

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

FILOSOFIA DO DIREITO I

FERNANDO GALINDO AYUDA

LEONEL SEVERO ROCHA

RENATO CÉSAR CARDOSO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

F488

Filosofia do direito I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Fernando Galindo Ayuda, Leonel Severo Rocha, Renato César Cardoso – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-106-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Filosofia. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA**

FILOSOFIA DO DIREITO I

Apresentação

Buscar a unidade na multiplicidade, o universal no concreto: este sempre foi o escopo de parte considerável dos esforços filosóficos que se empreendem desde o mundo helênico. Entre Tales e Parmênides, Platão e Espinosa, Hegel e Schopenhauer, para citar alguns, definir a questão filosófica por excelência não era objeto de controvérsia. Nunca, no entanto, contou com aceitação geral ou pacífica tal projeto de filosofia: quimera inalcançável, diziam alguns, projeto irrealizável, natimorto, fadado ao fracasso, alardeavam outros tantos.

O livro que agora apresentamos, longe de contribuir na resolução do problema, só faz agravá-lo: não obstante sua indiscutível unidade e coerência enquanto obra de sólida Filosofia do Direito, que se note de imediato a multiplicidade de temas, perspectivas, autores, abordagens e "filosofias" que desfila. A tensão e a dialeticidade do um e do múltiplo, do particular e do universal, parecem aqui espelhadas na própria tessitura e natureza mesma deste livro.

NEUROCIÊNCIA, PSICOLOGIA MORAL E DIREITO: PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE (IM)POSSIBILIDADE DE CONVENCIMENTO RACIONAL

NEUROSCIENCE, MORAL PSYCHOLOGY AND LAW: FIRST LINES ON THE (IM)POSSIBILITY OF RATIONAL PERSUASION

Thais de Bessa Gontijo de Oliveira

Resumo

Ainda que sejam muitos os momentos em que o Direito se deixa influenciar pelos valores, existe hoje uma convicção de que os processos de aplicação do Direito resultam de processos racionais. Acredita-se que o aplicador do direito é influenciado pelos argumentos das partes, e constrói sua decisão racionalmente. Todavia, novas descobertas da Neurociência e da Psicologia Moral mostram que muitos desses julgamentos morais, que inevitavelmente influenciam os julgamentos jurídicos, são feitos de forma inconsciente e não-racional. Quando formados, esses julgamentos são imunes a argumentos racionais contrários. Por meio de revisão bibliográfica, discutem-se neste trabalho algumas decorrências dessas novas descobertas para o Direito. Entre elas, a possibilidade de reforçar o treinamento filosófico mais aprofundado no curso de formação de juristas, ou no curso de formação de magistrados, tornando essas pessoas mais permeáveis a argumentos contrários às suas próprias convicções morais. E ainda, a limitação do mandato dos Ministros dos Tribunais Superiores, com o objetivo de evitar que a jurisprudência se atrele à convicção moral de uns poucos juristas por longos períodos de tempo.

Palavras-chave: Neurociência, Neurodireito, Convencimento racional

Abstract/Resumen/Résumé

Although Law is often influenced by values, nowadays a widely held expert opinion is that the application of law is a result of rational reasoning. It is believed that those applying legal rules consider the conflicting arguments from both parties, and come to a decision by rational means. Nevertheless, new discoveries from Neuroscience and Moral Psychology show that many of these moral judgments that inevitably underlie legal judgments occur unconsciously and not rationally. Once such judgments are passed, they are immune to any dissenting rational argument. Through literature review, we discuss in the present paper some derivations of these new findings to Law. For instance, it is advisable that deeper philosophical training is installed in professional qualification for lawyers and magistrates, making these people more open-minded towards reasons against their own moral convictions. Furthermore, it is important to consider limiting the mandate of High Courts Ministers, in order to prevent that the moral convictions of these people pervade for too long.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Neuroscience, Neurolaw, Rational persuasion

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

1 INTRODUÇÃO

A presença dos valores é marcante no momento de produção ou estabelecimento de normas jurídicas: tanto a escolha sobre o que regular, como a direção da regulação, frequentemente se dirigem a temáticas que guardam relevância de valor para o um indivíduo ou coletividade. Isso sempre pareceu claro. Inclusive, parte considerável do processo legislativo é conduzida por pessoas sem qualquer treinamento jurídico, que não obstante derivam sua legitimidade da representação dos anseios da sociedade.

Por outro lado, em contextos como a produção de dogmática jurídica e aplicação do direito são ocupados por pessoas com alto treinamento jurídico, que dispõem de muitas ferramentas técnicas típicas do Direito. Delas, espera-se, nesses contextos, que apresentem argumentos mais sofisticados do que os simplesmente morais. São argumentos de base racional amparada na técnica jurídica.

Não obstante, o que se observa nesses momentos de aplicação é um fortalecimento da esfera de valor, em detrimento da esfera normativa. A princípio, esse tipo de argumentação valorativa, normalmente amparada por princípios, estava restrita aos chamados casos difíceis (*hard cases*). Todavia, o argumento principiológico vem ganhando terreno também nos casos mais cotidianos, o que pode ser indício de que o contexto jurídico, com todas os seus métodos e ferramentas altamente sofisticados e técnicos, está sendo colonizado pelos argumentos valorativos, ou seja, por argumentos morais.

