

**O DIREITO, A JUSTIÇA E O JUÍZO MORAL:  
COMO VIESES E RUÍDOS COGNITIVOS PODEM AFETAR AS  
DECISÕES JUDICIAIS BASEADAS EM PRINCÍPIOS**

***LAW, JUSTICE AND MORAL JUDGMENT:  
HOW BIAS AND COGNITIVE NOISE CAN AFFECT PRINCIPLE-BASED  
JUDICIAL DECISIONS***

**Ítala Colnaghi Bonassini Schmidt**

Juíza de Direito pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás;  
Mestranda em Direito e Poder Judiciário pela Escola Nacional  
de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM).  
Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-8107-9379>

*E-mail:* italacolnaghi@gmail.com

**Resumo**

O sistema de justiça brasileiro, como o da maioria das nações, parte do pressuposto de que o ser humano, via de regra, é racional em suas atitudes, sendo essa a ideia que ampara a própria existência do Poder Judiciário, cujos membros devem ser imparciais e isentos na análise das provas que lhes são apresentadas. Ocorre que os estudos mais recentes produzidos na área das ciências cognitivas têm desafiado as premissas que dão suporte a esse sistema, demonstrando, basicamente, que nossas condutas são frequentemente orientadas pelas intuições de que já dispúnhamos, e não pela ponderação consciente dos fatores que se apresentam. Considerando a importância de tais descobertas para o entendimento do Direito como um todo, o presente artigo, por meio de uma abordagem qualitativa, com pesquisa bibliográfica e documental, busca chamar a atenção dos operadores do Direito acerca da alta incidência de vieses cognitivos e de ruídos na prolação de decisões judiciais, em especial naquelas que se baseiam em princípios de Justiça ou em outros conceitos jurídicos abstratos.

**Palavras-chave:** Neurodireito. Sistema de Justiça. Vieses. Ruídos.

## ***Abstract***

*The Brazilian justice system, like that of most nations, assumes that human beings, as a rule, are rational in their attitudes, which is the idea that supports the very existence of the Judiciary, whose members must be impartial and exempt in the analysis of the evidence presented to them. It so happens that the most recent studies produced in the cognitive sciences have challenged the assumptions that support this system, basically demonstrating that our behaviors are often guided by the intuitions we already had, and not by the conscious consideration of the factors that are presented. Considering the importance of such discoveries for the understanding of Law as a whole, this article, through a qualitative approach, with bibliographic and documentary research, seeks to draw attention of Law practitioners about the high incidence of cognitive biases and noises in judicial decisions, especially those based on principles of Justice or other abstract legal concepts.*

**Keywords:** *Neuroright. Justice System. Biases. Noises.*

## **1 INTRODUÇÃO**

É possível dizer que a maior parte dos sistemas jurídicos, inclusive o brasileiro, parte de um tipo ideal, de um modelo de sociedade. Esse modelo, segundo Marden e Wykrota (2018), pressupõe: (a) a existência de um órgão legislativo, cuja função é editar normas jurídicas voltadas a regular o comportamento em sociedade, valorando as condutas humanas como proibidas, permitidas ou obrigatórias; (b) que a sociedade aceite a legitimidade desse órgão legislativo e se torne plenamente consciente da valoração realizada em torno de cada conduta; (c) que o indivíduo possua liberdade para decidir se observa ou não a norma; e (d) em caso de descumprimento, que exista um terceiro imparcial e desinteressado que possa ser acionado para restabelecer o *status quo*, papel normalmente reservado ao Poder Judiciário.

Esse ideal, como se pode perceber, parte da presunção de que os seres humanos, e principalmente juízes e juízas, podem ser neutros, ou seja, dotados de livre-arbítrio, e também racionais, é dizer, livres de vieses. Ocorre que tal suposição, que há tempos é objeto de crítica da Filosofia e da própria doutrina jurídica, vem sendo contestada também pelo ramo do conhecimento que se tem chamado de Neurodireito, cujos estudos, baseados nas ciências cognitivas, têm chegado a conclusões que contrariam, e muito, o que se presumia acerca do funcionamento do cérebro humano e sua influência no cotidiano.

O principal ponto que tais experimentos têm revelado é que o ser humano, ainda que busque agir racionalmente, com apoio nos valores da verdade, da moralidade e da eticidade, tem suas condutas frequentemente orientadas pelas intuições de que já dispunha, e não propriamente, como se costuma esperar, pela ponderação consciente dos fatores que se apresentam, com vistas à obtenção do bem comum.

