

## DECISÃO E PUNIÇÃO: ALÉM DA RACIONALIDADE JURÍDICA

### *DECISION AND PUNISHMENT: BEYOND LEGAL RATIONALITY*

José Roberto Macri Júnior.<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente trabalho pretende analisar como se dá a decisão judicial no âmbito do Direito Penal. Para tanto serão estudados os modelos formalista e realista de decisão. Discutidas as falhas nos modelos, serão analisados modelos baseados no processo dual, os quais, em síntese, estabelecem que a decisão (judicial ou não) decorre de uma intuição, sendo possível, entretanto, que a decisão intuitiva possa ser substituída por uma decisão decorrente do procedimento deliberativo. Posteriormente, será discutida a questão acerca de como as emoções podem influenciar o sistema de justiça penal, seja no âmbito da decisão legislativa, seja no âmbito da decisão judicial. Por fim, serão apresentadas propostas para possibilitar a deliberação judicial, haja vista a impossibilidade de basear o sistema penal somente em emoções.

**Palavras-chave:** Decisão judicial. Realismo jurídico. Direito Penal. Função da pena.

**Abstract:** The present paper intends to analyze how occurs the judicial decision-making in Criminal Law. For that, the formalist and realistic decision models will be studied. After the discussion of the failures in those models based on the dual process – which, in short, establish that the decision (judicial or not) is based on an intuition, being possible, however, that the intuitive decision can be replaced by a deliberative decision – will be analyzed. Subsequently, the question about how emotions can influence the criminal justice system – in the legislative decision and in the judicial decision – will be discussed. Finally, proposals will be presented to enable judicial deliberation, given that it is impossible to base the criminal system only on emotions.

**Keywords:** Judicial decision. Legal realism. Criminal Law. Sanction aim.

## 1 INTRODUÇÃO

O realismo jurídico norte-americano foi um movimento que questionou a jurisprudência mecanicista e o formalismo que ainda eram muito fortes no início do século XX. “Formalismo” deve ser aqui entendido como a decisão judicial sendo o resultado de um raciocínio silogístico, sendo a atividade judicial restrita a uma interpretação passiva e mecânica das leis, como propunha, por exemplo, a Escola da Exegese (BOBBIO, 2006).

---

<sup>1</sup> Graduação em direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - Universidade de São Paulo. Doutorando em direito pela Faculdade de Direito de São Paulo - Universidade de São Paulo.

Dessa forma, evidentemente, haveria apenas uma solução possível para a maioria (ou todos) os casos. Os realistas afirmavam, por sua vez, que a decisão judicial era baseada em critérios não jurídicos. A tomada de decisão, assim, teria seu início com um palpite (*hunch*) acerca do resultado. Esse palpite poderia derivar de uma experiência de muitos anos, ou poderia ser mero reflexo de preconceitos e ideologias individuais<sup>2</sup> (BIX, 2016). As normas e o raciocínio jurídico funcionariam como uma racionalização *post-hoc*, isto é, serviriam para justificar uma intuição, não para alcançar o resultado (LEITER, 2002).

Os realistas entendiam a lei como indeterminada em dois sentidos: (I) a lei é racionalmente indeterminada, no sentido de que o raciocínio jurídico não aponta apenas uma decisão para o caso concreto como correta; (II) a lei é indeterminada em um sentido explicativo, isto é, o raciocínio jurídico não é suficiente para explicar por que os juízes decidem da forma que o fazem. Dessa maneira, o núcleo da crítica realista pode ser assim sintetizado: ao decidir, juízes respondem primeiramente a estímulos provocados pelas circunstâncias fáticas – ainda que juridicamente irrelevantes –, não ao raciocínio jurídico propriamente dito (*ibid.*). As normas e a teoria jurídica teriam pouco impacto sobre como são tomadas as decisões. Contudo, embora o palpite (*hunch*) influencie a decisão judicial, é possível que a decisão final contrarie a intuição quando esta apontar para um resultado juridicamente insustentável (BIX, 2016).

Embora todos os realistas aceitassem o núcleo da crítica, o movimento pode ser dividido em duas vertentes. A sociológica, majoritária, entendia que a decisão judicial deriva de alguns padrões sociais, ou, em outras palavras, forças sociais operam sobre o magistrado, influenciando-o na tomada de decisão. A vertente idiossincrática, por seu turno, entendia que a constituição psíquica e a personalidade do juiz eram os fatores mais influentes na tomada de decisão (LEITER, *op. cit.*).

