponível em: <https://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/150505_web_o_direito_a_agua.pdf>. Acesso em 02 mar. 2018.

CAMERON, Deborah. The accents of politics. **Critical Quarterly**, Language, v. 38, n. 4, December 1996, p. 93-96. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-8705.1996.tb02270.x/full>>. Acesso em: 01 set. 2017. DOI: 10.1111/j.1467-8705.1996.tb02270.x.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **“Brancosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CARBONELL, Miguel. Prólogo: nuevos tiempos para el constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Universidad Autónoma de México; Trotta Editorial, 2009. p. 9-12.

CARBONELL SANCHES, Miguel. **Los Derechos fundamentales y su interpretación**. [Ciudad del México]: Universidad Nacional Autónoma de México; Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3826/6.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

CARDOSO, Renato César. XXVI World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy. In: GALUPPO, Marcelo et al. (ed). Human Rights, Rule of Law and the Contemporary Social Challenges in Complex Societies. **Proceedings of the XXVI World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy of the Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie**. Belo Horizonte: Initia Vida, 2015.

CASSESE, Sabino. El devenir del derecho: derecho y evolución. In: CASSESE, Sabino. **Derecho Administrativo: Historia y Futuro**. Sevilla (España): Global Law Press; Instituto Nacional de Administración Pública, 2014a. Capítulo Vigésimo Cuarto, p. 443-445.

CASSESE, Sabino. La sonrisa del gato, o de los métodos de estudio del Derecho Público. In: CASSESE, Sabino. **Derecho Administrativo: Historia y Futuro**. Sevilla (España): Global Law Press; Instituto Nacional de Administración Pública, 2014b. Capítulo Vigésimo, p. 385-397.

CASSIM, Zaheer. Cape Town could be the first major city in the world to run out of water. **USA Today**, 19 de janeiro de 2018. Disponível em: <<https://www.usatoday.com/story/news/world/2018/01/19/cape-town-could-first-major-city-run-out-water/1047237001/>>. Acesso em: 22 fev. 2018.

CHAIKEN, Shelly; LEDGERWOOD, Alison. Dual process theories. In: BAUMEISTER, Roy F., VOHS, Kathleen D.. **Encyclopedia of social psychology**. Thousand Oaks (EUA): SAGE Publications, 2007. p. 268-271.

COMISSÃO apresenta anteprojeto do novo Código Penal. **Revista Consultor Jurídico**, 27 de junho de 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jun-27/leia-anteprojeto-codigo-penal-entregue-senado-juristas>>. Acesso em: 02 abr. 2018

COLLINI, Stefan. Introduction. In: SNOW, Charles Percy. **The two cultures**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. vii- lxxi.

COPPING, Jasper. Prince William's cut-glass accent is a little less polished than Kate Middleton's. **The Telegraph**, 04 nov. 2012. Disponível em: <www.telegraph.co.uk/news/newstoppers/howaboutthat/9653166/Prince-Williams-cut-glass-accent-is-a-little-less-polished-than-Kate-Middletons.html>. Acesso em: 01 set. 2017.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

CÔRTEZ, Pâmela de Rezende; OLIVEIRA, Thaís de Bessa Gontijo de. O Realismo Jurídico e a naturalização do Direito: evidências das Fundações Morais em

julgamentos jurídicos. **Teorias do Direito e Realismo Jurídico**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 107-126, jul./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/teoriasdireito/article/view/1584/2045>>. Acesso em: 10 jun. 2018. DOI: 10.21902

DAMASIO, Antonio R. **Descartes' error**: emotion, reason and the human brain. New York: Avon Books, 1995.