O presente artigo visa a contribuir para a compreensão da falibilidade dos julgamentos humanos e, portanto, das próprias decisões judiciais, ao refletir sobre a forte incidência de vieses e ruídos cognitivos no processo decisório, em especial quando se está diante de casos difíceis, que demandam uma solução mais sofisticada em termos de interpretação do ordenamento jurídico. Seu objetivo central é alertar para os perigos que envolvem a tomada de decisões com base em princípios gerais de justiça, já que estes costumam se apresentar como simples racionalizações das intuições que o indivíduo já possui e, nessa perspectiva, podem partir de premissas equivocadas e produzir resultados indesejáveis em termos de promoção do bem-estar social.

A pesquisa desenvolvida neste trabalho é essencialmente qualitativa, sendo utilizado preponderantemente o método descritivo, com pesquisa bibliográfica e documental elaborada a partir da exposição e aprofundamento de material já existente e de dados já produzidos acerca do assunto analisado. Destacam-se, entre o referencial teórico consultado, as pesquisas levadas a efeito no campo das neurociências e apresentadas na obra de Daniel Kahnemann e Cass Sunstein.

O artigo está estruturado em cinco tópicos de desenvolvimento, além da introdução e das considerações finais. No primeiro, dedica-se a discorrer sobre o modelo ideal que é tomado como pressuposto para a organização de grande parte dos sistemas de justiça. No segundo, debruça-se sobre a atividade jurisdicional e sobre as pesquisas em torno da irracionalidade de considerável parte das decisões humanas. Após, o artigo passa a explorar alguns dos vieses e ruídos já identificados na literatura, demonstrando como esses erros cognitivos podem comprometer o julgamento isento dos casos judicializados. Em seguida, no quarto tópico, lança o olhar sobre o juízo moral e a forma como o cérebro humano funciona de maneira “míope” quando faz escolhas com base em valores e ideais de justiça. No tópico final do desenvolvimento, o artigo reflete sobre os riscos que envolvem a atual tendência, notada na prática judiciária brasileira, de sobrepor os princípios às regras e, assim, conferir uma maior discricionariedade ao órgão julgador.

O trabalho é concluído com a defesa e o incentivo a que se faça uma releitura do Direito, através da ampliação do diálogo da ciência jurídica com outras áreas do conhecimento, a fim de torná-la mais efetiva, mais coerente com as capacidades humanas e, principalmente, mais consciente de suas limitações.

## **2 O MODELO IDEAL QUE REGE O SISTEMA JURÍDICO**

Os sistemas de justiça de grande parte das nações, incluindo o Brasil, é sustentado a partir de um modelo ideal, o qual serve de base para a sua compreensão. Esse modelo, conforme Marden e Wykrota (2018), parte da noção de responsabilidade, a qual presume que o ser humano teria capacidade não apenas de compreender o conteúdo da norma, mas também de dimensionar a sanção pelo seu descumprimento e, ainda, de decidir livremente a postura a ser adotada.

Na seara criminal, a ideia de responsabilidade é tratada a partir da noção de Imputabilidade. Embora nosso Código Penal tenha optado por não definir a imputabilidade penal, limitando-se a apontar as hipóteses em que a ela está ausente, ou seja, os casos inimputabilidade penal, é pacífico na doutrina jurídica que se trata de um dos elementos da culpabilidade.

É imputável, nessa perspectiva, o agente que possuía, no momento da ação, capacidade de entendimento ético-jurídico e de autodeterminação, de modo que se possa atribuir a ele a responsabilidade pela prática de uma infração penal. Sem esse elemento, “entende-se que o sujeito carece de liberdade e de faculdade para comportar-se de outro modo, como o que não é capaz de culpabilidade, sendo, portanto, inculpável” (SANCHES, 2016, p. 287). O conceito, como se pode notar, parte do pressuposto de que as pessoas teriam, via de regra, livre arbítrio para agir ou não conforme a norma.

Ocorre que esse pressuposto, assim como outras premissas nas quais os sistemas de justiça costumam estar fundados, vão de encontro às conclusões mais recentes da neurociência e da chamada economia comportamental, cujos estudos vêm ganhando destaque nas últimas décadas<sup>1</sup>. Baseadas nas ciências cognitivas, as referidas pesquisas contrariam, e

---

<sup>1</sup> Estudos nesse sentido, voltados à análise das incongruências lógicas nas decisões econômicas ou, em outras palavras, dos comportamentos que vão contra as previsões da teoria econômica utilitarista, já renderam a pelo menos quatro autores, conforme observado por Bucci (2021, p. 60), a consagração com o Prêmio Nobel de Economia: Herbert Simon, autor da teoria da “racionalidade limitada”, em 1978; Daniel Kahneman, em 2002; Robert Shiller, tido como um dos pioneiros das finanças comportamentais, em 2013; e Richard Thaler, da Universidade de Chicago, em 2017.

muito, o que se presumia acerca do funcionamento do cérebro humano e sua influência no cotidiano, demonstrando, em suma, que há muito de irracionalidade em nossas condutas.