Os realistas não foram unívocos sobre quais impactos suas críticas deveriam ter na prática jurídica. Com efeito, alguns realistas entendiam que os magistrados deveriam adotar, abertamente, uma função legislativa, haja vista o fato de a lei ser indeterminada. Assim, ao invés de desenvolver um raciocínio jurídico, o magistrado deveria fazer considerações de natureza política, ponderando valores, tal como o legislador, no momento da decisão. Por outro lado, alguns realistas consideravam sem propósito qualquer indicação acerca de como os juízes deveriam decidir, já que a ideia nuclear do realismo é precisamente a de que os juízes não seguem normativas para tomada de decisão (LEITER, 2002). Afinal, a “ideia de

---

<sup>2</sup> Radbruch (2011), a propósito, já apontava que as garantias de independência judicial não podem assegurar o juiz contra a sugestão inconsciente que sua posição social exerce sobre ele.

que era possível explicar o fenômeno decisório a partir de conexões causais é muito diversa das tentativas de fixar parâmetros adequados para orientar as decisões judiciais” (LINS E HORTA; COSTA, 2017, p. 277).

Os juristas não têm se dedicado muito à questão acerca de quais os fatores determinantes para a decisão judicial (LINS E HORTA, 2014). O ideal de que é possível desenvolver uma metodologia hermenêutica capaz de indicar caminhos para a decisão correta permanece como um dos elementos centrais dos discursos dogmáticos atuais. Com efeito, a discussão centra-se, muitas vezes, em qual seria a metodologia hermenêutica adequada, dando como pressuposta a possibilidade de tal metodologia (LINS E HORTA; COSTA, op. cit.).

Este trabalho está estruturado em duas partes. Inicialmente, analisar-se-á, com o auxílio da Psicologia, como se dá o processo de tomada de decisões (judiciais ou não). Nesse momento, a abordagem será genérica, com apresentação de modelos que pretendem descrever os mecanismos envolvidos no decidir. Na segunda parte do trabalho, discutir-se-á um ponto específico da tomada de decisão: a punição. Será revisitada a chamada teoria da pena, a qual coloca alguns parâmetros racionais para fundamentar a sanção criminal. Em seguida, far-se-á uma abordagem mais realista da pena, discutindo-se o papel das emoções no sistema penal como um todo.

## **2 MODELOS EXPLICATIVOS DAS DECISÕES**

Os dois modelos de julgamento (o formalista/exegético e o realista) oferecem respostas diversas acerca de como os juízes decidem, conforme será analisado em maiores detalhes a seguir. De acordo com o modelo formalista, o magistrado apenas aplica a lei, de forma mecânica seguindo raciocínio silogístico. O modelo realista, por sua vez, afirma que a decisão decorre de um palpite, não de um raciocínio estruturado. Ambos os modelos fornecem descrições inadequadas da realidade. Com efeito, a intuição tem relevante papel para a decisão, o que torna o modelo formalista equivocado. Porém, não se pode negar que juízes, em alguma medida, aplicam normas aos fatos, o que torna o modelo realista puro equivocado (GUTHRIE; RACHLINSKI; WISTRICH, 2007).

### **2.1. MODELO SÓCIO-INTUITIVO: CRÍTICA À PREDOMINÂNCIA DA RAZÃO**

Haidt (2001) questiona o quanto a razão é determinante para tomada de decisões. Apresenta, para tanto, o seguinte caso hipotético: dois irmãos estão viajando juntos nas férias

de verão; certa vez, passam a noite em uma cabana, sozinhos; decidem manter relações sexuais, tomando todas as medidas necessárias para evitar a concepção; a experiência revela-se prazerosa para ambos, mas eles decidem não repeti-la; decidem, também, não revelar o que ocorreu na cabana para ninguém (ibid.). O autor levanta, então, a questão: foi *errado* os irmãos terem mantido relações sexuais? Referindo-se a trabalhos anteriores, o autor mostra que as pessoas em geral costumavam responder que era errado o que os irmãos fizeram. Entretanto, quando indagadas sobre o porquê de ser errado, havia dificuldade em apontar um motivo. Com efeito, os riscos biológicos e emocionais estavam ausentes no caso apresentado. Por fim, muitos concluíam da seguinte forma: “não sei, não posso explicar, apenas sei que é errado” (ibid., p. 814). Contudo, qual modelo de julgamento moral permite que uma pessoa saiba que algo é errado sem saber o porquê?

