UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

CÂNDIDA MARCELLE VILLELA PEREIRA MIRANDA

A empatia e a decisão judicial

Ribeirão Preto

2019

CÂNDIDA MARCELLE VILLELA PEREIRA MIRANDA

A empatia e a decisão judicial

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências.

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito

Orientador: Prof. Dr. Sergio Nojiri

Ribeirão Preto

2019

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

M 672 e

Miranda, Cândida Marcelle Villela Pereira
A empatia e a decisão judicial / Cândida Marcelle Villela Pereira Miranda; orientador Sérgio Nojiri. -- Ribeirão Preto, 2019.
119 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2019.

1. EMPATIA. 2. CONCEITO DE EMPATIA. 3. TOMADA DE DECISÃO JUDICIAL. 4. IMPARCIALIDADE. I. Nojiri, Sérgio, orient. II. Título

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: MIRANDA, Cândida Marcelle Villela Pereira.
Título: A empatia e a decisão judicial.

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências - Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, ao meu Professor e Orientador, Sergio Nojiri, pela atenção e disponibilidade. Agradeço por ter me apresentado um outro olhar sobre o Direito e me mostrar que ele não é só feito de Leis.

Agradeço aos meus pais Rita e Gilmar pelo grande incentivo e confiança de que eu seria capaz de ingressar neste programa e finalizá-lo com sucesso. E por isso, eu ser um motivo de orgulho para eles.

Agradeço ao meu noivo, Paulo Henrique, pelo imenso apoio e por ter assumido tantos compromissos meus para que eu pudesse me dedicar integralmente a este trabalho. Sem ele, eu não teria conseguido.

À querida amiga Ana Luiza Rodrigues, que tanto me apoiou, tantas vezes ouviu minhas dúvidas, inseguranças, desabafos e com toda a disponibilidade do mundo, me ouviu, me acalmou e me indicou caminhos e sugestões.

À querida Juliana Moyses que, sem ela, teria sido impossível finalizar este trabalho.

E aos os professores Nuno, Paulo e Gustavo Assed que participaram da minha qualificação com dicas preciosas.

E a todos da FDRP com quem tive o prazer de conviver esses anos tão especiais de minha vida e trajetória profissional.

RESUMO

MIRANDA, Cândida Marcelle Villela Pereira. **A empatia e a decisão judicial**. 2019. 119 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2019.

As declarações do Ex-Presidente Barack Obama no sentido de a empatia ser um atributo ou requisito importante para os juízes que fosse nomear, contribuíram para que os debates acerca do emprego da empatia no processo de tomada de decisão ganhassem contornos efervescentes. A partir de então, a utilização da empatia no cenário jurídico passou a ser bastante discutida. Contudo, em grande parte, a polêmica em torno da empatia se deve ao fato de seu conceito ainda ser impreciso. De fato, dependendo da definição adotada, a empatia pode ser benéfica ou maléfica à tomada de uma decisão jurídica imparcial. O objetivo da pesquisa, então, é avaliar a conveniência da empatia nos processos de tomada de decisões jurídicas. Para se chegar a esse resultado, além de ter sido necessário relacionar a empatia com o Direito, verificamos que ainda havia um terceiro elemento que intermediaria essa relação: a moral. E assim, falar de moralidade, principalmente com base nos argumentos de David Hume em "O Tratado da Natureza Humana", foi a ponte necessária para conectar Direito e empatia. A partir do conceito de empatia adotado pela pesquisadora, será defendido que a empatia não prejudica a imparcialidade das decisões judiciais. Para a elaboração desta tese, foram utilizados como base, principalmente, os textos "Against Empathy" e "Is Empathy Necessary for Morality?", de Jesse Prinz, autor assumidamente contra a empatia, assim como a obra "In defense of Judicial Empathy" de Thomas B. Colby, que, ao contrário de Prinz, defende o emprego da empatia no cenário jurídico. Ainda, foi de grande auxílio à construção do quanto aqui defendido, o livro "Paradoxos e Ambiguidades da Imparcialidade Judicial: Entre 'quereres' e 'poderes'", de Bárbara Gomes Lupetti Baptista que conseguiu aproximar a ideia de imparcialidade à realidade vivida pelos operadores de direito.

Palavras-chave: empatia; conceito de empatia; tomada de decisão judicial; imparcialidade.

ABSTRACT

MIRANDA, Cândida Marcelle Villela Pereira. **Empathy and judicial decision**. 2019. 119 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2019.

Former President Barack Obama's statement that empathy is an important attribute or requirement for judges to appoint has contributed to debates about the use of empathy in the decision-making process to gain effervescent contours. Since then, the use of empathy in the legal context has been widely discussed. However, the controversy surrounding empathy is largely due to the fact that its concept is still inaccurate. In fact, depending on the definition adopted, empathy can be positive or negative in making an impartial legal decision. The goal of the research, then, is to assess the desirability of empathy in legal decision-making processes. To reach this result, in addition to having to relate empathy to law, we found that there was still a third element that would mediate this relationship: morality. And so speaking of morality, principally based on David Hume's arguments in the "Treatise on Human Nature", was the necessary bridge to connecting law and empathy. From the concept of empathy adopted by the researcher, it will be argued that empathy does not prejudice the impartiality of judicial decisions. For the elaboration of this thesis, we used mainly the texts "Against Empathy" and "Is Empathy Necessary for Morality?", by Jesse Prinz, an author admittedly against empathy, as well as the work "In defense of Judicial Empathy", by Thomas B. Colby, which, unlike Prinz, defends the use of empathy in the legal setting. Still, it was of great help to the construction of what was defended here, the book Paradoxos e Ambiguidades da Imparcialidade Judicial: Entre 'quereres' e 'poderes'", by Bárbara Gomes Lupetti Baptista, who managed to bring the idea of impartiality closer to the reality lived by the legal operators.

Keywords: empathy; empathy concept; judicial decision making; impartiality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 15
1. ENTENDENDO O QUE É EMPATIA 21
2. EMPATIA E MORALIDADE 27
2.1. Noções sobre a relação entre Direito e moral 27
2.2 Moral: racionalistas x sentimentalistas 31
2.2.1. O racionalismo moral 32
2.2.2. O sentimentalismo moral 34
2.3. Hume e o sentimentalismo moral 36
2.4 Relação da empatia com a moralidade para Jesse Prinz 46
2.4.1 A empatia é necessária para o julgamento moral? 49
2.4.2 Análise da empatia como necessária para a motivação moral 55
3. A EMPATIA E A DECISÃO JUDICIAL 59
3.1 A Empatia em Pauta 59
3.2 A imparcialidade: obstáculo ou solução? 65
3.3. Na prática, a imparcialidade existe? 70
3.3.1. "O teto pode ser construído antes das paredes" 78
3.4. Afinal, como os juízes realmente decidem? 81
4. SOBRE SER DESEJÁVEL JUÍZES EMPÁTICOS: ARGUMENTOS PARA OS DOIS LADOS 87
4.1 A empatia não é o melhor caminho para tomada de decisões judiciais imparciais 87
4.2 A empatia é o melhor caminho para tomada de decisões judiciais imparciais 98
CONCLUSÃO 109
REFERÊNCIAS 115

INTRODUÇÃO

Em 2007, durante a campanha presidencial do então candidato à presidência dos Estados Unidos da América, Barack Obama, foram dados os primeiros sinais de que, dali em diante, a empatia ganharia lugar de destaque no cenário mundial, fosse no discurso político, social ou jurídico. Isto porque, durante sua campanha, Obama revelou que a empatia seria um atributo ou requisito importante para os juízes que fosse nomear, tanto que fez a seguinte declaração: "Precisamos de alguém que tenha coração, empatia, para reconhecer o que é ser uma jovem mãe adolescente. A empatia para entender o que é ser pobre, ou afro-americano, ou gay, ou deficiente, ou idoso. E esse é o critério pelo qual eu vou selecionar os meus juízes" (ROSA; GOULART, 2016).

Assim, ao buscar um nome para uma vaga na Suprema Corte norte-americana, deixou claro que pretendia um candidato que, dentre outros atributos, tivesse empatia, e então nomeou a juíza Sonia Sotomayor para compor a Suprema Corte americana (GARCEZ, 2009), já que identificou a empatia como uma de suas qualidades. Os republicanos, opositores partidários de Obama, promoveram uma enxurrada de críticas contra o critério de escolha do Ex-Presidente. A grande questão quando se fala de empatia é que se trata de um termo não exato, cabendo algumas interpretações. E, talvez por isso, o debate em tono dela, naquele contexto, tenha se agigantado. Em linhas gerais, a empatia consegue abranger significados tanto como uma capacidade ou habilidade de compreensão da perspectiva do outro, como uma forma de compartilhamento ou pareamento de emoções, no sentido de sentir a emoção que o outro sente.

Ao que parece, toda argumentação republicana se pautou pelo sentido mais "emocional" do termo, gerando um grande receio de que Sotomayor, colocasse suas tendências pessoais ou que sua capacidade empática fosse colocada acima das leis. Com o foco no aspecto emocional da empatia, a arguição da juíza hispânica perante o Comitê Judiciário do Senado (*Senate Judiciary Comittee*) foi bastante movimentada, a ponto de haver declarações como esta: "Não vou votar – nenhum senador deve votar – em um indivíduo indicado por qualquer Presidente que acredite ser aceitável que um juiz permita que sua própria origem pessoal, gênero, preconceitos ou simpatias influenciem sua decisão a favor ou contra [...]".[1] (CONFIRMATION..., 2010, p. 6, tradução nossa).

---

[1] Texto original: "I will not vote for – and no senator should vote for – an individual nominated by any President who is not fully committed to fairness and impartiality towards every person who appears before them. I will not vote for – and no senator should vote for – an individual nominated by any President who believes it is acceptable

Talvez, grande parte da discussão em torno da empatia tenha a ver com o sentido dado a esta palavra, pois por não haver um conceito único do termo, faz com que ele venha a abranger mais de um sentido, por exemplo, há conceitos que trabalham com componentes emocionais, outros com componentes cognitivos e ainda outros, que mesclam esses dois componentes. E, a depender de onde e sob quais circunstâncias um dos sentidos, dentre os variados existentes, é aplicado, pode causar polêmica. Assim, o primeiro capítulo se dedicará em fazer com que seja compreendido de fato o que é empatia e, principalmente, eleger, dentre as diversas possibilidades de conceituação, aquela que será adotada neste trabalho.

O que se propõe nesta pesquisa, em certa medida, abrange o teor das críticas dos republicanos como no trecho citado anteriormente. Por meio de revisão bibliográfica sobre o assunto, o objetivo da pesquisa é analisar a conveniência da empatia no processo de tomada de decisão judicial, por meio de avaliação das argumentações contrárias e favoráveis a esta hipótese, sob o pano de fundo do dever de imparcialidade a que os magistrados estão obrigados.

Ou seja, em linhas gerais, antes de discutir o objetivo da pesquisa, precisaremos conectar a empatia com o Direito, ou ainda, a ideia de empatia com a ideia de Direito. Contudo, verificou-se que, entre essas duas ideias, havia um terceiro elemento: a moral. O capítulo 2 vai se dedicar, então, a construir a relação entre esses três universos.

Melhor explicando: para ser possível conectar a ideia de empatia à ideia do julgamento jurídico, deveríamos passar, obrigatoriamente, pela compreensão dos julgamentos morais. Isto porque, a moral será a cola capaz de unir essas duas noções, ou seja, empatia e Direito. Não é absurdo pensar que grande parte as atividades jurídicas estejam permeadas por juízos morais, seja na criação de leis, seja na aplicação e até mesmo nas decisões jurídicas. Ora, em linhas gerais, pode-se dizer que a moral, por lidar com as noções certo e errado ou bom e mau, em certa medida, se aproxima do Direito e do ideal de justiça, que trabalham, dentre outras coisas, com essas mesmas ideias. Isto é, ambos tratam da regulação da conduta humana em sociedade. Verificaremos que a filosofia moral lida com duas noções antagônicas a respeito das consequências práticas da moral e do fundamento dos julgamentos morais, sendo que, pelo teor do quanto era defendido, os membros desse debate foram denominados de racionalistas morais, que acreditavam que a moralidade era fundamentada exclusivamente pela razão, ou de sentimentalistas morais, os quais sustentavam que os juízos morais se originariam do sentimento.

---

for a judge to allow their own personal background, gender, prejudices, or sympathies to sway their decision in favor of, or against […]”

Um dos principais nomes dentre os sentimentalistas, David Hume, diz que é impossível que a distinção entre o bem e o mal morais seja realizada por meio da razão e que a moralidade é mais propriamente sentida do que julgada. Para Hume, a solução para o debate acerca dos juízos morais estaria na simpatia – o que hoje equivale ao que se geralmente entende por empatia[2]. Explica-se: para aquele autor, o juízo moral é o que qualificará uma ação como virtuosa ou viciosa, por meio desse mecanismo de sentimentos que entende por simpatia. Em outras palavras, "a simpatia, é a principal fonte das distinções morais [...]" (HUME, 2009, p. 657).

Ainda no capítulo 2, traremos à discussão o entendimento de autores contemporâneos que trataram da relação entre a empatia e a moralidade, com maior enfoque na obra de Jesse Prinz[3], especialmente nas produções: "Against Empathy" e "Is Emapthy Necessary for Morality?", para tentarmos responder a, dentre outros questionamentos, algumas questões como: A empatia é necessária para conduta moral? É necessária para o julgamento moral? Após a exposição e análise dos argumentos sustentados principalmente por Prinz, no sentido de a que a empatia para a decisão moral pode ser possível, mas não indispensável, dedicaremos atenção à verificação do papel desempenhado pela empatia na tomada das decisões judiciais, o que será feito no capítulo 3.

Assim, no terceiro capítulo, trataremos da empatia e da decisão judicial, sobretudo com enfoque no dever de imparcialidade a que os magistrados estão obrigados em suas decisões, lançando mão de uma interessante pesquisa empírica feita por Bárbara Gomes Lupetti Baptista, traduzida em seu livro "Paradoxos e ambiguidades da imparcialidade judicial: entre "quereres" e "poderes", em que a autora traz diversos depoimentos de operadores de direito, sobre questões práticas que esbarram no dever de imparcialidade. Ainda faremos uma rápida passagem sobre um dos objetos de estudo do movimento dos realistas jurídicos, com o intuito de compreender como os juízes realmente decidem, isto é, se fatores extrajurídicos podem influenciar suas decisões e qual o caminho que o magistrado percorre para tomar sua decisão.

A partir de tudo o que fora dito até então, no capítulo 4, examinaremos se é desejável que um sistema jurídico conte com juízes empáticos, no sentido de averiguar se a

---

[2] O termo empatia, do inglês *empathy*, foi usado pela primeira vez somente no final do século XIX pelo psicólogo britânico Edward Titchener, proveniente da tradução do termo alemão *Einfühlung*, que tem suas raízes *ein* (dentro) e *fühlen* (sentir).

[3] Jesse Prinz se define como um neurofilósofo e designa sua área de trabalho como a "filosofia da psicologia". Atualmente é Professor de Filosofia da Universidade da cidade de Nova York e Diretor do Comitê Interdisciplinar de Estudos de Ciência do centro de Pós-Gradução da Universidade da cidade de Nova Tork. Para ver seu currículo, acessar: <http://subcortex.com/>

empatia é o melhor caminho para a tomada de decisões jurídicas imparciais ou não. Assim, serão analisados argumentos daqueles que consideram a empatia como o melhor caminho para a tomada de decisões jurídicas imparciais, assim como serão expostos os argumentos daquele que entendem que a empatia não seria o melhor caminho para aquela finalidade. Por fim, diante de tudo o que fora pesquisado e argumentado, teremos a conclusão desta pesquisa.

Quanto aos aspectos metodológicos, incialmente cabe destacar o interesse da pesquisadora sobre a temática que envolve a interação entre o Direito e outras áreas do conhecimento, no caso dessa dissertação, a Filosofia, Psicologia e, em certa medida, um pouco de Antropologia. Estudar, de certa forma, o comportamento humano frente o modelo jurídico tradicional causa fascínio e, de outro lado, uma série de dúvidas e preocupações. Isto porque, ao analisarmos, por exemplo, a imparcialidade, a partir de depoimentos de operadores de direito que relataram algumas situações práticas vividas, como feito no brilhante trabalho de Bárbara Gomes Lupetti Baptista[4], verificamos que, da maneira como aqueles entrevistados relataram, na maioria das vezes, a imparcialidade tende a ser uma meta a ser alcançada, sobretudo quando relacionada ao lugar ocupado pela empatia no processo de tomada das decisões judiciais.[5] A partir desta nuance, revela-se o interesse da pesquisadora, a justificativa e a até mesmo a relevância do tema, qual seja, a análise da relação entre a empatia e a decisão judicial.

O método de pesquisa adotado nesta dissertação envolveu uma coordenação de conteúdos pertencentes a disciplinas diferenciadas, seja no próprio campo do Direito, seja em campos diversos, mas não desconexos, como principalmente a Psicologia e a Filosofia. Isto é, em uma pesquisa interdisciplinar "há uma união real de conteúdo, uma articulação que permite desvendar o objeto de pesquisa em suas características plurais" (GUSTIN, 2013, p. 72). Aqui,

---

[4] Bárbara Gomes Lupetti Baptista, traduziu em livro a pesquisa etnográfica desenvolvida para elaboração de sua tese de doutorado defendida no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho/RJ, onde pretendeu discutir, sob o enfoque da imparcialidade, as diferenciadas formas de administração de conflitos cíveis no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Sua pesquisa objetivou demonstrar que as decisões judiciais são orientadas por percepções subjetivas dos operadores e por suas interpretações pessoais sobre a lei, os fatos e as provas produzidas no curso do processo judicial, o que ensejaria, segundo ela, paradoxos e ambiguidades que caracterizam nosso sistema jurídico. Em linhas gerais, segundo explica a autora, a pesquisa foi realizada da seguinte forma: foi desenvolvida durante todo ano de 2011, a partir de três tipos diferentes de coleta de dados empíricos: (i) realização e gravação de entrevistas abertas com advogados, juízes, promotores de justiça, desembargadores, procuradores do município e do estado, servidores públicos, secretários e assessores de juízes, no total de 80 participantes; (ii) observação de audiências cíveis e julgamentos recursais em câmaras cíveis; (iii) análise de incidentes processuais de impedimento e suspeição de magistrados, coletados a parir de pesquisa jurisprudencial e posterior seleção e extração de fotocópias dos processos, por amostragem. Ver mais em Baptista (2013, p. 87)

[5] Fala de um magistrado entrevistado: "É impossível não se jogar para dentro de si na hora de julgar. E o mar onde você se joga é revolto. Por que, por exemplo: você às vezes já viveu situações que você tem que julgar, aí pode ter uma disposição prévia para decidir de determinada forma. Mas também, se não puder julgar o que já viveu, não vai julgar quase nada. Por outro lado, julgar aquilo que você não conhece, nunca viveu e uma realidade que você desconhece, te tira a capacidade de ter alteridade. Então, olha quanta contradição. Por isso que eu te digo que isso de ser imparcial é muito difícil.". (BAPTISTA, 2013, p. 287).

não se pretende a realização de uma pesquisa interdisciplinar de fato. O que se pretendeu, na verdade, foi agregar alguns conceitos e teorias obtidas nas áreas acima mencionadas de forma a tentar tornar possível o entendimento de algumas situações ocorridas no âmbito do Direito.

Nesse sentido, a proximidade do que é aqui tratado com outras áreas do conhecimento ao mesmo tempo que revela uma riqueza de informações, revela algumas limitações, como a vulnerabilidade da exatidão teórica, tendo em vista ser improvável a especialidade em várias áreas de conhecimento, inclusive, não deixamos de ter em mente, apesar de todo cuidado, o risco de serem feitas afirmações superficiais, reducionistas ou equivocadas sobre determinados temas aqui tratados.

Nessa trilha, a dissertação foi construída por meio da realização de uma pesquisa bibliográfica, já que fora "desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos" (GIL, 2002, p. 44). Assim, após escolhido o tema, foi realizado um levantamento bibliográfico preliminar, que pode ser entendido como estudo exploratório com o objetivo de proporcionar a familiaridade do pesquisador com o assunto, no sentido de buscar o esclarecimento sobre os principais conceitos que envolvem o tema de pesquisa e procurar contato com trabalhos de natureza teórica semelhantes, capaz de proporcionar explicações pertinentes.

Após o levantamento da bibliografia preliminar, foi formulado o problema de pesquisa, qual seja: se a empatia pode afetar positiva ou negativamente o processo de tomada de decisões judiciais imparciais. Para que fossem fornecidas respostas ao problema proposto, buscou-se identificar as fontes bibliográficas adequadas a desenvolvimento da pesquisa, como livros, artigos científicos e dissertações ou teses sobre temas conexos. Depois da leitura do material selecionado, sem prejuízo de outros materiais considerados em fases posteriores, assim como opiniões e direcionamento dado pelo Professor Orientador, foi iniciada a redação do texto.

Ressalta-se, contudo, algumas dificuldades enfrentadas pela pesquisadora que podem ter causado impacto no estudo do tema. A principal delas foi a dificuldade de definição de empatia. Isto porque, como já adiantado na introdução da pesquisa e como será melhor tratado em tópico específico, há uma disputa conceitual acirrada sobre o que de fato significa empatia. E, justamente, por não haver uma definição exata do termo, o significado pode abranger sentidos diversos, o que, em grande parte, causa os debates sobre avaliação do emprego da empatia no âmbito do Direito. Além disso, notou-se uma carência de obras e pesquisas que tratassem exatamente do assunto, ou melhor, que envolvesse o problema de pesquisa adotado. E mais, verificou-se uma carência de material ainda maior no cenário

brasileiro, pelo que a pesquisadora, em muitos pontos da pesquisa, precisou recorrer a produções estrangeiras, principalmente artigos científicos. Lidando, então, com textos em língua inglesa, as traduções dos textos originais para o Português, foram realizadas pela pesquisadora sob a forma de “tradução nossa”.

Por fim, esclarece a pesquisadora que esta dissertação é redigida na primeira pessoa do plural, por entender que a elaboração deste trabalho envolve além de uma construção de argumentos influenciados por pesquisas, um senso crítico e interpretação da própria pesquisadora.

1. ENTENDENDO O QUE É EMPATIA

Apesar de a empatia estar em pauta há relativamente pouco tempo, o fenômeno empático já é discutido há pelo menos dois séculos. Isto porque, em 1740, com a publicação do Livro 3 da obra Tratado da Natureza Humana de autoria do filósofo escocês David Hume (2009), associada à publicação em 1759 da Teoria dos Sentimentos Morais de Adam Smith (2002), algumas condutas lá descritas, reunidas sob o termo "simpatia", do inglês *sympathy*, deram origem ao que hoje geralmente se entende por empatia.

Nesse sentido, vejamos como àquela época David Hume entendia por simpatia:

> Podemos começar considerando novamente a natureza e a força da simpatia. As mentes de todos os homens são similares em seus sentimentos [feelings] e operações; ninguém pode ser movido por um afeto que não possa ocorrer também nas outras pessoas, seja em que grau for. Como cordas afinadas no mesmo tom, em que o movimento de uma se comunica às outras, todos os afetos passam prontamente de uma pessoa à outra, produzindo movimentos correspondentes em todas as criaturas humanas. Quando vejo os efeitos da paixão na voz e nos gestos de alguém, minha mente passa imediatamente desses efeitos a suas causas, e forma uma ideia tão viva da paixão, que essa ideia logo se converte na própria paixão. De maneira semelhante, quando percebo as causas de uma emoção, minha mente é transportada a seus efeitos, sendo movida por uma emoção semelhante (HUME, 2009, p. 615).

Já Adam Smith a definiu como: "por intermédio da imaginação podemos nos colocar no lugar do outro, concebemo-nos sofrendo os mesmos tormentos, é como se entrássemos no corpo dele e de certa forma nos tornássemos a mesma pessoa [...]" (SMITH, 2002, p. 6). Uma outra passagem que também pode ilustrar bem sua ideia sobre simpatia:

> (...) Quando lemos um livro ou um poema tantas vezes que não nos divertimos mais nem um pouco lendo-o sozinhos, sua leitura ainda pode nos divertir em companhia de outro. Para este, terá todas as graças da novidade; partilharemos da surpresa e admiração que naturalmente desperta nessa pessoa, mas que nós somos incapazes de sentir; apreciamos todas as ideias que vão surgindo, mais sob a luz em que aparecem a ele do que sob aquela em que aparecem para nós, e nos divertimos por simpatia para com a sua diversão quem então anima a nossa [...] (SMITH, 2002, p. 12).

Visto isso, é importante ainda abordar que a expressão empatia viria do inglês *empathy* originado da expressão alemã *einfühlung* e, no que diz respeito à Psicologia, o primeiro autor a traduzir esse termo para *empathy*, foi o psicólogo britânico Edward B. Titchener[6], por volta de 1909 (SAMPAIO; CAMINO; ROAZZI, 2009, p. 213).

---

[6] Apenas à título de conhecimento, para Titchener, o conceito de empatia se referia à capacidade de conhecer a consciência do outro e de pensar de maneira semelhante por meio de um processo de imitação interna, sendo que, por através dessa habilidade, pessoas do mesmo nível intelectual e moral poderiam compreender umas às outras (SAMPAIO; CAMINO; ROAZZI, 2009, p. 213).

Superada essa pequena introdução histórica sobre a possível origem do termo empatia, de início cabe pontuar que, no Direito, não há uma definição de empatia, motivo pelo qual se fez necessário a consulta a outras áreas, principalmente Psicologia e Filosofia, a fim de obter conceitos e construções que o Direito não oferece.

Dito isso, o fato é que ao redor da expressão empatia, existe um grande movimento na busca de uma definição conceitual única para o termo, sendo que o conceito que será proposto neste trabalho é apenas uma de muitas possibilidades de noção que a empatia pode abranger, tendo em vista ser um termo amplo e ambíguo. Com o intuito de demonstrar a multiplicidade de entendimentos sobre os possíveis conceitos de empatia, traremos alguns deles, especialmente aqueles estudiosos mais contemporâneos sobre o tema.

Começaremos com o que entende Jesse Prinz[7] sobre o assunto. Em linhas gerais, pode-se dizer que ele define a empatia como a experiência de sentir a emoção que nós achamos que a outra pessoa está sentindo. Prinz em seu artigo "Against Empathy", esclarece que "a empatia pode ser caracterizada como uma emoção vicária que uma pessoa experimenta ao refletir sobre a emoção do outro" (PRINZ, 2011a, p. 214). E mais à frente vai explicar que a empatia "não é o nome de uma emoção específica, mas refere-se, antes, à experiência do estado emocional do outro, qualquer que seja esse estado" e que "a empatia é uma questão de sentir uma emoção que levamos outra pessoa a ter" (PRINZ, 2011a, p. 215, tradução nossa)"[8]. A empatia, então, para Prinz, envolveria uma correspondência de emoções.

Noel Struchiner[9], em seu artigo "No Empathy Towards Empathy: Making the Case for Autistic Decision-Making" (2011), adere ao conceito de empatia entendido por Prinz e ainda ensina sobre os modos de aquisição de empatia, que podem ocorrer devido a alguma forma de

---

[7] Jesse Prinz é Professor de Filosofia da Universidade da cidade de Nova York e Diretor do Comitê Interdisciplinar de Estudos de Ciência do centro de Pós-Gradução da Universidade da cidade de Nova Tork. Seu currículo está disponível em: <http://subcortex.com/>. Acesso em 19 jul. 2019.

[8] Texto original: "The core idea is that empathy is not the name of a specific emotion but refers, rather, to the experience of another person's emotional state, whatever that emotion might be. More precisely, I will say that empathy is a matter of feeling an emotion that we take another person to have".

[9] Noel Struchiner possui graduação em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1998), mestrado em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2001) e doutorado em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2005). Fez doutorado sanduíche na Universidade de Harvard em 2004, com apoio da CAPES, junto ao professor Frederick Schauer, e foi pesquisador visitante na Universidade de Brown em 2012 no Departamento de Ciências Cognitivas, Linguística e Psicologia. Atualmente é professor 40 horas, com dedicação exclusiva do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) e colaborador do Departamento de Filosofia da mesma Universidade. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Filosofia do Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: filosofia da linguagem e direito, natureza das regras, modelos de tomada de decisão, desenhos institucionais, positivismo jurídico e filosofia experimental nas áreas de filosofia e psicologia moral. É Coordenador Adjunto do Projeto ERA (Ética e Realidade Atual), financiado pela FINEP, e do Centro de Ética da PUC-Rio (http://era.org.br/). Bolsista de produtividade em pesquisa (PQ) do CNPq e Cientista o Nosso Estado da FAPERJ. Vencedor do Prêmio CAPES de Teses na área de Filosofia / Teologia em 2006 (referente ao ano de 2005). Disponível em: <http://lattes.cnpq.br/8897943441824788>. Acesso em 19 jul. 2019.

captura emocional ou contágio emocional. Essa captura ou contágio podem ocorrer através de modos mais primitivos, pré-verbais e automáticos, como mimetismo, condicionamento e associação direta, ou por meios mais sofisticados, como a associação verbalmente mediada e a tomada de perspectiva. Esses modos de aquisição de empatia podem funcionar juntos ou individualmente, mas o que importa é que, quando ativados, produzem uma correspondência não contingente de emoções, o que seria a empatia afetiva, que pode ser contrastada com a empatia cognitiva. Esta última envolveria apenas uma compreensão do sentimento do outro sem a necessidade de compartilhar a mesma emoção sentida (STRUCHINER, 2011).

De outro lado, podemos notar uma outra disposição sobre a empatia, que envolveria alguns elementos e efeitos específicos como Rodrigo Tavares[10] explicou, citando o que Michael Morrell chama de "modelo processual" da empatia. Basicamente, esse modelo compreenderia:

> antecedentes do processo empático, tais como capacidades biológicas individuais, história pessoal, proximidade entre sujeito e observador, etc.; b) um núcleo afetivo – mímica motora e emocional – e cognitivo – tomada de perspectiva; c) efeitos afetivos intrapessoais – paralelismo emocional, preocupação empática; d) efeitos não afetivos intrapessoais – julgamentos avaliativos e atributivo, compreensão empática; e) efeitos interpessoais – ajuda ou agressão (MORRELL, 2010 apud TAVARES, 2013, p. 141, grifos no original) [11].

Em certa medida, Heidi L. Maibom sustenta seu entendimento nessa mesma direção, dizendo que

> o termo 'empatia' denota uma gama de respostas emocionais que temos ao que os outros sentem ou à situação em que estão, como a simpatia, a raiva empática ou a compaixão, além de alguma forma de apreciação de seu estado psicológico. Além disso, às vezes, também denota um estado puramente cognitivo de entender o outro e que, dependendo da área de estudo e dos objetivos da análise a ser feita, a "empatia" pode ser definida de maneira mais restrita (MAIBOM, 2014, p. 1)[12].

Em outras palavras, pode-se dizer que Maibom entende que a empatia possui um componente emocional, por sustentar que empatia envolve uma gama de respostas emocionais,

---

[10] Rodrigo de Souza Tavares Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, mestrado em Direito, Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho e Doutorado pela Pontifícia Universidade católica do Rio de Janeiro. Associado do CONPEDI. Foi revisor da Revista de Ciênciais Sociais - UGF. Foi professor das Universidades Gama Filho e UFRJ. É professor Adjunto da UFRRJ. Foi parecerista do IBAM. Desenvolve pesquisa na área de Direito, com ênfase em Teoria do Direito e Direito Constitucional. Atualmente tem como foco de investigação o campo do Direito e das Emoções, bem como as implicações jurídicas da Psicologia Experimental. Disponível em: <http://lattes.cnpq.br/0372755551994110>. Acesso em 19 jul. 2019.

[11] MORREL, M. **Empathy and Democracy**: feeling, thinking and deliberation. University Park: The Pennsylvania State Press, 2010.

[12] Texto original: "The term 'empathy' denotes a range of emotional responses we have to what others feel or the situation they are in, such as sympathy, empathic anger, or compassion, in addition to some form of appreciation of their psychological state. It also sometimes denotes a purely cognitive state of understanding another. Depending on the subject area and the aims of the theorist, "empathy" may be more narrowly defined"

assim como possui um componente cognitivo, ao afirmar que a empatia às vezes também pode significar um ato cognitivo de entender o outro.

