

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

A RACIONALIZAÇÃO DAS DECISÕES MORALMENTE CARREGADAS POR MEIO  
DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA “PESSOA” HUMANA

MARCUS VINICIUS SANTOS FRANCO

Rio de Janeiro  
2019 / 2

MARCUS VINICIUS SANTOS FRANCO

A RACIONALIZAÇÃO DAS DECISÕES MORALMENTE CARREGADAS POR MEIO  
DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA “PESSOA” HUMANA

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Mestre Júlia Massadas**.

Rio de Janeiro  
2019 / 2

F825r Franco, Marcus Vinicius Santos  
A racionalização das decisões moralmente  
carregadas por meio do princípio da dignidade da  
pessoa humana / Marcus Vinicius Santos Franco. --  
Rio de Janeiro, 2019.  
73 f.

Orientadora: Julia Massadas.  
Coorientador: Guilherme de Almeida.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

1. tomada da decisão moral. 2. modelo sócio  
intuicionista. 3. viés confirmatório. I. Massadas,  
Julia, orient. II. de Almeida, Guilherme, coorient.  
III. Título.

MARCUS VINICIUS SANTOS FRANCO

A RACIONALIZAÇÃO DAS DECISÕES MORALMENTE CARREGADAS POR MEIO  
DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA “PESSOA” HUMANA

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Mestre Júlia Massadas**.

Data da Aprovação: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_.

Banca Examinadora:

\_\_\_\_\_  
Orientador

\_\_\_\_\_  
Co-orientador (opcional)

\_\_\_\_\_  
Membro da Banca

\_\_\_\_\_  
Membro da Banca

Rio de Janeiro  
2019 / 2

Dedico este trabalho a Deus, a minha família e a todos que contribuíram de alguma forma para que eu pudesse chegar até aqui.

## AGRADECIMENTOS

Espero que essa página cumpra a função de explicitar a gratidão que sinto por ter pessoas especiais em minha vida.

A meu pai, Marcos, e a minha tia, Maria Luiza, por todo apoio que recebi quando eu decidi abandonar Letras para buscar meu sonho em Direito.

Orgulhosamente, agradeço minha mãe, Elisa, por ter sido sempre uma inspiração para mim, já que, mesmo diante das adversidades da vida, conquistou coisas que, infelizmente, são difíceis para uma mulher negra e pobre.

Em memória, à minha avó Flávia, mulher guerreira, forte, ímpar, que, com imensa sabedoria, deu estruturas para toda a família; e ao meu avô João;

Aos meus tios Dilma e José;

Às minhas 'protetoras' Cristiane e Dagmar;

Aos meus primos que cresceram comigo - Andreia, Larissa, Marcelo e Renan;

Aos meus irmãos Matheus e Samuel;

Aos meus amigos da igreja - Beatriz e Filipi.

Aos meus amigos da faculdade - Francisco, Gabriel, Natasha e Raíssa;

Aos meus amigos de trabalho - Alcenir, Bianca, as Mônica (s), Nelson, Rogério e Suzana.

Muito obrigado por tudo!

*"Julgamentos morais fazem parte da prática da moralidade cotidiana e da prática judicial".*

*(Brando; Struchiner)*

## RESUMO

O processo de tomada de decisão dos casos moralmente carregados para o direito em muito se relaciona com os casos morais que são objetos de estudos da psicologia moral. Assim, faz-se necessário visitar o campo de outras ciências, a fim de se identificar como o julgamento moral ocorre. Nesse sentido, o modelo sócio-intuicionista de Jonathan Haidt emerge como uma alternativa viável para compreender este complexo processo, visto que admite que os julgamentos morais são construídos com base em intuições morais, seguidos, quando necessário, de um detido processo de justificação (racionalização *post hoc*). Esse modelo de julgamento pode ser aplicado para melhor compreensão do processo decisório dos casos jurídicos moralmente carregados, visto que relatos de juristas apontam para o seguinte: primeiramente, a resposta resolutiva ao conflito e, em seguida, obedecendo o princípio da motivação das decisões judiciais, realizam o processo de racionalização, o qual se opera por meio da linguagem. Contudo, esse processo de busca tem a tendência de ser enviesado, ou seja, o peso atribuído a razões que não confirmam as intuições iniciais é menor. Portanto, o trabalho procura analisar a aplicação do modelo de Haidt no contexto jurídico e verificar as possíveis implicações que a fundamentação por meio do princípio da dignidade humana, a qual é, por vezes, enviesada, traz para o direito.

Palavras-chave: tomada da decisão moral; modelo sócio-intuicionista; viés confirmatório.



## ABSTRACT

The decision-making process of the *morally charged legal cases* is very much related to the moral cases that are the subject of studies of moral psychology. Thus, it is necessary to visit the field of other sciences in order to identify how moral judgment occurs in the legal context. In this sense, Jonathan Haidt's socio-intuitionist model emerges as a viable alternative to understand this complex process, since it admits that moral judgments are built on moral intuitions, followed, if necessary, by a detained process of justification (a *ex post fact* rationalization). This model of judgment can be applied to better understand the decision-making process of morally charged legal cases, as reports by jurists point to the following: first, the resolute response comes to the conflict and, then, following the principle of motivating judicial decisions, perform the rationalization process, which operates through language. However, this search process tends to be biased, meaning that the weight attributed to reasons that do not confirm the initial intuitions is lower. Therefore, the paper seeks to analyze the application of Haidt's model in the legal context and to verify the possible implications that the foundation through the principle of human dignity, which is sometimes biased, brings to the law.

Keywords: moral decision-making; socio-intuitionist model; confirmatory bias.

## **LISTA DE TABELAS**

Tabela 1 - Referências ao termo dignidade nos votos do Min. Celso de Mello .....	64
Tabela 2 - Comparação quanto à estrutura dos votos de Min. Celso de Mello .....	64
Tabela 3 - Referências ao termo dignidade nos votos do Min. Gilmar Mendes.....	65
Tabela 4 - Comparação quanto à estrutura dos votos do Min. Gilmar Mendes.....	66

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1- Representação do modelo racionalista do processo de decisão.....	38
Figura 2 - Modelo sócio-intuicionista do julgamento moral.....	43
Figura 3 - Distinção entre o sistema 1 e sistema 2 .....	44

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

ADI	Ação Direita de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
HC	Habeas Corpus
MPF	Ministério Público Federal
OMS	Organização Mundial da Saúde
STF	Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>RESUMO.....</b>	<b>7</b>
<b>ABSTRACT.....</b>	<b>8</b>
<b>LISTA DE TABELAS.....</b>	<b>9</b>
<b>LISTA DE ILUSTRAÇÕES.....</b>	<b>10</b>
<b>LISTA DE ABREVIATURAS.....</b>	<b>11</b>
<b>SUMÁRIO.....</b>	<b>12</b>
<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>13</b>
<b>1. DECISÕES JUDICIAIS COMO OBJETO DE ESTUDO DO DIREITO .....</b>	<b>18</b>
1.1. Holmes e a sua teoria da previsão.....	19
1.2. A escola sociológica de Pound.....	21
1.3. O realismo jurídico em Karl Llewellyn e Jerome Frank.....	23
1.3.1. Críticas ao movimento realista.....	25
1.4. A discricionariedade e a racionalização no pensamento jurídico brasileiro.....	27
<b>2. O JULGAMENTO MORAL PELO MODELO SÓCIO-INTUICIONISTA.....</b>	<b>34</b>
2.1. O Caso Julie e Mark e o emudecimento moral.....	36
2.2. Os elos do modelo sócio-intuicionista.....	42
2.3. A realidade prática jurídica sob a ótica do modelo de Haidt.....	47
2.4. Síntese parcial do capítulo.....	51
<b>3. CASOS MORALMENTE CARREGADOS E A DIGNIDADE HUMANA.....</b>	<b>54</b>
3.1. Os casos difíceis moralmente carregados.....	54
3.2. Dignidade humana e a dispersão de fundamentos das decisões.....	57
<b>4. ANÁLISE DE VOTOS MORALMENTE CARREGADOS.....</b>	<b>62</b>
4.1. Caso Ellwanger (HC 82.424/RS) e a “criminalização” da homofobia (ADO 26/DF).....	62
4.2. Critérios para a escolha dos casos.....	63
4.3. Análise dos votos do ministro Celso de Mello.....	64
4.3.1. Referência ao termo dignidade.....	64
4.3.2. Estrutura de apresentação do termo (ou noção de) dignidade.....	64
4.4. Análise dos votos do ministro Gilmar Mendes.....	65
4.4.1. Referência ao termo dignidade.....	65
4.4.2. Estrutura de apresentação do termo (ou noção de) dignidade.....	66
4.5. Breves considerações sobre os votos analisados.....	66
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>67</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>71</b>

## INTRODUÇÃO

O Iluminismo, como movimento crítico à organização da sociedade, provocou, também, grandes influências no pensamento *jusfilosófico*, que, por consequência, teve seu foco deslocado do seu cunho teológico para o racional. Nesse contexto, o positivismo jurídico em sua versão ideológica, com a finalidade de ser uma ciência objetiva [pura] do direito, apresenta, então, o legalismo. Segundo Norberto Bobbio, tal escola “sustenta a teoria da interpretação mecanicista, que na atividade do jurista faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito” (BOBBIO, 1995, p. 113). Os métodos hermenêuticos seriam capazes de fornecer a verdadeira vontade do legislador, devendo o juiz apenas interpretar o direito (BOBBIO, 1995, p. 212).

Desse conceito de racionalidade jurídica, deriva a ideia de que a sentença, mesmo em casos difíceis, seria apenas a expressão da vontade do legislador, a qual se extrairia por meio de um processo dedutivo - quando A, então B (BOBBIO, 1995, p. 218-219). Portanto, sob essa visão, seria possível uma decisão tendo a racionalidade como principal guia, mesmo nos casos nos quais fosse possível alguma discricionariedade devido a algum grau de indeterminação do direito. Na ciência jurídica, essa ideia ficou conhecida como “*racionalismo absoluto*”.

No campo da psicologia moral, Jonathan Haidt (2013, p. 869) define o que chama de mito racionalista. Segundo o autor, tal termo se refere à ilusão de que seria sempre possível a atuação imparcial daquele que estivesse a tomar uma determinada decisão, não importando se os valores envolvidos interessariam ou não imediatamente a ele (que tem o poder decisório). Haidt, então, propõe uma mudança de paradigma na *psicologia moral*: da razão à intuição, tendo como uma de suas bases o princípio de que os elementos psicossociais, em sentido amplo, vêm antes da decisão (e por isso a influenciam), ocorrendo, em seguida, uma tentativa de justificação desta por alguns critérios mais objetivos (p. 869).

Em sua análise descritiva sobre a diferença existente entre a realidade jurídica e a ideia concebida pelos racionalistas, Haidt (2013, p. 868) usa os escritos do juiz Joe Hutcheson para mostrar o que por vezes pode ser observado na “prática do direito”: a decisão é realizada

com base nas intuições morais, ficando, então a justificação da mesma para o momento posterior, quando (e se) há o chamamento para explicar razões de decidir:

[W]hen the case is difficult or involved, and turns upon a hairsbreadth of law or of fact . . . I, after canvassing all the available material at my command, and duly cogitating upon it, give my imagination play, and brooding over the cause, wait for the feeling, the hunch—that intuitive flash of understanding which makes the jump-spark connection between question and decision, and at the point where the path is darkest for the judicial feet, sheds its light along the way (HUTCHESON apud HAIDT, 2013, p. 868)

Sobre o tema, Luiz Fux e Marco Aurélio Mello, ministros do Supremo Tribunal Federal, já deram declarações que apontam para a mesma direção de Hutcheseon, como mostra Noel Struchiner (2018a, p. 48):

Idealizo para o caso concreto a solução mais justa e posteriormente vou ao arcabouço normativo, vou à dogmática buscar o apoio. E como a interpretação é, acima de tudo, um ato de vontade, na maioria das vezes, encontro o indispensável apoio [Marco Aurélio Mello].

Se existe algo que o juiz tem que ter para decidir as causas é sensibilidade. O juiz trabalha com menos paixão que o advogado, o que não significa dizer que ele seja inanimado. Tem que ter emoção nessa decisão. Primeiro deve-se construir uma solução justa e depois dar a esta solução justa uma roupagem jurídica. Justiça é algo que se sente [Luiz Fux].

De acordo com Noel Struchiner (2018a, p. 44), o contexto de descoberta se relaciona com os fatores sociológicos, históricos e psicológicos que são a causa de uma determinada hipótese dada por alguém, enquanto que o contexto de justificação diz sobre o modo de exteriorização da posição para a comunidade. Nesse contexto, Struchiner (2018a, p. 43-44) diz que “estudar o contexto de descoberta é importante não só para entender a tomada de decisão jurídica de uma maneira mais profunda e abrangente, mas para entender os aspectos do próprio contexto de justificação” (p. 43-44). Ainda de acordo com o autor, “o contexto de descoberta exerce pressão no contexto de justificação” (STRUCHINER, 2018a, p. 44).

Os dois conceitos apresentados nos escritos de Struchiner (2018a) se relacionam com o “fenômeno” da *racionalização*, cujo conceito é distante do ideal racionalista, exposto anteriormente. De acordo com Eric Schwitzgebel e Jonathan Ellis (2016, p. 6-7), *racionalização* é um discurso *post-hoc* guiado por um *distorting factor* (algo que favorece uma conclusão, mas que não é, por vezes, epistemologicamente confiável). E assim lecionam:

In sum, rationalization is post-hoc reasoning toward a favored conclusion, where both the preference for the conclusion and the search for justifications are shaped by some epistemically non-probative distorting factor that isn't explicitly appealed to in those justifications (SCHWITZGEBEL; ELLIS, 2016, p. 7).

Com isso posto, considerando a importância ressaltada por Struchiner (2018a) nos parágrafos anteriores de se conhecer a realidade jurídica (contexto de descoberta e de justificação), o presente trabalho procura conhecer como ocorre a racionalização de decisões moralmente carregadas que utilizam comandos morais extraídos do “*superprincípio*” da dignidade da pessoa humana<sup>1</sup>, por meio do modelo sócio-intuicionista de Jonathan Haidt.

Em seus estudos, Haidt (2013, p. 871) observa um fenômeno que ele chama de *moral dumbfounding*. De acordo com o autor, tal fenômeno fica caracterizado quando há a insistência em um determinado julgamento moral mesmo depois de esgotadas todas as possibilidades de justificação. Com base em um experimento de Haidt (Mark e Julie)<sup>2</sup>, Struchiner (2018a, p. 50) afirma que é possível retirar algumas lições, a saber:

A primeira lição é que, em casos moralmente salientes, primeiro as pessoas respondem de modo intuitivo e só depois buscam as razões que serão usadas como premissas para sustentar a resposta anteriormente dada [...] A segunda lição que se pode extrair [...] é a seguinte: em casos moralmente salientes, as intuições são suscetíveis a gatilhos afetivos [...] (STRUCHINER, 2018a, p. 50-51).

No contexto do “pós-positivismo”, as normas-princípios passam a ser protagonistas para a resolução dos casos moralmente carregados. Robert Alexy, que considera os princípios como mandamentos de otimização que levam à “melhor decisão possível” (ALEXY, 2001), é um dos autores que destacam a importância dos princípios para o direito. Nessa linha, o princípio da dignidade da pessoa humana, que ocupa um papel central nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, conforme observam Noel Struchiner e Ivar Hannikainen (2016, p. 9), provoca o raciocínio moral na realidade jurídica, já que permite a entrada de diversos fatores distorcivos que serviriam de apoio para a decisão altamente valorativa.

<sup>1</sup> De acordo com Flávia Piovesan (PIOVESAN, 2013, p. 89), “sustenta-se que é no princípio da dignidade humana que a ordem jurídica encontra o próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, para a hermenêutica constitucional contemporânea. Consagra-se, assim, a dignidade humana como verdade superprincípio, a orientar tanto o Direito Internacional como o Direito interno”.

<sup>2</sup> Mark e Julie são dois irmãos que resolveram ter relações sexuais. Os dois usam métodos contraceptivos e prometem não contar a ninguém, mas decidem não repetir o ato. Os dois estreitam a relação como “amigos”. Perceba que Haidt blinda o experimento a justificativas “racionais” que poderiam ser utilizadas para apoiar julgamento moral das pessoas em relação ao incesto (SCHWITZGEBEL; ELLIS, 2016, p. 9-10).



Diante disso, optou-se pelo estudo do processo de racionalização das decisões por meio do princípio da *dignidade da pessoa humana* sob a ótica do modelo sócio-intuicionista de julgamento moral, devido à centralidade que este princípio ocupa no ordenamento jurídico brasileiro e a sua alta carga valorativa.

A análise dos votos de casos moralmente carregados será a metodologia que será empregada neste trabalho para se conhecer como se dá o processo de racionalização das decisões de casos moralmente carregados que utilizam a *dignidade humana* como fundamento. Os critérios sobre a escolha dos votos será realizada no capítulo 4 deste trabalho.

No primeiro capítulo, será realizada uma breve análise de pensamentos de teóricos do direito - Oliver Holmes Jr., Roscoe Pound, Karl Llewellyn e Jerome Frank - que, mediante o questionamento a ideias “tradicionalistas” da ciência jurídica, propuseram que as decisões judiciais também importavam para direito. Portanto, este é o ponto para o qual convergem esses autores: a decisão judicial, por ser um fato social, contém elementos que estão além do direito positivo.

Como será observado no final do capítulo 1, há no cenário jurídico brasileiro relatos de juristas - notadamente, os ministros do Marco Aurélio de Mello e Luiz Fux - e que indicam que a solução de um caso é tomada em uma fase anterior à consulta de qualquer material jurídico, pois há um desejo de se alcançar uma resposta “*justa*”. Esses relatos nos dão base para questionar como as decisões são construídas, principalmente quando estamos diante de casos moralmente salientes, indicando ainda como os métodos tradicionais de interpretação são insuficiente para explicar o processo de tomada de decisão.

Nesse contexto, cabe ressaltar que o presente trabalho não procura discutir o processo decisório nos casos do direito que se apresentam como de fácil resolução visto regramento claro no ordenamento jurídico, mas sim, daqueles que a solução parece não estar (ou não está de fato) regulada pelo direito positivo. Segundo apontamentos realizados pelos ministros referidos no parágrafo anterior, as decisões estão (ou pelos menos podem estar) permeadas de elementos que estão no campo da moralidade. Ou seja, deixando de lado os casos fáceis (que não são o foco deste trabalho) é possível dizer que há uma relação entre os casos difíceis do

direito e os casos morais que são objeto de estudos pela psicologia moral (STRUCHINER, 2018a, p. 49).

Desse modo, o modelo sócio-intuicionista de Jonathan Haidt (2001) será, também, objeto de estudo do presente trabalho, pois o mesmo se trata de uma hipótese de como se daria o processo de decisão moral: primeiro há uma intuição, ocorre então o julgamento moral, havendo, quando há um chamamento a apresentação de uma justificção, a racionalização do julgamento. Assim, o segundo capítulo tratará de uma exegese do modelo de Haidt a fim de relacioná-lo com a prática jurídica, ressaltando, ainda, a presença do fenômeno do viés confirmatório, o qual seria a tendência que as pessoas têm de procurar razões para justificarem seu julgamento moral, ou seja, dificilmente há uma tentativa de questionar as intuições iniciais.

Seguindo, o terceiro capítulo irá tratar de delimitar um conceito de caso difícil moralmente carregado. O objetivo não será fazer uma longa exposição sobre este tipo de caso a fim de fechar uma definição que serviria para o campo da teoria do direito, mas sim apenas para ser usado como critério para este trabalho. Ainda no mesmo capítulo, serão feitas breves considerações sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual é um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CRFB/88), explicitando como a sua presença em decisões do Supremo Tribunal Federal é marcante.

Após as observações efetuadas nos três primeiros capítulos, será feita a análise (extração de dados referente ao princípio da dignidade da pessoa humana) dos votos dos ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes em dois casos que chegaram ao STF: o julgamento do Habeas Corpus 82.424/RS (Caso Ellwanger) e o da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF (“criminalização” da homofobia). A escolha dos casos foi efetuada de acordo com os seguintes critérios: (i) a ofensa a grupos minoritários está presente; (ii) se relacionam com à esfera penal do direito, que possui o princípio da legalidade em questão; (iii) há um tempo razoável entre os votos.