Inicialmente, dois modelos de tomada de decisão devem ser diferenciados. No modelo racionalista, a pessoa coloca-se na posição de julgador, sopesa questões acerca do dano causado, dos direitos envolvidos, da justiça. Assim, para continuar com o exemplo, se não fosse encontrada nenhuma razão para condenar a conduta dos irmãos, deveriam ser absolvidos. O fato de que as pessoas, quando perguntadas acerca do motivo pelo qual consideravam *errada* a conduta dos irmãos, não encontrarem resposta, mas, mesmo assim, permanecerem com sua “condenação” é um forte indício de que há falhas no modelo racionalista, ao menos enquanto modelo descritivo da realidade. Por outro lado, no modelo sociointuitivo, o julgamento moral é causado rapidamente por uma intuição moral e seguido, se necessário, por uma lenta, *ex post facto* racionalização moral (ibid.). Para a melhor compreensão do modelo sociointuitivo, faz-se necessária a explicação dos conceitos de julgamento moral, intuição moral e racionalização moral.

O julgamento moral pode ser definido como uma avaliação – das ações ou características de uma pessoa – feita com base em um rol de virtudes tidas como obrigatórias em uma determinada cultura. A racionalização moral, por sua vez, pode ser definida como a atividade mental consciente que consiste em utilizar informações para alcançar um julgamento moral. A intuição moral, por fim, pode ser definida como a aparição súbita, ao nível da consciência, de um julgamento moral. A intuição moral assemelha-se ao juízo estético: toma-se contato com algo e, imediatamente, forma-se um juízo de aprovação ou reprovação (HAIDT, 2001).

Há motivos para se questionar a primazia da razão nos julgamentos morais. Em primeiro lugar, deve-se reconhecer que a intuição e o raciocínio podem trabalhar em paralelo (é o chamado “processo dual”). Em regra, a intuição é o processo inicial para a tomada de

decisões. Entretanto, havendo conflito entre as intuições ou havendo necessidade de exame cuidadoso das circunstâncias, o processo racional começa a funcionar. Em segundo lugar, o processo racional procura defender um ponto de vista, não havendo, ao menos em princípio, preocupação com a verdade ou com a decisão correta. Um processo racional em julgamentos morais pode funcionar objetivamente apenas sob circunstâncias muito específicas: tempo e capacidade de processamento de informações, motivação para ser preciso no julgamento, ausência de preconceções etc. Na prática, estando ausentes estas circunstâncias, a racionalização moral não procura a verdade ou a decisão correta; ao contrário, procura evidências que confirmem conclusões preordenadas. Em terceiro lugar, deve-se assinalar que o processo racional constrói justificativas para julgamentos intuitivos, causando a ilusão de que houve um raciocínio objetivo.

## 2.2. MODELO “FORMALISTA REALISTA” (INTUITIVE-OVERRIDE MODEL OF JUDGING)

O modelo *intuitive-override* de julgamento reconhece dois modos de decisões e julgamentos: (I) processo intuitivo; (II) processo racional. O processo intuitivo caracteriza-se por ser rápido, automático, sem esforço cognitivo, com baixo controle consciente e emocionalmente carregado. Semelhante ao processo perceptivo, o processo intuitivo toma seus resultados como corretos – por vezes, mesmo que a razão aponte o contrário. Em geral, o pensamento intuitivo baseia-se na familiaridade com o âmbito do conhecimento e com sua estrutura, o que torna possível a supressão de etapas de raciocínio (BRUNER, 1977). O processo racional, por sua vez, caracteriza-se por ser lento, sistemático, controlado conscientemente, produto de certo esforço. Importante ressaltar que os processos se distinguem enquanto tais, isto é, não se distinguem por seus produtos: ambos resultam em decisões e julgamentos (DARLEY, 2009). O modelo *intuitive-override* entende que, ao decidir um caso concreto, o magistrado toma uma decisão intuitiva inicial (processo intuitivo) e, posteriormente, essa decisão intuitiva pode ser confirmada ou não pelo processo racional (GUTHRIE; RACHLINSKI; WISTRICH, 2007).

Este modelo é menos idealista que o modelo dedutivo/racionalista/formalista e menos cínico que o modelo intuitivo puro, defendido por realistas. Estudos empíricos apontam para a qualidade do modelo *intuitive-override* enquanto descritivo da realidade acerca da tomada de decisão. Com efeito, estudos mostram que a intuição exerce grande influência no decidir.

Entretanto, a intuição não é necessariamente decisiva. Em muitos casos, a decisão intuitiva pode ser substituída por uma decisão pautada no processo deliberativo (ibid.).

O modelo *intuitive-override* levanta duas questões. Primeiramente, qual procedimento conduz a melhores decisões: intuitivo ou deliberativo? Em segundo lugar, como propiciar condições para que haja decisões deliberativas? (ibid.). Estas questões serão retomadas nas conclusões do trabalho, analisando-as sob a circunstância específica da condenação criminal.