Já o psicólogo Paul Bloom[13] afirma que, para ele, a empatia "é o ato de sentir o que você acredita que as outras pessoas sentem – experimentar o que elas experimentam" (BLOOM, 2016, p. 3, tradução nossa)[14], isto é, a ideia que explora, como ele mesmo coloca, é "o ato de sentir o que você acha que os outros estão sentindo – o que quer que seja que escolhamos chamar isso – é a diferença entre ser compassivo, ser gentil e, acima de tudo, ser bom" (BLOOM, 2016, p. 4, tradução nossa).[15] Ainda esclarece que a definição de empatia que adota é no sentido "[...] mais comum que corresponde aquilo que os filósofos do século XVIII como Adam Smith chamavam de ´simpatia´ – sentir o que o outro sente" (BLOOM, 2016, p. 70, tradução nossa).[16] Portanto, parece que para Paul Bloom, a empatia teria uma acepção mais emocional, envolvendo mais emoção do que alguma capacidade de compreensão cognitiva.

No que se refere ao entendimento da empatia como uma capacidade ou habilidade mais no sentido cognitivo, vale a pena trazer o que pensa Susan A. Bandes. Em "Empathetic Judging and The Rule of Law", argumenta, em primeiro lugar, que empatia não é uma emoção, mas implica na capacidade de entender a perspectiva de outra pessoa (BANDES, 2009). É nesse sentido a observação do psicoterapeuta Dr. Michel Franz Bash, que Susan Bandes traz em seu texto:

> A empatia é em primeiro lugar uma capacidade. Estritamente pensando, é sem valor. Pensamento empático... é uma função que o cérebro humano em um determinado nível de desenvolvimento é potencialmente capaz de realizar, nem mais nem menos. Isso muitas vezes não é compreendido, e a empatia se confunde com altruísmo e direcionamento de outros, embora não precise ser empregada a serviço de nenhum dos objetivos. O que alguém faz com o insight proporcionado pelo entendimento empático continua a ser determinado pela natureza da relação entre as pessoas envolvidos e o propósito para o qual a capacidade empática foi engajada por seu usuário em primeiro lugar. (BASCH, 1983 apud BANDES, 2009, p. 136-137, tradução nossa)[17].

---

[13] Paul Bloom é um psicólogo canadense e professor no curso de Psicologia na Universidade de Yale

[14] Texto original: "The notion of empathy that I´m most interested in is the act of feeling what you believe other people feel – experiencing what they experience"

[15] Texto original: "[...] is the act of feeling what you think others are feeling – whatever one chooses to call this- is diferent from being compassionate, from being kind, and most of all, from being good. [...]".

[16] Texto original: "I´ve been use the term empathy in the sense of Adam Smith´s sympathy – feeling what another feels […]".

[17] Texto original: "Empathy is first and foremost a capacity. Strictly thinking, it is value-free. Empathic thinking...is a function that the human brain at a certain level of development is potentially capable of performing, no more and no less. This is often not understood, and empathy becomes confused with altruism and other-directedness, though it need not be employed in the service of either goal...What one does with the insight provided by empathic understanding remains to be determined by the nature of the relationship between the people involved and the purpose for which the empathic capacity was engaged by its user in the first place" (BASCH, Michael Franz. Empathic Understanding: a review of the concept and some

Outro entendimento que podemos trazer nessa mesma linha é o de Rebecca K. Lee, que entende a empatia consistiria em componentes mentais e emocionais e esses dois componentes seriam igualmente relevantes para as tomadas de decisão, especialmente as decisões legais, o que mais nos interessa. Apesar de que, também para Lee, a empatia não seja uma emoção propriamente dita, mas sim algo entre uma forma de emoção e uma ideia de uma capacidade de compreensão, reconhece que embora as emoções, em termos gerais, tenham sido popularmente descritas como incompatíveis com a razão e especialmente entendidas como incompatíveis com o raciocínio jurídico, diz que estudiosos do tema sustentam que as emoções são demonstradas tanto no sentimento quanto no pensamento. Então, a partir disso, as respostas emocionais não seriam forças separadas, mas representariam, em grande parte, esferas sobrepostas de meios para a informação do processo de tomada de decisão (LEE, 2013).

Assim, dado que as emoções contribuiriam para a maneira como vemos ou sentimos algo, esse aspecto perceptivo das emoções é importante que seja levado em consideração. Desafiando, então, a tradicional concepção do raciocínio jurídico como puramente racional, segundo Lee, pesquisadores mostraram que as emoções inevitavelmente influenciariam os atores legais e as decisões que eles produzem, mesmo que escolham não reconhecer este fato e que, além disso, as emoções deveriam ser reconhecidas para melhorar a tomada de decisões legais, apesar de uma crença de que a tomada de decisão judicial não deve ser contaminada por elementos afetivos, mesmo que se tenha reconhecido que as emoções desempenham algum papel no processo decisório (LEE, 2013).

A partir dessa introdução que relaciona emoção com razão e decisão legal, Lee afirma que em seu entendimento, a empatia é uma forma de compreensão, é uma expressão do pensamento e da emoção. É a nossa capacidade de compreender melhor, através do sentimento e do conhecimento, a perspectiva de outra pessoa a partir da posição dessa pessoa (LEE, 2013). Assim, para Lee, empatia seria uma combinação de compreensão do outro, por meio componentes sentimentais e racionais.

Por fim, traremos o que Thomas Colby compreende sobre o assunto em “In Defense of Judicial Empathy” que, apesar de afirmar que o significado de empatia seja “surpreendentemente evasivo” e de difícil definição menciona que recorreu ao dicionário para ajudá-lo nessa tarefa e assim sustenta que:

> ‘a ação de compreender, estar ciente, ser sensível e experimentar indiretamente os sentimentos, pensamentos e experiências de outro, seja do passado ou presente, sem

---

theoretical considerations. **Journal of the American Psychoanalytic Association**. v. 31, n. 1, p. 101-126, 1983).

> ter os sentimentos, pensamentos e experiências plenamente comunicados de uma maneira objetivamente explícita; também: a capacidade para isso'. Isto é, a empatia envolve a habilidade cognitiva da tomada de perspectiva - a capacidade de ver uma situação da perspectiva de outra pessoa - combinada com a capacidade emocional de entender e sentir as emoções dessa pessoa nessa situação. A empatia, então, não dita ou mesmo implica uma propensão a agir de qualquer maneira particular, ou a favorecer qualquer grupo em particular. 'A empatia é em primeiro lugar uma capacidade. Estritamente falando, é livre de valor...O que se faz com o insight proporcionado pela compreensão empática' é uma investigação separada de se é ou não capaz de empatia (COLBY, 2012, p. 1958-1959, tradução nossa) [18]

Percebe-se que ele trabalha a empatia mais como uma ideia de capacidade de compreensão do outro e mais, como uma capacidade neutra. Na verdade, para Colby, a empatia também apresenta um componente cognitivo, pela "ação de compreender, estar ciente [...] envolve a habilidade cognitiva de tomada de perspectiva [...]" (COLBY, 2012, p. 1958), mas também denota um componente emocional, quando diz "[...] ser sensível e experimentar indiretamente os sentimentos [...] combinada com a capacidade emocional de entender e sentir as emoções dessa pessoa nessa situação [...]" (COLBY, 2012, p. 1958).

Assim, da leitura de variados artigos sobre o tema, verifica-se uma certa predominância na ideia de a empatia ser uma capacidade de compreensão do outro, ainda que alguns autores entendam por uma compreensão combinada de sentimento e cognição ou até mesmo somente de cognição.

Apesar de termos visto alguns conceitos de empatia, nem todos no mesmo sentido, ainda permanece a dificuldade de precisar o que de fato é a empatia, por isso, talvez cada autor trabalhe com a ideia de empatia que melhor favoreça à sua tese. Neste trabalho, iremos assumir que a empatia é uma capacidade ou habilidade de compreensão do estado do outro, nos aproximando da definição utilizada por Thomas Colby, no sentido de a empatia envolver uma capacidade ou habilidade cognitiva de compreensão do outro e de sua perspectiva, a capacidade de se colocar no lugar da outra pessoa, combinada com a capacidade emocional de compreender e sentir a emoção do outro em determinada situação, não implicando, contudo, em propensão de agir de qualquer maneira ou favorecer determinado partido, tendo em vista ser uma capacidade neutra, livre de valor.

---

[18] Texto original:" Empathy is 'the action of understanding, being aware of, being sensitive to, and vicariously experiencing the feelings, thoughts, and experience of another of either the past or present without having the feelings, thoughts, and experience fully communicated in an objectively explicit manner; also: the capacity for this'. That is to say, empathy involves the cognitive skill of perspective taking—the ability to see a situation from someone else's perspective—combined with the emotional capacity to understand and feel that person's emotions in that situation Empathy does not, then, dictate or even imply a propensity to act in any particular way, or to favor any particular group. 'Empathy is first and foremost a capacity. Strictly speaking, it is value-free... What one does with the insight provided by empathic understanding' is a separate inquiry from whether or not one is capable of empathizing".

2. EMPATIA E MORALIDADE

O tema que este trabalho propõe abordar é relacionado a empatia e o processo de tomada das decisões judiciais. Veremos ao longo do capítulo que, entre a empatia e o Direito, parece haver um terceiro elemento que faz uma espécie de intermediação entre eles, qual seja, a moral. Em um primeiro momento, trabalharemos na construção de um raciocínio apto a concebermos a relação havida entre o Direito e a moral.

Como bem colocado por Rodrigo Tavares, não há muita discussão de que as atividades de legislação e consequentemente a interpretação e aplicação das normas jurídicas são seguidas de juízos morais, seja pelo legislador, seja pelos tomadores de decisão ou autoridades em geral. Assim, neste capítulo, iremos abordar sobre a natureza dos juízos morais. Sabe-se que o racionalismo moral seria o *default* na teoria do direito, pelo que, por este raciocínio, os juízos morais teriam como base a razão, parecendo ter sido ignorada a questão dos sentimentos nessa discussão. E é exatamente por isso, que o racionalismo não foi único modo de pensar sobre os juízos morais no âmbito da filosofia, já que no século XVIII a discussão sobre o fundamento da moral fomentou um relevante debate. Nesse sentido, filósofos como Adam Smith e David Hume propuseram uma teoria de que os juízos morais teriam por fundamento os sentimentos e não a razão (TAVARES, 2013).

Desta forma, dependendo do quanto era argumentado pelos autores, se base dos juízos morais seria formada por faculdades racionais ou por faculdades sentimentais, separaria os racionalistas dos sentimentalistas morais. E será nesse momento, quando nos referirmos aos sentimentalistas morais, movimento capitaneado principalmente por Adam Smith e David Hume, que traçaremos a relação da empatia com a moralidade, como será melhor desenvolvido adiante. Ou seja, para construirmos o caminho que conecta a empatia e o Direito, necessariamente, nossa rota deve passar pela moral, que será a cola que ligará essas ideias. Contudo, ao avistarmos a moral, perceberemos também sua íntima relação com a empatia.

Ainda sobre o liame entre empatia e moralidade, título deste capítulo, traremos o entendimento de destacados autores contemporâneos que questionam justamente essa ligação em diversos aspectos, sendo eles Jesse Prinz, Heidi Maibom e Noel Struchiner.

2.1. Noções sobre a relação entre Direito e moral

Como já adiantado anteriormente, não é absurdo dizer que grande parte do arcabouço das atividades jurídicas, seja desde a criação da lei, seja até sua aplicação,

exteriorizada pelas decisões judiciais, esteja permeada por juízos morais, realizados principalmente por aqueles que são detentores de algum poder de decisão na esfera jurídica.

Desde o início é preciso deixar claro sobre o que deve ser entendido por moral e juízo moral quando forem aqui mencionados. É verdade que a moral se trata de um conceito amplo, sujeito a variadas significações, todavia, será definido e delimitado o conceito de moral e juízo moral adotados para a melhor condução da pesquisa.

Em o Tratado da Natureza Humana, David Hume vai dizer que qualquer ação exercida pela mente humana pode ser compreendida sob o termo percepção, incluindo-se as ações como ver, ouvir, julgar, amar, odiar, pensar e os juízos pelos quais se distingue o bem do mal moral. Para ele, aprovar um caráter e condenar outro são apenas duas percepções diferentes.

Ou seja, a despeito de conceitos mais complexos e mais técnicos sob o ponto de vista da Filosofia, a moral, basicamente, nada mais é do que a ideia que se tem sobre certo e errado, bom ou mau, é relativa a regras de conduta e costumes que foram estabelecidos e admitidos em determinada sociedade.

A definição aqui adotada será aquela concebida por Rodrigo Tavares que explicou que:

> Numa acepção prescritiva, a moral pode ser entendida como um sistema de normas que funcionam como um padrão do que é bom ou mau em relação às ações humanas. Já numa visão descritiva, a moral pode ser entendida como um código de normas sobre o que é bom ou mau para uma sociedade (TAVARES, 2013, p. 23).

Assim, em um contexto geral, pode-se dizer que a moral trabalha com a ideia de certo e errado ou bom e mau. Já a noção de juízo moral, seria a faculdade de avaliar, moralmente, a partir de valores e costumes, a conduta de um indivíduo.

Ao utilizarmos a expressão juízo moral, iremos fazer referência a toda atividade humana de atribuir predicados morais a objetos determinados, como nas afirmações “o aborto é uma crueldade” ou, “seria bom facilitarmos a adoção de crianças” (TAVARES, 2013, p. 20) – então utilizadas para atribuir a bondade ou maldade, o correto e o incorreto a estes objetos, manifestando alguma predileção por uma conduta em relação a outras.

Pois bem.

Como dito acima, em linhas gerais, a moral por lidar com as noções de certo e errado, em certa medida se aproxima muito do Direito que, por sua essência, julga o que é certo e errado fundamentando-se muitas vezes em normas morais, isto é, ambos tratam da regulação da conduta humana em sociedade. Justamente por isso, há uma dificuldade de enxergar uma

linha limítrofe, estando estes institutos em relação de interseção representando uma ideia próxima ao que é aprendido sobre o Diagrama de Venn[19] nas aulas de matemática.

Sem dúvida, a distinção ou a cisão entre o Direito e moral movimentou por muito tempo a teoria do direito, tanto é que diversos teóricos, inclusive de "escolas" diferentes, trabalharam nesse sentido. Tanto que, nos dizeres de Sheila Stolz, "com razão Ihering denominou as relações entre Direito e a moral como o Cabo das tempestades da ciência jurídica" (STOLZ, 2007, p. 110). Sem dúvida, esta é uma das temáticas mais complicadas da filosofia moral, pois questões práticas envolvendo que se desenham baseados nessa relação não são facilmente superados. Basta formular algumas questões sobre um tema polêmico como: "(1) a eutanásia é uma questão moral, jurídica ou de mera consciência? e (2) pode o Estado, por meio do Direito, intervir no direito individual de cada ser humano de se querer viver ou morrer?" (STOLZ, 2007, p. 110), para logo verificarmos que qualquer tentativa de resposta demandaria um profundo debate moral e jurídico.

Em que pese o ideário do Positivismo Jurídico, a separação entre moral e Direito, na verdade, é uma caricatura positivista, já que, Hans Kelsen, um de seus principais representantes, afastou o direito da moral apenas para analisar e estudar o direito livre de qualquer interferência, seja da moral, da política ou da economia. O que não significa dizer que os positivistas não acreditavam que o direito estava totalmente afastado da moral, tanto que Kelsen assim esclarece:

> Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ainda ter uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito Positivo, mas dei outras normas que, aqui, no processo de criação jurídica, podem ter sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. (KELSEN, 2000, p. 393)

Outro positivista, H. L. A. Hart, considerou importante, para a definição do conceito de direito, a diferenciação entre obrigação jurídica e obrigação moral. Ou seja, para a própria conceituação do Direito foi necessário distinguir esses dois tipos de obrigação. Na verdade, uma dentre as três teses básicas[20] que Hart defende é a tese da separação conceitual do Direito

---

[19] Designam-se por Diagramas de Venn os diagramas usados em matemática para simbolizar graficamente propriedades, axiomas e problemas relativos aos conjuntos e sua teoria.

[20] As outras duas teses seriam: a) A tese das fontes sociais do Direito que, suscintamente, pode ser explicada como aquela que sustenta que a existência do Direito é definida pelas práticas sociais complexas que estipulam quais são as fontes últimas de identificação das normas jurídicas que configuram o Direito; b) A tese da discricionariedade judicial, que está fundada na concepção hartiana sobre a textura aberta da linguagem e, especificamente, da linguagem jurídica que, em determinadas ocasiões, estabelece normas jurídicas que contêm termos genéricos, vagos, controvertidos. Essa assertiva desencadeia uma outra afirmação: a de que o Direito é

e da moral que, de modo suscinto, significa que a relação entre esses dois institutos é contingente, isto é, não são necessárias, nem lógica, nem conceitualmente (STOLZ, 2007).

Então, para o positivismo jurídico, direito e moral são objetos distintos e desta forma devem permanecer. A norma jurídica, para ser válida, não depende de seu conteúdo e do fato de ser justa ou injusta. Em outras palavras: o direito é uma coisa, ao passo que o juízo sobre algo ser justo ou injusto, é outra coisa. A tese da separação, contudo, não significa que os positivistas não reconheçam alguma relação entre moral e direito. O fato é que, as normas jurídicas apenas não dependeriam da moral para sua validade, apesar de muitas vezes a norma jurídica coincidir com a moral social. Todavia, como já dito, para os positivistas, a conexão entre o direito e moral é contingencial (FONTES, 2017).

Apesar de ser um defensor do positivismo jurídico, Hart tem um grande mérito no sentido de ter, em certa medida, visualizado o Direito tal como se apresenta. Este positivista não negava a complexidade dos sistemas jurídicos contemporâneos e que, além disso, "[...] positivaram princípios e valores morais que têm transcendência no que é o Direito válido, uma vez que acrescentam dimensões éticas novas e mais intrincadas aos processos jurídicos de tomada de decisões. [...]" (STOLZ, 2007, p. 114).

Portanto, em linhas gerais, para os positivistas jurídicos, a separação entre Direito e moral é fundamental. A existência e o conteúdo do Direito estariam determinados por elementos capazes de fazer com que o Direito esteja sujeito à apreciação moral, mas este fato, por si só, não garantiria seu valor moral. Assim, a conexão entre o Direito e a moral, como já mencionado, não é necessária, mas sim contingente, e, em virtude disso, o Direito seria moralmente neutro (STOLZ, 2007, p. 114).

De outro lado, os pós-positivistas, enxergaram a conexão entre Direito e moral de forma diametralmente opostas aos positivistas. Isto porque, para eles, o Direito está permeado de moralidade. Robert Alexy parece considerar direito e moral como institutos aliados que, por meio de princípios e da argumentação jurídica trariam uma aplicação justa para o Direito. Isto é, os princípios jurídicos conectariam o direito e a moral: "em sistemas jurídicos cujos princípios jurídicos-positivos têm um conteúdo moralmente exigido ou ao menos moralmente admissível, existe uma conexão necessária entre direito e moral correta" (ALEXY, 1997, p. 81-82, apud TAVARES, 2013, p. 20) [21].

---

parcialmente indeterminado ou incompleto e que, por isso, quando um magistrado se vê frente a uma norma com termos incertos ou ambíguos, atuará de modo discricionário. (STOLZ, 2007)

[21] ALEXY, Robert **El concepto y la validez del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1997.

Da mesma forma, Ronald Dworkin também entendia pela existência de uma conexão necessária entre Direito e moral, como é possível observar no seguinte trecho

> [...] as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade[22] (DWORKIN, 2002, apud TAVARES, 2013, p. 21).

Oliver W. Holmes Jr., autor que desbravou o terreno para a chegada do movimento do realismo jurídico, também observou a relação entre moral e direito, afirmando em sua obra "O Caminho do Direito" que "o direito está cheio de fraseologia tirada da moral e, pela mera força da língua está sempre nos convidando a passar de um domínio a outro sem perceber, como é certo que faremos a menos que tenhamos o limite sempre diante dos olhos [...]" (HOLMES JR., 2002, p. 427 apud TAVARES, 2013, p. 20)[23]

A ideia, neste item, não é discorrer sobre tudo aquilo defendido pelo positivismo, realismo ou pós-positivismo, a ideia, na verdade, é mostrar que a moral possui um papel de destaque no pensamento jurídico, independentemente do movimento ou escola, dada a íntima relação entre Direito e moral. Por outra forma, havendo ou não independência conceitual entre tais movimentos, o fato é que a moral está sempre presente em seus discursos.

Na verdade, ainda que incessantemente se trabalhe na busca pela separação entre Direito e moral, fato é que entre eles, há um vocabulário em comum, visto que existem, tanto moral quanto juridicamente, obrigações, deveres e direitos, "mas também todos os sistemas jurídicos internos reproduzem a substância de certas exigências morais fundamentais" (HART, 2001 apud FIGUEIREDO; NUNES, 2017, p. 41-42)[24].

Estabelecida a relação entre Direito e moral, conforme visto ao longo desse tópico, no próximo item, tentaremos demonstrar, a partir da teoria do racionalismo e do sentimentalismo moral, o que servia de base ou de fundamento para a realização dos juízos morais.

2.2 Moral: racionalistas x sentimentalistas

Antes de iniciar as considerações pertinentes a este tópico, não se pode perder de vista que o tema deste trabalho é afeto às decisões judiciais e, para tanto, é preciso investigar

---

[22] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

[23] HOLMES JR., O. W. O caminho do Direito. In: MORRIS, C. (Org.). **Os Grandes Flósofos do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

[24] HART, Herbert. **O conceito de direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

em que medida os juízos morais ou a moralidade estão presentes nessas decisões. E, antes disso, necessário verificar em que se baseiam estes juízos, se são formados por razão ou pela emoção/sentimentos.

Tradicionalmente, a filosofia moral trabalha com duas noções antagônicas a respeito das consequências práticas da moral, isto é, entre os filósofos morais britânicos, por volta do século XVIII, houve um debate sobre os papéis desempenhados pela razão ou pelos sentimentos nas distinções morais realizadas pelos indivíduos. Pelo teor do quanto era defendido, os membros desse debate foram denominados de racionalistas ou de sentimentalistas morais. Dentre os autores classificados como racionalistas morais, podemos citar especialmente Samuel Clarke e Willian Wollaston. Já aqueles tidos por sentimentalistas morais, podemos citar como expoentes Anthony Ashley-Cooper (3º Conde de Shaftesbury) e conhecidos filósofos como Francis Hutcheson, Adam Smith e David Hume.

Como será observado, investiremos mais tempo na análise da teoria sustentada pelos sentimentalistas, sobretudo na obra de David Hume, que servirá de base para construção da relação que será feita entre a empatia e a moralidade, melhor desenvolvida adiante.

No que se refere à tese apresentada pelos racionalistas morais, traremos de modo breve, apenas para contextualizar o surgimento do sentimentalismo, que necessita de maior enfoque até por parecer ter sido negligenciado ou menos explorado pelo pensamento jurídico tradicional.

2.2.1. O racionalismo moral

O racionalismo moral, de certa forma, surge como uma reação à teoria moral hobbesiana, tendo sido considerada um assalto à moralidade por filósofos, especialmente Ralph Cudworth, que defendia que as distinções morais, na verdade, seriam reflexos de características fixas e inalteráveis da realidade. Defendia, ainda, que o reconhecimento do bem e do mal se daria da mesma forma que qualquer outro tipo de conhecimento sobre o mundo exterior, sustentando que temos ideias inatas de conceitos morais como virtude, caridade e justiça, que podem ser assemelhados a aspectos do mundo exterior (BALIEIRO, 2005).

Este modo de perceber e considerar a moralidade influenciou alguns filósofos morais no século XVIII, que não pouparam esforços para compreender as distinções morais realizadas pelos indivíduos como sendo “resultado de uma descoberta racional de algo que faria parte da própria realidade do mundo exterior” (BALIEIRO, 2005, p. 16).

Dentre esses filósofos morais, podemos destacar Samuel Clarke que atribuía à razão o papel de compreender a forma como os homens deveriam agir e se pautar, seja no que se refere às situações em que se encontravam, seja pelo modo como deveriam lidar ou tratar o próximo.

Uma analogia bastante repetida para caracterizar o pensamento dos moralistas desse movimento, especialmente para Clarke, era o de dizer que as leis morais possuíam a mesma origem e validade que as regras matemáticas, inclusive, podendo serem reconhecidas pela mesma faculdade. Isto é, as afirmações morais seriam tão claras como proposições matemáticas.

Vejamos essa concepção pelas próprias palavras de Clarke:

> Que existem diferenças entre as coisas, e diferentes relações, aspectos ou proporções de algumas coisas em relação a outras, é tão evidente e inegável quanto uma grandeza ou número ser maior, igual ou menor que outro. Que dessas diferentes relações de diferentes coisas surge necessariamente uma concordância ou discordância de algumas coisas com outras, ou uma adequação ou inadequação da aplicação de diferentes coisas ou diferentes relações umas às outras; isso é tão claro quanto à existência de proporção ou desproporção em geometria e aritmética (...). Além disso, que existe a adequação ou propriedade de certas circunstâncias a certas pessoas, e uma impropriedade de outras, fundamentadas na própria natureza das coisas e nas qualificações das pessoas, antecedendo toda e qualquer espécie de ordenamento ou prescrição positiva; que também das diferentes relações das diferentes pessoas entre si surge necessariamente uma adequação ou inadequação de certas maneiras de comportamento de algumas pessoas diante de outras, que é tão manifesto quanto as propriedades que fluem das essências de diferentes números matemáticos terem entre si diferentes congruências ou incongruências (CLARKE apud RAPHAEL[25],1969, p. 226 apud TAVARES, 2013, p. 40-41).

Resta claro, portanto, que para Clarke, é o entendimento ou a razão que guiam as ações de maneira que sejam moralmente corretas. Entretanto, há quem diga que "ele não oferece grandes tentativas de explicação de como o entendimento é capaz de motivar as vontades dos homens" (BALIEIRO, 2005, p. 19), ao passo que, para ele, é certo que uma imoralidade decorreria de um entendimento falho ou de uma vontade viciada por paixões. Sustenta, desta forma, que a moral pode ser fundamentada pela razão que, inclusive, é ferramenta hábil a compelir os homens a agirem de forma acertada.

Ainda dentro dessa mesma corrente ou movimento filosófico, outro autor merece destaque: William Wollaston. Este estudioso, em linhas gerais, utiliza três afirmações para tentar explicar sua visão sobre as distinções morais. A mais interessante pra nós, de modo bem sintético, seria a terceira afirmação no sentido de que "uma proposição verdadeira pode ser

[25] RAPHAEL, D.D. **The British Moralists.** Oxford: Clarendom Press, 1969.

negada, ou as coisas podem ser negadas por atos, assim como por palavras expressas ou por uma outra proposição" (WOLLASTON, 1996, p. 88 apud BALIEIRO, 2005, p. 20).[26]

Essa afirmação traduz boa parte da tese defendida por Wollaston, que enxerga significado na maioria das ações e gestos praticados pelo ser humano, enxergando significado em atos desde um franzir de testa até aquelas ações que, para ele,

> constituem o caráter de um homem na vida, que têm uma existência real e seriam interpretados por qualquer juiz imparcial como dotados de uma significação e implicando alguma proposição para ser tão claramente entendida como se fosse declarada em palavras (WOLLASTON, 1996, p. 89 apud BALIEIRO, 2005, p. 20)[27]

Dito isso, para Wollaston, um ato imoral ou uma imoralidade, é como um erro. Ou seja, uma ação moralmente boa seria uma hipótese certa ou correta, ao passo que, uma ação moralmente ruim, na verdade, seria uma hipótese incorreta. Podemos observar esse raciocínio em uma passagem de sua obra ao dizer que: "o bem e o mal morais são coincidentes com o certo e o errado, pois não pode ser bom o que é errado, nem ser mau o que é correto" (WOLLASTON, 1996, p. 100 apud BALIEIRO, 2005, p. 20)[28].

Como visto, muito embora não tenhamos trazido exatamente todos os pensadores tidos como racionalistas morais, trouxemos nomes de relevância deste movimento que, apesar de algumas particularidades em seus pensamentos, concordavam em vislumbrar na moralidade adjetivos como objetividade e exatidão, o que será diametralmente diferente do quanto sustentado por aqueles autores denominados de sentimentalistas morais.

2.2.2. O sentimentalismo moral

De um modo geral, vimos no subitem anterior que os racionalistas acreditavam que a moralidade era fundamentada pela razão. Agora, dedicaremos atenção à tese defendida pelos então chamados sentimentalistas morais, os quais sustentavam que os juízos morais se originariam do sentimento.

Veremos que o precursor dessa "corrente" foi Anthony Ashley Cooper, o Terceiro Conde de Shaftesbury – sendo desta forma mais conhecido. Seguindo o caminho desbravado por Shaftesbury, aparece Francis Hutcheson, compartilha de algumas ideias de seu antecessor, contudo, em certa medida, a aprofunda em alguns pontos.

---

[26] WOLLASTON, William. A religião da natureza: um esboço. In: **Filosofia Moral Britânica** –Textos do Século XVIII. Trad. Álvaro Cabral. Campinas: Editora da UNICAMP, 1996. p. 88.
[27] Ibidem.
[28] Ibidem.

Dentro dessa linha filosófica, para nós, o mais importante serão as lições, em primeiro lugar, de David Hume, e depois será trazido de modo breve noções da tese de Adam Smith, sendo que ambos aprimoraram algumas noções dos referidos colegas de pensamento. Como veremos, muito embora a teoria de todos esses filósofos morais seja vasta e complexa, serão pinçadas algumas ideias que viabilizarão a construção da relação entre a empatia e a moralidade com que pretende neste capítulo da pesquisa.

Muito embora cada um dos pensadores mencionados tenha proposições particulares, fato é que todos concordam em um ponto: afirmam que sentimentos altruístas exercem papel central na formação da moralidade positiva, bem como na realização de juízos morais, segundo aponta Rodrigo Tavares (2013, p. 43).

Em linhas gerais, a teoria de Shaftesbury sustenta que todas as coisas no universo são, na verdade, componentes de sistemas concêntricos e o adequado funcionamento de cada coisa favorece o adequado andamento do sistema. Por exemplo, no que se refere aos animais, machos e fêmeas estariam associados ao bem-estar uns dos outros, de modo que o bem-estar desses pares favoreceria um sistema ainda maior, qual seja, a conservação de suas próprias espécies. E, seguindo esse raciocínio, o bem-estar e conservação dessa espécie, pode estar correlacionado ao bem-estar e conservação de outras, considerando a existência de um ecossistema ou uma cadeia alimentar (SHAFTERBURY apud RAHAEL, 1969, p. 197-198 apud TAVARES, 2013, p. 43)[29].

Ou seja, tem-se que cada ser particular está inserido em um sistema maior, qual seja, o de sua espécie. Para aquele filósofo, pode-se tomar todas as espécies como um mesmo sistema e, numa visão mais abrangente, considerar os vegetais, minerais e, caso esse mesmo sistema necessite de algo de fora, é possível ir construindo um sistema cada vez maior, até se chegar a único sistema, que envolveria tudo e todas as coisas: o sistema da natureza universal.

Isto para dizer que, para que algum ato seja reputado por completamente ruim, é necessário que este fato perturbe e prejudique todo o sistema, sendo que, neste caso, o sistema seria inexequível, imperfeito. De outro lado, se o ato desajustado em uma espécie, cause o bem do sistema como um todo, o ato desajustado não é ruim em si mesmo. Portanto, não se pode tomar como mau nenhum ser, exceto ser for possível demonstrar que ele pode ser tomado como bom em outro sistema (BALIEIRO, 2005).

