



## O REALISMO JURÍDICO E A NATURALIZAÇÃO DO DIREITO: EVIDÊNCIAS DAS FUNDAÇÕES MORAIS EM JULGAMENTOS JURÍDICOS

### LEGAL REALISM AND THE NATURALIZED JURISPRUDENCE: EVIDENCE OF THE MORAL FOUNDATIONS IN JUDICIAL ADJUDICATIONS

<sup>1</sup>Pâmela de Rezende Côrtes  
<sup>2</sup>Thaís de Bessa Gontijo de Oliveira

#### RESUMO

Este trabalho tem como objetivo refletir, dentro do escopo teórico oferecido pelo Realismo Jurídico, quais são as implicações de algumas pesquisas contemporâneas em Psicologia, notadamente a Teoria das Fundações Morais, para o Direito. Para tanto, será feito um levantamento bibliográfico com o intuito descritivo, tanto para situar a perspectiva do realismo jurídico adotado, quanto para apresentar a Teoria das Fundações Morais. Depois, procura-se demonstrar como as fundações morais podem ter impactado alguns julgamentos emblemáticos do Supremo Tribunal Federal.

**Palavras-chave:** Realismo jurídico; Teorias das fundações morais; Decisões judiciais.

#### ABSTRACT

This paper aims to think upon the legal implications of some contemporary studies in the field of Psychology, namely the Moral Foundations Theory, from the Legal Realism standpoint. Through bibliography review, we put forward a descriptive account of the realist perspective, as well as an introduction to the Moral Foundation Theory. From that, we try to show how some moral foundations may have played a significant role in some representative judicial adjudications drawn from Brazilian Supreme Court.

**Keywords:** Legal Realism; Moral Foundations Theory; Judicial Adjudication.

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, Belo Horizonte, Minas, (Brasil). Membro do Grupo de Estudos em Neuroética e Neurodireito (GENe). E-mail: [pamela.recortes@gmail.com](mailto:pamela.recortes@gmail.com)

<sup>2</sup> Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, Belo Horizonte, Minas, (Brasil). Membro do Grupo de Estudos em Neuroética e Neurodireito (GENe). E-mail: [thais.bgo@gmail.com](mailto:thais.bgo@gmail.com)



## 1 INTRODUÇÃO

Desde a proposição da teoria da evolução por Darwin, há um intenso debate sobre os limites ou não da aplicação da teoria aos seres humanos. Quando se trata da existência de pelos, da constituição óssea, do tamanho do crânio, parece ser mais fácil apontar características de um processo evolutivo. Todavia, a pergunta mais difícil parece ser quanto aos nossos atributos não físicos: será que nossa história evolutiva influencia nossa psicologia? E qual o interesse disso para a Teoria Jurídica?

Quando se aceita a premissa de que sim – nossa história evolutiva singular é responsável por muitos aspectos da nossa psicologia singular –, então é possível aspirar explicar inúmeros fenômenos humanos associados ao intelecto com base nessas teorias, entre eles, a cultura humana e mais especificamente o sistema jurídico. É uma tarefa de pretensão descritiva/explicativa, de grande aderência à proposta do Realismo Jurídico.

Este movimento pretende entender as causas da decisão judicial, empregando os métodos das ciências naturais e causais. E é exatamente isto que pretende-se fazer no trabalho: após uma pesquisa sobre a Teoria das Fundações Morais (*Moral Foundations Theory*, MFT), teoria originada no âmbito da Psicologia evolucionista, pretende-se demonstrar como as fundações morais podem se manifestar nos julgamentos judiciais.

Será apresentada uma breve caracterização das discussões que interessam ao Realismo Jurídico e da Psicologia Evolucionista, de modo a evidenciar o possível interesse do primeiro nos desenvolvimentos da segunda, tudo isso por meio de levantamento bibliográfico. Colheu-se, na forma de *insights*, algumas manifestações dos tribunais em que, acredita-se, mais do que aplicar a lei, foram determinantes questões morais, bem explicadas na perspectiva da MFT.

## 3 O REALISMO JURÍDICO E A POSSIBILIDADE DE PREVER DECISÕES JUDICIAIS

O Realismo Jurídico é uma corrente de pensamento nascida na década de 1920 e 1930 nos Estados Unidos dentro de um movimento que considera as ciências naturais como o paradigma de conhecimento genuíno, cujos métodos distintivos eram a observação e o teste



empírico, que as ciências sociais desejavam igualar em método e sucesso (LEITER, 1997, p. 269). Em sua apresentação mais radical (e, em alguma medida, caricatural), o Realismo Jurídico é apontado como uma teoria descritiva sobre a natureza da decisão judicial, segundo a qual juízes exercem sua discricionariedade sem restrições, a fim de alcançar resultados baseados em suas preferências e valores pessoais, os quais eles então racionalizam depois do fato com regras e razões jurídicas apropriadas (LEITER, 1997, p. 268).

Entretanto, é preciso primeiramente alertar que cada jurista considerado realista possui uma visão pessoal, de modo que não existe apenas um único movimento, coeso e singular. Não obstante, todos os realistas parecem comprometidos com um argumento: ao decidirem um caso, os juízes respondem em primeiro lugar ao estímulo dos fatos (LEITER, 1997, p. 269), em outras palavras, que “juízes chegam a uma decisão baseados no que eles pensam ser justo quanto aos fatos do caso, e não baseados nas regras jurídicas aplicáveis”<sup>3</sup> (LEITER, 1997, p. 275, tradução das autoras).

Destarte, os realistas colocam muita ênfase nos fatos e, aconselhando os advogados, informam que ainda que a estrutura jurídica do caso deva estar presente, é preciso que haja sólida e inequívoca demonstração da procedência de seus pedidos, **amparada na descrição dos fatos** (e não apenas na lei). Assim, para o realista, as razões que determinam o julgamento jurídico não são as normas jurídicas (ao contrário dos formalistas, para quem o julgamento é determinado por normas jurídicas).