Estudos mencionados por Marden e Wykrota (2018, p. 55) apontam que a maioria da nossa atividade cerebral se dá em um plano que se pode chamar de inconsciente. Ainda que as questões relacionadas a esse plano estejam longe de ser inteiramente conhecidas pela neurociência, já existem suficientes evidências de que nossas decisões são, via de regra, tomadas antes de serem apropriadas pela consciência<sup>2</sup>. Essa constatação, por si só, é suficiente para tornar problemática a noção que temos de imputabilidade, pois torna ilusórias as ideias de liberdade e autodeterminação que atualmente fundamentam esse instituto.

A questão fica ainda mais tormentosa quando se passa a analisar outros pressupostos que servem de sustentáculo aos sistemas de justiça, em especial aquele que fundamenta a atividade jurisdicional. Quer-se referir, aqui, à premissa de que seria possível atribuir a um terceiro imparcial a tarefa de interpretação e aplicação do direito, a fim de restabelecer a paz social nos casos em que a lei é violada ou ameaçada.

### **3 A (IR)RACIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS**

Conforme mencionado, o modelo ideal que dá suporte a grande parte dos sistemas jurídicos, o que inclui o brasileiro, parte da noção de responsabilidade. E, nos casos de lesão ou ameaça de lesão a direitos garantidos por esse sistema, busca-se a responsabilização dos infratores e o restabelecimento do *status quo* através do Estado-juiz, entidade cujos membros seriam não apenas imparciais, mas também capazes de valorar racionalmente as provas que lhes são apresentadas.

Ocorre que, conforme diversas pesquisas já constataram, essa engrenagem é facilmente corrompível, considerando que o processo de formação das decisões humanas está longe do modelo racional que se costuma imaginar. De fato, as pessoas em geral, e até mesmo especialistas, estão sujeitas a cometer – e com frequência cometem – graves erros de julgamento, seja por conta da atuação de vieses cognitivos – desvios sistemáticos –, seja pela incidência de ruídos – dispersões aleatórias.

---

<sup>2</sup> Estudos encabeçados por David Eagleman apontam que as decisões são primeiramente determinadas por aspectos biológicos, numa espécie de disputa dos circuitos cerebrais pelo controle da ação humana. Assim, essas escolhas somente apareceriam à esfera da consciência num segundo momento, “como o produto de uma justificativa que parece livre e original, mas que apenas ratifica uma decisão já tomada” (MARDEN; WYKROTA, 2018, p. 55). O neurocientista chega a afirmar, com base nesses experimentos, que, “apesar de nossas esperanças e intuições sobre o livre-arbítrio, atualmente não há argumentos que determinem convincentemente a sua existência” (EAGLEMAN, 2012, p. 182, *apud* MARDEN; WYKROTA, 2018, p. 55).

Para explicar essas espécies de erro, Kahneman, Sibony e Sunstein (2021, pp. 6-7) fazem uma analogia com o tiro ao alvo. Nessa perspectiva, podem-se dizer enviesados os disparos que erram sistematicamente o alvo, ao passo em que se consideram ruidosos aqueles que terminam em pontos muito diferentes ao redor do centro. E tais desvios, quando praticados por juízes/as, podem trazer consequências diversas, “que variam desde a má apreciação das provas de um caso até associações estereotipadas” (LORDELO, 2020, p. 139).

Aqui se faz necessário explicar o chamado Sistema Dual de Pensamento, ou Teoria das Duas Formas de Pensar, que se tornou popular com a obra de Daniel Kahnemann – “Thinking, fast and slow”. Por razões evolutivas, nosso cérebro desenvolveu-se com dois sistemas de funcionamento, que atuam de forma paralela e complementar: o chamado Sistema 1, ou intuitivo, é comparável a um piloto automático, já que é usado para tarefas repetidas, padronizadas, como trocar a marcha do carro ou abotoar uma camisa, Já o Sistema 2, ou reflexivo, cuida de tarefas ainda não automatizadas, como uma conta matemática ou a formulação de um argumento, sendo responsável pelo raciocínio mais elaborado (KAHNEMAN, 2012).

Considerando que o uso do chamado Sistema 2 demanda do indivíduo um alto gasto energético, a tendência do pensamento humano é valer-se de parâmetros “pseudoestatísticos” para a tomada de decisões, ativando o Sistema 1, ao passo em que evita percorrer caminhos complexos (KAHNEMAN; TVERSKY, 1982, *apud* LORDELO, 2020, p. 139).