### 3 DECISÃO PENAL: ENTRE A RACIONALIDADE E A EMOTIVIDADE

Como já exposto na introdução, este trabalho procura estudar o fenômeno da decisão acerca de sanções criminais. Para tanto, a teoria da pena será revista para verificarem-se quais são os parâmetros racionais que devem guiar a repressão penal. Em seguida, far-se-á abordagem realista da pena, verificando-se o papel das emoções no sistema punitivo.

#### 3.1. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DA PUNIÇÃO

As teorias da pena podem ser divididas em dois grupos: teorias absolutas e teorias relativas (RODRÍGUEZ, 2010). As teorias absolutas – também conhecidas como retributivas – tem como principal representante Immanuel Kant. O filósofo alemão entendia que a pena judicial (*poena forensis*) não poderia ser aplicada como meio para promoção de algum bem, seja para o próprio infrator, seja para a sociedade civil. O indivíduo deve ser punido unicamente por ter cometido o delito, visto que qualquer outra finalidade da pena que não seja retribuir proporcionalmente o mal causado violaria a dignidade humana (KANT, 2014). O grande mérito da teoria retributiva foi ter erigido o princípio da culpabilidade (ou reprovabilidade) como princípio absoluto de aplicação da pena. Contudo, como teoria dos fins da pena, a doutrina da retribuição deve ser recusada. Com efeito, as teorias retributivas não são, em verdade, teorias sobre os fins da pena. Afinal, defende-se exatamente o contrário: a pena seria uma entidade independente de finalidades (DIAS, 1999).

As teorias relativas são, efetivamente, teorias sobre os fins da pena. Antes de mais nada, deve-se esclarecer como as teorias relativas respondem às críticas retributivistas no sentido que o ser humano seria instrumentalizado, tendo, assim, sua dignidade violada. Tal crítica, segundo os relativistas, carece de sentido, pois, caso contrário, dever-se-ia concluir pela ilegitimidade de quaisquer instrumentos destinados a atuar no campo social e realizar finalidades socialmente úteis. Com efeito, o funcionamento social requer sempre que os

cidadãos (ainda que na menor medida possível) prescindam de direitos e liberdades. A questão da preservação da dignidade humana é, dessa forma, estranha à questão das finalidades da pena. Questão diversa é a discussão sobre se a aplicação concreta da pena pode violar a dignidade humana. Todavia, este ponto já não diz respeito aos fins da pena, mas sim aos limites e condições de aplicação da sanção (ibid.).

As teorias relativas dividem-se, por sua vez, em teoria da prevenção geral e teoria da prevenção especial. A gênese da teoria da prevenção geral (ao menos em sua vertente negativa) está na concepção da “coação psicológica”, precisamente de onde decorre sua crítica. A ideia de coação psicológica aponta uma fraqueza teórica e prática: não se pode determinar, empiricamente, o *quantum* de pena necessário para alcançar o efeito intimidador. Assim, há a possibilidade de que, na tentativa de redução da criminalidade, utilizem-se penas cada vez mais severas e desumanas, transformando o Direito Penal em um “direito penal do terror”, este sim, violador da dignidade humana (ibid.).

As doutrinas da prevenção especial afirmaram-se notoriamente sob a influência da escola positivista, na segunda metade do século XIX. Afirmava-se à época, por exemplo, que a pessoa sã goza de livre-arbítrio, o qual a impele de buscar constantemente a satisfação; entretanto, o agir pode ser mediado pelo meio social, de modo que o temor da sanção ou os prudentes hábitos adquiridos pela boa educação podem frear muitos impulsos socialmente danosos (LOMBROSO, 2016).<sup>3</sup> Já nesse momento se colocava a questão do livre-arbítrio: se é verdade que a pessoa não sã (o criminoso nato) não tem livre-arbítrio, como justificar a punição? Se o delincente diz ao Estado que é inimputável por não ser possível agir de outro modo, deve o Estado responder que ele também não pode agir de outra forma que não punindo o delincente. Assim, a doutrina positivista justifica o poder de punir sem recorrer a uma ideia de Deus ou de livre-arbítrio; basta uma razão experimental e irrepreensível: a sociedade considera a pena necessária, indispensável para a própria conservação. Do direito da sociedade de se defender contra o agressor surge o direito de punir (FERRI, 1901).