Muitos podem entender que esse processo significa a moralização do Direito, que passa a se preocupar, também no momento da aplicação, com o que é justo, com o que importa (o que é importante), e, dessa forma, deixa de ser meramente um aparato burocrático e alienado que perpetua o *status quo*.

Todavia, quando o doutrinador/julgador/administrador se vale desses princípios para fazer um julgamento de valor, desprezando as normas e procedimentos postos, será mesmo possível achar uma solução que seja a justa, a relevante, a correta?

Algumas descobertas da neurociência podem contribuir com esse debate, talvez mais complicando-o do que resolvendo-o. Isso porque muitas dessas descobertas apontam para a diminuição do papel da razão consciente nas ações e pensamentos humanos e, por decorrência, também nos julgamentos morais. Essas atividades passam a ser vistas como consequência de atividades mentais (químicas e biológicas) do cérebro, sobre as quais a consciência não teria participação.

Nos casos dos julgamentos morais, quando a neurociência diminui a importância da razão, restam apenas os valores que, no caso, são entendidos como afetos ou emoções decorrentes de aquisições evolutivas, esses mais ainda inacessíveis à consciência.

É papel da Filosofia enfrentar questões difíceis e certamente destronar a racionalidade é uma dessas questões, em várias áreas, mas principalmente no Direito. É possível pensar o Direito sem o recurso à razão, admitindo que boa parte dos julgamentos morais decorre de outros processos cognitivos, e que a racionalização ocorre *post hoc*, quando é necessário justificar esses julgamentos?

Assim, este trabalho pretende promover uma reflexão sobre a (im)possibilidade de convencimento racional, amparado na melhor técnica jurídica, em vista de recentes descobertas da neurociência e da psicologia moral. Nessa nova orientação, a racionalidade, tal com laureada pelo projeto iluminista como a característica distintiva do ser humano, capaz de domar instintos e desejos, parece não ser tão determinante no julgamento moral. Por decorrência, como se deriva neste trabalho, também o julgamento jurídico será contaminado (ou no mínimo fortemente influenciado), por um outro tipo de convicção que opera independentemente da racionalidade.

Para tanto, foi apresentado um breve histórico de relevantes descobertas da neurociência que levaram ao questionamento do pressuposto racional, por meio de levantamento bibliográfico. Esse histórico tem por objetivo demonstrar que a racionalidade realmente está sendo atacada em várias áreas do conhecimento e caso realmente confirmem-se as hipóteses dos cientistas envolvidos nessas pesquisas de fronteiras, vários pressupostos das ciências humanas e sociais aplicadas deverão ser revistos. E exatamente em consideração a essas novas descobertas, são apresentadas algumas reflexões incipientes de que alguns institutos jurídicos deveram sofrer mudanças, já que se amparam e justificam justamente no apelo à razão.

2 A MANIFESTAÇÃO VIDENTE DE VALORES NA TÉCNICA JURÍDICA

A presença de valores é uma realidade na vida. Também na Ciência do Direito, os valores estão presentes. Eric Hilgendorf entende que os momentos de contatos mais fortes entre as normas e os valores são três: na criação das normas, no abandono das normas e na interpretação de conceitos jurídicos indeterminados (como a boa-fé ou interesse público) (HILGENDORF, 2004).

Exemplos não faltam. Ensina-se aos alunos de graduação – futuros juízes e administradores públicos – o princípio da moralidade administrativa, ao qual a Constituição faz alusão algumas vezes. O caput do art. 37, CR, dispõe que toda a Administração Pública brasileira deve obedecer ao princípio da moralidade. Por decorrência, comete improbidade administrativa (art. 37, § 4º, CR) não apenas o administrador que auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de sua função (art. 9º, Lei n. 8.429/1992) ou causa prejuízo ao erário (art. 10, Lei n. 8.429/1992), como também aquele que *atenta contra os princípios da administração pública* (art. 11, Lei n. 8.429/1992). Inclusive, é garantido a qualquer cidadão questionar a lesão da moralidade administrativa por meio da ação popular (art. 5º, LXXIII, CR). Além disso, comete crime de responsabilidade o Presidente de cometer ato que atente contra a Constituição, principalmente (entre vários), contra a probidade na administração (art. 85, V, CR).

Some-se a isso que a Constituição autoriza, a fim de proteger a probidade administrativa e a moralidade para exercício de mandato, que estabeleçam-se os casos de inelegibilidade e o prazo de sua cessação considerando a vida progressiva do candidato, (art. 14, § 9º, CR).

O aluno de graduação aprende que essa moralidade administrativa não é a moralidade comum, mas sim uma moralidade qualificada. Os agentes públicos devem agir em conformidade com princípios éticos, de acordo com os cânones da lealdade e da boa-fé, segundo os quais “a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos” (MELLO, 2006, p. 114). Ou ainda que há ofensa ao princípio da

moralidade administrativa quando “a conduta da Administração ou do administrado ofender a moral, os bons costumes, as regras da boa administração, o princípios da justiça e da equidade, a ideia comum de honestidade” (DiPIETRO, 2012, p. 79).