Por fim, nas considerações finais serão feitos alguns questionamentos, utilizando-se os dados obtidos por meio da análise dos julgados apresentados, relacionando-os com todo o exposto no decorrer do trabalho.

## 1. DECISÕES JUDICIAIS COMO OBJETO DE ESTUDO DO DIREITO

Conforme já brevemente relatado na introdução deste trabalho, o Iluminismo, como movimento crítico à organização da sociedade, provocou, também, grandes influências no pensamento *jusfilosófico*, que, por consequência, teve seu foco deslocado do seu cunho teológico para o racional, abrindo espaço para o início da positivação do Direito, a fim de dar segurança e certeza às relações sociais<sup>3</sup> (CAMARGO, 2003, p. 61-65). Após isso, houve o estabelecimento do direito como *ciência*, considerando como objeto de estudo o direito positivo, cujo exercício se daria por deduções puramente lógicas<sup>4</sup>, cabendo ao juiz apenas interpretar o direito<sup>5</sup> (BOBBIO, 1995, p. 212/220-221).

Desse conceito de racionalidade jurídica, deriva a ideia de que a sentença, mesmo em casos difíceis, seria apenas a expressão da vontade do legislador, a qual se extrairia por meio de um processo dedutivo - quando A, então B (BOBBIO, 1995, p. 218-219). Nesse sentido, estabelecia-se que, mesmo diante de alguma indeterminação do direito, a atividade do magistrado estaria sempre vinculada à legislação, sendo os métodos hermenêuticos as ferramentas capazes para se encontrar a verdadeira vontade do legislador (BOBBIO, 1995, p. 212). Na ciência jurídica, essa ideia ficou conhecida como “*racionalismo absoluto*”<sup>6</sup>.

Apesar da ideia sobre o direito apresentada acima possuir atualmente pouca influência na comunidade jurídica (BOBBIO, 1995, p. 222), o questionamento a essas ideias tradicionalistas não é novo. Oliver Wendell Holmes Jr., no final do século XIX, já começa a questionar o objeto da ciência do direito. Roscoe Pound, Karl Llewellyn e Jerome Frank,

<sup>3</sup> De acordo com Camargo (2003, p. 61), “o pensamento jurídico moderno, ou as várias correntes filosóficas que pensaram e escreveram sobre o durante no século XIX, detiveram duas preocupações em torno de valores que servem de essência ao próprio direito. Seriam eles basicamente, a *justiça*, a *certeza* e a *segurança*”.

<sup>4</sup> Segundo Bobbio (1995, p. 221), “o juspositivismo tem uma concepção formalista da ciência jurídica, visto que na interpretação dá absoluta prevalência às formas, isto é, aos conceitos jurídicos abstratos e às deduções puramente lógicas que se possam fazer com base neles, com prejuízo da realidade social que se encontra por trás de tais formas, dos conflitos de interesse que o direito regula, e que deveriam (segundo os adversários do positivismo jurídico) guiar o jurista na sua atividade interpretativa”.

<sup>5</sup> É importante destacar que o juspositivismo, segundo Bobbio (1995, p. 223-238), pode ser enxergado como teoria e como ideologia. De acordo com o autor, “esta distinção [...] é importante porque ajuda a compreender o significado da polêmica antipositivista. Os críticos do positivismo jurídico vêm de duas ‘praias’ diferentes e se dirigem a dois aspectos diversos: de um lado, a corrente do realismo jurídico (ou jurisprudência sociológica) critica os seus aspectos teóricos, afirmando que não representam adequadamente a realidade efetiva do direito; de outro, a renascida (ou, melhor dizendo, revigorada) corrente do jusnaturalismo critica os aspectos ideológicos do juspositivismo, destacando as consequências práticas funestas que deles derivam” (BOBBIO, 1995, p. 225).

<sup>6</sup> No campo da psicologia moral, Haidt (2013, p. 869) define o que chama de *mito racionalista*: a ilusão da possibilidade de extrema imparcialidade em um processo decisório.

influenciados por Holmes, questionam ainda mais a base da ciência jurídica tradicional. Todos esses quatro teóricos convergiram para o seguinte ponto: o objeto de estudo do direito deve ir além das normas, enxergando a sociedade como um todo e entendendo que a realidade prática e o processo decisório importam.

Diante do exposto, é mister discorrer sobre a contribuição de cada autor para que a decisão judicial, como um fato social que apresenta outros elementos além do direito positivo, seja, também, considerada como objeto de estudo do direito.

### 1.1. Holmes e a sua teoria da previsão

Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935) é considerado o precursor da *sociological jurisprudence* de Roscoe Pound e do pensamento do realismo jurídico norte-americano, que apresenta nomes como Jerome Frank e Karl Llewellyn (GODOY, 2013, p. 11). Holmes dá o ponto de partida para estes novos movimentos jurídicos com a afirmação de que o direito é uma *realidade prática*, distanciando-se, portanto, da concepção da cultura jurídica até então presente (JORGE, 2010, p. 15). Assim, em sua obra *The Common Law*, Holmes nos apresenta seu pensamento:

A vida do Direito não tem sido lógica: tem sido experiência. As necessidades do tempo, as teorias morais e políticas que prevalecem, as instituições das políticas públicas, claras ou inconscientes, e até mesmo os preconceitos com os quais os juízes julgam têm importância muito maior do que silogismos na determinação das regras pelas quais os homens devem ser governados. O direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação através de muitos séculos, e não pode ser tratado como se compreendesse tão somente axiomas e corolários de livros matemáticos (HOLMES, 1881, p. 1 apud JORGE, 2010, p. 15).

Segundo Godoy (2013, p. 9), o voto vencido de Oliver Wendell Holmes Jr. no caso *Lochner v. New York*<sup>7</sup> (1905) representa um paradigma no contexto jurídico da época. No referido voto, ao estabelecer a necessidade da aproximação entre direito e realidade social, já está presente uma objeção ao formalismo jurídico, mediante o questionamento da lógica e das premissas gerais presente na ciência do direito (GODOY, 2013, p. 9-11). Assim, Holmes relata sobre sua decisão e o caso:

---

<sup>7</sup> Segundo Godoy, “o voto traz uma das mais conhecidas passagens do magistrado norte-americano, que na parte conclusiva afirmou que *proposições gerais não decidem casos concretos*” (GODOY, 2013, p. 12, grifo do autor).

Eu me arrependo sinceramente pelo fato de que não consigo concordar com o julgamento dado a esse caso, e acho que é minha obrigação expressar os porquês do meu pensamento. Esse caso é decidido com base em uma teoria econômica com a qual não concorda uma parte das pessoas desse país. Se fosse uma questão de saber se eu concordo (ou não) com essa teoria, eu deveria estudá-la, profundamente, antes de firmar minha posição. Porém acredito que seja minha obrigação fazê-lo, porque acredito firmemente que minha concordância ou discordância nada se relaciona com o fato de que a maioria possa incorporar sua opinião no direito (HOLMES, in FISHER et alli, 1993, p. 25 apud GODOY, 2013, p. 11).

De acordo com Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy (2013, p. 61), uma das fases da trajetória jurídica de Holmes é identificada por seus dois livros – *The Common Law* e *The Path of the Law*, nos quais são encontradas suas principais reflexões sobre a sua concepção de direito. Godoy explica que

É nesses dois livros que Holmes fundamenta concepções seminais para o realismo jurídico, propugnando que o direito não é lógica, é experiência, e disseminando a metáfora do *bad man*, do bandido. Segundo esta última ideia, que retomarei mais a frente, o bandido está apenas interessado nas consequências que viverá se violar a lei. E nada mais. É assim que pensáramos em relação ao direito, isto é, o que acontecerá se não cumprirmos a lei. Nessas obras se compreende a proposta fundamental de Holmes, que dá conta de conhecer o direito é saber de antemão como juizes vão julgar determinados casos (GODOY, 2013, p. 62).

Isto quer dizer que, para Holmes, a busca de previsibilidade no direito constituiria o núcleo do exercício da advocacia, fazendo dessa uma atividade substancialmente prática, contrapondo-se a ideia formalista que procurava dar ao direito o caráter lógico das ciências da natureza (GODOY, 2013, p. 62).

Segundo Godoy (2013, p. 62), “Holmes hostilizou o pensamento de Christopher Columbus Langdell, antigo diretor de Harvard, que havia firmado o formalismo jurídico nos Estados Unidos”, colocando, então, a previsão da decisão como aquilo que deve ser objeto de estudo do direito (BOWEN, 1944, p. 281 apud GODOY, 2013, p. 62). Em *The Path of the Law*, Holmes sustenta que

Quando estudamos direito não estamos tratando de um mistério, porém de uma profissão muito conhecida. Estudamos o que devemos buscar ao falarmos com um juiz, ou como aconselhar as pessoas de modo que elas evitem problemas e fiquem distantes dos tribunais. A razão pela qual o direito é uma profissão, os motivos pelos quais as pessoas paguem [sic] advogados que as representem junto aos juizes, reside no fato de que em sociedades como a nossa o comando da força da pública está concentrado em juizes, que movimentam toda força do Estado, se necessário, para o implemento das decisões judiciais. As pessoas querem saber sob quais circunstâncias de até onde elas correm riscos de se encontrarem em face do que é muito mais forte do que elas, e conseqüentemente isso se torna um negócio a resolver, quando tal perigo é fonte de temor. O objeto de nosso estudo, então, é

previsão, é a previsão da incidência da força pública como instrumento das cortes da justiça (HOLMES, 1992, p.160 apud GODOY, 2013, p. 63).

Assim, Holmes estabelece a sua teoria da previsão. Nesse ponto, cabe destacar que, de acordo com Godoy (2013, p. 63), Holmes “esforçava-se para não confundir a previsão jurídica com base nas tendências e no comportamento de quem diz o direito, da mera leitura e do simples exercício estatístico dos precedentes judiciais”.

Portanto, observa-se o pioneirismo de Holmes no deslocamento do objeto do direito para a realidade prática, o qual resume esse seu próprio posicionamento da seguinte forma: “as profecias sobre o que os tribunais farão de fato, e nada mais pretensioso, são aquilo que quero dizer com direito” (HOLMES, 2002, p. 427 apud STRUCHINER; SHECAIRA, 2011).

Apesar das críticas à *teoria da previsão* que foram formuladas, destacando-se as de H. L. A. Hart, em *O Conceito de Direito* (HART, 2005, p. 137-168 apud STRUCHINER; SHECAIRA, 2011) e que serão discutidas no ponto 1.3.1 deste trabalho, não se pode negar a importância de Holmes para a ciência jurídica.

## **1.2. A escola sociológica de Pound**

De acordo com Eugênio Facchini Neto e Ana Paula Martini Tremarin Wedy (2016, p. 79-80), a Escola Sociológica do Direito<sup>8</sup>, movimento filosófico que ressaltou a importância de se verificar os efeitos das normas jurídicas na sociedade e como as influências que o ordenamento jurídico recebe dessa coletividade, foi a primeira corrente do direito a nortear os questionamentos ao formalismo<sup>9</sup>. Assim como fizera Holmes Jr., o principal formalista criticado pela escola foi o Christopher Columbus Langdell, que pregava o uso dos mesmos procedimentos das ciências naturais, e assim emoldurava a sua concepção de direito.

Roscoe Pound é o autor de maior destaque da escola sociológica (2016, p. 81). Para Pound, o Direito representava muito mais do que apenas um conjunto de normas fixas, cuja aplicação a uma situação jurídica se daria por meio de deduções lógicas, conforme concepção

---

<sup>8</sup> Sociological Jurisprudence Law and Legal Definition. Disponível em: <https://definitions.uslegal.com/sociological-jurisprudence/>. Acesso em: 26/05/2019.

<sup>9</sup> (HIMMA, K. E. Legal Positivism. Disponível em: <https://www.iep.utm.edu/legalpos/>. Acesso em: 26/05/2019)

proposta por autores como Langdell (FACCHINI NETO; WEDY, 2016, p. 81); para ele, o Direito deveria ser visto como algo dinâmico, “como uma série de conceitos fixos, dos quais derivavam as regras, formuladas com base na experiência social e na vida política” (JORGE, 2010, p. 17). Em suma:

O Direito é o conjunto de conhecimentos e de experiências pelo qual esta parte da engenharia social pode ser levada a cabo. Ele é algo mais do que um corpo de regras. Consiste em regras, princípios e padrões para a conduta e para a decisão. Mas também consiste em doutrinas e formas de pensamento profissional e de regras de arte profissionais mediante as quais os preceitos de conduta e de decisão podem ser aplicados, desenvolvidos e alcançar eficácia (POUND, 1950, p. 206 apud JORGE, 2010, p. 16).

Pound afirmava que os juízes, diante de um caso concreto, estariam aptos a inovar com o direito, tendo como base a lei (apud JORGE, 2010, p. 17). De acordo com o autor, os princípios presentes no ordenamento jurídico seriam o principal *modus operandi* desse processo criativo, possibilitando, assim, a renovação e a reinterpretação do direito, caracterizando a dinamicidade do direito (apud JORGE, 2010, p. 16-17):

É usual descrever o Direito como um conjunto de regras [...]. As regras, isto é, provisões definitivas e detalhadas para estados de fato igualmente definidos e detalhados, constituem o fundamento dos princípios jurídicos. Em lugar das regras detalhadas, determinando exatamente o que acontecerá em face de uma situação de fato precisamente detalhada, passa-se a confiar em premissas gerais para o raciocínio jurídico. Esses princípios jurídicos, como os chamamos, são utilizados para criar novas regras, interpretar as antigas, medir seu âmbito de aplicação e reconciliá-las quando entram em conflito (POUND, 1922, p. 144 apud JORGE, 2010, p. 16).

A contribuição marcante de Pound, segundo Facchini Neto e Wedy (2016, p. 82), é a distinção entre o direito enquanto uma teoria e a sua realidade prática, ressaltando, ainda, a necessidade de se olhar a experiência jurídica a fim de defini-la como objeto de estudo da ciência jurídica. Em sentido semelhante à ideia de Holmes, Pound afirma que “podemos estar certos de que *law in the books* frequentemente tende a ser muito diferente da *law in action*”<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> (FISHER III, William W.; HORWITZ, Morton J.; REED, Thomas A., 1993, p. 39 e ss. apud FACCHINI NETO; WEDY, 2016, p. 82-83)

### 1.3. O realismo jurídico em Karl Llewellyn e Jerome Frank

Como pontua Cláudia Chaves Martins Jorge (2010, p. 17), “o pensamento de Holmes e a sociologia jurídica de Pound abriram caminho para o realismo jurídico norte-americano”. O movimento, fundamentando-se nas ideias que foram primeiramente trabalhadas por Holmes e Pound, apresentou a sua crítica ao formalismo jurídico de um modo mais expressivo (FACCHINI NETO; WEDY, 2016, p. 106). Mônica Sette Lopes (2004) apresenta em seus escritos a definição do movimento em questão:

Constitui uma reação que se forma a partir de teorias de “inspiração pragmática e sociológica” ou de “orientação metafísica e não lógico-formalista”. Pode-se tomar uma linha diretora da distinção de *Roscoe Pound* (1870-1964) entre *direito-em-livros* (*law in books*) e *direito-em-ação* (*law in action*). Mas o desenvolvimento não pára [sic] nele e vai beber na fonte teórica e pragmática dos grandes juízes e pensadores americanos que são *Oliver Wendell Holmes* (1841-1935) e *Benjamin Cardozo* (1870-1938). Esta seria a versão embrionária do movimento, que teve sua grande expressão na procura de como agem os juízes em que se empenharam *Karl Llewellyn* e *Jerome Frank* (LOPES, 2004, p. 325-326).

Apesar de ser possível identificar o movimento realista, deve-se destacar que ele não foi homogêneo (JORGE, 2010, p. 19). De acordo com Godoy (2013, p. 19-20), a *corrente sociológica*, que teve como um de seus expoentes Karl Llewellyn, coloca os fatos sociais em primeiro plano, considerando que esses seriam fatores determinantes para o direito e o magistrado seria um simples produto dos mesmos, já que a decisão refletiria a sociedade; enquanto que, a *corrente idiosincrática*, representada por Jerome Frank, se concentra na figura do juiz, acreditando que a sua personalidade é o que de fato fundamenta a sua decisão.

Para Karl Llewellyn, o direito é definido pelas soluções dadas ao conflitos por aqueles que compõem a *Justiça*<sup>11</sup>, e, por isso, considera que o objeto de estudo da ciência do direito deve ser justamente o binômio *controvérsia-solução*. Nesse contexto, se assemelhando à ideia de Holmes, Llewellyn diz que, com o estudo da sentença, é possível, em algum grau, coletar elementos de como serão decididos casos semelhantes futuramente (LLEWELLYN, 1994, p. 244-293 apud JORGE, 2010, p. 21).

---

<sup>11</sup> Aqui o termo foi empregado utilizando a seguinte definição: organismos que compõem o poder judiciário, exercendo a prática do direito. (Significado de Justiça. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/justica/>. Acesso em: 28 de setembro de 2019)



Desse modo, Llewellyn traz o conceito de *hunch* (palpite). Segundo o realista, quanto melhor for o conhecimento sobre os fatos que circundam uma decisão (o quê? como? por quê?), melhor será o *hunch* que poderá ser apresentado diante de um caso concreto (LLEWELLYN, 1977, p. 98 apud LOPES, 2004, p. 332).

Centrando-se na figura do julgador, Jerome Frank diz que a forma de decidir de um juiz é, na verdade, um produto da sua personalidade, não podendo ser considerado a aplicação de normas pré-estabelecidas no ordenamento jurídico (FRANK, 1970, p. 103-105, 138 apud JORGE, 2010, p. 22). Nesse contexto, segundo Godoy (2007),

A decisão final não seria resultado exclusivo da aplicação da norma (que geralmente permite mais de um resultado), mas de vários fatores psico-sociais (sic), que variam da ideologia do magistrado a seu papel institucional, com estação inegável em sua personalidade. Advogados admitem que juízes são influenciados por outros aspectos que não são necessariamente jurídicos. Juízes, advogados e promotores abertamente consideram as implicações políticas das regras jurídicas e das decisões. Os textos doutrinários, no direito norte-americano, bem entendido, rotineiramente consideram o contexto econômico, político e histórico das decisões judiciais; nesse sentido, todos seriam contemporaneamente realistas (p. 5).

Para Frank, a motivação de uma sentença jurídica é resultado de um processo de racionalização *post hoc*, na qual se utiliza o direito positivo, de um *insight* produzido pelo juiz de modo inconsciente, a fim de esconder seus julgamentos morais, tratando-se, portanto, de algo com extrema artificialidade<sup>12</sup>. De acordo com Frank,

Por causa da artificialidade inerente às racionalizações *ex post facto*, analíticas, lógicas, de suas *coraçãozadas* (“corazonadas”) ou *gestalts*, alguns juízes de primeira instância consideram pior do que inútil a exigência de que tornem públicos os fundamentos de fato. A posição destes juízes faz recordar a velha história do juiz veterano que aconselhava um colega novato que nunca desse as *razões* de suas sentenças, porque os fatos provavelmente seria sempre corretos, mas as *razões* seriam comumente equivocadas (FRANK, 1999, p. 95-96 apud LOPES, 2004, p. 335-336).

Observando as ideias de Llewellyn e Frank, nota-se que elas questionam a tradição formalista, mas apresentando enfoques diferentes. Apesar da heterogeneidade do movimento, os teóricos realistas apresentavam algumas ideias em comum sobre o direito: (i) foco nas decisões judiciais; (ii) maior influência de elementos morais (e alheios ao direito) na construção da decisão judicial; (iii) racionalização *post-hoc* das decisões. Como ressaltam Facchini Neto e Wedy (2016):

<sup>12</sup> (FRANK, 1970 (1999), p. 108 apud GODOY, 2013, p. 13; JORGE, 2010, p. 25; LOPES, 2004, p. 335)

O que caracteriza o movimento é um método peculiar de focar os problemas jurídicos. Os pensadores realistas consideram o direito mais como um corpo de decisões judiciais do que como um corpo de normas. Afirmam que as regras jurídicas tem uma influência relativamente pequena sobre as decisões dos juízes, destacando enfaticamente a importância do elemento humano no processo judicial - como os preconceitos, os instintos herdados, a opinião pública, bem como as fraquezas, as qualidades de caráter e a bagagem cultural dos juízes (p. 110).