A prevenção especial, portanto, tem como fundamento a ideia de que a pena pode ter reflexos no comportamento individual, seja por meio da repressão (prevenção especial negativa), seja por meio da ressocialização (prevenção especial positiva). O pensamento da prevenção especial positiva encontra dificuldades diante dos casos em que o agente não se revela carente de socialização. Tais casos serão mais frequentes nos chamados delitos do colarinho branco (DIAS, 1999). A ideia de ressocialização, aliás, não se aplica também aos

---

<sup>3</sup> Esclareça-se que, segundo Lombroso, a sociedade somente pode funcionar como restrição aos impulsos dos criminosos não natos.

chamados criminosos de um só delito. Com efeito, o matricida, o parricida, entre outros, são exemplos de criminosos que não voltariam a delinquir (GARÓFALO, 2005). Logo, desde uma perspectiva de prevenção especial, a pena seria inútil.

Percebe-se, com base no exposto até aqui, que a filosofia da pena enfrenta uma série de dificuldades. Com efeito, as teorias relativas invariavelmente fornecem respostas que contrariam as mais elementares concepções humanas de justiça (vide exemplo citado no final do parágrafo anterior). Por outro lado, o retributivismo, calcado nas ideias de reprovabilidade e culpa, depara-se, a partir dos avanços da neurociência, com um obstáculo possivelmente insuperável: determinar o que é reprovação (BUNG, 2016). Evidentemente, nada impede que o Direito Penal adote uma postura solipsista e ignore as contribuições das outras ciências quanto à função e legitimidade da pena. Há, inclusive, quem entenda que andou bem a dogmática da culpabilidade ao desvincular-se da polêmica acerca da liberdade de vontade, visto que nem o Direito Penal nem a vida cotidiana poderiam existir sem o pressuposto do livre-arbítrio (HASSEMER, 1999).

### 3.2. APROXIMAÇÃO REALISTA DA PENA

Vistos os dois modelos de pensamento, intuitivo e deliberativo, deve-se entender que o desejo punitivo decorre do modelo intuitivo (DARLEY, 2009). A intuição acerca da punição, aliás, parece funcionar por meio de uma heurística moral, haja vista que o desejo punitivo independe de qualquer análise acerca das consequências da sanção (SUNSTEIN, 2003). Não é por outra razão que, ensina-se, a função do Direito Penal não é somente punir, mas colocar limites à ânsia punitiva da coletividade (BECHARA, 2014; PRADO, 2011; ROXIN, 2006; PELARIN, 2002).

Deve-se ressaltar, ainda, que os custos de um sistema excessivamente punitivo são astronômicos. Entretanto, pune-se cada vez mais (SILVA SANCHEZ, 2001), o que faz com que o sistema penal tenha curiosa peculiaridade: não obedecer à lógica de custo-benefício (HUSAK, 2008). Tal peculiaridade já é forte indício de que o sistema penal como um todo não funciona apenas por meio de processos racionais. Com efeito, a emoção desempenha importante papel na prática penal, seja na criação das leis penais, seja na aplicação dessas leis. Estes dois âmbitos de influência das emoções serão discutidos a seguir.

As leis penais, segundo o modelo mais aceito na atualidade, surgem a partir de uma percepção social de que há uma inadequação da resposta jurídica a um problema. Assim, há uma mobilização para ativar a burocracia estatal visando à criação de nova lei.

Posteriormente, há um novo juízo de adequação, isto é, verifica-se se o problema percebido inicialmente está, com a nova legislação, regulado de maneira adequada (DÍEZ RIPOLLÉS, 2005).

O modelo apresentado pressupõe certa racionalidade, afinal a lei penal surgiria para resolução de um problema. Todavia, o contexto social contemporâneo permite que se coloque em dúvida a racionalidade pressuposta. Com efeito, a fluidez crescente da noção de certeza (BECK, 2010), as alterações sociais decorrentes da pós-modernidade (GIDDENS, 2012) bem como o avanço vertiginoso da tecnologia e seus potenciais riscos (id., 1991; MACHADO, 2005) favorecem a propagação do sentimento de medo (GLASSNER, 2009; PASTANA, 2003). “Todos os tipos de injustiça podem ser justificados pelas aparições fantasmagóricas de um medo generalizável.” (HARDT; NEGRI, 2014, p. 39)<sup>4</sup> Mas o modelo não é “atacado” por emoções apenas no momento inicial, em que se percebe o problema social mal regulamento. Falta, em razão do medo, critérios para questionar a adequação de novas normas superlegitimadas socialmente, isto é, a intuição de que a nova lei penal é necessária e tão forte que não se consegue, após o fim do processo legislativo, avaliar se o problema social está, enfim, regulado de maneira satisfatória (MENDONZA BUERGO, 2001). Dessa forma, o medo, para além de seus usos políticos (DEL ROSAL BLASCO, 2009), explica, em alguma medida, o porquê de o Direito Penal não seguir uma lógica de custo-benefício.