De se frisar: se a recomendação dos realistas é amparar a procedência na descrição dos fatos, essa estratégia tem exatamente o objetivo de suscitar no juiz algumas intuições morais, intuições sobre quem tem razão, quem tem direito a quê. A técnica jurídica (ou estrutura jurídica do caso) deve estar presente, para que o juiz consiga fundamentar essa intuição que, inicialmente, despertou da parte emocional.

Ademais, uma das tarefas do Realismo (e também do Pragmatismo) se liga à previsibilidade do Poder Judiciário:

De acordo com o Naturalismo, uma teoria satisfatória da decisão judicial deve ser alinhada com o teste empírico nas ciências naturais e sociais. De acordo com o Pragmatismo, uma teoria satisfatória da decisão jurídica para advogados deve ajuda-los a prever o que os tribunais farão. Naturalismo e

---

<sup>3</sup> No original: “judges reach decisions based on what they think would be fair on the facts of the case, rather than on the basis of the applicable rules of law”.



Pragmatismo estão ligados da seguinte maneira: **para prever confiável e efetivamente o que os tribunais farão, devemos saber o que leva um tribunal a decidir de determinada maneira.** Essas causas da decisão jurídica, por sua vez, só estão disponíveis por meio do teste empírico desenhado com base nas ciências naturais e sociais que o Realismo defende. Uma teoria naturalista da decisão, portanto, deve produzir pragmaticamente teorias valiosas para os advogados, por exemplo, uma teoria que vai tornar possível dizer o que os tribunais farão.<sup>4</sup> (LEITER, 1997, p. 286-286, tradução das autoras, grifos acrescentados)

Quando houve a virada naturalista na Filosofia, os métodos teóricos apriorísticos dos filósofos (a filosofia de gabinete, ou *armchair philosophy*) foi considerada insuficiente, o que exigiu a incorporação e/ou substituição por teorias empíricas consideradas mais adequadas. Nessa virada, duas questões epistemológicas devem ser consideradas. Primeiramente, que exista uma continuidade nos resultados, ou seja, que as teorias filosóficas não contradigam resultados empíricos demonstrados por outras ciências. Além disso, deve haver uma continuidade metodológica, a qual se alcança quando a teoria filosófica é dependente de resultados efetivos obtidos pelo método científico empregado nos vários domínios do conhecimento, ou quando a teoria filosófica realmente espelha e emprega as formas científicas típicas de explicar o mundo. (LEITER, 1997, p. 289-290).

Assim, por exemplo, por muito tempo, a Ciência do Direito amparou-se no pressuposto racionalista, de que a decisão jurídica é fruto do intelecto frio, depurado de emoções e sentimentalismo.

Entretanto, a exemplo do que se pretende demonstrar abaixo, novos desenvolvimentos da Psicologia vêm demonstrando que existe um processo dual de raciocinar, segundo o qual a cognição ocorreria de duas formas prototípicas. A primeira poderia ser chamada de Sistema 1, que é intuitivo, rápido, ocorre sem esforço, na maior parte das vezes inconscientemente, normalmente baseado em reações emocionais, empregado em situações familiares. Já o Sistema 2 é o contrário: ele é devagar, custoso, consciente, menos influenciado pelas emoções, e adequado para situações estranhas. (KAHNEMAN, 2011). Por séculos, a Filosofia – o Direito

---

<sup>4</sup> No original: “According to the Naturalism, a satisfactory theory of adjudication must be continuous with empirical inquiry in the natural and social sciences. According to the Pragmatism, a satisfactory theory of adjudication for lawyers must enable lawyers to predict what courts will do. Naturalism and Pragmatism are linked in the following way: To predict reliably and effectively what courts will do one should know what causes courts to decide as they do. The causes of judicial decision, in turn, are only available to the sort of empirical inquiry modeled on the natural and social sciences that the Realists advocate.’ A naturalistic theory of adjudication, then, must produce a pragmatically valuable theory for lawyers, i.e., one that will enable them to predict what courts will do”.



por decorrência – ampara suas teorias no pressuposto de que é possível desligar o Sistema 1 e compreender a realidade apenas pela lente do Sistema 2. Esse paradigma está a ruir.

Diante disso, é importante trazer o papel que as emoções desempenham na cognição humana. Especificamente no Direito, Kathryn Abrams e Hila Keren defendem que existem três dimensões de diálogos entre o Direito e as emoções (*apud* STRUCHINER; TAVARES 2014). O primeiro seria a **iluminação**, que tem por objetivo explicitar o papel, frequentemente desconhecido, das emoções nos arranjos jurídicos. Existem relações emocionais ignoradas ou negligenciadas na rotina jurídica. A segunda dimensão é a **investigação**, que adota uma metodologia interdisciplinar para ligar os estudos naturalísticos do comportamento humano, o que esse conhecimento significa e como ele impacta o Direito. Por fim, temos a **integração**, na qual os dados levantados na iluminação e na investigação substanciam propostas normativas (com a construção ou reforma de instituições jurídicas, ou com o desenho de instituições jurídicas que promovam ou limitem determinadas emoções).

O desenvolvimento subsequente do presente trabalho tem a pretensão de iluminar o papel de processos cognitivos não-rationais no julgamento de questões jurídicas moralizadas. Pretende-se demonstrar como o acionamento de uma cognição não-rationa (o Sistema 1, na metáfora empregada acima) é inevitável e, conseqüentemente, é plausível defender que os juízes não sejam imunes a ela. Se esse argumento mostrar-se procedente, em última instância, é possível afirmar que não existe julgamento jurídico racional puro.

Tomando-se como referencial teórico a MFT, foi possível lançar a hipótese de que, mais do que aplicar a lei, a decisão judicial deixa transparecer sistemas morais quando apresenta a solução para o caso.

## 2 EXPLICAÇÕES EVOLUCIONISTAS PARA O COMPORTAMENTO HUMANO

A aproximação entre ciências é uma tarefa extremamente delicada. Sobretudo, a aproximação das ciências naturais com as ciências humanas como um todo é repleta de dificuldades. A ideia de que temos pelo menos algumas tendências inatas pode ser complicada, já que “com poucas exceções, os cientistas sociais arrepiam os cabelos quando ouvem falar da hipótese da existência de uma natureza humana” (LEIS, 2004, p. 41).