Ademais, há quem defenda que, mesmo comportamentos que atentem contra a moral comum podem implicar ofensa ao princípio da moralidade administrativa (FRANCO SOBRINHO, 1974).

Diante da relevância atribuída pelo próprio ordenamento, percebe-se que o princípio da moralidade não é um princípio esvaziado; ao contrário, possui relevantes repercussões jurídicas, bastante concretas. Mas qual o conteúdo dessa moralidade? Na prática, o que distingue o gesto probó de um ímprobo?

Essa resposta vem com uma enorme dificuldade, já que todas essas palavras, apresentações, conceitos são de pouca valia, pois tal como a palavra *moralidade*, as palavras *lealdade*, *boa-fé*, *bons costumes*, *justiça* e *equidade*, são todas de conteúdo vago, que pode variar de pessoa para pessoa. São conceitos jurídicos indeterminados, aos quais a literatura jurídica já muito se debruçou, ainda que sob o prisma da possibilidade de uma resposta racional.

Entretanto, acredita-se que é também no processo interpretativo desses conceitos jurídicos indeterminados que os valores se manifestam e, neles, a moralidade particular de cada intérprete.

E as largas variações não são mero subterfúgio argumentativo para se livrar de uma punição. Ao contrário, cada uma das pessoas que atribui a essas palavras um conteúdo próprio e específico tem convicção de que aquela interpretação é a única correta, e que se enganam os que pensam de forma diferente.

Interpretar (um texto qualquer, mas especificamente, um texto legal) é buscar a compreensão ou explicação de algo que ficou obscuro no curso da leitura. Mas como buscar esse conteúdo obscuro? A maior parte dos modelos apresenta regras para o intérprete, sempre com um apelo racional. Muitos modelos interpretativos trazem regras para que o intérprete encontre uma única resposta correta para cada caso. Mas mesmo quando o modelo admite que haja várias respostas corretas, ainda assim a legitimidade de cada resposta condiciona-se à apresentação de argumentos minimamente racionais.¹

¹ Assim, por exemplo, Cademartori entende que a tese da resposta correta no modelo de Dworkin não diz respeito a uma única resposta correta universal, mas sim a um caminho que conduza à uma resposta qualquer, desde que fundamentada

Há um crescente leque de princípios, dos quais os magistrados se valem para julgar casos e fazer lei entre as partes. Da mesma forma, na dogmática, existem muitos momentos em que os valores ou preferências do pesquisador influenciam em sua atividade, muitas vezes deformando-as. Escolhas teóricas são muitas vezes inspiradas por valores: dentro de determinado referencial teórico, sustentam-se conclusões que não se sustentariam em outros referenciais, de modo que aquelas conclusões só serão válidas dentro daquele cenário teórico específico. Ou então um pesquisador, movido pela vontade de realizar um determinado valor, sustenta determinada conclusão que, na verdade, não tem sustentação jurídica, mas sim sustentação ideológica.

Exemplos não faltam.

No caso de conflitos entre direitos fundamentais, recentemente, o Ministério Público Federal denunciou que os assentamentos criados pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) estavam causando degradação ambiental (MPF, 2012). Surge o conflito entre o direito à moradia (à terra, à subsistência) e o meio ambiente. Considerando que não houve abuso de direito de qualquer das partes, configura-se um caso difícil (*hard case*). Se adota-se um marco teórico comprometido com a realização de direitos fundamentais sociais (como o da moradia), então sequer reconhece-se a existência de um *hard case*, já que a conclusão só pode ser a de garantir as moradias. Se por outro lado, adota-se um marco teórico comprometido com a preservação ambiental, a conclusão inverte-se: não existe sequer *hard case*, uma vez que a solução só pode priorizar a preservação ambiental.

Há também exemplos de conclusões deformadas de saída por valores. Quando se estudam questões relativas ao saneamento básico, é muito comum encontrar o fortalecimento do poder local como princípio (HELLER, CASTRO, 2007). No Direito, a questão relativa à titularidade do saneamento básico depende da interpretação da dimensão de interesse local presente na Constituição (art. 30, CR): se o saneamento for considerado serviço público de interesse local (como entendem majoritariamente os autores), a titularidade é municipal; se por outro lado ele não for considerado de interesse local, mas sim regional, a titularidade é dos estados (OLIVEIRA, 2012). A conclusão de que “os serviços de saneamento básico são de interesse local porque é preciso fortalecer o poder local” não é *juridicamente* sustentável. As inclinações do pesquisador que afirma dessa forma, no sentido de fortalecer o poder local, capilarizar poder, nada mais são que manifestação de seus valores e preferências, transvestido

racionalmente, já que ambos os lados de uma dada controvérsia teriam argumentos igualmente fortes para provar que é o outro lado que está errado. (CADEMARTORI, 2009).

de argumentação jurídica. Claramente esses valores podem influenciar as conclusões a que se chega, sendo necessário transparecê-los para que se verifique, inclusive, se trata-se de um valor compartilhado pela comunidade científica. Nesse exemplo, percebe-se que o valor manifestado não pode ser testado (corroborado ou refutado), nem é bom ou mau. O importante aqui é explicitar a influência que teve o valor para que as consequências dessa implicação axiológica no contexto jurídico sejam adequadamente apreciadas.

