

O DIREITO E SUAS INTERFACES COM A PSICOLOGIA E A NEUROCIÊNCIA

Catalogação na Fonte
Elaborado por: Josefina A. S. Guedes
Bibliotecária CRB 9/870

Livro de acordo com a normalização técnica da ABNT

Editora e Livraria Appris Ltda.
Av. Manoel Ribas, 2265 – Mercês
Curitiba/PR – CEP: 80810-002
Tel: (41) 3156 - 4731
www.editoraappris.com.br



Printed in Brazil
Impresso no Brasil

Sergio Nojiri

**O DIREITO E SUAS INTERFACES COM A
PSICOLOGIA E A NEUROCIÊNCIA**



Editora Appris Ltda.

1.^a Edição - Copyright© 2019 dos autores

Direitos de Edição Reservados à Editora Appris Ltda.

Nenhuma parte desta obra poderá ser utilizada indevidamente, sem estar de acordo com a Lei nº 9.610/98.
Se incorreções forem encontradas, serão de exclusiva responsabilidade de seus organizadores.
Foi realizado o Depósito Legal na Fundação Biblioteca Nacional, de acordo com as Leis nos 10.994, de
14/12/2004, e 12.192, de 14/01/2010.

FICHA TÉCNICA

EDITORIAL Augusto V. de A. Coelho

Marli Caetano

Sara C. de Andrade Coelho

COMITÊ EDITORIAL Andréa Barbosa Gouveia - UFPR

Edmeire C. Pereira - UFPR

Iraneide da Silva - UFC

Jacques de Lima Ferreira - UP

Marilda Aparecida Behrens - PUCPR

ASSESSORIA EDITORIAL Bruna Fernanda Martins

REVISÃO Thamires Silva Araujo

PRODUÇÃO EDITORIAL

DIAGRAMAÇÃO Andrezza Libel

CAPA

COMUNICAÇÃO Ana Carolina Silveira da Silva

Carlos Eduardo Pereira

Igor do Nascimento Souza

LIVRARIAIS E EVENTOS Milene Salles | Estevão Misael

GERÊNCIA COMERCIAL Eliane de Andrade

GERÊNCIA DE FINANÇAS Selma Maria Fernandes do Valle

PREFÁCIO I

O DIPSIN (Grupo de Estudos em Direito, Psicologia e Neurociência da FDRP/USP), liderado pelo Prof. Sergio Nojiri, é o grupo, no Brasil, que mais tem contribuído para alavancar o conhecimento na interseção entre Direito, Psicologia e Neurociência e promover a integração de profissionais dessas três áreas na tentativa de fomentar um diálogo produtivo e constante. Prova disso é que o DIPSIN já realizou três edições do Seminário de Direito, Psicologia e Neurociência da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (2015, 2016, 2017).

Tive o privilégio de participar das três edições e presenciar de perto como uma nova agenda de estudos vem se desenhando no Brasil; uma agenda que é construída a várias mãos e que é genuinamente interdisciplinar. Nesses eventos, profissionais e acadêmicos do Direito, da Neurociência e da Psicologia encontram-se para debater questões jurídicas muito variadas, mas que recebem um novo olhar quando empregadas as ferramentas e descobertas da Psicologia e da Neurociência. Questões extremamente importantes e delicadas para o Direito, como o grau de confiança que devemos depositar nos testemunhos, passam a ser consideradas à luz das evidências científicas sobre o funcionamento da memória e da atenção, que vêm sendo sistematicamente coletadas pelos estudos psicológicos e neurocientíficos. Uma amostra dessa nova agenda de estudos pode ser vista na coletânea publicada pelo DIPSIN, *Direito, Psicologia e Neurociência* (Editora IELD, 2016), com várias apresentações do primeiro seminário.

A própria página do DIPSIN, (www.dipsin.com.br), é uma fonte rica de informações sobre os estudos que estão sendo produzidos no Brasil e no exterior a respeito das relações entre as ciências psicológicas e o Direito. A página contém vídeos das apresentações dos seminários, sugestões de leitura sobre o tema e também descreve as importantes pesquisas que estão sendo desenvolvidas pelos participantes do grupo.

Como se tudo isso já não fosse suficiente, desta vez, Sergio Nojiri e o DIPSIN nos brindam com o melhor livro sobre Direito, Psicologia e

Neurociência disponível no mercado nacional. Trata-se de uma coletânea contendo traduções de alguns dos principais artigos internacionais recentes sobre o assunto. Aqui, o leitor interessado pode conhecer um pouco do estado da arte do que vem sendo feito nas fronteiras entre Direito, Psicologia e Neurociência e familiarizar-se com alguns dos pesquisadores expoentes no campo. Os artigos tratam de assuntos variados, por exemplo: como funciona a tomada de decisão moral (e jurídica), quais são as evidências sobre como funciona a mente do psicopata, os perigos da testemunha ocular, entre vários outros assuntos.

A minha breve descrição dos temas tratados aponta para uma característica importante dos artigos contidos no livro: eles são predominantemente descritivos e não normativos. Boa parte deles diz respeito a como as coisas são e não como elas deveriam ser: como decidimos, como lembramos, como funciona a mente do psicopata... Mas por que um jurista, com preocupações essencialmente normativas, deveria se preocupar com os achados descritivos da Psicologia e Neurociência? Mas e a antiga falácia naturalista, segundo qual seria impossível extrair o dever ser do ser, ou seja, segundo a qual não seria possível alcançar conclusões normativas a partir de constatações empíricas? Afinal, por que juristas devem ter uma preocupação com o acumulado de descobertas empíricas da Psicologia e da Neurociência, se o objetivo do Direito é prescrever, ou exercer uma pressão no mundo, e não descrever o mundo tal qual ele se apresenta?

Mark Alfano, em seu livro *Moral Psychology: An Introduction* (Polity Press, 2016), apresenta, de forma organizada e elegante, algumas razões a favor da importância dos estudos empíricos das ciências psicológicas, mesmo para aqueles que sustentam que é impossível extrair conclusões normativas de premissas descritivas. A primeira razão é a seguinte: não faria sentido prescrever aquilo que fosse impossível de ser realizado; uma norma que prescreve o impossível existe em vão e não possui qualquer pujança prática. As ciências em geral, e as ciências psicológicas em especial na esfera da ação humana, são capazes de investigar a realidade modal, isto é, seus estudos nos ajudam a mapear não só como as coisas são, mas também o que é possível e o que não é. Sendo assim, as teorias normativas que pretendem exercer alguma pressão no mundo real não podem ignorar as constatações científicas, sob o risco de prescreverem o impossível. Em segundo lugar, as

ciências descritivas nos ajudam a entender o quanto exigente pode ser uma determinada ação ou comportamento e que tipo de barreiras precisam ser enfrentadas para que o comportamento possa ser levado a cabo. Uma teoria normativa que pretende ser eficaz deve estar alerta para o grau de dificuldade de suas demandas e o tipo de contexto que deve ser montado para que ela possa funcionar bem. Finalmente, é muito comum que teorias normativas façam pressuposições sobre como as coisas funcionam e são as ciências empíricas que nos ajudam a corroborar em que medida essas pressuposições são adequadas.

Os artigos contidos nessa coleção, portanto, constituem um prato cheio para quem pretende fazer teoria normativa com pujança prática dentro do Direito; teoria normativa que seja ao mesmo tempo responsável e eficiente. Todavia, mesmo para os críticos desse tipo de abordagem interdisciplinar que faz uso dos estudos da Psicologia e da Neurociência para enfrentar questões jurídicas, os artigos desse livro são fundamentais. É muito comum as pessoas criticarem um certo movimento de forma rasteira e leviana, sem efetivamente ler as pesquisas que criticam. Juristas são especialistas nisso, infelizmente. Contudo, a verdadeira honestidade intelectual requer que conheçamos bem aquilo que criticamos e que nossa escolha por criticar um determinado tipo de pesquisa leve em conta os melhores exemplares disponíveis. É isso que essa coletânea nos fornece e por isso Nojiri e o DIPSIN devem ser celebrados, por nos fornecerem a possibilidade de conhecer, em português, uma amostra de alguns dos trabalhos mais influentes e relevantes sobre o tema: Direito, Psicologia e Neurociência.

Noel Struchiner

Professor do Departamento de Direito da PUC-Rio

PREFÁCIO II

Platão já sabia, nossa percepção é sempre relativa, e Aristóteles dizia, nossas memórias são como impressões em cera, formatáveis e reformatáveis. Nas últimas décadas, centenas de estudos em Psicologia e Neurociência comprovaram: nossa percepção depende da nossa história e do nosso contexto e nossa memória quase sempre não é confiável.