Outra proposta desse filósofo que merece destaque, é a afirmação de que os homens teriam um sentido natural ou uma inclinação que lhes indicaria o que é certo e o que é errado,

---

[29] RAPHAEL, D.D. **The British Moralists.** Oxford: Clarendom Press, 1969.

sendo o certo aquilo que poderia favorecer a manutenção da espécie e errado o que não contribuiria para a preservação. E esse senso de identificação entre certo e errado está ligado a alguma reflexão, ou seja, a percepção de certo e errado permite que os indivíduos, por meio de certa reflexão, possuam um sentimento de aprovação para aquilo que considera certo e um sentimento de desaprovação para o que entende por errado. Vejamos um trecho do que narra Shaftesbury:

> Suponhamos uma criatura que, sendo desprovida de razão e incapaz de refletir tem, de qualquer maneira, muitas boas qualidades e afecções, como amor à sua espécie, coragem, gratidão ou piedade. É certo que, se dermos a essa criatura a faculdade de refletir, ela vai aprovar no mesmo instante a gratidão, a amabilidade, a piedade; ser levada por qualquer representação das paixões sociais, e não considerará nada mais amigável que elas, ou mais odioso que seus contrários. E isso é ser capaz de VIRTUDE, e ter o senso do CERTO e do ERRADO (SHAFTERBURY, 1999, p. 215 apud BALIEIRO, 2005, p. 25) [30]

Francis Hutcheson, dentre outras coisas, procurou pesquisar quais seriam os traços da natureza humana que responsável por condutas altruístas e pela moralidade, seja ela no contexto das ações ou dos julgamentos morais. Na análise da moral de Hutcheson, está incluída a ideia de bem-estar e vantagens, como quando diz que "devemos ter outras percepções das ações morais, além das de vantagem, e o poder de receber essas percepções pode ser chamado de um senso moral" (HUTCHESON, 1994, p. 71 apud BALIEIRO, 2005, p. 30)[31]. Tal passagem parece responder a uma questão muito bem trazida por Marcos Roberto Balieiro:

> Se alguém executa um ato que me é vantajoso, certamente realiza em meu favor um bem natural. Isso não quer dizer, entretanto, que o ato em questão tenha sido moralmente bom. Da mesma maneira, alguém com quem tenho certa inimizade pode ser uma pessoa moralmente louvável, ainda que seja, para mim, fonte de mal natural. Como distinguir de maneira apropriada, então, o bem e o mal morais? (BALIEIRO, 2005, p. 30)

Isto é, de modo sintético, pode-se dizer que Hutcheson sustentou que a virtude individual significava agir de modo a propiciar o bem-estar de todos, enquanto sociedade e que os juízos morais de aprovação decorriam de atos e ações ocasionadas justamente para este fim.

2.3. Hume e o sentimentalismo moral

---

[30] COOPER, Anthony Ashley, Terceiro Conde de Shaftesbury. Uma investigação acerca da virtude ou mérito. In: **Filosofia Moral Britânica** – Textos do século XVIII. Trad. Álvaro Cabral. Campinas: Editora da UNICAMP,.1999.

[31] HUTCHESON, Francis. An Inquiry concerning the original of our ideas of virtue or moral good. In: **Philosophical Writings,** London: Vermont; Everyman, 1994.

Veremos que, para Hume, a razão, sozinha, não motiva nenhuma ação e que somente as emoções seriam capazes de motivar as ações, ao passo que, apenas emoções em sentido contrário seriam aptas a impedi-las. É importante esclarecer que, neste tópico, traremos de modo breve algumas passagens de sua obra "Tratado da Natureza Humana", com o objetivo de tentar demonstrar como elaborou sua teoria moral sentimentalista.

David Hume, ao abordar sobre os motivos que influenciam a vontade, relembra que nada é mais comum na filosofia que falar no conflito entre paixão e a razão, conferir predileção à razão e afirmar que os homens só seriam virtuosos quando se conformarem com seus preceitos. Diz que ainda é afirmado que toda criatura racional é obrigada a regular suas ações pela razão e se qualquer outro motivo ou princípio disputa a direção de sua conduta, seria preciso se opor a este motivo ou princípio até reprimi-lo totalmente ou, pelo menos, até torná-lo como aquele princípio superior.

Hume diz que é nesse modo de pensar que a maior parte da filosofia moral, fosse ela antiga ou moderna, parecia estar fundada. E, para combater a falácia que acredita ter essa filosofia, ele buscou provar ao longo de sua obra, em primeiro lugar que "a razão, sozinha, não pode nunca ser motivo para uma ação da vontade e, e em segundo lugar, que nunca poderia se opor à paixão na direção da vontade" (HUME, 2009, p. 448-449).

Antes de adentrarmos ao cerne da teoria de Hume, é conveniente compreender como ele acredita ser o nosso entendimento. Para aquele autor, o entendimento ocorre de duas formas distintas: por demonstração ou por probabilidade. O filósofo explica que, no primeiro tipo de raciocínio, trabalhamos com relações abstratas entre nossas ideias, ao passo que a segunda forma de entendimento, por probabilidade, trabalha com as relações entre os objetos, que só conhecemos pela experiência.

Sustenta que é difícil afirmar que o modo de raciocínio por demonstração poderia ser, sozinho, a causa de alguma ação. Isto porque, seu domínio próprio é o âmbito das ideias. E a vontade nos colocaria no âmbito das realidades, pelo que a demonstração e a vontade pareceriam estar separadas uma da outra, justamente por este motivo. Segundo o autor, o raciocínio demonstrativo ou abstrato, dessa forma, somente influenciaria nossas ações enquanto dirige nosso juízo sobre causas e efeitos[32], o que nos levaria à segunda forma de entendimento.

---

[32] Para melhor esclarecer essa proposição, o autor se utiliza de algumas analogias como exemplo. Vejamos: "É verdade que a matemática é útil nas operações mecânicas, e a aritmética, em quase todas as artes e profissões. Mas não é por si mesmas que elas têm influência. A mecânica é a arte de regular os movimentos dos corpos para alguma finalidade ou propósito; e a única razão de empregarmos a aritmética para determinar as proporções nos números é porque, com ela, podemos descobrir as proporções da influência e operação destes. O comerciante deseja conhecer a soma total de suas contas com alguém. E por quê? Porque assim poderá saber

Para explicar o raciocínio por probabilidade, Hume diz que quando se tem a perspectiva de sentir dor ou prazer por causa de um objeto, consequentemente, sentimos uma emoção de aversão ou propensão, pelo que, em razão disso, somos levados a evitar ou a acolher aquilo que nos proporcionaria aquele prazer ou desprazer. Ou seja, segundo o autor, o raciocínio tem lugar para descobrir essa relação e, de acordo com a variação dos nossos raciocínios, nossas ações sofrem uma variação respectiva.

Portanto, a perspectiva de dor ou prazer que faz gerar em nós emoções de aversão ou propensão ao objeto, então, seriam as emoções que nos moveriam ao encontro ou de encontro a esses objetos. Ainda, essas emoções se estenderiam a tudo aquilo que a razão e a experiencia nos indica como as causas e os efeitos desses objetos, sendo que, Hume sustenta que nunca teríamos interesse em saber quais objetos seriam as causas e quais outros seriam os efeitos, se essas causas ou efeitos fossem para nós algo indiferente. Isto para dizer que, quando os próprios objetos não são passíveis de nos afetar, sua conexão nunca pode lhes dar alguma influência, e "como a razão não é senão a descoberta dessa conexão, não pode ser por meio dela que os objetos são capazes de nos afetar" (HUME, 2009, p. 450).

Na verdade, Hume não coloca paixão e razão como opostos, ele sustenta que o princípio que se opõe a nossa paixão não pode ser o mesmo que a razão e que quando ele se refere ao "combate" entre razão e paixão não está falando de uma maneira filosófica e rigorosa, tanto que afirma que "a razão é, e deve ser, apenas a escrava das paixões, e não pode aspirar a outra função além de servir e obedecer a elas" (HUME, 2009, p. 451). Isto é, Hume acredita na razão como um instrumento das paixões, uma vez que esta é capaz de desvendar as relações de causa e efeito entre os objetos que sentimos propensão ou aversão. E haveria uma má compreensão, em relação ao paradigma razão e emoção, na discussão entre racionalistas e sentimentalistas (MACKIE, 1980, p. 44 apud TAVARES, 2013, p. 46)[33] pois segundo Hume

> uma paixão tem de ser acompanhada de algum juízo falso para ser contrária à razão; e mesmo então, não é propriamente a paixão que é contrária à razão, mas ao juízo. As consequências disso são evidentes. Como uma paixão não pode nunca, em nenhum sentido, ser dita contrária à razão, a não ser que esteja fundada em uma falsa suposição ou que escolha meios insuficientes para o fim pretendido, é impossível que razão e paixão possam se opor mutuamente ou disputar o controle da vontade e das ações (HUME, 2009, p. 452).

Considerando essas nuances, Hume vai formular sua teoria moral sentimentalista. No livro 3 de sua obra, que trata da moral, mas especificamente na Parte 1, seção1, intitulada

---

que soma, ao pagar sua dívida e ir ao mercado, terá os mesmos efeitos que todas as parcelas individuais em conjunto." (HUME, 2009, p. 449) 9

[33] MACKIE, John Leslie. **Hume's moral theory.** New York: Routledge, 2004.

de “as distinções morais não são derivadas da razão” inicia a seção dizendo que a moral é um tema que o interessa mais do que qualquer outro e esclarece o que seria o juízo moral seria a maneira pela qual “distinguimos entre o bem e o mal morais (...) aprovar um caráter e condenar o outro são apenas duas percepções[34] diferentes” (HUME, 2009, p. 496).

Em seguida, ao iniciar a investigação sobre a base da moral, parece atacar claramente outros “sistemas”, o que aqui se entende por outras “escolas” ou “teorias filosóficas”, ao refletir que “se a moralidade não tivesse naturalmente nenhuma influência sobre as paixões e as ações humanas, seria inútil fazer tanto esforço para inculcá-la; e nada mais seria mais vão que aquela profusão de regras e preceitos tão abundantes em todos os moralistas” (HUME, 2009, p. 496).

O mencionado esforço para inculcar a influência da moral diria respeito ao quanto já trazido por outras correntes, exposto por Hume da seguinte forma:

> Aqueles sistemas que afirmam que a virtude não passa de uma conformidade com a razão; que existe uma eterna adequação e inadequação das coisas, e esta é a mesma para todos os seres racionais que as consideram; que os critérios imutáveis do que é certo e do que é errado impõem uma obrigação, não apenas ás criaturas humanas, mas também à própria Divindade – todos esses sistemas concordam que a moralidade, como verdade, é discernida meramente por meio das ideias, de sua justaposição e comparação (HUME, 2009, p. 496-497).

Em seguida, conclui a ideia dizendo que para julgar aqueles sistemas, bastava, então, considerar se seria possível, pela simples razão, distinguir entre o bem e mal morais, ou se seria necessária a concorrência de outros princípios que nos habilitassem a realizar essa distinção. Em outra passagem identificamos que, para Hume, a moral influenciaria determinadas condutas, como quando diz que “[...] os homens são frequentemente governados por seus deveres, abstendo-se de determinadas ações porque as julgam injustas, e sendo impelidos a outras porque julgam tratar-se de uma obrigação” (HUME, 2009, p. 497).

Considerando tal entendimento, aquele filósofo então infere que a moral não teria como base a razão, como é possível identificar nos excertos abaixo:

> Como a moral, portanto, tem influência sobre as ações e os afetos, segue-se que não pode ser derivada da razão, porque a razão sozinha, como já provamos, nunca poderia ter tal influência. A moral desperta paixões, e produz ou impede ações. A razão, por si só, é inteiramente impotente quanto a esse aspecto. As regras da moral, portanto, não são conclusões de nossa razão. Creio que ninguém irá negar a legitimidade dessa inferência; e não há outra maneira de evita-la, senão negando o princípio que a fundamenta. Enquanto se admitir que a razão não tem influência sobre nossas paixões

[34] Convém esclarecer o que Hume tomou pelo termo “percepções”, o que fica bem claro no trecho: “já observamos que nada jamais está presente à mente senão suas percepções; e todas as ações como ver, ouvir, julgar, amar, odiar e pensar incluem-se sob essa denominação. Qualquer ação exercida pela mente pode ser compreendida sob o termo percepção” (HUME, 2009, p. 496).

> ou ações, será inútil afirmar que a moralidade é descoberta apenas por uma dedução racional. [...] As ações podem ser louváveis ou condenáveis, mas não podem ser racionais ou irracionais. Louvável ou condenável, portanto, não é a mesma coisa que racional ou irracional. O mérito e o demérito das ações frequentemente contradizem, e as vezes controlam, nossas propensões naturais. Mas a razão não tem tal influência. As distinções morais, portanto, não são frutos da razão (HUME, 2009, p. 497-498).

Isto porque, a razão seria a descoberta da verdade ou da falsidade, que consistiriam no acordo ou desacordo, fosse quanto à relação real de ideias ou fosse no que se refere à existência e aos fatos. Desta forma, aquilo que não fosse suscetível desse acordo ou desacordo seria incapaz de ser verdadeiro ou falso e, segundo Hume, nunca poderia ser objeto da nossa razão. Sustenta que é evidente que nossas paixões, volições e ações são incapazes de encaixe no referido acordo ou desacordo, uma vez que são fatos e realidades completos em si mesmos e não implicariam nenhuma referência a outras paixões, ações ou volições. De acordo com esse raciocínio, seria impossível, portanto, declará-las verdadeiras ou falsas ou então de contrárias ou conforme a razão (HUME, 2009, p. 497-498).

Hume explica que o argumento trazido acima, seria duplamente vantajoso. Em primeiro lugar, provaria diretamente que as ações não extraem seu mérito através de uma conformidade com a razão, nem seu caráter censurável de uma contrariedade em relação a ela. E, segundo, provaria a mesma verdade, todavia indiretamente, ao evidenciar que, como a razão nunca poderia impedir ou produzir uma ação de forma imediata, contradizendo-a ou aprovando-a, tampouco poderia ser a fonte de distinção entre o bem e o mal morais.

Assim, o filósofo acredita que a razão, em sentido filosófico e estrito, somente poderia influenciar nossa conduta de duas formas, isto é, seriam os únicos tipos de juízos de poderiam acompanhar nossas ações: *a)* despertando uma paixão ao nos avisar sobre existência de algo que é um objeto próprio dessa paixão; ou *b)* descobrindo a conexão de causas e efeitos, de forma a nos dar condição de exercer uma paixão (HUME, 2009, p. 499).

Em suma, a opinião de Hume, é que é impossível que a distinção entre o bem e o mal morais seja realizada por meio da razão, já que essa distinção influencia nossas razões, fato que a razão, sozinha, é incapaz de fazer. E que a moralidade é mais propriamente sentida do que julgada, muito embora a sensação ou sentimento seja em geral tão brando e suave que teríamos a tendência de confundi-lo com uma ideia, em virtude de nosso costume de considerar tudo aquilo que é semelhante, como se fosse uma coisa só (HUME, 2009, p. 510).

Considerando o quanto dito acima, o filósofo escocês faz questão de mostrar qual seria a natureza dessas impressões e de que modo atuariam sobre nós, isto é, afirma que a impressão derivada da virtude seria agradável e aquela impressão advinda do vício seria

desagradável. Como essas impressões são distintivas, nos permitindo, assim, identificar e conhecer o bem e o mal morais, não seriam senão dores e prazeres particulares, bastando revelar os princípios que nos levariam a sentir uma sensação de satisfação ou um mal-estar ao considerar determinado caráter para que sejamos convencidos que esse caráter seria louvável ou censurável.

E nesse sentido, caberia a indagação: por qual motivo uma ação, caráter ou sentimento seria considerado vicioso ou virtuoso? Responde-se: justamente porque sua visão causaria um prazer ou desprazer de determinado tipo (HUME, 2009, p. 510).

Ou seja, a percepção da virtude é simplesmente sentir uma satisfação de um determinado tipo pela observação de um caráter, sendo que o próprio sentimento constituiria nosso elogio ou admiração. Hume deixa claro que não infere que um caráter é virtuoso porque nos agrada, mas, ao sentirmos que um caráter nos agrada de uma maneira particular, então sentimos de fato que é virtuoso. Exemplifica dizendo que tal procedimento ocorre em nossos juízos sobre todo tipo de beleza, gostos e sensações.

Ainda sobre vício e virtude, em sua obra *Investigações sobre os Princípios da Moral*, Hume também define o que seria vício e virtude, assim descrevendo: "[a virtude] é qualquer ação mental ou qualidade que dê a um espectador o sentimento agradável de aprovação; e o vício é o contrário" (HUME apud TAVARES, 2013, p. 45)[35]. Assim, em linhas gerais, o juízo moral para David Hume consistiria nos sentimentos de aprovação ou desaprovação de um espectador, motivados pelo reconhecimento do caráter virtuoso ou viciado de determinado indivíduo, que é realizado a partir da análise das ações deste sujeito em relação a outros. Ou seja, sua teoria é baseada "na relação entre as ações de um agente e os sentimentos causados em pacientes e espectadores destas ações" (FIESER, 2011 apud TAVARES, 2013, p. 46)[36]

De modo a recapitular o que já foi dito até aqui, podemos chegar a três afirmações nas quais a tese de Hume é baseada: (i) a razão, sozinha, não é capaz de motivar uma ação da vontade e está submissa às paixões; (ii) as distinções morais não advém da razão; (iii) as distinções morais, na verdade, seriam derivadas de sentimentos morais, sentimentos estes de aprovação ou desaprovação apreendidos pelos espectadores que observam um traço de caráter ou uma ação (SILVA, 2013).

---

[35] HUME, David. **An enquiry concerning the principles of morals.** Oxford University Press, 2006.

[36] FIESER, J. David Hume: Moral Theory. In: **Internet Encyclopedia of Philosophy.** 2011. Disponível em: <https://www.iep.utm.edu/hume/>. Acesso em 20 jul. 2019.

Não entraremos profundamente na obra de Hume submetendo sua teoria a análises ou confrontaremos com outras teorias, pois este trabalho não é eminentemente do campo da filosofia e tampouco se tem por objeto o estudo em profundidade de sua obra, tão somente utilizá-la como ponte para viabilizar a ligação da empatia com a moralidade, já que é tido por um sentimentalista moral.

Com efeito, o fato é que, para Hume, a solução estaria na simpatia. Explica-se: para aquele autor, o juízo moral é que qualificará uma ação como virtuosa ou viciosa, por meio desse mecanismo de sentimentos que entende por simpatia. Em outras palavras, "a simpatia, é a principal fonte das distinções morais [...]" (HUME, 2009, p. 657).

Hume descreve o processo de funcionamento da simpatia da seguinte forma:

> Para descobrirmos a verdadeira origem da moral, e do amor ou do ódio despertados por certos atributos mentais, teremos de investigar profundamente o problema e comparar alguns princípios que já foram examinados e explicados. Podemos começar considerando novamente a natureza e a força da simpatia. As mentes de todos os homens são similares em seus sentimentos [feelings] e operações; ninguém pode ser movido por um afeto que não possa ocorrer também nas outras pessoas, seja em que grau for. Como cordas afinadas no mesmo tom, em que o movimento de uma se comunica às outras, todos os afetos passam prontamente de uma pessoa à outra, produzindo movimentos correspondentes em todas as criaturas humanas. Quando vejo os efeitos da paixão na voz e nos gestos de alguém, minha mente passa imediatamente desses efeitos a suas causas, e forma uma ideia tão viva da paixão, que essa ideia logo se converte na própria paixão. De maneira semelhante, quando percebo as causas de uma emoção, minha mente é transportada a seus efeitos, sendo movida por uma emoção semelhante. Se eu presenciasse uma das mais terríveis operações cirúrgicas, por certo, antes mesmo de ela começar, a preparação dos instrumentos, a arrumação das bandejas, o aquecimento dos ferros, com todos os sinais de ansiedade e preocupação no paciente e nos assistentes, teriam um grande efeito em minha mente, despertando os mais fortes sentimentos de piedade e terror. Nenhuma paixão alheia se revela imediatamente à nossa mente. Somos sensíveis apenas a suas causas ou efeitos. É desses que inferimos a paixão; consequentemente, são eles que geram nossa simpatia (HUME, 2009, p. 615).

Ainda sobre o mecanismo da simpatia, as distinções morais surgiriam da tendência das qualidades para promover o interesse da sociedade e é nossa consideração por esse interesse que faria com que estivéssemos propensos à aprovação ou desaprovação. E, só é possível ter essa consideração ampla pela sociedade em virtude da simpatia, que nos leva a sair de nós mesmos, nos propiciando prazer ou desprazer diante de caracteres úteis ou nocivos para a sociedade quando teríamos se eles favorecessem nosso próprio benefício ou prejuízo (HUME, 2009).

Esclarece ainda, metaforicamente, que nosso sentido do belo dependeria desse princípio. Chama-se por belo quando um certo objeto tem uma tendência a produzir prazer naquele que o possui, sendo visto, assim, como belo. Ao passo que um objeto que tende a produzir desprazer é tido como desagradável. O objeto que tomamos por belo, agradaria, então,

por sua tendência a produzir um certo efeito, que consistiria no prazer ou benefício que traria para a outra pessoa. Assim, para Hume, a única forma de o prazer de um estranho nos agradar, seria pela simpatia. Além disso, a simpatia produziria nosso sentimento de moralidade em todas as virtudes artificiais.

Já verificamos, então, que a base para realização dos juízos morais na teoria Humeana seria a simpatia, compreendida como uma comunicação de sentimentos e como bem descreve Rodrigo Tavares, como uma "propensão a receber por comunicação as inclinações e sentimentos alheios" (TAVARES, 2013, p. 47). Vimos também que a simpatia, nestes moldes, seria uma pré-condição para realização dos juízos morais, pois o espectador, através da simpatia, sente a dor ou o prazer vivenciado pelo paciente da ação sob análise. Ainda foi falado que a aprovação se apoia em um juízo moral favorável, por conta do compartilhamento, por meia da simpatia, de emoções prazerosas entre espectador e paciente, ao passo que, a reprovação, em contrário, se forma por um juízo moral negativo, provocado pela comunicação de emoções negativas entre estes mesmos atores, paciente e espectador (TAVARES, 2013).

Desta forma, o filósofo escocês, no que se refere à simpatia como a ferramenta para realização dos juízos morais, conclui que, além de afirmar que se trata de um princípio muito poderoso na natureza humana, sustenta que a simpatia possui força suficiente para nos proporcionar os sentimentos de aprovação, sendo ela a principal fonte das distinções morais. Aduz que a justiça seria provada por uma única razão, isto é, porque teria uma tendência a trazer o bem público; e o bem público nos seria indiferente se a simpatia não criasse em nós um sentimento por ele (HUME, 2009).

Para Hume, nesse sentido, é presumível que algo semelhante ocorre com todas as outras virtudes que possuam a mesma tendência para o bem público, sendo que essas virtudes devem derivar seu mérito de nossa simpatia com aqueles que delas se beneficiam. Da mesma forma que aquelas virtudes que têm uma certa tendência para o bem de quem as possui derivam seu mérito de nossa simpatia com essa pessoa.

Isto serve para dizer que, o mecanismo da simpatia permite que seja aprovado, além daquilo que não nos agrada de forma direta, atos que são úteis para os outros e para a humanidade em geral, a exemplo das próprias palavras de Hume:

> A maioria das pessoas concordará prontamente que as qualidades úteis da mente são virtuosas justamente por causa de sua utilidade. Essa maneira de pensar é tão natural, e se dá em tantas ocasiões, que poucos hesitarão em admiti-la. Ora, uma vez admitido isso, deve-se necessariamente reconhecer a força da simpatia. A virtude é considerada um meio para obtenção de um fim. Um meio só tem valor se o fim tem valor. Mas a felicidade de estranhos só nos afeta por simpatia. É a esse princípio, portanto, que devemos atribuir o sentimento de aprovação decorrente da consideração daquelas

> virtudes que são úteis à sociedade ou à pessoa virtuosa. Essas virtudes formam a principal parte da moral (HUME, 2009, p. 658).

Apesar de este tópico ter se dedicado quase que exclusivamente às lições de Hume, advertimos, no início do capítulo, que outro autor também teria contribuído para tese defendida pelos sentimentalistas morais, qual seja, Adam Smith, principalmente pela publicação de sua obra "Teoria dos Sentimentos Morais", de 1759. Assim, muito embora tenha sido dado maior enfoque à obra de Hume, abordaremos de forma breve alguns pontos trazidos por Smith que contribuirão para o melhor entendimento da teoria sentimentalista.

Como sentimentalista, Adam Smith, assim como Hume, também defendia que os juízos morais seriam derivados dos sentimentos de aprovação ou desaprovação de um espectador, sentimentos estes que seriam causados pela simpatia. Smith, contudo, inovou ao aprofundar no conceito de simpatia e na ideia de espectador, caracterizando-o como imparcial, assim como inovou ao "analisar a possibilidade de juízos morais realizados por espectador em relação aos seus próprios atos" (RAPHAEL apud TAVARES, 2013, p. 49).[37]

No que se refere à simpatia, para o autor da "Teoria dos Sentimentos Morais", o processo seria um pouco diferente daquele sustentado por Hume, que entendia a simpatia como uma comunicação de sentimentos. Em Smith, a simpatia seria um processo mais cognitivo, de compreensão, a definindo como: "por intermédio da imaginação podemos nos colocar no lugar do outro, concebemo-nos sofrendo os mesmos tormentos, é como se entrássemos no corpo dele e de certa forma nos tornássemos a mesma pessoa [...]" (SMITH, 2002, p. 6).

Tavares utiliza o trabalho de Cunningham para explicar que, em Hume, a simpatia "[...]é limitada à comunicação de um estado mental de natureza emotivo, momentâneo e específico [...]" (CUNNINGHAM, 2004, p. 246-247 apud TAVARES, 2013, p. 49) [38]. De outro lado, o primeiro autor também afirma que o conceito de simpatia em Smith "[...] é extensivo ao sujeito como um todo, como uma espécie de simulação mental" (CUNNINGHAM, 2004 apud TAVARES, 2013, p. 49)[39]. Ainda conforme aquele autor, um importante avanço na teoria de Smith seria o fato de que o juízo moral de aprovação e desaprovação surgiria por meio da simpatia ocorrida entre o espectador e os motivos de um agente, ao contrário do que sustou Hume, ao dizer sobre a simpatia entre o espectador e paciente.

---

[37] RAPHAEL, D.D. **The impartial spectator**: Adam Smith's moral philosophy. New York: Oxford University Press, 2007, p. 31.

[38] CUNNINGHAM, Andrew S. The strengh of Hume's "weak" sympathy. **Hume studies**, v. 30, n. 2, pp. 237-256, 2004.

[39] Ibidem.

Ainda podemos citar outra importante questão trazida na teoria defendida por Adam Smith, qual seja, a construção do conceito de um espectador imparcial, que realizaria julgamentos morais a partir de uma posição neutra. Para este autor, aquele que realiza um julgamento moral deve se empenhar em minimizar os vieses pessoais capazes de sugestionar seus próprios julgamentos, pelo que deveria, então, buscar retirar-se de sua posição por meio da imaginação (TAVARES, 2013, p. 50).

Nesse sentido, Smith traz a figura de um terceiro olhar sobre o fato, de modo a trazer imparcialidade para o julgamento. Vejamos nas palavras do autor:

> [...] antes de podermos fazer uma comparação apropriada entre esses interesses opostos, devemos mudar nossa posição. Não podemos vê-los de nosso lugar, nem tampouco do dele nem com nossos olhos, nem, todavia, com os dele. É preciso vê-los do local e com os olhos de uma terceira pessoa, que não tenha nenhuma relação particular com algum de nós, e que julgue com imparcialidade (SMITH, 2002, p. 154-165).

Na teoria de Smith, ainda podemos apontar mais uma ideia particular: a possibilidade de realização de juízos morais autorreferentes, isto é, um agente pode julgar a si mesmo, ao se imaginar na posição do espectador. Sobre isso, há quem diga que esta forma de juízo proporciona que o sentimentalismo maneje melhor as ideias morais, seja no que se refere aos deveres, seja no que diga respeito às obrigações. A forma de juízo mencionada é aquela em que o agente, por meio de sua capacidade imaginativa, coloca-se como espectador de suas próprias ações, revelando em relação ao seu próprio modo de agir, sentimentos de aprovação ou reprovação (RAPHAEL apud TAVARES, 2013, p. 49).[40]

O espectador imparcial na teoria de Smith possui outra função de destaque no sentido de que somente por meio da visão neutra sobre é que podemos de fato avaliar se nossos sentimentos adequados ou inadequados em relação a algo. Vejamos:

> [...] aprovamos ou desaprovamos nossa própria conduta segundo sintamos que, quando nos colocamos na situação de outro homem, como se contemplássemos com seus olhos e de seu ponto de vista, podemos ou não entender os sentimentos e motivos que determinaram, simpatizando inteiramente com ela (SMITH, 2002, p. 139).

É importante registrar que, de acordo com Martha Nussbaum e com o que concorda esta pesquisadora, a noção de espectador imparcial trazida por Smith traz implicações normativas tanto para ética quanto o direito, na proporção em que revela os sentimentos de um espectador ideal como referência para produção de julgamentos morais (NUSSBAUM, 1995, p. 72-73).

---

[40] RAPHAEL, D.D. **The impartial spectator**: Adam Smith's moral philosophy. New York: Oxford University Press, 2007, p. 31.

Portanto, desde que abordamos, de maneira condensada, sobre o sentimentalismo moral, em um trajeto percorrido por autores clássicos da filosofia moral sentimentalista, em que teve início Shaftesbury, passando por Hutcheson, Hume e parando em Adam Smith, foi possível perceber gradativa inovação e refinamento nas teorias defendidas, de modo que chegamos àquela em que somente os juízos feitos por um espectador imparcial, como vimos acima, seriam moralmente justificáveis.

A fim de estabelecer um contraponto não só de ideias, mas também um contraponto temporal, traremos à discussão alguns autores contemporâneos de relevância no cenário acadêmico mundial, estabelecendo o recorte daqueles que tratam principalmente da empatia e, consequentemente como ponto obrigatório de passagem, sua relação com a moralidade. Assim, adiante será exposto contribuições de alguns estudiosos escolhidos como Jesse Prinz, Thomas Colby e Heidi Maibom, contudo, cabe esclarecer que será dado maior enfoque na obra de Jesse Prinz.

2.4 Relação da empatia com a moralidade para Jesse Prinz

Para este tópico, escolhemos Jesse Prinz[41] para servir de guia sobre esta questão. No que se refere à empatia e sua relação com a moral, este autor produziu, além de outras obras, dois artigos bem conhecidos: “Against Empathy” e “Is Emapthy Necessary for Morality?”, sendo que daremos maior enfoque a este último nesta seção. O interessante é que este autor confronta a viabilidade da empatia com várias questões, propondo reflexões (e rechaçando cada uma delas) como: a empatia é uma precondição constitutiva? A empatia é uma precondição causal? A empatia é uma precondição para o desenvolvimento moral? A empatia é uma precondição motivacional? A empatia é necessária para conduta moral? É necessária para o julgamento moral? Dentre outros questionamentos.

De início, é preciso deixar claro que serão trazidos daqueles estudos algumas questões pontuais, aquelas com maior relação com este trabalho, pois apesar de toda sua produção sobre empatia ser muito interessante, uma análise completa, por abarcar temas

[41] Jesse J. Prinz é professor de filosofia e parte integrante do Comitê de Estudos Interdisciplinares no centro de Pós Graduação da Universidade de Nova York. Prinz, trabalha principalmente com a filosofia da psicologia e filosofia experimental, sendo autor de diversos livros e artigos com a temática da moral, emoções, psicologia e filosofia. Prinz concluiu Ph.D na Universidade de Chicago, sob orientação de Murat Ayede. É possível acessar informações sobre sua carreira e produção acadêmica em <https://philosophy.unc.edu/files/2013/10/curvitae-jesse-prinz.pdf>. Acesso em 19 jul. 2019.

complexos e com implicações interdisciplinares, demandaria uma tese exclusiva para tal análise de modo que iremos nos ater a trazer à análise sobre a necessidade da empatia frente ao julgamento moral.

Apesar de os títulos dos artigos de Prinz serem bastante sugestivos sobre sua posição em relação à empatia, verificaremos que em certa medida ele se aproxima do quanto defendido por Hume, enquanto sentimentalista moral.

Prinz faz questão de trazer a visão de David Hume em sua obra, mencionando que em seu projeto havia dois pontos centrais. O primeiro deles giraria em torno da definição da empatia. Como já mencionamos, Hume utilizou a palavra "simpatia", como já mencionado, refere-se, nos dias atuais a uma das possibilidades de significado de empatia. Contudo, na visão de Prinz, o fato de Hume ter utilizado do termo simpatia em seu Tratado da Natureza Humana, traria um tema relevante nas discussões sobre empatia na filosofia e psicologia contemporâneas. Diz que a ideia central é que a empatia não é nome de uma emoção específica, mas se refere, antes, à experiência do estado emocional de outra pessoa, qualquer que seja essa emoção e, seguindo Hume, acredita que é possível pensar na empatia como um tipo de inferência associativa a partir de expressões observadas ou imaginadas de emoções ou condições externas que são conhecidas através da experiência (PRINZ, 2011a, p. 215).

O segundo ponto observado por Prinz é que a tese defendida por Hume, inclusive como já vimos, seria a de que a empatia, em certo sentido, seria uma precondição para aprovação e desaprovação moral e, por conta desse vínculo da empatia com a aprovação e desaprovação morais, ela teria uma posição exaltada dentro da argumentação de Hume, que, sentimentalista que é, segundo Prinz, acreditaria que os juízos morais envolveriam essencialmente aprovação e desaprovação (PRINZ, 2011a, p. 215).