Com exceção talvez da economia, todas as outras ciências sociais e humanas,



incluindo a antropologia, a psicologia, a história, a filosofia, talvez no afã de se constituírem em saberes com seus próprios padrões de excelência científica e metodológica, ignoraram que a espécie humana, e mais agudamente as ações humanas, são o resultado da interação entre, de um lado, **cenários e situações sociais e históricas específicos**, e, de outro, **indivíduos constituindo espécies biológicas, indivíduos que dependem, para interagir socialmente, de um órgão diferenciado na economia do corpo: o cérebro**. (WAIZBORT, 2008, p. 252, grifos acrescidos)

Essa dificuldade de diálogo também se encontra no Direito.

Que as ciências sociais (e especialmente o Direito) têm vivido os últimos decênios de costas aos espetaculares logros dos recentes estudos provenientes da ciência cognitiva, da psicologia evolucionista, da antropologia, da genética do comportamento, da primatologia, da neurociência cognitiva, entre outras, é algo tão óbvio, que somente a prova do contrário resultaria relevante. (FERNANDEZ, 2008, p. 11)

Mesmo com todas essas dificuldades e barreiras encontradas, conectar ciências é uma tarefa fundamental. A teoria da evolução de Darwin trouxe avanços consideráveis na compreensão sobre a vida como um todo, e isso abarca também a nossa espécie.

A evolução é essencial para compreendermos a vida humana. Como todos os seres vivos, somos resultado da seleção natural; chegamos aqui porque herdamos características que permitiram aos nossos ancestrais sobreviver, encontrar parceiros sexuais e se reproduzir. (PINKER, 2004, p. 82)

Ainda que se reconheça a extensão da explicação evolucionista aos seres humanos, em termos de comportamento, porém, as discussões tendem a ficar mais complicadas (YAMAMOTO, 2009, p. 1). Ao longo do século XX, surgiram diversas disciplinas que tentavam compreender o comportamento humano à luz da teoria evolutiva, tais quais a “sociobiologia, a ecologia comportamental humana, a psicologia evolucionista, a memética [...] a coevolução gene-cultura” (YAMAMOTO, 2009, p. 6).

O termo “psicologia evolucionista” tem sido utilizado com diferentes significados, além de ser uma área na qual trabalham pesquisadores de diversas formações (YAMAMOTO, 2009, p. 5-6). Uma das definições possíveis é a de que a psicologia evolucionista é “o estudo da história filogenética e das funções adaptativas da mente” (PINKER, 2004, p. 81). Em linhas gerais, pode-se dizer que é uma disciplina que estuda os mecanismos psicológicos, que se utiliza das pesquisas em evolução, que busca compreender as causas últimas<sup>5</sup> do comportamento, e

---

<sup>5</sup> Em evolução, uma “causa próxima de comportamento é o mecanismo que aperta os botões do comportamento em tempo real”, e causa última “é o fundamento lógico adaptativo que levou a causa próxima a evoluir” (PINKER, 2004, p. 85).



pode ser compreendida mais como uma abordagem da Psicologia do que uma área específica da última (YAMAMOTO, 2009, p. 6-7).

Dentro da abordagem mais amplamente denominada Psicologia evolucionista, destacaremos a Teoria das Fundações Morais.

## 2.1 As Fundações Morais

A Teoria das Fundações Morais (*Moral Foundations Theory*, MFT) surgiu da tentativa de alguns pesquisadores em Psicologia social e cultural em compreender de onde vem os códigos morais, porque eles podem variar em termos individuais e ser, ainda assim, extremamente similares quando se compara culturas (GRAHAM et al, 2013, p. 56).

Para compreender o que são as fundações morais, Haidt e Joseph (2004, p. 57-58) desenvolveram uma metáfora elucidativa, utilizando o paladar humano. Somos capazes de perceber (ao menos) 5 sabores diferentes: doce, salgado, amargo, ácido e umami. Embora todos os seres humanos possuam receptores para os 5 sabores, não necessariamente todos gostam dos mesmos alimentos e do sabor que eles representam. Alguns desenvolvem preferência por doces, outros por comidas salgadas, outros ainda por comidas amargas.

É o mesmo para julgamentos morais. Para entender porque questões morais dividem tanto as pessoas, podemos começar com uma exploração da nossa herança evolucionária comum, mas também precisaremos examinar a história de cada cultura e a socialização durante a infância de cada indivíduo inserido numa cultura.<sup>6</sup> (HAIDT, 2013, p. 133).

Da mesma forma, as fundações morais devem ser buscadas de forma geral, em termos de quais módulos cognitivos foram selecionados ao longo da história evolutiva humana. Nesse sentido, compreender quais são as fundações não nos direciona para o julgamento de quais fundações **determinado** indivíduo apresenta.

Nessa analogia, moralidade é como culinária: é uma construção cultural, influenciada por acidentes ambientais e históricos, mas não é tão flexível a ponto de valer qualquer coisa. Você não pode ter uma culinária baseada nem em cascas de árvore, nem se utilizando apenas de produtos amargos.

---

<sup>6</sup> No original: “*It’s the same for moral judgments. To understand why people are so divided by moral issues, we can start with an exploration of our common evolutionary heritage, but we’ll also have to examine the history of each culture and the childhood socialization of each individual within that culture*”.



Culinárias podem variar, mas todas agradam línguas equipadas com os mesmos cinco receptores de sabor.<sup>7</sup> (HAIDT, 2003, p. 133, tradução nossa)

As fundações morais são interruptores (*switches*) que se encontram no cérebro e podem ser ativadas ou não a depender do contexto cultural e da história do indivíduo (HAIDT, JOSEPH, 2004, p. 58). São como se fossem módulos<sup>8</sup> morais que tiveram seu surgimento em algum ponto da história evolutiva humana e são agora utilizados em diversas situações sociais (GRAHAM et al, 2013).