E continuam:

**Para os realistas, os juízes primeiramente decidem e depois aperfeiçoam modelos de dedução lógica.** Nesse contexto, os juízes decidem de acordo com o que os fatos provocam em seus ideários, e não em função de regras gerais que levariam a resultados particulares. Os juízes respondem mais fortemente aos fatos (*fact-responsives*) do que às leis (*rule-responsives*) (GODOY, 2007 apud FACCHINI NETO; WEDY, 2016, p. 110, grifo nosso).

Nesse mesmo contexto, Godoy (2007, p. 9) ressalta que tanto a *corrente sociológica* quanto a *idiosincrática* dizem que o relativismo da decisão judicial é próprio da prática jurídica:

As duas teorias têm em comum a aceitação de que o relativismo é marca estrutura da ação judicial. De qualquer modo se fixa na subjetividade do julgador, marcada por sua estrutura psicológica ou por seu entorno social, de onde partem e ricocheteiam valores e referências. Não haveria justiça neutra, objetiva e asséptica, como defendido pelo formalismo jurídico, que pregava jurisprudência mecânica. A luta contra o formalismo unia os realistas (GODOY, 2007, p. 9).

### 1.3.1. Críticas ao movimento realista

Segundo Cláudia Chaves Martins Jorge (2010, p. 22), uma das críticas feita aos realistas é a de que eles não consideram a ideia de que o direito também é composto por normas positivadas. Sobre essa crítica, a autora ressalta que, mediante uma interpretação sistemática das obras dos autores do movimento realista, é possível perceber que a ideia dos realistas era dar a devida importância ao modo como se operacionalizam as decisões judiciais<sup>13</sup>.

Sobre esse ponto, Noel Struchiner e Fábio Perin Shecaira (2011) fazem importantes considerações sobre a interpretação que se pode ter do movimento realista. Segundo os autores, é possível olhar para o realismo jurídico como uma *teoria do direito* ou como uma *teoria da decisão judicial*. Nessa esteira, os autores lecionam:

---

<sup>13</sup> (TEBBIT, 2000, p. 23-24 apud JORGE, 2010, p. 24)

As *teorias do direito* têm algumas pretensões típicas, tal como definir (de forma mais ou menos precisa) o conceito de direito, determinar quais são os critérios para a identificação de regras jurídicas válidas e explicar o fenômeno da normatividade do direito. As *teorias da decisão judicial*, por outro lado, têm a pretensão mais específica de explicar como os juízes trabalham, isto é, como eles raciocinam, que tipo de material eles utilizam para a construção das suas decisões etc (STRUCHINER; SHECAIRA, 2011, p. 1).

De acordo com Struchiner e Shecaira (2011), como *teoria do direito*, o realismo jurídico enfrenta sérias críticas. Para Hebert L.A. Hart, a corrente realista falha em explicar como os juízes realmente decidem e ao desconsiderar que a própria validade das decisões que emanam dos julgadores advém das regras do direito positivo, que definem competências e parâmetros de existência dos juízos (HART, 2005, p. 137-168 apud STRUCHINER; SHECAIRA, 2011, p. 2).

Por sua vez, quando entendido como *teoria da decisão judicial*, as seguintes ideias são comumente relacionadas ao realismo jurídico, de acordo com Struchiner e Shecaira (2011, p. 3-4): ceticismo em relação ao silogismo jurídico do formalismo e o reconhecimento da influência de vários fatores (inclusive de ordem moral) na decisão, sendo as normas positivadas instrumentos de racionalizações *post hoc*, já que o direito positivo é indeterminado. Nessa esteira, Struchiner (2018a) ressalta que teóricos do direito como Brian Leite e Frederick Schauer apresentam o realismo como uma teoria descritiva da adjudicação, fundamentada nas seguintes premissas:

1) O juiz não alcança a decisão consultado (exclusivamente) o material jurídico (mas sim intuições, palpites, sentimentos...); e 2) O juiz busca, *ex post facto*, encontrar uma roupagem jurídica para a decisão que não foi alcançada por uma via estritamente jurídica. Essa seria a etapa da racionalização propriamente dita (STRUCHINER, 2018a, p. 46).

Nesse contexto, como teoria da decisão judicial, Struchiner e Shecaira (2011, p. 6) ressaltam que o movimento realista “continua sendo elucidativo como forma de capturar uma das perspectivas sob as quais o direito pode ser descrito e aplicado”, possuindo, dessa forma, relevância para se compreender realmente como os tribunais decidirão os casos que atingem a sociedade.

#### 1.4. A discricionariedade e a racionalização no pensamento jurídico brasileiro

Notadamente, o movimento realista, sob a ótica de uma *teoria da decisão judicial*, nos mostra que o direito é aquilo que efetivamente é aplicado na sociedade, o que nos pede um olhar também para a realidade prática do direito (BOBBIO, 1999, p. 143-144 apud JORGE, 2010, p. 20). Nesse sentido, segundo Jorge (2010, p. 31), “daí a insistência do realismo em realmente saber o que é o Direito e como os juízes chegam às suas decisões”.

Llewellyn e Frank convergem nesse sentido: admitem que a própria característica do direito<sup>14</sup> faz com que a indeterminação<sup>15</sup> esteja sempre presente na prática jurídica, e é diante dela que as convicções morais que os juizes carregam podem influenciar a decisão (JORGE, 2010, p. 32). Portanto, a decisão, segundo os realistas, nunca é um produto exclusivo das normas (GODOY, 2013, p. 14-15), e essa ideia é observável em relatos de juristas brasileiros.

O ministro Marco Aurélio Mello, em uma oportunidade, já disse:

Idealizo para o caso concreto a solução mais justa e posteriormente vou ao arcabouço normativo, vou a dogmática buscar o apoio. E como a interpretação é acima de tudo, um ato de vontade, na maioria das vezes, encontro o indispensável apoio<sup>16</sup> (MELLO, 2010, apud STRUCHINER, 2018b, p. 48).

Recentemente, o mesmo posicionamento foi reafirmado pelo ministro, em entrevista concedida à jornalista Andréia Sadi<sup>17</sup>:

Andréia Sadi: Eu li uma vez que o senhor disse que o senhor quando vai tomar uma decisão, o senhor primeiro procura a solução mais justa e depois o amparo na lei. Como se dá isso ministro? Como é que o senhor...

Ministro Marco Aurélio Mello: Claro que eu tenho uma formação técnica. Então defronto com o conflito, com os parâmetros, os elementos do conflito e idealizo, realmente, a solução mais justa. Claro que a nossa atuação como juiz é uma atuação vinculada ao direito aprovado pelo Congresso, aí eu vou buscar o apoio, como interpretar o ato de vontade [do legislador originário]... **quase sempre eu encontro esse apoio e consagro a solução idealizada.**

<sup>14</sup> “Os realistas sustentam a tese de que os significados dos textos normativos não são únicos, não existe uma única resposta correta, reduzindo o Direito a decisões judiciais” (JORGE, 2010, p. 30).

<sup>15</sup> Segundo Jorge (2010, p. 31), “diante da indeterminado do Direito, segundo os realistas mais extremados, há um alto grau de discricionariedade na aplicação das normas por parte dos juízes. Entre os menos radicais, há a possibilidade de existir situações em que a discricionariedade seja controlada”.

<sup>16</sup> Parte do discurso do referido ministro em uma solenidade (17/06/2010) em sua homenagem por seus 20 anos no Supremo Tribunal Federal.

<sup>17</sup> (Em foco com Andréia Sadi: Marco Aurélio Mello e o papel do STF. Exibição em 27 de Mar de 2019. Disponível em: <https://globosatplay.globo.com/globonews/v/7492281/>. Acesso em: 29 de Set de 2019. Grifos nossos).

Andréia Sadi: O senhor dificilmente se arrepende de alguma decisão que o senhor toma [sic]...

Ministro Marco Aurélio Mello: Jamais...

Andréia Sadi: Jamais? Não tem uma?

Ministro Marco Aurélio Mello: Nesses quarenta [anos de magistratura]... nenhuma...

Andréia Sadi: Nenhuma?!

Ministro Marco Aurélio Mello: Nenhuma! Eu venho pra [sic] casa, coloco a cabeça no travesseiro, durmo... durmo com muita tranquilidade.

Como se observa, nos dois relatos, o ministro Marco Aurélio mostra que a realidade prática jurídica se aproxima da ideia defendida pelos teóricos realistas. Contudo, deixa em aberto qual a posição que ele toma quando não encontra o apoio jurídico necessário. Sobre esse ponto, indaga-se: é possível não encontrar base jurídica para todas as decisões moralmente carregadas no contexto do neoconstitucionalismo<sup>18</sup>, fruto das ideias do pós-positivismo<sup>19</sup>, visto que há presença marcante de normas altamente axiológicas nos textos constitucionais?

Como relata Struchiner (2018b), o ministro Luiz Fux segue a mesma linha do ministro Marco Aurélio. Entretanto, Fux é mais claro em explicitar o que seria a real motivação de uma decisão - as emoções:

Se existe algo que o juiz tem que ter para decidir as causas é a sensibilidade. O juiz trabalha com menos paixão que o advogado, o que não significa dizer que ele seja inanimado. Tem que ter emoção nessa decisão. Primeiro deve-se construir uma solução justa e depois dar a esta solução justa uma roupagem jurídica. Justiça é algo que se sente<sup>20</sup> (FUX, 2011 apud STRUCHINER, 2018b, p. 48).

Consoante André Luiz Staack e Danielle Mariel Heil (2017, p. 91), essa ideia apresentada pelos realistas de uma justificação *post hoc* casa com a lógica abduativa de Peirce, na medida em que se parte de uma hipótese procurando, dentro de diversas possibilidades, a

<sup>18</sup> “[...] movimento social, político, e jurídico surgido após a Segunda Guerra Mundial, tendo origem nas constituições italiana (1947) e alemã (1949), fruto do pós-positivismo, tendo como marco teórico o princípio da ‘força normativa da Constituição’ e como principal objetivo garantir a eficácia das normas constitucionais, principalmente dos direitos fundamentais” (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 76).

<sup>19</sup> Pensamento jusfilosófico que procurou, por meio de princípios axiológicos, impedir sentenças completamente separadas de correção moral (FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 111).

<sup>20</sup> Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/02/lei-da-ficha-limpa-conspira-em-favor-da-moralidade-diz-luiz-fux.html>>. Acesso em: 21 de nov. de 2019.

que apresenta melhor "correção" para o caso concreto que está sob discussão, sendo esse pensamento presente na prática jurídica dos magistrados dos tribunais que decidem sobre a efetivação dos direitos fundamentais. Nesse contexto, fazendo uma análise sobre as mudanças de posição do Supremo Tribunal Federal sobre o instituto do mandado de injunção, no tocante à extensão dos efeitos das decisões, Staack e Heil (2017) sustentam que:

Passou-se, a partir desse momento [da adoção da tese concretista intermediária], a construir uma nova lógica de decisão judicial aos mandados de injunção, afastando-se do mero formalismo e do apeço detido à lei, bem como edificando um poder criativo aos ministros do STF (STAACK; HEIL, 2017, p. 94).

Nesse contexto, os autores afirmam que:

[...] é perceptível aventar uma espécie de racionalidade moral dos magistrados constitucionais brasileiros que passam a introduzir os seus pontos de vistas de valores na argumentação judicial, fazendo nascer, embora já reconhecida, uma conexão direta do direito com a moral (STAACK; HEIL, 2017, p. 94).

E continuam:

Percebe-se, nesse contexto, que o entendimento do STF, não somente nos casos julgados em sede de mandado de injunção, mas também em outros que possuem repercussão geral, vem se modificando para fazer valer uma racionalidade moral, objetivando solidificar uma espécie de decisão que tenha por fim trazer coerência ao sistema [...] (STAACK; HEIL, 2017, p. 95).

Portanto, cabe a seguinte indagação: “como os juízes brasileiros realmente decidem os casos moralmente carregados?”. Llewellyn e Frank possuem fundamental importância sobre o assunto ao discorrerem sobre o *hunch* e os *insights*, respectivamente. Por sua vez, para Pound, o processo criativo da decisão representa a dinamicidade do direito; para Holmes Jr., direito é aquilo que o juízes decidem.

Resgatando-se a ideia de Llewellyn, o *hunch* seria resultado dos valores que compõem uma determinada sociedade. O ponto é: o homem como um ser inserido dentro de um corpo social, realiza trocas inevitáveis com tudo que o circunda, o que faz com que em algum grau passe a partilhar valores em comum com os outros indivíduos. O pensamento de Llewellyn é notadamente importante, na medida em que certos valores são compartilhados universalmente

pelos indivíduos. A título de exemplo, o homicídio e a pedofilia<sup>21</sup> são práticas moralmente condenadas e como tais, seguindo os princípios que informam o direito penal<sup>22</sup>, recebem uma resposta rigorosa do ordenamento jurídico.

Os ministros Marco Aurélio e Luiz Fux são claros em explicitar que suas decisões são permeadas de valores de ordem moral, fato que nos leva a ideia de Jerome Frank. Por meio de um *insight* (ou *insights*), que é um julgamento realizado de modo (quase) instantâneo, o magistrado faz o julgamento de um caso, sendo a justificação *post hoc* apenas um processo de exteriorização da decisão moralmente carregada. Tudo isso nos dá razões para, assim como fizeram os realistas, questionar as respostas que a tradição formalista nos dá sobre como é construída a decisão em um caso concreto, principalmente os moralmente carregados.

A ideia, sustentada pela a escola formalista, de “que na atividade do jurista faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito”(BOBBIO, 1995, p. 113), vai de encontro aos relatos de alguns ministros do STF, mostrados anteriormente neste trabalho, sobre como constróem as decisões. Portanto, os métodos tradicionais de interpretação das normas são insuficientes para explicar como realmente se dá aplicação das normas constitucionais nos casos moralmente carregados e até mesmo como é realizado o processo de racionalização *post hoc* das decisões.

Segundo Camargo (2003, p. 1):

**O juiz, como elemento dotado de razão e sensibilidade, é capaz de ponderar e decidir, sem que com isso lhe atribuamos arbitrariedade. A discricionariedade atribuída ao juiz pode, muitas vezes, produzir dúvidas, mas para isso é exigida não apenas a fundamentação de suas decisões, como também prevalece a regra do duplo grau de jurisdição; ambas capazes de oferecer alguma espécie de controle (CAMARGO, 2003, p. 7, grifos nossos)**

Nesse sentido, observa-se que, no contexto do neoconstitucionalismo brasileiro, cabe olhar para as decisões judiciais visto a importância dada pela própria Constituição à fundamentação jurídica. Dos escritos de Camargo (2003), como observado acima, é possível

<sup>21</sup> Segundo a Organização Mundial de Saúde, pedofilia é uma doença. No Brasil, a prática é tipificada pelo Código Penal e pelo ECA (O que é pedofilia?. Turminha do MPF. Disponível em: <http://www.turminha.mpf.mp.br/direitos-das-criancas/18-de-maio/o-que-e-pedofilia>. Acesso em 29 de Set de 2019).

<sup>22</sup> Aqui, destacam-se os princípios da fragmentariedade ou subsidiariedade - o Estado deve proteger os bens jurídicos mais importantes, tentando frear os casos de maior gravidade; da intervenção mínima - o direito penal deve ser utilizado somente quando outros meios não forem possíveis, e; da ofensividade - a conduta não basta ser imoral, deve-se apresentar risco de ofender algum bem juridicamente relevante (NUCCI, 2019, p. 175-179).

verificar de modo preliminar a existência do modelo dual de processamento de informações<sup>23</sup>, visto que no juízo ponderação, haverá, também, a presença da sensibilidade do julgador. Cabendo, portanto, uma atenção maior da academia sobre como todos esses elementos envolvidos no processo decisório se relacionam entre si.

Nesse sentido, outras indagações: “sempre que os casos moralmente carregados apresentarem similaridades entre si, os juízes decidirão da mesma forma?”; “É possível perceber uma variação no tempo dessas decisões?”. Llewellyn diz que dois dos aspectos para que se consiga investigar o *hunch* são (i) a identificação de como se tem decidido sobre um tema, extraíndo-se as regras de fundamentação das sentenças em questão; e (ii) se a decisão possui alguma força de precedente, por meio da verificação de apontamento sempre no mesmo sentido (Llewellyn, 1994, p. 244-293 apud JORGE, 2010, p. 22).

Estabelecido a incoerência da ideia de racionalidade plena no campo do direito, e certo da impossibilidade de esgotar essa temática, faz-se necessário visitar outros campos da ciência, notadamente o da psicologia, sociologia e filosofia, dentre outros, para se agregar bases teóricas que funcionem como método investigativo. Na psicologia experimental também ocorreu um movimento semelhante: o de deslocamento da racionalidade para a intuição, como será observado nos parágrafos seguintes deste tópico e do início do capítulo seguinte.

No campo da psicologia moral, para mostrar os problemas intrínsecos à ideia do racionalismo absoluto, Jonathan Haidt (2013, p. 869) define o que ele chama de *mito racionalista*: o pensamento de que sempre seria possível a atuação imparcial daquele que estivesse a tomar determinada decisão, não importando se os valores envolvidos interessariam ou não imediatamente a ele (que tem o poder decisório). Segundo Haidt (2013):

The mass delusion that I want to talk about today is the *rationalist delusion* in ethics. I define it like this: “The belief in a reliable faculty of reasoning, capable of operating effectively and impartially even when self-interest, reputational concerns, and intergroup conflict pull toward a particular conclusion.” The word “rationalism” has a variety of meanings in philosophy. I am using the term to indicate a fairly moderate position - the view that reason is the *chief* source of valid knowledge about ethics - not the more radical claim that it is the *only* source (HAIDT, 2013, p. 867).

---

<sup>23</sup> Basicamente, o modelo é composto do sistema 1 - o qual é rápido, inconsciente, afetivo e intuitivo - e do sistema 2 - lento, consciente, neutro e racional (HAIDT, 2001, p. 819-822).



E continua:

So is reason the chief source of knowledge about ethical truths? In several review papers I have shown that there is a mountain of evidence demonstrating the deficiencies of human reasoning, and little or no evidence that reasoning can perform in the way that rationalist theories of ethics require it to perform. So to have faith in a reliable faculty of reasoning, in this day a age, is structurally rather similar to having faith in God, in the specific way that Dawkins defined God (HAIDT, 2013, p. 867-868).

Haidt (2013, p. 869) propõe, então, uma mudança de paradigma com base na psicologia moral: o deslocamento do foco da razão para a intuição, tendo como uma de suas bases o princípio de que os elementos psicossociais, em sentido amplo, vêm antes da decisão (e por isso a influenciam), ocorrendo em seguida, uma tentativa de justificação desta por critérios mais objetivos. Desse forma, o autor concebe o modelo *sócio-intuicionista*, que se apresenta por meio de ligações que procuram explicar como ocorre o julgamento moral. (HAIDT, 2001, p. 815; 2013, p. 868). Assim diz Haidt (2013):

In place of the rationalist delusion, I'd like to describe a "new synthesis" that is taking place in moral psychology, based on a shift from rationalism to intuitionism. An enormous amount of work in the 1990s, from neuroscience, social psychology, and primatology, has shown us just how powerful automatic and intuitive processes are. In my recent book, *The Righteous Mind*, I've argued that the key ideas in this new synthesis can be described in just three principles: (1) Intuitions come first, strategic reasoning second; (2) There's more to morality than harm and fairness; (3) Morality binds and blinds (HAIDT, 2013, p. 868).