A tese de Hume, então, traria uma implicação notável, qual seja, se a aprovação e a desaprovação dependem da empatia, logo a empatia seria o fundamento do julgamento moral. Como veremos, Prinz se coloca como "anti-humeano", justamente por discordar da tese de que a empatia seria uma precondição para o julgamento moral e ainda dirá mais: que a empatia, na verdade, é ruim para a moralidade.

Parecer ser um pouco contra intuitivo afirmar que a empatia não é algo bom, ou algo ruim para alguma outra coisa, sob o ponto de vista moral. Contudo, essa é a tese sustentada por Prinz, que defende que as emoções são sim importantes para o julgamento e a motivação moral, mas não a empatia. Ele nos leva a questionar se empatia realmente desempenharia um papel integral na moralidade. Adverte-se desde logo que o autor não tenta provar que a empatia seja inútil, concorda, inclusive, ser a empatia uma virtude moral, contudo, argumenta que a

empatia não seria necessária para as capacidades que comporiam a competência moral básica, ou seja, pode-se adquirir valores morais, realizar julgamentos morais e agir moralmente, mas sem que a empatia seja estritamente necessária para tanto (PRINZ, 2011a, p. 216).

De um modo geral, é possível afirmar que há duas propostas implícitas na tese de Prinz, seja em "Against Empathy", seja em "Is Empathy Necessary for Morality". A primeira proposta é no sentido que se a empatia não é necessária e indispensável para todos os juízos morais, em virtude disso, então, a empatia não seria necessária para a moral, podendo ser substituída por outra emoção, no caso, a indignação (PRINZ, 2011b, p. 14).

Já a segunda proposição, consistiria no fato de que em sendo a moralidade baseada em um único tipo de emoção, o ultraje (no sentido de indignação), seria a emoção que melhor se adequaria em exercer um papel principal na moralidade, já que, segundo Prinz, a indignação teria maior influência de motivação do que a empatia e seria menos vulnerável a distorções, conforme melhor veremos ao longo da pesquisa (PRINZ, 2011a, p. 231).

Outro autor que também argumenta que a empatia não é necessária para os juízos morais, desenvolvimento moral e motivação moral é Noel Struchiner, de quem traremos interessantes observações ao longo deste tópico. Nesse sentido, uma estudiosa que resumiu bem uma das proposições de Noel Struciner foi Cláudia Passos Ferreira em seu artigo, "Em defesa da empatia: uma resposta a Prinz", ao dizer que, para Struchiner, a empatia é uma emoção "perigosa" que pode levar a atos de crueldade e injustiça e que, por isso, deve ser evitada e até mesmo eliminada dos sistemas legais (PASSOS-FERREIRA, 2018, p. 165).

Veremos que, de acordo com o que defende Prinz, um sistema moral fundado na empatia não é benéfico para sociedade. Vai sustentar que as emoções empáticas podem acarretar inexatidões em nossos juízos morais e que não colaborariam para comportamentos morais desejáveis. A moral fundada na empatia teria muitas limitações para servir de guia moral. Ou seja, se a empatia é capaz de produzir imprecisões no juízo moral e também capaz de afetar de forma negativa a moralidade, logo, se deve evitar a utilização da empatia como guia para moralidade.

Apesar de já termos trazido algumas definições de empatia, por neste momento estarmos tratando especificamente de Prinz, não custa relembrar o que ele entende por este termo. Em seu artigo "Is Empathy Necessary for Morality", ele comenta sobre os alguns conceitos de empatia formulados, explicando o porquê de não utilizá-los (PRINZ, 2011b, p.1-2), seja porque uma conceituação se adequaria muito mais ao conceito de preocupação, seja porque a outra definição teria um apelo à imaginação, na medida em que se transformaria em

um recurso excessivamente intelectual. Prinz, então, coloca que a empatia seria uma espécie de emoção vicária, isto é, sentir o que alguém leva a outra pessoa a sentir (PRINZ, 2011b, p. 2).

Adentrando na questão da relação entre empatia e moralidade, Jesse Prinz defende que a sugestão de a empatia ser necessária para moralidade, segundo bem apontado por Noel Struchiner, pode ser interpretada de, pelo menos, três formas diferentes: (i) pode-se sustentar a opinião de que a empatia é necessária para realizar um julgamento moral; (ii) pode-se pensar que a empatia é necessária para o desenvolvimento moral e (iii) pode-se afirmar que a empatia é necessária para motivar a conduta moral (STRUCHINER, 2011, p. 3).

Para este tópico, iremos trabalhar com algumas dessas formas de interpretação, mais precisamente com a análise da necessidade da empatia em relação ao julgamento moral e à motivação da conduta moral.

2.4.1 A empatia é necessária para o julgamento moral?

Desde já é preciso deixar claro qual a intenção que se possui ao falar em julgamento moral. Muito embora o julgamento moral, para filosofia, possa ter implicações complexas ou até mesmo um sentido denso, entenderemos aqui, por julgamento moral, a distinção entre o certo e o errado ou entre o bom e o mau, apesar do aparente reducionismo, sendo essa forma eleita apenas e tão somente para facilitar a abordagem do tema.

Prinz, tentando exemplificar a empatia nos julgamentos morais, utiliza duas simples proposições. Pode-se julgar que a caridade é algo bom e que a violência doméstica contra a mulher é algo ruim. Se levarmos em conta a necessidade de empatia para julgar esses atos, o julgamento moral a ser realizado dependeria de uma resposta empática, ou seja, seria normal ter empatia com os sentimentos positivos experimentados por aqueles que foram beneficiados pela caridade de uma pessoa, assim como seria natural ter empatia com os sentimentos negativos das vítimas de violência doméstica. Essas respostas empáticas que permitem julgar essas ações como boas ou ruins. Segundo ele, sem a empatia, a compreensão desses fatos seria reduzida a apenas “a caridade é boa” e “a violência doméstica é ruim”, mas não avaliaríamos com verdadeiro entendimento (PRINZ, 2011b, p. 3). Essa interpretação, inclusive, poderia ser atribuída a Hume.

Para demonstrar, Prinz cita a seguinte passagem de Hume:

> Nós participamos do mal-estar [das vítimas da injustiça] por simpatia; e como toda coisa que dá intranqüilidade nas ações humanas, na pesquisa geral, é chamada de Vício, e tudo o que produz satisfação, da mesma maneira, é denominado Virtude ... A

> simpatia com o interesse público é a fonte da moral. aprovação, que atende a essa virtude (HUME, 1978 apud PRINZ, 2011b, p. 3).[42]

A partir disso, Prinz afirma que a teoria do juízo moral de Hume pode ser decomposta nas seguintes afirmações:

> (i) uma ação virtuosa seria aquela que intencionalmente traz prazer, ao passo que ação viciosa é aquela que de modo intencional provoca dor ou desprazer; (ii) quando contemplamos o prazer ou a dor de outra pessoa, sentimos empatia (o que Hume chama de "simpatia"); (iii) nossa resposta empática aos receptores de ações viciosas ou virtuosas despertaria em nós sentimentos de desaprovação ou aprovação; (iv) esses sentimentos de aprovação ou desaprovação constituiriam nossos julgamentos morais, ou seja, de que algo seria moralmente bom ou ruim (PRINZ, 2011b, p. 3, tradução nossa)[43].

De acordo com essa construção que Prinz diz ser a teoria de Hume, sendo uma leitura precisa ou não de sua tese, o fato é que a empatia seria uma condição essencial para o julgamento moral, na medida em que se há uma consideração negativa pelas ações que prejudicam as pessoas e uma consideração positiva pelas ações que as ajudam, então o julgamento moral consistiria em um certo tipo de consideração positiva ou negativa, sendo a empatia, essencial para a cognição moral. É neste ponto a crítica de Prinz (2011b, p. 3-4).

Este autor indica algumas situações em que a empatia não faria sentido como uma precondição para o julgamento moral. A primeira situação analisada refere-se à possibilidade de julgar que é ruim ou errado matar uma pessoa inocente, mesmo que seus órgãos vitais, por meio de transplante, possam ser aproveitados para salvar cinco pessoas que necessitem urgentemente desses órgãos a serem transplantados. Neste caso, sem a menor dúvida, sentimos mais empatia pelas cinco pessoas em iminente risco de morte, do que pela única pessoa saudável que fora morta. Todavia, como entende Prinz, nosso julgamento moral, neste caso, não acompanharia essa construção de que a empatia seria essencial para a análise moral (PRINZ, 2011b, p. 4).

A segunda situação abordada, diria respeito a considerar os julgamentos morais que alguém poderia emitir por trás do véu da ignorância proposto por Jonh Rawls[44]. A hipótese

---

[42] HUME, D. **A treatise of human nature**. P. H. Nidditch (Ed.). Oxford: Oxford University Press, 1978. Texto original: "We partake of [victims of injustice's] uneasiness by sympathy; and as every thing, which gives uneasiness in human actions, upon the general survey, is called Vice, and whatever produces satisfaction, in the same manner, is denominated Virtue.… [S]ympathy with public interest is the source of the moral approbation, which attends that virtue!"

[43] Texto original: "Hume's theory of moral judgment can be broken down into the following claims: a virtuous action is one that intentionally brings about pleasure and a vicious action is one that intentionally brings about pain; when we contemplate the pleasure or pain of another person, we feel empathy (what Hume calls'sympathy'); our empathetic response to the recipients of virtuous and vicious actions arouses in us feelings of approbation and disapprobation, respectively; these feelings of approbation and disapprobation constitute our judgments that something is morally good or bad".

[44] Jonh Rawls, filósofo norte-americano, propôs uma teoria consagrada como uma das mais influentes perspectivas contemporâneas da justiça social. Em sua obra Uma Teoria da Justiça, de 1971, Rawls propõe um exercício de

aqui seria decidir que é bom distribuir recursos aos mais necessitados, porque quem está decidindo também pode ser carente desses recursos. Ou seja, nesse caso, segundo Prinz, não haveria empatia pelos necessitados, mas sim uma preocupação com o ego, em uma forma de egoísmo. Mais uma vez, tenta mostrar que a empatia não estaria sendo uma precondição para o julgamento moral (PRINZ, 2011b, p. 4).

Já a terceira hipótese, Prinz propõe refletir que sejam considerados casos em que nós mesmos seríamos vítimas de uma transgressão moral, caso em que nós, em virtude dessa transgressão, nos julgaríamos como injustiçados, mas não estaríamos tendo empatia com nós mesmos, seja lá o que isso signifique, como Prinz coloca (PRINZ, 2011b, p. 4).

A situação de número quatro consistira em considerar casos em que não há uma vítima evidente, identificável. Seria possível julgar como errado sonegar impostos ou furtar uma loja de departamentos, por exemplo, sem se ater, em primeiro lugar, ao sofrimento daqueles que possivelmente poderiam ser prejudicados (PRINZ, 2011b, p. 4).

Quinta situação: há transgressões que, na concepção do autor em questão, não haveria vítimas, a exemplo da necrofilia, do incesto consensual entre irmãos adultos, a destruição de locais despovoados ou a violação de túmulo de alguém que não possua parente vivo. Isto é, estas transgressões, possivelmente, passaram pelo crivo de nosso julgamento moral de forma negativa, mesmo sem ter com quem ter empatia (PRINZ, 2011b, p. 4).

Portanto, para Prinz, a empatia não faz o menor sentido para o julgamento moral, pelo menos nas as circunstâncias abordadas acima, pelo que seria errado supor que a empatia é uma precondição do juízo moral. Ou seja, nessas situações, o julgamento moral teria ocorrido independentemente da empatia.

Na verdade, aquele autor propõe que outras emoções seriam suficientes para o julgamento moral, mesmo quando a empatia estiver ausente. Ele constrói uma justificação para essa afirmação da seguinte forma: primeiro ele solicita que nos recordemos do modelo "Humeano" no qual a empatia leva à desaprovação (e à aprovação também). Todavia, uma alternativa mais simples seria dizer que a desaprovação poderia surgir de forma direta após a

---

colocar-se em uma "posição original" como base para construir sua ideia de justiça equitativa. Em linhas gerais, Rawls propõe como um exercício de pensamento, o que chama de "véu da ignorância", o que significa imaginar que não se tem nenhum conhecimento do lugar que irá ocupar na sociedade, não se sabe sobre o sexo, sobre a classe social, sobre a etnia, sobre a religião, sobre capacidades biológicas ou mentais, não se saberia sobre nada. Considerando esta situação hipotética, os indivíduos não escolheriam princípios com algum interesse ou de forma parcial, favorecendo seus próprios interesses. Assim, naquele contexto, seria estabelecida uma situação equitativa entre os indivíduos, em que seriam tidos por justas aquelas ações que permitissem uma chance igual de vantagens pata todos, pois não seria possível, de antemão, garantir benefícios ou situações favoráveis, já que estariam todos sob o véu da ignorância (QUINTANILHA, 2010).

consideração de vários tipos de ação. Para tanto, em primeiro lugar, é preciso deixar claro o que Prinz entende por desaprovação: é um sentimento, não uma emoção (PRINZ, 2011b, p. 4).

Explica-se: segundo este autor, sentimentos são disposições para ter emoções e, desaprovação, então, seria uma disposição para ter emoções de culpa, seja em relação si próprio, seja em relação aos outros. Por exemplo, se temos um sentimento de desaprovação em relação a um roubo, estaremos dispostos a ter sentimentos ruins em relação a nós mesmos se tivermos praticado aquele roubo em relação a outras pessoas que praticarem este mesmo ato. Os sentimentos produzidos dependeriam do tipo de ação sob análise (PRINZ, 2011b, p. 4).

Como se sabe, o roubo é um crime contra uma pessoa e, quando tal ato é praticado por alguém, esta ação provocaria raiva, ódio e, quando praticados por nós, provocaria culpa. De outro lado, como já citado, há crimes sem vítimas e que não seriam contra uma pessoa em si, a exemplo da necrofilia ou do incesto consensual entre adultos. Nestes casos, a resposta emocional seria o nojo, a repugnância, quando tais atos fossem praticados por terceiros. Caso praticados por nós, a resposta emocional possivelmente seria a vergonha.

Isto para dizer que, em qualquer ocasião, quando se julga que algo está errado, esse julgamento, segundo Prinz, é derivado de um sentimento e consistiria em uma resposta emocional apropriada. Vejamos o caso do último biscoito do pacote: se julgamos que é errado comermos o último biscoito, esse julgamento consistiria em um sentimento de culpa por essa ação, que seria a manifestação da desaprovação pelo ato de comer a última bolacha, ou ainda, poderia ser considerada uma manifestação indireta de uma desaprovação mais generalizada da ganância (PRINZ, 2011b, p. 5).

Diante deste cenário, Prinz parece elaborar uma explicação alternativa à tese do julgamento moral baseado na empatia, em que a maioria dos nossos julgamentos morais poderia seguir um caminho menos complicado, segundo o qual, a desaprovação (ou aprovação) poderia "surgir diretamente após a consideração de vários tipos de ações". Quando interpretamos determinados atos como pertencentes a certos tipos de ação, imediatamente podemos sentir emoções de culpa, em casos de desaprovação e, em caso de aprovação, podemos sentir emoções de elogio, enaltecimento.

Para tentar traduzir essa proposição em exemplo, podemos comentar uma situação trazida por Noel Struchiner em seu artigo: trata-se de um típico caso de bullying em um colégio. Casey é vítima constante dos ataques e insultos de um colega de sua escola, Richard. Após ter sido insultado e agredido por diversas vezes, Casey finalmente reage e revida todas as agressões dispensadas por Richard, o golpeando fortemente. Olhando para este caso, é natural sentirmos desaprovação pelo ato de Richard que praticava bullying diariamente contra Casey e pode ser

que essa desaprovação ocorra por uma resposta empática de raiva, uma raiva empática. Todavia, Struchiner defende que essa raiva empática não seria necessária para a desaprovação (STRUCHINER, 2011, p. 7).

Isto porque, poderíamos ter desaprovado a ação de Richard independentemente de Casey ter tido raiva de Richard, e em virtude disso, termos tido empatia com Casey, ou seja, nossa desaprovação pode ocorrer independente de empatia ou, neste caso, da raiva empática. Explica-se: a desaprovação em relação ao ato de Richard pode advir por considerarmos sua ação com uma agressão gratuita a um colega, ou simplesmente por considerarmos bullying um ato errado em geral, sem levar em conta, para formação de nosso julgamento moral, a emoção de Casey (STRUCHINER, 2011, p. 7).

Essa explicação alternativa, exemplificada através do caso de bullying acima mencionado, parece acomodar bem aquelas cinco situações elencadas por Prinz em que a empatia teria falhado como precondição para o julgamento moral e que para ocorrer a desaprovação (neste caso), não é necessário contemplar o sofrimento das vítimas, seja do bullying, seja do estupro, do roubo, etc.

Ou seja, o que comporia os juízos morais seriam as emoções morais e essas emoções estariam associadas a determinados tipos de ação, pelo que ações prejudiciais podem despertar raiva no espectador e levando a culpar ao agressor. Ao passo que, alguns tipos de transgressões como falamos, a exemplo do incesto consensual entre irmãos adultos, pode causar nojo do espectador e vergonha naqueles que o realizaram, tudo independentemente da empatia. Em outras palavras, como bem coloca Struchiner: “mesmo quando parece que a empatia está fazendo o trabalho, uma análise sob lente mais refinada pode sugerir o contrário” (STRUCHINER, 2011, p. 9, tradução nossa).[45]

Podemos ainda citar mais um exemplo, este muito bem colocado por Struchiner: Se Madre Teresa de Calcutá ajuda alguém em necessidade e este ato de ajuda é observado, pode até parecer que o prazer do paciente (quem recebe) dessa ajuda é captado pelo observador e redirecionado para Madre Teresa e sua ação. Assim, o prazer redirecionado seria a causa da aprovação do ato daquela religiosa. Contudo, ao olharmos com mais atenção, na verdade, o paciente da boa ação (a pessoa necessitada que recebeu a ajuda) sentirá gratidão por Madre Teresa, que sente pena/compaixão pelo necessitado, e o espectador daquela ação (quem está observando o ato) sentirá admiração pela Madre em virtude de seu ato de caridade (STRUCHINER, 2011, p. 9-10).

---

[45] Texto original: “Even when empathy seems to be doing the work, an analysis under finer lenses may suggest otherwise”.

Portanto, nesta situação hipotética não haveria que se falar em empatia. Isto porque, o observador, na verdade, sente admiração por Madre Teresa, já o paciente da ação sente gratidão por ela, e a própria Madre Teresa, por que sentiu pena/compaixão, praticou a boa ação. Isto é, admiração, gratidão e piedade são emoções diferentes, o que torna impossível falar em empatia, tida por compartilhamento/pareamento de emoções e até mesmo como "sentir o que o outro sente" ou "colocar-se no lugar do outro", pois nesse exemplo cada personagem sente um sentimento diferente (STRUCHINER, 2011, p. 10).

Assim, a tese de Prinz, é no sentido de que aprovação moral não envolveria congruência de emoções, não dependendo, assim de empatia.

Em casos de desaprovação moral, talvez isso fique ainda mais claro. Podemos citar o derradeiro exemplo: supõe-se que tenha sido realizada uma pichação[46] em um parque público. Possivelmente esse atentado contra o patrimônio público possa gerar desprezo. Todavia, esse desprezo sentido pode não envolver empatia pelas supostas vítimas dessa transgressão, pois outras pessoas naquela comunidade podem considerar aquela pichação uma obra de arte. Isso sugere que também a desaprovação não guarda empatia com o julgamento moral (PRINZ, 2011a, p. 218).

Assim, o que Prinz quer dizer, na verdade, é que ações moralmente significativas podem ser reconhecidas sem empatia, mesmo que essas ações envolvam danos. É sugerido que não precisamos refletir sobre o dano para constatar que a ação é ruim. Desta forma, então a empatia não seria um precursor necessário para o julgamento moral.

Observou-se que o pensamento moral tradicional que inclui David Hume e Adam Smith, colocou a empatia em um lugar central, mas Prinz critica esse poder dado à empatia. Argumenta, que outras emoções podem desempenhar um papel muito mais importante na moralidade, como raiva, culpa, ou a indignação. Na verdade, sustenta que a empatia pode nos ajudar a chegar à conclusão de que uma determinada ação está errada em uma ocasião específica, mas não seria necessária ou indispensável para este fim. Portanto, vimos que para Jesse Prinz, a empatia não é necessária para o julgamento moral, seja para a aprovação, seja para desaprovação moral.

---

[46] Aqui está sendo considerada a diferença entre pichação e grafite: O grafite é considerado uma arte e uma linguagem visual que, a partir de desenhos com temas variados, o artista se expressa. Já a pichação, geralmente, está relacionada ao vandalismo, em que os pichadores escrevem frases ou rabiscos, sem autorização, em propriedades. Apesar de uma nuance de protesto e transgressão, pode ajudar a compreender o que pensam da sociedade em que vivem.

2.4.2 Análise da empatia como necessária para a motivação moral

Uma interessante análise que pode ser feita é verificar o poder da empatia para a motivação moral, isto é, mesmo que se admita que a empatia não é necessária para os juízos morais, talvez ela possa ser útil para dar a esses juízos uma força motivacional (PRINZ, 2011a, p. 225).

Mais uma vez, Jesse Prinz, traz argumentos para dar suporte a sua tese de retirar o protagonismo da empatia na moralidade. Segundo ele, evidências empíricas sugeririam que a empatia não seria muito eficaz em motivar uma ação moral, mostrando que a empatia até promoveria um comportamento pró-social, mas somente quando exigisse pouco ou nenhum custo (PRINZ, 2011a, p. 225-226). Ao ver um morador de rua, ou algum pedinte, até podemos dar uma esmola ou pagar-lhes um lanche, mas segundo Prinz, dificilmente arcaríamos com um aluguel para essas pessoas. Diz que poucos chegam a atravessar uma rua da cidade para dar algum centavo a um necessitado.

Contudo, talvez, sem empatia, não agiríamos de acordo com nossos julgamentos morais. Struchiner diz que os julgamentos são causados por emoções e que teriam componentes emocionais que surgem quando pensamos ou enfrentamos diretamente certos tipos de ação. Além disso, sustenta que é inegável que as emoções associadas à desaprovação e à aprovação moral são capazes de motivar nossas ações morais. A raiva, por exemplo, promoveria a agressão, a culpa desencadearia a reparação e a vergonha geraria a ocultação, emoções que em geral as pessoas se esforçam para evitar. Ao contrário das emoções envolvidas na aprovação moral, que são positivas, fazendo com que valha a pena persegui-las. Isto porque, os julgamentos morais estariam entrelaçados com as emoções, motivando as ações independentemente da empatia. Todavia, não significa que a empatia não possa ser um motivador moral (STRUCHINER, 2011, p. 13).

Na verdade, a empatia pode ter algum poder ou força motivacional, mas, segundo Prinz, não seria suficiente. Para comprovar a fragilidade da empatia como motivador moral, é possível citar situações que privilegiam outras emoções para a motivação, sem utilizar qualquer recurso da empatia.

Um exemplo seria análise da culpa como um motivador. Struchiner menciona que estudos demonstraram que fiéis de uma igreja estavam menos dispostos a fazerem doações para uma causa social após a confissão do que antes de terem confessado, ou seja, aqui a culpa estaria sendo um forte motivador para ação, no caso, a doação (STRUCHINER, 2011, p. 14).

Prinz sustenta que outras emoções como a raiva e o nojo (repugnância) podem ser bons motivadores morais, citando um exemplo em que o nojo (ou a repugnância) poderia levar pessoas a se oporem a políticas que não teriam vítimas identificáveis, como no protesto contra o casamento entre homossexuais. Isto porque, nesta hipótese, é possível verificar a carência de empatia pelas partes envolvidas, não sendo raro encontrar políticos altamente conservadores, segundo Prinz, serem assumidamente contrários a legalização do casamento homossexual. Ou seja, os valores morais estariam motivando seus juízos sem qualquer consideração de empatia, o que quer dizer que a empatia não seria uma precondição para a motivação moral (PRINZ, 2011a, p. 226-227).

Da mesma forma, é o entendimento de Heidi Maibom ao sustentar que a empatia, por si só, não é um motivador moral. A empatia, no entanto, vem sendo considerada como algo fundamental para a moralidade, para nossa noção de bem ou o bem de outra pessoa, incluindo a nossa. Pelo que sustenta Maibom, talvez possamos enxergar a questão da empatia como motivação moral por um outro prisma: é certo que quando somos afetados negativamente por coisas ruins que acontecem com o outro, da mesma maneira que somos atingidos positivamente por coisas boas e, segundo ela, somos tipicamente motivados por esses sentimentos. Todavia, essa capacidade, na verdade, seria conceito fundamental para a ética, e não para a moral (MAIBOM, 2014).

Ao longo deste capítulo, observamos que, para falarmos de empatia e Direito (mais precisamente sobre empatia e tomada das decisões judiciais) era absolutamente necessário falarmos também sobre a moral. Isto porque, o direito possui íntima relação com a moral em diversos aspectos, sobretudo pois, em linhas gerais, ambos tratam da regulação da conduta humana na sociedade. Tanto que a tentativa de cisão entre direito e moral, durante muito tempo, movimentou a teoria do Direito.

Observamos ainda que, tradicionalmente, a filosofia moral trabalha com duas noções antagônicas a respeito das consequências práticas da moral, sendo que, filósofos morais britânicos teceram um caloroso debate sobre o papel desempenhado pela razão ou pelas sentimentos nas distinções morais realizadas pelos indivíduos, em razão do quanto defendido, foram denominados de racionalistas ou sentimentalistas morais. Nossa argumentação se voltou mais por aquilo que foi sustentado pelos sentimentalistas morais, especialmente David Hume, ou seja, que a base para a realização dos juízos morais seria a simpatia, o que nós chamamos de empatia.

Em tempos mais contemporâneos, trouxemos Jesse Prinz justamente para apurarmos a discussão entre empatia e moralidade. Vimos que ele traz a visão de Hume, qual

seja, de que a aprovação e desaprovação dependeriam da empatia, logo, seria o fundamento do julgamento moral. Contudo, apesar de ser um sentimentalista moral, vem discordar daquilo defendido por Hume ao dizer que a empatia não seria uma precondição para o julgamento moral, dizendo ainda mais, que a empatia, na verdade, é ruim para a moral.

De forma geral, Prinz trabalhou com duas propostas: que a empatia não é indispensável para todos os juízos morais, podendo ser substituída por outra emoção, sendo, então, a empatia desnecessária para a moralidade. E que, a emoção que melhor se adequaria à moralidade seria a indignação, pois teria maior motivação de influência do que a empatia e seria menos vulnerável a distorções. Isto porque, mostramos sua análise sobre necessidade da empatia em relação ao julgamento moral e à motivação moral.

Todavia, o fato de que a empatia não seja necessária para o julgamento e a motivação moral, não quer dizer que ela não desempenhe nenhuma função nesses construtos, mas apenas que ela não é necessária, indispensável. Assim, a necessidade da empatia na moralidade seria possível, mas não indispensável.

Podemos dizer que, até agora, analisamos a indispensabilidade da empatia nos juízos morais, na tomada de decisões morais. Contudo, a seguir, será investigado o papel desempenhado pela empatia na tomada das decisões judiciais, o que será abordado no próximo capítulo.

3. A EMPATIA E A DECISÃO JUDICIAL

3.1 A Empatia em Pauta

Em 2007, durante a campanha presidencial do então candidato à presidência dos Estados Unidos da América, Barack Obama, os holofotes foram direcionados à empatia, tema colocado em pauta, sobretudo quando considerada como um requisito essencial em juízes de direito, quando Obama se referiu à imprescindibilidade de empatia nos juízes da seguinte forma:

> Precisamos de alguém que tenha coração, empatia, para reconhecer o que é ser uma jovem mãe adolescente. A empatia para entender o que é ser pobre, ou afro-americano, ou gay, ou deficiente, ou idoso. E esse é o critério pelo qual eu vou selecionar os meus juízes (ROSA; GOULART, 2016).

Já em 2009, como Presidente da República, Obama se mostrou coerente e ratificou o posicionamento demonstrado em 2007, ao nomear a juíza Sonia Sotomayor para compor a Suprema Corte Americana, sob o seguinte argumento: “Quero alguém que tenha capacidade intelectual, mas também empatia e tenha um sentido prático de como o mundo funciona” (OBAMA..., 2009). Contudo, em virtude da exaltação da empatia em seu discurso, tanto como um requisito para ser um bom juiz e escolhido por ele, quanto como uma qualidade de Sotomayor, fora duramente criticado.

Assim, as declarações do Presidente Obama, no sentido de indicar a juíza hispânica para a Suprema Corte, fomentaram um debate entre congressistas americanos (conservadores e liberais), promovendo um movimentado diálogo (ou melhor, arguição), perante o Comitê Judiciário do Senado (*Senate Judiciary Comittee*) sobretudo entre Sotomayor e os políticos que a aprovariam para o cargo que então fora nomeada, principalmente o Senador Republicano Jeff Sessions:

> [...] Temo que nosso sistema só fique ainda mais corrompido como resultado das opiniões do Presidente Obama de que, em casos difíceis, o ingrediente crítico para um juiz é a "profundidade e amplitude da empatia de alguém", bem como "seus interesses mais amplos". visão do que a América deveria ser. " Como o povo americano, tenho observado isso por vários anos, e temo que esse "padrão de empatia" seja outro passo no caminho para um mundo liberal, orientado para resultados e relativista, onde: (i) Leis perdem seu significado fixo; (ii) Juízes não eleitos definem a política; (iii) os americanos são vistos como membros de grupos separados e não simplesmente americanos, e (iv) Onde os limites constitucionais ao poder do governo são ignorados quando os políticos querem comprar empresas privadas. Então, chegamos a uma bifurcação na estrada. E existem diferenças gritantes entre os dois caminhos. Quero ser claro: não vou votar - nenhum senador deve votar - um indivíduo indicado por qualquer Presidente que não esteja totalmente comprometido com a justiça e a imparcialidade para com todas as pessoas que aparecerem diante deles. Não vou votar - nenhum senador deve votar - um indivíduo indicado por qualquer Presidente que

> acredite ser aceitável que um juiz permita que sua própria origem pessoal, gênero, preconceitos ou simpatias influenciem sua decisão a favor ou contra; partes perante o tribunal. Na minha opinião, tal filosofia é desqualificante. Tal abordagem para julgar significa que o árbitro que está decidindo o jogo não é neutro, mas se sente empoderado para favorecer uma equipe sobre a outra. Chame isso de empatia, chame de preconceito, ou chame de simpatia, mas seja lá o que for, não é lei. Na verdade, é mais parecido com a política. E a política não tem lugar no tribunal. (CONFIRMATION..., 2010, p. 6-7, tradução nossa)[47]

E ainda continua o Senador Sessions:

> Parece-me que, em Ricci [caso New Haven Firefighters - recentemente revisto pela Suprema Corte], a empatia da juíza Sotomayor por um grupo de bombeiros acabou por ser um preconceito contra os outros. Essa é, obviamente, a falha lógica no "padrão de empatia". A empatia por uma das partes é sempre preconceito contra outra. Juíza Sotomayor, vamos investigar como sua filosofia, que permite a subjetividade no tribunal, afeta suas decisões sobre questões como: (i) Aborto, onde uma organização na qual você era um líder ativo argumentou que a Constituição exige que o dinheiro do contribuinte seja usado para abortos; (ii) Controle de armas, onde você decidiu recentemente que é "uma lei estabelecida" que a Segunda Emenda não impede que uma cidade ou estado bloqueie a posse de armas; (iii) Propriedade privada, onde você já decidiu que o governo poderia adquirir propriedades de um desenvolvedor de farmácia e entregá-lo a outro; e (iv) Pena capital, na qual você assinou pessoalmente uma declaração opondo-se à reintegração da pena de morte por causa do "encargo psicológico desumano" que coloca no agressor e em sua família. Espero que o povo americano acompanhe de perto essas audiências. Eles devem aprender sobre os problemas e ouvir os dois lados do argumento. E, no final da audiência, pergunta: 'Se um dia eu for a um tribunal, que tipo de juiz quero que solucione o meu caso? "Eu quero um juiz que permita que seus pontos de vista social, político ou religioso alterem o resultado? Ou eu quero um juiz que aplique imparcialmente a lei aos fatos e regras justas sobre o mérito, sem viés ou preconceito?' É nosso trabalho determinar em qual lado da divisão fundamental está o candidato. (CONFIRMATION, 2010, tradução nossa, p. 8).[48]

---

[47] Texto original: "I'm afraid our system will only be further corrupted as a result of President Obama's views that, in tough cases, the critical ingredient for a judge is the 'depth and breadth of one's empathy', as well as, his word, 'their broader vision of what America should be'. Like the American people, I have watched this for a number of years, and I fear this 'empathy standard' is another step down the road to a liberal activist, results oriented, and relativistic world where laws lose their fixed meaning, unelected judges set policy, Americans are seen as members of separate groups rather than simply Americans, and where the constitutional limits on government power are ignored when politicians want to buy out private companies. So, we have reached a fork in the road, I think, and there are stark differences. I want to be clear: I will not vote for – no senator should vote for – an individual nominated by any President who is not fully committed to fairness and impartiality towards every person who appears before them. I will not vote for – no senator should vote for – an individual nominated by any President who believes it is acceptable for a judge to allow their own personal background, gender, prejudices, or sympathies to sway their decision in favor of, or against, parties before the court. In my view, such a philosophy is disqualifying. Such an approach to judging means that the umpire calling the game is not neutral, but instead feels empowered to favor one team over the other. Call it empathy, call it prejudice, or call it sympathy, but whatever it is, it is not law. In truth it is more akin to politics. And politics has no place in the courtroom".