DAMASIO, Hanna; GRABOWSKI, Tranel D.; FRANK, Randall; GALABURDA, Albert M.; DAMASIO, Antonio R. The return of Phineas Gage: clues about the brain from the skull of a famous patient. **Science**, n. 264, n. 5162, p. 1102-1105, 20 maio 1994. Disponível em: <science.sciencemag.org/content/264/5162/1102/tab-pdf>. Acesso em: 29 jun. 2018. DOI 10.1126/science.8178168

DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSO, Liora. Extraneous factors in judicial decisions. **Proceedings of the National Academy of Sciences** 108 (17), p 6889-6892; Apr 2011. Disponível em: <<http://www.pnas.org/content/108/17/6889>>. Acesso em: 02. jun. 2018 DOI: 10.1073/pnas.1018033108

DE WAAL, Frans. **Are we smart enough to know how smart animals are?** New York; London: W. W. Norton & Company, 2016.

DE WAAL, Frans. **Chimpanzee politics**: power and sex among apes. 25th Anniversary Edition. Baltimore (USA): The Johns Hopkins University Press, 2007.

DE WAAL, Frans. **Good natured**: the origins of right and wrong in humans and other animals. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996.

DE WAAL, Frans. Morally evolved: primate social instincts, human morality, and the rise and fall of "Veneer Theory". In: OBER, Josiah; MACEDO, Stephen (Eds). **Primates and philosophers**: how morality evolved. Princeton: Princeton University Press, 2006. Part 1, p. 1-58.

DE WAAL, Frans. **Our inner ape**: a leading primatologist explains why we are who we are. New York: Riverhead Books; Penguin, 2005.

DE WAAL, Frans. **The age of empathy**: nature lessons for a kinder society. New York: Harmony Books; Crown Publishing, 2009.

DENEULIN, S.; TOWNSEND, N. Public Goods, Global Public Goods and the Common Good. **International Journal of Social Economics**, v. 34, 2007, p. 19-36.

DENT, Nicholas J. H. Value. In: HONDERICH, Ted. **The Oxford Companion to Philosophy**. Oxford; New York: Oxford University Press, 1995. p. 895.

DEVLIN, Amanda. Viewers claim Kate Middleton's accent is posher than her royal. **The Sun**, 22 abr. 2017. Disponível em: <<https://www.thesun.co.uk/news/3389794/stunned-viewers-claim-kate-middletons->

accent-is-posher-than-her-royal-husband-while-prince-harrys-slang-shocks/> Acesso em: 01 set. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DOMINGUES, Ivan. **Filosofia no Brasil: legados & perspectivas**. Ensaios metafilosóficos. São Paulo: UNESP, 2017.

DENEULIN, S.; TOWNSEND, N., 2007. Public Goods, Global Public Goods and the Common Good. **International Journal of Social Economics**, 34 (1-2), 2007, pp. 19-36.

EAGLEMAN, David. **Incognito: The Secret Lives of the Brain**. New York: Pantheon, 2011.

EAGLEMAN, David. **The brain: the story of you**. New York: Pantheon Books, 2015.

EGELAND, Charles P. et al.. Hominin skeletal part abundances and claims of deliberate disposal of corpses in the Middle Pleistocene. **Proceedings of the National Academy of Sciences**, Apr 2018, 201718678. Disponível em: <<http://www.pnas.org/content/early/2018/03/27/1718678115>>. Acesso em: 15 abr. 2018. DOI: 10.1073/pnas.1718678115

EKMAN, Paul. Are There basic emotions? **Psychological Review**, v. 99, n. 3, 1992, p. 550-553. Disponível em: <<https://www.paulekman.com/wp-content/uploads/2013/07/Are-There-Basic-Emotions1.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

ELLSWORTH, P. C.; SMITH. 1985. "Patterns of cognitive appraisal n emotion. *Journal of Personality and social Psychology* 48:913-38.