O Direito Penal também é influenciado por emoções no âmbito da sanção no caso concreto. Estudos indicam que as pessoas, ao decidirem acerca de punições, pautam-se por noções retributivistas (DARLEY, 2009). Isto é, não se pune com o objetivo de alcançar uma finalidade (evitar que outros delinquam, recuperação do agente etc.); ao contrário, a punição está baseada em uma ideia de castigo. No entanto, o que se castiga? Qual o critério para mensurar a justa retribuição: o dano causado ou a reprovabilidade da conduta?

Em regra, a reprovabilidade e o dano são diretamente proporcionais. Assim, por exemplo, provocar lesões corporais é menos danoso e menos reprovável do que matar alguém, logo, a sanção também será menor no primeiro delito em relação ao segundo. Atenção especial merecem os casos de tentativa acabada sem resultado lesivo (ou com dano menor do que pretendido pelo autor da ação). Evidentemente, a reprovabilidade da conduta de quem, e.g., mata alguém e de quem só não mata por circunstâncias alheias à sua vontade é a mesma. Por que, então, a sanção penal seria diferente? A dogmática aponta que a reprovação criminal deve ser diferente porque o injusto é constituído não só pelo desvalor da conduta, mas

---

<sup>4</sup> Ver, a propósito, a discussão acerca da adoção do princípio da precaução no âmbito penal. Cf. RODRÍGUEZ, 2003; ROMEU CASABONA, 2000; LEITE e AYALA, 2014; BOTTINI, 2007.

também pelo desvalor do resultado (TOCILDO HUERTA, 1984). Não é o que diz a intuição humana. Com efeito, as pessoas (leigas) tendem a atribuir sanções muito semelhantes em casos em que o resultado lesivo ocorre ou não, ou seja, o parâmetro para mensuração da justa retribuição é a reprovabilidade da conduta. Interessante estudo evidenciou tal fato. Várias pessoas foram apresentadas a três situações distintas. Na primeira, A tinha intenção de matar B por meio de envenenamento e obtinha sucesso em seu intento. Na segunda, A tinha intenção de matar B por envenenamento, mas, por erro, administrava substância não nociva e, conseqüentemente, nada acontecia nada com B. Na terceira, A não tinha intenção de matar B, mas, por erro, acabava administrando veneno e, assim, B falecia. Os participantes do estudo, em sua grande maioria, condenaram A nas duas primeiras hipóteses – ressalte-se que na segunda situação não houve dano – e absolveram A na terceira – apesar do resultado lesivo (DARLEY, op. cit.).

Nem sempre, como visto, a racionalidade dogmática corresponde ao sentimento popular de justiça. A insatisfação social com as normas pode se dar tanto no nível abstrato da legislação quanto no nível concreto da sentença. Além disso, as normas vistas como imorais ou injustas tendem a ser desrespeitadas e colocam em questão a legitimidade do Direito (DARLEY, 2009; DEVLIN, 2010). Tal fato parece apontar para a necessidade da construção de um sistema decisório (legislativo e judicial) que incorpore as concepções sociais de justiça. Antes, porém, de se verificar se tal sistema seria efetivamente adequado, deve-se indagar acerca de sua possibilidade (D'AVILA, 2009; DARLEY, op. cit.). Assim, primeiramente, deve-se verificar se há um consenso social acerca das intuições punitivas. Há opiniões conflitantes acerca desta questão. Com efeito, defende-se, por um lado, que a moralidade coletiva é elemento constitutivo da sociedade e, portanto, há forte consenso acerca do que deve ser reprimido (DEVLIN, op. cit.). Por outro lado, entende-se que, nas sociedades contemporâneas, marcadas pela pluralidade, já não se pode falar em uma cultura, uma moralidade comum (HERRING, 2010). Talvez a posição mais adequada sobre a existência do consenso social acerca do que deve ser reprimido seja uma postura intermediária: há um consenso imperfeito.<sup>5</sup> Assim, por exemplo, há condutas que ninguém discute seriamente se deveriam ser permitidas ou proibidas, contudo, há condutas em que a divergência social acerca da reprovabilidade é acentuada, sendo possivelmente o caso mais emblemático a questão sobre a (des)criminalização do aborto (DARLEY, op. cit.).