Ao contrário do que diz o ditado, nosso olho não é uma câmera e nossa memória não é fotográfica. Muito pelo contrário: não vemos o mundo como ele é, mas, sim, como pode nos ser útil; quando formamos nossa memória, muitas vezes juntamos partes ou separamos aquilo que estava junto. Se pensarmos em situações de estresse como um roubo, por exemplo, as chances de cometermos equívocos são muito maiores do que em condições normais.

O atual código de processo penal brasileiro entrou em vigor em 1942. Apesar de ter sofrido alterações ao longo desses anos, está em desacordo com a literatura científica ao lidar com procedimentos criminais como o reconhecimento vinculado ao testemunho de uma infração. Não há, no código, diretrizes compatíveis com a ciência moderna para orientar esses procedimentos e, infelizmente, delegados, promotores e juízes os conduzem de forma arbitrária. A carência de regulamentação desses e de outros procedimentos influencia profundamente os reconhecimentos que ocorrem nas delegacias e nos tribunais brasileiros, podendo levar a testemunhos equivocados que, consequentemente, condenam um inocente à prisão. No código, o testemunho pode ter o mesmo valor que provas materiais (como se pudéssemos acreditar que a memória humana seja tão objetiva quanto a arma do crime ou o sangue no tapete).

Qualquer procedimento de reconhecimento traz junto à possibilidade de uma testemunha reconhecer um inocente, mas, se realizado com rigor científico, reduzimos a identificação de inocentes, mas também reduzimos a identificação de criminosos e, por isso, o sistema judiciário, seja no Brasil ou em outro país, apresenta imensa resistência porque, em geral, os governos

optam por correr o risco de aumentar o número de inocentes presos a ter criminosos soltos pelas ruas.

Hoje, esses procedimentos, ignoram como a memória humana funciona e também os fatores subjetivos que influenciam as tomadas de decisão e, em particular, os vieses de natureza racial. Somos mais empáticos com aqueles que têm a nossa cor de pele, fator esse que agrava a resistência em modificar a lei. Se eu sou uma legisladora branca, não perceberei os vieses de condenação de pardos e pretos e muito menos os vieses de não condenação de brancos. Legisladores são em grande parte brancos enquanto os suspeitos/condenados são em maior número pardos ou pretos.

No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, temos a Súmula 70, vigente desde 2004, que não desautoriza a condenação que tenha prova oral restrita a depoimentos da autoridade policial e seus agentes. Assim como vem sendo verificado nos Estados Unidos desde o advento do teste de DNA, as condenações equivocadas realizadas com base em prova oral aumentam as chances de termos julgamentos baseados em mentiras.

Estima-se que nos EUA no mínimo 2 mil inocentes são presos todo ano. Em sua maioria, eles não são brancos. Para nós brasileiros, fica a pergunta: quantos inocentes temos hoje no sistema prisional brasileiro?

A Psicologia e a Neurociência não estão aqui somente para ajudar a proteger os inocentes, mas junto com os profissionais do Direito podemos criar procedimentos, que auxiliem na produção de provas bem feitas, porque sabemos que promotores e juízes têm hoje suas mesas empilhadas de processos baseados em provas mal produzidas.

O Estado preocupa-se em punir, mas a utilização de procedimentos desatualizados cientificamente aumenta equivocadamente o número de processos e o encarceramento em massa de pessoas (suspeitas de furtos e roubos), que são praticados principalmente pela camada menos favorecida da população. Essa estratégia impossibilita a utilização da inteligência policial e jurídica para crimes mais graves e que impactam a estrutura de nossa sociedade, aqueles que abalam os cofres públicos do Brasil e afetam profundamente a autoestima dos brasileiros.

Os problemas supracitados são apenas uma pequena parte dos problemas, mas tão relevantes que por si só escancaram o quanto longe da verdadeira justiça está a Justiça Brasileira. E, por essa razão, a iniciativa do Prof. Sérgio Nojiri não é apenas admirável e louvável mas, sim, necessária e urgente. Sérgio lidera o DIPSIN (Grupo de Estudos em Direito, Psicologia e Neurociência da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, FDRP/USP), grupo que atualmente é nossa referência nacional da união entre Direito, Psicologia e Neurociência, possibilitando a real interdisciplinaridade entre os profissionais desses campos, que caminha para a realização da quarta edição do Seminário de Direito, Psicologia e Neurociência da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto.

Jamais esquecerei minha primeira visita a uma delegacia para observar como os procedimentos de reconhecimento são realizados. Na saída, perplexa, não sabia o que mais me chocava: o fato de fazerem quase tudo errado ou o fato de não terem a menor noção do quanto estavam equivocados. Seja qual for a resposta, essa coletânea dos mais essenciais artigos internacionais da intersecção entre Direito, Psicologia e Neurociência é, sem sombra alguma de dúvidas, ato primordial para trazer a todos os profissionais do Direito o panorama geral de como a mente humana funciona, pautada nas evidências científicas da Psicologia e da Neurociência e de como esse conhecimento pode contribuir para o Direito, desde a desconstrução definitiva da ilusão racionalista na ética até a compreensão de que é possível e necessária a adoção de critérios compatíveis com a ciência moderna, visando a praticar mais justiça dentro da Justiça Brasileira.

Claudia Feitosa-Santana

APRESENTAÇÃO

Este livro nasceu, há aproximadamente quatro anos, de uma inquietação do grupo de estudos em Direito, Psicologia e Neurociência que coordeno na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – USP.¹ Naquela época, estávamos iniciando nossos estudos nas possíveis relações entre essas três áreas do conhecimento e, rapidamente, verificamos a escassez de fontes doutrinárias, confiáveis ou não, em língua portuguesa. Com raras exceções, todo o material de pesquisa relevante encontrava-se redigido em língua estrangeria, sendo a maior parte em inglês.

No exato momento em que escrevo essas linhas, percebo que, apesar de alguns avanços, a carência no oferecimento de bom material para a pesquisa nessas áreas continua. Não se trata de anunciar a inexistência de bons livros ou artigos jurídicos, psicológicos ou neurocientíficos disponíveis em português. O que há é uma ausência de publicações em língua portuguesa de textos que trabalhem a *interdisciplinaridade* entre elas.

Este livro visa, portanto, a preencher uma notável lacuna na literatura jurídica do país. Ele pretende trazer, para um público mais amplo, a importância de se pensar e refletir acerca das mais recentes pesquisas interdisciplinares em Direito, especialmente aquelas voltadas à Psicologia e à Neurociência.

Nosso grupo de estudos compartilha a ideia de que o ensino do Direito no país encontra-se preso a um modelo ultrapassado de construção do conhecimento jurídico. Em um mundo de transformações éticas, culturais e tecnológicas, não há mais espaço para um estudo do Direito voltado exclusivamente para o conteúdo das leis e dos códigos, como tem sido a tônica da teoria do Direito brasileira desde o século XIX. Pensamos que já passou da hora de incorporarmos ao pensamento jurídico certos saberes que já são, há tempos, lugar comum em outras áreas do conhecimento.

O livro que ora se apresenta é voltado justamente a demonstrar como as pesquisas desenvolvidas em outros campos do conhecimento científico

¹ O grupo chama-se DIPSIN. Para saber mais sobre ele, acesse: <www.dipsin.com.br>.

fico já deveriam, há muito tempo, fazer parte de nossa cultura jurídica. O texto escrito por Deborah Davis e Elizabeth F. Loftus, por exemplo, nos traz relevantes informações a respeito da frágil confiabilidade das provas testemunhais. No campo da Psicologia, ao contrário do Direito, é notória a falta de credibilidade nos depoimentos pessoais baseados unicamente na memória. Outro exemplo de como o Direito se encontra desatualizado em relação às atuais ciências cognitivas pode ser encontrado na tentativa de modificação legislativa visando à diminuição da maioridade penal, de 18 para 16 anos. Essa proposta deveria buscar saber como funciona o desenvolvimento cerebral de um adolescente. Deveria questionar se a cognição social do cérebro do adolescente é a mesma que de um adulto. O texto de Stephanie Burnett e Sarah-Jayne Blakemore é uma excelente oportunidade para começar a compreender esse assunto.