Mas mais do que isso: a aplicação dos princípios não mais está restrita aos casos difíceis; está também ocupando espaços nos casos “fáceis”, em que o processo de subsunção do fato à lei não deveria representar maiores dificuldades. O que se pergunta aqui é: a aplicação generalizada de princípios é uma técnica jurídica legítima? Ou a referência a princípios é um caminho enviesado para que um julgador imponha seu julgamento meramente moral (seus valores pessoais) aos demais, apresentados com linguagem jurídica concretizada em argumentos *post hoc*.

São muitos os modelos de argumentação jurídica que apelam para a possibilidade de convencimento racional. Mas o pressuposto racional está presente em todos eles. Há na filosofia (e, por decorrência, no Direito), um culto à razão.

Diante desse pressuposto inatacável, dogmaticamente colocado, estrutura-se o sistema jurídico como um todo, os procedimentos legais, as teorias argumentativas. Mas, quando questiona-se esse pressuposto, continuará legítimo o *modus operandi* do Direito?

3 NEUROCIÊNCIA E PSICOLOGIA MORAL: A ARGUMENTAÇÃO MORAL

O iluminismo é “a linha filosófica caracterizada pelo empenho em estender a *razão* como crítica e guia a todos os campos da experiência humana” (ABBAGNANO, 2012, p. 618). O iluminismo contrapõe-se à filosofia da Idade Média, que passou a ser identificada como irracional, supersticiosa e autoritária. O iluminismo é em um sentido “a-histórico”, ao sustentar que todos os homens são sempre (e em qualquer lugar) fundamentalmente iguais quanto a sua natureza e que as diferenças entre eles aparecem durante a história e são superficiais e desprezíveis (INWOOD, p. 236).

Até pouco tempo atrás, o apelo à “natureza humana” para explicar os fenômenos consistia no apelo à suposição (inverificável) de entidades, causas ou forças ocultas ou transcendentais, das quais os fatos assim “explicados” seriam o resultado mais ou menos

misterioso (CUPANI, 1985, p. 19). Esse apelo tornaria impossível fazer antecipações confiáveis ou previsões de acontecimentos. Daí porque o conhecimento viável se fundamentava no empirismo (na experiência) e na lógica, ou seja, confiava na objetividade da interpretação e da lógica.

Com os avanços da neurociências e tecnologias relacionadas, começa a ser possível conhecer melhor essa natureza humana, ou pelo menos o papel determinante que as atividades químicas e biológicas exercem sobre o comportamento.

Um dos primeiros golpes que a neurociência dá no projeto iluminista é afirmar que a razão é uma atividade químico-biológica da mente, concomitante com tantas outras e, em termos de sobrevivência, menos importante que várias outras funções. Raciocinar e agir depende, portanto, de uma série de atividades químicas e orgânicas ocorridas dentro do cérebro.

A primeira vidência disso foi o caso de Phineas Gage, um operário norte-americano que supervisionava obras em uma ferrovia. Gage era um homem honrado e cumpridor de seus deveres, com promissora carreira. Em 1848, ele sofreu um acidente: ao preparar uma carga de pólvora para explosão com uma barra de ferro, o atrito da barra criou uma fagulha que detonou a pólvora e fez com que essa barra atravessasse o crânio. Gage foi socorrido ainda consciente e sobreviveu. Todavia, seu comportamento não era mais o mesmo. Ele se tornou anti-social e agressivo, sem conseguir manter-se mais em qualquer emprego. Permanecia, para todos os efeitos, uma pessoa racional. Todavia, na época, seus amigos testemunharam: “Gage não era mais Gage”.

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



Em 1994, Hanna e Antônio Damásio usaram as técnicas de computação gráfica e neuroimagens para reconstituir a lesão sofrida por Gage. Esses autores concluíram os danos se estenderam para os hemisférios direito e esquerdo do córtex préfrontal. Esses danos (já observados em outros pacientes com mudanças de comportamento similares) causam falhas nos

processos de decisão racional e de controle da emoção (DAMASIO et al, 1994).

Em 1992, Jonathan Haidt defendeu sua tese de doutoramento em Psicologia intitulada “*Julgamentos morais, afeto, e cultura, ou é errado comer seu cachorro?*”, na qual estudou o papel da emoção (em detrimento da razão) nos julgamentos morais, Haidt fez um experimento social. Nesse, foram preparadas histórias (narrativas) nas quais os personagens cometiam ações que potencialmente seriam consideradas nojentas, asquerosas ou repugnantes, mas que não causavam nenhum dano a ninguém. Noutras palavras, para os modelos morais existentes (focados em um dano ou injustiça), as histórias deveriam ser consideradas normais e aceitáveis. Uma delas era justamente o caso da pessoa que, tendo atropelado seu cachorro de estimação por acidente, decide cozinhá-lo e comê-lo. Boa parte dos participantes considerou as ações moralmente condenáveis e muitos não conseguiram fornecer sequer um argumento racional para esse sentimento. Eles diziam algo do tipo: “não sei porquê; não posso explicar; só sei que essa ação está errada”.