No campo da filosofia, destaca-se a noção de "contexto de descoberta" e "contexto de justificação"<sup>24</sup>. De acordo com Struchiner (2018b, p. 44), os fatores sociológicos, históricos e psicológicos, que são a causa de um determinada hipótese dada por alguém, se relacionam com o contexto de descoberta; enquanto que o contexto de justificação diz sobre o modo de exteriorização de uma posição para a comunidade. Portanto, os dois conceitos se relacionam como o fenômeno da *racionalização*, cujo conceito é distante do ideal racionalista, como já exposto anteriormente. Nesse sentido, de acordo com Struchiner (2018a),

Essa distinção é transposta para o campo da teoria da argumentação jurídica para tratar das decisões jurídicas. O contexto de descoberta, no campo do direito, diz respeito aos fatores sociológicos, históricos e, principalmente, psicológicos que explicam, do ponto de vista causal, como o juiz (ou outro agente decisório no âmbito do direito) chegou à decisão. Por outro lado, o contexto de justificação trata do modo como a decisão será explicitamente sustentada diante de seu complexo auditório, composto pelas partes, outros juízes, acadêmicos e a opinião pública em geral. As razões causais que motivam a decisão podem não ser as mesmas que são

<sup>24</sup> Termos foram elaborados por Hans Reichenbach (MIGUEL; VIDEIRA, 2011, p. 34).

suadas na justificação. Afinal, muitas vezes, elas nem são conscientes ou percebidas pelas responsáveis pelas decisões. Compreender o contexto de descoberta também é fundamental (STRUCHINER, 2018a, p. 45).

Como bem pontua Struchiner (2018b), “estudar o contexto de descoberta é importante não só para entender a tomada de decisão jurídica de uma maneira mais profunda e abrangente, mas para entender os aspectos do próprio contexto de justificação” (p. 43-44). Ainda de acordo com os autores, o estudo da temática é importante porque “o contexto de descoberta exerce pressão no contexto de justificação” (p. 44).

Considerando a importância ressaltada por Struchiner (2018b) de se conhecer a realidade jurídica (contexto de descoberta e de justificação) e de que há fortes motivos para se acreditar na presença de valores psicossociais que aparecem antes de determinada decisão e a influenciam, sobretudo nos casos moralmente carregados. Diante disso, faz-se necessário, para o desenvolvimento do tema deste trabalho, a escolha de um modelo científico que procura mostrar como a interação desses elementos se efetiva, tanto sob o ponto de vista privativo quanto do social do indivíduo que realiza determinado julgamento moral.

Por isso, o modelo *sócio-intuicionista* de Jonathan Haidt (2001), o qual será objeto de estudo no seguinte capítulo, será o ponto de partida deste trabalho para o entendimento do processo de racionalização *post hoc*, visto que admite a existência de *insights* que levam a um julgamento moral e a interação social que ocorre diante de uma situação que envolve dilemas morais.

## 2. O JULGAMENTO MORAL PELO MODELO SÓCIO-INTUICIONISTA

De acordo com Brando (2013), em um contexto de mudanças de foco em diversas áreas do conhecimento, Jonathan Haidt inicia uma revisão da literatura racionalista, apresentando, então, o modelo sócio-intuicionista como hipótese plausível de como o julgamento moral ocorre. Nesse sentido, Marcelo Santini Brando (2013, p. 57) afirma que

[...] amparado em contribuições da antropologia, da primatologia e da psicologia evolucionária, o professor Jonathan Haidt publicou em 2001 o artigo “*The emotional dog and its rational tail: a social intuitionist approach to moral judgment*” tentando apresentar uma alternativa ao programa de pesquisa que seguiu a partir do modelo cognitivo-desenvolvimentista. Essa é a origem do modelo sócio-intuicionista de julgamento moral, que em 2008 sofreu pequena revisão quando Jonathan Haidt e seu colaborador Fredrik Bjorklund publicaram conjuntamente importante trabalho reafirmando suas propostas (BRANDO, 2013, p. 57).

Basicamente, indo de encontro às teorias racionalistas, as quais diziam que o raciocínio dos pensamentos morais causam os julgamentos morais, Haidt discute em *The Emotional Dog and Its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment* (2001) premissas para se considerar que os julgamentos morais são feitos intuitivamente, seguidos, então, quando necessário, de um detido processo de racionalização, (BRANDO, 2013, p. 58; HAIDT, 2001, p. 814). Introduzindo o seu trabalho, que possui a abordagem intuicionista da psicologia e filosofia moral, Haidt (2001) dispõe que:

Intuitionism in philosophy refers to the view that there are moral truths and that when people grasp these truths they do so not by a process of ratiocination and reflection but rather by a process more akin to perception, in which one “just sees without argument that they are and must be true” (HAIDT, 2001, p. 814).

E continua:

Intuitionist approaches in moral psychology, by extension, say that moral intuitions (including moral emotions) come first and directly cause moral judgments [...] Moral intuition is a kind of cognition, but it is not a kind of reasoning [...] moral reasoning is usually an ex post facto process used to influence the intuitions (and hence judgments) of other people (HAIDT, 2001, p. 814).

Portanto, verifica-se que “o modelo sócio-intuicionista é um modelo sobre o processo de julgamento moral” (BRANDO, 2013, p. 58). Dispondo resumidamente sobre tal modelo, Marcelo Santini Brando (2013) demonstra que:

O modelo sócio-intuicionista de julgamento moral reconhece o fato de as pessoas se engajarem em raciocínio, deliberação moral. No entanto, o modelo sugere que a

maior parte da prática da moralidade cotidiana é processada de maneira automática. Haidt afirma que os julgamentos morais são causados por rápidas intuições morais, e seguidas, quando necessário, de detida argumentação moral racional. Essa argumentação racional surge quando as pessoas buscam teorias plausíveis do porquê de terem feito o que fizeram, recorrendo primeiro a um conjunto de explicações comportamentais culturalmente ofertadas (HAIDT, 2001, p. 58).

Segundo Brando (2013, p. 42), o julgamento moral é frequente e, por vezes, realizada de forma automática e intuitiva por qualquer indivíduo, inclusive juristas (o tópico 2.3 do presente trabalho tratará sobre a aproximação do modelo de Haidt do universo jurídico). Nesse contexto, Brando (2013) diz que:

Julgamentos morais fazem parte da prática da moralidade cotidiana. As pessoas avaliam constantemente a conduta alheia, condecorando-a (aquele que cumpre uma promessa, aquele que protege os mais fracos, aquele que ajuda os necessitados etc.) ou condenando-a (o traidor numa relação conjugal, a pessoa que revela um segredo que deveria guardar etc.). Às vezes tais condutas são tão recorrentes que as pessoas criam rótulos que as identificam (o jeitinho brasileiro, a malandragem, o caixa dois, o servidor público caxias). Todas as pessoas fazem, inclusive juízes<sup>25</sup>, e às vezes até de maneira automática, mas como? (BRANDO, 2013, p. 42)

Primeiramente, antes de discorrer sobre o modelo propriamente, faz-se necessário expor alguns conceitos essenciais para a compreensão do modelo sócio-intuicionista do julgamento moral. Haidt (2001, p. 817-818) clarifica três termos, a saber: (i) julgamento moral, (ii) intuição moral e (iii) raciocínio moral.

De acordo com Haidt (2001), raciocínio moral é o processo consciente e lento por meio do qual se transforma alguma informação fornecida a fim de se chegar a um julgamento moral (GALOTTI, 1989 apud HAIDT, 2001, p. 817-818). Por sua vez, julgamentos morais são as avaliações que as pessoas realizam de coisas, ou mesmo de outras pessoas, e que são fundamentadas nos valores compartilhados em uma determinada cultura<sup>26</sup> (HAIDT, 2001, p. 817-818). Sobre essa definição de julgamento moral, Haidt (2001) ressalta que:

This definition is left broad intentionally to allow a large gray area of marginally moral judgments. For example, “eating a low-fat diet” may not qualify as a moral virtue for most philosophers, yet in health-conscious subcultures, people who eat

<sup>25</sup> Sobre esse ponto, revisitando a fala do ministro Marco Aurélio Mello, a qual já fora demonstrada no ponto 1.4 deste trabalho, e que aponta no sentido de a decisão aparecer primeiro de uma consulta ao direito positivo, Struchiner (2018a, p. 48) lembra que “uma interpretação possível [...] é a de que o ministro no momento de formar o seu julgamento, recorre a elementos que não são jurídicos”. E continua dizendo que “apenas posteriormente tenta encontrar uma roupagem jurídica para a decisão anteriormente tomada” (STRUCHINER, 2018a, p. 48).

<sup>26</sup> Segundo Haidt (2001, p. 817), “*moral judgments* are therefore defined as 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 a subculture”.

cheeseburgers and milkshakes are seen as morally inferior to those who eat salad and chicken (STEIN & NEMEROFF, 1995 apud HAIDT, 2001, p. 817).

Como ressalta Brando (2013, p. 59), a definição de intuição moral dada por Haidt em 2001, foi modificada em 2008, em conjunto com seu colaborador Fredrik Bjorklund, a partir das críticas realizadas por Walter Sinnott-Armstrong. Diante disso, assim se encontra formulada a definição de intuição moral:

É o súbito aparecimento na consciência, ou na margem da consciência, de um sentimento avaliativo (gosto-desgosto; bom-mau) sobre o caráter ou ações de uma pessoa, sem qualquer consciência de se ter passado pelos passos da busca e balanceamento de evidências, ou pela inferência controlada de uma conclusão (HAIDT e BJORKLUND, 2008, 188 apud BRANDO, 2013, p. 59).

No tópico seguinte, será discutido uma das razões que levaram Haidt a supor o modelo sócio-intuicionista. Como veremos a seguir, as teorias racionalistas, ao dizerem que o raciocínio se apresenta como causa do julgamento moral, falham em explicar, a título de exemplo, o fenômeno do emudecimento moral (HAIDT, 2001, p. 817).

## **2.1. O Caso Julie e Mark e o emudecimento moral**

Por meio de um experimento no campo da moralidade, Jonathan Haidt evidenciou o fenômeno do emudecimento moral, o qual é descrito como a situação sob a qual uma pessoa falha em conseguir razões que justifiquem um julgamento moral (BRANDO, 2013, p. 67; HAIDT, 2001, p. 817). De acordo com o autor, um estudo no campo da psicologia moral experimental indicou que diante de situações imorais há uma tendência em se considerar tais como universalmente erradas, mesmo que não apresentem qualquer risco a alguém (HAIDT, 2001, p. 817). Assim, escreve Brando (2013) que

Em 1993 Jonathan Haidt conduziu uma pesquisa em parceria com pesquisadores brasileiros para analisar a reação de brasileiros e americanos a estórias contendo tabus inofensivos, ou seja, que não envolviam danos aos personagens. As pessoas participaram de entrevistas em que foram formuladas as perguntas: i) é errado comer um animal de estimação que foi morto em um acidente? ii) é errado limpar uma privada com a bandeira nacional? iii) é errado comer uma galinha morta que foi usada para se masturbar? Os resultados da pesquisa revelaram que os adultos de classe alta consideravam que, embora estranhos ou nojentos, esses tabus inofensivos não constituíam uma imoralidade. Já os adultos de classe baixa consideravam que essas ações eram universalmente imorais (HAIDT e BJORKLUND, 2008, p. 196-198 apud BRANDO, 2013, p. 67).

E continua,

O problema do emudecimento moral surgiu durante essa pesquisa. Haidt observou que a maioria dos participantes continuou afirmando que essas ações eram universalmente erradas mesmo diante da informação de que ninguém seria lesado. Pressionadas a justificar suas respostas, as pessoas gaguejaram, riram e se mostraram surpresas diante da incapacidade de encontrar razões que dessem suporte ao julgamento moral. Enfim, as pessoas afirmavam: “não sei porque, mas é simplesmente errado fazer sexo com uma galinha” (HAIDT, 2001, p. 817, tradução livre, apud BRANDO, 2013, p. 67).

De acordo com Struchiner (2018a, p. 49), o caso dos irmãos Mark e Julie é o mais famoso experimento de Jonathan Haidt no campo da psicologia moral. Tal caso é apresentado da seguinte forma:

Julie e Mark são irmãos. Eles estão viajando juntos na França, durante as férias de verão da faculdade. Uma noite, eles estão hospedados sozinhos em uma cabana perto da praia. Eles decidem que seria interessante e divertido se eles tentassem fazer amor. No mínimo, seria uma nova experiência para cada um deles. Julie já estava tomando a pílula anticoncepcional, mas Mark também faz uso de preservativo, por segurança. Ambos gostam de fazer amor, mas resolvem não fazer novamente. Eles resolvem manter aquela noite em segredo, um segredo especial que faz com que se sintam ainda mais próximos um do outro (HAIDT, 2001, p. 814 apud STRUCHINER, 2018a, p. 49-50).

Segundo Struchiner (2018a):

A partir desse caso, Haidt pergunta aos participantes da pesquisa “O que você pensa sobre isso? Você acha certo eles terem feito amor?”. As pessoas, sem titubear e automaticamente, dizem que, obviamente, não é certo eles terem feito amor. Na grande maioria dos casos, o experimentador leva a questão adiante e pede para os participantes da pesquisa oferecerem justificativas para as suas respostas (STRUCHINER, 2018a, p. 50).

A constatação verificada por Haidt foi a de que as pessoas, ao se encontrar diante desse dilema moral, responderam rapidamente que o ato era errado para, então, depois procurar razões para sustentar o seu julgamento inicial (HAIDT, 2001, p. 814). Contudo, o caso Julie e Mark foi apresentado de modo a refutar algumas razões que poderiam ser dadas pelos participantes do experimento, levando, portanto, aos participantes chegarem a resposta final: “não sei o motivo, porém sei que é errado” (STRUCHINER, 2018a, p. 50). Ainda sobre o experimento, Struchiner (2018a) ressalta que

Curiosamente, todas as justificativas oferecidas já tinham sido rejeitadas pela própria maneira como o caso foi apresentado. Ou seja, as pessoas, em primeiro lugar, dizem coisas do tipo “crianças podem nascer com problemas genéticos”, ao que o experimentador lembra que isso não vai acontecer, porque eles se precaveram, adotado dois métodos anticoncepcionais diferentes. Quando questionadas

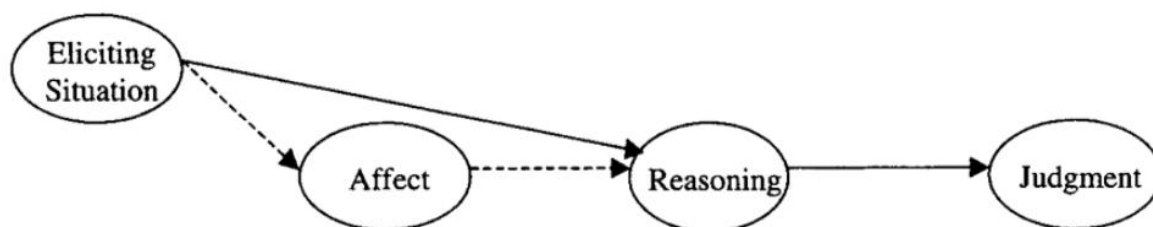
novamente, as pessoas continuam condenando a relação incestuosa com base em considerações sobre o perigo que isso pode trazer para a relação entre os irmãos e a possibilidade de uma repercussão social negativa se outros ficassem sabendo. Os participantes são lembrados de que essas razões não funcionam, já que o caso estava blindado em relação a elas: a vinheta estabelecia que os irmãos ficaram mais amigos e que mantiveram a relação em segredo (STRUCHINER, 2018a, p. 50).

E continua:

O resultado final é que a pessoa, já nitidamente irritada com o experimentador, diz coisas do tipo “ah, eu não sei mais o porquê, eu não consigo mais apresentar justificativas, eu só sei que é errado”. Essa situação, em que as justificativas se esgotam, mas a pessoa fica firme no seu julgamento, ou a insistência dogmática na posição que não se consegue justificar, é chamada por Haidt de *moral dumbfounding* - estupefação moral ou emudecimento moral (STRUCHINER, 2018a, p. 50).

Em virtude do resultado de seu experimento, acompanhado de outros estudos no campo da psicologia moral que apontaram no mesmo sentido, Haidt apresenta motivos para se questionar a abordagem racionalista do julgamento moral, segundo a qual este é alcançado por um processo de racionalidade e reflexão (2001, p. 814), conforme demonstrado no modelo abaixo:

Figura 1- Representação do modelo racionalista do processo de decisão



Fonte: Haidt (2001)

Para Haidt (2001, p. 815), são quatro as razões evidenciadas para que se questione um modelo racionalista do processo de julgamento moral: a) há dois processos cognitivos (intuição e razão) e o processo do raciocínio tem sido realçado; b) o raciocínio é frequentemente motivado; c) o processo de racionalização constrói justificações *post hoc*; d) atitude moral converge mais com emoção moral que com um raciocínio moral. Com base nessas questões, Haidt apresenta o modelo sócio-intuicionista do julgamento moral como uma alternativa possível de como o julgamento moral ocorre (HAIDT, 2001, p. 815).

De acordo com Haidt (2001, p. 819), na ciência da psicologia social e cognitiva há a aceitação da ideia de que há dois sistemas de processamento de tomada de decisão - intuição e razão - que são frequentemente utilizados quando alguém se está realizando julgamentos; entretanto, os autores tem atribuído maior importância ao processo de raciocínio. Esses modelos, os quais reconhecem a ocorrência paralela de dois processos cognitivos, são os denominados *modelos dual de processamento* (HAIDT, 2001, p. 819).

Estudos sobre o julgamento moral revelam que as ideias que as pessoas formam sobre outras pessoas são melhores descritas como consequências de processos automáticos, ao invés de processo de profunda reflexão (HAIDT, 2001, p. 819). Desse modo, a chamada *primeira impressão*, em comunhão com valorizações subseqüentes, representa grande relevância para a formação da imagem que se tem de outro alguém, guiando ao processo de racionalização quando chamados a se justificarem ou quando as intuições parecerem conflituosas (HAIDT, 2001, p. 820). Isto também representa dizer que o raciocínio moral é usualmente feito, também, no contexto interpessoal (HAIDT, 2001, p. 820). Nesse sentido, Haidt (2001) ressalta que:

People form first impression at first sight, and the impressions that they form from observing a “thin slice” of behavior (as Little as 5 s) are almost identical to the impressions they form from much longer and more leisurely observation and deliberation. These first impressions after subseqüente evaluations, creating halo effect, in which positive evaluations of nonmoral traits such as attractiveness lead to beliefs that a person possesses corresponding moral traits such as kindness and good character. People also categorize other people instantly and automatically, applying stereotypes that often include morally evaluated traits (e.g., aggressiveness for African Americans; Devine, 1989). All of these Findings illustrate the operation of the intuitive judgment link [...], in which the perception of a person or an event leads instantly and automatically to a moral judgment without any conscious reflection or reasoning (HAIDT, 2001, p. 820).

Dessa maneira, Haidt (2001, p. 820) pontua que o modelo sócio-intuicionista é compatível com as teorias modernas do *processamento dual*, visto que igualmente admite que o processo intuitivo possui sua relevância no contexto da formação do julgamento moral, sendo este realizado de modo fácil e rápido; enquanto que o processo do razão chamado apenas quando necessário, ocorrendo também no contexto social.



Contudo, a proposta do modelo sócio-intuicionista tira o foco do processo de raciocínio, levando-o às intuições morais (HAIDT, 2001, p. 820). Nesse sentido, Brando (2013) escreve que:

No campo da psicologia moral, isso significa que os julgamentos morais seriam o resultado da interação e competição entre esses dois sistemas psicológicos distintos: o sistema intuitivo e o sistema deliberativo. O modelo sócio-intuicionista admite a existência de um sistema psicológico deliberativo, mas atribui primazia ao sistema intuitivo no processo causal de formação do julgamento moral. No entanto, isso não deve levar à apressada conclusão de que as pessoas não sejam capazes de se engajar em deliberação moral significativa (BRANDO, 2013, p. 79-80).

Revisando a literatura de Baumeister e Newman (1994), Haidt (2001, p. 821, tradução nossa) diz que “pesquisa no campo da cognição social também indica que as pessoas frequentemente se comportam mais como ‘advogados de modo intuitivo’ que ‘cientistas de modo intuitivo’”, estabelecendo, portanto, o fenômeno do *viés confirmatório* (assunto que será melhor abordado no tópico 2.3 deste trabalho).