EVANS, Jonathan St. B. T. Dual-process theories of deductive reasoning: facts and fallacies. In: Holyoak Keith J., Morrison Robert G., (ed.). **The Oxford Handbook of Thinking and Reasoning**. New York (NY): Oxford University Press; 2013. Chapter 8, p. 115–133. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-PT&lr=&id=BNdBAgAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA115&dq=Dual-process+theories+of+deductive+reasoning:+facts+and+fallacies&ots=-UaPKVMejH&sig=uAmLA0t6TRN1zUv1sGZT-ZJ5rb4#v=onepage&q=Dual-process%20theories%20of%20deductive%20reasoning%3A%20facts%20and%20fallacies&f=false>>. Acesso em: 12 fev. 2018.

EVANS, Jonathan St B. T.; FRANKISH, Keith. Preface. In: EVANS, Jonathan St B. T.; FRANKISH, Keith (Ed.). **In two minds: dual processes and beyond**. [Oxford]: Oxford University Press, 2009. Preface, p. v-viii.

FARAHANY, Nita A. et al. The ethics of experimenting with human brain tissue. **Nature**, Comment, 25 April 2018. Disponível em: <<https://www.NATURE.com/articles/d41586-018-04813-x>>. Acesso em: 01 maio 2018.

FLÜCKIGER, Alexandre; DELLEY, Jean-Daniel. A elaboração racional do direito privado: da codificação à legística. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 35-57, jan./dez. 2007.

FOOT, Philippa. Problem of abortion and the doctrine of the double effect. **Oxford Review**, n. 5, 1967. Disponível em: <www2.pitt.edu/~mthompso/readings/foot.pdf>. Acesso em 28 jun. 2018.

FRANKISH, Keith; EVANS, Jonathan St B. T. In two minds: Dual processes and beyond. In: EVANS, Jonathan St B. T.; FRANKISH, Keith (Ed.). **In two minds: dual processes and beyond**. [Oxford]: Oxford University Press, 2009. Chapter 1, p. 1-33).

FRANKLIN, Stan. History, motivations, and core themes. In: FRANKISH, Keith; RAMSEY, William M. (eds). **The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence**. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 15-33.

GAIMAN, Neil. The pornography of genre, of the genre of pornography. In: GAIMAN, Neil. **The view from the cheap seats: selected nonfiction**. New York (EUA): William Morrow; HarperCollins Publishers, 2016. p. 39-

GILLIGAN, Carol. **In a different voice: psychological theory and women's development**. 38a. printing. Cambridge (MA, EUA): Harvard University Press. 2003.

GOODENOUGH, Oliver R. Mapping cortical areas associated with legal reasoning and moral intuition. **Jurismetrics**. V. 41, n. 4, p. 429-442, jun./jul./ago. 2001. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/29762721>> Acesso em: 02 maio 2018.

GOODENOUGH; Oliver R.; PREHN. Kristin. A neuroscientific approach to normative judgment in law and justice. **Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences**. v. 359, n. 1451, p.1709-1726, 29 nov. 2005. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1693459/>>. Acesso em: 2 maio 2018. doi:10.1098/rstb.2004.1552.

GOODENOUGH, Oliver R.; TUCKER, Micaela. Law and Cognitive Neuroscience. **Annual Review of Law and Social Science**, v. 6, n. 61, December 2010, p. 61-92. Disponível em: <<https://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev.lawsocsci.093008.131523?journalCode=lawsocsci>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

GOULD, Jay Stephen. Can we complete Darwin's Revolution? In: GOULD, Jay Stephen. **Dinosaur in a haysack: reflections in natural history**. Cambridge (Massachusetts, USA); London (England): The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 325-334.

GRAHAM, Jesse; HAIDT, Jonathan; KOLEVA, Sena; MOTYL, Matt; IYER, Ravi; WOJCIK, Sean P.; DITTO, Peter H.. Moral Foundations Theory: The Pragmatic Validity of Moral Pluralism. In: ZANNA, Mark P.; DEVINE, Patricia; OLSON, James M.; PLANT, Ashby. **Advances in Experimental Social Psychology**, v. 47, 2013, Chapter Two, p. 55-130. Disponível em:

<<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/B9780124072367000024>>. Acesso em: 10 nov. 2016. DOI: <https://doi.org/10.1016/B978-0-12-407236-7.00002-4>

GREENE, Joshua. **Moral tribes**: emotion, reason, and the gap between us and them. New York: Penguin, 2013.