Assim, Haidt conclui que os julgamentos morais decorrem de reações afetivas, e não por racionalizações. Além disso, o autor sugere que as normas culturais e emoções culturalmente formadas têm um impacto substancial sobre o domínio da moralidade e do processo de julgamento moral. Isso quer dizer que, nos julgamentos morais, as emoções têm um papel muito mais importante do os modelos racionais atribuem a ela, e que argumentos racionais, quando solicitados, são construções *post hoc* para justificar uma decisão tomada sem qualquer recurso à razão. O autor defende ainda que as emoções são aquisições evolutivas: emoções com a culpa, a vergonha ou a raiva nos estimulam a agir de forma a ganhar confiança, cooperação e respeito dos outros, e nos tornam capazes de resistir a tentações de curto prazo (HAIDT, 1992).

Aprofundando-se nas consequências de sua descoberta, Haidt publica em 2001 um artigo polêmico intitulado “*O cachorro emocional e sua cauda racional: uma abordagem sociointuicionista para o julgamento moral*”. Nele, o autor apresenta seu modelo para julgamentos morais, amparado em estudos sociológicos, da Psicologia e também da Neurociência: a *abordagem sociointuicionista*. Nessa abordagem, o julgamento moral decorre de rápidas intuições morais e é seguido (quando necessário justificar) por racionalizações morais lentas e *ex post facto*. Os argumentos racionais morais normalmente são construções *post hoc* que têm por objetivo justificar intuições morais automáticas. Nesse caso, retomando a metáfora do cachorro, os julgamentos morais seriam o corpo do cachorro e a racionalização sua cauda: não é possível mexer o cachorro (alterar o julgamento moral) abanando a cauda do

cachorro (argumentos racionais morais). Por isso mesmo, em uma discussão moral, não é possível convencer o interlocutor a alterar o julgamento moral dele pela mera apresentação dos argumentos racionais (HAIDT, 2001).

No entanto, Haidt adverte o julgamento moral de uma pessoa não é determinante para que ela aja. Assim, uma pessoa pode condenar uma determinada ação como moralmente errada e repudiá-la, mas, ao mesmo tempo, descartar a possibilidade de intervenção ou punição ao autor da ação, mostrando um comportamento tolerante.

Nesse sentido, uma descoberta interessantíssima de Haidt foi o papel da cultura na formação dessa atitude. Assim, no experimento, haviam diversos grupos de pessoas, de diferentes origens sócio-econômicas, idades (adultos e crianças). Dos 12 grupos formados, três eram compostos de estudantes universitários, um de Recife, outro de Porto Alegre e outro da Filadélfia.

Nas três cidades, o grupo formado de estudantes universitários se destacou como o mais tolerante, ou seja, ainda que as ações fossem consideradas moralmente erradas, as pessoas não legitimavam uma intervenção ou punição. Haidt especula que essa postura decorre de uma ética (*ethos*) particular que prega-se nos campus de universidades de elite, em que se enfatiza a liberdade, a tolerância e o respeito por diferentes culturas. Segundo o autor, nessas escolas, aqueles que não se tornam relativistas rapidamente são taxados de racistas.

É pertinente pensar ainda sobre os estudos neurocientíficos sobre a formação de conceitos. Conceituar normalmente é visto como uma atividade altamente racional, abstrata e sofisticada – tanto mais quanto mais complexos forem os objetos que se pretende conceituar.

Vittorio Gallese e George Lakoff (GALLESE; LAKOFF, 2005) apresentaram um trabalho sobre a natureza do conhecimento conceitual, estudada não sob a perspectiva dos modelos epistemológicos tradicionais (de matriz racionalista), mas sim na perspectiva das descobertas recentes da neuropsicologia clínica bem como da neurociência cognitiva. A primeira vem estabelecendo conexões entre determinados danos cerebrais e as correspondentes perdas no conhecimento conceitual (a pessoa deixa de identificar animais, ou classes de objetos). Já a segunda tenta estabelecer quais áreas do cérebro são ativadas pelas diferentes categorias conceituais. Para esses autores, o pensamento racional é uma exploração das operações normais do nosso corpo. Como tal, é também largamente inconsciente (e, portanto, não pode ser considerado como racional no sentido usual do termo).

Na filosofia da linguagem, conceitos (mesmo aqueles conceitos ligados à percepção) são a base de sistemas formais abstratos, em absoluto desconectados com a vida do corpo e as regiões do cérebro que governam o funcionamento do corpo no mundo. Todavia, Gallese e Lakoff propõem uma visão radicalmente diferente. Para esses autores, o conhecimento conceitual é corporificado (ou encarnado), ou seja, ele é mapeado dentro do sistema sensorio-motor do cérebro. Esse sistema não só fornece estrutura para o conteúdo conceitual, como também caracteriza o conteúdo semântico dos conceitos no que diz respeito ao modo como nós trabalhamos com nossos corpos no mundo. Para tanto, os autores tomam como pressuposto uma descoberta da neurociência: a de que as atividades de imaginar e fazer usam um substrato mental compartilhado.