Não cabem neste acanhado espaço introdutório comentários minuciosos de cada um dos artigos escolhidos e traduzidos. São 13 no total, escritos por 19 professores e pesquisadores do mais alto gabarito científico e acadêmico. Alguns deles com prestigiadas obras de divulgação científica publicadas mundo afora. Apenas a título de exemplo, cito David Eagleman (que aqui escreve em coautoria com Sarah Isgur Flores), autor, dentre outros, do livro *Incognito: The Secret Lives of The Brain*, e Jonathan Haidt, autor de *The Righteous Mind*. Ambos as obras figuraram na lista de *best-sellers* da prestigiada revista *New York Times*.

Ademais, o livro abrange um largo espectro de assuntos, todos eles unidos pela interface entre o Direito, a Psicologia e a Neurociência. Os temas tratados são os mais diversos e vão desde aqueles com possíveis interesses filosóficos (ou neurofilosóficos), como é o caso do texto redigido por Patrícia S. Churchland sobre a dignidade humana, e aquele outro escrito por Eddy Nahmias acerca do livre-arbítrio, a temas de recorte mais pragmático como o de tratamento de psicopatas criminosos, de Kent A. Kiehl e Morris B. Hoffman, e o de evidências genéticas em casos criminais, escrito por Deborah W. Denno.

Vivemos um período de grandes inovações tecnológicas, em todas as áreas do conhecimento. Especialmente no campo da Neurociência, nos últimos anos, houve um interesse significativo em estudar as estruturas

cerebrais envolvidas em decisões mediante o uso de técnicas modernas, como a ressonância magnética por imagens funcional (fMRI). Há um número enorme de pesquisas científicas em andamento dedicadas a entender os correlatos neurais dos juízos morais. Diante dessas pesquisas, não é mais possível tentar compreender o funcionamento do cérebro a partir de uma crítica ao pensamento de Lombroso e outros modelos ultrapassados, como habitualmente se faz na teoria do direito brasileira. Para entender melhor o que estou querendo dizer, sugiro a leitura do texto de Francis X. Shen e Owen D. Jones.

O que se pretende, na realidade, é uma visão acerca de questões legais e morais que incorpore outros conhecimentos, outras fontes de saber, distintas daquelas tradicionalmente utilizadas no campo do Direito. Nesse sentido, o momento é adequado para entender que a resolução de dilemas morais e consequentemente de dilemas jurídicos passa por uma maior compreensão de nossas bases neurais. Mas não apenas isso. É necessário saber também que uma boa parte de nossos processos mentais não é consciente, como nos alertou Freud no século passado. Mas diferente de Freud, há, hoje, uma nova ciência dos processos mentais inconscientes, que aqui nos é apresentada por Anthony G. Greenwald e Linda Hamilton Krieger.

Este livro, conforme mencionei no início desta Apresentação, já vem sendo preparado há tempos. Não foi fácil para o nosso grupo de estudos ler, selecionar, buscar autorizações, traduzir e revisar cada um dos textos, especialmente porque nenhum de nós é profissional da área da tradução. Mas ele se concretizou graças ao esforço, dedicação e colaboração de algumas pessoas. Diante da indiscutível qualidade dos trabalhos selecionados e traduzidos, seria desnecessário lembrar a importância que cada autor e autora representa para este livro. Todavia, faço questão de lembrar de Henry T. Greely que aqui colabora com um texto sobre Neurociência e a responsabilidade criminal, pelo fato de ele ter sido o primeiro autor cujo contato buscamos. E o que nos surpreendeu foi a rapidez e a gentileza com que ele nos respondeu. Sinceramente, não estávamos acostumados com a forma informal e amável com que fomos atendidos. Isso fez com que ganhássemos confiança para buscar novos contatos, que, surpreendentemente ou não, nos atenderam, todos, gentilmente. Francis X. Shen, por exemplo, além de nos autorizar a traduzir e publicar seu trabalho (em parceria com

Owen D. Jones), atenciosamente nos franqueou a possibilidade de acesso a importantes publicações da *MacArthur Foundation Research Network on Law and Neuroscience*. Em resumo, fomos muito bem recebidos pelos autores e autoras deste livro.

De toda sorte, esta coletânea de artigos só se tornou possível devido ao empenho dos membros do nosso grupo de estudos, o Dipsin. Todos eles, que irei mencionar agora, trabalharam ativamente para que o livro viesse a ser publicado: Camilla Modenezi, Rodrigo Colleti Piratelli, Henrique Bovo Fabio, Lucas Doi, Danielle Barradas, Igor Assagra, Roberto Cestari, Mariana Cunha de Andrade e Gabriela Perissinotto de Almeida.

Foi um prazer e um privilégio compartilhar algumas horas (na maior parte das vezes após o expediente normal de trabalho) com pessoas dedicadas e comprometidas tentando encontrar as melhores versões para o português de textos, muitas vezes, difíceis de traduzir. Os debates e as discussões valeram a pena!

Também não posso deixar de agradecer aos amigos Noel Struchiner e Cláudia Feitosa-Santana pelas valiosas palavras que escreveram para os prefácios deste livro.

Aproveito, ainda, para agradecer à minha irmã, Tania Nojiri, pelo auxílio na revisão final de algumas das traduções.

Por último, mas não menos importante, um agradecimento ao Tiago Gagliano, que indicou nosso trabalho para a Editora Appris, que, por sua vez, acreditou em nosso projeto. Nela, fui muito bem recebido pelas competentes Marli Caetano e Elizete Cardoso de Lima.

E que este livro venha servir ao seu propósito, que é de ampliar e aprofundar o campo de conhecimento do Direito no Brasil mediante uma visão interdisciplinar com a Psicologia e a Neurociência, de uma maneira que certamente uma abordagem tradicional, pautada em regras e decisões, jamais alcançaria.

Ribeirão Preto, 05 de agosto de 2018.

Sergio Nojiri

SUMÁRIO

1	
A PSICOLOGIA MORAL E O DIREITO: COMO AS INTUIÇÕES DIRECIONAM O RACIOCÍNIO, O JULGAMENTO E A BUSCA POR EVIDÊNCIAS	19
<i>Jonathan Haidt</i>	
2	
DEFININDO UM ÍNDICE DE NEUROCOMPATIBILIDADE PARA SISTEMAS DE JUSTIÇA CRIMINAL: UM QUADRO PARA ALINHAR A POLÍTICA SOCIAL COM A CIÊNCIA CEREBRAL MODERNA.....	37
<i>David M. Eagleman & Sarah Isgur Flores</i>	
3	
A DIGNIDADE HUMANA A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA NEUROFILOSÓFICA	51
<i>Patricia S. Churchland</i>	
4	
A PSICOLOGIA DO LIVRE-ARBÍTRIO.....	75
<i>Eddy Nahmias</i>	
5	
O DESENVOLVIMENTO DA COGNIÇÃO SOCIAL DO ADOLESCENTE... <i>Stephanie Burnett & Sarah-Jayne Blakemore</i>	113
6	
O PSICOPATA CRIMINOSO: HISTÓRIA, NEUROCIÊNCIA, TRATAMENTO E ECONOMIA.....	125
<i>Kent A. Kiehl* & Morris B. Hoffman**</i>	

7

- NEUROCIÊNCIA E JUSTIÇA CRIMINAL: NÃO É RESPONSABILIDADE,
MAS TRATAMENTO..... 181**

*Henry T. Greely**

8

- O QUE CASOS CRIMINAIS DO MUNDO REAL NOS DIZEM SOBRE
EVIDÊNCIAS GENÉTICAS 225**

*Deborah W. Denno**

9

- ESCANEAMENTOS CEREBRAIS COMO EVIDÊNCIA: VERDADES,
PROVAS, MENTIRAS, E LIÇÕES 259**

Francis X. Shen & Owen D. Jones

10

- VIÉS IMPLÍCITO: FUNDAMENTOS CIENTÍFICOS 287**

Anthony G. Greenwald & Linda Hamilton Krieger***

11

- OS PERIGOS DA TESTEMUNHA OCULAR PARA OS INOCENTES:
APRENENDENDO COM O PASSADO E PROJETANDO PARA A ERA DAS
MÍDIAS SOCIAIS 315**

Deborah Davis & Elizabeth F. Loftus

- LISTA DE AUTORAS E AUTORES 367**

A PSICOLOGIA MORAL E O DIREITO: COMO AS INTUIÇÕES DIRECIONAM O RACIOCÍNIO, O JULGAMENTO E A BUSCA POR EVIDÊNCIAS¹

Jonathan Haidt

Minha fala de hoje é sobre a ilusão que está invadindo as universidades. A palavra “ilusão” é definida pelo Webster como “uma falsa concepção e persistente crença não superada baseada em algo que não possui existência de fato²”. Em seu livro *Deus, um Delírio (The God Delusion)*, Richard Dawkins usou a palavra “ilusão” dessa forma³. Ele definiu a ilusão de Deus como a crença em “uma inteligência sobre-humana e sobrenatural que deliberadamente projetou e criou o universo e tudo que há nele, inclusive nós⁴”. Ele, então, argumentou que as pessoas religiosas não são convencidas pela razão, porque se elas fossem razoáveis iriam ver a falsidade de sua crença. Ele argumenta que não há tal coisa como um Deus definido dessa maneira. Concordando ou não com o ateísmo de Dawkins, seu livro é um exemplo útil de como é possível defender a existência de uma ilusão em massa.