Ademais, pesquisas sobre o *viés confirmatório* indicam que sempre que alguém é solicitado a defender um julgamento moral, essa defesa é geralmente enviesada de modo a confirmar suas intuições iniciais (HAIDT, 2001, p. 821-822). Desse modo, o modelo sócio-intuicionista, segundo Haidt (2001), tornar-se um hipótese mais plausível ao identificar a ocorrência de fundamentação *post hoc*, a qual pode ser dar inclusive de modo enviesado, de um determinado julgamento moral (HAIDT, 2001, p. 822). De acordo com Haidt (2001),

The reasoning process in moral judgment may be capable of working objectively under very limited circumstances: when the person has adequate time and processing capacity, a motivation to be accurate, no a priori judgment to defend or justify, and when no relatedness or coherence motivations are triggered. Such circumstances may be found in moral judgment Studies using hypothetical and unemotional dilemmas. Rationalist research methods may therefore *create* an unusual and nonrepresentative [sic] kind of moral judgment. However, in real judgment situations, such as when people are gossiping or arguing, relatedness motives are always at work. If more shocking or threatening issues are being judged, such as abortion, euthanasia, or consensual incest, the coherence motives also will be at work. Under these more realistic circumstances, moral reasoning is not left free to search for truth but is likely to be hired out like a lawyer by various motives, employed only to seek confirmation of preordained conclusions (HAIDT, 2001, p. 822).

Nesse ponto, cabe destacar que segundo Haidt (2001, p. 822), estudos mostram que quando as pessoas são perguntadas sobre a motivação de um determinado comportamento, elas entram imediatamente em uma procura (processo realizado com esforço) para se chegar

no “porquê” do mesmo. Contudo, nesse processo o que as pessoas buscam na verdade não são as intuições que causam determinado comportamento, pois essas não seriam acessíveis de modo consciente, mas sim uma evidência pela qual um determinado fundamento seria aplicável (HAIDT, 2001, p. 822). Nesse sentido, Brando (2013) relata que:

Embasados em tradicional repertório de pesquisas no campo do raciocínio e da tomada de decisão, Haidt e Bjorklund sustentam que esse tipo de informação (aquilo que causa o julgamento moral) não pode ser diretamente acessado por meio de raciocínio mental. Nesse cenário se insere o segundo elo do modelo, o elo do raciocínio *post hoc*, de acordo com o qual o raciocínio moral é um processo esforçado no qual uma pessoa busca argumentos que darão suporte ao julgamento já alcançado. Portanto, com o surgimento na consciência de um julgamento moral, a pessoa inicia a busca por razões capazes de justificá-lo para si diante daquilo que ela mantém como bagagem cultural (BRANDO, 2013, p. 59-60).

Desse modo, as pessoas formam o julgamento moral de modo rápido e intuitivo e quando são chamadas para o justificarem, então acabam por criarem justificações *post hoc*, as quais, por vezes, escapam o campo da moralidade, dando uma suposta objetividade ao julgamento (HAIDT, 2001, p. 822-823). Segundo Haidt (2001):

People have quick and automatic moral intuitions, and when called on to justify these intuitions they generate *post hoc* justifications out of a priori moral theories. They do not realize that they are doing this, so they fall prey to two illusions. Moral arguments are therefore like shadowboxing matches: Each contestant lands heavy blows to the opponent's shadow, then wonders why she doesn't fall down. Thus, moral reasoning may have little persuasive power in conflict situations, but the social intuitionist model says that moral reasoning can be effective in influencing people before a conflict arises. Words and ideas do affect friends, allies, and even strangers by mean of the reasoned-persuasion link. If one can get the other person to see the issue in a new way, perhaps by reframing a problem to trigger new intuitions, the one can influence other with one's words. Martin Luther King Jr.'s “I Have a Dream” speech was remarkably effective in this task, using metaphors and visual images more than propositional logic to get White Americans to see and thus feel that racial segregation was unjust and un-American (HAIDT, 2001, p. 823).

De acordo com Haidt (2001, p. 824), as evidências de que as atitudes morais mais se relacionam com as emoções morais que com o raciocínio moral vêm, também, dos estudos realizados com psicopatas, que conhecem as normas morais e as consequências de diversos atos, porém não se importam com tais<sup>27</sup>; destaca-se aqui que “os psicopatas têm reduzido sentimento de culpa e de empatia” (BLAIR et al., 2006, p. 262 apud BRANDO, 2013, p. 76).

---

<sup>27</sup> Nesse sentido, Brando (2013, p. 75) diz: “Pense no caso dos psicopatas: está estabelecido na psicologia que os psicopatas são pessoas racionalmente capacitadas, porém emocionalmente debilitadas e de comportamento antissocial”.

Assim, Haidt (2001, p. 824) propõe que apesar de que a deliberação moral ser importante como objeto de estudo, as evidências sugerem que talvez seja aconselhável um olhar mais atento para o processo intuitivo e emocional do julgamento moral. Nesse sentido, Haidt (2001) expõe que

It is easier to study verbal reasoning than it is to study emotions and intuitions, but reasoning may be the tail wagged by the dog. The dog itself may turn out to be moral intuitions and emotions such as empathy and love (for positive morality) and shame, guilt, and remorse, along with emotional self-regulation abilities [...]. A dog's tail is worth studying because dogs use their tails so frequently for communications. Similarly, moral reasoning is worth studying because people use moral reasoning so frequently for communication. To really understand how human morality works, however, it may be advisable to shift attention away from the study of moral reasoning and toward the study of intuitive and emotional processes (HAIDT, 2001, p. 824).

Com essas breves considerações sobre a motivação de Jonathan Haidt para a concepção do modelo sócio-intuicionista do julgamento moral, segue-se então a análise do modelo propriamente dito no tópico seguinte.

## **2.2. Os elos do modelo sócio-intuicionista**

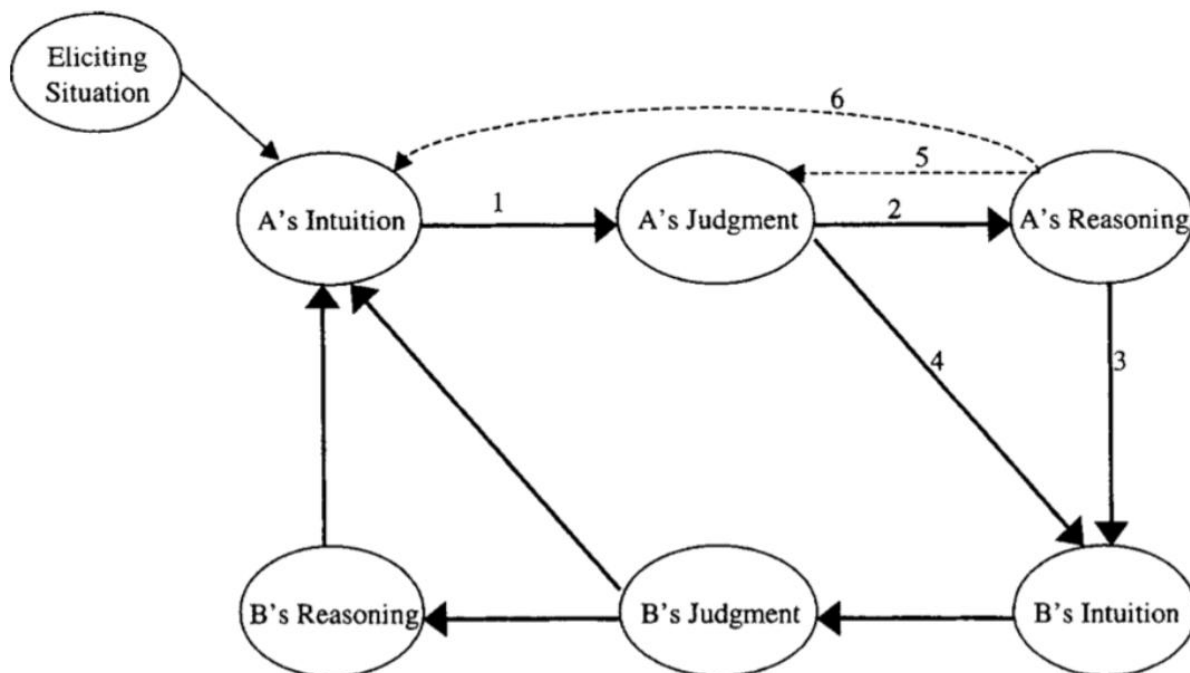
Recapitulando o que já foi preliminarmente apresentado no tópico 1.4 e no início do presente capítulo, a ideia central do modelo sócio-intuicionista é a de que o julgamento moral é consequência de uma intuição moral, seguida, caso seja necessário, por um processo lento e posterior de justificação (HAIDT, 2001, p. 817). Esse modelo de como se dá o processo de tomada de uma decisão moral é composto de seis (6) elos: quatro (4) que demonstram a parte social do julgamento moral e dois (2) que procuram demonstrar como o raciocínio privativo influencia o julgamento moral (HAIDT, 2001, p. 817-819). De acordo com Haidt (2001),

The social intuitionist model is composed of four principal links or processes, shown as solid arrows... The existence of each link is well established by prior research in some domains of judgment, although not necessarily in the domain of moral judgment. The model is therefore presented as a proposal to spur thinking and new research on moral judgment (HAIDT, 2001, p. 818).

A relação das conexões no modelo são descritas da seguinte forma em relação a Pessoa A: (1) elo do pensamento intuitivo; (2) elo da racionalização *post hoc* - julgamentos morais conscientes; (3) elo da persuasão fundamentada; (4) elo da persuasão social; (5) elo do julgamento fundamentado; (6) elo da reflexão em contexto privado (BRANDO, 2013, p.

59-62). Cabe destacar que, segundo Haidt (2001), o quinto e o sexto elo indicam a capacidade de as pessoas terem seus julgamentos morais moldados por meio do raciocínio moral privado (BRANDO, 2013, p. 62). Dessa forma, o modelo é apresentado:

Figura 2 - Modelo sócio-intuicionista do julgamento moral



Fonte: Haidt (2001, p. 815)

O elo do pensamento intuitivo procura demonstrar a ligação entre os flashes de intuição com o julgamento moral, ou seja, propõe como o julgamento moral é consequência das intuições morais que aparecem de modo automático, não demandando esforço algum (HAIDT, 2001, p. 818), sendo o elo que “conecta os flashes de intuição com os julgamentos morais (BRANDO, 2013, p. 59). Sobre esse ponto, Brando (2013) esclarece que esse elo:

É o momento em que alguém subitamente afirma para si mesmo: “Que canalha!”, após descobrir que seu amigo revelou um segredo ou que um parlamentar desviou recursos públicos destinados à saúde; ou quando afirma para si mesmo: “Que bom exemplo!”, após ver alguém ajudando uma pessoa necessitada. Esse tipo de experiência é o resultado da intuição moral (BRANDO, 2013, p. 59).

O segundo elo representa a proposta de que o processo de racionalização do julgamento moral é uma atividade que é efetuada de forma mais lenta e que demanda esforço, na qual o indivíduo procura razões que sustentem o julgamento moral consequente de suas intuições (HAIDT, 2001, p. 818). Ou seja, após o julgamento moral, há a busca de razões para

que se possa justificar determinado julgamento para si mesmo (BRANDO, 2013, p. 60). Nesse sentido, Brando (2013) faz as seguintes considerações, as quais já foram demonstradas no tópico anterior deste trabalho:

Com muita frequência, as pessoas sentem necessidade de justificar seus julgamentos morais para si mesmas. Mas em que consiste essa atividade de justificação? Será que consiste na busca pelas reais causas que as levaram a expressar um julgamento moral? Mais importante: será que esses antecedentes podem ser acessados? Embasados em tradicional repertório de pesquisas no campo do raciocínio de da tomada de decisão, Haidt e Bjorklund sustentam que esse tipo de informação (aquilo que causa o julgamento moral) não pode ser diretamente acessado por meio de raciocínio mental (BRANDO, 2013, p. 59-60).

E assim continua, “portanto com o surgimento na consciência de um julgamento moral, a pessoa inicia a busca por razões capazes de justificá-lo para si diante daquilo que ela mantém como bagagem cultural” (BRANDO, 2013, p. 60).

Resgatando a ideia dos *sistemas de processamento dual*, aqui cabe destacar que intuição e raciocínio são dois tipos de cognição e são objetos de estudos por vários autores nos campos da filosofia e da psicologia (HAIDT, 2001, p. 818). Segundo Haidt (2001, p. 818), intuições são os processos que ocorrem de forma automática, rápida e sem esforço, as quais não podem ser acessadas conscientemente; por sua vez, o raciocínio é um processo lento, que solicita algum esforço e pode ser, em algum grau, acessado de maneira consciente. Dessa forma, Haidt (2001) representa a distinção entre esses dois tipos de cognição:

Figura 3 - Distinção entre o sistema 1 e sistema 2

Table 1  
*General Features of the Two Systems*

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

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

Fonte: Haidt (2001, p. 818)

De acordo com Brando (2013, p. 60), “o terceiro e quarto elos representam a dimensão social da prática da moralidade”. O modelo, por meio do terceiro elo, propõe que depois do encontro das razões que fundamentam um determinado julgamento moral, há então o envio de tais para outro indivíduo a fim de justificar as razões que embasaram determinada posição em relação a algo, utilizando-se como ferramenta a linguagem (BRANDO, 2013, p. 60; HAIDT, 2001, p. 818-819). Segundo Haidt (2001, p. 819), a persuasão fundamentada se opera mediante a provocação de novas intuições ao ouvinte, já que o componente moral está sempre presente em julgamento moral (o que provocaria afetivamente novas intuições no ouvinte). Conforme apontamento de Brando (2013):

Para explicar o elo da persuasão fundamentada, Haidt e Bjorklund recorrem às discussões da psicologia evolucionária em torno do uso da linguagem pelos seres humanos. Contrariando uma expectativa otimista acerca da evolução da linguagem de acordo com a qual a força por trás dessa evolução seria a busca pela verdade, os autores sustentam que a linguagem consistiria em uma ferramenta para ajudar as pessoas a rastrear a reputação alheia e a manipulá-las ao reforçar a reputação de outra pessoa (HAIDT e BJORKLUND, 2008: 190). Aqui entra em cena a prática da moralidade como experiência social, especialmente pela bisbilhotice da vida alheia e pela fofoca. Essas são situações em que as pessoas assumem firmes posições a favor de um lado, seja porque tiveram uma resposta intuitiva ou emocional à questão, seja porque têm interesse pessoal em jogo (BRANDO, 2013, p. 60).

E continua:

Nesse cenário, o raciocínio moral consciente e verbal opera de acordo com a força que talvez tenha formatado sua evolução: argumentar em favor de um lado da questão (HAIDT e BJORKLUND, 2008: 191). Essa argumentação não se dá necessariamente e apenas por meio da exposição de razões lógicas. Na realidade, as razões que as pessoas fornecem às outras poderiam ser vistas como tentativas de acionar novas intuições (BRANDO, 2013, p. 60).

O quarto elo apresenta a possibilidade do julgamento moral ser apresentado a outra pessoa sem quaisquer razões que o justifique (HAIDT, 2001, p. 819). Dessa forma, a própria relação interpessoal seria capaz de tornar um julgamento moral como influenciável a outra pessoa, mesmo que nenhuma fundamentação seja apresentada (HAIDT, 2001, p. 819), ou seja, “o quarto elo do modelo decorre do reconhecimento de que também há *‘meios de persuasão que não envolvem fornecer razões de qualquer tipo’*” (HAIDT e BJORKLUND, 2008, p. 192 apud BRANDO, 2013, p. 61). Nesse sentido:

O quarto elo representa o poder da persuasão social: porque as pessoas estão altamente sintonizadas com o surgimento de normas num grupo, o modelo sugere que o mero fato de um amigo, aliado, ou conhecido ter feito um julgamento moral

exerce influência direta em outros, até mesmo quando a persuasão fundamentada não é usada (HAIDT, 2001, p. 819 apud BRANDO, 2013, p. 61).

Conclui-se que, observando-se os elos 3 e 4, o modelo sócio-intuicionista admite a causalidade do raciocínio moral no julgamento moral, visto que apresenta a proposta de que o raciocínio moral é capaz de influenciar (despertar) intuições em outra pessoa, ou seja, no contexto de uma relação interpessoal; contudo, apesar de raro, por meio da representação do elo do julgamento fundamentado (quinto elo), também, admite a causalidade do raciocínio moral no contexto individual de alguém, quando as intuições iniciais são fracas e o indivíduo possui alta capacidade de processamento (HAIDT, 2001, p. 814 e 819 apud BRANDO, 2013, p. 61-62). Sobre esse ponto, Brando (2013) afirma que:

Há casos em que o raciocínio moral é verdadeiramente causal. Neles, as pessoas podem se encaminhar deliberadamente pela força da lógica rumo a uma decisão que ultrapasse suas intuições iniciais. Lembre que acima afirmei que os autores reconhecem ser possível que a pessoa resista ou bloqueie certas intuições com base em valores que adote. O elo do julgamento fundamentado surge como uma explicação dessas situações que Haidt acredita que sejam raras, ocorrendo precipuamente quando a intuição inicial for fraca e a capacidade de processamento for elevada (HAIDT, 2008, p. 188/193-194 apud BRANDO, 2013, p. 62)

Por fim, o sexto elo - elo da reflexão em contexto privado - diz a respeito da possibilidade de que uma pessoa ative, espontaneamente, novas intuições que entrem em contradição com intuições iniciais (HAIDT, 2001, p. 819). Nesse contexto, Brando (2013) ressalta que:

O elo da reflexão em contexto privado sugere que as pessoas podem acionar novas intuições ou modificar as já existentes por meio da reflexão em torno de um problema. Um de seus principais mecanismos é a já mencionada tomada ou adoção da perspectiva do outro (*role-taking*), que possibilita que uma pessoa enxergue um problema a partir diferentes pontos de vista e lide com intuições que competem entre si. Haidt e Bjorklund tentam colocar em xeque a ideia de *role-taking* como uma atividade reflexiva pura, sem qualquer componente intuitivo em si mesmo. Para isso recorrem ao trabalho do neurocientista Antonio Damasio (DAMASIO, 2006), que identificou que uma importante parte do pensamento racional e do processo de tomada de decisão depende das emoções e dos sentimentos. Nesse sentido, Haidt e Bjorklund sustentam que a adoção da perspectiva do outro é mecanismo de reflexão em contexto privado que não prescinde de componentes intuitivos e afetivos para canalizar essa reflexão (HAIDT e BJORKLUND, 2008, p. 194 apud BRANDO, 2013, p. 62).

### 2.3. A realidade prática jurídica sob a ótica do modelo de Haidt

Como já fora mostrado nos tópicos anteriores, o modelo sócio-intuicionista foi concebido por Haidt como uma alternativa aos modelos racionalistas que enxergavam o raciocínio como causal para o julgamento moral (HAIDT, 2001, p. 815; 2013, p. 868). Segundo Haidt (2013, p. 868), também na prática jurídica há uma visão bem diferente daquela sobre a qual os racionalistas se apoiam. Como meio de elucidar tal evidência, Haidt (2013) traz o relato de Joe Hutcheson:

[W]hen the case is difficult or involved, and turns upon a hairsbreadth of law or of fact . . . I, after canvassing all the available material at my command, and duly cogitating upon it, give my imagination play, and brooding over the cause, wait for the feeling, the hunch—that intuitive flash of understanding which makes the jump-spark connection between question and decision, and at the point where the path is darkest for the judicial feet, sheds its light along the way (HUTCHESON, 1929, p. 278 apud HAIDT, 2013, p. 868).

Naturalmente, também é necessário retomar brevemente os relatos dados pelos Min. Marco Aurélio e Luiz Fux sobre o contexto de decisão, os quais foram apresentados no tópico 1.4 deste trabalho, e que convergem para o seguinte: a conclusão sobre determinado caso vem antes mesmo de uma consulta às normas positivas do ordenamento jurídico. Nesse contexto, observa-se que o julgamento e a racionalização são processos separados e seguem uma ordem: primeiramente, há o julgamento; em segundo, há o processo de justificação.