Para os autores, utilizamos as mesmas partes do cérebro tanto ao ver algo, quanto ao imaginar ver algo. É possível imaginar pegar um objeto, sem de fato pegá-lo. E porque imaginar a frase “Henrique pegou o copo” faz parte da compreensão dessa frase, conclui-se também que o mesmo substrato mental utilizado para imaginar é utilizado também para compreender. Além disso, se compreender é imaginar, então o que é possível compreender de uma sentença em um contexto é o significado daquela sentença naquele contexto. Para os autores, a imaginação, como a percepção ou o ato, é corporificado (ou encarnado), ou seja, estruturado por nosso constante encontro e interação com o mundo por meio do nosso corpo e cérebro. Eles apresentam uma *teoria interacionista do significado*. Para tanto, os autores argumentam que o aspecto fundamental da interação é o aproveitamento neural, ou seja, a adaptação dos mecanismos cerebrais sensorio-motores que desempenham papéis no raciocínio e linguagem, enquanto conservam ao mesmo tempo suas funções originais.

Os autores acatam a teoria de que o cérebro é um sistema multi-modal; noutras palavras, rejeitam a ideia de que o cérebro tenha módulos separados para a ação e para a percepção, e que haja um módulo responsável pela integração de ambos. Diante disso, defendem que o sistema sensorio-motor do cérebro é um sistema “multimodal” (e não modular), já que o cérebro em si é um circuito de modalidades que se conectam, e projetam propriedades de uma na outra.

Assim, para os autores, dizer que uma ação como “pegar” é multimodal significa que *i*) essa ação é operacionalizada por substratos neurais utilizados tanto pela ação quanto pela percepção e *ii*) as modalidades de ação e percepção ao integradas no nível do próprio sistema sensorio-motor, e não por uma associação superior.

Por isso, a linguagem é multimodal e utiliza modalidades conectadas, como a visão, a audição, o tato, as ações motoras, etc; a linguagem aproveita a característica multimodal preexistente do sistema sensorio-motor. Se de fato é assim, é possível concluir que não existe um módulo cerebral para linguagem, mas sim que ela utiliza vários módulos, inclusive alguns mecanismos presentes em primatas não-humanos.

Assim, os autores especulam que a atividade de *conceituar* (ações, objetos ou abstrações) explora regiões do cérebro ligadas ao sistema sensorio-motor, empregando esse conhecimento corporificado como metáfora para compreender outros objetos abstratos. E as implicações dessas conclusões são significativas:

Acreditamos que [a proposta dos autores] sugere que o pensamento racional não é totalmente separado do que os animais podem fazer, porque ele usa diretamente os mecanismos corporais sensorio-motores – os mesmos usados por primatas não-humanos para funcionar em seus ambientes cotidianos. De acordo com nossa hipótese, *o pensamento racional é uma exploração das operações normais do nosso corpo. Como tal, é também largamente inconsciente.* [GALLESE; LAKOFF, 2005, p. 473, grifos acrescentados]

Essas descobertas, e tantas outras, levam a crer que muito da nossa capacidade de racionalização é limitada ou condicionada por fatores que são alheios à consciência. Essas limitações ou condicionantes decorrerem diretamente da forma como o cérebro opera (de processos biológicos e químicos) que, em muitos casos, representam aquisições evolutivas.

4 A NEUROCIÊNCIA E A POSSIBILIDADE DE CONVENCIMENTO RACIONAL NOS CONTEXTOS JURÍDICOS

Quando se admite que a razão não reina soberana em nossos processos mentais como antes se supunha, então um dos pressupostos do Direito está ameaçado.

Segundo Jeffrey Rosen, professor de Direito na George Washington University Law School, a neurociência terá um papel fundamental na evidência jurídica. Essas evidências devem impactar não só questões de culpa e punição, mas também em casos civis, de detecção de mentiras e preconceitos ocultos. Mas é principalmente em casos penais que essas evidências têm tido mais força, e tribunais da Flórida já anularam julgamentos em casos de pena de morte em que não foram admitidas evidências neurocientíficas.

No Direito, para que uma pessoa seja considerada (penalmente, civilmente ou administrativamente) responsável por uma conduta, ela deve ser considerada racional; caso contrário, será considerada como inimputável. Para um neurocientista, a pessoa é o seu

cérebro; nada causa seu comportamento a não ser a atividade do cérebro. Mas a neurociência já demonstra que o comportamento de uma pessoa considerada racional é determinado por atividades no cérebro sobre a qual ela não tem o menor controle. Ou seja, há estudos para verificar os obstáculos neurológicos à liberdade de uma pessoa.

Essas reflexões já estão sendo desenvolvidas dentro da perspectiva do réu, ou seja, se o réu jamais foi livre para tomar suas decisões, se todas as pessoas são autômatos das atividades cerebrais, se não há liberdade, então não pode haver ser responsabilização por ações ou omissões.

Entretanto, há outras derivações que devem ser pensadas no âmbito do Direito. Altere-se o contexto em que se apresentam essas limitações biológicas à liberdade e à razão: e se o julgador não possui independência pra efetuar um julgamento? Se ele é refém dos processos neurobiológicos de seu cérebro, se não consegue se desfazer de seus preconceitos para poder apreciar com independência os argumentos das partes?