GREENE, Joshua D. et al. An fMRI Investigation of emotional engagement in moral judgment. **Science**, Report, v. 293, n. 5537, p 2105-2108, 14 set. 2001. Disponível em: <science.sciencemag.org/content/293/5537/2105>. Acesso em: 02 maio 2018. DOI: 10.1126/science.1062872.

GREENE, Joshua; HAIDT, Jonathan. How (and where) does moral judgment work? **Trends in cognitive sciences**, v. 6, n. 12, p. 517-523, dez. 2002.

HAACK, Susan. Irreconcilable Differences? The troubles marriage of science and Law. In: _____. **Evidence Matters**: science, proof, and truth in Law. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 78-103.

HAIDT, Jonathan. Elevation and the positive psychology of morality. In: KEYES, Corey L. M.; HAIDT, Jonathan. **Flourishing**: positive psychology and the life well-lived. Washington: American Psychological Association, 2003. Chapter 12, p. 275-289.

HAIDT, Jonathan. **Moral judgment, affect, and culture, or, is it wrong to eat your dog?** 1992, 68 f. Dissertação (doutorado) - Universidade da Pennsylvania. Disponível em: <<http://people.stern.nyu.edu/jhaidt/articles/haidt.1992.dissertation.pub001b.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2014.

HAIDT, Jonathan. Moral psychology for the twenty-first century. **Journal of Moral Education**, v. 42, n. 3, 23 jul. 2013b, p. 281-297. Disponível em: <<http://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/03057240.2013.817327?scroll=top&needAccess=true>>. Acesso em 15 jan. 2017.

HAIDT, Jonathan. The emotional dog and its rational tail: A social intuitionist approach to moral judgment. *Psychological Review*, Vol 108(4), Oct 2001, 814-834

HAIDT, Jonathan. The Emotional Dog Does Learn New Tricks: A Reply to Pizarro and Bloom (2003). **Psychological Review**, v. 110, n. 1, p. 197–198, 2003. Disponível em: <psycnet.apa.org/record/2002-08416-010>. Acesso em: 28 jun. 2018. DOI <http://dx.doi.org/10.1037/0033-295X.110.1.197>

HAIDT, Jonathan. **The happiness hypothesis**: finding modern truth in ancient wisdom. New York: Basic Books / Perseus Books Group, 2006.

HAIDT, Jonathan. The New Synthesis in Moral Psychology. **Science**, v. 316, n. 5827, 18 May 2007, pp. 998-1002. Disponível em: <science.sciencemag.org/content/316/5827/998/tab-pdf>. Acesso em: 28 jun. 2018. DOI: 10.1126/science.1137651

HAIDT, Jonathan. **The righteous mind**: why good people are divided by politics and religion. New York: Vintage Books, 2013b.

HAIDT, Jonathan; BJORKLUND, Fredrik. Social intuitionists answer six questions about moral psychology. In: SINNOTT-ARMSTRONG, Walter (Ed.). **Moral Psychology**, Volume 2, The cognitive science or morality: intuition and diversity. Cambridge (MA, EUA); London: MIT Press, 2008.

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, out. 1993. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/8229648>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

HAMLINA, J. Kiley; WYNN, Karen; BLOOM, Paul; MAHAJAN, Neha. How infants and toddlers react to antisocial others. **Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America** (PNAS), v. 108, n. 50, p. 19931–19936, 13 Dez. 2011. Disponível em: <<http://www.pnas.org/content/108/50/19931.full>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

HELION, Chelsea; PIZARRO, David A.. Beyond Dual-Processes: The Interplay of Reason and Emotion in Moral Judgment. In: Clausen, Jens; Levy, Neil (eds.). **Handbook of Neuroethics**. Netherlands: Springer, 2015. p. 109-125.