É o que ocorre com a maioria das pessoas, inclusive magistrados/as, cuja atuação, na maior parte das vezes, é mecânica, operada através da classificação sistemática de processos, a fim de replicar motivações previamente elaboradas em casos similares. Essa dinâmica, apesar de natural e até desejável em muitos casos, pois voltada a imprimir eficiência aos trabalhos, acaba por abrir espaço para a incidência de vieses e ruídos, principalmente nas unidades com grande volume de processos, nas quais o tempo para apreciação de cada caso pode se revelar extremamente escasso e até vir a desencadear uma “automatização” da atividade jurisdicional (LORDELO, 2020, p. 139).

Uma das constatações extremamente preocupantes, advinda de diversos experimentos, é a de que existe uma série de vieses implícitos capazes de ensejar a tomada de decisões irracionalmente prejudiciais a grupos minoritários ou marginalizados. Citem-se, a título de exemplo, os estudos levados a efeito nos estados americanos da Flórida, Geórgia e Pensilvânia, que concluíram que presidiários com características mais fenotipicamente negras – como lábios grossos e narizes largos – receberam sentenças mais longas do que aqueles com

menos dessas características, ainda que as circunstâncias fáticas fossem similares (BURCH, 2015, *apud* LORDELO, 2020, p. 141).

Inclinações como essa – relacionadas a preconceitos de raça, gênero ou orientação sexual – costumam ser sumariamente refutadas por parte dos membros do Judiciário, por serem claramente atentatórias à ideia de igualdade que deve nortear as decisões advindas desse Poder e, também, aos códigos de conduta que regem a categoria. Se o objetivo, porém, é aprimorar a atividade jurisdicional, ignorar a existência de vieses implícitos que habitam o inconsciente, ou tratá-los como tabu, não parece a melhor saída.

#### **4 VIESES E RUÍDOS NA ATUAÇÃO JURISDICIONAL**

Além dos inquietantes dados acerca da possibilidade de atuação de preconceitos na tomada de decisões, há, ainda, estudos que apontam para a influência de fatores absolutamente aleatórios no processo decisório.

Kahneman (2012) cita, a título de exemplo, o conhecido experimento dos “Juízes de Israel”, no qual se acompanhou a atividade de concessão ou não de liberdade condicional a condenados. Após 10 (dez) meses de observação do trabalho de oito magistrados, o que se constatou é que as chances de concessão do benefício diminuía estatisticamente no decorrer da manhã, voltando a atingir nível máximo após o intervalo de almoço, para, ao longo da tarde, tornar a cair (KAHNEMAN, 2012). Essa situação levou os pesquisadores a concluir que as chances de o criminoso ser libertado flutuavam de acordo com a fome do magistrado, ou seja, uma questão completamente estranha aos elementos de prova existentes no processo.

Embora o referido estudo seja objeto de controvérsia – há diversas críticas no sentido de que não teria havido um adequado isolamento de variáveis, o que poderia comprometer as conclusões obtidas –, ele pode ajudar a entender o viés conhecido como “esgotamento do ego” (MARDEN; WYKROTA, 2018, p. 57). Como as atividades do Sistema 2 envolvem um alto gasto energético, nós tendemos, por uma questão de economia, a retornar a decisões-padrão, menos custosas cognitivamente, que, no caso dos juízes de Israel, seria a decisão de denegação da condicional.

Outros vieses que, segundo Marden e Wykrota (2018, p. 57), poderiam comprometer uma justa apreciação dos fatos, são o chamado *Priming*, ou “viés associativo”, resumido no brocardo “a primeira impressão é a que fica”, e o denominado *What You See Is What There Is* (WYSIWITI), pelo qual as pessoas tendem a desconsiderar, olímpicamente, a existência de

elementos que escapam à primeira percepção. Há também a “ancoragem”, que faz com que o Sistema 1 se arvore em referências previamente apresentadas, ainda que sem ligação com a ação a ser adotada, enviesando os julgamentos do Sistema 2.

Um dos vieses mais perigosos, e também comuns, é o chamado “viés confirmatório”, que consiste na tendência de ratificarmos, por meio de justificativas racionais, as intuições e respostas imediatas de que já dispomos. Segundo Sunstein (2010), as pessoas não processam as informações de forma neutra, mas de modo que elas se encaixem em suas predileções. Esse fenômeno, por ele chamado de “assimilação tendenciosa” (SUNSTEIN, 2010, pp. 69-70), é capaz de comprometer, e muito, a livre apreciação de argumentos e de provas e, conseqüentemente, a atividade jurisdicional.