A ilusão em massa, da qual quero falar hoje, é a *ilusão racionalista* na ética. Eu a defino assim: “A crença em uma capacidade de raciocínio confiável, capaz de operar de forma eficaz e imparcial, mesmo quando o interesse próprio, as preocupações com a reputação e os conflitos entre grupos conduzam a uma determinada conclusão”. A palavra “racionalismo” tem uma variedade de significados na Filosofia. Eu a estou utilizando para

¹ Publicado como Moral Psychology and the Law: How Intuitions Drive Reasoning, Judgment, and the Search for Evidence em *Alabama Law Review*, Vol. 64, 2013.

² Webster’s 3d New International Dictionary 598 (1986).

³ DAWKINS, R., *The God Delusion* (2006).

⁴ Id. em 52.

indicar uma posição bastante moderada – a visão de que a razão é a principal fonte de conhecimento válida sobre a ética – e não a afirmação mais radical de que ela é a sua única fonte.

Seria a razão, então, a principal fonte de conhecimento sobre as verdades éticas? Em vários estudos⁵, tenho mostrado que há uma enorme quantidade de evidências expondo as deficiências do raciocínio humano e pouca ou nenhuma evidência de que o raciocínio possa ser executado da maneira que as teorias racionalistas da ética exigem. Portanto, ter fé em uma capacidade de raciocínio confiável, nos dias atuais, é bastante semelhante, estruturalmente, a ter fé em Deus, da maneira específica que Dawkins a definiu.

Contra a visão racionalista da cognição humana, eu gostaria de trazer uma visão alternativa de como a mente humana funciona. Ela foi articulada pelo juiz Joe Hutcheson, em 1929, em um ensaio sobre o julgamento intuitivo, no qual ele descreveu pela primeira vez sua formação jurídica:

Eu tinha sido treinado para considerar o Direito como um sistema de regras e precedentes, de categorias e conceitos, e o juiz havia sido mencionado como um administrador, austero, distante, “seu intelecto era um mecanismo de lógica fria”, que, nessa rarefeita atmosfera em que ele viveu fria e logicamente determinou a relação dos fatos de um caso particular a alguns desses precedentes [...]⁶

Hutcheson iniciou seu treinamento e começou a passar mais tempo com advogados e juízes reais, “cujas faculdades intuitivas foram desenvolvidas e tornaram-se aguçadas pelo uso de uma imaginação treinada e cultivada⁷ ...” Tal exposição levou a uma evolução gradual em sua maneira de refletir sobre o pensamento jurídico:

[Q]uando o caso é difícil ou complicado, e recai sobre uma particularidade do direito ou de um fato... Eu, depois de examinar todo o material disponível sob meu comando e

⁵ Ver, especialmente, Jonathan Haidt, *The New Synthesis in Moral Psychology*, 316, *Science* 998 (2007); Jonathan Haidt & Selin Kesebir, *Morality*, em *2 Handbook of Social Psychology* 797 (Susan T. Fiske et al eds., 5th ed. 2010). Ver também Jonathan Haidt, *The Righteous Mind*, chs. 2–4 (2012).

⁶ HUTCHESON, Joseph C. Jr., *The Judgment Intuitive: The Function of the “Hunch” in Judicial Decision*, 14 CORNELL L.Q. 274, 274 (1929).

⁷ Id. em 276.

ponderar devidamente sobre ele, dando espaço à minha imaginação e refletindo sobre a causa, aguardo o sentimento, o palpite – aquele flash intuitivo de compreensão que faz a conexão entre a questão e a decisão, e, no ponto onde o caminho judicial é mais escuro, lança sua luz ao longo dele.⁸

Essa é uma visão muito diferente de julgamento daquela realizada pelos racionalistas. É uma visão muito diferente de como o raciocínio funciona e de como os juízes trabalham. Hucheson continua: “Eu falo agora do julgamento ou da decisão, da solução em si, como oposição à apologia para essa decisão... Eu falo da sentença proferida, em oposição à racionalização pelo juiz neste pronunciamento⁹. ” Em outras palavras, decisão e justificação são dois processos diversos. A decisão vem em primeiro lugar com base na intuição educada; a justificação é realizada em seguida.

Minha fala hoje é sobre como e por que o juiz Hucheson estava certo. Eu afirmo que ele estava certo, de forma descriptiva, sobre como juízes e advogados trabalham. Mas vou sugerir, cautelosamente, que ele estava certo mesmo em sua forma normativa. Se o racionalismo que o juiz Hucheson abraçou quando jovem é uma ilusão – se é impossível para as pessoas pensar dessa maneira –, então eu acho que esse fato empírico tem uma variedade de implicações normativas, bem como práticas, para os acadêmicos interessados em Direito e políticas públicas.

No lugar da ilusão racionalista, eu gostaria de descrever uma “nova síntese” que está surgindo na psicologia moral, baseada em uma mudança do racionalismo para o intuicionismo. Uma enorme quantidade de trabalhos da década de 1990, vinda da Neurociência, da psicologia social e da primatologia, mostrou-nos o quanto poderosos são os processos automáticos e intuitivos. Em meu recente livro, *The Righteous Mind*,¹⁰ eu argumento que as ideias centrais dessa nova síntese podem ser descritas em apenas três princípios:

1. as intuições vêm em primeiro lugar, o raciocínio estratégico, em segundo;
2. há mais na moralidade do que dano e equidade;
3. a moralidade conecta e cega.

⁸ Id. em 278.

⁹ Id. em 279.

¹⁰ HAIDT, *The Righteous Mind*, nota supra 4.

Nesta palestra, irei me concentrar no primeiro princípio, pois este apresenta o maior número de implicações diretas à comunidade jurídica. Para ajudar a explicar o princípio, utilizarei uma metáfora: a mente é dividida como um condutor sobre um elefante, sendo o trabalho do condutor servir o elefante. Desenvolvi essa metáfora no meu livro anterior, *The Happiness Hypothesis*¹¹, mas se você leu o livro de Daniel Kahneman, *Thinking Fast and Slow*¹², já estará familiarizado com a ideia. A visão atual em Psicologia é a de que existem dois tipos básicos e fundamentalmente diferentes de processos mentais em curso durante todos os momentos em nossas mentes: o processamento automático (o elefante) e o processamento controlado (o condutor). A maior parte da cognição humana é como a de outros animais. Todos os cérebros são redes neurais e resolvem problemas, em grande parte, por correspondência de padrões. Esse tipo de processo acontece de forma rápida e automática. Ao abrir os olhos, você reconhece objetos e rostos. Você não tem que fazer nenhum trabalho consciente; seu sistema visual apenas resolve, avidamente, difíceis problemas computacionais quase instantaneamente e apresenta os resultados para a sua consciência. Esse tipo de cognição possui centenas de milhões de anos.

Mas há o tipo de cognição que é exclusivamente humano. Ele usa palavras e, por isso, não pode ser mais velho do que a linguagem, a qual, provavelmente, não possui mais do que 500 ou 600 mil anos de idade¹³. Nós temos a capacidade de raciocinar usando a linguagem, mas o processo é lento e trabalhoso. Se você está cansado ou embriagado, o uso torna-se bastante difícil, e você comete erros frequentes.

A cognição automática – o elefante – é, às vezes, chamada de cognição “quente”, porque tem o poder de nos motivar a agir. Os sistemas neurológicos voltados para a decisão estão conectados aos sistemas neurológicos do comportamento. A cognição controlada, em contrapartida, é, às vezes, chamada de cognição “fria”. Ela não está ligada a centros de comportamento do cérebro. Então, por favor, imagine a mente humana como um pequeno e um tanto ineficaz condutor empoleirado nas costas de um enorme ele-

¹¹ HAIDT, *The Happiness Hypothesis* (2006).

¹² KAHNEMAN, Daniel. *Thinking Fast and Slow* (2011).