[48] Texto original: "It seems to me that in Ricci, Judge Sotomayor's empathy for one group of firefighters turned out to be prejudice against the others. That is, of course, the logical flaw in the 'empathy standard'. Empathy for one party is always prejudice against another. Judge Sotomayor, we will inquire into how your philosophy, which allows subjectivity into the courtroom, affects your decision-making like, in abortion, an organization in which you were an active leader argued that the Constitution requires taxpayer money to fund abortions; and gun control, where you recently noted it is "settled law" that the Second Amendment does not prevent a city or state from barring gun ownership; private property, where you have already ruled that the government could take property from one pharmacy developer and give it to another; capital punishment, where you personally signed a statement opposing the reinstatement of the death penalty in New York because of the 'inhuman[e]

Após a longa fala de Jeff Sessions, da qual extraímos apenas um pequeno trecho, ele ainda questiona sobre se os juízes devem permitir que seus preconceitos influenciem sua tomada de decisão, e Sotomayor responde:

> Seus preconceitos, nunca. Eu estava falando sobre o objetivo muito importante do sistema de justiça que o de é garantir que os preconceitos pessoais e preconceitos de um juiz não influenciem o resultado de um caso. O que eu estava falando era da obrigação dos juízes de examinar o que eles estão sentindo enquanto estão julgando um caso e garantir que isso não esteja influenciando o resultado. As experiências de vida têm que influenciar você**.** Nós não somos robôs para ouvir evidências e não ter sentimentos. Temos que reconhecer esses sentimentos e colocá-los de lado [...]. Mas há situações em que algumas experiências são importantes no processo de julgamento, porque a lei nos pede para usar essas experiências (CONFIRMATION..., 2010, tradução livre, p. 70-71)[49].

Da análise do discurso daquele senador republicano, é possível observar que, para eles e talvez para toda a ala conservadora americana (ou até para o pensamento jurídico tradicional), o que garantiria o correto julgamento seria a exata subsunção do fato à lei, assim como a constatação de que se a lei a ser aplicada àquele caso passou corretamente por todas as etapas do processo legislativo e se está sendo interpretada e aplicada de forma escorreita, sem brechas para indagações sobre sua carga moral.

Ou seja, o bom julgamento, seria aquele em que a lei é aplicada de forma implacável. Ao que parece, ao menos para o Senador Sessions, se o bom julgamento é a mera aplicação da norma ao fato, então, o ideal seria termos robôs e não juízes, pois como humanos, o julgamento não seria algo tão mecânico como acredita que deveria ser.

Foi exatamente nesse sentido, como vimos acima, a resposta de Sotomayor, que muito embora tenha reconhecido que os juízes não são robôs, ela tonifica a possibilidade de existência de decisões judiciais imparciais, diga-se, racionais, com emoções e sentimentos deixados de lado e livres de vieses.

---

psychological burden' it places on the offender and the family. So I hope the American people will follow these hearings closely. They should learn about the issues, and listen to both sides of the argument, and at the end of the hearing ask: 'If I must one day go to court, what kind of judge do I wish to hear my case?' 'Do I want a judge that allows his or her social, political, or religious views to change the outcome? Or, do I want a judge that impartially applies the law to the facts, and fairly rules on the merits, without bias or prejudice?' It is our job to determine on which side of that fundamental divide the nominee stands.

[49] Texto original: "Never their prejudices. I was talking about the very important goal of the justice system is to ensure that the personal biases and prejudices of a judge do not influence the outcome of a case. What I was talking about was the obligation of judges to examine what they're feeling as they're adjudicating a case and to ensure that that's not influencing the outcome. Life experiences have to influence you. We're not robots to listen to evidence and don't have feelings. We have to recognize those feelings and put them aside […]. But there are situations in which some experiences are important in the process of judging because the law asks us to use those experiences".

Sotomayor parte da presunção de que todos nós, enquanto humanos, sentimos emoção e elas comprometeriam a imparcialidade e, justamente por isso, essas emoções deveriam ser identificadas e colocadas de lado, já que o resultado de um caso, nestes moldes, refutaria o próprio Direito (NOJIRI, 2019). Nesse sentido, naquela mesma audiência cujos trechos dos debates foram transcritos acima, Sotomayor acrescentou mais tarde que

> em nenhum momento, jamais permiti que minhas visões ou simpatias pessoais influenciassem o resultado de um caso. Em todos os casos em que identifiquei uma simpatia, articulei isso e expliquei ao litigante por que a lei requer um resultado diferente. Eu não permito que minhas simpatias, visões pessoais ou preconceitos influenciem o resultado de meus casos (CONFIRMATION..., 2010, p. 72) [50]

Ainda, acrescente-se que talvez o que Sotomayor também tenha querido dizer é que os juízes são moldados e, em alguma medida, influenciados por suas experiências passadas, experiências e observações decorrentes de sua formação familiar, sua escolaridade, de suas carreiras jurídicas anteriores, dentre outros fatores. O que está em debate é se podemos ou não esperar que juízes abandonem por completo todos os seus preconceitos e perspectivas sobre o mundo ao vestir a toga.

Na verdade, o então Presidente Barack Obama nunca havia exposto em detalhes o real papel que ele pretendia que a empatia pudesse desempenhar na tomada de decisões judiciais. Alguns estudiosos políticos pensam que ele sinalizou suas pretensões de maneira conflitante, mas analisando algumas de suas declarações, é possível extrair uma noção básica do sentido por ele atribuído à empatia.

Ao explicar os critérios que orientariam sua busca por um substituto para o Juiz David Souter (substituído, então, por Sonia Sotomayor), Obama declarou que:

> Eu irei procurar alguém que entenda que a justiça não é sobre alguma teoria jurídica abstrata ou nota de rodapé em um livro de casos; é também sobre como nossas leis afetam as realidades cotidianas da vida das pessoas - se elas podem ganhar a vida e cuidar de suas famílias; se eles se sentem seguros em suas casas e bem-vindos em sua própria nação. Eu vejo essa qualidade de empatia, de compreensão e identificação com as esperanças e lutas das pessoas, como um ingrediente essencial para chegar a decisões e resultados justos (COLBY, 2012, p. 1962) [51]

---

[50] Texto original: “at no point or time, have I ever permitted my personal views or sympathies to influence the outcome of a case. In every case where I have identified a sympathy, I have articulated it and explained to the litigant why the law requires a different result. I do not permit my sympathies, personal views, or prejudices, to influence the outcome of my cases.”

[51] Texto original: “I will seek someone who understands that justice isn’t about some abstract legal theory or footnote in a case book; it is also about how our laws affect the daily realities of people’s lives – whether they can make a living and care for their families; whether they feel safe in their homes and welcome in their own nation. I view that quality of empathy, of understanding and identifying with people’s hopes and struggles, as an essential ingredient for arriving a[t] just decisions and outcomes.”

É possível perceber que não há nada nessa declaração que leve a crer que o ex-Presidente estivesse procurando por um juiz que tivesse empatia apenas com grupos favorecidos pela esquerda política. Obama parecia referir-se não somente aos pobres ("se podem ganhar a vida e cuidar de suas famílias") e imigrantes e minorias (" se eles se sentem...bem vindos em sua própria nação"), mas também se referia a crimes e vítimas em potencial ("se sentem seguros em suas casas"), um grupo que tende a atrair mais empatia de conservadores do que de liberais (COLBY, 2012, p. 1962).

Segundo Thomas Colby, vários anos antes das declarações seja em campanha, seja já em seu mandato como Presidente, Obama havia dito que a "empatia chama todos nós à tarefa, o conservador e o liberal, o poderoso e o fraco, o oprimido e o opressor. Estamos todos chocados com a nossa complacência (condescendência). Somos todos forçados além da nossa visão limitada". Em uma entrevista à Oprah Winfrey, mencionou que "a empatia não se estende apenas a crianças fofinhas. Você também tem que ter empatia quando está conversando com alguém que não gosta de negros" (COLBY, 2012, p. 1963).

Um ponto que o próprio Obama fazia questão de repetir era o de que empatia não é o mesmo que simpatia, dizendo que a empatia não é a compaixão pelos oprimidos ou por qualquer outra pessoa. Assim como também não é a capacidade de sentir as emoções apenas dos oprimidos. É, antes, a capacidade de entender a perspectiva e sentir a emoção dos outros, de todos os outros. O ex-Presidente havia reiterado muitas vezes que entende que a "ideia básica de empatia" é exatamente a capacidade de "imaginar-se no lugar dos outros", de imaginar através de seus olhos (SADDLEBACK..., 2008).

Levando em consideração as declarações de Obama (e talvez o que ele pretendia dizer através dessas declarações), um juiz empático, certamente deverá exercer essa empatia com os pobres, os fracos e os pequenos, mas também com os ricos, poderosos e os "grandalhões". Pressupõe-se que um juiz empático entenderá a perspectiva tanto do homem inocente que foi detido equivocadamente pela polícia, quanto pelo policial que teve que fazer, em segundos, um julgamento quando vidas pareciam estar em risco. Da mesma forma, esse juiz empático compreenderá a perspectiva do segurado que foi prejudicado quando negada a cobertura de seu auxílio/seguro ou algo do tipo, assim como servidor/funcionário que estava preocupado em evitar fraudes e conter custos para o sistema previdenciário ou operadora de seguros (COLBY, 2012, p. 1964).

A empatia em julgar, nesse contexto, estaria centrada na capacidade de compreender verdadeiramente a dimensão humana do caso, ou seja, os efeitos da decisão do juiz sobre todas as pessoas que serão afetadas por ele. Na verdade, o argumento do Ex-

Presidente Obama não é de que os juízes devam ignorar a lei em favor da empatia, mas sim que a competência de fazer justiça exige não apenas a capacidade de lidar com teorias jurídicas complexas, mas também a capacidade de entender e identificar a esperança e luta das pessoas, de todas as pessoas (COLBY, 2012, p. 1964).

Assim, observamos que a empatia foi muito comentada no cenário mundial nos últimos anos, principalmente motivada por certas observações pelo ex-Presidente dos Estados Unidos da América, Barack Obama, primeiro como Senador e depois já como Presidente, em relação às qualidades que ele procuraria em candidato a uma vaga da Suprema Corte, colocando a empatia como umas dessas qualidades essenciais. Contudo, alguns congressistas críticos, argumentavam que o uso da empatia no julgamento judicial seria algo capaz de minar o ideal de imparcialidade e ainda significaria julgamento emocional e irracional e que levaria ao favoritismo de uma parte sobre a outra.

Mesmo apesar disso, Obama reconheceu que juízes que trabalhassem a empatia em suas convicções e julgamentos poderiam compreender melhor o leque de perspectivas e conflitos reais diante deles. Todavia, o apoio público de Obama à empatia foi de curta duração, talvez devido à resistência do Senado e à necessidade política de precisar da aprovação também do Senado para nomeações em uma Corte.

Então, o ex-Presidente se absteve de fazer da empatia uma exigência clara para que alguém fosse nomeado à uma vaga como juiz seja na Suprema Corte, seja em outras Cortes, e o Senado parece que não conseguiu alçar a empatia a um local positivo, no que se refere ao processo de tomada de decisões judiciais.

O que se pode extrair de todo esse diálogo por ocasião da indicação de Sotomayor a uma vaga da Suprema Corte Americana é que foi admitido, ao menos, a possibilidade de o juízes serem influenciados por questões extrajurídicas, nesse caso a empatia, o que refrescou e talvez tenha colocado em xeque a figura de um juiz imparcial, extremamente fiel ao discurso racional, capaz de aplicar leis com base em argumentos absolutamente racionais.

É inegável que poderia ser trazido aqui uma infinidade de trechos de diálogos, votos e sustentações que exemplificassem a possibilidade de que aspectos extrajurídicos possam vir a interferir no resultado de uma decisão judicial, mas além do que já foi mencionado, um bom e representativo exemplo pode ser encontrado no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), do HC 152.752 impetrado em favor do ex-Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva, em que se debatia a viabilidade da execução provisória da pena antes de ser transitada em julgado a sentença penal condenatória, conforme preconiza o art. 5º, LVII da Constituição

Federal de 1988. Neste julgamento, analisando o voto do ministro Luís Roberto Barroso, extrai-se a seguinte passagem:

> Eu acho que este julgamento é na verdade um teste importante para o sentimento republicano, para a democracia brasileira e para o amadurecimento institucional, que é a capacidade de assegurar que todas as pessoas sejam tratadas com respeito, consideração e igualdade. O nosso papel aqui, árduo, como possa ser, e muito acima de sentimentos pessoais, é o de assegurar a razão, de assegurar a razão pública, de assegurar a razão da Constituição por sobre as paixões políticas (NA ÍNTEGRA..., 2018, transcrição nossa).

O trecho acima demonstra de forma bem clara como os profissionais do direito ainda procuram se enquadrar no modelo de juiz desapaixonado que pretende a melhor resposta moral e jurídica para o caso avaliado, apenas mediante o uso da razão. E que há uma tentativa de convencimento de que as decisões tomadas estariam acima de seus sentimentos pessoais, que teriam sido colocados de lado em virtude de cautelas racionais. Ou seja, é como se o Ministro quisesse dizer que os aspectos objetivos limitariam sua margem de possibilidades decisórias (NOJIRI, 2019).

O desafio agora é, mesmo que não seja admitido explicitamente pelo discurso jurídico tradicional que fatos extrajurídicos podem influenciar os juízes no processo de tomada de decisão, saber em que medida a empatia de fato exerce influência nos julgadores e analisar este fato, considerando as regras de imparcialidade a que os magistrados estão obrigados e todas as facetas da empatia, que melhor trataremos adiante. E mais, colocar em debate se é viável um juiz empático, isto é, que permita ou que não tenha como evitar a influência da empatia em seus julgamentos.

3.2 A imparcialidade: obstáculo ou solução?

A respeito das diferentes representações da Justiça, ao longo da história da cultura, tem-se que a simbologia do Direito é algo muito sério: é o espelho do estado da Justiça, em certo tempo e lugar. Na mitologia greco-romana, duas imagens arquétipas, das deusas Themis e Diké (ou Astreia) personificam a ideia de justiça, permanecendo vivas na psique coletiva do Ocidente há mais de três mil anos. Nos livros de introdução histórica à Filosofia do Direito, essas duas deusas são tradicionalmente citadas (PRADO, 2013, p. 113).

Themis, mais conhecida, é uma deusa matriarcal (possivelmente reflexo de uma época em que as mulheres eram tidas como sábias da comunidade, enquanto os homens se dedicavam às artes da guerra). Era filha de Gaia, a Terra, com Urano, deus do firmamento.

Themis é considerada a deusa da justiça divina, personificando a lei e a organização do universo. Inspirava Zeus, com quem se casou, nas soluções justas, auxiliando-o com seus conselhos na distribuição de castigos e prêmios, suscitando, em seu aspecto negativo, as discórdias, promovendo perseguições e desencadeando guerras[52].

Era costume invocar a deusa da Justiça nos juramentos perante os magistrados. Themis era representada portando uma balança na mão direita e cornucópia na esquerda, que depois fora substituída por uma espada, e aparecida de olhos abertos.

No final do século XV, com a chegada do capitalismo mercantil foi trazida ao mundo a figura do Estado soberano, assumindo a forma de Estado Liberal alguns séculos a frente. Então, houve a separação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, acompanhado da tentativa de que as decisões judiciais experimentassem a menor influência possível do subjetivismo dos julgadores, o que era comum nas outras formas de Estado (ROSÁRIO, 2015).

Sob essa influência que artistas (pintores e escultores) alemães passaram a representar uma Themis com uma venda que lhe retirava a visão. A faixa cobrindo-lhe os olhos significava imparcialidade, pois ela não poderia ver as diferenças entre as partes em litígio, estaria impedida de ver quem estava sendo julgado. Portando, não importava a classe social, o nível de instrução, a influência, ou qualquer outra coisa. O réu, então, seria julgado por Themis estritamente conforme as leis. Suas decisões, justas e prudentes, jamais eram fundamentadas na personalidade, qualidades ou poder de quem estava sendo julgado, mas unicamente baseada na sabedoria das leis, por ser este o julgamento justo. Assim, o julgamento justo era o julgamento imparcial (JESUS, 2001 apud ROSÁRIO, 2015, p. 29).[53]

Até hoje, a imagem que da deusa grega com a venda nos olhos é mantida. Isso significa que a figura de um julgador imparcial, não lhe importando quem esteja julgando (tanto para bem quanto o mal), e sem deixar-se influenciar por fatores externos, remonta de um tempo distante.

Ainda sobre Themis e a sua instalada relação com a imparcialidade, cabe trazer uma interessante passagem extraída da obra de Bárbara Gomes Lupetti Baptista:

> um advogado idoso que eu entrevistei me contou que a imparcialidade judicial era representada por uma deusa, chamada Themis, sobre a qual ele, na época de sua faculdade, ouvira o seguinte verso: Contam de Themis, história controvertida. Ora, peituda e vendada. Ora, peitada e vendida (BAPTISTA, 2013, p. 244).

---

[52] Atribuía-se a Themis a ideia da guerra de Troia, para equilibrar a densidade demográfica do planeta.

[53] JESUS, Damásio de. **Os Olhos Abertos de Themis, a Deusa da Justiça**. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, 2001.

Talvez esse “trocadilho” possa dizer muito sobre a atual imagem que se tem sobre o judiciário brasileiro, questão que enfrentaremos mais adiante.

O fato é que, independentemente da época, em qualquer julgamento jurídico, para que eles sejam legítimos e justos, é fundamental que o magistrado, além do exímio conhecimento das Leis, possua imparcialidade, também podendo ser considerado com um critério imprescindível para a garantia social do Direito. Isto é, cabe ao Estado, por meio do sistema jurídico, garantir que qualquer cidadão que necessite de socorrer-se ao Poder Judiciário, obtenha uma prestação jurisdicional imparcial, isenta e conforme o ordenamento válido.

O arquétipo de um juiz imparcial, está estampado na legislação, doutrina, jurisprudência e, principalmente, no pensamento jurídico tradicional. De fato, a imparcialidade traz risco ao resultado útil do processo.

A partir do final da 2ª Guerra Mundial, a exigência da imparcialidade judicial tornou-se um postulado universal consubstanciado nos variados tratados internacionais difundidos nas democracias ocidentais. Atualmente, esta garantia encontra-se reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Declaração Americana dos Direitos do Homem, Convenção Americana de Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, além de estar presente nas disposições da Constituição Federal, Código Penal, normas de Direito Administrativo, dentre outros Diplomas (SOUZA, 2008, p. 28).

A imparcialidade passou a ser uma das noções garantistas mais difundidas na modernidade. Contudo, apesar dessa constante referência à imparcialidade do juiz presente nos tratados e convenções internacionais, como menciona Diego Zysman Quirós, citado por Artur César de Souza, “*la definición de imparcialidade no ha sido jamás caracterizada* (...)”, complementa este autor que isso talvez se deva ao fato de que a imparcialidade não seja uma expressão que possa ser conceituada, mas percebida pelas pessoas no mais profundo de sua consciência do justo e do injusto (SOUZA, 2008, p. 28).

De certa forma, imparcialidade significaria ser uma garantia que caracterize ausência de parcialidade. Isto é, imparcial é aquele ou aquilo que não é parcial. Chega-se à imparcialidade pela compreensão do termo parcialidade, que pode ser entendida em dois sentidos diferentes: como parte de uma disputa ou conflito, ou como sinônimo de “parte de um todo” (SOUZA, 2008, p. 29).

No primeiro sentido, a parcialidade se refere à ideia de interesses egoísticos, por vezes irracionais, implicando referências heterônomas. Assim, sob esse aspecto, imparcial, seria a conduta desinteressada, isenta, neutra e independente. A imparcialidade, então,

pressupõe uma conduta que se deixa conduzir somente por critérios lógico-racionais, bloqueando-se para interesses estranhos à circunstância factual envolvente. A imparcialidade, para Werner Goldschimidt, consistiria em "colocar entre parênteses todas as considerações subjetivas do juiz" (SOUZA, 2008, p. 29).

Já no segundo sentido abordado, "parcialidade", sob o aspecto objetivo, pode ser compreendida como parte de um todo. Nesse sentido, conduta efetivamente imparcial "será apenas aquela que, para além de obedecer a parâmetros racionais de comportamento, tenha em atenção a totalidade dos interesses afetados pela própria ação". Assim, a imparcialidade seria, simultaneamente, critério de salvaguarda de uma qualidade inerente à pessoa do juiz, como também objetividade e globalidade, em outras palavras, persecução objetiva do todo (SOUZA, 2008, p. 30).

No cenário da legislação brasileira, o atual Código de Processo Civil dedica os artigos 139 a 148 ao juiz, tratando dos seus poderes, deveres e responsabilidades. Cuida, ainda, da suspeição e do impedimento. Por mais óbvia que seja essa colocação, não é demais sugerir que o juiz não se confunde com o juízo, que é o órgão jurisdicional competente para julgar determinada causa, enquanto o juiz, é a pessoa a quem é atribuída a função jurisdicional.

Portanto, cabe ao juiz dirigir o processo e, ao exercer essa função, deve agir com impessoalidade e imparcialidade, estabelecendo a comunicação necessária com os demais sujeitos, autores e réus. Será o magistrado quem, depois de verificar questões preliminares, decidirá o pedido, ponderando as informações trazidas pelas partes, sendo certo que, ao decidir sobre o direito da parte que lhe aciona, deve agir de maneira substancialmente imparcial, aplicando a lei ao caso concreto com o intuito de solucionar o conflito de interesses então existente (GONÇALVES, 2016, p. 284).

Por certo, que a condução do processo não é realizada de acordo com critérios de conveniência e oportunidade do juiz, isto é, não há discricionariedade judicial, cumpre ao juiz fazer executar as regras da lei processual. A imparcialidade, por princípio, é garantida ao jurisdicionado e decorrência do princípio do juiz natural[54] , que impede que as partes possam escolher o juiz da causa. Além disso, o Código de Processo Civil traz hipóteses em que o juiz

[54] O princípio do juiz natural vem estabelecido no art. 5º, LIII e XXXVII da Constituição Federal de 1988. O primeiro inciso citado dispõe que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, e o segundo, que não haverá juízo ou tribunal de exceção. Este princípio expressa a preocupação do legislador que se manifesta em dois sentidos: o de conter eventual arbítrio do poder estatal e o de assegurar a imparcialidade do juiz, impedindo que as partes possam ter qualquer liberdade na escolha daquele que julgará o seu processo. O juiz natural é aquele cuja competência é apurada de acordo com regras previamente existentes no ordenamento jurídico, e que não pode ser modificada *a posteriori*.

da causa será impedido ou suspeito, especificamente nos artigos 144 e 145 daquele Diploma, situações que impactam diretamente na imparcialidade do juiz.

A lei distingue entre impedimento e suspeição porque reconhece a existência de dois níveis de potencial perda de imparcialidade. No impedimento, cujas hipóteses estão descritas no art. 144 do CPC, a participação do juiz é vedada, porque é mais intensa ou mais direta a sua ligação com o processo, havendo um risco maior de perda de parcialidade. Ao passo que, na suspeição, tratada no art. 145 daquele mesmo Diploma, conquanto evidente que o juiz se afaste, o risco é menor, razão pela qual, ainda que presentes as hipóteses, se nenhuma das partes reclamar e o juiz não pedir a sua substituição, o processo será por ele julgado, sem que, com isso, se verifiquem nulidades processuais.

Não há discussão das diferenças entre as causas de impedimento e de suspeição, uma vez que o impedimento do juiz é causa absoluta de parcialidade, bastando que ocorra uma das hipóteses previstas no art. 144 do CPC para que o magistrado seja afastado da condução do processo, não sendo necessária pesquisa sobre a efetiva influência gerada na imparcialidade do juiz no caso concreto. De outro lado, na exceção de suspeição, não basta a mera alegação de uma das causas delineadas no art. 145 do CPC, sendo imprescindível que se demonstre que a ocorrência dessa causa gerou efetivamente a parcialidade do juiz no caso concreto. Parcela da doutrina se reporta à suspeição sendo definida por elementos subjetivos, enquanto o impedimento é definido por elementos objetivos (NEVES, 2016, p. 245).

Nesse sentido, Noel Struchiner e Rodrigo Tavares mencionam que emoções negativas, como por exemplo, a raiva e o ódio, justificaria o afastamento do juiz por suspeição. Isto porque, o juiz afetado pelas emoções, não se tornaria confiável ou pouco confiável, estando propenso a descumprir seu dever de ser imparcial. O protótipo de virtude judicial, portanto, consistiria na impassibilidade frente às emoções e na precisa adesão aos argumentos racionalmente justificáveis. Ao que parece, é isso o que se espera do exercício da função jurisdicional, como citam no trecho abaixo:

> [...] o juiz prudente é aquele que cuida para que os seus comportamentos, atitudes e decisões sejam o resultado de um juízo justificado racionalmente, após haver meditado e avaliado argumentos e contra-argumentos disponíveis no âmbito do Direito aplicável (STRUCHINER; TAVARES, 2014, p. 111-112)

Mais à frente, citando Richard Posner, mencionam que, “a lei em si é convencionalmente considerada como um bastião da razão e concebida como a antítese da emoção, operando para controlar a emotividade do comportamento que dá origem às disputas legais” (STRUCHINER; TAVARES, 2014, p. 111-112).

Outro interessante exemplo de arquétipo da figura do juiz imparcial e impassível está presente no Código de Ética da Magistratura, aprovado pelo Conselho Nacional de Justiça. No Capítulo II, dedicado à independência dos magistrados, observa-se que no artigo 5º, há a imposição de o magistrado "pautar-se no desempenho de suas atividades sem receber indevidas influências externas e estranhas à justa convicção que deve formar para a solução dos casos que lhe sejam submetidos."

E, nesse mesmo sentido, já no Capítulo III, referente à imparcialidade, o artigo 8º daquele mesmo Código, traz que

> o magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equidistante das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2008)

Assim, considerando as (i) leis, normas e determinações a respeito do dever de imparcialidade a que o juiz está obrigado, fruto da argumentação racional, e também considerando o (ii) quanto defendido pela Juíza Sotomayor[55], em sua resposta ao Senador republicano Jeff Sessions sobre se os juízes devem permitir que seus preconceitos, visões e simpatias pessoais impactem suas decisões, algumas questões surgem: a) na prática, a imparcialidade existe?; b) afinal, como os juízes realmente decidem? e c) é desejável juízes empáticos?

De certo que essas questões são complexas e, justamente devido a essa complexidade, seria possível dedicar uma pesquisa/tese a cada uma delas, contudo, se acredita que é possível, neste trabalho, tentar respondê-las, ainda que de modo não exaurido, mas não insatisfatório. Assim, será possível responder esses questionamentos ao final da pesquisa, depois de passarmos por alguns pontos cruciais que nos ajudarão na construção das respostas dessas indagações.

3.3. Na prática, a imparcialidade existe?

Para trabalhar a questão da imparcialidade na prática, tema deste item, escolhemos como alicerce a obra intitulada "Paradoxos e Ambiguidades da Imparcialidade Judicial: entre 'quereres e poderes'", de Bárbara Gomes Lupetti Baptista.

---

[55] Apenas para refrescar os pontos defendidos no discurso de Sotomayor, já mencionado anteriormente: (i) seus preconceitos nunca irão impactar sua tomada de decisão; (ii) garantir que vieses e preconceitos pessoas de juízes não influenciem o resultado de um caso; (iii) as experiências de vida têm que influenciar os juízes; (iv) Juízes não são robôs para ouvir evidencias e não ter sentimentos; (v) uma vez sentidos, os sentimentos são reconhecidos e colocados de lado.

Isto porque, o trabalho de Baptista se trata de uma pesquisa etnográfica (e observação participante), realizada no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), para elaboração de sua tese de doutorado, que foi traduzida no livro mencionado acima. A imparcialidade possuiu papel de destaque em seu estudo, tanto que o que foi buscado por ela era compreender se o dever de imparcialidade dos juízes e seu ônus de equidistância obstaculizavam (ou não) o contato, como ela diz, "cada vez mais idealizado e menos praticado", entre os Tribunais e os jurisdicionados (BAPTISTA, 2013, p. 85).

Em linhas gerais, segundo explica a autora, a pesquisa foi realizada da seguinte forma: foi desenvolvida durante todo ano de 2011, a partir de três tipos diferentes de coleta de dados empíricos: (i) realização e gravação de entrevistas abertas com advogados, juízes, promotores de justiça, desembargadores, procuradores do município e do estado, servidores públicos, secretários e assessores de juízes, no total de 80 participantes; (ii) observação de audiências cíveis e julgamentos recursais em câmaras cíveis; (iii) análise de incidentes processuais de impedimento e suspeição de magistrados, coletados a parir de pesquisa jurisprudencial e posterior seleção e extração de fotocópias dos processos, por amostragem (BAPTISTA, 2013, p. 86).

Basicamente, a realização das entrevistas foi concentrada no TJRJ, seja por ocasião de ser o local onde a autora atua como advogada, logo de mais fácil acesso, seja por ocasião de oportunidades surgidas através de indicação de pessoas que intermediaram o contato com os magistrados ou através da aproximação com os próprios magistrados por participação em eventos acadêmicos. Ainda, as pesquisas também foram realizadas com magistrados cíveis com atuação na Justiça Federal, além de cinco juízes criminais (BAPTISTA, 2013, p. 87).

Como esta obra será o eixo deste item e em muitos momentos iremos citar as falas dos juízes por ela entrevistados, é importante fazer uma breve apresentação de seu livro: no primeiro capítulo, ela diz tentar "fazer antropologia", narrando as dificuldades e os benefícios dessa tentativa, a partir (ou apesar) de sua formação e experiência como advogada, destacando o quanto a interlocução entre o direito e a antropologia é difícil, mas importante e necessária para os rumos da pesquisa jurídica em nosso país. Nos capítulos 2 e 3, ela trata da imparcialidade da forma como está legislada e materializada, como as causas de impedimento e suspeição dos juízes e de suas respectivas estratégias e usos pelos operadores de direito, em especial os advogados. Ainda, aborda a importância das relações pessoais na rotina forense e as problemáticas que envolveriam a mera suspeição de um poder que se pretende alheio a desconfianças externas.

Já no capítulo 4, segundo a descrição da autora, trata da imparcialidade que, segundo seus interlocutores (os entrevistados), “não existe”. Explicita que a percepção da imparcialidade como utopia expressa que ela se trata, na verdade, de uma crença construída discursivamente pelo campo do direito e que funciona como uma “categoria abstrata, embora estruturante do poder judiciário”. No quinto capítulo, vai olhar para a imparcialidade com o espelho da igualdade, trazendo duas concepções de igualdade que sustentam o sistema jurídico e os paradoxos decorrentes da cisão entre uma forma de ver a igualdade a parir de critérios de semelhança, e a outra, como diferença. Por fim, no capítulo 6, procura demonstrar a ausência de consenso sobre o significado das leis e sobre a construção dos fatos, transferindo para o juiz o ônus e o poder de interpretar e decidir, no caso concreto, qual seria a melhor solução a ser adotada, segundo a sua própria moralidade.

Logo na introdução de seu livro, é reconhecido que a imparcialidade é considerada condição imprescindível do exercício da jurisdição, sendo representada como constitutiva do poder jurisdicional. Contudo, a autora adverte que a observação das práticas judiciárias revela que, empiricamente, a imparcialidade é algo inatingível, sendo alçada a nada mais do que um ideal a ser buscado, um caminho a ser percorrido (nas palavras de seus interlocutores) (BAPTISTA, 2013, p. 38).