A Teoria das Fundações Morais possui alguns pressupostos importantes. Se algum desses pressupostos provar-se falso, a MFT será de alguma forma desacreditada (GRAHAM et al, 2013, p. 61). O primeiro deles é a ideia de nativismo ou inatismo. A ideia geral é a de que nossa mente moral nasce como um rascunho que será depois aprimorado com a experiência. Ou seja, há traços que já nascem mais ou menos estruturados, mas que dependem da experiência do indivíduo para florescerem ou não. Isso quer dizer que, no antigo debate sobre sermos produto do meio ou da biologia, a teoria se acomoda confortavelmente numa posição intermediária (GRAHAM et al, 2013, p. 61-62).

Esse pressuposto também dá os indícios da metodologia aplicada para se chegar às fundações. Por meio da análise um único indivíduo, é quase impossível determinar até que ponto a característica é parte do rascunho, até que ponto é fruto das influências culturais. No entanto, ao analisar vários indivíduos de várias culturas, fica mais fácil perceber as similaridades, que são provavelmente mais inatas, das diferenças, que provavelmente advirão mais das peculiaridades culturais e sociais (GRAHAM et al, 2013, p. 61).

O segundo pressuposto da MFT é o de que o desenvolvimento do rascunho se dará num determinado contexto cultural e a ele responderá. Essa ideia de alguma forma reforça a anterior, a do inatismo da mente moral, mas dá uma importância central à cultura (GRAHAM et al, 2013, p. 63-64).

---

<sup>7</sup> No original: “*In this analogy, morality is like cuisine: it’s a cultural construction, influenced by accidents of environment and history, but it’s not so flexible that anything goes. You can’t have a cuisine based on tree bark, nor can you have one based primarily on bitter tastes. Cuisines vary, but they all must please tongues equipped with the same five taste receptors*”.

<sup>8</sup> A ideia de modularidade serve mais como uma forma de pensar do que efetivamente uma inscrição da teoria na teoria da modularidade cognitiva. É preciso aceitar apenas que a mente tem um rascunho que será melhorado com a experiência, como alertado em Graham et al., 2013, p. 63.



Esse pressuposto ajuda a compreender a escolha do termo “fundação”:

Imagine que há milhares de anos, seres extraterrestres construíram 100 lugares monumentais idênticos espalhados ao redor do globo. Mas em vez de construírem edifícios inteiros, eles construíram apenas cinco plataformas sólidas de pedra, em formas irregulares, e deixaram cada lugar desse jeito. Se tirássemos fotografias aéreas desses 100 lugares hoje, provavelmente seríamos capazes de reconhecer a semelhança entre eles, mesmo que em cada lugar as pessoas tivessem construído diversas estruturas feitas com materiais locais. **As fundações não são os edifícios acabados**, mas elas restringem os tipos de edifícios que podem ser construídos mais facilmente. Algumas sociedades podem construir um templo alto sobre apenas uma fundação, e deixar que as outras fundações apodreçam. Outras sociedades podem construir um palácio sobre fundações múltiplas, talvez mesmo sobre todas as cinco plataformas. Você não pode inferir a forma exata e o número de fundações examinando uma única fotografia, mas se você coletar fotos de algumas dezenas de lugares, você pode.

Do mesmo modo, **as fundações morais não são moralidades acabadas**, embora elas limitem os tipos de ordenação moral que podem ser construídas.<sup>9</sup> (GRAHAM et al, 2013, p. 64-65, tradução das autoras, grifos no original)

O terceiro pressuposto é o de que nossas intuições guiam nossos julgamentos morais, com a razão tendo um papel menos relevante nesse processo do que normalmente se presume, o que os autores chamam de Modelo de Intuicionismo Social (*Social Intuitionist Model*, SIM)<sup>10</sup>. Intuições, para os pesquisadores, são uma espécie de cognição. O sistema intuitivo teria como características: ser rápido; demandar pouco esforço; ser um processo não-intencional; acontecer automaticamente e deixar apenas os resultados acessíveis; não demandar foco atencional; ter vários processos simultâneos; procurar padrões; utilizar-se de metáforas e outros recursos; ser comum a todos os mamíferos; depender do contexto. As intuições são os julgamentos, soluções e ideias que surgem na nossa consciência sem que saibamos apontar com precisão qual foi o processo mental que os originou (HAIDT, 2001, p. 814, 818; HAIDT, JOSEPH, 2004, p. 56). Na analogia de Daniel Kahneman apresentada anteriormente, o sistema intuitivo seria correlato ao Sistema 1.

<sup>9</sup> No original: “Imagine that thousands of years ago, extraterrestrial aliens built 100 identical monumental sites scattered around the globe. But instead of building entire buildings, they just built five solid stone platforms, in irregular shapes, and left each site like that. If we were to photograph those 100 sites from the air today, we had probably be able to recognize the similarity across the sites, even though at each site people would have built diverse structures out of local materials. The foundations are not the finished buildings, but the foundations constrain the kinds of buildings that can be built most easily. Some societies might build a tall temple on just one foundation, and let the other foundations decay. Other societies might build a palace spanning multiple foundations, perhaps even all five. You cannot infer the exact shape and number of foundations by examining a single photograph, but if you collect photos from a few dozen sites, you can. Similarly, the moral foundations are not the finished moralities, although they constrain the kinds of moral orders that can be built.”

<sup>10</sup> As relações entre o SIM e o realismo jurídico foram muito bem desenhadas em BRANDO, 2013.



O quarto pressuposto é o do pluralismo de valores. A ideia é que, como tivemos de encarar muitos desafios sociais ao longo de nossa história evolutiva, faz sentido pensar em diversas soluções para cada um desses problemas que depois convenciamos agrupar num sistema moral ou ideológico (GRAHAM et al, 2013, p. 67).

A partir desses pressupostos, os pesquisadores estipularam cinco critérios para definir se um valor pode ser considerado uma fundação moral. O primeiro deles é de que o valor, quando não cumprido, deve levar a julgamentos morais de terceiros, mesmo que o descumprimento ou o desrespeito a esse valor não cause dano àquele que julga moralmente. O segundo critério é de que esse valor deve despertar reações automáticas, afetivas. Seu descumprimento deve ser passional e rapidamente repreendido, desestimulado (GRAHAM et al, 2013, p. 109-110).