¹³ É improvável que a linguagem tenha precedido a evolução cultural cumulativa e a intencionalidade compartilhada, ambas parecem ter surgido com o *Homo Heidelbergensis*. Ver a discussão em HAIDT, *The Righteous Mind*, nota supra 4, em ch. 9.

fante, poderoso e bastante inteligente. O condutor pode tentar conduzir o elefante e, se o elefante não possuir nenhum desejo especial de ir para uma direção ou outra, ele pode obedecer ao condutor. Contudo, se ele tem os seus próprios desejos, ele vai fazer o que quiser.

Agora, na Filosofia e na Psicologia moral, as pessoas sempre têm dado um lugar de destaque para o condutor, que representa a razão. Em Fedro, Platão nos dá a metáfora da mente ou da alma dividida em três partes, como um cocheiro lutando para controlar dois cavalos indisciplinados – as paixões nobres e as paixões inferiores¹⁴. Se um homem estuda Filosofia e aprende a controlar esses cavalos, essas paixões, então, quando ele morrer, sua alma não irá renascer neste mundo degradado. Em vez disso, sua alma irá retornar aos céus, onde tudo é perfeita racionalidade e luz. Mas se um homem não consegue dominar suas paixões, então ele vai renascer em sua próxima vida na Terra, como mulher.

Lawrence Kohlberg foi o maior psicólogo da moral no século XX e tinha uma visão, em grande parte, platônica acerca da razão e das paixões¹⁵. Ele estudou o desenvolvimento do raciocínio moral. Como as crianças, de maus pensadores morais aos quatro anos, tornam-se suficientemente hábeis no momento em que chegam à adolescência? Somente uma minoria de adolescentes alcança, ao final, o mais elevado estágio de raciocínio moral, no qual consegue ver que a justiça é o fundamento de toda a moralidade¹⁶. O seu julgamento e seu comportamento são baseados em um compromisso com a justiça. O condutor alcança o controle completo sobre o elefante. Pelo menos é assim que Kohlberg entendeu o desenvolvimento e a maturidade moral.

Quando estive na escola de pós-graduação da Universidade da Pensilvânia, li muito de Kohlberg e um pouco de Platão, e eles simplesmente não me soaram verdadeiros. Eu concordei muito mais com David Hume, que disse que a “razão é, e só deve ser, a escrava das paixões, e nunca poderá pretender

¹⁴ PLATO, *The Phaedrus* (Christopher Rowe trans., 2005).

¹⁵ Lawrence Kohlberg, The Claim to Moral Adequacy of a Highest Stage of Moral Judgment, 70 J. Philosophy 630 (1973).

¹⁶ Id. em 630–32.

qualquer outro ofício além de lhes servir e obedecer¹⁷". Hume inverteu a carruagem de Platão e colocou os cavalos no comando. Mas em vez de falar da razão como uma "escrava", ou uma serva, eu acho que a melhor metáfora é dizer que a razão é a secretária de imprensa das paixões, ou intuições. A secretária de imprensa de um presidente o serve, mas trata-se de uma parceria. Seu trabalho não é o de descobrir a verdade ou fazer política; é o de justificar o que quer que o presidente e seu gabinete decidam fazer. Ela pode ter alguma influência sobre o presidente – ela pode ser uma conselheira de confiança. Mas, ao final, é o presidente que está no comando. É ele quem toma as decisões, e a função da secretária de imprensa é escolher os argumentos mais convincentes para justificá-las. Decisão e justificação são dois processos separados, exatamente como o juiz Hutcheson falou.

Em minha pesquisa inicial, eu não era humeano. Eu achava que as paixões e o raciocínio estavam separados, eram entradas independentes para o julgamento moral e acabei realizando uma variedade de experimentos para tentar colocá-los em confronto. Entrevistei milhares de pessoas sobre violações de tabus inofensivos – atos que eram repugnantes ou desrespeitosos, que pareciam errados à maioria das pessoas, mas cujas ações não prejudicavam ninguém. Uma dessas histórias é sobre uma família cujo cão foi morto por um carro na frente de sua casa. Eles tinham ouvido falar que carne de cachorro era deliciosa, então, cortaram o corpo do cão, o cozinharam e o comeram no jantar. Ninguém os viu fazer isso. O que você acha disso? É correto eles fazerem isso? A maioria das pessoas diz que não e se você lhes pedir para justificar sua resposta, eles vão dizer algo como: "bem, eles vão ficar doentes se comê-la". O pesquisador, então, responde: "mas aqui diz que a carne era cozida, por isso nenhum germe irá sobreviver. Se isso for verdade, então está tudo certo?" Remover a ameaça à saúde quase nunca muda a decisão de alguém. As pessoas simplesmente mandam suas secretárias de imprensa procurar por outra justificativa. E se a secretária de imprensa voltar de mãos vazias e admitir que não consegue encontrar uma justificação, isso muda a decisão? Quase nunca. Muitas vezes as pessoas dizem coisas como "meu Deus, eu não posso explicar isso, mas eu apenas sei que é errado". Eu chamei esse fenômeno de "perplexidade moral". É difícil

¹⁷ HUME, David. *A Treatise of Human Nature: Of The Passions* 415 (L.A. Selby-Bigge ed., New York, MacMillan & Co. 1888) (1739).

explicar a existência de perplexidade moral se você é um racionalista que acredita que as pessoas usam o raciocínio para chegar a seus julgamentos morais, mas fica claro se você é um intuicionista humeano. As intuições vêm em primeiro lugar, o raciocínio, em segundo.

Esse tipo de fenômeno me levaram a formular o que eu tenho chamado de modelo intuicionista social, mostrado a seguir na Figura 1. É basicamente o modelo de Hume, atualizado com termos diferentes e contexto mais social.

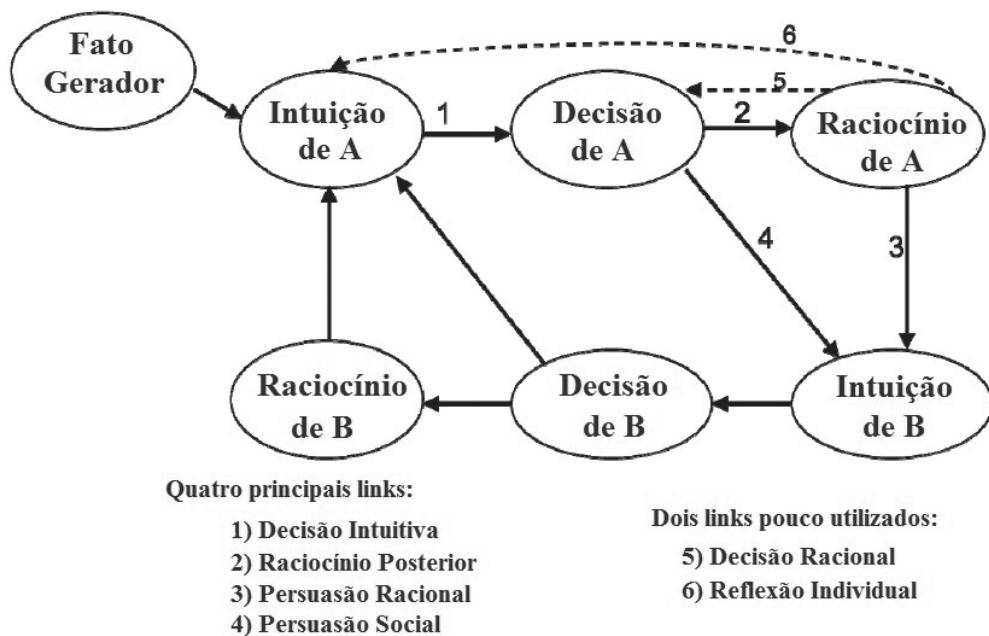


FIGURA 1. O MODELO INTUICIONISTA SOCIAL

FONTE: Haidt, Jonathan. The Emotional Dog and Its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment, *108 PSYCHOL. REVIEW 814* (2001).

Os links 1 e 2 mostram o que acontece nos estágios iniciais do julgamento moral. Como Hume e Hutcheson disseram, a intuição conduz à decisão e, em seguida, a decisão leva ao raciocínio, que fornece uma justificação ou “apologia” para o julgamento. O que eu acrescentei serve para inserir esse processo em uma interação social entre a pessoa A e a pessoa B.

Nós fazemos tudo isso após o raciocínio (link 2) a fim de nos prepararmos para a possibilidade de termos que nos justificar perante os outros (link 3). E se realmente entrarmos em uma discussão ou debate sobre uma questão moral, damos razões previamente ensaiadas para o nosso parceiro, na esperança de mudar suas intuições. Queremos que eles “vejam as coisas da nossa maneira”. Normalmente, as outras pessoas não mudam sua opinião. Em vez disso, elas criam as suas próprias razões para nos dar, e o processo continua em círculo.