O autor explica que, por conta do nosso desejo de reduzir a dissonância cognitiva, acabamos por buscar – e por acreditar em – informações que apreciamos obter, evitando e rejeitando aquelas que consideramos inquietantes. E por isso é que seria tão difícil a tarefa de tentar corrigir crenças falsas ou opiniões equivocadas: as pessoas, quando apresentadas aos dados, tendem a confiar apenas naqueles que confirmam e reforçam suas opiniões iniciais, enquanto as informações que as contradizem costumam parecer-lhes implausíveis, incoerentes, mal-intencionadas e talvez até um pouco absurdas (SUNSTEIN, 2010, p. 71).

Nos tribunais e turmas recursais, a atividade jurisdicional envolve um trabalho de discussão, em plenário ou em sessões, dos fatos e do direito com outros/as magistrados/as. Embora seja esperado que nesse tipo de cenário as decisões sejam mais acertadas, já que tomadas após o livre debate de ideias, supostamente através da argumentação racional, é considerável o risco de incidência, em tais ambientes, do chamado “efeito cascata”.

Esse efeito, segundo Sunstein (2010, p. 10), é aquilo que “ocorre quando um grupo de instigadores primeiros, às vezes chamados líderes, diz ou faz algo e outras pessoas seguem seu sinal”. Segundo uma série de experimentos científicos apontados pelo autor, as cascatas ocorrem em razão da tendência que os indivíduos possuem de confiar no que os outros pensam e fazem<sup>3</sup>.

Esse tipo de descoberta sugere a importância da pressão do grupo, que pode desencadear o que Sunstein (2010, p. 42) chama de “cascata de conformidade”, dinâmica na qual as pessoas, a despeito das opiniões ou dúvidas que possam ter em particular, acabam por

---

<sup>3</sup> Dentre esses estudos, destaca-se o desenvolvido por Solomon Asch, no qual se apresentaram algumas “linhas de comparação” aos participantes, verificando-se que, quando estes eram provocados a decidir sozinhos sobre tais linhas, cometiam erros em menos de 1% das vezes; já nos casos em que viam os demais membros do grupo apoiando a resposta incorreta, passavam a errar em 36,8% das vezes. Esses dados revelam que a crença na correção do julgamento dos demais é tão forte que pode levar os indivíduos a duvidar dos próprios sentidos ou a “falsificar o próprio conhecimento”, a fim de se adaptar à pressão do grupo (SUNSTEIN, 2010, p. 42).

seguir o grupo ou a silenciar as próprias impressões, de modo a “parecer bem” na opinião dos outros. É possível, portanto, que as pessoas tomem posições contrárias às próprias convicções, apenas para não contradizer a opinião do grupo relevante e, assim, evitar sanções sociais (SUNSTEIN, 2010, p. 44). Essa dinâmica é claramente prejudicial à livre deliberação de ideias e à exposição de concordâncias e divergências, atributos que são necessários ao regular andamento dos julgamentos colegiados.

Em suma, o que se pode notar é que “o processo de tomada de decisões costuma se valer, não raramente, de processos heurísticos que, com o objetivo inconsciente de reduzir a complexidade da tarefa, conduzem a erros lógicos sistemáticos” (LORDELO, 2020, p. 142), não havendo evidências ou sequer indícios de que juízes ou juízas, por mais bem-intencionados/as que sejam, estejam livres dessa falibilidade.

## 5 OS JULGAMENTOS MORAIS E A TEORIA DA MIOPIA MODULAR

A tendência que possuímos de basear nossos julgamentos nas intuições, e não em justificativas racionais voltadas à obtenção do bem comum, acaba por ser ainda mais forte quando se está diante de juízos morais, é dizer, de decisões baseadas não em critérios objetivos, mas em princípios de justiça.

Essa a conclusão a que chegou Joshua Greene (2001, *apud* WOLKART, 2018), quando do desenvolvimento da teoria por ele chamada de Neurociência da Moralidade, ou Pragmatismo Profundo, que se apresenta como uma atualização da filosofia utilitarista. Para o neurocientista, as decisões baseadas em princípios de justiça podem levar a uma diminuição do bem-estar social, por conta da imensa falibilidade dos julgamentos realizados com base no Sistema 1.