De acordo com Haidt (2013, p. 869), a ideia de que as intuições vêm primeiro, e estas são seguidas de um devido processo de justificação apresenta alta relevância para a comunidade jurídica. Nesse contexto, é necessário ressaltar que o princípio da motivação das decisões judiciais se apresenta, no contexto brasileiro como uma obrigatoriedade própria do Estado Democrático de Direito, consagrada na Carta Maior, em seu art. 93, IX, *in verbis*:

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Nesse ponto, cabe destacar que a linguagem é o instrumento por meio do qual o princípio da motivação das decisões judiciais se efetiva. Segundo Haidt (2013, p. 869-870), a habilidade de argumentação por meio do uso da linguagem é uma característica única dos



seres humanos, sendo realizada mediante um processo esforçado e lento passível de erros, a depender do estado no qual o indivíduo se encontra. Assim escreve Haidt (2013):

The current view in psychology is that there are two basic and fundamentally different sorts of mental processes going on at all times in our minds: automatic processing (the elephant) and controlled processing (the rider). Most of human cognition is like that of other animals. All brains are neural networks, and they solve problems largely by pattern matching. This sort of process happens rapidly and automatically. When you open your eyes, you recognize objects and faces. You don't have to do any conscious work; your visual system just solves ferociously difficult computational problems nearly instantaneously, and it presents its results to your conscious awareness. This kind of cognition is hundreds of millions of years old (HAIDT, 2013, p. 869)

E prossegue:

But then there's the kind of cognition that is uniquely human. It uses words, and so cannot be any older than language, which is probably no more than five or six hundred thousand years old. We have the ability to reason using language, but the process is slow and effortful. If you're tired or inebriated, the work becomes quite difficult, and you make frequent errors (HAIDT, 2013, p. 870).

Recuperando a exposição sobre os elos do modelo sócio-intuicionista, faz-se necessário destacar que o elo da persuasão fundamentada (elo 3) representa a possibilidade que temos de mostrar as razões de um determinado julgamento realizado para outra pessoa (HAIDT, 2013, p. 872). Segundo Haidt (2013, p. 872), essa interação se dá de modo a fazer com que as pessoas passem a enxergar do mesmo modo que aquele que realizou um julgamento moral com base em suas intuições, mas dificilmente a outra pessoa tende a mudar o seu modo de pensar, nos apresentando, do mesmo modo, suas intuições.

Na realidade prática do direito, o elo 3 é observável basicamente nas sustentações realizadas em juízo, nas peças de acesso ao sistema justiça, nas sentenças elaboradas pelos magistrados, nos pareceres dados pelo Ministério Público, dentre outras formas. Então indaga-se: é possível perceber similaridades em decisões de um mesmo magistrado quando os casos se apresentam com similaridades entre si? Nesse contexto, cabe a investigação empírica para se investigar como as ideias dos realistas se verificam no cotidiano jurídico, notadamente nas decisões moralmente carregadas (tal análise será realizada no próximo capítulo do presente trabalho).

O modelo sócio-intuicionista admite, como já fora mostrado no tópico 2.2, a causalidade do raciocínio moral em um julgamento moral, apesar de sua ocorrência ser rara (HAIDT, 2013, p. 873). Segundo Haidt (2013, p. 873), a frequência da ocorrência do que em seu modelo é representado pelo elo 5 é baixa porque existe a tendência de que os indivíduos caminhem em direção a justificar suas primeiras intuições, ao invés de realmente procurar evidências que as desqualifiquem. Esse fenômeno é denominado viés confirmatório<sup>28</sup> <sup>29</sup>, sendo este, então, uma barreira ao questionamento das intuições iniciais (HAIDT, 2001, p. 821-822; 2013, p. 873). Sobre tal, Haidt (2013) observa que

The big obstacle to questioning your initial intuition is the confirmation bias; it is one of the most robust and ineradicable biases in the literature of cognitive and social psychology. It's the finding that when we evaluate a proposition, we don't look for evidence on both sides and then weigh up which side is more likely to be true. Rather, we start with an initial hunch and then we set out to see if we can find any evidence to confirm it. If we find any evidence at all, we have confirmed the proposition, and we stop thinking (HAIDT, 2013, p. 873).

Segundo Haidt (2013), o estudo do fenômeno do viés confirmatório é de suma importância para a comunidade jurídica. De modo a ilustrar tal importância, o autor uma situação hipotética:

Just think about police interrogators who have a hunch that a suspect is guilty. They're going to do everything they can to confirm that hunch, and precious little to disconfirm it. They will often arrive at a false positive—evidence that an innocent person is guilty. This is one reason why it's so valuable to have an adversarial legal system—somebody is appointed on each side to try to disconfirm the arguments of the other side (HAIDT, 2013, p. 873).

De acordo com Haidt (2013, p. 875), a habilidade de racionalização existe para funções socialmente estratégicas, ao invés de ser instrumento da busca pela verdade. Nesse sentido, Phil Tetlock diz que a nossa capacidade de apresentar razões para determinado ponto de vista é extremamente influenciada pela imposição de prestação de contas, fazendo com que o processo de racionalização seja realizado com uma atenção maior, não sendo, contudo,

<sup>28</sup> Segundo Brando (2013), "viés confirmatório é termo que conota a persistente inclinação involuntária que as pessoas têm ao angariar e lidar com evidência na deliberação ou argumentação para reforçar, de maneira inapropriada, hipóteses ou crenças cuja verdade está em questão" (NICKERSON, 1998, p. 175 apud BRANDO, 2013, p. 87).

<sup>29</sup> De acordo com Brando (2013, p. 88), existem ao menos duas hipóteses que servem de justificação para o fenômeno do viés confirmatório, sendo provável que as duas sirvam para essa finalidade, interpondo-se entre si: "a primeira tenta explicar o fenômeno como uma questão motivacional: as pessoas têm um desejo de acreditar em certas proposições, de modo que certas crenças são influenciadas por suas preferências" (NICKERSON, 1998, p. 197 apud BRANDO, 2013, p. 87); por sua vez, "segunda hipótese tenta explicá-lo como o resultado de uma falha cognitiva, uma falha de raciocínio nas pessoas" (nickerson, 1998, P. 197-199 apud BRANDO, 2013, p. 87).

voltado para a descoberta da verdade, mas sim a busca pelo o que é defensável (LERNER e TETLOCK, 2003, 431 apud HAIDT, 2013, p. 874). Nesse sentido, Tetlock (2003) diz que

[A] central function of thought is making sure that one acts in ways that can be persuasively justified or excused to others. Indeed, the process of considering the justifiability of one's choices may be so prevalent that decision makers not only search for convincing reasons to make a choice when they must explain that choice to others, they search for reasons to convince themselves that they have made the "right" choice (LERNER e TETLOCK, 2003, p. 433-434 apud HAIDT, 2013, p. 874).

Desse modo, a ideia dada por Tetlock, segundo Haidt (2013), parece aplicável aos juízes durante o exercício da sua atividade jurisdicional, visto que cada palavra que o mesmo escreve passa pelo exame de outras pessoas, como estudantes do direito, advogados e partes interessadas (HAIDT, 2013, p. 876), sendo, portanto, o elo três (3) do modelo sócio-intuicionista sendo muito bem observado nessas situações. Sobre esse ponto, Haidt (2013) explicita a hipótese formulada por Hugo Mercier e Dan Sperber (2011), a qual diz que a função da justificação é argumentativa:

Our hypothesis is that the function of reasoning is argumentative. It is to devise and evaluate arguments intended to persuade. ... Skilled arguers . . . are not after the truth but after arguments supporting their views. This explains the notorious confirmation bias. ... [R]easoning does exactly what can be expected of an argumentative device: Look for arguments that support a given conclusion, and . . . favor conclusions for which arguments can be found (MERCIER e SPERBER, 2011, p. 57 apud HAIDT, 2013, p. 875).

Com base no exposto, Haidt (2013) conclui que caso suas ideias estejam corretas, há três (3) implicações direta para a comunidade jurídica: (i) os juízes, assim como qualquer outra pessoa, podem ser influenciados por fatores externos, incluindo elementos estranhos ao próprio direito ao decidirem sobre determinado caso; (ii) os realistas estão, ao menos sob uma perspectiva descritiva, corretos quando afirmam que as intuições guiam, também, as decisões judiciais; (iii) o conflito de interesses se apresenta como algo poderoso visto a capacidade que temos de procurar razões que são justificadoras dos nossos julgamentos morais (HAIDT, 2013, p. 875-878). E assim, Haidt (2013) conclui que:

[...] there is a delusion stalking the academy. Not just in departments of psychology and philosophy, but in schools of law and in the highest court in the land. It is the belief that there exists a reliable faculty of reasoning, capable of operating effectively and impartially even when self-interest, reputational concerns, intergroup conflict, and a three million dollar donation pull toward a particular conclusion (HAIDT, 2013, p. 880).

Nesse sentido, retomando a ideia de Haidt (2001, p. 821) e que já foi demonstrada no tópico 2.1 deste trabalho, Brando (2013) destaca que:

As evidências sugerem que nos casos difíceis moralmente carregados os juízes desenvolveriam raciocínio semelhante ao de um advogado que procura razões para defender o ponto de vista de seu cliente. O sistema 1 tomaria a decisão e o sistema 2 se engajaria no pensamento confirmatório necessário para encontrar elementos que tornem essa decisão aceitável perante as partes e a sociedade (BRANDO, 2013, p. 87).

Ainda de acordo com o Brando (2013), as pesquisas do fenômeno do *viés confirmatório* revelam que o mesmo apresentam uma relação direta com uma das hipóteses realista: que o juiz decide com base em critérios extrajurídicos, buscando então dentro do ordenamento norma capaz de justificar a decisão tomada intuitivamente (BRANDO, 2013, p. 90). Nesse contexto, “o fato de o juiz estar obrigado a decidir e a apresentar uma justificação para sua decisão pode pressioná-lo a buscar no ordenamento jurídico o primeiro farrapo de norma que embase obliquamente a decisão tomada” (BRANDO, 2013, p. 90). Assim:

Ao enfrentar um caso difícil moralmente carregado, a maioria dos juízes tomaria uma decisão automática causada por uma intuição moral; em seguida, seja por conta de uma falha cognitiva, seja por motivação, o juiz daria início a uma busca enviesada por algum tipo de material jurídico existente capaz de embasar com um mínimo de plausibilidade a decisão tomada. Embora no contexto da filosofia moral o exame e discussão dos dilemas revelem infundáveis polêmicas, o juiz tenderia a examinar o problema partindo da premissa de que sua solução está correta, reforçando essa crença assim que encontrasse algum material jurídico. Nesse momento, a busca seria encerrada porque a decisão “faria sentido”. A decisão tomada de maneira automática estaria enfim fundamentada<sup>30</sup> (BRANDO, 2013, p. 90).

## 2.4. Síntese parcial do capítulo

Viu-se até que o modelo sócio-intuicionista foi apresentado por Jonathan Haidt (2001) como uma hipótese plausível de como acontece o julgamento moral, indo de encontro ao que as teorias racionalistas do processo de decisão defendem - razão seria a causa de um julgamento moral. A ideia central do modelo apresentado por Haidt é a de que os julgamentos morais são feitos de modo intuitivo e automático, seguido, se necessário de um detido

---

<sup>30</sup> De acordo com o Brando (2013), apesar de o intenso estudo e a experiência serem um contraponto plausível de ser realizado sobre esse ponto para se concluir que os juízes, tal crítica deve ser analisada de forma empírica (BRANDO, 2013, p. 90). Mas, segundo Schwitzgebel e Ellis (2016, p. 16), existe evidências que sugerem que nem mesmo pessoas com expertise na área da filosofia estão protegidos do fenômeno da racionalização.

processo de racionalização, o qual consiste na busca de razões que serviriam de base para o julgamento moral.

Foi feito também considerações sobre o fenômeno do emudecimento moral, que consiste na tentativa frustrada na qual alguém, quando chamado à fundamentação, se encontra diante da ausência de razões que possam embasar suas intuições morais. Segundo Haidt (2001, p. 815), a falha em as teorias racionalistas explicarem o emudecimento moral seria uma das causas para considerar o modelo sócio-intuicionista como plausível para se compreender o processo sob qual um julgamento moral é formado.

Nesta esteira, outro motivo que o autor apresenta é o fato de que o processo de racionalização constrói justificações *post hoc* das intuições morais, sendo que o mesmo se caracteriza da seguinte forma: é lento, realizado com esforço, demandando atenção e cuidado, sendo, ainda, um processo intencional e controlável, acessado de modo consciente (HAIDT, 2001, p. 815/818).

Assim, adentrou-se em algumas considerações preliminares sobre o processo de racionalização, ressaltando o fenômeno do viés confirmatório, já que pesquisas no campo da cognição social indicam tendem a se comportar intuitivamente como defensores de seu ponto vista (HAIDT, 2001, p. 821). Ou seja, o viés confirmatório consiste na tendência que as pessoas tem de procurar razões que justifiquem suas intuições iniciais, não atribuindo o mesmo grau de importância a questões que se contrapõem ao seu ponto de vista. Portanto, a busca de razões que fundamentam uma posição é enviesada.

Com isso, foi feito o resgate de relatos de juristas (explicitados no tópico 1.4 do trabalho), os quais realçam que a decisão judicial, que é formada previamente sem a consulta a material jurídico, recebe elementos externos ao ordenamento jurídico, sendo, ainda, possível encontrar em tais a referência a concretização de justiça. Não há dúvidas de como o valor de justiça, já que a própria cultura de um povo influencia diretamente o que cada um terá como *ideal de justiça*. Portanto, nota-se que os casos nos quais os magistrados invocam valores como o da justiça se assemelha aos casos morais que são estudados no campo da psicologia moral (STRUCHINER, 2018a, p. 49).

Seguindo, então, foi ressaltado que o princípio da motivação das decisões judiciais, o qual é constitucionalmente previsto, obriga aos magistrados a apresentarem suas razões de decidir em qualquer e todo caso ou seja, todos os magistrados no ordenamento jurídico brasileiro são chamados a apresentarem a fundamentação de sua decisão. Relacionando com os relatos dos juristas, isso mostra que no cenário jurídico brasileiro, os magistrados sempre (ou pelo menos quase sempre) efetuam o processo de racionalização em um momento posterior a decisão.

Notadamente, um trecho do relato do ministro Marco Aurélio, em entrevista a jornalista Andréia Sadi<sup>31</sup>, é importante: “a nossa atuação como juiz é uma atuação vinculada ao direito aprovado pelo Congresso, aí eu vou buscar o apoio [no direito positivo conforme “vontade” do Congresso] [...] quase sempre eu encontro esse apoio e consagro a solução idealizada”. Esse trecho é relevante por revelar que o ministro admite que há casos em que o mesmo não encontra o referido apoio em uma regra clara.

Nesses casos, visto a obrigatoriedade de fundamentar suas decisões e que, segundo Haidt (2001), os julgamentos morais, os quais são realizados de modo automático e intuitivo, são difíceis de serem modificados racionalmente devido a existência do viés confirmatório, qual seria a norma do ordenamento jurídico brasileiro capaz de se apresentar como base jurídica para as decisões que os magistrados tomam previamente à consulta do direito positivo? Seria o princípio da dignidade da pessoa humana a norma princípio do ordenamento brasileiro capaz de se apresentar como fundamentação para qualquer decisão moralmente carregada?

No próximo capítulo, serão feitas algumas considerações para se chegar na espécie de caso difícil que importam para este trabalho - os casos moralmente carregados - e, também, sobre o princípio da dignidade humana.

---

<sup>31</sup> Para ver novamente, ir à página 27 deste trabalho.

### 3. CASOS MORALMENTE CARREGADOS E A DIGNIDADE HUMANA

No capítulo anterior foi evidenciado que os juízes também realizam julgamentos morais em sua prática jurídica. Portanto, o estudo do julgamento moral também é importante para os juristas. Nesse sentido, Struchiner (2018a) expõe que:

Embora seus estudos [os de Haidt que deram origem ao modelo sócio-intuicionista] não se refiram diretamente ao direito, a ideia é ver em que medida o modelo pode ser transplantado para se discutir a tomada de decisão jurídica, já que não existe muita diferença em relação aos casos jurídicos difíceis moralmente carregados e os casos que são tratados pela psicologia moral (STRUCHINER, 2018a, p. 49).

Desse modo, nesse capítulo, serão feitas considerações para delimitar o tipo de caso difícil que importa para este trabalho - os casos moralmente carregados. Em seguida, será realizada uma breve reflexão sobre a centralidade que o princípio da dignidade da pessoa humana ocupa no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de verificar sobre a sua capacidade de servir como fundamento para toda (ou quase toda) decisão que não se apoia em uma regra clara, por ausência de previsão ou mesmo por espontaneidade do magistrado em procurar aquilo que se entende como justo para o caso para o qual deve dar uma solução.

#### 3.1. Os casos difíceis moralmente carregados

Como já fora observado no tópico 2.3 deste trabalho, a linguagem é o instrumento pelo qual a motivação das decisões se efetiva, sendo esse processo lento e realizado de modo com esforço. A respeito disso, Brando (2013, p. 27-28) lembra que “foi Hart quem primeiro estabeleceu a interação entre filosofia analítica da linguagem e direito”. De acordo com Brando (2013):

Hart reconhece que há um limite na possibilidade de a linguagem transmitir padrões gerais de conduta. Até certo ponto, a linguagem permitiria transmitir padrões “*que reaparecem constantemente em contextos semelhantes, aos quais as fórmulas gerais são nitidamente aplicáveis*” (HART, 1961/2009, p. 164 apud BRANDO, 2013, p. 28, grifos do autor).

E continua:

Por outro lado, Hart reconhece que “*em todos os campos da existência, há um limite, inerente à natureza da linguagem, para a orientação que a linguagem geral pode oferecer*”. Em certas situações, a linguagem legal pode ser vaga e deixar

margem para muitas controvérsias nas fronteiras dos termos classificatórios gerais. (HART, 1961/2009, p. 164 apud BRANDO, 2013, p. 28, grifos do autor)

Assim, há situações em que as respostas estão claras reguladas pelo direito positivo, enquanto que em outras a solução não se apresenta de forma explícita, visto os limites próprios da linguagem. Nesse contexto, a fim de delimitar um conceito mínimo de casos difíceis, Brando (2013, p. 38) realiza uma contraposição sobre o que seriam os casos fáceis e o que seria os casos difíceis. Segundo o autor, aqueles seriam nos quais o juiz encontra uma regra clara, que poderia ser aplicada ao caso mediante um silogismo simples; enquanto que os casos difíceis seriam aqueles que aparecem em uma situação de obscuridade na norma, na sua ausência ou mesmo quando existir mais de uma interpretação possível (BRANDO, 2013, p. 38-39). Dessa forma, Brando (2013) discorre sobre os casos fáceis:

Nos casos fáceis, o juiz encontra no universo de materiais jurídicos uma regra jurídica clara que entra no processo causal de tomada de decisão. Esse processo de tomada de decisão, como visto acima, é representado por um silogismo prático no qual os juízes, a partir dos fatos do caso concreto, identificariam no ordenamento jurídico uma regra composta por um pressuposto fático e uma consequência jurídica. Essa consequência jurídica seria acionada quando o pressuposto fático descrito na regra (a premissa maior) encontrasse correspondência nos fatos do caso (a premissa menor) (BRANDO, 2013, p. 38-39).

Aqui cabe ressaltar que de acordo com Struchiner (2018a, p. 57), o modelo sócio-intuicionista de Haidt de julgamento moral não parece ser o mais representativo de como o juiz decide em um caso fácil do direito. Nesse sentido, Struchiner (2018a) relata que:

É possível que o modelo aqui apresentado [o modelo sócio-intuicionista de Haidt] não seja interessante para casos burocráticos e técnicos, acerca dos quais os juízes não têm qualquer tipo de opinião prévia a respeito. Talvez, nesses casos, os juízes realmente procurem as respostas consultando o material jurídico propriamente dito (STRUCHINER, 2018a, p. 57).

Por sua vez, ao discorrer sobre casos difíceis Brando (2013) expõe que:

Algumas dessas características [as de um caso fácil] não estariam presentes nos casos difíceis. Pense nas situações em que a regra não for clara (o problema da vagueza atual e potencial), em que não houver regra (anomia), ou em que houver mais de uma regra aplicável ao caso (ensejando o conflito entre cânones interpretativos). Nenhum desses possíveis cenários se enquadra na ideia de caso fácil porque não existe uma regra clara e pertinente ao caso concreto à disposição do juiz. Nesses casos, o juiz não pode solucionar o problema sem se valer de elementos estranhos ao direito (BRANDO, 2013, p. 39).