O terceiro critério a ser preenchido para que um valor possa ser considerado uma fundação é o de sua aparição em muitas culturas. A ideia não é encontrar os valores que são particulares a um determinado contexto, mas aqueles que se apresentam em diversas culturas distintas, sobretudo as mais simples, pela sua maior proximidade com o ambiente social que enfrentamos na maior parte da nossa história como espécie. O quarto critério se aproxima muito do terceiro, ao afirmar que esse valor deve ter alguma evidência de seu inatismo. Inato nesse contexto não significa determinista, mas se aproxima da ideia de um rascunho que é aprimorado com a experiência. Nesse sentido, o valor deve se aproximar da universalidade, embora ele não precise ser expresso em todos os indivíduos para ser enquadrado como uma fundação (GRAHAM et al, 2013, p. 110-113).

O quinto e o último critério é o de que esse valor deve ter tido valor adaptativo. Isso quer dizer que ele deve ter surgido como uma boa resposta a algum desafio social enfrentado pelos nossos ancestrais. Quer dizer também que ele deve agregar vantagens a quem os apresenta e que deve ter algum mecanismo que permita que ele seja passado para as gerações futuras (GRAHAM et al, 2013, p. 113-114).

Com base nesses critérios, e se utilizando de pesquisas de diversas áreas, os pesquisadores sugeriram cinco fundações iniciais. Para cada uma delas, os pesquisadores também buscaram estipular qual teria sido o gatilho original, o desafio enfrentado pelos ancestrais aos quais os valores são boas respostas. Mas os contextos mudaram e os gatilhos encontrados pelos nossos ancestrais já não são mais os desafios encontrados em sociedades



contemporâneas. No restante desse trabalho, apresentaremos essas cinco fundações iniciais e tentaremos apontar alguns possíveis novos gatilhos, demonstrando a relevância dessas pesquisas no Direito.

## 2.2 A Fundação de Cuidado

A primeira fundação moral é referida como aquela de cuidado/dano (*care/harm*), cuja origem é ligada fundamentalmente à forma como nossa espécie se reproduz, com alto investimento dos pais na prole, que é pequena e demanda muito cuidado:

Mamíferos possuem uma cria pequena e investem muito em cada filhote, e por isso encaram o desafio de cuidar e nutrir sua prole por um longo tempo. Mães primatas têm ainda menos filhotes e investem ainda mais em cada um. E bebês humanos, cujos cérebros são tão grandes que as crianças precisam forçar-se a nascer um ano ou mais antes de poder andar, são apostas tão grandes que a mulher não pode colocar todas as fichas na mesa sozinha. Ela precisa de ajuda nos últimos meses de gravidez, para dar à luz e para alimentar e cuidar da criança nos anos subsequentes ao nascimento.<sup>11</sup> (HAIDT, 2013, p. 154, tradução das autoras)

Dado o grande desafio adaptativo da maternidade e paternidade, é razoável supor que desenvolvemos um senso de cuidado, que embora tenha tido a prole como gatilho original, pode ser utilizado em diversas outras situações sociais e políticas, como questões humanitárias (HAIDT, 2013, p. 157).

A fundação cuidado/dano é uma das mais presentes nos sistemas jurídicos. Todo o sistema de suporte social aos hipossuficientes passa por isso, tanto no âmbito mais privado, quanto nos grandes desafios internacionais (como a concessão de asilo político a refugiados).

No âmbito judicial, é razoável supor que essa fundação tenha aparecido em julgamento recente no Supremo Tribunal Federal (RE n. 898060), com repercussão geral reconhecida, no qual fixou-se a tese de que “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”. Noutras palavras, mesmo que a criança tenha um

---

<sup>11</sup> No original (adaptado): “*Mammals make fewer bets and invest a lot more in each one, so mammals face the challenge of caring for and nurturing their children for a long time. Primate moms place even fewer bets and invest still more in each one. And human babies, whose brains are so enormous that a child must be pushed out through the birth canal a year before he or she can walk, are bets so huge that a woman can’t even put her chips on the table by herself. She needs help in the last months of pregnancy, help to deliver the baby, and help to feed and care for the child for years after the birth*”.



pai socioafetivo que provenha para ela, ainda assim o pai biológico deve pensar a ela. O relator chegou a falar em um **princípio da paternidade responsável**, e considerou que não há obstáculos para reconhecimento das duas formas de paternidade (socioafetiva e biológica). (BRASIL, 2016).

### 2.3 Fundação de Reciprocidade

A segunda fundação é a da reciprocidade (*fairness/cheating*, em alguns estudos recebe o nome de *fairness/reciprocity*).

A vida humana é uma sucessão de oportunidades para cooperações mutualmente benéficas. Se jogarmos nossas cartas corretamente, podemos trabalhar com as outras pessoas para aumentar o bolo que em última instância compartilhamos. Os caçadores trabalham juntos para abater presas maiores que uma pessoa sozinha não conseguiria pegar. Vizinhos observam as casas uns dos outros e se emprestam ferramentas. Colegas de trabalho cobrem o turno uns dos outros. Por milhares de anos, nossos antepassados enfrentaram desafios adaptativos de colherem esses benefícios sem serem tripudiados. Aqueles cujas emoções morais os compeliam a agir “na mesma moeda” colheram mais dos benefícios.<sup>12</sup> (HAIDT, 2013, p. 159, tradução das autoras)

É fundamental buscar um equilíbrio entre a necessidade de cooperar e a necessidade de não ser passado para trás. Nesse sentido, um módulo moral que nos levasse a não apenas cooperar, mas a não abrir muito espaço a trapaceiros, pode ter surgido, e desperta em nós um desejo de afastar ou punir essas pessoas (HAIDT, 2013, p. 178).