De fato, o modelo sociointuicionista de Haidt subverte a forma tradicional de se entender a formação dos juízos morais, e reduz significativamente o papel da razão nesse processo. O julgamento moral será, como visto, (na maior parte das vezes) resultado de um intuição rápida e involuntária, seguida de um processo de racionalização. Diante disso, é importante refletir: se o magistrado é imune aos argumentos e provas apresentados pelas partes, então não há qualquer chance de um julgamento justo. Isso porque os julgadores também não escapam de suas intuições iniciais e todas as fundamentações para suas decisões são racionalizações *post hoc* elaboradas para compostas para justificar a intuição – moral – inicial. E no atual protagonismo dos princípios jurídicos, encontra-se a linguagem perfeita para apresentar essa racionalização.

Ao que parece, se o julgamento jurídico é precedido por um julgamento moral operacionalizado na forma que Haidt escreve, então existe de fato um decisionismo inexorável e inelutável instalado. O decisionismo é a doutrina segundo a qual “os princípios éticos não são fruto de um conhecimento lógico-racional, mas de uma escolha extra-racional” (ABBAGNANO, 2012, p. 269). Ainda que no ordenamento jurídico brasileiro atual não se admita essa realidade (e o juiz deva decidir conforme o princípio do livre convencimento racional, ou livre convencimento motivado), não parece que o juiz tenha escolha sobre o assunto. Principalmente porque em grande parte dos casos (principalmente nos chamados casos difíceis), haverá bons argumentos racionais para justificar qualquer das posições antagônicas dentro de uma controvérsia jurídica com relevância moral.

A despeito desse cenário pessimista, Haidt informa pode existir sim um processo de argumentação racional (interna) decorrente de um treinamento ou vocação específico. Nesse sentido:

as pessoas são capazes de comprometer privadamente com racionalizações morais, e muitas pessoas conseguem localizar momentos nas suas vidas quando elas mudaram de ideia sobre um assunto moral apenas de meditar (ruminar) sozinhas sobre o assunto. Embora alguns desses casos possam ser ilusões [da racionalização post hoc], outros casos podem ser reais, particularmente entre os filósofos, um dos poucos grupos encontrados que foi capaz de racionalizar bem (Kuhn, 1991).. (HAIDT, 2001, p. 819)²

De fato, todos os magistrados brasileiros possuem formação em curso superior e, em tese, passaram pelo processo que incute posturas mais tolerantes, libertárias e respeitadas com as diferentes culturas (HAIDT, 1992). Entretanto, como o papel do juiz é intervir (decidir e resolver), ainda que ele seja capaz de respeitar das posições antagônicas que lhe são apresentadas, é difícil saber se ele será capaz de superar suas intuições morais iniciais e proceder a um legítimo processo de racionalização.

Talvez seja o caso de se pensar em reforçar o treinamento filosófico mais aprofundado no curso de formação de juristas, ou no curso de formação de magistrados.

Mais ainda, no caso da Corte suprema do país, o Supremo Tribunal Federal, essas novas contribuições da neurociência questionam a pertinência dos critérios de escolha e nomeação dos ministros:

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.
Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Os Ministros são indicados pelo Presidente da República e, ao menos em tese, é possível especular que estejam alinhados política e ideologicamente com o chefe do Poder Executivo. Ainda que venham a exercer suas funções com a maior autonomia, ainda assim, não podem desvestir-se das convicções morais que trazem consigo para o cargo (ou, pelo menos, não podem fazê-lo com a maioria das convicções). Nem tampouco podem fazê-lo com tão pouca idade.

Um Ministro indicado com 35 anos de idade poderá permanecer no STF por outros 35 anos, até que atinja a idade da aposentadoria compulsória. E mais do que isso, potencialmente perpetuar-se-ão durante todo esse tempo os valores do governo que o indicou.

² CONFERIR: Kuhn, Deanna. The skills of argument. Cambridge (England): Cambridge University Press, 1991.

O Min. Marco Aurélio Mello, por exemplo, foi indicado pelo ex-Presidente Fernando Collor de Mello em 1990, quando tinha 43 anos e ocupa o cargo há 25 anos.³ Já o Min. Dias Toffoli foi indicado pelo ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva quando tinha 42 anos e poderá ficar ao todo 33 no exercício dessa função.

Mas se os julgadores estão inexoravelmente adstritos à palheta de valores que já carregam consigo, seria mesmo adequado – numa perspectiva democrática e republicana – que permaneçam nessa função durante tantos anos?

Mais ainda, se apenas os filósofos conseguem se comprometer com o convencimento racional, analisando os argumentos dos dois lados da controvérsia para chegar a uma conclusão, então talvez deva haver dentro da estrutura judiciária brasileira um Conselho de Filósofos para decidir sobre os casos com dilemas morais.