HENRICH, Joseph; HEINE, Steven J.; NORENZAYAN, Ara. The weirdest people in the world? **Behavioral and brain sciences**, v. 33, n. 2-3, p. 61-83, 2010.

HERCULANO-HOUZEL, Suzana. **O que o cérebro humano tem de tão especial?** TED Talk, TEDGlobal, junho de 2013. Disponível em: <https://www.ted.com/talks/suzana_herculano_houzel_what_is_so_special_about_the_human_brain?language=pt-br#t-198653>. Acesso em: 23 maio 2016.

HERCULANO-HOUZEL, Suzana. **The human advantage: a new understanding of how our brain became remarkable**. Cambridge, MA: The MIT Press, 2016.

HERODOTUS. The history of Herodotus, vol. 1. English Edition. Trad. de George Campbell Macaulay. eBook Kindle, 2011.

HILGENDORF, Eric. Law and science. In: MACHAMER, Peter; WOLTERS Gereon (org.). **Science, Values, and Objectivity**. University of Pittsburgh Press, 2004. Chapter 15, p. 294-309.

HILTS, Philip J.. Memory's Ghost: **The nature of memory and the strange tale of Mr. M.** New York (EUA): Touchstone Books; Simon & Schuster, 1996.

HUNT, Lynn. **Inventing Human Rights: a History**. New York: W. W. Norton & company, 2007.

HUNTINGTON, Richard; METCALF, Peter. **Celebrations of death: the anthropology of mortuary ritual**. Cambridge: Cambridge university Press, 1979.

IBDFAM Instituto Brasileiro de direito de Família. Escritura reconhece união afetiva a três. **Portal Eletrônico do IBDFAM**, Notícias, 21 de agosto de 2012. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/noticias/4862/novosite>. Acesso em: 03 mar. 2018.

JORNAL NACIONAL. Ex-senador Luiz Estevão vai para cadeia 10 anos depois de condenação. **Jornal Nacional**, 06 mar. 2016. Disponível em: <g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2016/03/ex-senador-luiz-estevao-vai-para-cadeia-10-anos-depois-de-condenacao.html>. Acesso em 28 jun. 2018.

JOYCE, Richard. **The evolution of morality**. Paperback edition. Cambridge (Massachusetts, USA); London (England): MIT Press, 2007.

KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos. **Judgment under uncertainty: heuristics and biases**. Cambridge; New York, NY: Cambridge University Press, c1982.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. **Choices, values, and frames**. New York: Russell sage Foundation; Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2000.

KAHNEMAN, Daniel. **Thinking, fast and slow**. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011.

KORSGAARD, Christine M.. Morality and the distinctiveness of human action. In: DE WAAL, Frans. **Primates and Philosophers: how morality evolved**. New York: Princeton University Press, 2009.

LACEY, Hugh. **Valores e atividade científica 1**. 2.ed. São Paulo: Editora 34, 2008.

LACEY, Hugh. **Valores e atividade científica 2**. São Paulo: Editora 34, 2010.

LALAND, Kevin N.; BROWN, Gillian R.. **Sense and nonsense: evolutionary perspectives on human behaviour**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

LARSON, Kate Clifford. **Rosemary: The Hidden Kennedy Daughter**. Mariner Books, 2016. eBook Kindle.

LAZARUS, Richard S. **Emotion and adaptation**. New York; Oxford: Oxford University Press, 1991.