Sua pesquisa, como a própria autora define, pretende explicitar que as decisões judiciais são orientadas por percepções subjetivas dos operadores do direito e suas interpretações pessoais sobre a lei, os fatos e provas produzidas no curso do processo judicial, o que ensejaria paradoxos e ambiguidades que caracterizariam nosso sistema jurídico. Os dados de campo com os quais trabalhou demonstraram que juízes conduzem e decidem os processos judiciais a partir de moralidades e subjetividades que servem mais para justificar a parcialidade que exercem do que propriamente para reforçar seu papel de julgador imparcial.

Assim, é possível enxergar a íntima relação da obra de Bárbara com esta pesquisa. Isto porque, grande parte dos temas lá colocados em debate ou sob avalição permeiam este estudo, como a imparcialidade, moralidade e, principalmente, a ideia com que ela trabalha da figura do juiz humano, que sente, que vê, que muitas vezes já passou por situações semelhantes as quais está julgando, ou seja, já esteve “do outro lado” e que se coloca no lugar de quem está julgado.

Segundo o que a autora traz em sua obra, por meio de sua pesquisa, os dados empíricos revelaram que “mais do que existir de fato, a imparcialidade se constitui como uma crença” (BAPTISTA, 2013, p. 261). Esta crença teria sido construída discursivamente pelo campo do direito, configurada como uma categoria estruturante do sistema, sem a qual o

Judiciário "fecharia as portas", como disse à autora mais de um magistrado que fora por ela entrevistado. A imparcialidade, então, sobreviveria enquanto crença, independente da realidade concreta, se legitimando como discurso, satisfazendo-se em se reproduzir mais enquanto discurso do que enquanto prática.

Se referindo a uma conversa informal tida com um operador do direito, a tônica daquele diálogo teria sido no sentido de que a imparcialidade representaria, ao mesmo tempo, o "ego" do Judiciário e o "superego" dos juízes, que seria um dever inerente à função, mas, concomitantemente, seria um "mito, uma quimera, uma fábula ou uma utopia que os magistrados devem se esforçar para manter viva" (BAPTISTA, 2013, p. 261).

Ainda sobre a imparcialidade para os próprios magistrados ser um "mito", uma juíza lhe disse que "a imparcialidade é um exercício de comportamento, uma coisa que você vai treinando com o tempo. É muito difícil. E é um mito..." (BAPTISTA, 2013, p. 261). A autora conta que os entrevistados expressavam claramente a ambiguidade de a imparcialidade existir e não existir ao mesmo tempo, como relatado na fala abaixo:

> Eu não acredito na imparcialidade, mas não posso dizer isso. Porque acreditar que ela existe conforta...dá segurança. É uma falsa segurança, mas é necessária. Todo mundo tem que acreditar que o processo vai ser julgado por alguém que é imparcial, que vai cumprir a lei. Senão, é o fim do judiciário. Se as pessoas pararem de acreditar que serão julgadas conforme a lei, o processo e por um juiz imparcial, isso tudo acaba (BAPTISTA, 2013, p. 263).

De outro lado, um outro entrevistado, parece lidar bem com a possibilidade de a imparcialidade ser, na verdade, um mito e que o juiz, como qualquer outro ser humano, pode errar, pode ser influenciado e que o processo de tomada de decisão pelo magistrado "é assim mesmo", em suas palavras:

> Só consigo ver a imparcialidade como dogma. Ou como crença. Como algo real, eu não consigo. Mas, eu não acho ruim saber que a imparcialidade só existe enquanto dogma, que o juiz é um ser humano e, portanto, vai errar, vai eventualmente prejulgar, vai se influenciar, nada disso acho ruim. Acho que é assim mesmo (BAPTISTA, 2013, p. 263).

Já um desembargador entrevistado, se manteve firme e assertivo no discurso sobre uma imparcialidade pura, como pilar de sustentação do sistema judiciário e da própria jurisdição no sentido de que o contrário jamais pode ser dito, sob pena de "pane" dos sistemas judiciários:

> A nossa decisão só será respeitada se formos imparciais e isso é o que segura o sistema. Você não pode esvaziar esse discurso. É isso que sustenta tudo. Se você for estudar o conceito de jurisdição, você vai ver que o que sustenta a existência do Judiciário é a imparcialidade, que está ligada à confiança das pessoas a se dirigirem até aqui e transferirem a nós o poder de decidir as suas vidas. Sem isso, o sistema não tem legitimidade nenhuma e não se sustenta (BAPTISTA, 2013, p. 263-264)

A autora diz que a crença na imparcialidade sustenta o sistema Judiciário e o mito do Estado, ou melhor, produziria a confiança imprescindível à existência do sistema jurisdicional e, assim, o estruturaria e o conformaria. Nesse sentido, é a fala de mais um magistrado entrevistado:

> Então, quando eu digo que não existe imparcialidade é porque não tem como, mas o discurso tem que existir sempre para dar segurança jurídica para sociedade. Para as pessoas se sentirem mais seguras. A sociedade tem que saber, tem que acreditar que vai encontrar um juiz imparcial, porque senão isso coloca em risco a tranquilidade social. Se você sabe que aquele juiz que vai te julgar não é imparcial, você não vai querer que ele julgue o processo. Você não vai deixar sua vida na mão daquele juiz e, então, você vai querer resolver a situação do seu jeito. E a pacificação? Questão de segurança jurídica. Vai ser a lei do mais forte. O juiz tem que ser isento para você e para a outra parte. Para os dois. Se não for assim, vou lá e resolvo dando um tiro na cara do sujeito. Eu mesmo faço a minha justiça. Se eu sentir que o juiz vai estar do lado da outra parte, para que que eu vou me submeter? Não vou (BAPTISTA, 2013, p. 266-267).

Foi colocado em debate que, além de ser imparcial, é preciso parecer imparcial. Na verdade, a imparcialidade, de acordo com os relatos dos entrevistados, talvez se bastaria em parecer que existe, mesmo sem existir. Baptista diz que a necessidade de se sustentar discursivamente a crença na imparcialidade judicial redunda no esforço de torna-la visível, aparente. Ou seja, mais do que sustentar e bancar o discurso da imparcialidade, é preciso torná-la aparente.

Vejamos o que diz Flávio Galdino (2011, p. 548) sobre a "aparência" de imparcialidade:

> (...) além da imparcialidade em si mesma, a aparência de imparcialidade é valorada e indicada também como um fator determinante de atribuição de legitimidade ao exercício do poder jurisdicional – ou seja, a confiança na imparcialidade é um fato importante de legitimação do poder jurisdicional (...) essa confiança no sistema judiciário depende da imparcialidade em si mesma e muito especialmente das partes e da sociedade em geral na imparcialidade dos juízes (...) a aparência de imparcialidade deve ser objeto de tutela, porque se constitui em importante fator de legitimação do exercício da função jurisdicional" (GALDINO, 2011, P. 548).

Sobre o "parecer" imparcial, apesar de chocante, Baptista traz a fala de um juiz que foi entrevistado durante sua pesquisa: "no fundo, na verdade, a coisa funciona meio como um teatro de máscaras... é meio uma personagem que você cria, porque você precisa passar confiança para aquelas pessoas" (BAPTISTA, 2013, p. 268). A autora ainda cita sobre um juiz aposentado que escreveu um ensaio que mais tarde virou um livro de título: "A parcialidade dos juízes", tamanha a sua descrença na imparcialidade judicial. Nesta obra, o juiz sustenta a impossibilidade da imparcialidade, mas, ao mesmo tempo, reconhece que o juiz deve (pelo menos) parecer imparcial, como nas próprias palavras do autor: "A imparcialidade não basta

por si mesma, mas precisa se mostrar também em sua aparência. Ela é praticamente tudo o que a justiça pode oferecer para ganhar a confiança e a credibilidade dos jurisdicionados" (ARAÚJO, 2002, p. 21 apud BAPTISTA, 2013, p. 268). [56]

Muito embora seja apenas uma frase, composta por poucas palavras, um entrevistado se refere à imparcialidade da seguinte forma: "mesmo assim, o importante é dizer que ela existe" (BAPTISTA, 2013, p. 273). Nesse mesmo sentido, é o pensamento de um juiz com quem conversou: "é como num conto de fadas. Nada é como parece e isso basta" (BAPTISTA, 2013, p. 273).

Para a autora da obra referência deste item, os dados obtidos com sua pesquisa (por certo não citadas todas as entrevistas aqui, mas somente algumas por amostragem), muito embora sejam impactantes, não deixaram dúvidas: a crença e a aparência da imparcialidade é o que sustenta o Judiciário.

Aqui, uma questão é de relevante reflexão: mesmo que se considere que a imparcialidade exista somente em teoria, bastando, aos olhos dos jurisdicionados, a sua aparência, então que realidade estaria sendo escondida?

Essa questão faz sentido ao verificar que vários depoimentos de juízes e ou desembargadores foram no sentido de a imparcialidade ser uma meta, um exercício, uma utopia ou algo que se trabalhe muito para alcançar, dentre outras formas parecidas de colocação. Mas, o que então estaria sendo "escondido" pelos magistrados? A frase a seguir, talvez não seja uma resposta, mas possa indicar um caminho: Baptista, vai dizer que para parecerem imparciais, por mais paradoxal que seja, os juízes, seres humanos, constituídos dos mais distintos sentimentos, precisam se controlar e exercitar aquilo que chama de uma contenção obrigatória de sentimento, como quando diz "[...] é preciso esconder sentimentos, gostos, reações, preconceitos, moralidades [...]" (BAPTISTA, 2013, p. 273).

"Nós somos seres humanos", segundo Bárbara G. L. Baptista, foi uma das frases mais ouvidas durante sua pesquisa de campo. Essa proposição, feita por juízes e desembargadores, conforme explica, lhe era dita sob uma forma de avocarem para si uma humanidade que parecia que alguém houvesse lhes retirado.

Nesse sentido, é o depoimento de um juiz estadual entrevistado: "toda decisão absorve o emocional de quem a profere. Somos humanos. Há causas que a carga emocional é enorme, só que essa carga não pode se conflitar com a lei e nem pode ser escancarada" (BAPTISTA, 2013, p. 281). Em outro momento, um advogado entrevistado opinou: "Não vejo

---

[56] ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **A parcialidade dos juízes**. Campinas: Edicamp, 2002, p. 21.

outra forma de os juízes atuarem nesse sistema, senão escolhendo o lado que vai ganhar segundo suas próprias subjetividades. Um sistema operado por humanos não pode ser imparcial ou neutro" (BAPTISTA, 2013, p. 441).

Segundo o apurado por Baptista, muitas seriam as questões que tangenciam as escolhas dos juízes e o seu modo de interpretar a lei e de decidir conforme o caso concreto. Os juízes teriam um espaço, uma margem para decidir dentro do que ainda seria possível de justificar com fundamentação legal e isso valeria para diversos caminhos, um deles é a questão do juiz como "ser humano". Apesar de um pouco extensas, vejamos as falas de duas juízas entrevistas que traduzem bem o "combate" entre as figuras do juiz imparcial vs. o juiz humano:

> O juiz pode, em alguns casos, acho que tender para um lado ou para o outro, visando a fazer Justiça, na medida em que existem muitas decisões divergentes. Então, se a parte tem, ou a gente sente que ela tem um direito, mas às vezes o advogado dela não está conduzindo bem o processo, nesse sentido, às vezes, a gente atua com certa parcialidade, no sentido de buscar uma decisão dentro da lei, dentro dos limites da lei, se existe uma fundamentação numa outra direção que possa realmente vir a beneficiá-la, porque aí, pessoalmente, a gente está vendo que a parte é que está com a razão, entendeu? E é uma questão de Justiça e, então, nesse sentido, a gente pode até tender realmente mais para um lado do que para o outro, no sentido de buscar uma decisão favorável. Se a parte não demonstrou o direito, mas a gente percebe que ela tem o direito, a gente dá a ela uma decisão favorável, usando a jurisprudência para isso (BAPTISTA, 2013, p. 281).

> Acabei de extinguir este processo sem análise de mérito. Por quê? Porque é um banco que ajuizou uma ação monitória para cobrar um empréstimo feito por uma pessoa que não pagou. O banco deixou a ação parada. Ou seja, não teve interesse me dar andamento ao processo. Por isso, pelo prazo do código, a cobrança prescreveu. Eu extingui o processo. O processo ficou parado e o código me permite isso. E por que eu fiz isso? Porque o banco tem uma equipe jurídica altamente qualificada, excelente, tem infra-estrutura, tem dinheiro para contratar pessoal...então, eu acho que se deixou o processo parado é porque não tem interesse. Agora, tem o juiz que não, que vai achar que o cara que pegou o empréstimo e não pagou é caloteiro, vai se aproveitar dessa situação e então, para evitar, em vez de extinguir, intima o banco para dar andamento. *Isso é ser parcial? Não é. Isso é questão de que o juiz não é uma máquina. Se fosse uma máquina, colocava a petição na máquina e saía um ticket com a decisão. O juiz é um ser humano* (BAPTISTA, 2013, p. 281-282, grifos no original).

O segundo relato transcrito representa a percepção da Juíza sobre aquela situação, contudo, não é dessa forma que constou nos autos daquele processo. Isto é, há um hiato entre o que foi decido internamente pela magistrada, o que foi pensado e o que efetivamente foi feito. Vejamos, segundo conta Bárbara G. L. Baptista, como a decisão foi, de fato, proferida nos autos do processo:

> A falta de regular movimentação do processo por anos consecutivos torna inquestionável o reconhecimento da prescrição intercorrente, o que pode ser declarado de ofício, consoante o disposto no art. 219 do CPC, alterado pela Lei 11.280, de 16 de fevereiro de 2006. Julgo extinto o processo, sem resolução do mérito, por falta de interesse de agir (BAPTISTA, 2013, p. 282).

Muito embora o resultado prático da “opinião” da magistrada e da decisão prolatada no processo tenha sido o mesmo, qual seja, pela extinção do processo, o caminho percorrido para este resultado foi claramente bem diferente.

Na sua fala, percebemos que sua moralidade está estampada em sua tomada de decisão, ao falar “(...) então eu acho que se deixou o processo parado é porque não tem interesse (...) isso é ser parcial? Não é. Isso é questão de que o juiz não é uma máquina (...)”. De outro lado, observa-se que a justificativa para a extinção do processo, conforme a decisão prolatada, foi construída a partir de elementos puramente jurídicos, racionais, inclusive com a citação de artigos de lei que dariam suporte à sua decisão. Não são vistos os mesmos argumentos utilizados em sua fala à entrevistadora, como sobre o banco constar com uma equipe jurídica altamente qualificada ou que se deixou o processo parado é porque teria perdido o interesse. Aqui, não se vê com tanta clareza que o juiz não é uma máquina, se cotejado relato pessoal vs. decisão proferida nos autos. Inclusive, a própria autora da obra aqui citada diversas vezes, concorda com o quanto dito acima, em suas palavras:

> (...) este lado humano (ou pessoal) que motivou a decisão e que a diferenciaria a juíza de uma máquina, como ela mesma disse, está escondido na decisão judicial. O lado humano não foi explicitado. Ela precisou obscurecê-lo para, ao racionalizar a decisão, torná-la tecnicamente aceitável. Ou seja, o valorativo foi, propositalmente, inviabilizado, embora tenha orientado a decisão (BAPTISTA, 2013, p. 282).

Destaca-se que, como ressaltado pela a própria juíza, caso a decisão tivesse sido proferida por outro magistrado , aquele *“*que vai achar que o cara que pegou o empréstimo e não pagou é caloteiro”, e que portanto, não teria o benefício da prescrição de ofício, ainda assim, sua decisão seria legítima e tecnicamente correta, ele prosseguiria com andamento do processo e depois sentenciaria. Se ambas as decisões estão certas do ponto de vista processual, então qual a diferença entre elas? O juiz. A moralidade do juiz. A sensibilidade do juiz. O que a autora chama de o “lado humano” do juiz.

Portanto, se o magistrado exerce sua “humanidade” no processo, ele está sendo imparcial? Para tentar responder essa questão, iremos nos valer do quanto apurado, em conclusão, pela pesquisa de Bárbara G. L. Baptista, que consistiu em entrevistar um número considerável de operadores do direito como advogados, juízes, promotores, desembargadores, além de serventuários da justiça, questões sobre a imparcialidade judicial. Isto é, naquela região, naquele contexto em que a pesquisa foi realizada, com aquelas pessoas, com a visão daquela pesquisadora, de acordo com os métodos de entrevista utilizados por ela, sua conclusão foi a de que, na prática, a crença e a aparência da imparcialidade é o que sustenta o Judiciário.

A imparcialidade, na verdade, seria uma meta a ser alcançada, ela não existiria completamente, seria uma crença, sobreviveria enquanto crença, independente da realidade concreta, se legitimando mais discurso do que enquanto prática, um discurso que não pode ser esvaziado, sob pena de morte da segurança jurídica e de esfacelamento do sistema judiciário.

A intenção aqui é trazer a imagem que, principalmente, os próprios magistrados possuem da imparcialidade, sendo certo que, não se pode afirmar que esta mesma conclusão pode ser replicada a todos os juízes, a outras regiões (já que os depoimentos foram de juízes do TJRJ), a outros juízes da mais variadas áreas do direito, mas, sem dúvida, mostra um sinal, um indício, de como a classe de magistrados pode vir a pensar ou a exercer o seu dever de imparcialidade.

3.3.1. "O teto pode ser construído antes das paredes" [57]

No item anterior, observamos a fala de uma juíza que disse "[...] se a parte tem, ou a gente sente que ela tem um direito, [...] a gente atua com certa parcialidade, no sentido de buscar uma decisão dentro da lei, dentro dos limites da lei, se existe uma fundamentação numa outra direção que possa realmente vir a beneficiá-la [...]" (BAPTISTA, 2013, p. 281) e uma outra juíza, ao justificar a razão de ter extinguido um processo sem resolução de mérito, afirmou que

> [...] então, eu acho que se deixou o processo parado é porque não tem interesse. Agora, tem o juiz que não, que vai achar que o cara que pegou o empréstimo e não pagou é caloteiro, vai se aproveitar dessa situação e então, para evitar, em vez de extinguir, intima o banco para dar andamento (BAPTISTA, 2013, p. 281-282).

Sem tocar na questão da (im)parcialidade que já fora discutida no tópico pretérito, esses discursos, em certa medida, revelam o que talvez queira expressar essa frase de Calamandrei: "em matéria judiciária, o teto pode ser construído antes das paredes" (CALAMANDREI, 1995, p. 177).

Desde 1935, quando Piero Calamandrei escreveu a primeira versão de sua famosa obra "Eles, os juízes, vistos por um advogado", ele já sustentava o que grande parte do pensamento jurídico tradicional parece negligenciar. Isto porque, ele afirmava que, na verdade, as premissas da decisão, não obstante seu nome, o que leva a crer que ocorrem em primeiro lugar, frequentemente eram elaboradas em segundo plano, proferindo a frase destacada no final do parágrafo anterior. Ainda, nesse mesmo sentido, afirmava que:

---

[57] "As premissas, não obstante seu nome, frequentemente são elaboradas depois – em matéria judiciária, o teto pode ser construído antes das paredes" (CALAMANDREI, 1995, p. 177)

> Embora se continue a repetir que a sentença pode se reduzir esquematicamente a um silogismo no qual, a partir de premissas dadas, o juiz tira conclusões apenas em virtude da lógica, às vezes acontece que o juiz, ao formar a sentença, inverta a ordem normal do silogismo; isto é, encontre antes a conclusão e, depois, as premissas que servem para justifica-la (CALAMANDREI, 1995, p. 176).

Os dizeres de Calamandrei, há quase 90 anos da primeira edição de sua clássica obra, não estão tão distantes daquilo dito por um desembargador do TJRJ em uma entrevista concedida à Bárbara G. L. Baptista: "todo mundo sabe que a primeira parte da sentença é o procedente ou improcedente, né? Isso vem antes de tudo. Depois a gente fundamenta. A ordem inversa é só no papel. Na cabeça é o contrário" (BAPTISTA, 2013, p. 506).

A despeito de alguns padrões normativos[58] determinados seja na Constituição Federal, seja no Código de Processo Civil[59] ou seja em outros códigos, a exemplo do Código de Ética da Magistratura, no campo empírico, a ordem lógica da construção da decisão judicial não necessariamente segue o que parece sugerir[60] a legislação.

Um bom exemplo que abrange essa questão seria a famosa declaração do Ministro Marco Aurélio de Mello:

> O juiz não deve partir da lei para os dados do caso concreto. Há de ter presente o caso concreto e idealizar a solução que entenda mais justa, fazendo-o de acordo com a própria formação humanística. Somente após deve recorrer à dogmática, isso para consagrar a solução idealizada. Tudo ocorre a partir da sensibilidade do julgador (PERFIL..., 1996, p. 9).

No mesmo sentido da declaração do Ministro, é o relato de uma juíza entrevistada por Bárbara G. L. Baptista, no sentido de que, em primeiro lugar é decidido o que o juiz entende

---

[58] Cabe esclarecer que nosso recorte não abrange uma análise rigorosa sobre o que todo o arcabouço da legislação processual prevê em termos de fundamentação das decisões judiciais.

[59] O artigo 490 do Código de Processo Civil de 2015, indica os elementos essenciais da sentença. Vejamos: Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. Ou seja, pode-se dizer que, compartilhando da ideia de Bárbara Gomes Lupetti Baptista, segundo o CPC, o último item da decisão seria o dispositivo, que é a conclusão, isto é, onde se declara de o pedido foi julgado procedente ou improcedente. Esse dispositivo, talvez possa ser entendido, em certa medida, um caminho a ser percorrido para a construção do caminho a ser percorrido para a construção da decisão judicial.

[60] Utiliza-se o termo sugere, pois não fora localizada alguma lei que indique, expressamente, uma ordem a ser seguida pelo magistrado ao julgar uma ação. Alguma determinação legislativa que imponha que, por exemplo, em primeiro lugar, o magistrado analisará os fatos, em segundo lugar, as provas, em terceiro lugar, a legislação sobre o assunto e por último, só então, decidirá. Muito embora, seja um pouco intuitivo pensar que há uma ordem natural do processo a ser seguida, pois o processo de conhecimento, no direito processual civil, é regido por alguns passos: em linhas gerais, o autor apresenta a petição inicial, o réu a contestação, é realizada uma audiência de instrução e durante essas etapas, o juiz vai formando seu conhecimento, para então, julgar. Contudo, não há uma determinação a ser seguida sobre como o juiz vai organizar todos essas informações e fatos na sua mente para então julgar.

por ser justo no caso concreto, depois procura-se a argumentação para sustentar a sua decisão. Vejamos:

> Eu já ouvi o Ministro Evandro Lins e Silva e também já ouvi o Ministro Marco Aurélio dizerem isso, assim, de que primeiro você decide o que acha justo e depois você vai arrumar o argumento que você vai usar para sustentar aquela coisa. Não é que é sempre assim, né? É muito difícil expor para você sobre qual é o mecanismo para você chegar em uma decisão. Essa questão que você me perguntou é muito difícil. Eu faço isso todo dia, mas te dizer como funciona, é difícil, mas assim... apesar da lei te dar alguns parâmetros, ela também te dá sempre um espaço muito grande de subjetividade para você decidir, né? E aí, é que eu acho que entra a coisa da argumentação, que é muito legal, que é essa coisa de você tentar convencer, que é a beleza do direito (BAPTISTA, 2013, p. 508).

Nesse mesmo sentido, Bárbara G. L. Baptista citando Khalil, descreve o discurso de uma juíza: "Primeiro vem o bom-senso. A gente vai buscar na lei onde esse bom-senso encontra fundamento" (KHALIL, 2011, p. 134 apud BAPTISTA, 2013, p. 509)[61]. Um juiz entrevistado pela autora acima citada é uma narrativa bastante didática sobre como é construída a trajetória da tomada de decisão:

> Meu norte é assim: enxergar, um pouco na intuição, a decisão que me parece mais justa. Depois de enxergar essa posição, ir buscar pra trás o fundamento jurídico pra essa solução. Achou o fundamento? Ótimo. Não achou! Hum. Então, bom, se eu trabalho com o direito, tenho que achar outra decisão, porque um fundamento jurídico eu tenho que ter. Busco outra solução com uma dor no peito... mas é assim. Agora, o caminho não é retilíneo. Não é isso: pegar o fato, pegar o direito, e achar a solução. Não. Nada disso. Primeiro eu vou achar a solução. Depois eu vou buscar o fundamento. Aí sim a decisão vai estar com algo do coração e não só com uma análise fria da lei [...] (BAPTISTA, 2013, p. 509).

Mais à frente, este mesmo magistrado explica como consegue sustentar juridicamente sua decisão que foi então decidida sobre o que lhe parecia ser a decisão mais justa e, em primeiro lugar, baseada um pouco na intuição. Esse magistrado esclarece que esse espaço para decidir dessa forma se deve ao fato de que atualmente, segundo ele, o direito estaria mais principiológico:

> (...) Hoje a lei deixou de ser fonte primordial do direito. Hoje ela tá acompanhada por outra fonte, tão poderosa quanto ela, que é o princípio. O princípio não é submisso à lei. Ele é ombreado com a lei. A lei é regra. Antes a gente chamava lei de norma. E hoje os dois são norma: lei e princípio. Princípio é princípio. E, no final, tudo é norma. Lei e princípio constituem norma. E isso é ótimo. Com a principiologia, agora a gente pode manejar melhor esses fundamentos aqui, que eu digo que servem à decisão que eu tomei mais intuitivamente. Então, você pode fundamentar melhor, mais... desde que não seja um exagero, para não anular, você pode até achar alguns fundamentos mesmo fora da lei. Não digo contra a lei. Mas na lacuna dela ou mesmo interpretando de maneira consentânea com o princípio (BAPTISTA, 2013, p. 509-510).

---

[61] KHALIL, Antoin Abou. A personalidade do juiz e a condução do processo. São Paulo: Antoin Abou Khalil, 2011.

Assim, há que se concordar mais uma vez com o que defendido por Calamandrei: não é que o dispositivo da sentença, ou seja, propriamente a decisão do juiz, surja às cegas e que a fundamentação esposada tenha o único objetivo de mostrar como resultado de um raciocínio rigoroso o que, na verdade, é fruto do arbítrio. O que se quer dizer, portanto, é apenas que "no julgar, a intuição e o sentimento muitas vezes têm um papel bem maior do que parece a quem vê as coisas de fora. Não é por nada, diria alguém que sentença deriva de sentir" (CALAMANDREI, 1995, p. 177).

Não é absurdo dizer que o que já dizia Calamandrei, é de fato o que parece ocorrer nos gabinetes dos magistrados em seus processos de tomada de decisão. Contudo, uma outra relação ainda pode ser feita: a analogia contida na proposição "o teto pode ser construído antes das paredes" pode ser, de alguma forma, relacionada àquilo, ou à parte daquilo que os realistas jurídicos buscavam esclarecer, como será melhor tratado a seguir.

3.4. Afinal, como os juízes realmente decidem?

Essa é uma das principais respostas que o movimento do realismo jurídico buscava.

O Direito é o que "os juízes comem no café da manhã" (HORTA, 2016, p. 174) ou "o que o juiz comeu no café da manhã determina qual será a sua decisão" (CESTARI; NOJIRI, 2015, p. 146), talvez tenha sido uma das frases mais associadas à síntese do pensamento realista norte-americano.[62]

Muito embora essa afirmação seja constantemente vinculada ao realismo jurídico, Sergio Nojiri e Roberto Cestari, esclarecem que "nenhum autor notadamente realista jamais a proferiu ou a escreveu (...). Não apenas isso, mas uma simplificação como essa é indelicada e incorreta. [...]" (CESTARI; NOJIRI, 2015, p. 143).

De fato, esta afirmação pode ser demasiadamente reducionista, todavia, não é inventiva. Isto porque, em 2011, alguns pesquisadores das universidades de Columbia (em Nova York) e Ben-Gurion (em Israel), resolveram testar de modo empírico a falada tese realista de que o Direito seria o que os juízes comiam no café da manhã. O experimento, na verdade,

---

[62] Apesar de se ser assim conhecida, Sergio Nojiri e Roberto Cestari esclarecem que "(...) por mais automática que seja a associação desta afirmação ao movimento realista, nenhum autor notadamente realista jamais a proferiu ou a escreveu (...) uma simplificação como essa é indelicada e incorreta." (CESTARI; NOJIRI, 2015, p. 143). Deixaremos claro que o estudo do realismo jurídico norte-americano não é o objeto principal deste trabalho, pelo que o motivo de o movimento ser aqui mencionado é apenas e tão somente para demonstrar que um grupo de estudiosos dedicaram grande esforço para tentar compreender como, na realidade, os juízes tomam as decisões judiciais. Ou seja, o processo de tomada de decisão é algo complexo que, até hoje, não há um consenso.

consistia em separar, dentre mais de mil julgados de um conselho de livramento condicional para apenados, a variável mais importante para a concessão ou não do benefício acima citado. De modo surpreendente, não eram a gravidade do ato praticado pelo apenado, as condições ou antecedentes do réu, gênero ou origem étnica (se árabes ou se israelenses), a variável estatisticamente mais significativa, mas sim o período do dia em que aquele conselho analisava o pedido de liberdade condicional (HORTA, 2016, p. 174-175).

Isto porque, as chances de deferimento do pedido se tonariam maiores quanto mais próximo do início da sessão de julgamento, ao passo que essa tendência diminuía fortemente à medida que as horas se passavam. Contudo, a tendência de deferimento do pedido, ou seja, de decisões benéficas, voltava a ocorrer quando feita a pausa para lanche ou almoço. Este fato, para os pesquisadores, conseguiu comprovar de forma absoluta que o processo de tomada de decisão judicial é influenciado por fatores extrajurídicos (HORTA, 2016, p. 175).

Em linhas gerais, o realismo jurídico é um movimento[63] prioritariamente intelectual que ganhou dimensão nos Estados Unidos, nas décadas de 1920 e 1930, muito se devendo aos acontecimentos políticos e sociais que permearam o ambiente acadêmico nessa época, principalmente nas Faculdades de Direito de Yale e de Columbia. As figuras mais representativas deste movimento foram: Karl Llewellyn, Jerome Frank, Walter Wheeler Cook, Felix Cohen, Herman Oliphant, Max Radin e Joseph Hutcheson.

Convencionalmente, a história do realismo é narrada da seguinte forma: entre as décadas de 1870 até 1920, período de auge do formalismo jurídico, advogados e juízes reputavam o direito de maneira autônoma, ordenada, lógica e determinada. Acreditava-se que os magistrados se dedicavam a um raciocínio mecânico das leis e precedentes judiciais, com o intuito de obter uma única resposta correta para o caso que lhes fosse apresentado. Contudo, como mencionado, nas décadas de 1920 e 1930, baseados nos pensamentos de Roscoe Pound, Oliver Wendell Holmes Jr. e Benjamin Cardodozo, os realistas objetivavam demonstrar o obsoletismo do formalismo jurídico, comprovando que a lei possuía lacunas e contradições. Ainda, demonstraram que o direito é algo indeterminado (no sentido deque o direito não teria respostas corretas para todas as questões postas), havendo exceções para grande parte das regras, princípios e precedentes legais, podendo, todos eles, levar a resultados opostos (NOJIRI, 2017, p. 5).

---

[63] Muito embora haja uma controvérsia sobre se o realismo jurídico é um movimento, corrente, escola, método ou teoria jurídica, neste trabalho, não entraremos neste debate, pelo que optou-se atribuir ao realismo a “categoria” de movimento, no mesmo sentido que muitos autores utilizam.

Era problematizado como os juízes decidiam os casos e o que as cortes de justiça verdadeiramente faziam. Para os realistas, os magistrados decidiriam de acordo com o que os fatos provocavam em seus ideários, e não absolutamente em função de regras gerais que levariam a resultados específicos. Assim, os juízes responderiam muito mais aos fatos do que às leis. A decisão final tomada não seria exclusivamente em virtude da aplicação de normas, mas de fatores extrajurídicos, principalmente fatores psicológicos e sociais, que iriam da ideologia de magistrado até seu papel institucional, com parada obrigatória em sua personalidade (GODOY, 2013).

Isto porque, era compreendido uma noção comezinha de que o juiz, como figura representante do Estado, que possui como um de seus principais papeis o de dirimir conflitos, era uma pessoa, um ser humano. Apesar da aparente obviedade, isto significa que "a pessoa juiz", tem uma história pessoal que envolve sua formação social, psíquica, educacional e até mesmo uma capacidade maior ou menor para apreensão dos fatos, uma capacidade expandida ou reduzida para percepção de conduta correta (ainda que somente sob o aspecto moral).