Especificamente no âmbito do Poder Judiciário, esse impulso acabou ganhando amparo, por meio do reconhecimento de um princípio implícito ao ordenamento jurídico de boa-fé, particularmente persuasivo quando se analisam as relações da Administração Pública com o administrado. Esse princípio exprime exatamente a valorização desse valor moral, por meio da tutela da confiança. Almiro de Couto e Silva explica que existe, portanto, uma natureza subjetiva da segurança jurídica, a qual concerne a proteção à confiança das pessoas no

<sup>12</sup> No original: “*Human life is a series of opportunities for mutually beneficial cooperation. If we play our cards right, we can work with others to enlarge the pie that we ultimately share. Hunters work together to bring down large prey that nobody could catch alone. Neighbors watch each other’s houses and loan each other tools. Coworkers cover each other’s shifts. For millions of years, our ancestors faced the adaptive challenge of reaping these benefits without getting suckered. Those whose moral emotions compelled them to play “tit for tat” reaped more of these benefits than those who played any other strategy, such as “help anyone who needs it” (which invites exploitation), or “take but don’t give” (which can work just once with each person; pretty soon nobody’s willing to share pie with you).*”



pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes âmbitos da sua atuação. (SILVA, 2005, grifos acrescentados). Assim, se a Administração Pública se comporta no sentido de provocar expectativa legítima no administrado, que por sua vez age norteado por essa sinalização, essa confiança é digna de tutela.

A pessoa que, convicta de certo estado de coisas, adopte condutas determinadas e erga, sobre ele, todo um edifício, fica, perante a outra parte, em desigualdade, quando se apure a mera aparência da situação em que acreditou e, em consequência, se inutilize toda a sua actividade. A proteção da confiança, conquistada num labor periférico e disperso, revela, no conjunto, um dos prismas múltiplos das exigências da igualdade: o de que, ao fazer corresponder a situações diversas saídas diferentes, se tenha em conta o condicionamento do exercício, com atenção aos elementos de crença legítima e de previsibilidade que, no caso, se acolham” (CORDEIRO, 2001, p. 1276)

Tal componente já foi inclusive reconhecido pela jurisprudência brasileira, quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu a presença de um “componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de direito público” (BRASIL, 2004). A questão que parece nodal aqui é inibir comportamentos oportunistas, e preservar e proteger justas expectativas.

## 2.4 Fundação de Lealdade

A terceira fundação é a da lealdade (*loyalty/betrayal*, em alguns estudos, *ingroup/loyalty*). A tendência a formar grupos é algo que nos acompanha desde a infância e que parece estar presente em todas as culturas. Não só a tendência a formar grupos, mas a tendência a defendê-los. Conforme diz Wilson, “[f]ormar grupos, extraindo conforto visceral e orgulho da associação familiar, e defender o grupo com entusiasmo contra grupos rivais – esses comportamentos estão entre os universais absolutos da natureza humana e, portanto, da cultura” (WILSON, 2013, p. 76).

Essa fundação contribui para a nossa tendência a formar grupos, assim como ajuda um grupo a ter sucesso numa competição intergrupala. Ela se manifesta em inúmeras situações: na rivalidade entre times esportivos, entre universidades, entre religiões, entre empresas rivais (quando é necessário vestir a camisa da empresa), e em cenários mais amplos, como os sentimentos de nacionalismo, sentimento acentuado entre os movimentos usualmente situados à direita do espectro político, e tem menor importância nos movimentos de esquerda, que costumam prezar por um universalismo (HAIDT, 2013, p. 161-164).

Em outro julgamento de 2016, o Supremo Tribunal Federal se manifestou no sentido de que viola a Constituição a nomeação de membro do Ministério Público para ocupar cargo no Poder Executivo. A decisão foi proferida no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 388, ajuizada para questionar a nomeação de um procurador de Justiça para o cargo de ministro da Justiça. Na ocasião, o Relator citou a vedação do art. 128, § 5º, II, “d”, CR, e destacou que “quem exerce função de Estado, como é o caso do membro do Ministério Público, não deve poder exercer função de governo. Função de Estado exige distanciamento crítico e imparcialidade; e função de governo exige lealdade e engajamento”. Mais adiante, o Ministro destacou ainda que

Ao exercer cargo no Poder Executivo, o membro do Ministério Público passa a atuar como subordinado do Chefe da Administração. **Isso fragiliza a instituição Ministério Público**, que pode ser potencial alvo de captação por interesses políticos e de submissão dos interesses institucionais a projetos pessoais de seus próprios membros. (BRASIL, 2016, grifos acrescentados)

É rica a leitura desse julgado à luz da fundação lealdade: percebe-se a existência de dois grupos com papéis distintos (funções de estado e funções de governo). Ao ressaltar que o deslocamento de um promotor para uma função de governo fragiliza o Ministério Público, o STF parece sinalizar que comportamento foi desleal, e que o comportamento do promotor ao aceitar o cargo foi incompatível com sua posição.

## 2.5 Fundação de Autoridade

A quarta fundação apresentada é a da autoridade (*authority/subversion*, também chamada *authority/respect*, ou ainda *authority/hierarchy*). “O impulso de respeitar as relações hierárquicas é tão profundo que muitas línguas o codificam diretamente” (HAIDT, 2013, p. 165, tradução das autoras).<sup>13</sup> Nós nem mesmo somos a única espécie a possuir alguma forma de hierarquia. Relações hierárquicas e disputas por status podem ser encontradas em chimpanzés, galinhas e galos, cães e outras espécies gregárias (HAIDT, 2013, p. 166). Há, no entanto, uma diferença entre autoridade e poder.

Mesmo entre os chimpanzés, em que hierarquias de dominância são realmente sobre o poder bruto e a capacidade de infligir violência, o macho alfa realiza algumas funções socialmente benéficas, como assumir o “papel de comando”.