Com o auxílio da ressonância magnética e de outras tecnologias, Greene analisou as falhas em nossos juízos morais a partir do famoso Dilema do Bonde Desgovernado<sup>4</sup> e suas inúmeras variações (WOLKART, 2018, p. 498). No dilema original – aqui chamado de *footbridge case* –, imagina-se um bonde absolutamente desgovernado indo em direção a cinco pessoas e, portanto, prestes a matá-las. Em cima de uma ponte há um homem muito gordo que, se caísse no caminho do bonde, seria capaz de pará-lo. O dilema é saber se a ação de empurrar o homem, salvando as cinco pessoas, seria ou não aceitável. Já na variação do

---

<sup>4</sup> O Dilema do Bonde Desgovernado, cuja montagem original é atribuída a Philippa Foot (1967, *apud* WOLKART, 2018, p. 498), é utilizado há décadas para discutir questões éticas envolvendo o comportamento humano.

dilema – *switch case* –, existe uma alavanca ao alcance desse observador, a qual é capaz de mudar a direção do bonde para outro trilho, onde há apenas uma pessoa trabalhando. Aqui, a questão é se seria moralmente aceitável acionar essa alavanca.

Os experimentos de Greene (2013, p. 121, *apud* WOLKART, 2018, p. 501) demonstram que nosso cérebro gera respostas intuitivas diversas para os dois casos, ainda que as consequências de ambas as ações sejam as mesmas. Quando submetidos ao dilema, apenas 31% dos participantes da pesquisa aprovavam a primeira conduta. Já na variação, a aprovação salta para 87%, demonstrando por parte destes um julgamento mais utilitário.

Segundo o cientista (GREENE, 2013, *apud* WOLKART, 2018, p. 507), isso ocorre porque há, no dilema original, uma atividade mais intensa do Sistema 1, se comparado ao *switch case*. A explicação para essa disparidade, que também se verifica nas diversas variações imaginadas para o dilema, está na combinação de dois fatores: A personalidade do enredo – no originário, o agente tem contato pessoal com o sujeito a ser “sacrificado” – e a diferenciação que se faz entre utilizar o ser humano como meio para atingir uma finalidade, e encarar seu sacrifício como um efeito colateral da conduta do agente.

A hipótese sustentada por Greene (2013, *apud* WOLKART, 2018, p. 508), por ele chamada de Teoria da Miopia Modular, é de que essa diferença na aprovação dos cenários se dá por força da ação dos instintos, é dizer, do Sistema 1. Por razões evolutivas, nós desenvolvemos um subsistema cognitivo que monitora os nossos planos e aciona um alarme emocional quando vislumbra a possibilidade de ferirmos alguém fisicamente. Ocorre que esse sistema é míope. Ele só detecta os meios que serão necessários para atingir o objetivo final, e ignora os efeitos nocivos da nossa conduta, ainda que estejamos conscientes de tais efeitos<sup>5</sup>. É esse alarme que soa quando pensamos no dilema originário de empurrar ou não alguém, diferente do que ocorre com o simples acionamento da alavanca.

Para Greene, as teorias que conferem caráter preponderante a princípios de justiça – como a dos imperativos categóricos de Immanuel Kant – são apenas racionalizações (feitas pelo Sistema 2) de julgamentos intuitivos e imprecisos do nosso cérebro (realizadas pelo Sistema 1). “Em outras palavras, o sistema reflexivo atuaria ancorado nos instintos, organizando-os de forma imperfeita e inconsistente. Não é o imperativo categórico kantiano que justifica os instintos, mas os instintos que justificam o imperativo categórico” (WOLKART, 2018, p. 508). Trata-se, por assim dizer, do viés confirmatório, estudado acima.

---

<sup>5</sup> Para esses efeitos colaterais, o Sistema 2 funciona perfeitamente, mas o Sistema 1 não, já que ele, que é rápido, mas impreciso, só percebe as causalidades lineares, a cadeia causal planejada dos eventos. Esse sistema também não se atenta para os possíveis benefícios causados pela violência. Por isso tendemos a rechaçar qualquer hipótese de violência voltada a uma pessoa determinada, ainda que isso possa significar um enorme bem-estar social ou um benefício ao sistema como um todo (GREENE, 2013, *apud* WOLKART, 2018).

A preocupação que isso gera é com a utilização demasiada de princípios de justiça para proferir decisões judiciais em casos complexos, já que essa técnica decisória, em última análise, pode levar a resultados equivocados e até traiçoeiros, por não se basear na ponderação consciente entre custos e benefícios e, assim, possibilitar uma maximização do bem-estar social, mas nas falhas estruturas que compõem nossas intuições morais.

## **6 O POSITIVISMO, O JUSNATURALISMO E O NEOCONSTITUCIONALISMO “À BRASILEIRA”**

No Brasil, a frequência com que valores vagos e genéricos são utilizados para fundamentar decisões judiciais levou o doutrinador e Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal Eros Grau (2021) a afirmar que tem “medo dos juízes”. Nas palavras de Grau, “passei a realmente temer juízes que, usando e abusando dos princípios – lembro aqui a canção de Roberto Carlos –, *sem saber o que é direito, fazem suas próprias leis*” (2021, p. 13, grifo no original).