Há uma longa história de experimentos clássicos na psicologia social¹⁸ mostrando a tendência geral de influência da decisão de uma pessoa sobre as outras – independentemente das razões apontadas. Eu mostrei esse processo como link 4 – o link da “persuasão social”. Somos, de certa forma, ovelhas e pequenos roedores. Somos altamente influenciados por aquilo que as pessoas ao nosso redor estão fazendo. Se nós gostamos delas, se elas estão no nosso time, então seremos mais fortemente influenciados. Portanto, há uma variedade de fontes de influência interpessoal.

Eu não estou dizendo que nós nunca contrariamos nossas decisões originais. Todos nós podemos pensar em momentos em que mudamos de opinião e rejeitamos a nossa intuição inicial. Eu apostaria que a maioria desses casos envolve novas informações fornecidas por outra pessoa ou retiradas de algo que lemos. Mas, às vezes, simplesmente pensamos em uma situação, ponderamos sobre ela, e chegamos a uma decisão diferente. Mostrei essa possibilidade como link 5, no link “decisão racional”, mas o fiz com uma linha pontilhada, porque acho que ela é bastante rara. Você acha que faz isso mais de uma vez por dia? A maioria de nós, provavelmente não. No entanto, pense em quantos julgamentos morais você realiza diariamente – enquanto lê o jornal, ao dirigir em ruas movimentadas ou simplesmente ao interagir com as pessoas. Dezenas? Centenas? É muito fácil para nós nos atermos à nossa primeira decisão e muito difícil procurarmos evidências que desconfirmem esse julgamento.

O grande obstáculo para o questionamento de sua intuição inicial é o viés de confirmação¹⁹; é um dos vieses mais fortes e indeléveis na literatura

¹⁸Ver, p. ex., ASCH, Solomon. *Social Psychology* (1987); SHERIF, Muzafer. *The Psychology of Social Norms* (1936).

¹⁹NICKERSON, Raymond S. Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises, 2 REV. GEN. PSYCHOL. 175 (1998).

da Psicologia cognitiva e social. É a constatação de que, quando avaliamos uma proposição, não procuramos por evidências nos dois lados, para, em seguida, ponderarmos qual lado é provavelmente o verdadeiro. Em vez disso, iniciamos com um palpite e depois partimos para ver se conseguimos encontrar qualquer evidência para confirmá-lo. Se, ao final, encontramos uma evidência qualquer, confirmamos a proposição e paramos de pensar.

Eu acho que o viés de confirmação está entre as ideias psicológicas mais importantes que podem ser ensinadas em uma faculdade de Direito. Basta pensar nos investigadores de polícia que têm o palpite de que um suspeito é culpado. Eles vão fazer tudo o que puderem para confirmar esse palpite e muito pouco para refutá-lo. Eles, muitas vezes, chegarão a uma falsa confirmação – a uma evidência de que uma pessoa inocente é culpada. Essa é uma das razões pelas quais é tão importante ter um sistema legal fundado no contraditório – quando alguém é indicado para cada lado para tentar refutar os argumentos do outro lado.

Eis um conjunto de estudos que mostram o viés de confirmação em ação, que diz respeito à avaliação de evidências. Deanna Kuhn, no *Teachers College*, trouxe crianças e adultos em seu laboratório, um de cada vez, e deu-lhes uma simples tarefa.²⁰ Por exemplo, decidir que tipo de bolo, de chocolate ou de cenoura é mais provável que faça as crianças adoecerem, com base em evidências que eles estão prestes a ver. Kuhn mostrou a cada sujeito um conjunto de cartas de evidências. Por exemplo, a primeira carta mostrava um pedaço de bolo de cenoura e um desenho do rosto de uma criança que parece doente. Isso significa: “aqui está um garoto que comeu bolo de cenoura e, em seguida, sentiu-se mal”. A próxima carta mostrava um pedaço de bolo de chocolate seguido por uma criança sorrindo. Depois de olharem oito dessas cartas que mostravam o que aconteceu com oito crianças depois de comerem bolo de chocolate ou de cenoura, cada participante foi convidado a decidir que tipo de bolo deve ser “condenado” como o tipo mais provável a tornar as crianças doentes.

Agora, a maioria das pessoas pressupõe inicialmente que as cenouras são saudáveis, enquanto que comer muito chocolate pode deixá-las doente, então o que você acha que elas fazem quando o peso da evidência mostra

²⁰KUHN, Deanna. Children and Adults as Intuitive Scientists, 96 PSYCHOL. REV. 674, 676 (1989).

que o bolo de cenoura é mais prejudicial? Bem, elas irão confirmar seu preconceito. Se elas não conseguirem encontrar nem mesmo um início de evidência para apoiar sua hipótese anterior, elas irão mudar de ideia. Mas, se houver uma única carta que mostre que um garoto comeu bolo de chocolate e em seguida ficou doente, as pessoas vão normalmente concluir que o bolo de chocolate é o culpado, mesmo que as outras sete cartas apontem para o outro lado. Como Kuhn diz, as pessoas parecem estar dizendo para si mesmas: “existem algumas evidências que posso indicar como base para a minha teoria e, portanto, a teoria está correta²¹”.

Phil Tetlock, um psicólogo social da Wharton, oferece uma teoria unificada sobre julgamento e a tomada de decisão que é feita sob medida para a comunidade jurídica. Ele diz que o nosso raciocínio é fortemente regido por pressões na prestação de contas.²² Se você acha que pode, eventualmente, ser chamado a explicar-se, você tem que raciocinar mais cuidadosamente. Contudo, você não vai se esforçar mais para descobrir o que é verdadeiro; você vai raciocinar muito mais cautelosamente para descobrir o que é justificável, o que é defensável. Aqui está a conclusão de Tetlock:

[A] função central do pensamento é a de assegurar que a ação de alguém seja realizada de forma que possa ser persuasivamente justificada ou aceita pelos outros. Na verdade, o processo de considerar a justificação de suas escolhas pode ser tão predominante que aqueles que decidem não buscam apenas razões convincentes para fazer uma escolha que precisam justificar aos outros, eles buscam razões para convencer, eles próprios, de que fizeram a escolha “certa”.²³

Tetlock estudou pessoas comuns, não juízes, mas a sua teoria parece se aplicar particularmente bem aos juízes, já que cada palavra escrita por eles pode ser examinada por um tribunal de apelação, por juristas e por advogados das partes interessadas.

A explicação do porquê o raciocínio humano é tão bizarro – por que somos terríveis em algumas tarefas e brilhantes em outras – é que as nossas

²¹ Id. em 681.

²² Jennifer S. Lerner & Philip E. Tetlock, Bridging Individual, Interpersonal, and Institutional Approaches to Judgment and Decision Making: The Impact of Accountability on Cognitive Bias, em EMERGING PERSPECTIVES ON JUDGMENT AND DECISION RESEARCH 431 (Sandra L. Schneider & James Shanteau eds., 2003).

²³ Id. em 433–34.

capacidades de raciocínio não foram projetadas para encontrar a verdade. O raciocínio foi projetado para funções socialmente estratégicas. “Pensar é para fazer”, conforme William James colocou.²⁴ Nossos cérebros evoluíram, assim como as nossas mãos e os nossos pulmões e tudo o mais no reino animal. Na evolução, a utilidade supera a verdade. Cérebros que ajudaram as pessoas a pensar de formas úteis adaptaram-se melhor do que cérebros que se preocupavam somente em perseguir ou descobrir a verdade.

Há um importante e recente estudo sobre essa ideia escrito pelos cientistas cognitivos franceses Hugo Mercier e Dan Sperber. Eu o recomendo fortemente para a comunidade jurídica. O título é *Por que os humanos raciocinam? Argumentos para uma teoria argumentativa*. Os autores resumem as suas conclusões dessa forma:

Nossa hipótese é de que a função do raciocínio é argumentativa. É a de conceber e avaliar argumentos destinados a convencer [...] Hábeis argumentadores [...] não estão atrás da verdade, mas em busca de argumentos que fundamentem os seus pontos de vista. Isso explica a notória predisposição para a confirmação [...]. Raciocinar é exatamente o que se pode esperar de um dispositivo argumentativo: Procure argumentos que fundamentem uma determinada conclusão e [...] conclusões favoráveis para os argumentos que possam ser encontrados.²⁵

Resumindo meu argumento exposto até aqui, falei sobre a ilusão racionalista. Disse que algumas pessoas acreditam que existe uma capacidade confiável do raciocínio moral, capaz de operar de forma eficaz e imparcial, mesmo quando o interesse próprio, as preocupações sobre a reputação e os conflitos intergrupos conduzem a uma determinada conclusão. Já disse que não existe tal capacidade. Hume e Hutcheson tinham razão. Platão e Kohlberg estavam errados – em suas afirmações descriptivas e visões acerca da natureza humana. Se minhas afirmações aqui estiverem corretas, então eu acho que o emergente paradigma intuicionista em Psicologia moral tem pelo menos três grandes implicações para os juristas e para a comunidade jurídica.