<sup>13</sup> No original: “*The urge to respect hierarchical relationships is so deep that many languages encode it directly.*”



Ele resolve alguns conflitos e suprime a maior parte dos conflitos violentos que irrompem quando não há claramente um macho alfa [...] Este papel de comando é bastante visível nas tribos humanas e civilizações antigas. Muitos dos textos legais mais antigos começam ancorando o domínio do rei na escolha divina, e em seguida a autoridade do rei é dedicada a fornecer ordem e justiça. [...] A autoridade humana, então, não é apenas poder bruto apoiado pela ameaça de força. Autoridades humanas assumem a responsabilidade pela manutenção da ordem e da justiça.<sup>14</sup> (HAIDT, 2013, p. 166-167, tradução das autoras)

Por causa dela, somos sensíveis a sinais de status e posição social, principalmente quando as pessoas não estão se comportando adequadamente, considerando sua posição (HAIDT, 2013, p. 179), ou quando não estão recebendo tratamento condizente com sua posição. É possível ler o caso das algemas nessa perspectiva.

A questão da espetacularização dos presos algemados jamais ganhou a atenção do Supremo Tribunal Federal. Apenas quando os presos conduzidos passaram a ser figuras ilustres da sociedade (empresários e políticos), a questão foi pautada. No julgamento, o Supremo Tribunal Federal entendeu que havia abuso no emprego de algemas, e reconheceu uma violação ao princípio da dignidade humana. Esse processo singular originou a Súmula Vinculante n. 11, que tem como objetivo regular o uso de algemas por parte da polícia em suspeitos, limitando o uso a situações especiais. No entanto, a súmula teve como base apenas um caso que chegou até o STF, o que descumpra a exigência de reiteradas decisões sobre o tema, o que faz com que ela seja considerada por alguns como inconstitucional (BROD, 2009, p. 39). E seu objeto é extremamente controverso, já que modifica os procedimentos e exige uma justificação por escrito para o uso de algemas, procedimento que não é previsto em nenhum outro documento legislativo (BROD, 2009, p. 39). Por fim, a abrangência da súmula é muito maior do que a do caso que a motivou, que se concentrava no uso de algemas no Tribunal do Juri, o que pode ser considerada uma exorbitância do poder do instrumento (BROD, 2009, p. 44).

Ainda mais interessante, a edição dessa súmula aconteceu um ano depois do caso que supostamente a motivou, e em um momento no qual um dos ministros reclamou publicamente da exposição de pessoas mais ricas algemadas em noticiário nacional (BROD, 2009, p. 48). A

<sup>14</sup> No original: “*Even among chimpanzees, where dominance hierarchies are indeed about raw power and the ability to inflict violence, the alpha male performs some socially beneficial functions, such as taking on the ‘control role’. He resolves some disputes and suppresses much of the violent conflict that erupts when there is no clear alpha male. [...] This control role is quite visible in human tribes and early civilizations. Many of the earliest legal texts begin by grounding the king’s rule in divine choice, and then they dedicate the king’s authority to providing order and justice. [...] Human authority, then, is not just raw power backed by the threat of force. Human authorities take on responsibility for maintaining order and justice.*”



suspeita aqui é que o status dos algemados motivou essa resposta judiciária, e não propriamente a violação à dignidade da pessoa humana abstratamente considerada.

## 2.6 A fundação de Pureza

Por fim, há a fundação da pureza (*sanctity/degradation*, também chamada *purity/sanctity*):

O sentimento de nojo evoluiu inicialmente para otimizar as respostas para o dilema do onívoro. Indivíduos que tinham um sentido de nojo devidamente calibrado eram capazes de consumir mais calorias do que seus primos excessivamente enojados ao mesmo tempo em que consumiam menos micróbios perigosos do que os seus primos insuficientemente enojados. Mas não apenas os alimentos representavam uma ameaça: quando os primeiros homínídeos desceram das árvores e começaram a viver em grupos maiores no chão, eles ficaram sujeitos a risco maior de se infectarem uns com os outros, ou com os rejeitos dos outros.<sup>15</sup> (HAIDT, 2013, p. 172, tradução das autoras)

O gatilho original desse módulo, portanto, pode estar nas vantagens de evitar parasitas, patógenos e outras ameaças que podem ser espalhadas por contato físico ou proximidade. Embora tenha um papel de levar a evitar situações de ameaça, também pode estar relacionada com o que é sagrado e intocável, e hoje em dia pode ser acionada em diversas situações não relacionadas com o gatilho original, como xenofobia, preconceitos e em algumas sacralidades da esquerda, sobretudo em questões ambientais, onde há íntima relação entre o dano causado pela poluição e a ideia de degradação da natureza, maculada pelo capitalismo industrial (HAIDT, 2013, p. 173-177).

Em relação à fundação pureza, temos que algumas ideias ou instituições podem se tornar sagradas. Exemplo curioso dessa reverência que alguns institutos ganham pode ser visto no declínio do prestígio dos Códigos. A legislação codificada do século passado era como a obra de uma nação, que superou um sistema jurídico local e casuístico para construir normas gerais, abstratas, com pretensão de exaustividade, que possuía, uma função central e proeminente naquelas ordens jurídicas. Entretanto, inevitavelmente, a técnica da codificação mostrou sinais

---

<sup>15</sup> No original: “*The emotion of disgust evolved initially to optimize responses to the omnivore’s dilemma. Individuals who had a properly calibrated sense of disgust were able to consume more calories than their overly disgusting cousins while consuming fewer dangerous microbes than their insufficiently disgusting cousins. But it’s not just food that posed a threat: when early hominids came down from the trees and began living in larger groups on the ground, they greatly increased their risk of infection from each other, and from each other’s waste products.*”



de esgotamento, e suas limitações mostraram-se evidentes. Ainda assim, durante esse processo de declínio, alguns autores daquela época se incomodavam com o que chamaram de erosão do código por leis especiais, com a multiplicação dessas leis que perturbam a sistemática fechada das codificações, bem como o desenvolvimento da jurisprudência. Esses Códigos Civis, patrimônios nacionais, estavam sendo violentados por leis especiais editadas por legisladores ingênuos, e isso não era visto levianamente (FLÜCKIGER; DELLEY, 2007).