---

<sup>5</sup> Por isso seria importante investigar o nível de consenso social antes de se realizar uma reforma penal. Além disso, para evitar que decisões criminais sejam tomadas sob forte influência de emoções, poder-se-ia estabelecer um modelo de reforma concentrada na área penal. Dessa forma, as reformas seriam programadas e, assim, haveria tempo para reflexão acerca da necessidade da nova regulamentação (GOMES, 2012).

Uma tentativa de racionalizar a punição foi a de estabelecer que, mesmo sendo a reprovabilidade o parâmetro da sanção, o dano seria a condição necessária da repressão. Dessa forma, estabelece-se o princípio do dano, segundo o qual nenhuma forma de poder social pode ser exercida sobre o indivíduo se sua conduta não causar algum tipo de dano a terceiro (HUMBOLDT, 2004; MILL, 2011; FEINBERG, 1984). O princípio, contudo, entrou em colapso em razão de sua fluidez (HARCOURT, 1999). Com efeito, a ideia de dano é tão vaga que pode ser ampliada ao ponto de converter um princípio de limitação do Direito Penal em um instrumento de tutela da moralidade social (DRIPPS, 1998; PERŠAK, 2007). Assim, por exemplo, defende-se que a homossexualidade deve ser reprimida não por ser imoral, mas sim para controlar a epidemia de AIDS (HARCOURT, op. cit.). Não seria o caso, portanto, de se reconhecer que o sistema penal, em geral, não funciona com base em critérios racionais, mas sim baseado em intuições sociais acerca do que é justo ou injusto, certo ou errado? (DWORKIN, 1999). Ainda que se admita a grande parcela de irracionalidade no sistema criminal, não se deve admitir que sua aplicação seja apartada de todo procedimento racional. Afinal, mesmo que as leis penais surjam por intuições sociais, sua aplicação requer, em nome da segurança jurídica, racionalidade (DÍEZ RIPOLLÉS, 2005).

#### 4 CONCLUSÕES

Formalistas e realistas apresentavam modelos de decisão judicial que não correspondiam à realidade. Com efeito, juízes não são mera “boca da lei”, como pretendiam os formalistas, nem são também movidos apenas por intuições e emoções. Mais adequado, portanto, são os modelos que reconhecem o processo dual de coexistência de razão e intuição, tal como o modelo *intuitive-override*.

Na esfera penal, as emoções são, em regra, mais acentuadas que em qualquer outro ramo do Direito. Dessa maneira, é imprescindível que a sanção criminal decorra, na maior medida possível, de um processo racional. Afinal, um Direito Penal guiado apenas por emoções seria grave ameaça ao funcionamento social, colocando em risco as instituições (LITTLE, 2002).

Se os juízes precisam deliberar para controlar intuições, então o sistema de justiça deve propiciar condições para que ocorra o processo deliberativo. Em primeiro lugar, os juízes precisam de mais tempo para decidir, haja vista que o processo deliberativo é mais lento do que o processo intuitivo. Há, entretanto, hipóteses em que, mesmo em procedimentos penais, a decisão intuitiva pode ser melhor do que a deliberativa. É o caso, por exemplo, da

avaliação da confiabilidade de um testemunho. A intuição, formada no momento do testemunho, pode ser mais precisa do que uma análise de dias, quando os detalhes já se esvaíram. Um segundo fator que pode promover decisões deliberativas é o incentivo à prática de desenvolver argumentações (de preferência, não só na sentença). Tal prática não serve para descrever um processo deliberativo já ocorrido (como pretendem os formalistas) ou para racionalizar uma decisão intuitiva (como pretendem os realistas). Serve, isso sim, para possibilitar que juízes possam superar suas intuições, alcançando decisões mais lógicas. Em terceiro lugar, programas de educação, ou melhor, de treinamento continuado podem ser úteis para racionalizar o sistema de justiça. Estudos indicam que particularmente o treinamento em estatística pode facilitar a tomada de decisões por meio do processo deliberativo. Por fim, a adoção de *checklists* pode tornar a conduta judiciária mais metódica, o que, por sua vez, pode favorecer que todos os pontos de um caso concreto sejam analisados por meios racionais (GUTHRIE; RACHLINSKI; WISTRICH, 2007).

## BIBLIOGRAFIA

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. Rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BIX, Brian H. Doctrine, Data, and High Theory. *UC Irvine Law Review*, [S.l.], v. 6, 2016.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 2016.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: RT, 2007.

BRUNER, Jerome S. *The process of education*. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

BUNG, Jochen. Fünf Grundprobleme des heutigen Strafrecht. *Zeitschrift für Internationale Strafrecht dogmatik*, [S.l.], v. 6, 2016.