A ideia de Grau é baseada em sua visão do Direito moderno como algo caracterizado pela objetividade da lei, pela calculabilidade e previsibilidade que, em última análise, conferem-lhe racionalidade. O fundamento ético do direito moderno, nessa perspectiva, estaria justamente na legalidade, o que pressupõe serem as relações sociais reguladas por um único ordenamento, emanado de um único ponto equidistante (HELLER, 1987, *apud* GRAU, 2021, p. 16).

Desse modo, entende o jurista ser necessário afirmar e repetir: “os juízes aplicam o *direito*, os juízes não fazem *justiça!* Vamos à Faculdade de Direito aprender *direito*, não *justiça*. *Justiça* é com a religião, a filosofia, a história” (GRAU, 2021, p. 21, grifos no original).

Com isso não se está a dizer, por evidente, que cada decisão seria matematicamente previsível. O exercício da judicatura envolve a difícil tarefa de interpretar o texto legal, transformando-o em norma nos casos concretos, missão para a qual o intérprete deve não apenas compreender o texto, mas também a realidade fática, para, a partir dessa conformação, extrair o sentido jurídico a ser concretizado na solução de cada caso.

No entender de Grau, porém, o que veríamos hoje são magistrados extrapolando a moldura do texto, ou seja, excedendo-se na tarefa interpretativa e criando normas que não podem ser extraídas da redação legal, muitas vezes sob um ideal de estar “fazendo justiça”, o

que vislumbra como algo extremamente problemático. “Apenas na afirmação da *legalidade* e do *direito positivo* a sociedade encontrará segurança, e os humildes, a proteção e a garantia de seus direitos no modo de produção social dominante” (GRAU, 2021, p. 22, grifos no original).

Da análise do ponto de vista defendido por Grau, pode-se notar que não se trata de algo inédito ou mesmo novo. A questão se encontra diretamente relacionada a inquietações que há séculos levam os filósofos a discutir sobre o que seria o Direito, o que seria a Justiça, a relação entre ambos os conceitos e, ainda, sua intersecção com a Moral. E o imenso repertório de doutrinas relacionadas ao tema pode ser simplificado, segundo Lyra (2003), pelo destaque dos dois modelos básicos em torno dos quais ele se divide: jusnaturalismo e positivismo jurídico, este último abertamente defendido por Grau<sup>6</sup>.

Tais concepções, ainda que com adaptações e ajustes, assinalariam, no entender de Lyra (2003, p. 26), “a grande cisão das ideologias jurídicas – de um lado, o Direito como ordem estabelecida (positivismo) e, de outro, como ordem justa (iusnaturalismo)”. Ainda que muitos estudiosos recusem enquadrar sua teoria em um dos lados desse binômio, os alicerces da construção de seu raciocínio acabariam por revelar a presença da referida contradição.

E o que vem sendo apontado atualmente na prática judiciária, certas vezes em tom crítico, outras em tom elogioso, é um retorno ao jusnaturalismo, é dizer, um regresso aos valores e princípios que justificariam a própria existência das regras, num sentido de buscar a justiça por trás dessas disposições. O cenário, segundo Sarmento (2009), emerge da recepção apenas parcial, em nosso país, de uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas, que foram sintetizadas e englobadas no termo “neoconstitucionalismo”.

Apesar de os movimentos neoconstitucionalistas serem marcados pela articulação de complexas teorias em torno da argumentação, o que se vem notando é que, “aqui, a valorização dos princípios e da ponderação não tem sido muitas vezes acompanhada do necessário cuidado com a justificação das decisões” (SARMENTO, 2009, p. 33), talvez por conta de uma leitura equivocada de autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy<sup>7</sup>.

---

6 Grau é enfático ao defender, ao menos até que uma mudança qualitativa venha a ocorrer em nossa história, o direito positivo, visto por ele como algo contraditório, mas num sentido positivo, na medida em que “está a serviço do modo de produção social dominante e, concomitantemente, consubstancia a derradeira defesa das classes subalternas” (2021, p. 14).

7 Nesse sentido, cite-se o interessante artigo de George Marmelstein Lima, “Alexy à brasileira ou a Teoria da Katchanga” (2012), disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21646/alexey-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga>. Acesso em: 19 Dez. 2021.

Conforme Sarmento (2009, p. 33), “instalou-se um ambiente intelectual no Brasil que aplaude e valoriza as decisões principiológicas, e não aprecia tanto aquelas calcadas em regras legais, que são vistas como burocráticas ou positivistas – e positivismo hoje no país é quase um palavrão”. Esse cenário tem levado muitos estudiosos a tecer severas críticas ao “decisionismo” implantado em nossos tribunais, consistente no excesso de discricionariedade nas decisões e na utilização demasiada de critérios voláteis na interpretação do direito.