Na atualidade, esse papel central foi ocupado pelas Constituições e, mais especificamente, pela teoria dos direitos fundamentais. Ainda que se trate de construções teóricas recentes, é difícil para o direito ocidental conceber o sistema hoje sem essas estruturas. Frequentemente, o Supremo Tribunal Federal faz referência ao princípio da dignidade humana que, na verdade, encontra-se bastante esvaziado de conteúdo e parece ser mencionado apenas para justificar a intervenção em situações consideradas imorais (exatamente como ocorreu no caso da súmula vinculante das algemas).

### 3 REFLEXÕES FINAIS

A MFT tenta compreender, portanto, quais são os valores que compõem os sistemas morais de diversas culturas, e como eles podem ser compreendidos à luz das pesquisas em diversas áreas de interface entre as ciências. Além disso, a palheta ampla de valores apresentados pela MFT aparece claramente quando há respostas intuitivas (não-rationais ou não-racionalizadas).

Entretanto, “parece que a seara do Direito é pouco hospitaleira frente às perturbadoras influências das emoções”, advertem Struchiner e Tavares (2014, p. 112); não obstante, os autores trazem dados para mostrar que vem crescendo o interesse pelo papel das emoções nos processos deliberativos. Em decorrência, “a literatura especializada em neurociência, psicologia e filosofia, também tem construído uma **visão mais integrada e conciliadora** sobre o papel das emoções e das faculdades cognitivas racionais nos processos deliberativos de tomada de decisão” (STRUCHINER; TAVARES 2014, p. 114, grifos acrescidos).

É exatamente na busca por essa visão mais integrada e conciliadora que este trabalho se insere. No processo de tomada de decisão, em especial na decisão judicial, parece importante a tentativa de compreender o papel que desempenham as emoções e as intuições. Mais ainda, se se quer entender como acontece a decisão de um juiz, não como uma figura etérea, mas como



ser vivente no mundo, com suas particularidades e valores, é preciso compreender melhor essas intuições e as fundações morais que as guiam. Até porque o juiz é inevitavelmente um membro de uma determinada cultura que compartilha valores e ideais e aos quais todos se sentem de alguma forma impelidos.

Assim, após feita a revisão da MFT, parece seguro dizer que os módulos morais exercem algum papel na decisão judicial. Ao que parece, a demonstração da procedência de seus pedidos está ligada à descrição dos fatos, e a descrição dos fatos pode provocar no juiz manifestações de alguma (ou várias) fundações morais. Não é apenas usando a razão que um juiz decide, mas usando outros sistemas cognitivos sobre os quais há várias ciências fazendo avanços de compreensão, e sobre os quais o Direito precisa acompanhar.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRANDO, Marcelo Santini. **Como decidem os juízes?:** uma investigação da teoria realista da decisão judicial a partir das contribuições das ciências cognitivas e da psicologia moral. 2013. Dissertação (mestrado), sob orientação de Struchiner, Noel - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 22.357-DF. Relator Min. Gilmar Mendes, DJU 05 nov. 2004, p. 06, **RTJ** 193:620.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 388. Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 09 mar. 2016, **DJe** n.159 divulgado em 29 jul. 2016 e publicado em 01 ago. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11338511>>. Acesso em 24 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Fixada tese de julgamento que trata de responsabilidade de pais biológicos e socioafetivos. **Notícias STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325874>>. Acesso em 24 set. 2016.



BROD, Helga da Silva. **Uso de algemas**: o limite entre a licitude e o abuso. Monografia apresentada no curso de Pós-Graduação Ordem Jurídica e Ministério Público da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, sob orientação do Prof. Paulo Afonso Carmona. Disponível em < [http://www.fesmpdft.org.br/arquivos/Mono\\_helga.pdf](http://www.fesmpdft.org.br/arquivos/Mono_helga.pdf)>. Acesso em 10 jul 2016. Publicação de 2009.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001

FLÜCKIGER, Alexandre; DELLEY, Jean-Daniel. A elaboração racional do direito privado: da codificação à legística. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 35-57, jan./dez. 2007.

GRAHAM, Jesse et al. Moral foundations theory: The pragmatic validity of moral pluralism. In: DEVINE, Patricia; PLANT, Ashby (eds). **Advances in Experimental Social Psychology**. Volume 47. Inglaterra: Elsevier, p. 55-130, 2013.

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

Haidt, Jonathan. **The Righteous Mind: why good people are divided by politics and religion**. New York: Vintage Books, 2013.

Haidt, Jonathan; Joseph, Craig. Intuitive ethics: How innately prepared intuitions generate culturally variable virtues. **Daedalus**, v. 133, n. 4, p. 55-66, 2004.

Kahneman, Daniel. **Thinking, fast and slow**. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011.

Leis, Héctor Ricardo. O conflito entre a natureza humana e a condição humana no contexto atual das ciências sociais. **Revista Desenvolvimento e Meio Ambiente**, n. 10, p. 39-45, jul./dez. 2004.



LEITER, Brian. **Naturalizing jurisprudence**: essays on American Legal Realism and naturalism in Legal Philosophy. New York: Oxford University Press, 2007.

LEITER, Brian. Rethinking legal realism: toward a naturalized jurisprudence. **Texas Law Review**, v. 76, n. 2, dez. 1997, p. 267-315.

PINKER, Steven. **Tábula rasa**: a negação contemporânea da natureza humana. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

SILVA, Almiro do Couto e. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei de processo administrativo da União (Lei n. 9,784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2012.

STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza. Direito & Emoções: uma proposta de cartografia. In: Noel Struchiner; Rodrigo de Souza Tavares. (Org.). **Novas fronteiras da teoria do direito**: da filosofia moral à psicologia experimental. Rio de Janeiro: POD/Editora PUC-Rio, 2014, p. 109-136.

WAIZBORT, Ricardo. Vespeiros da razão: perspectivas para um diálogo entre as ciências biológicas e as ciências sociais. **Revista de Estudos Avançados**, São Paulo, n. 22 (63), 2008, p. 251-270.

WILSON, Edward O. **A conquista social da terra**. Tradução Ivo Korytovski. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

YAMAMOTO, Maria Emilia. Introdução: Aspectos Históricos. In: OTTA, Emma; YAMAMOTO, Maria Emília. **Psicologia evolucionista**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, p. 1-9, 2009.