DARLEY, John M. Morality in the Law: the psychological foundations of citizens' desires to punish transgressions. *Annual Review of Law and Social Science*, [S.l.], v. 5, 2009.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. ¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), n. 11-08, 2009.

DEVLIN, Patrick. *La imposición de la moral*. Trad. Miguel Ángel Ramiro et al. Madrid: Dykinson, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Fundamento, sentido e finalidades da pena criminal. In: *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2005.

DRIPPS, Donald A. The liberal critique of the harm principle. *Criminal Justice Ethics*, [S.l.], v. 17, 1998.

DWORKIN, Gerald. Devlin was right: Law and the enforcement of morality. *William and Mary Law Review*, [S.l.], v. 40, 1999.

FEINBERG, Joel. *Harm to others: the moral limits of the criminal law*. Nova York: Cambridge University Press, 1984.

FERRI, Enrico. *Studi sulla criminalità ed altri saggi*. Toriro: Fratelli Bocca, 1901.

GARÓFALO, Raffaele. *La criminologia*. Estudio sobre el delito y la teoría de la represión. Trad. Pedro Dorado Montero. Buenos Aires: BdeF, 2005.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

\_\_\_\_\_. A vida em uma sociedade pós-industrial. In: GIDDENS, Anthony; LASH, Scott; BECK, Ulrich. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

GLASSNER, Barry. *The culture of fear*. Nova York: Basic Books, 2009.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Bases para Teoria Geral da Parte Especial do Direito Penal*. Tese (Livre Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Blinking on the bench: how judges decide cases. *Cornell Law Review*, [S.l.], v. 93, 2007.

HAIDT, Jonathan. The Emotional Dog and Its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment. *Psychological Review*, [S.l.], v. 108, n. 4, 2001.

HARCOURT, Bernard E. The collapse of the harm principle. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, [S.l.], v. 90, 1999.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Declaração: isto não é um manifesto*. Trad. Carlos Szlak. São Paulo: N-1 Edições, 2014.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde y M<sup>a</sup> del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

HERRING, Jonathan. *Criminal law. The basics*. Nova York: Routledge, 2010.

HUMBOLDT, Wilhelm von. *Os limites da ação do Estado: ideias para um ensaio a fim de determinar as fronteiras da eficácia do Estado*. Trad. Jesualdo Correa. Rio de Janeiro: Liberty Fund, 2004.

HUSAK, Douglas. *Overcriminalization: the limits of the criminal law*. Nova York: Oxford University Press, 2008.

KANT, Immanuel. *Princípios metafísicos da doutrina do direito*. Trad. Joãozinho Beckenkamp. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

LEITER, Brian. American Legal Realism. *Public Law Research Paper*, [S.l.]: University of Texas Law, n. 42, 2002.

LINS E HORTA, Ricardo de; COSTA, Alexandre Araújo. Das Teorias da Interpretação à Teoria da Decisão: Por uma Perspectiva Realista Acerca das Influências e Constrangimentos Sobre a Atividade Judicial. *Revista Opinião Jurídica*, [S.l.], n. 20, 2017.

LINS E HORTA, Ricardo de. Um olhar interdisciplinar sobre o problema da decisão: analisando as contribuições dos estudos empíricos sobre comportamento judicial. *Diálogos sobre Justiça*, [S.l.], n. 2, 2014.

LITTLE, Laura E. Adjudication and Emotion. *Florida Coastal Law Journal*, [S.l.], v. 3, 2002.

LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2016.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MENDONZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid, Civitas, 2001.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Trad. Pedro Madeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização*. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

PERŠAK, Nina. *Criminalising harmful conduct*. The harm principle, its limits and continental counterparts. Nova York: Springer: 2007.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011.

RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. Trad. Vera Barkow. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

RODRÍGUEZ, Hannot. Riesgo y principio de precaución. Hacia una cultura de la incertidumbre. *Revista catalana de seguretat pública*, [S.l.], n. 13, 2003.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Fundamentos de Direito Penal Brasileiro: Lei penal e teoria geral do crime*. São Paulo: Atlas, 2010.

ROMEU CASABONA, Carlos María. Aportaciones del principio de precaución al derecho penal. *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, [S.l.]: Facultad de derecho de la UNED, 2000.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Organização e Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

SUNSTEIN, Cass. Moral Heuristics. *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, [S.l.]: The Law School the University of Chicago, n. 180, 2003.

TOCILDO HUERTA, Susana. *Sobre el contenido de la antijuridicidad*. Madrid: Editorial Tecnos, 1984.