A partir dos estudos em torno dos vieses e ruídos cognitivos, das cascatas informacionais e, ainda, da “miopia” existente em nosso sistema intuitivo, restam ainda mais evidentes os perigos desse tipo de postura judicial. Além de resultarem num cenário de insegurança e incerteza, decisões alicerçadas em princípios de justiça acabam por se centrar, em suma, na subjetividade do julgador, podendo tornar-se um “passe livre intelectual, um atalho preguiçoso, instintivo, às vezes, autoritário” (WOLKART, 2018, p. 519).

Necessário se mostra, nesse sentido, uma boa dose de autocontenção por parte de juízes e juízas, no sentido de respeitar o papel reservado ao direito positivo, que é o de conferir segurança e previsibilidade aos temas que já se encontram mais ou menos assentados, “não porque sejam verdades universais, mas porque, por razões práticas, os membros daquela determinada sociedade concordam com a solução e não estão dispostos a discuti-la a todo instante” (WOLKART, 2018, P. 519). E, para os casos em que o ordenamento não forneça uma resposta normativa clara, defende-se que o debate se centre menos em convicções principiológicas, muitas vezes dissociadas da realidade, e mais na “pesquisa dos benefícios e dos malefícios daquele posicionamento para a coletividade” (WOLKART, 2018, P. 519), com vistas ao aumento do bem-estar social.

## **7 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O ingresso da Psicologia e das neurociências na teoria econômica fez com que a economia comportamental saísse da posição de marginal e controversa para tornar-se uma área central da economia. Diante das descobertas que vêm sendo apresentadas nessa seara, é interessante que uma releitura semelhante ocorra em outras áreas do conhecimento, inclusive no Direito, já que as constatações aqui abordadas colocam em xeque alguns dos pilares que sustentam a maioria dos sistemas de justiça, em especial a presunção de que os seres humanos seriam, na maior parte das vezes, racionais em suas decisões.

A variabilidade injustificada de julgamentos, seja por conta da atuação de vieses, seja pela presença de ruídos, revela-se problemático em termos de equidade. “Não é aceitável que dois indivíduos similares, condenados por uma mesma infração, recebam sentenças drasticamente diferentes” (KAHNEMAN; SIBONY; SUNSTEIN, 2021, p. 15). E, no entanto, é exatamente esse ultraje que tem sido visto em muitas nações, problema que se agrava quando estamos diante de decisões baseadas em juízos morais, em princípios de justiça, em detrimento de critérios claros e objetivos.

Diante disso, coloca-se ao Neurodireito o desafio de buscar um desenvolvimento, é dizer, uma minimização dos impactos dos erros cognitivos na tomada de decisões, o que exige, a princípio, um reconhecimento da existência do problema por parte dos operadores do Direito e, após, um efetivo esforço em compreender as complexidades do processo decisório e em encontrar formas de lidar operacionalmente com nossa irracionalidade.

## REFERÊNCIAS

BUCCI, Eugênio. **A Superindústria do Imaginário**: como o capital transformou o olhar em trabalho e se apropriou de tudo que é visível. 1ª ed., Belo Horizonte: Autêntica, 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral (arts. 1º ao 120). 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: A interpretação/aplicação do direito e os princípios. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass R. **Ruído**: Uma falha no julgamento humano. Trad. por Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021.

LORDELO, João Paulo. **Vieses Implícitos e Técnicas de Automação Decisória**: Riscos e Benefícios. In: Revista ANNEP de Direito Processual . Vol 1, N. 2. P. 136-154. Jul-Dez. 2020.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. São Paulo: Brasiliense, 2003.

MARDEN, Carlos; WYKROTA, Leonardo Martins. **Neurodireito**: o início, o fim e o meio. In: Revista Brasileira de Políticas Públicas. Vol. 8, n. 2. P. 49-64. Brasília: Ago. 2018.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. Disponível em: [https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo\\_-\\_daniel\\_sarmento.pdf](https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf). Acesso em: 19 Dez. 2021.

SUNSTEIN, Cass R. **A Verdade sobre os Boatos**: Como se espalham e por que acreditamos neles. Trad. Por: Marcio Hack. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

WOLKART, Erik Navarro. **A neurociência da moralidade na tomada de decisões jurídicas complexas e no desenho de políticas públicas**. In: Revista Brasileira de Políticas Públicas. Vol. 8, n. 2. P. 493-522. Brasília: Ago. 2018.