Os julgadores representam toda a diversidade presente nas pessoas em geral, ou seja, podem ser simpáticos ou mal-humorados, podem ter habilidades variadas de inteligência, dentre outras características encontradas em todos os humanos. O fato é que carregam todo esse universo pessoal para a sua decisão (LOPES, 2004).

De acordo com Nicole E. Negowetti, por mais que possamos entender, em um nível intelectual, que os juízes são meros humanos, temos uma tendência a acreditar que, de alguma forma, o processo de se tornar um juiz efetua uma transformação substancial e que os juízes se tornariam diferentes do resto das pessoas. Pelo menos implicitamente, atribui-se propriedades quase que mágicas aos atos de fazer um juramento e vestir uma toga, como se, de algum modo, eliminassem a suscetibilidade de alguém a todas as fraquezas, preconceitos e ciúmes mesquinhos que estão presentes na rotina da vida de qualquer humano. É o que Jerome Frank chamou de "o mito sobre a não-humanidade dos juízes" (NEGOWETTI, 2012).

Os realistas argumentavam que os juízes, na verdade, e em linhas gerais, decidiam de acordo com suas preferências pessoais e só então, construíam uma argumentação jurídica para justificar o resultado desejado por eles. Pode-se dizer que o realismo foi visto como uma reação e um questionamento ao formalismo jurídico.

Conforme o Sergio Nojiri ensina, Karl Llewellyn e outros realistas, diferenciava as "regras de papel" das "regras reais", sendo que a dificuldade de superação da visão tradicionalista do direito, como algo determinado, consistia em que "as regras de papel", isto é, a linguagem das leis, não se aproximavam das regras reais, as quais de fato motivavam as

decisões judiciais. Ou seja, os juízes seguem regras, mas essas regras seguidas não se identificavam com aquelas encontradas em fontes legais. Assim, segundo este raciocínio, o conteúdo legal, como leis e jurisprudências, não ocuparia lugar de destaque na tomada de decisão judicial. A tese de que o direito, principalmente na solução de casos difíceis, seria indeterminado, foi bastante propagada pelos realistas, visão compartilhada inclusive por H.L.A. Hart, um positivista jurídico (NOJIRI, 2017, p. 5-6).

Como já dito, os realistas acreditavam que fatores psicológicos e pessoais influenciavam fortemente o processo de tomada de decisão judicial e, ainda compartilhando das palavras de Sergio Nojiri, o ponto mais importante a se ter em mente é que:

> O correto entendimento de como se decide uma ação judicial, na opinião dos realistas, deve atentar para o fato de que as decisões são frequentemente baseadas (conscientemente ou inconscientemente) em vieses pessoais ou políticos, construídos a partir de intuições (*hunches*). [...] os juízes determinam o resultado de um processo judicial antes de decidir de a conclusão é, de fato, fundada em regras ou princípios legais estabelecidos [...] (NOJIRI, 2017, p. 10-11).

Ou seja, a tese sustentada pelos realistas era a de que havia uma inversão na ordem do raciocínio jurídico tradicional que propunha que os juízes, em primeiro lugar, buscariam a regra ou princípio de direito e depois aplicariam essas regras ou princípios aos fatos e só então, chegariam a uma decisão. Considerando a inversão pensamento tradicional, os realistas, então, lançariam mão do direito somente após a formação de sua convicção, não decidindo somente através do direito. Ainda segundo relata Sergio Nojiri:

> Joseph Hutcheson, que foi magistrado, afirmou que os juízes decidem por sentimentos e instintos, não pelo raciocínio. A racionalização, para ele, só surge na fundamentação escrita da decisão. O impulso que motiva a decisão do juiz, segundo Hutcheson, é seu senso intuitivo do que é certo e errado em um caso particular. Uma vez realizada, o juiz irá empregar todos os meios disponíveis para justificar a decisão judicial, a fim de evitar crítica de seus pares (NOJIRI, 2017, p. 11).

Nesse sentido, nossa intenção, neste tópico, foi tentar demonstrar, ainda que brevemente, que há causas extrajurídicas que influenciam a decisão judicial e que, para os realistas, os magistrados não necessariamente constroem seu convencimento de modo ordenado, podendo muitas vezes, inverter ordem sustentada pelo pensamento jurídico tradicional, muitas vezes decidindo de acordo com suas preferências pessoais e só então, buscariam fundamentos jurídicos para sustentar a decisão já tomada, influenciada por fatores não jurídicos que podem ser as mais variadas emoções, intuições, algo que não seja racionalizado, como estudado pelos realistas. Ademais, sem prejuízo do quanto defendido pelos realistas, o fato é que, como será melhor tratado adiante, a ciência cognitiva tem

conseguido explicar que a tomada de decisão judicial está sujeita a um conjunto complexo de influências, seja consciente ou inconscientemente.

Assim, propusemos que a empatia pode ser um desses fatores extrajurídicos capazes de influenciar o julgador e, por consequência, sua decisão. Considerando esta hipótese, o próximo passo será partir para análise da última questão proposta no item 3.2, qual seja, se é desejável juízes empáticos, reservando, para tanto, o capítulo a seguir.

4. SOBRE SER DESEJÁVEL JUÍZES EMPÁTICOS: ARGUMENTOS PARA OS DOIS LADOS

No capítulo anterior, foram trazidos argumentos de que a empatia não seria necessária para o julgamento e a motivação moral, todavia, foi deixado claro que, apesar de não ser indispensável, não quer dizer que a empatia não desempenhe nenhuma outra função positiva no campo da moralidade. Assim, a partir de agora, considerando o que já foi argumentado até aqui, a análise se voltará em analisar o papel da empatia nas decisões judiciais, principalmente à luz do dever da imparcialidade a que os juízes estão obrigados.

Para tanto, tentaremos trazer argumentos tanto daqueles que defendem que a aplicação da empatia pelos juízes no processo de tomada de decisão judicial é capaz de fornecer a melhor decisão e, ainda assim, ser uma decisão imparcial, como também serão trazidos fundamentos capazes de sustentar a alegação de alguns autores de que a tomada de decisão judicial baseada na empatia, não seria o melhor caminho, pelos motivos a serem abordados a seguir.

4.1 A empatia não é o melhor caminho para tomada de decisões judiciais imparciais

Neste tópico, apresentaremos alguns argumentos daqueles que não acreditam que a empatia seja o melhor caminho para a tomada de decisões jurídicas, o principal autor que utilizaremos como referência será Jesse Prinz que traz relevantes argumentações sobre sua posição em relação à empatia principalmente em dois textos, quais sejam: “Against Empathy” e “Is Emapthy Necessary for Morality?”. Além de Prinz, iremos trazer pertinentes colocações de Noel Struchiner lançadas em seu artigo “No Empathy Towards Empathy: Making the Case for Autistic Decision-Making”.

Parece bom dizer que alguém é empático ou que exerce ativamente empatia, principalmente pelo fato de este termo estar “na moda” por inúmeros motivos, sendo o principal deles, no cenário político, a indicação da Juíza Sonia Sotomayor pelo ex-Presidente dos Estados Unidos, Barack Obama. Contudo, o que se propõe trazer neste subtópico é avaliar quais seriam as limitações e deficiências da empatia, se aplicada ao processo de tomada de decisão judicial.

Considerando tudo o que já foi falado sobre empatia e moralidade, vimos que, em linhas gerais, o julgamento jurídico ou judicial se assemelha com o julgamento moral que cada um nós fazemos todos os dias, como por exemplo, julgar se determinada ação realizada por alguém é boa ou má ou se tal ato é certo ou errado. Se pensarmos na essência do julgamento judicial, é isso que é feito pelo juiz, avaliar, no que lhe é trazido, se algo é certo ou errado, se

alguém tem ou não direito sobre o que está dizendo, contudo o fundamento do julgamento judicial é, em certa medida, diferente do fundamento do julgamento moral. Neste, a base para a tomada de decisão é a regra e a conduta moral. Naquele o fundamento deve (ou deveria) ser exclusivamente legal, isto é, utilizando as leis que regem determinados assuntos, como as leis sobre tributos, as leis sobre contratos, as leis sobre adoção, sobre roubo, furto, dentre outros exemplos, para sustentar a decisão tomada. Entretanto, ainda considerando o fato de que os juízes são seres humanos vulneráveis a realização de julgamentos morais sobre qualquer tipo de assunto como qualquer outra pessoa, os julgamentos judiciais não conteriam, em alguma medida, alguma carga de julgamento moral? Não é absurdo pensar que sim.

Como argumentado por Noel Struchiner, a teoria jurídica normativa é, de certo modo, uma faceta da teoria moral, e sua viabilidade prática depende de não desviar nossa atenção aos fatores psicológicos relevantes. Segundo aquele autor, tanto a teoria moral quanto uma teoria legal, devem estar sensíveis à ocorrência do fenômeno da empatia. Ele ainda diz que o impacto preciso que o fenômeno da empatia deveria ter sobre a teoria moral e também sobre a teoria de adjudicação normativa, depende de propriedades específicas da empatia e é exatamente sobre essas propriedades, contudo, direcionadas ao processo de tomada de decisão judicial, que Struchiner vai argumentar, sobretudo a intenção de defender que o julgamento baseado em empatia pode não ser uma "boa jogada", como coloca (STRUCHINER, 2011, p. 17).

Um de seus argumentos para não defender a empatia nos processos de tomada de decisão judicial é que, segundo ele, a empatia estaria sujeita a fácil manipulação. Struchiner diz que Prinz corrobora deste entendimento e inclusive cita o trabalho de Olga Tsoudis[64] sobre manipulação de empatia em julgamentos (Tribunal de Júri) simulados, mencionando que estudos demonstraram que em um contexto de julgamento em Tribunal do Júri, os jurados tendem a dar um veredito mais duro quando as vítimas se mostram visivelmente mais emotivas e vereditos menos duros quando o acusado demonstra arrependimento. Ou seja, a sentença do júri seria suscetível às emoções expressas das vítimas e dos réus (ou acusados). Assim, se a vítima fosse talentosa em expressar emoções de tristeza, revolta ou algo nesse sentido, o réu recebia uma condenação maior. Ao passo que, se o réu fosse talentoso em demonstrar culpa ou arrependimento, sua pena era mais branda (STRUCHINER, 2011, p. 17).

De acordo com Struchiner, a expressão de tristeza do réu aumentou os relatos de empatia dos jurados e a consequente diminuição da punição anteriormente sugerida. A questão

---

[64] TSOUDIS, Olga. The influence of empathy in mock jury criminal cases: Adding to the affect control model. **Western Criminology Review** 4: 55–67. November, 2002.

aqui é que nem todas as pessoas expressam suas emoções da mesma forma, uns tem mais facilidade, outros não, além de que, expressões faciais, o que é mais comum se ver em ocasiões de júri, podem ser apenas sinais superficiais ou até mesmo uma simulação, que pode não representar as verdadeiras emoções sentidas (STRUCHINER, 2011, p. 17).

Segundo Prinz, é provável que tais demonstrações de emoções afetem o grau e direção de empatia das pessoas, naquele caso, o dos jurados, alterando, assim, o veredito dado por eles. Isto é, a concentração na expressão de emoções pode causar um desvio dos fatos e o dano que foi efetivamente causado. Na verdade, no cenário do Júri, importaria muito mais se acusado fosse realmente o responsável pelo que lhe estava sendo imputado e se a vítima foi de fato prejudicada (PRINZ, 2011a, p. 227).

Struchiner ainda propõe que a empatia pode promover o que ele chama de "descontos morais", melhor explicando: se a ação de alguém produz um efeito colateral ruim, há uma certa chance de não a considerar imoral ou errada, se houver empatia com a pessoa cuja ação gerou o tal resultado ruim. Se for levado em conta o efeito Knobe[65], significa que não será atribuída intencionalidade ao agente e, sem intencionalidade, não haverá culpabilidade. O que é irônico é que os contextos se alteram, dependendo da empatia de quem observa, o que, segundo aquele autor, comprova a fácil manipulação da empatia (STRUCHINER, 2011, p.17).

---

[65] Segundo Chrismann, o filósofo Joshua Knobe, um dos expoentes do novo movimento conhecido como "filosofia experimental", constatou assimetrias interessantes na forma como atribuímos intencionalidade para certos atos. Em um famoso experimento, Knobe mostrou que a nossa atribuição de intencionalidade para ações que produzem certos efeitos colaterais, depende de nossa avaliação moral prévia dos resultados da ação. São nossas considerações morais sobre os efeitos colaterais que determinam nossa atribuição de intencionalidade. Os cenários do experimento foram os seguintes: *Cenário 1*. O vice-presidente de uma empresa foi falar com o presidente do conselho e disse: "Estamos pensando em começar um novo programa. Ele nos ajudará a aumentar os lucros, mas vai também prejudicar o meio ambiente". O presidente respondeu: "Eu não me importo nem um pouco com os prejuízos ao meio ambiente. Apenas quero lucrar o máximo que for possível. Vamos iniciar o novo programa". Eles começaram o novo programa. Evidentemente, o meio ambiente foi prejudicado. *Cenário 2*. O vice-presidente de uma empresa foi falar com o presidente do conselho e disse: "Estamos pensando em começar um novo programa. Ele nos ajudará a aumentar os lucros, mas vai também beneficiar o meio ambiente". O presidente respondeu: "Eu não me importo nem um pouco com os benefícios ao meio ambiente. Apenas quero lucrar o máximo que for possível. Vamos iniciar o novo programa". Eles começaram o novo programa. Evidentemente, o meio ambiente foi beneficiado. Assim, após apresentada a primeira vinheta para um grupo de pessoas, Knobe questionou a essas pessoas o quão culpado era o presidente (em uma escala de 0 a 6) por ter causado o dano ao meio ambiente, e se o presidente teria causado o dano intencionalmente (a pessoa deveria indicar sim ou não como resposta). Nesse caso, 82% dos participantes responderam que o presidente havia prejudicado o meio ambiente de forma intencional. Ao passo que, de outro lado, somente 23% das pessoas que receberam a segunda vinheta responderam que o presidente teria beneficiado o meio ambiente intencionalmente. O interesse e até curioso, após avaliados os diferentes cenários, foi que o presidente da empresa disse a mesma coisa em ambas as vinhetas, isto é, que não se importava nem um pouco com o meio ambiente, mas apenas com os lucros da empresa. A conclusão é a de que no caso em que o efeito colateral é considerado moralmente ruim, as pessoas costumam atribuir intencionalidade, enquanto nos casos em que o efeito colateral é considerado moralmente adequado, as pessoas não costumam atribuir intencionalidade. Assim, a assimetria acima ficou conhecida como "efeito do efeito colateral"(side-effect effect) ou "efeito Knobe" (Knobe effect) por aqueles que começaram a estudar sobre o assunto após a descoberta de Joshua Knobe. (CHRISMANN, 2013).

Assim, tanto Struchiner quanto Prinz, acreditam que a exibição das emoções torna manipulável a empatia de quem as observa, o que faz com que a empatia não seja um guia confiável, sobretudo em cenários jurídicos, a exemplo do comentado experimento do Tribunal do Júri. Consequentemente, a empatia poderia minar o ideal de imparcialidade que uma decisão judicial precisa ter, justamente por ser de tão facilmente manipulada.

Para aqueles que condenam a empatia, ainda há mais uma limitação a ser tratada. Como retrata Noel Struchiner, muitas vezes a empatia é utilizada de forma imprudente. Citando uma frase de Batson[66], a empatia pode promover "um coração caloroso, quando é preciso uma cabeça fria" (BATSON, 2011 apud STRUCHINER, 2011, p.17). Um exemplo seria o caso do cirurgião que evita operar parentes próximos. Nesse caso, segundo ele, a empatia seria tão grande que poderia fazer com que a mão firme de um cirurgião pudesse tremer (STRUCHINER, 2011, p.18). Na verdade, talvez aqui, o ideal seria falar apenas em preocupação, por não concordar essa pesquisadora que a empatia seria a causa do tremor das mãos do médico cirurgião.

Struchiner segue discorrendo sobre a utilização imprudente da empatia, citando, agora, um exemplo que diz respeito às ações judiciais (ação de obrigação de fazer, muitas vezes com pedido de tutela antecipada) com pedido de medicamentos ou tratamentos médicos específicos. Conta que, no Brasil, tornou-se cada vez mais comum o fato de pessoas ingressarem com ações judiciais requerendo medicamentos geralmente não fornecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), assim como requerendo tratamentos médicos, cirúrgico ou não, também não fornecidos por aquele sistema. O autor aponta que a imprudência do uso da empatia nesses casos seria devido à possibilidade de o juiz que irá julgar essa ação ter empatia com o requerente, concedendo o tratamento pleiteado sem se certificar que esse método seria realmente o mais apropriado para o autor da ação, incorrendo, assim, em erro (STRUCHINER, 2011, p.18).

Outra deficiência da empatia apontada por Struchiner seria o paternalismo. Um exemplo dessa situação é o caso da relação entre professores e alunos. Um professor empático poderia acabar prejudicando um aluno com algum grau de dificuldade, ao tornar as coisas mais fáceis para ele, quando, na verdade, o que esse aluno de fato precisa é de desenvolvimento e não de facilitações. Ao fazer o que acha melhor, o professor poderia fazer com que esse aluno criasse uma dependência em relação a ele, ficando com baixa autoestima e com reduzido senso de eficiência, já que estes estudantes podem vir a não desenvolver capacidades ou confiança

[66] BATSON, 2011:189

para a resolução de problemas por serem constantemente mimados ou poupados por esse professor empático (STRUCHINER, 2011, p.18).

Esta situação também pode ser vista em ambiente judicial, no sentido de as pessoas quererem levar ao Judiciário todas as questões ou problemas que encontrarem ao longo de sua vida. O judiciário, como se sabe, geralmente decide casos e demandas individuais, isto é, daquelas pessoas que ingressão com a ação. De uma forma geral, as pessoas que costumam recorrer ao Poder Judiciário são aquelas que possuem mais fácil acesso às informações, a bons advogados[67] e com melhores recursos financeiros do que grande parte da população. Segundo Struchiner, esse paternalismo judicial pode silenciar necessárias discussões políticas sobre o que deve ser feito em termos de políticas públicas no que se refere ao sistema Judiciário.

Já de acordo com Prinz, a empatia teria um problema ainda maior: o viés da similaridade ou semelhança. Isto é, a empatia faz com que sejamos parciais, pois tenderíamos a ter mais empatia por aqueles que são mais semelhantes a nós. Inclusive, Prinz cita um estudo empírico[68] para comprovar a existência desse viés. Pesquisadores teriam utilizado imagens cerebrais para verificar que caucasianos eram mais empáticos com a dor de outros caucasianos do que com aqueles de outras etnias que haviam participado da pesquisa, no caso, os chineses. O inverso também foi comprovado, isto é, os chineses demonstraram mais empatia com a dor de outros chineses do que com o sofrimento dos caucasianos (PRINZ, 2011a, p. 227). O que veio a ser chamado de viés da similaridade, na verdade, Hume, há muitos anos atrás, já parecia abordar esse ponto em sua obra Tratado da Natureza Humana, como no trecho a seguir:

> (...) Uma notável semelhança mantém-se em meio a toda sua diversidade; e essa semelhança deve contribuir muito para nos fazer penetrar nos sentimentos alheios, abraçando-os com mais facilidade e prazer. Assim, segundo constatamos, sempre que, além da semelhança geral de nossas naturezas, existe alguma similaridade peculiar em nossas maneiras, caráter, país ou linguagem, isso facilita a simpatia. Quanto mais forte for a relação entre nós e um objeto, mais facilmente a imaginação realizará a transição e transmitirá à ideia relacionada a vividez daquela concepção com que formamos a ideia de nossa própria pessoa (HUME, 2009, p. 352-353).

Hume ainda vai reconhecer que essa parcialidade indica uma potencial dissociação entre aprovação moral e empatia:

> (...) Simpatizamos mais com as pessoas que estão próximas a nós que com as que estão distantes; simpatizamos mais com nossos conhecidos que com estranhos; mais

---

[67] Estamos cientes da existência da Defensoria Pública e do Convênio da Ordem dos Advogados do Brasil com a Defensoria Pública, que permite à população o acesso ao Judiciário sem custo com os honorários advocatícios. Contudo, devido a questões de políticas públicas, em grande parte do Brasil, sobretudo em cidades mais afastadas ou mais carentes, este não é o retrato do acesso ao Judiciário no Brasil.

[68] XU, Xiaojing et. al. Do you feel my pain? Racial group membership modulates empathic neural responses. **Journal of Neuroscience** n. 29 (26). 1 jul. 2009. Disponível em: <https://www.jneurosci.org/content/29/26/8525>. Acesso em 20 jul. 2019.

> com nossos conterrâneos que com estrangeiros. Mas, apesar dessas variações de nossa simpatia, damos a mesma aprovação [moral] às mesmas qualidades morais, seja a China, seja na Inglaterra (HUME, 2009, p. 620).

Como Prinz ainda coloca, se isto estiver correto, talvez a empatia seja de fato algo ruim. Isto é, a empatia não acompanharia a aprovação e, se a usarmos nessa capacidade, seria possível o cometimento de erros morais, mesmo se transpusermos essa noção à realidade judicial. Noel Struchiner também alerta sobre o viés da similaridade ocasionado pela empatia, citando Hoffman, menciona que "embora as pessoas tenham empatia com quase qualquer pessoa que esteja em perigo, elas teriam mais empatia com parentes, amigos e seu próprio grupo étnico" (STRUCHINER, 2011, p. 18-19, tradução nossa).[69]

Struchiner ainda afirma que a repercussão desse viés no processo de tomada de decisão seria óbvia. Isto é, os juízes, mesmo não possuindo consciência disso, podem favorecer pessoas que são mais parecidas com eles, distanciando ou aproximando uma norma legal para favorecer às reivindicações desses indivíduos que mais lhe parecem. Essa afirmação pode ser relacionada com o que os realistas jurídicos estudavam, como já foi tratado anteriormente. Por óbvio que os magistrados não irão justificar suas decisões dizendo explicitamente que decidiram desta ou daquela forma para beneficiar esta ou aquela parte, com a qual mais se identificaram. Todavia, certamente encontrarão argumentos jurídicos válidos e aptos a sustentar a decisão tomada, seja baseando-se em lei, seja em jurisprudências (STRUCHINER, 2011, p. 19).

Na verdade, tudo pode se resumir a uma questão de preferência. No exemplo dado anteriormente, sobre a relação entre professores e alunos, o professor pode ter uma predileção pelos bons alunos e, em virtude disso, não ser empático com os alunos que apresentam maiores dificuldades de aprendizagem, sendo que são eles os que precisariam de maior atenção e ajuda. Struchiner argumenta que o gostar ou o não gostar de uma pessoa pode fazer uma grande diferença e ter grande influência sobre as decisões tomadas (STRUCHINER, 2011, p. 19).

Nesse sentido, em A Era da Empatia, Frans de Waal, menciona a contradição pelo fato de alguns nazistas serem sentimentais em relação à sua família, mas, ao mesmo tempo, confeccionarem abajures com pele humana e serem capazes de exterminar grandes massas das maneiras mais cruéis (WAAL, 2010, p. 80). Então, como questiona Struchiner, se a empatia está ligada às preferências e as preferências podem ser muitas vezes arbitrárias, logo, a empatia pode ser altamente seletiva de uma maneira um tanto quanto caprichosa (STRUCHINER, 2011,

---

[69] Texto original: "Though people empathize with almost anyone in distress, they empathize more with kin, friends, ad their own ethnic group".

p. 19). Prinz, em “Is Empathy Necessary for Morality?”, nos faz refletir sobre a experiência de assistir a uma luta de boxe. Apesar de estamos assistindo a atos igualmente violentos dos dois oponentes, só conseguimos ter empatia com aquele para o qual estamos torcendo para ganhar a luta. Isto é, as predileções, ainda que arbitrárias, estão guiando a empatia (PRINZ, 2011b, p. 15).

No cenário jurídico, por exemplo, se um magistrado já possui uma certa predileção por alguma situação, este fato tornará muito mais difícil que ele tenha a empatia com todas as partes envolvidas, pelo que a própria empatia, provavelmente, seria o maior obstáculo para a adoção de um “ponto de vista geral” ou “ponto de vista de lugar nenhum”.

Ainda segundo aqueles que não defendem a empatia, ela padeceria de mais uma limitação: estaria sujeita a pequenos vieses, como o “efeito fofura”. Prinz menciona um estudo realizado por Batson[70] no qual ele mostra que estudantes universitários apresentavam maior probabilidade de terem empatia com crianças, cachorros e filhotes do que com seus próprios pares. Em linhas gerais, esse resultado pode indicar que o viés de “efeito fofura” pode ser ainda mais forte do que os efeitos do viés da similaridade (PRINZ, 2011b, p. 15).

Noel Struchiner, citando Paul Slovic[71], menciona dois bons exemplos do mencionado “efeito fofura”. O primeiro deles refere-se ao abate de milhões de gados em virtude de uma epidemia de febre aftosa no Reino Unido em 2001.A matança teria continuado mesmo após o declínio do surto daquela moléstia, o que enfureceu os ativistas dos direitos dos animais que exigiam dos Governantes e do Judiciário o fim daquela carnificina. Um fato parece ter mudado aquele cenário: a publicação, em um jornal de grande circulação, de uma foto de um gracioso bezerro de apenas 12 dias sendo levado para o abate. Ou seja, aquela imagem fofa ou “bonitinha” parece ter provocado algo em quem tinha o poder de decisão para fazer cessar aquela situação. O autor sugere que teria sido a empatia, comprovando que ela está vulnerável ao “efeito fofura”. O segundo exemplo, se refere ao caso de um cachorrinho a bordo de um navio tanque à deriva no Oceano Pacífico, segundo o autor citado por Struchiner, aparentemente já havia sido gasto mais de quarenta e oito mil dólares no resgate do animal e a Guarda Costeira estava disposta a gastar ainda mais. Críticos argumentaram contra essas tentativas de salvamento, alegando que a quantia seria melhor gasta com crianças que passam fome (STRUCHINER, 2011, p. 20).

---

[70] Batson, C. D.,; SHAW, L. L. Evidence for altruism: Toward a pluralism of prosocial motives. **Psychological Inquiry** 2: 107–22. 1991

[71] SLOVIC, Paul. If I look at the mass I will never act: Psychic numbing and genocide. **Judgment and Decision Making**. v. 2, n. 2, p. 79-95, apr. 2007.

De outro lado, no que se refere ao cenário jurídico, Struchiner aponta que juízes podem ser mais gentis com criminosos que cometeram crimes de “colarinho branco” ou com criminosos de boa aparência, sendo, contudo, grosseiros e desrespeitosos com bandidos desdentados e com aparência ruim. Isto pode fazer com que tomadores de decisão tomem algum partido, em virtude da empatia, seja por conta do efeito fofura em determinadas situações, seja por conta de uma empatia seletiva, já que segundo estudos, tendemos a nos aproximar, de alguma forma, àqueles que são mais parecidos conosco (STRUCHINER, 2011, p. 20).

Um outro argumento contrário à empatia seria o fato de que ela pode ocasionar o que chamam de efeito de proximidade. Ou seja, a empatia funcionaria melhor quando os eventos ou as vítimas são mais concretas, vívidas e estão mais próximas de nós. Ao sustentar esse “defeito” da empatia, Prinz relembra que em 2005, nos Estados Unidos, houve uma manifestação de apoio às vítimas do furacão Katrina, com acaloradas declarações que pediam empatia pelas vítimas o que, segundo o autor, seria frequente até os dias de hoje. Segundo Prinz, o número de mortos naquele desastre foi de 1. 836, ao passo que, um ano depois, um terremoto em Java, na Indonésia, matou mais de 5 mil pessoas e houve pouca cobertura de notícias ou pedidos de arrecadação de dinheiro, comida ou roupas e até mesmo manifestações. O autor inclusive menciona que se atreve a dizer que poucos americanos se recordariam desse terremoto na Indonésia. Da mesma forma, Prinz coloca que, em comparação com o furacão Katrina, houve pouca comoção em relação Tsunami no Oceano Índico em 2004. As pessoas até se lembram desse acontecimento, mas o discutem com menos frequência do que discutem a respeito do furacão Katrina, talvez porque esse desastre englobasse outras questões pelas quais aquela nação enfrenta como, por exemplo, o preconceito racial, o que pode manter viva a discussão do desastre mesmo passado alguns bons anos. Jesse Prinz argumenta que a melhor explicação para essa análise seria que a empatia é maior em relação àqueles que estão mais próximos, seja cultural ou geograficamente (PRINZ, 2011b, p. 15-16).

A empatia, segundo Struchiner ainda conta com mais uma grave deficiência: o tratamento desigual. Citando uma pesquisa de Batson, menciona que os participantes dessa pesquisa foram colocados na desconfortável posição de brincar de Deus. Primeiro, os participantes ouviram uma entrevista com uma menina de 10 anos chamada Sheri, que possuía uma doença terminal. Alguns desses participantes ouviram a entrevista de Sheri em uma condição de baixa empatia, enquanto os demais estavam sendo preparados para ouvir aquela mesma entrevista em uma condição de alta empatia, ao serem solicitados a imaginar como a menina estava se sentindo naquela situação de sofrer de uma doença terminal. Depois de os dois grupos terem ouvido a entrevista, eles poderiam escolher retirar Sheri da fila de espera

pelo tratamento médico e colocá-la em um grupo que receberia tratamento médico imediato. Na condição de baixa empatia, segundo o autor, apenas 33% dos participantes optaram por mover Sheri da fila do tratamento médico para o grupo de tratamento imediato. Ao passo que, na condição de alta empatia, 73% optaram por colocá-la naquele grupo de tratamento. Para Struchiner, isto quer dizer que, em uma condição de alta empatia, a imparcialidade de uma decisão pode estar em jogo, sendo que tal situação poderia ocorrer em um cenário judicial, fazendo com que a decisão judicial seja maculada pela parcialidade em decorrência da empatia (STRUCHINER, 2011, p. 22).

A empatia pode ser prejudicial à imparcialidade e ao bem comum, a exemplo do que Struchiner cita sobre uma pesquisa feita por Silva e Terrazas (2011)[72] sobre o significativo impacto financeiro que as decisões judiciais que concedem medicamentos causam no orçamento do governo do Estado de São Paulo. Segundo o apurado, em 2006 as decisões favoráveis à concessão de medicamentos implicaram na realocação de 32 milhões de reais para atender aproximadamente 3.600 pessoas. No mesmo ano, o Estado de São Paulo dispendeu 419 milhões de reais na aquisição de medicamentos de alto custo e atendeu a 280 mil pessoas. Os pesquisadores então concluíram que o indivíduo que consegue no Judiciário uma decisão favorável, custa, anualmente, cerca de seis vezes mais do que outros indivíduos que utilizam os serviços de distribuição de medicamentos em hospitais públicos no estado de forma regular. Esse custo significativo certamente poderia ter sido investido em políticas públicas coletivas e mais consistentes, segundo o autor. Um outro estudo citado por Struchiner traz dados de 2008, também relativos ao Estado de São Paulo. Naquele ano, o governo do Estado de São Paulo teria gastado aproximadamente 200 milhões de reais para cumprir ordens judiciais no que se refere à concessão de medicamentos, para beneficiar cerca de 35 mil requerentes que obtiveram decisões favoráveis do Judiciário. Explica que a maior parte desse valor foi utilizada para a compra de medicamentos caros, muitos dos quais foram importados e sequer possuíam registro para uso no Brasil (STRUCHINER, 2011, p. 24-25).

O autor ainda esclarece que é o Sistema Único de Saúde (SUS), ou a equipe que o gere, que decide quais os tratamentos e medicamentos serão fornecidos pelo sistema público de saúde, e Struchiner diz arriscar dizer que , os magistrados, principalmente por causa de impulsos empáticos, se desviam dessa política social de saúde para conceder os tratamentos e ou medicamentos que são pleiteados ao Judiciário. A consequência é que os recursos públicos para garantir o cumprimento das determinações judiciais seriam remanejados, pelo menos em parte,

---

[72] SILVA V. A; TERRAZAS F.V. Claming the right to health in Brazilian Courts: the exclusion of the already excluded? **Law & Social Inquiry** – Journal Of The Amerincan Bar Foudation. 2011.

de questões de saúde atuais ou futuros que beneficiariam grupos maiores e mais desfavorecidos que não teriam sequer condição de acesso ao Judiciário para fazer valer seus direitos (STRUCHINER, 2011, p. 25).