²⁴ Esta paráfrase de William James foi citada por Susan T. Fiske, Social Cognition and Social Perception, 44 ANN. REV. PSYCHOL. 155, 155, 171(1993).

²⁵ Hugo Mercier & Dan Sperber, Why Do Humans Reason? Arguments for an Argumentative Theory, 34 BEHAV. & BRAIN SCI. 57, 57 (2011), disponível em <http://www.dan.sperber.fr/wp-content/uploads/2009/10/MercierSperberWhydohumansreason.pdf>.

A primeira implicação é a de que os juízes, como todos os outros, são facilmente seduzidos por influências externas e impróprias. Diz-se, às vezes, que a justiça é o que o juiz come no café da manhã, mas um estudo recente testou essa ideia e descobriu que ela é falsa. O que o juiz come no café da manhã não é tão importante, mas pode estar entre os mais importantes fatores determinantes de suas decisões, quando ele toma o café da manhã. Pesquisadores israelenses estudaram cinquenta dias inteiros de julgamento de oito juízes de liberdade condicional.²⁶ Os candidatos à liberdade condicional eram palestinos e judeus que estavam na prisão e eram potencialmente elegíveis para a libertação antecipada. Os pesquisadores obtiveram o registro completo de cada caso, incluindo o horário em que cada decisão foi proferida, e eles foram capazes de traçar o que o resultado provavelmente foi em cada posição ordinal ao longo do dia.

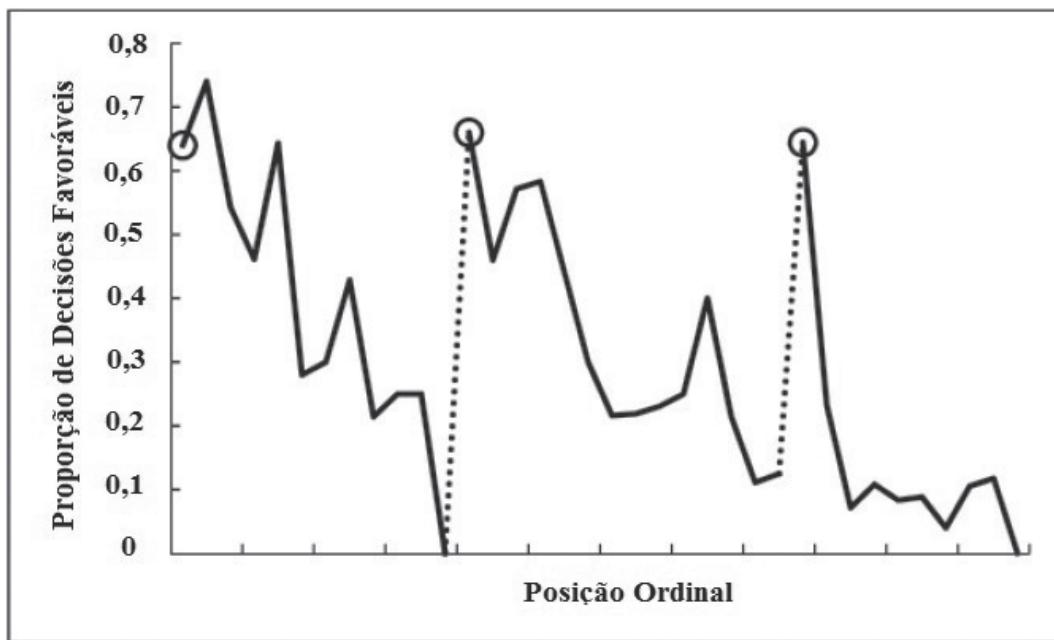


FIGURA 2: FOME E LIBERDADE CONDICIONAL

FONTE: DANZIGER, SHAI; LEVAV, JONATHAN; AVNAIM-PESSO, LIORA. Extraneous Factors in Judicial Decisions, 108 *Proceedings of the Nat'l Acad. of Sciences of The U.S.* 6889 (2011). Copyright 2011, Shai Danziger, Jonathan Levav, & Liora Avnaim-Pesso.

²⁶ Shai Danziger, Jonathan Levav, & Liora Avnaim-Pesso, Extraneous Factors in Judicial Decisions, 108 PROCEEDINGS OF THE NAT'L ACAD. OF SCIENCES OF THE U.S. 6889 (2011), disponível em <http://www.pnas.org/content/108/17/6889.full.pdf+html>.

O gráfico mostra que, se você está em primeiro lugar na pauta, logo após os juízes terem tomado o café da manhã, provavelmente lhe será concedida a liberdade condicional. Mas suas chances diminuem drasticamente na medida em que a manhã avança, chegando bem perto de zero se você tem a má sorte de ter o seu caso ouvido pouco antes do lanche matinal tardio dos juízes. Após esse lanche, suas chances de liberdade condicional voltam a subir para cerca de 60%, mas diminuem de forma drástica, novamente, até a pausa para o almoço. A mesma história ocorre depois do almoço.

A atribuição de liberdade condicional em intervalos de tempo é verdadeiramente aleatória – os juízes não enfrentam casos fáceis quando estão mais descansados. Ou melhor, o momento do julgamento depende de quando os advogados de cada caso aparecem. Os pesquisadores consideraram muitas outras variáveis. De maneira tranquilizadora, não importava se o prisioneiro era judeu ou muçulmano, mas *importava* se ele tinha condenações anteriores. Contudo, o fator determinante mais importante sobre o futuro dessas pessoas foi o número de minutos passados desde a última vez que os juízes haviam se alimentado.

A segunda implicação do novo intuicionismo é que Hucheson e os realistas jurídicos estão certos, pelo menos descriptivamente. As observações empíricas não ditam diretamente conclusões normativas, mas eu não acho que você pode se envolver em discussões normativas até que você tenha uma descrição precisa dos tipos de criaturas que somos. E acho que os realistas jurídicos estavam certos sobre o tipo de criatura que somos. Oliver Wendell Holmes colocou assim:

Quanto mais examinamos os mecanismos de pensamento, mais veremos que a ação inconsciente automática da mente ingressa amplamente em todos os seus processos. Nossas ideias definitivas são como uma trilha feita de pedras. Como ir de uma para outra, não sabemos. Algo nos carrega. Não somos nós que damos o passo.²⁷

Diante da afirmação de Holmes, considere a famosa citação da então juíza Sonia Sotomayor, que foi amplamente discutida em suas audiências de

²⁷ OLIVER WENDELL HOLMES, MECHANISMS IN THOUGHT AND MORALS: AN ADDRESS BEFORE THE PHI BETA KAPPA SOCIETY OF HARVARD UNIVERSITY, JUNE 29, 1870, at 48–49 (Boston, James R. Osgood & Co., 1871).

confirmação para a Suprema Corte: “uma sábia mulher latina com a riqueza de suas experiências poderia alcançar, com maior frequência, uma melhor conclusão do que um homem branco que não viveu essa vida”²⁸. Compare isso com a afirmação mais racionalista da juíza O’Connor: “Um homem velho e sábio e uma mulher velha e sábia irão chegar à mesma conclusão na decisão de casos”²⁹. Nos casos fáceis, em que a evidência e a lei são claras, eu imagino que a juíza O’Connor esteja correta. Juízes, de fato, seguem e aplicam a lei com grande habilidade. Mas a juíza Sotomayor estava falando sobre casos difíceis. Ela estava falando de casos em que a experiência de uma pessoa na condição de imigrante, mulher ou mãe, por exemplo, pudesse ser relevante para o caso. Há diferença entre a maneira que um velho sábio e uma mulher latina sábia olham para o caso? Será que há diferenças nas intuições iniciais sobre um caso, nas conclusões que gostariam de alcançar e nas hipóteses que tentariam confirmar? Claro. Acreditar no contrário é aderir à ilusão racionalista.