LLOREDO ALIX, Luis. Muertes y resurrecciones del positivismo jurídico: una crisis de doscientos años de duración, **DOXA**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante (Espanha), n. 40, p. 249-278, 2017. Disponível em: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/69530/1/DOXA_40_10.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2018. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2017.40.10>

LOUVEIRA, Leopoldo Stefano Gonçalves Leone. **A esfera da vida privada do cidadão como limite à interferência do direito penal: a questão da pornografia infantil**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, University of São Paulo, São Paulo, 2013. doi:10.11606/D.2.2013.tde-10012014-154631. Acesso em: 06 mar. 2018.

MAGUIRE, Eleanor A.; Gadian, David G.; JOHNSRUDE, Ingrid S.; GOOD, Catriona D.; ASHBURNER, John; FRACKOWIAK, Richard S.; FRITH, Christopher. D. Navigation-related structural change in the hippocampi of taxi drivers. **Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America (PNAS)**, vol. 97, n. 8, p. 4398-4403, 11 Abr. 2000. Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/10716738>>. Acesso em: 21 março. 2015.

MANSOUR, Abed AlFatah et al.. An in vivo model of functional and vascularized human brain organoids. **Nature Biotechnology**, v 36, pages 432–441, 2018. Disponível em: <<https://www.nature.com/articles/nbt.4127>> Acesso em: 20 abr. 2018. DOI: 10.1038/nbt.4127

MASSERMAN, Jules H.; WECHKIN, Stanley; TERRIS, William. “Altruistic” behavior in rhesus monkeys. **The American Journal of Psychiatry**, v. 121, p. 584-585, dez. 1964. Disponível em: <<http://www.madisonmonkeys.com/masserman.pdf>>. Acesso em: 04 jul. 2016.

MARCUS, Gary. **The Birth of the Mind: How a Tiny Number of Genes Creates The Complexities of Human Thought**. New York: Basic Books, 2004.

MATSUMOTO, David. **The Cambridge Dictionary of Psychology**. New York: Cambridge University Press, 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21 ed., ev., e atual. até a Emenda Constitucional 52/2006. São Paulo: Malheiros, 2006.

MILLER, Geoffrey. The science of subtlety. In: BROCKMAN, John (Ed.) **The next fifty years: science in the first half of the twenty-first century**. New York: Vintage Books; Random House, 2002. p. 85-92.

MOGRABI, Daniel C.; MOGRABI, Gabriel J. C.; LANDEIRA-FERNANDEZ, J.. Aspectos históricos da neuropsicologia e o problema mente-cérebro. In: FUENTES, Daniel; MALLOY-DINIZ, Leandro Fernandes; CAMARGO, Candida Helena Pires de; CONSENZA, Ramon M.. (Org.) **Neuropsicologia: teoria e prática**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2014. Cap. 1, p. 19-27.

MOORE, Adrian William. Commentary on the text. In: WILLIAMS, Bernard. **Ethics and the limits of Philosophy**. London; New York: Routledge, 2006.

MORSE, Stephen J. New neuroscience, old problems: legal implications of brain science. *Cerebrum*, v. 6, n. 4, Fall 2004, p. 81-90. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/15986539>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

MOYN, Samuel. **The last utopia: human rights in history**. Cambridge (MA, USA); London (England): Harvard University Press, 2010.

NORDMANN, Alfred. If and then: a critique of speculative nanoethics. **NanoEthics**, v. 1, n. 1, mar. 2007, p. 31–46. DOI: 10.1007/s11569-007-0007-6

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Thaís de Bessa Gontijo de; AGUIAR, Patrícia Kotzias. Nossa moralidade paroquial e os desafios ambientais globais. In: TAVARES NETO, José Querino (coord.). **XXV Congresso do CONPEDI**, 2016. Direito e Sustentabilidade I, Curitiba, 2016.