Brando (2013, p. 40) ressalta que “há outra espécie importante de caso difícil que vai além da questão da clareza das regras, dizendo respeito à postura que o juiz em relação a elas”. Nesses casos, apesar de a regra ser clara, o juiz, por discordar da aplicação da regra em um determinado caso concreto, transformaria um caso fácil em difícil (BRANDO, 2013, p. 40). Nesse ponto, cabe retomar a uma questão que foi apresentada no tópico 2.3 deste trabalho: “o raciocínio motivado [...] vem frequentemente acompanhado de viés confirmatório” (STRUCHINER, 2018a, p. 56), ou seja, possuímos a tendência em procurar justificações que corroborem as nossas intuições iniciais, diminuindo o peso que argumentos contrários poderiam ter.

Nessa esteira, Struchiner e Brando (2014, p. 183) dizem que, em sentido amplo, “os casos difíceis são aqueles casos ligados à noção de indeterminação e para os quais não existe uma única solução correta, ou os casos diante dos quais qualificados juristas estão em desacordo sobre como eles devem ser resolvidos”. Nesse sentido, Brando (2013) delimita o conceito de caso difícil da seguinte forma:

De acordo com definição encontrada na literatura brasileira, especialmente entre os autores que se alinham ao movimento pós-positivista, os casos difíceis são aqueles para os quais “*não há uma formulação simples e objetiva a ser colhida no ordenamento, sendo necessária a atuação subjetiva do intérprete e a realização de escolhas, com eventual emprego da discricionariedade*” (BARROSO, 2005, p. 22, nota de rodapé nº 34 apud BRANDO, 2013, p. 40).

E continua ressaltando que:

Para esses autores, a ponderação de interesses ou de princípios [...] seria a “*técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais*” (BARCELLOS, 2005, p. 23 apud BRANDO, 2013, p. 40).

Brando (2013, p. 41) diz que, apesar de ser difícil traçar com precisão quais os casos que seriam considerados moralmente carregados, é possível encontrar exemplos conhecidos pela doutrina jurídica. Assim, Brando (2013) relata que:

Certamente há controvérsia na identificação de quais são os limites do domínio da moralidade, mas é possível apresentar alguns exemplos de casos difíceis moralmente carregados bastante conhecidos da literatura do direito: é a eutanásia uma prática admitida no direito brasileiro? E quanto à ortotanásia? É possível que o direito criminalize o aborto em qualquer circunstância? E quanto aos fetos anencéfalos? O que justifica e quais são os limites da política de ação afirmativa? Até que ponto o estado pode criar e exigir tributos com a finalidade de transferir renda e reduzir as desigualdades sociais? Quais são os limites da liberdade de expressão diante dos

direitos da personalidade? É possível conduzir uma passeata em prol da legalização das drogas? E a publicação de um livro veiculando mensagem discriminatória? Pode um pai ser condenado por não ter desenvolvido relação afetiva com o filho? (BRANDO, 2013, p. 41).

Nesse mesmo contexto, Struchiner (2018a, p. 57) exemplifica alguns casos concretos que já foram objeto de julgamento pelo STF:

[...] uma lista de casos difíceis analisados pelo Supremo Tribunal Federal: pesquisas com células-tronco (ADI 3.510), antecipação terapêutica de parto de fetos anencefálicos (ADPF 54), liberdade de expressão (HC 83.996), igualdade racial (RE 597.285), liberdade de informação (ADPF 130) e liberdade de reunião (ADPF 187). São todas questões moralmente salientes, em relação às quais os juízes costumam ter uma posição prévia muito forte (STRUCHINER, 2018a, p. 57).

Diante de todo exposto no presente tópico e no tópico 2.4, é possível, então fechar um conceito de caso moralmente carregado para este trabalho, visto que essa delimitação é sumariamente importante para se compreender um dos critérios de escolha dos votos que serão analisados no capítulo seguinte. Assim, firma-se o conceito de casos moralmente carregados: são aqueles nos quais o magistrado deve apresentar uma solução, mas que não há uma regra clara no direito positivo que a fundamente<sup>32</sup>, o que pode levar a um processo racionalização por meio de normas-princípio<sup>33</sup>, notadamente o princípio da dignidade humana<sup>34</sup>.

Adiante, serão feitas considerações sobre o papel central e fundante do princípio da dignidade da pessoa humana no contexto jurídico atual, visto a presença marcante das normas-princípios no corpo das constituições de diversos estados nacionais.

### **3.2. Dignidade humana e a dispersão de fundamentos das decisões**

Conforme o demonstrado no tópico anterior, o magistrado em um caso concreto pode apresentar sua fundamentação de seu julgamento moral, formando assim uma sentença, com base em regras claras, caso o considere como “simples”, ou ainda, invocar um dispositivo de

---

<sup>32</sup> Conforme demonstrado nos parágrafos anteriores, é possível que exista casos em que a regra seja clara, mas que o magistrado, por achar que ela não tutela de forma efetiva um bem jurídico, o trate como um caso difícil do direito.

<sup>33</sup> Normas com carga axiológica.

<sup>34</sup> O conceito em questão não tem a pretensão de esmiuçar todo o debate existente em torno dos casos difíceis, servindo, portanto, apenas para fins deste trabalho.

carga altamente axiológica, a fim de guiar o seu fundamento para aquilo que lhe parece mais justo. Portanto, é possível que, por meio de um princípio moralmente carregado, o magistrado fundamente, de modo enviesado, a sua decisão<sup>35</sup>. Assim, pontuam Struchiner e Hannikainen (2016):

Sempre que o juiz estiver lidando com um caso para o qual o arquiteto do direito não antecipou uma solução [...] então ele pode desligar o modo automático invocando um princípio jurídico moralmente carregado [...] Em suma, temos aqui a “teoria do processo dual acerca do julgamento jurídico”. O direito possui dois modos característicos de julgamento: um baseado em regras e outro baseado em princípios, que permite o afastamento das regras (STRUCHINER; HANNIKAINEN, 2016, p. 5-6).

Com o paradigma do pós-positivismo, a elevação das normas-princípio ao corpo das constituições ao redor do mundo como mandamentos de otimização<sup>36</sup> ocorreu em “larga escala”. De acordo com Struchiner e Hannikainen (2016, p. 6), o princípio da dignidade humana, em comparação com outros dispositivos axiológicos, é o que mais se destaca como possuidor de um papel central no ordenamento jurídico, servindo como a principal maneira de se contrapor a regras claras. Nesse sentido, os autores destacam que, apesar da divergência na utilização do princípio (2016, p. 9):

A importância e centralidade dos princípios, especialmente do princípio da dignidade da pessoa humana, não é uma peculiaridade do sistema jurídico brasileiro, mas também permeia outros sistemas e documentos legais, tanto de Estados soberanos específicos quanto de organizações internacionais (STRUCHINER; HANNIKAINEN, 2016, p. 9).

E, baseados em Sarmiento (2015), continuam:

Tal fenômeno está longe de ter especificidade nacional. (...) A maior parte das constituições editadas desde então [Segunda Guerra Mundial] também incorpora o princípio: dentre as 194 que estão em vigor, nada menos que 149<sup>37</sup> aludem expressamente à dignidade humana, e a sua eficácia é reconhecida ainda em Estados cujas constituições não lhe fazem alusão textual, como a França, os Estados Unidos e o Canadá. A dignidade da pessoa humana, que desempenha papel central nos ordenamentos de países como a Alemanha, África do Sul, Colômbia e Israel, tem sido invocada com frequência cada vez maior por cortes constitucionais estrangeiras

<sup>35</sup> Conforme exposição no tópico 2.3 deste trabalho sobre viés confirmatório.

<sup>36</sup> De acordo com Alexy (2001), os princípios possuem a mesma força normativa que as regras jurídicas, apesar de não se confundirem com estas. Assim, os princípios são mandatos de otimização visto a possibilidade de serem aplicados por meio da realização de um juízo de ponderação.

<sup>37</sup> De acordo com o site *Constitute Project*, que foi a fonte utilizada por Daniel Sarmiento em 2015, a quantidade de textos constitucionais que apresentam a previsão expressa da dignidade humana é, atualmente, de 151 (de um total de 198). Link: <https://www.constituteproject.org/search?lang=en>. Acesso em: 22 de nov. de 2019.

de todos os continentes e por tribunais internacionais (SARMENTO, 2015 apud STRUCHINER; HANNIKAINEN, 2016, p. 9)<sup>38</sup>.

Especialmente no caso brasileiro, o princípio, em muitos casos moralmente carregados, é frequentemente utilizado como principal fundamento para uma decisão (HANNIKAINEN; STRUCHINER, 2016, p. 6). De acordo com Struchiner e Hannikainen (2016, p. 8), “o nosso sistema jurídico é desenhado de maneira que permite a utilização de princípios legais como trunfos, a nossa prática jurídica incorpora tal uso e nossa cultura aprova tal uso de peito de aberto”. Nesse sentido, os autores mostram que:

Uma rápida pesquisa no site do STF mostra que, sob a égide da Constituição de 88, o princípio da dignidade da pessoa humana foi explicitamente invocado em nada menos que 260 acórdãos, 2.298 decisões monocráticas, 79 decisões da Presidência, 9 questões de ordem e 3 repercussões gerais. Os temas abordados pelas decisões são os mais variados, indo da vedação de denúncias criminais genéricas à união homoafetiva; da impossibilidade de realização compulsória do exame de DNA ao aborto de fetos anencéfalos; das políticas de ação afirmativa à criminalização da violência doméstica (SARMENTO, 2015 apud STRUCHINER; HANNIKAINEN, 2016, p. 8).

Consoante Struchiner e Hannikainen (2016, p. 10), apesar da utilização em diversas ocasiões, o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana é de difícil delimitação, visto que o seu aparecimento como fundamento de decisão se dá, até mesmo, em contextos que se contrapõem. Ou seja, “o conceito de dignidade é um conceito moralmente carregado, cujo significado é copiosamente contestado” (STRUCHINER; HANNIKAINEN, 2016, p. 10). Ilustrando tais contradições, os autores mostram que:

Com frequência [sic], ela funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta sua própria imagem de dignidade. Não por acaso, pelo mundo afora, ela tem sido invocada pelos dois lados em disputa, em temas como interrupção da gestação, eutanásia, suicídio assistido, uniões homoafetivas, hate speech, negação do holocausto, clonagem, engenharia genética, inseminação artificial post mortem, cirurgias de mudança de sexo, prostituição, descriminalização de drogas, abate de aviões seqüestrados, proteção contra a auto-incriminação, pena de morte, prisão perpétua, uso de detector de mentiras, greve de fome, exigibilidade de direitos sociais. A lista é longa (BARROSO, 2010, p. 3 apud STRUCHINER; HANNIKAINEN, 2016, p. 10).

Assim, é verificada tamanha abstração do princípio da dignidade da pessoa humana, já que o mesmo se trata de um conceito aberto, moralmente carregado, que pode ser perfeitamente utilizado para fundamentar um julgamento moral. Nesse sentido, o princípio em

---

<sup>38</sup> O artigo de Daniel Sarmento (2015) pode ser visualizado na página <http://jota.uol.com.br/constituicao-e-sociedade-desafios-da-dignidade-humana>. Acesso em 12 de nov. de 2019.

questão seria um dos mais utilizados pelos magistrados para cumprir a obrigação constitucional de motivar suas decisões, principalmente, quando estes não encontram uma regra clara (STRUCHINER; BRANDO, 2014, p. 204; STRUCHINER; HANNIKAINEN, 2016, p. 3). De acordo com Struchiner e Brando (2014):

[...] o fato de o juiz estar obrigado a decidir e a apresentar uma justificação para sua decisão pode pressioná-lo a buscar no ordenamento jurídico o primeiro farrapo de norma que embase obliquamente a decisão tomada, contentando-se com a persuasão retórica tipicamente identificada pelo terceiro elo. Nesses casos, os realistas diriam que o juiz tomaria a decisão baseada em critérios extrajurídicos e, em seguida, a remeteria a uma norma suficientemente vaga prevista no ordenamento jurídico. Agora está bastante claro quais são os mecanismos psicológicos que operam por trás do que é visto no produto final (STRUCHINER; BRANDO, 2014, p. 204-205).

Compreendida a falta de consenso na aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, cabe, por último, expor brevemente o fenômeno da *dispersão de fundamentos*. Segundo Fábio Carvalho Leite e Marcelo Santini Brando (2016, p. 141), este fenômeno se caracteriza quando, “apesar de formada a maioria decisória pela declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade da norma objeto de controle, torna-se difícil, por vezes impossível, extrair a *ratio decidendi* ou a opinião majoritária da Corte sobre aquilo que fundamenta o resultado”. De acordo com Fábio Carvalho Leite e Marcelo Santini Brando (2016):

[...] o fenômeno da dispersão de fundamentos [...] pode ser definido como a formação de maioria decisória em torno do resultado acerca da (in) constitucionalidade de uma lei ou ato normativo (por exemplo, “julgo procedente o pedido” ou “julgo improcedente o pedido”) independentemente dos fundamentos sustentados pelos ministros em seus votos (LEITE; BRANDO, 2016, p. 141).

De acordo com Leite e Brando (2016, p. 144), a Constituição brasileira de 1988<sup>39</sup> também apresenta conceitos imprecisos, fato que fica mais claro quando se questiona quais as propriedades que ordenam a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III). Nesse contexto, os autores apresentam que a indeterminação relativa da linguagem presente no corpo da Constituição brasileira é um dos motivos pelo qual ocorre o fenômeno da *dispersão de fundamentos* (LEITE; BRANDO, 2016, p. 146).

Assim, é possível notar a importância que o princípio da dignidade da pessoa humana assume no ordenamento jurídico brasileiro. Foi visto que o mesmo ocupa um papel central,

---

<sup>39</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

sendo, inclusive, um dos princípios fundamentais da República e utilizado com bastante frequência pelos magistrados, sobretudo dos tribunais superiores, para justificarem suas decisões. Essa questão (da racionalização *post hoc* das decisões por meio do princípio em questão) se torna relevante devido a abertura conceitual, e que é própria da linguagem, com a qual o termo *dignidade humana* se apresenta.

Adiante, será analisado como se deu o processo de racionalização de votos de ministros do STF diante de casos moralmente carregados, conforme definição apresentada no tópico 3.1 deste trabalho.

#### 4. ANÁLISE DE VOTOS MORALMENTE CARREGADOS

De acordo com tudo o que foi apontado nos capítulos anteriores, a opção de se analisar o processo de racionalização das decisões jurídicas por meio do princípio da dignidade da pessoa humana sob a ótica do modelo sócio-intuicionista de julgamento moral se deu devido à centralidade que o princípio ocupa no ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando, ainda, que a alta carga valorativa faz com que o mesmo se apresente de diferentes formas. Assim, segue-se a apresentação dos casos, os critérios para a escolha dos mesmos e, por fim, a análise propriamente dita, na qual consistirá na extração de dados, ficando as considerações sobre os mesmos para a parte de *considerações finais* deste trabalho.

##### 4.1. Caso Ellwanger (HC 82.424/RS) e a “criminalização”<sup>40</sup> da homofobia (ADO 26/DF)

Conforme o site do STF, o caso Ellwanger trata do julgamento de um Habeas Corpus "impetrado [...] em favor de Siegfried Ellwanger, escritor e editor que fora condenado em instância recursal pelo crime de anti-semitismo e por publicar, vender e distribuir material anti-semita”<sup>41</sup>. Ainda de acordo com o website, a defesa impetrou o HC<sup>42</sup> alegando que não se poderia atribuir ao delito cometido por Ellwanger (discriminação anti-semita) a imprescritibilidade, visto que a Constituição brasileira de 1988, restringiu, em seu art. 5º, XLII, tal atributo ao crime de racismo. Ou seja, a tese da defesa foi a de que o povo judeu não é uma raça e, por isso, não se poderia falar em crime de racismo, afastando, assim, o atributo de imprescritibilidade da conduta de Ellwanger.

Por sua vez, o caso que discutiu a “criminalização” da homofobia se trata de "ação direta de inconstitucionalidade por omissão proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS), com pedido de medida cautelar, por inércia legislativa do Congresso Nacional em editar lei para criminalizar todas as formas de homofobia e transfobia, nos termos do art. 5o, XLII<sup>43</sup>,

---

<sup>40</sup> O termo criminalização se encontra entre aspas devido ao debate existente no campo da teoria do estado: não é o judiciário o “poder” estatal competente para legislar em um Estado Democrático de Direito.

<sup>41</sup> Disponível em: <[http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia\\_pt\\_br&idConteudo=185077&modo=cms](http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185077&modo=cms)>. Acesso em: 23 de nov. de 2019.

<sup>42</sup> Habeas Corpus.

<sup>43</sup> “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: [...] XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; [...]”.

ou, subsidiariamente, da determinação contida no art. 5º, XLI<sup>44</sup>, ou, por fim, do princípio da vedação da proteção deficiente, decorrente do art. 5º, LIV, todos da Constituição da República<sup>45</sup><sup>46</sup>.

#### 4.2. Critérios para a escolha dos casos

Os motivos pelos quais os dois casos foram escolhidos como objeto de análise do presente trabalho podem ser sintetizados da seguinte forma:

- (a) Os casos são similares entre si, pois nos dois há a ofensa a grupos minoritários que se encontram em situação de “proteção deficiente” - de um lado o povo judeu; do outro a comunidade LGBTQI+<sup>47</sup>. Este fato que os enquadra no conceito de “caso moralmente carregado” apresentado neste trabalho, no tópico 3.1.
- (b) Os dois casos se relacionam com o direito penal. Destaca-se aqui que o princípio da legalidade no âmbito penal é um direito fundamental, restringindo ainda o campo de atuação do judiciário, pois “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (art. 5º, XXXIX, CRFB). Assim, isso parece indicar que é possível que os magistrados caminhem para as normas-princípio como meio de justificar uma decisão tomada com base em suas intuições morais, visto a ausência de uma norma que dê a proteção que os mesmos achem devida.
- (c) Há um tempo razoável entre o julgamento dos dois casos. O caso Ellwanger teve seu julgamento concluído em 2003, enquanto que o julgamento da ADO 26/DF foi finalizado em 2019. Portanto, há aproximadamente 16 anos entre os dois julgados, o que é importante para se analisar se há “persistência” do mesmo modo de se racionalizar casos semelhantes no decurso de tempo.

---

<sup>44</sup> “Art. 5o. [...] XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; [...]”.

<sup>45</sup> “Art. 5o. [...] LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...]”.

<sup>46</sup> Texto extraído do relatório do caso que consta na manifestação da PGR sobre a ação. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307054081&ext=.pdf>>. Acesso em: 23 de nov. de 2019.

<sup>47</sup> Lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, queer, intersexuais, e mais (em relação à orientação sexual e ao gênero).



(d) Há dois ministros que participaram dos dois julgados<sup>48</sup>: Celso de Mello e Gilmar Mendes. Esse fato é importante para investigar se há ou não variação no modo com que cada um dos magistrados apresentaram as suas razões de decidir de um caso para o outro.

Assim, seguir-se-á a extração de dados dos votos dos dois ministros acima apontados, contrastando a decisão do julgamento de 2003 (Caso Ellwanger) com própria decisão tomada no segundo caso (em 2019 - “criminalização” da homofobia), investigando similaridades no que toca à estrutura e a quantidade de referência à conceitos de ordem moral. Em seguida, partiremos para as *considerações finais* sobre o presente trabalho.

### 4.3. Análise dos votos do ministro Celso de Mello<sup>49</sup> <sup>50</sup>

#### 4.3.1. Referência ao termo *dignidade*

Tabela 1 - Referências ao termo dignidade nos votos do Min. Celso de Mello

	HC 82.424/RS	ADO 26/DF
Quantidade de páginas do voto	24 páginas	155 páginas
Veze que o termo “dignidade” aparece	14 veze	55 veze
Máximo de ocorrência do termo “dignidade” por página	2 veze	4 veze

Fonte: STF. Elaborada pelo autor.

#### 4.3.2. Estrutura de apresentação do termo (ou noção de) *dignidade*

Tabela 2 - Comparação quanto à estrutura dos votos de Min. Celso de Mello

<sup>48</sup> Na verdade, o ministro Marco Aurélio também votou nos dois casos apresentados. Contudo, o inteiro teor de seu voto na ADO 26/DF não foi publicado até a presente data (23 de nov. de 2019), fato que impediu a análise de como se deu o sua posição nos dois casos.