5 REFLEXÕES FINAIS

Rosen cita uma conversa que teve com Stephen J. Morse, um professor de Direito e Psiquiatria na Universidade da Pennsylvania, que é cético em relação às mudanças que a neurociência provocará no sistema legais. Para Morse, apenas se a neurociência provar (mas ainda não provou) que a razão não exerce nenhum papel no comportamento humano, que todas as intenções e razões para um comportamento são racionalizações *post hoc* que o cérebro gera para explicar o que o próprio cérebro já realizou sem a participação consciente do sujeito, apenas nesse caso, seria preciso rever o sistema penal e abandonar a responsabilização nos moldes em que se a emprega hoje.

Mas a situação é mais grave que isso.

Se as pessoas são imunes aos argumentos racionais porque já constituíram um julgamento moral prévio, intuitivo e, no mais das vezes, inviolável, então não existe nenhuma possibilidade de que um juiz emita um julgamento justo – em qualquer caso, e não apenas na seara penal.

Vão ruir todas as teorias de argumentação racional, já que sempre haverão bons argumentos racionais para justificar quaisquer posições em um dilema jurídico com relevância moral.

³ A Emenda Constitucional n. 88, de 7 de maio de 2015, alterou o art. 40, II, da Constituição para autorizar que os servidores públicos se aposentem aos 75 anos, sendo que o novo limite de idade aplica-se imediatamente aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União.

Isso é particularmente relevante no julgamento dos chamados casos difíceis, em que a polarização de valores cria um dilema moral evidente. São casos como a decisão sobre o aborto de anencéfalo, o julgamento da lei de biossegurança, o reconhecimento da união estável homoafetiva, proteção ambiental, ou mesmo os casos de corrupção – em que as preferências ou missões dos magistrados podem deturpar um julgamento justo.

Mais ainda. Se as experiências pessoais e nossa relação física com o mundo são determinantes para formação de conceitos (desde os mais concretos até os mais abstratos). Se um juiz, antes da magistratura, trabalhou em uma empresa e se sentiu explorado, se foi mal atendido por um médico, se foi mal tratado como consumidor por uma empresa, isso pode levá-lo a partir de um pressuposto de que o empregador é um explorador, médicos são arrogantes, e empresas são desrespeitosas. Em muitos casos, nenhum argumento racional vai desconstituir esses pressupostos, já que contrariam uma experiência física armazenada no cérebro desse magistrado.

Será possível salvaguardar a legitimidade dos procedimentos jurídicos diante de tais evidências?

É preciso continuar estudando e refletindo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo (SP), WMF Martins Fontes, 2012.

ADVOGADO de lobista diz que não se faz obra pública no Brasil sem propina. *GI*, 20 nov. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2014/11/advogado-de-lobista-diz-que-nao-se-faz-obra-publica-no-brasil-sem-propina.html>>. Acesso em: 04 nov. 2014.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. A tese da resposta correta na teoria de Dworkin e a polêmica com as concepções analíticas do direito: um provável mal entendido. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 4, 2009, p. 1-17.

CUPANI, Alberto. *A crítica do positivismo e o futuro da filosofia*. Florianópolis: UFSC, 1985.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

GALLESE, Vittorio; LAKOFF, George. The brain's concepts: the role of the sensory-motor system in conceptual knowledge. *Cognitive Neuropsychology*, 22:3-4, p. 455-479, 2005.

HELLER, Léo; CASTRO, José Esteban. Política pública de saneamento: apontamentos teórico-conceituais. *Engenharia Sanitária e Ambiental*, Rio de Janeiro (RJ), v. 12, n. 3, p. 284-295, jul./set. 2007.

Haidt, Jonathan. *Moral judgment, affect, and culture, or, is it wrong to eat your dog?* 1992, 68 f. Dissertação (doutorado) - Universidade da Pennsylvania. Disponível em: <<http://people.stern.nyu.edu/jhaidt/articles/haidt.1992.dissertation.pub001b.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2014.

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

Haidt, Jonathan. *The Righteous Mind: why good people are divided by politics and religion*. New York: Vintage Books, 2012.

HILGENDORF, Eric. Law and science. In: MACHAMER, Peter; WOLTERS Gereon (org.). *Science, Values, and Objectivity*. University of Pittsburgh Press, 2004. Chapter 15, p. 294-309.

INWOOD, M.J. Enlightenment. In: HONDERICH, Ted. *The Oxford Companion To Philosophy*. Oxford; New York: Oxford University Press, 1995.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21 ed., rev., e atual. até a Emenda Constitucional 52/2006. São Paulo: Malheiros, 2006.

MPF aponta Inca como responsável por um terço do desmatamento da Amazônia. *Estadão.com.br*, Planeta, Brasília, 11 out. 2012. Disponível em <<http://www.estadão.com.br/noticias/vidae,mpf-aponta-incra-como-responsavel-por-um-terco-do-desmatamento-da-amazonia,944161,0.htm>>. Acesso em: 11 out. 2012.

OLIVEIRA, Thaís de Bessa Gontijo de. Competências constitucionais em projetos de saneamento básico - o mito do interesse local nos votos do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo (SP), RT, n. 68, ano 17, p. 75-102, out./dez. 2012.

ROSEN, Jeffrey. The brain on the stand. *New York Times*. 11 mar. 2007. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2007/03/11/magazine/11Neurolaw.t.html?pagewanted=all&_r=0>. Acesso em: 27 nov. 2014.