OLIVEIRA, Thais de Bessa Gontijo de. Neurociência, Psicologia Moral e Direito: Primeiras Reflexões sobre (Im)possibilidade de Convencimento Racional. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**, v. 1, n. 1, jan./dez. 2015. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/filosofiadireito/article/view/820/815>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

OPEN SCIENCE COLLABORATION. Estimating the reproducibility of psychological science. **Science**, v. 349, n. 6251, p. 943, aac4716-1 - aac4716-8, 28. Aug 2015:. Disponível em: science.sciencemag.org/content/349/6251/aac4716>. Acesso em: 28 jun. 2018. DOI: 10.1126/science.aac4716 Science 349 (6251), aac4716

PARANÁ, Edemilson. **A digitalização do mercado de capitais no Brasil**: tendências recentes. Texto para discussão 2370. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília; Rio de Janeiro: Ipea, 2018. Disponível em: <repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8280/1/TD_2370.PDF>. Acesso em: 03 abr. 2018.

PARVIZI, Josef. Corticocentric myopia: old bias in new cognitive sciences. **Trends in Cognitive Sciences**, v. 13, n. 8, p. 354-359, 2009. Disponível em: <http://ac.els-cdn.com/S1364661309001326/1-s2.0-S1364661309001326-main.pdf?_tid=e4d25034-43bb-11e6-8698-00000aab0f6c&acdnat=1467838676_79284e4254b57301a14e64aa9bd57ac3>. Acesso em 04 jul. 2016.

PIZARRO, David A.; BLOOM, Paul. The intelligence of the moral intuitions: a comment on Haidt (2001). **Psychological Review**, v. 110, n.1, 2003, p. 193-196. Disponível em: <psycnet.apa.org/record/2002-08416-009>. Acesso em: 22 jun. 2018. 2 DOI: <http://dx.doi.org/10.1037/0033-295X.110.1.193>

POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**. Landy, 2010.

POZZOLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Universidad Autónoma de México; Trotta Editorial, 2009. p. 9-12.

RAMÓN Y CAJAL, Santiago. **Recollections of my Life**. [...]: MIT Press, 1989.

RINI, Regina A.. Making Psychology Normatively Significant. How infants and toddlers react to antisocial others. **The Journal of Ethics**, v. 17, n. 3, p. 257-274, Set. 2013. Disponível em: <<https://reginarini.files.wordpress.com/2013/10/rini2013psychnormsignificant.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

RINI, Regina A.. Psychology and the Aims of Normative Ethics. In: Clausen, Jens; Levy, Neil (eds.). **Handbook of Neuroethics**. Netherlands: Springer, 2015. p. 149-168.

ROSKIES, Adina. Neuroethics for the new millenium. **Neuron**, v. 35, 3 jul. 2002, p. 21-23. Disponível em: <http://ac.els-cdn.com/S0896627302007638/1-s2.0-S0896627302007638-main.pdf?_tid=70263d0a-eab4-11e5-bd39-00000aacb35f&acdnat=1458049820_44ea706aaa9daf995136e443aa3955db>. Acesso em: 15 mar. 2015.

ROSLING, Hans; ROSLING, Ola; RÖNNLUND, Anna Rosling. **Factfulness: ten reasons we're wrong about the world – and why things are better than you think**. New York: Flatiron Books, 2018.

RUSSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter. **Artificial Intelligence: a modern approach**. 3rd ed. Harlow (Essex, England): Pearson Education Limited, 2016.

SAPOLSKY, Robert M.. **Behave: the biology of humans a tour best and worst**. New York: Penguin Books, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed, rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, v. 9, p. 95-133, 2009.

SCHAUER, Frederik. Lie-detection, neuroscience, and law of evidence. In: PATTERSON, Dennis; PARDO, Michael S. (eds). **Philosophical Foundations of Law and Neuroscience**. Oxford: Oxford University Press, 2016. Chapter 5, p. 85

SHAH, Seema Kirti et. al. Bystander risk, social value, and ethics of human research. **Science**, v. 360, n. 6385, 13 abr 2018, pp. 158-159. Disponível em: <<http://science.sciencemag.org/content/360/6385/158>>. Acesso em: 12 abr. 2018. DOI: 10.1126/science.aaq0917 .