<sup>49</sup> Inteiro teor do voto no HC 82.424/RS. Disponível em: < <http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=79052>>. Acesso em: 24 de nov. de 2019.

<sup>50</sup> Inteiro teor do voto na ADO 26/DF. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-celso-mello2.pdf>>. Acesso em: 23 de nov. de 2019.

HC 82.424/RS	ADO 26/DF
<p>“<b>Refiro-me</b> ao princípio indisponível da <b>dignidade</b> da pessoa humana, que, <b>mais</b> do que elemento fundamental da República (CF, art. 1º, III), <b>representa</b> o reconhecimento <b>de que reside</b>, na pessoa humana, o valor fundante do Estado e da ordem que lhe dá suporte institucional” (p. 4).</p>	<p>“<b>Vale destacar</b>, nesse contexto, <b>o papel relevante</b>, que assume <b>o postulado</b> da dignidade da pessoa humana - cuja centralidade (CF, art. 1º, III) <b>confere-lhe</b> a condição de significativo vetor interpretativo, <b>verdadeiro valor-fonte</b> que conforma e inspira <b>todo</b> o ordenamento jurídico vigente em nosso País -, <b>que traduz</b>, de modo expressivo, <b>um dos fundamentos</b> em que se assenta, <i>entre nós</i>, a ordem republicana e democrática [...] (p. 145)</p>
<p>"Com efeito, <b>há</b>, na espécie, norma constitucional que <b>objetiva</b> fazer preservar, no processo de livre expressão do pensamento, a <b>incolumidade</b> dos direitos da personalidade, <b>como</b> a essencial dignidade da pessoa humana, <b>buscando inibir</b>, desse modo, <b>comportamentos abusivos</b> que possam, <b>impulsionados</b> por motivações racistas, <b>disseminar</b>, criminosamente, o ódio contra <b>outras</b> pessoas, <b>mesmo porque a incitação</b> - que constitui <b>um dos núcleos</b> do tipo penal [...] <b>dada</b> a multiplicidade <b>de formas executivas</b> que esse comportamento <b>pode</b> assumir, <b>concretizando</b>, assim, [...] a prática inaceitável do racismo" (p. 20).</p>	<p>“<b>Tenho para mim</b> que a configuração <b>de atos homofóbicos e transfóbicos como formas contemporâneas do racismo</b> - e, nessa condição, <b>subsumíveis</b> à tipificação penal [...] da Lei nº 7.716/89 - <b>objetiva fazer preservar</b> [...] <b>a incolumidade</b> dos direitos de personalidade, <b>como a essencial dignidade</b> da pessoa humana, <b>buscando inibir</b>, desse modo, <b>comportamentos abusivos</b> que possam, <b>impulsionados por motivações subalternas</b>, <b>disseminar</b>, criminosamente, <b>em exercício explícito de inadmissível intolerância</b>, o <b>ódio público contra outras pessoas</b> [...]” (p. 90)</p>
<p>“[...] utilizando-se, esta Corte [de métodos a fim de coibir] <b>supostas</b> ilicitudes penais praticadas por qualquer pessoa <b>basta</b>, por si só, <b>para atribuir</b>, ao Estado, o dever de atuar na defesa de postulados essenciais, como o são aqueles que proclamam a dignidade da pessoa humana [...] (p. 22).</p>	<p>“<b>incumbe</b> aos Juizes da Corte Suprema do Brasil <b>o desempenho do dever</b> que lhes é inerente: <i>o de velar</i> pela integridade dos direitos fundamentais [...], <i>o de repelir</i> condutas governamentais abusivas, <i>o de conferir</i> prevalência à essencial dignidade da pessoa humana [...] <i>e o de neutralizar</i> qualquer ensaio de opressão estatal ou de agressão perpetrada por grupos privados” (p. 149).</p>

Fonte: STF. Elaborada pelo autor.

#### 4.4. Análise dos votos do ministro Gilmar Mendes<sup>51 52</sup>

##### 4.4.1. Referência ao termo *dignidade*

Tabela 3 - Referências ao termo dignidade nos votos do Min. Gilmar Mendes

	HC 82.424/RS	ADO 26/DF
Quantidade de páginas do voto	35 páginas	29 páginas
Vezes que o termo “dignidade” aparece	7 vezes	6 vezes
Máximo de ocorrência do termo “dignidade” por página	2 vezes	1 vez

Fonte: STF. Elaborada pelo autor.

<sup>51</sup> Inteiro teor do voto no HC 82.424/RS. Disponível em: < <http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=79052>>. Acesso em: 24 de nov. de 2019.

<sup>52</sup> Inteiro teor do voto na ADO 26/DF. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/gilmar-voto-homofobia.pdf>>. Acesso em: 24 de nov. de 2019.

#### 4.4.2. Estrutura de apresentação do termo (ou noção de) *dignidade*

Tabela 4 - Comparação quanto à estrutura dos votos do Min. Gilmar Mendes

HC 82.424/RS	ADO 26/DF
"É evidente a <b>adequação</b> da condenação do paciente para se alcançar o fim almejado, qual seja, a salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reine a tolerância. Assegura-se a posição do Estado, no sentido de defender os fundamentos da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), do pluralismo político (art. 1º, V, CF), o princípio do repúdio ao terrorismo e ao racismo, que rege o Brasil nas suas relações internacionais (art. 4º, VIII), e a norma constitucional que estabelece ser o racismo um crime imprescritível (art. 5º, XLII)" (p. 33).	"É claro que isso não nos impede de identificar esse direito em nosso sistema, a partir, sobretudo, do direito de liberdade e em concordância com outros princípios e garantias [...] Nesse sentido, é possível destacar, [...] : os fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III); [...] a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II); [...] a punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); [...] e a não exclusão de outros direitos e garantias decorrentes do regime constitucional e dos princípios adotados ou incorporados mediante tratados internacionais (art. 5º, §2º)" (p. 5).
"Assim não vejo como se atribuir ao texto constitucional significado diverso, isto é, que o conceito jurídico de racismo não divorcia do conceito histórico, sociológico e cultural assente em referências supostamente raciais, aqui incluído o anti-semitismo" (p. 13).	"Os mandados constitucionais de criminalização ao racismo e a todas as formas de discriminação não se restringem a demandar uma formulação de políticas públicas voltadas a essa finalidade; consagram verdadeiros postulados do reconhecimento do direito de minorias, de direitos básicos de liberdade e igualdade" (p. 16).

Fonte: STF. Elaborada pelo autor.

#### 4.5. Breves considerações sobre os votos analisados

1. Analisando a recorrência do termo *dignidade* nos votos do mesmo magistrado (tabelas 1 e 3), é possível verificar que a mesma se deu de modo equivalente. Dados obtidos nos votos de Celso de Mello indicam a recorrência ao princípio de 1 a cada 1,71 em um total de 24 páginas no HC, enquanto que na ADO a recorrência foi de 1 a cada 2,8 páginas de um total de 155<sup>53</sup>. Por sua vez, analisando os votos de Gilmar, obtém-se a razão de 1 a cada 5 páginas de um total de 35 no HC e de 1 a cada 4,8 páginas de um total de 29 na ADO.
2. Analisando as tabelas 2 e 4, é possível evidenciar estruturas bem parecidas, considerando os votos que um ministro teve em cada caso. A título de exemplo, nos votos de Celso de Mello, o trecho "buscando inibir, desse modo, comportamentos abusivos que possam, impulsionados por motivações" se repete. É importante destacar aqui que, curiosamente, o voto do ADO não faz referência ao voto do HC.

<sup>53</sup> Cabe ressaltar que é provável que a diferença do tamanho dos votos tenha se dado pelo fato de que no julgamento da ADO o ministro Celso de Mello foi o relator do caso.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho objetivou investigar o processo de racionalização das decisões moralmente carregadas por meio do princípio da dignidade da pessoa humana. A justificativa para essa abordagem é a de que o referido princípio, por ser uma norma-princípio de alto teor axiológico, ocupa um papel central no ordenamento jurídico brasileiro, servindo como fundamentação, principalmente, para os julgamentos que apresentam uma clara interseção com o campo da moralidade.

Para cumprir tal objetivo, foi necessário estabelecer alguns pontos. Assim:

- (i) No primeiro capítulo, ressaltou-se a importância que alguns teóricos tiveram por indicarem que a decisão jurídica, também, constitui objeto de estudo do direito. Nesse contexto, revisitamos as ideias de Holmes Jr., Pound, Llewellyn e Frank, as quais informam a decisão como um fato social, apresentando, assim, elementos que extrapolam a ciência jurídica.
- (ii) Após a exposição dessas ideias, ainda no primeiro capítulo, discutiu-se sobre as evidências que revelam o verdadeiro modo pelo qual os magistrados, ao menos em casos moralmente salientes, operam o direito: primeiro a decisão é tomada com base em critérios morais, seguidas então de um devido processo de racionalização, que se opera mediante a busca, para a sentença, de regras constantes no direito positivo.
- (iii) Com a constatação de que, ao menos nos casos que esbarram no campo da moralidade, o magistrado primeiro decide e depois procura se justificar por meio do direito positivo, foi necessário ir ao encontro de um modelo de tomada de decisão que abrangesse uma situação como essa. Desse modo, o modelo sócio-intuicionista se apresentou como sumariamente importante para este trabalho (capítulo 2).
- (iv) A ideia central do modelo sócio-intuicionista de Haidt (2001) é esta: o julgamento moral é realizado com base em intuições morais, sendo este um processo rápido e automático, o qual é seguido, quando necessário, de um devido processo de justificação. Depois, ao explicar a composição do modelo de Haidt (os elos) de

tomada de decisão moral, falou-se do fenômeno do *viés confirmatório*, o qual é representado pela tendência que as pessoas possuem de procurar razões que embasem nossas intuições morais, descartando qualquer peso que fundamentos contrários possam ter.

- (v) Avançando, viu-se que a capacidade de argumentar utilizando a linguagem é uma característica única dos seres humanos. Também foi demonstrado que o princípio da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CRFB/88) se opera por meio da linguagem. Nesse sentido, observou-se que, então, essa atividade da prática jurídica se relaciona com o elo da persuasão fundamentada do modelo sócio-intuicionista, mostrando como tal é aplicável no contexto jurídico de decisão moral.
- (vi) No capítulo 3, somente para fins da pesquisa que foi realizada neste trabalho, houve a delimitação do conceito de casos moralmente carregados, pois o conteúdo do termo se relaciona com um dos critérios para a escolha dos casos que foram analisados no quarto capítulo. Assim ficou estabelecida a definição utilizada por este trabalho: são aqueles casos nos quais o magistrado deve apresentar uma solução, mas que não há uma regra clara no direito positivo que a fundamente, o que pode levar a um processo racionalização por meio de normas-princípio, notadamente o princípio da dignidade humana.
- (vii) Juntamente com a definição de casos moralmente carregados, também foi apresentado o motivo pelo qual o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88) consta no conceito de tal espécie de caso difícil do direito que interessa para este trabalho: o papel fundamente e central que ocupa no ordenamento jurídico, e sua alta carga axiológica, o que torna o seu conteúdo de difícil precisão, o que é percebido na forma variada de contexto para o qual é utilizado (capítulo 3).
- (viii) Por fim, no quarto capítulo, seguiu-se à análise de votos emitidos pelos ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes em dois casos moralmente carregados discutidos no STF - HC 82.424/RS (Caso Ellwanger) e ADO 26/DF (“criminalização” da homofobia). A escolha se deu de com base nos seguintes critérios: a) envolvem questões referentes a grupos minoritários; b) se relacionam com a esfera penal do

direito, a qual é fundamentada no princípio da legalidade estrita; c) um decurso de tempo razoável entre os votos - cerca de 16 anos; d) a existência de ministros em comum que participaram dos dois julgados.

Com esses pontos estabelecidos, segue-se então às considerações que podem ser extraídas dos dados demonstrados no quarto capítulo, resgatando as ideias desenvolvidas durante todo o trabalho. Desse modo, é necessário expor:

- (a) É possível dizer que a referência ao termo *dignidade* se deu de modo equivalente ao se analisar os votos do mesmo magistrado (de acordo com as tabelas 1 e 3 apresentadas no capítulo 4). Os valores obtidos na análise dos votos de Celso de Mello foram os seguintes: no julgamento do HC a recorrência ao princípio foi cerca de 1 (uma) vez a cada 1,71 página (total de páginas do voto: 24); enquanto que na ADO, a recorrência ao mesmo foi na razão de 1 (uma) vez a cada 2,8 páginas (total de páginas do voto: 155). Por sua vez, os dados obtidos dos votos de Gilmar Mendes foram estes: recorrência ao princípio ocorreu na razão de 1 (uma) vez a cada 5 páginas (total de páginas do voto: 35) no HC; enquanto que na ADO foi de 1 (uma) vez a cada 4,8 páginas (total de páginas do voto: 29). Esses dados, portanto, parecem nos direcionar ao pensamento de que as decisões apresentam um chamamento elevado de um mesmo valor moral - o da dignidade, sem contudo delimitar o seu conteúdo de maneira que seja epistemologicamente provável.
- (b) As tabelas 2 e 4 apresentadas no capítulo anterior nos mostram que em seus votos, o mesmo ministro, apesar de o decurso de tempo ter sido cerca de 16 anos, "racionalizou" de modo similar, sendo apresentada a mesma estrutura e a mesma ideia em diversos trechos, inclusive apresentando a mesma conclusão para o caso, ou seja, decidindo da mesma maneira: favorável a proteção dos grupos minoritários.

Assim, é necessário considerar as seguintes questões:

- (I) Os dados acima apontados no item (a) revelariam a ocorrência do *viés* confirmatório? Pergunta-se: é necessário ter na sentença tantas referências ao princípio para que se entenda a linha de raciocínio que foi seguida pelo magistrado<sup>54</sup>?
- (II) As semelhanças nas estruturas dos votos que foram apontadas acima no item (b) indicam o caminho que o magistrado pode vir a tomar em um caso semelhante? Pergunta-se: será possível cogitar que em um caso futuro que apresente os mesmos critérios estabelecidos no tópico 4.2 deste trabalho (e que foram retomados acima, nessa seção) o mesmo magistrado apresentaria a mesma solução? Assim, é possível dizer que nos dois casos, as intuições que despertaram a decisão moral foram as mesmas?

Sobre esse questionamentos, a breve análise feita dos casos que foram apresentados parece nos indicar que a resposta a tais é positiva, ou seja, há ao menos um indicativo de que os magistrados decidiram nos dois casos com base no que sempre acharam moralmente correto. Ressalta-se aqui que faz-se necessário ampliar a quantidade de decisões como objeto de análise a fim de se investigar melhor o fenômeno do *viés confirmatório* nas decisões moralmente carregadas. O fato é: há motivos para acreditar que o *viés confirmatório* quando falamos da tomada de decisão moralmente carregada no direito leva ao magistrado apelar para as normas-princípio, as quais são perfeitamente representadas pelo princípio da dignidade humana.

---

<sup>54</sup> Ainda é possível o seguinte questionamento: essa quantidade de recorrência ao termo *dignidade* representa um esforço do magistrado para que sua sentença exerça maior influência no julgamento moral do outro no contexto interpessoal reconhecido pelo modelo sócio-intuicionista?

## BIBLIOGRAFIA

ALEXY, R. A Teoria da Argumentação Jurídica. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2001.

ARNAUD, A.-J. Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BOBBIO, N. O positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícona, 1995.

BRANDO, M. S. **Como decidem os juízes? Uma investigação da teoria realista da decisão judicial a partir das contribuições das ciências cognitivas e da psicologia moral.**

Orientador: STRUCHINER, N. 2013. Mestrado (Dissertação - Mestrado em Direito) - Departamento de Direito, PUC-Rio, Rio de Janeiro. Acesso em: 03 de dezembro de 2018.

CAMARGO, M. M. L. Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito. 3ª. ed ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACCHINI NETO, E.; WEDY, A. P. M. T. Sociological Jurisprudence e Realismo Jurídico - a filosofia jurídica norte-americana na primeira metade do século XX. **Revista da AJURIS**, 43, n. 140, p. 75-123, junho 2016.

FERNANDES, R. V. d. C.; BICALHO, G. P. D. Do positivismo ao pós-positivismo: O atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, 46, n. 189, p. 105-131, jan./ mar. 2011.

GODOY, A. S. d. M. O realismo jurídico norte-americano, a tese de Charles Beard e a experiência constitucional internacional contemporânea. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário**, 2, n. 1, Janeiro/Junho 2007.

GODOY, A. S. d. M. Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano. 1ª. ed ed. Brasília: Edição do autor, 2013.

Haidt, J. The Emotional Dog and Its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment. **Psychological Review**, 108, n. 4, p. 814-834, 2001.

Haidt, J. Moral Psychology and The Law: How Intuitions Drive Reasoning, Judgment, and the Search for Evidence. *In: Alabama Law Review*, 2013. v. 64, l. 4, p. 865-880.

HANNIKAINEN, I.; STRUCHINER, N. A insustentável leveza do ser: sobre arremesso de anões e o significado do conceito de dignidade da pessoa humana a partir de uma perspectiva experimental. **Civilistica.com**, a. 5, n. 1, 2016.

JORGE, C. C. M. **Realismo jurídico e Hart: um debate sobre a indeterminação do Direito.** 2010. (Dissertação - Mestrado em Direito) - Departamento de Direito, PUC-Rio, Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=17621@1>. Acesso em: 02 de janeiro de 2019.



LEITE, F. C.; BRANDO, M. S. Dispersão de Fundamentos no Supremo Tribunal Federal. **Direito, Estado e Sociedade**, n. n. 46, p. 139-166, jan/jun 2016 2016.

LOPES, M. S. O Realismo Jurídico: O discurso jurídico e a apreensão da realidade pontual. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. 45<sup>a</sup>. ed ed. Belo Horizonte: UFMG, 2004. p. 297-340.

MIGUEL, L. R.; VIDEIRA, A. A. P. A distinção entre os “contextos” da descoberta e da justificação à luz da interação entre a unidade da ciência e a integridade do cientista: o exemplo de William Whewell. **Revista Brasileira de História da Ciência**, 4, n. 1, p. 33-48, jan./ jun. 2011.

NUCCI, G. d. S. **Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal**. 3<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. (Curso de Direito Penal. 978-85-309-8311-6.

NUNES JÚNIOR, F. M. A. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PIOVESAN, F. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 14<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCHWITZGEBEL, E.; ELLIS, J. **Rationalization in Moral and Philosophical Thought**. 2016. Disponível em: <http://www.faculty.ucr.edu/~eschwitz/SchwitzPapers/Rationalization-160310f.pdf>. Acesso em: 06 de novembro de 2018.

STAACK, A. L.; HEIL, D. M. O realismo jurídico norte-americano e sua influência argumentativa nas decisões profefridas pelo Supremo Tribunal Federal. **Raízes Jurídicas**, 9, n. 1, p. 83-104, jan./jun. 2017.

STRUCHINER, N. Contexto de descoberta: uma análise filosófica de aspectos psicológicos da argumentação jurídica. *In: REIS, I. (Ed.). Diálogos sobre retórica e argumentação*. Curitiba: Alteridade, 2018a. v. 4, cap. III, p. 43-59.

STRUCHINER, N. Contexto de descoberta: uma análise filosófica de aspectos psicológicos da argumentação jurídica. *In: REIS, I. (Ed.). Diálogos sobre retórica e argumentação*, 2018b. v. 4.

STRUCHINER, N.; BRANDO, M. S. Como os juízes decidem os casos difíceis do direito? *In: STRUCHINER, N. e TAVARES, R. d. S. (Ed.). Novas fronteiras da teoria do direito: da filosofia moral à psicologia experimental*. Rio de Janeiro: PoD; PUC-Rio, 2014. cap. VII, p. 171-219.

STRUCHINER, N.; HANNIKAINEN, I. A insustentável leveza do ser: sobre arremesso de anões e o significado do conceito de dignidade da pessoa humana a partir de uma perspectiva experimental. **Civilistica.com**, a. 5, n. 1, 2016.

STRUCHINER, N.; SHECAIRA, F. P. Verbete sobre realismo jurídico. *In*: TRAVESSONI, A. (Ed.). **Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito**, 2011. p. 348-351.