Isso nos leva a uma terceira implicação, que é o problema dos conflitos de interesse. Os conflitos de interesse são muito poderosos porque somos muito bons em mentir para nós mesmos. Chegamos à conclusão que estamos motivados (ou sendo pagos) para alcançar e, em seguida, perguntamos a nós mesmos: será que eu tomei uma decisão objetivamente defensável? É tão fácil confirmar essa hipótese, que todos nós acabamos convencidos de que não fomos influenciados por motivos externos. Nós nos convencemos de que decidimos o caso pelos seus méritos.

Os juízes parecem particularmente cegos quanto a esse ponto, talvez por causa de sua vulnerabilidade à ilusão racionalista e a crença, expressa pela juíza O’Connor, de que eles estão simplesmente aplicando a lei. Basta olhar para o caso Caperton vs. Massey.³⁰ Esse foi um caso precursor de Citizens United.³¹ No final dos anos noventa, Hugh Caperton era presidente de uma empresa de mineração, e a Massey Coal recuou em um grande negócio com a empresa de Caperton. Isso levou sua companhia à falência. Caperton pro-

²⁸ Charlie Savage, A Judge’s View of Judging Is on the Record, N.Y. TIMES (May 14, 2009), <http://www.nytimes.com/2009/05/15/us/15judge.html>.

²⁹ Sandra Day O’Connor, Portia’s Progress, 66 N.Y.U. L. REV. 1546, 1558 (1991).

³⁰ Caperton v. A. T. Massey Coal Co., 556 U.S. 868 (2009).

³¹ Citizens United v. FEC, 130 S. Ct. 876 (2010).

cessou a Massey Coal e ganhou, por decisão do júri, 50 milhões de dólares em West Virginia. A Massey recorreu para a Suprema Corte de West Virginia. Enquanto o recurso estava pendente, houve uma eleição em que Brent Benjamin era candidato para a Suprema Corte. O CEO da Massey Coal, Don Blankenship, doou três milhões de dólares para a campanha de Benjamin. Ele iniciou uma campanha de caridade chamada “Para as Crianças”, que era apenas uma fachada para apoiar a campanha de Benjamin. Esse grupo contribuiu com a maior parte de todo o dinheiro levantado por Benjamin, mais do que todos os outros doadores juntos. Benjamin venceu a eleição e *não se afastou* do caso de Massey. Ele decidiu pronunciar-se sobre ele – sobre um caso envolvendo o homem que contribuiu para a maior parte do caixa de sua campanha – e deu o voto decisivo. Sem qualquer surpresa, o seu voto anulou o veredito do júri.

Caperton não recebeu a notícia inerte. Ele apelou para a Suprema Corte dos EUA, que concordou com ele. Essa foi realmente uma questão constitucional e o juiz Kennedy concordou com o argumento de que nesse caso a corrupção foi tão forte, que foi negado a Caperton o direito constitucional ao devido processo legal. Escreveu o juiz Kennedy:

A significativa e desproporcional influência de Blankenship
– mas a relação temporal entre a eleição e o caso pendente
– oferece uma possível tentação ao... juiz médio... a levá-lo a
não manter a ponderação boa, clara e verdadeira.³²

No entanto, ao retratar a decisão, o juiz Kennedy demonstra uma ampla relutância em criticar ou questionar a integridade de outro juiz. Então ele diz:

[B]aseado nos fatos apresentados por Caperton, o juiz Benjamin realizou uma pesquisa de sondagem em seus motivos e inclinações reais; e ele não encontrou nada impróprio. Nós não questionamos suas conclusões subjetivas de imparcialidade e decoro. Nem determinamos se houve, de fato, parcialidade.³³

Isso me faz querer gritar. Eu posso entender o constrangimento de se afirmar que um juiz da Suprema Corte de um estado foi influenciado por uma campanha de três milhões de dólares, e, claro, não podemos provar tal

³²Caperton, 556 U.S. at 886 (alteração no original) (citando Aetna Life Ins. Co. v. Lavoie, 475 U.S. 813, 825 (1986)).

³³Id. at 882.

coisa com um único caso. Mas, como um psicólogo social, posso afirmar que a maioria das pessoas é influenciada por presentes cujo valor seja trivial. A reciprocidade é uma das mais poderosas forças no mundo social. Se uma garçonete lhe dá, junto com sua conta, uma bala de menta gratuitamente, é provável que você queira deixar-lhe uma gorjeta maior. Se você aceitar uma amostra grátis em uma loja, você está mais propenso a comprar algo dessa loja. Se alguém lhe dá algo e você pega, você deve a essa pessoa. Você quer retribuir.³⁴

Uma representante da Fundação Nacional de Ciências uma vez me visitou na Universidade de Virginia. Nós saímos para tomar um café, e eu tentei pagar para nós dois. Ela disse que as diretrizes federais a proíbem de aceitar uma xícara de café e, refletindo sobre isso, tive que concordar que era uma política sensata. Eu sabia que se ela aceitasse a xícara de café paga por mim, ela estaria mais propensa a olhar os meus pedidos de subvenção favoravelmente e, portanto, ela não seria uma sensata administradora do dinheiro público. Isso é óbvio uma vez que você coloca dessa maneira. Nós não queremos que as pessoas deem presentes para aqueles que têm a responsabilidade de julgar os pedidos dos próprios doadores do presente. Todos nós sabemos disso – todos nós, exceto os juízes. Estou muito preocupado que alguns estados elejam seus juízes, obrigando-os a levantar dinheiro das mesmas pessoas que irão julgar. E estou chocado que os juízes tenham que decidir, por si próprios, se querem ou não se retirar dos casos. Os juízes parecem ter, entre eles, uma cultura de não julgar os demais – eles confiam uns nos outros para saber quando eles serão ou não influenciados por doações de enormes quantias. Essa confiança pode ser justificada em um mundo de perfeição racionalista. Ela não está garantida no mundo que realmente vivemos.

Agora, de volta ao caso Caperton, que, como eu disse, foi um precursor do caso Citizens United, que desencadeou uma onda de dinheiro adicional em nosso sistema eleitoral. Aqui está um trecho da decisão do juiz Kennedy nesse caso:

Este Tribunal conclui agora que os gastos independentes, incluindo aqueles realizados por empresas, *não dão origem à*

³⁴ Para uma revisão de estudos sobre o poder dos presentes triviais na produção do comportamento recíproco, ver ROBERT B. CIALDINI, INFLUENCE: SCIENCE AND PRACTICE (4th ed. 2001).

corrupção ou à aparência de corrupção. O presidente poder ter influência ou acesso sobre as autoridades eleitas *não significa que essas autoridades sejam corruptas.* E a aparência de influência ou acesso *não fará o eleitorado perder a fé nesta democracia.*³⁵

Não posso comentar sobre o raciocínio jurídico do juiz Kennedy, mas, na medida em que ele está fazendo afirmações sobre o comportamento humano e sobre a maneira como as pessoas percebem e interpretam o comportamento dos outros, sou profissionalmente qualificado a emitir um juízo: esse é um dos piores raciocínios psicológicos que já vi. Tenho ressaltado as afirmações empíricas que eu e a maioria dos psicólogos sociais diríamos que são falsas. O juiz Kennedy tem alguma autoridade ou justificativa para suas falsas alegações? Sim, ele inclui uma citação: *Caperton vs. Massey*. Ele cita seu próprio raciocínio em um caso anterior, em que faz um malabarismo para evitar criticar um colega juiz, e agora ele estende essa cortesia a todas as autoridades eleitas. Com uma única decisão, o juiz Kennedy ampliou a corrupção de nossa Democracia dando um salto gigantesco. Com um único parágrafo de mau pensamento psicológico, o juiz Kennedy fez com que vastas áreas do eleitorado perdessem, ainda mais, a fé nesta Democracia.

Em conclusão, há uma ilusão espreitando a academia. Não apenas nos departamentos de Psicologia e de Filosofia, mas também nas escolas de Direito e no mais alto tribunal do país. É a crença de que existe uma capacidade de raciocínio confiável, capaz de operar de forma eficaz e imparcial, mesmo quando o interesse próprio, as preocupações com a reputação, conflitos intergrupos e uma doação de três milhões de dólares conduzam a uma determinada conclusão.

Gostaria de terminar sugerindo que a prática e o ensino do Direito poderiam ser melhorados pela incorporação de mais psicologia no currículo. Os juízes devem avaliar as leis com uma compreensão adequada da natureza humana e de suas vicissitudes. Tão importante quanto isso, eles devem ter uma boa compreensão de si mesmos e de suas próprias limitações.

³⁵ Citizens United, 130 S. Ct. at 884 (ênfase acrescentada).