SHWEDER, Richard A., MUCH, Nancy C., MAHAPATRA, Manamohan, & PARK, Lawrence. (1997). The "big three" of morality (autonomy, community, and divinity), and the "big three" explanations of suffering. In BRANDT, Allan M.; ROZIN, Paul (Eds.). **Morality and health**. New York: Routledge, 1997. p. 119-169. Disponível em: <goo.gl/sjeNte>. Acesso em: 20 nov. 2016.

SLOMAN, Steven; FERNBACH, Philip. **The knowledge illusion: why we never think alone**. New York: Riverhead Books, 2017.

SMITH, Adam. **The theory of moral sentiments**. [S.l.]: Enhanced Media Publishing, 2016. E-book kindle.

SNOW, Charles Percy. **The two cultures**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

SUNSTEIN, Cass R. **#Republic: divided democracy in the age of social media**. Princeton; Oxford: Princeton University Press, 2017.

TARUFFO, Michelle. El proceso civil de "civil law": aspectos fundamentales. **Ius et Praxis**, Talca, v. 12, n. 1, p. 69-94, 2006. Disponível em: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000100004>. Acesso em: 14 set. 2016.

Thomson, Judith Jarvis. The Trolley Problem. **The Yale Law Journal**, v. 94, n. 6, maio 1985, p. 1395-1415. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/796133?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 28 jun. 2018.

VELASCO, Marina. Conflictos entre derechos y ponderación. Por qué los jueces no deberían abandonar la perspectiva deontológica. **DOXA**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante (Espanha), 39, P. 305-317, 2016. Disponível em: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/60167/6/Doxa_39_16.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2018. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2016.39.16>

VIRTUOUS PEDOPHILES. **Portal eletrônico de Virtuous Pedophiles**. [s.d]. Disponível em: <<https://www.virped.org>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

VOGEL, Joan. Biological theories of human behavior: admonitions of a skeptic. **Vermont Law Review**, n. 22, p. 425-432, 1997. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/vlr22&div=26&id=&page=>>>. Acesso em: 02 jun. 2018.

WECHKIN, Stanley; MASSERMAN, Jules H.; TERRIS, William. Shock to a conspecific as an aversive stimulus. **Psychonomic science**, v. 1, p. 47-48, 1964. Disponível em: <<http://link.springer.com/article/10.3758%2FBF03342783>>. Acesso em: 04 jul. 2016.

WILLIAMS, Bernard. **Ethics and the limits of Philosophy**. London; New York: Routledge, 2006a.

WILLIAMS, Bernard. The Primacy of Dispositions. In: WILLIAMS, Bernard; MOORE, Adrian William. **Philosophy as a Humanistic Discipline**. Princeton; Oxfordshire: Princeton University Press, 2006b. p. 67-75.

WILSON, Edward Osborne. **Consilience: the unity of knowledge**. New York: Vintage Books, 1999.

WILSON, Edward Osborne. **Sociobiology: the new synthesis**. 6th printing. Cambridge (MA, EUA); London (England); Belknap Press; Harvard University Press, 1978.

WILSON, Edward Osborne. **The meaning of human existence**. New York: Liveright Publishing Corporation, 2014.

WILSON, Robert A.; KEIL, Frank C. Preface. In: WILSON, Robert A.; KEIL, Frank C. (Eds). **The MIT encyclopedia of the cognitive sciences**. Cambridge, Massachusetts (EUA); London, England: Massachusetts Institute of Technology, 1999. p. xiii-xiv.

YONG, Ed. What's Wrong With Growing Blobs of Brain Tissue? **The Atlantic**, April 25, 2018. Disponível em: <<https://www.theatlantic.com/science/archive/2018/04/what-happens-as-we-get-better-at-artificially-growing-brains/558881/>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho ductil: ley, derechos, justicia**. 11. ed. Madrid, Trotta, 2016.