Apesar de o trabalho de Struchiner não trazer concretos sobre se o deferimento de pedido de concessão de medicamentos ou tratamentos de alto custo foi realmente ocasionado por pela empatia do magistrado em relação à situação do litigante – o que é bem difícil de ser apurado, já que nenhum magistrado declararia isso expressamente – o fato é que sua tese sugere essa nuance e, ele ainda menciona que existem algumas explicações promissoras, embora concorrentes, sobre os processos psicológicos subjacentes capazes de explicar o que ele atribui ocorrer por conta da empatia, isto é, a empatia influenciando no processo de tomada de decisão sobre a concessão dos tratamentos e ou medicamentos de alto custo requeridos em juízo (STRUCHINER, 2011, p. 25).

A explicação que iremos nos ater seria por conta do que ele chama de gatilhos afetivos. Schutiner conta que Paul Slovic[73], em determinado contexto, tenta explicar por que as pessoas fazem grandes esforços para ajudar uma única pessoa necessitada, mas, ao mesmo tempo, ignoram as massas, permitindo, inclusive, que genocídios aconteçam. Ele ainda cita a fala de Madre Teresa de Calcutá que diz "se eu olhar para a massa, nunca agirei, mas se eu olhar para uma pessoa eu vou agir". Segundo Slovic, a empatia não é desencadeada pelas massas (STRUCHINER, 2011, p. 25-26). Prinz (2011a) argumenta nesse mesmo sentido, também citando o trabalho de Slovic, quando diz que evidências empíricas sugerem que não sentimos muita empatia quando consideramos vítimas em massa que, na verdade, as pessoas tendem a ter menos empatia quando apresentadas a duas vítimas identificáveis do que a uma única vítima.

Ainda, é possível relacionar o melhor funcionamento da empatia à apresentação de uma imagem da vítima ou do requerente, o que não ocorre quando esses mesmos personagens são tratados como números ou estatísticas. Isto é, a chance de gerar empatia em qualquer pessoa ou em tomador de decisão judicial é lhe apresentar um nome e um rosto, é que é chamado de efeito da vítima identificável. Tanto é que, talvez não totalmente conscientes deste efeito, advogados costumam juntar aos autos do processo judicial fotografias da situação do requerente ou da vítima, com o intuito de que o magistrado enxergue de fato o cenário discutido e que, em alguma medida, tenha empatia ao julgar (STRUCHINER, 2011).

---

[73] SLOVIC, Paul. If I look at the mass I will never act: Psychic numbing and genocide. **Judgment and Decision Making**. v. 2, n. 2, p. 79-95, apr. 2007.

Struchiner ainda aponta que a individualização e identificação não é o único fator hábil a tentar induzir a empatia nos juízes, indica que o número de vítimas atingidas pelo fato em análise parecer ser ainda mais importante. Cita o trabalho de Small, Lowestein e Slovic (2007)[74], que demonstrou que, ao comparar duas vítimas, sendo uma identificada e a outra não, provavelmente haverá empatia com aquela que foi identificada, mesmo que a identificação não transmita qualquer informação substancial sobre a vítima. No entanto, se for comparada à empatia gerada por uma vítima identificada e um grupo de vítimas (ainda que o grupo seja pequena, como por exemplo, mais que duas pessoas) também identificadas, ainda assim, a empatia com a única vítima parece ser maior (STRUCHINER, 2011, p. 26).

Isto, segundo os estudos de Slovic, teria uma razão. De modo breve, sua explicação gira em torno do processo dual de pensamento, envolvendo o Sistema 1 e o Sistema 2. Esses sistemas nos dizem que existem dois mecanismos distintos para interagir com o mundo. O Sistema 1 é intuito, automático, não verbal e rápido, enquanto o sistema 2 é deliberativo, verbal, racional e mais lento. Neste ponto, para melhor entendimento do funcionamento desses sistemas, traremos o que ensina Daniel Kahneman:

> O Sistema 1 opera automática e rapidamente, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário. O Sistema 2 aloca atenção às atividades mentais laboriosas que o requisitam, incluindo cálculos complexos, as operações do Sistema 2 são muitas vezes associadas com a experiência subjetiva de atividade, escolha e concentração [...] (KAHNEMAN, 2012, p. 26).

Continuando com o raciocínio de Slovic, ele menciona que uma única vítima identificável faz acionar o Sistema 1 e tenta apoiar essa explicação com alguns experimentos[75] concluindo que para múltiplas vítimas seria extremamente difícil ou impossível gerar empatia. O Sistema 1 não entraria em ação. Explica que há um pensamento evolutivo por trás disso: o Sistema 1 seria mais primitivo, o que permitiu a sobrevivência dos humanos até que houvesse ferramentas analíticas sofisticadas. Evolui para poder proteger os indivíduos dos perigos presentes, visíveis e imediatos. O Sistema 1 não seria adaptado para lidar com grupo, números e estatísticas. Segundo Struchiner cita, Slovic diz que a empatia estaria associada ao Sistema 1 e isso justificaria o fato de a empatia não ser uma boa heurística para decisões morais ou legais mais complexas, em que as vítimas não identificáveis seriam afetadas por um julgamento. Essa

---

[74] SMALL, D. A.; Loewenstein, G.; SLOVIC, P. Sympathy and callousness: The impact of deliberative thought on donations to identifiable and statistical victims. **Organizational Behavior and Human Decision Processes**. n. 102, p. 143–53, 2007. Disponível em: < http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.565.1812&rep=rep1&type=pdf >. Acesso em 20 jul. 2019.

[75] Ver Struchiner (2011, p. 26) ou Small, Loewenstein, Slovic (2007).

explicação também poderia justificar alguns eventos em que pode ser difícil sentir empatia, como por exemplo, os casos de destruição ambiental ou doenças generalizadas, como exemplificou Prinz, argumentando que a empatia é algo inevitavelmente local, tanto que, por conta da empatia, de modo metafórico ele diz que ignoramos o fogo da floresta, enquanto procuramos regar uma única árvore fumegante, pelo fato de a empatia permitir uma visão localizada dos fatos. Ainda cita que, a dificuldade em ter empatia pela natureza é que ela não seria propriamente personificada, o que não é compatível com nosso Sistema 1, responsável pela empatia.

O que Struchiner (2011, p. 27) conclui é que não devemos insistir na empatia como elemento ou base para tomada de decisão moral ou legal, por tudo que citamos neste tópico, sendo que cada um dos argumentos trazidos por ele, na maria das vezes, é no mesmo sentido do que os de Jesse Prinz, por isso trouxemos ora um, ora outro. Principalmente por todos esses argumentos impactarem direta ou indiretamente na imparcialidade, mesmo reconhecendo que o julgamento jurídico é, em alguma medida, parecido com o julgamento moral e, neste último caso, apesar de Struchiner acreditar que a empatia não seria um guia confiável, ele reconhece o quanto decisões morais são baseadas na empatia.

Na verdade, apenas à título de conhecimento e aqui colocado de modo bem resumido, este autor propõe que as decisões sejam baseadas exclusivamente em regras, a exemplo de como os autistas ou pessoas com síndrome de Asperger tomam decisões, pois segundo alguns estudos que ele cita, esses indivíduos, por terem baixa empatia, são muito atraídos por coisas sistematizadas, com regras. Explica que, apesar de apresentarem baixa empatia, não quer dizer que sejam cruéis, todavia têm apreço pela sistematização e isso, em um cenário jurídico, poderia ser o adequado. Segundo o autor, há muita semelhança entre o que a lei tenta fazer e o que os autistas fazem. Em suma, para ele, a tomada de decisão baseada em regras é o que melhor capta a essência da lei.

4.2 A empatia é o melhor caminho para tomada de decisões judiciais imparciais

Este tópico é completamente oposto ao anterior. Aqui, através do quanto defendido principalmente por Thomas Colby[76] em “In defense of Judicial Empathy”, serão trazidos argumentos capazes de sustentar a afirmação de que a empatia, no processo judicial, não é tão

[76] Apenas para esclarecer: muito embora estejamos utilizando como fundamento para este item os argumentos de Thomas Colby em “In defense of Judicial Empathy” (2012), ao longo do tópico, adicionaremos contribuições de alguns autores da mesma linha de Colby, com o intuito de trazer maior clareza ao tema.

nefasta como foi abordado no último item, sendo que, segundo Colby, não ataca o sistema jurídico do estado democrático de direito, não retira a imparcialidade de uma decisão judicial além de, segundo firmemente defendido por Colby, ser benéfica para o processo de tomada de decisão judicial. E mais: a empatia seria indispensável para a eficácia do Judiciário.

Aqui, cabe relembrar a definição de empatia, principalmente para Thomas Colby, autor referência em "defender" a empatia relacionada às decisões judiciais, a quem recorreremos na construção desse item. Colby, nas primeiras linhas da seção que guarda para definir o que entende por empatia, já nos alerta sobre a dificuldade desta missão, ao dizer que: "para defender a empatia, devemos primeiro defini-la. Poderíamos facilmente nos atolar nesse primeiro passo, pois o significado de "empatia" é supreendentemente evasivo". (COLBY, 2012, p. 1958, tradução nossa).

Diante da dificuldade encontrada, Colby decide adotar a definição de empatia contida no Dicionário Merriam-Webster[77], que indica o seguinte significado:

> Ação de compreender, de estar ciente, ter sensibilidade para vicariamente experimentar os sentimentos, pensamentos e experiências do outro, quer do passado, quer do presente, sem ter os sentimentos, pensamentos e experiências comunicados totalmente, de forma explícita, objetivamente; também: a capacidade para isso (MERRIAM-WEBSTER'S COLLEGIATE DICTIONARY apud COLBY, 2012, p. 1958).

E depois acrescenta que a empatia envolveria a habilidade cognitiva de tomada de perspectiva, a capacidade de ver uma situação da perspectiva de outra pessoa, combinada com a capacidade emocional de entender e sentir as emoções dessa pessoa naquela exata situação. Para ele, a empatia não ditaria ou mesmo implicaria uma propensão a agir de qualquer maneira particular ou ainda favorecer qualquer grupo em particular. A empatia seria, em primeiro lugar, uma capacidade. Diferenciando conceitos convencionalmente "confundidos", Colby deixa claro que simpatia é sentir algo por alguém, enquanto a empatia é sentir-se com a pessoa, da mesma forma que essa pessoa. Não é sentir pena ou sentir necessidade de ajudar, é simplesmente entender as coisas de sua perspectiva e ser capaz de sentir o que sentem.

Um conceito similar ao de Colby, é o defendido por Rebecca Lee em "Judging Judges: Empathy as the Litmus Test for Imparciality" que entende que a empatia é até uma certa forma de emoção (neste ponto não é como Colby), mas sobretudo, seria uma forma de compreensão, que refere-se à nossa capacidade de compreender melhor, através do conhecimento e do sentimento, a perspectiva de outra pessoa ao tentar ver o mundo a partir da posição dessa pessoa, em vez de simplesmente observar a posição dela (LEE, 2013, p. 152).

---

[77] MERRIAM-WEBSTER'S COLLEGIATE DICTIONARY. 11th. ed. Merriam-Webster, Inc, 2003.

Diante do entendimento do conceito de empatia, como ele seria aplicado no cenário jurídico? O que vai significar empatia no processo de tomada de decisão judicial para os defensores da empatia nesse contexto? Em linhas gerais, a tese sustentada pelos apoiadores da empatia é que, quando devidamente entendida, ela é um instrumento essencial para um julgamento justo, imparcial e eficaz. Os argumentos de Colby, para sustentar essa afirmação, são apresentados em 4 etapas a saber: (i) o sentido da empatia judicial; (ii) a importância da exata compreensão das perspectivas de todas as partes envolvidas no julgamento judicial; (iii) conhecer as diferenças de capacidade de empatia e por último (iv) detectar os pontos cegos da empatia.

Para Colby, como já até foi abordado de modo introdutório anteriormente, o sentido da empatia judicial significa compreender a questão debatida por todos os lados. Isto é, um juiz que exerce a empatia, deverá ter a capacidade de entender tanto a perspectiva do pobre, do rico, do poderoso, como a do oprimido. A empatia em julgar centra-se na capacidade de compreender verdadeiramente a dimensão humana do caso, os efeitos da decisão sobre todas as pessoas que serão afetadas por aquele julgamento. E por que um juiz deve ser capaz de entender e (talvez) identificar-se com as esperanças e lutas das pessoas para distribuir a justiça com precisão? Esse é um dos questionamentos de Colby. Em uma possível tentativa de resposta, segue outra questão colocada por ele: Se a lei fosse objetivamente determinada em todos os casos, e se julgar fosse realmente algo completamente mecânico, um computador seria então o juiz perfeito? Contudo, ocorre que, segundo Colby, as leis não são objetivamente determinadas em todos os casos, a lei não é algo mecânico, a lei depende de interpretação. Julgar demanda julgamento. E julgamento requer empatia (COLBY, 2012, p. 1965).

Em “Empathetic Judging and the Rule of Law”, Susan A. Bandes, que é Professora de Direito na Universidade DePaul, em Chicago nos Estados Unidos, uma das autoras pioneiras em relacionar empatia e direito, diz que o juiz deve utilizar a empatia como uma ferramenta para entender alegações conflitantes. A empatia ajudaria o juiz a entender as perspectivas dos litigantes, contudo, não seria determinante para resolver a questão legal de qual litigante deve prevalecer, no sentido de com quem estaria o direito naquela situação (BANDES, 2009).

Colby vai discordar de Susan Bandes. Segundo ele, a empatia ajudaria, sim, a resolver a questão de qual litigante, ou qual direito deveria prevalecer. Isto porque, a questão jurídica em análise muitas vezes não pode ser respondida sem o entendimento de como os litigantes serão afetados pela decisão judicial. Os juízes não deveriam decidir questões jurídicas em abstrato pois chegariam a melhores decisões se se ativerem a uma apreciação genuína das reais formas pelas quais a lei afeta das pessoas envolvidas direta ou indiretamente. Isso tudo

para dizer que, os juízes, individualmente, ou uma Corte, não podem fazer um bom trabalho sem, em primeiro lugar, procurarem entender a perspectiva de cada parte. Para ele, todo o amplo espectro do direito e toda doutrina legal que foi construída, requer que os juízes obtenham uma apreciação empática sob a perspectiva de todos os litigantes (COLBY, 2012, p. 1958).

Um exemplo de empatia no julgamento da forma como é proposta por Colby, seria um caso em que ele mesmo cita: o caso de violência doméstica contra a mulher é um exemplo claro da necessidade de empatia judicial. O juiz deve entender o frágil estado emocional da mulhere agredida, deve compreender sua realidade psicológica, sendo que, somente assim, compreendendo as pressões singulares sofridas por essas mulheres, que muitas ainda permaneçam com seus companheiros/agressores, apesar de seu duradouro medo de serem novamente agredidas. Ou seja, antes mesmo de aplicar da doutrina legal, Colby propõe a aplicação da empatia ao caso em concreto (COLBY, 2012, p. 1980).

A decisão final, ou melhor, a sentença, também deve abarcar valores imprescindíveis para a sociedade, não deveria se ater somente à técnica jurídica como subsunções dos fatos às leis, normas e princípios, sendo que, uma visão restrita exclusivamente ao arcabouço jurídico, pode propiciar danos irreparáveis, pelo que, seguindo o raciocínio de Colby, seria de rigor uma observação e consideração profunda sobre os valores atingidos ou garantidos pela decisão judicial.

De outro lado, cabe relembrar que logo no início deste capítulo, ao citarmos alguns trechos de um debate entre a então candidata a uma vaga na Suprema Corte Americana e alguns congressistas perante o Comitê Judiciário do Senado (*Senate Judiciary Comittee*), o Senador Republicano Jeff Sessions mencionou, dentre outras coisas, que:

> Parece-me que, em Ricci, a empatia da juíza Sotomayor por um grupo de bombeiros acabou por ser um preconceito contra os outros. Essa é, obviamente, a falha lógica no "padrão de empatia". A empatia por uma das partes é sempre preconceito contra outra [...]. (CONFIRMATION..., 2010, p. 8, tradução nossa[78]).

A partir do trecho acima, é possível notar que um dos receios que aquele Senador possuía sobre um julgamento judicial realizado por um juiz com empatia, é que tal situação acarretaria o favoritismo de um lado sobre outro. Contrariando, em certa medida, o discurso jurídico tradicional (e talvez também o arcabouço legislativo sobre o dever de imparcialidade dos magistrados), assim como o quanto defendido por Colby, que a empatia no processo de tomada de decisão judicial é que, na verdade, garantiria uma decisão justa e imparcial.

[78] Texto original: “It seems to me that in Ricci, Judge Sotomayor’s empathy for one group of firefighters turned out to be prejudice against another. That is, of course, the logical flaw in the ‘empathy standard’. Empathy for one party is always prejudice against another”.

Conforme veremos a seguir, há argumentos capazes de refutar a opinião do Senador Jeff Sessions.

Rebecca K. Lee, em seu artigo "Judging Judges: Empathy as the Litmus Test for Imparcility", vai argumentar em sentido exatamente contrário ao que acredita Sessions, mas no mesmo caminho daquilo defendido po Colby. Para ela, a empatia no processo de tomada de decisão judicial é o que garante a imparcialidade nas decisões judiciais (LEE, 2013, p. 157). Antes de expormos qual é a tese que sustenta a empatia como condição essencial a um julgamento imparcial, é necessário compreender qual o sentido dado à empatia por aquela autora. Como já adiantado, ela reconhece que a empatia é comumente definida como uma emoção, mas em seu entendimento, a empatia, em certo sentido, até seria uma forma de emoção, contudo, não estaria em desacordo com a racionalidade e a razão. Isto porque, sustenta que a empatia é uma forma de compreensão, uma expressão do pensamento e da emoção. Em suas próprias palavras:

> [...] a empatia usada neste artigo refere-se à nossa capacidade de compreender melhor – através do conhecimento e do sentimento – a perspectiva de outra pessoa ao tentar ver o mundo a partir da posição dessa pessoa, em vez de simplesmente observar a posição dessa outra pessoa (LEE, 2013, p. 152, tradução nossa).[79]

É argumentado que não se trata de o coração estar guiando a mente, mas sim de uma questão de usar suas faculdades emocionais e intelectuais para compreender profundamente e resolver uma situação difícil. Lee esclarece que objetivo de utilizar a empatia – no sentido proposto por ela – na tomada de decisão judicial, não é incentivar uma espécie de generosidade consciente para um lado ou outro, mas garantir que um litigante não se beneficie injustamente da credibilidade inconsciente ou automática, simplesmente porque um juiz compreende melhor uma situação por estar mais familiarizado com ela (LEE, 2013).

O uso da empatia na tomada de decisões jurídicas, para Lee, significaria tentar imaginar as situações das partes e suas percepções com base em suas experiências particulares, especialmente de um ponto de vista menos privilegiado. Ainda segundo aquela autora, sem empatia, as pessoas em geral tendem a ter uma leitura sobre as outras pessoas e sobre o mundo, do ponto de vista do que estão acostumadas e de como estão situadas na sociedade. Nesse sentido, ter empatia, exige, portanto, que os indivíduos estejam cientes de suas próprias predisposições, levando em consideração sua raça, gênero, classe social e todas as outras

[79] Texto original: "Consistent with this understanding, 'empathy' as used in this Article refers to our capacity to better comprehend – through both knowledge and feeling – another's perspective by trying to view the world from that person's position, rather than simply observing another's position from where we stand".

considerações relevantes que possas vir a contribuir para as oportunidades de suas vidas (LEE, 2013, p. 154).

Transpondo esse sentido para o cenário no qual os juízes estão inseridos, o ideal é que eles se esforcem para pensarem em uma perspectiva fora de seus próprios mundos, obtendo informações necessárias para imaginarem-se na situação de outra pessoa, com o intuito de considerar diferentes tipos de pensamentos e experiências, ou seja, um entendimento desvinculado de suas próprias vivências. Até porque, se for imprescindível que, para que um julgamento seja reputado como correto e justo, um juiz tenha vivido tudo e todas as experiências a que um ser humano esteja sujeito a ter, esse julgamento seria impossível. Talvez, essa proposta de que o magistrado se desvincule de suas próprias experiências para, como diz Lee, "julgar melhor", seja realmente interessante.

Podemos trazer um exemplo simples, mas fruto de uma situação corriqueira. Durante um julgamento no Tribunal do Estado do Rio de Janeiro em que se discutia um pedido de indenização por um acidente na linha de trem, Bárbara G. L. Baptista conta que o relator estava negando o pedido e produzindo juízos de valor um tanto quanto pejorativos no sentido de culpar o próprio passageiro por ter causando o acidente, acusando-o de ficar na porta do trem em vez de ir para o meio do vagão, onde correria menos riscos. O outro desembargador componente da turma, se dirigindo ao relator, disse com tom raivoso:

> Ah, desembargador...vê-se que Vossa Excelência nunca pegou um trem na vida, não é? Só andou de carro de passeio...sorte a sua. Quem pegou trem sabe como é. O Senhor não tem como julgar...Vossa Excelência não tem a menor ideia do que se passa dentro de um trem na central do Brasil no horário de trabalho...aliás, Vossa Excelência conhece a central do Brasil? (BAPTISTA, 2013, p. 290-291).

Considerando essa passagem, na verdade, o magistrado ideal seria aquele que tivesse vivido tudo, todas as situações impostas pela vida. Em sendo impossível, um juiz entrevistado por Bárbara G. L. Baptista conta que "(...) seu objetivo era exercitar a empatia para tentar julgar melhor e, ao mesmo tempo, se policiar, para não deixar que a interferência de suas vivências o levasse a ter opiniões preconceituosas." (BAPTISTA, 2013, p. 290-291) E mais adiante segue relatando que:

> Por que me policiar? Porque julgo situações que aconteceram comigo e, apesar disso, só posso decidir com o que está no processo. A imparcialidade está em julgar com a lei e com o processo. Não posso julgar com o que está fora dos autos. Então, outro dia me vi nessa situação. Eu comprei um eletrodoméstico em uma dessas lojas grandes. O vendedor queria me empurrar o seguro. Aí, ele ficou com aquela insistência que eu acho até agressiva. Aí eu fui fazer uma audiência que discutia isso. E o preposto da loja disse que a autora não estava falando a verdade, que a loja apenas oferece o seguro, não insiste nem nada. Eu sou neutro? Eu não vou prejudicar a loja, nem julgar com sentimento de raiva ou prejudicar. Mas eu sei que eles não só oferecem o seguro.

> Eles oferecem acintosamente. Neste caso, consigo ser imparcial, mas neutro não. (BAPTISTA, 2013, p. 291-292).

A proposta de Lee, no sentido de os juízes despenderem esforços com o objetivo de ampliarem sua capacidade de empatia com aqueles diferentes deles, a fim de julgar imparcialmente e com igual atenção a todas as partes, parece que foi utilizada pelo magistrado do exemplo acima.

Por óbvio que a maior (eventual) barreira à utilização da empatia no processo de tomada de decisão judicial é a questão de analisar se imparcialidade seria prejudicada. Para este ponto, Lee também apresenta argumentos. Segundo o defendido por esta estudiosa, não haverá imparcialidade a menos que os juízes reconheçam suas próprias parcialidades ao julgar. Isto porque, os juízes não são como quadros em branco, são os produtos, em algum grau, de suas próprias origens e circunstâncias. Embora os eventuais preconceitos judicias estejam em um espectro, há juristas que mantêm firmes seus compromissos ideológicos, reforçando a necessidade da empatia no processo de tomada de decisão, para moderar e neutralizar essas inclinações pré-existentes. A sugestão de Lee é que os juízes examinem suas próprias tendências e suposições, assim como a das partes, em nome da objetividade jurídica e garantia da imparcialidade (LEE, 2013, p. 156).

Ainda seguindo este raciocínio, pode-se dizer que pontos de vista judiciais (apesar da alegada existência o ponto de vista neutro ou de “lugar nenhum”) não são totalmente neutros, são influenciados pelo o contexto em que o magistrado está envolto e as experiências que teve para chegar onde está. A objetividade se torna ainda mais complexa quando são percebidas perspectivas conflitantes e, alcançar uma compreensão objetiva, requer reconhecer visões diferentes e sopesar cada uma delas, a fim de determinar qual deve prevalecer à luz da lei e dos fatos. Uma ponderação importante é que os juízes devem ter o estrito cuidado de não dar efeito aos seus preconceitos, conferindo mais peso aos argumentos daqueles que reputa serem mais semelhantes consigo, em termos de contexto e circunstâncias, como já abordaram Jesse Prinz e Noel Struchiner sobre o viés da similaridade, como sendo uma limitação da empatia.

Em linhas gerais, o que Lee sustenta é que a imparcialidade judicial requer empatia, entendida como um esforço consciente que um magistrado deve fazer para compreender em profundidade a perspectiva das partes, cuja vida e situação podem diferir da sua de diversas formas. Por outro lado, alerta que o exercício da empatia sem o devido esforço equivaleria à simples reafirmação de sua própria perspectiva. Assim, o ideal é que os tomadores de decisão transcendam seu ponto de vista e desenvolvam uma consciência expandida. A incorporação da empatia no processo de tomada de decisão garantirá o julgamento imparcial e assegurará

decisões justas, segundo Lee. É importante deixar claro, contudo, que o exercício empático realizado não significa necessariamente que esta ou aquela parte terá seu pedido acolhido, mas significa que o juiz pensou profunda e cuidadosamente sobre as alegações de cada uma das partes, considerando sua situação (LEE, 2013, p. 158).

Ou seja, a defesa da empatia nesse contexto se tornaria relevante na medida em que os juízes devem expressamente levar em conta a real posição das partes, de onde as partes estão posicionadas socialmente, para que seja evitado a feitura de julgamentos inconscientes e tendenciosos, o que é particularmente importante considerando que os magistrados, em geral, estão situados de forma diferente em relação às partes, no que se refere a oportunidades de vida e expectativas. Exatamente por isso, a tomada de decisão imparcial exige o entendimento cuidadoso das experiências e perspectivas dos litigantes, despendendo maior atenção aos membros de grupos tradicionalmente subordinados cujas visões são, comumente, menos ouvidas e compreendidas (LEE, 2013, p. 205).

Outro ponto que deve ser bem esclarecido é que, quando se defende a empatia no julgamento judicial, pode-se pensar que o proposto é que o julgamento seja feito somente com base na empatia do juiz, o que não é verdade. Inclusive, seria um absurdo. O que se discute, no entanto é que, aliado à sua proficiência e expertise no conhecimento das leis, o magistrado deve, também fazer uma análise empática sobre o caso, utilizando o resultado desta análise também como ferramenta para o alcance da imparcialidade judicial. Isto porque, uma das razões de ser dos regramentos jurídicos é moldar a conduta individual e social e, como sustenta Lee, os juízes devem expandir sua consciência empática para entender melhor o comportamento humano, quando da aplicação da lei. A empatia, assim, encorajaria o juiz a aceitar o contexto humano das reivindicações trazidas pelos litigantes e realizar o processo de adjudicação de forma não mecanizada.

Mas aqui cabe uma questão: será que todas as pessoas, ou melhor, todos os juízes possuem a mesma capacidade empática?

Neste ponto, cabe trazer a terceira das 4 etapas em que o argumento de Colby é exposto. Ou seja, aqui, será tratada a necessidade de se conhecer as diferenças na capacidade de ser empático. Até agora, já falamos sobre as duas primeiras etapas, quais sejam, o sentido que ele atribui à empatia no âmbito judicial e a importância da compreensão das perspectivas de todas as partes envolvidas no julgamento.

Segundo o apurado por Colby, cientistas[80] confirmaram que algumas pessoas têm mais capacidade de empatia do que outras. Simon Baron-Cohen[81], professor de Psicopatologia do Desenvolvimento na Universidade de Cambridge no Reino Unido, desenvolveu um teste chamado Quociente de Empatia, capaz de medir o quociente de empatia de um único indivíduo e até mesmo de uma população. Ainda menciona que pesquisas recentes ligadas a neurociência descobriram que existem dez regiões principais do cérebro que estão envolvidas no exercício da empatia e que as habilidades empáticas das pessoas podem ser vistas através de exames neurais.[82]

As pesquisas ainda sugerem que a diferença dos níveis de empatia que cada indivíduo pode ter poderia ser parcialmente determinada pela genética ou por outros fatores biológicos, assim como também poderia ser devido, talvez em maior parte, por influências ambientais durante a infância, incluindo relações familiares e estilo de educação recebida. Ainda, os estudos indicam que essas influências não são determinantes para a habilidade empática de cada um, pelo que a capacidade empática pode ser trabalhada e expandida, através de treinamentos específicos e orientados, o que pode aumentar o nível empático do indivíduo.

Assim, Colby considera que, (i) a empatia é uma ferramenta essencial para um julgamento justo, (ii) as pessoas podem diferir em suas capacidades empáticas e (iii) se essa capacidade pode ser aperfeiçoada, então, a procura por juízes empáticos pelo ex-Presidente Obama faria todo sentido, isso considerando os argumentos então defendidos por Colby.

Por fim, abordaremos a última das 4 etapas que compõem a argumentação construída por Colby a favor da empatia no processo de tomada de decisão judicial, que se refere à detecção dos pontos cegos de empatia. Este autor reconhece que todos nós estamos vulneráveis a nos identificarmos mais com algumas pessoas do que com outras e, como já mencionamos, inclusive há pesquisas com evidências nesse sentido, ou seja, que os indivíduos tendem a ser mais empáticos com pessoas que julgam ser mais familiares ou semelhantes em

---

[80] Ver a nota 213 em Colby (2012, p. 1988)

[81] Ver a nota 214 em Colby (2012, p. 1988)

[82] Outra relevante contribuição da neurociência foi a recente descoberta dos neurônios-espelho, adicionado oxigênio ao debate sobre o fato de a empatia ser algo nato do ser humano e exercitável. O processo em torno dessa descoberta se refere ao fato de que, "*ao observar os movimentos de outra pessoa, os neurônios-espelho localizados no córtex sensorial poderiam disparar e pré-ativar o córtex motos do observador, deixando-o predisposto a agir e até mesmo executar, subliminarmente, movimentos semelhantes àqueles da pessoa observada*" Esse processo e forma de reflexo, segundo os estudiosos, teria repercussões relevantes para a produção e exercício de empatia, pois essa "pré-ativação" do sistema motor possuiria o capacidade potencial de fazer com o que o observador se torne apto a sentir as emoções da similares às emoções que produziriam os movimentos na pessoa alvo, ou à emoção que é expressada pela pessoa observada. Adverte-se que a utilidade essa informação dependerá do conceito de empatia, se emoção ou se capacidade/habilidade de compreensão (SAMPAIO; CAMINO; ROAZZI, 2009).

algum sentido, seja racial, cultural, socioeconômica, do que, comparativamente, com pessoas que não possuem qualquer semelhança. Também como já fora abordado, consequentemente, os magistrados tendem a atribuir maior peso às alegações da parte que ele, ainda que inconscientemente, considerou lhe ser mais semelhante. Um exemplo é que em casos de discriminação sexual. Estudos mostraram que magistradas tendem a decidir diferente dos magistrados, enquanto em outros casos essa diferença não foi observada de forma tão evidente (COLBY, 2012, p. 1990).

A superação do "ponto cego empático" abordado por Colby é justamente nesse sentido: o juiz reconhecer e querer superar sua inclinação natural de se identificar mais com uma parte ou com outra, pelo que, segundo o autor, os juízes devem ter mais empatia com aqueles que são mais diferentes e desconhecidos para eles e cujos interesses e perspectivas eles tendem a subestimar naturalmente. Isto é, a chave para um bom julgamento, na proposta de Colby, é tanto o desejo como a capacidade de superar a inclinação natural de maior identificação com aqueles cujas experiências e circunstâncias se assemelham àquele(a) que está julgando. Portanto, os juízes também devem ter empatia com aqueles indivíduos que lhe são menos familiares e mais desconhecidos, seja pelo contexto social, pela religião, pela opção sexual, pela etnia, cujas perspectivas, pelo desconhecimento, poderiam ser mais bem compreendidas com a empatia. (COLBY, 2012, p.1991)

CONCLUSÃO

A campanha presidencial de Barack Obama, ex-Presidente dos Estados Unidos, colocou a empatia em uma posição central de debate, principalmente sobre possibilidade de utilização da empatia no cenário jurídico. Isto porque, como já mencionado em alguns trechos desta pesquisa, o então candidato à Presidência, considerou a empatia como um atributo essencial àqueles juízes que fosse nomear. Parece que, a partir daquele momento, por motivos diversos, a empatia ganhou um rótulo de "perigo", ou melhor, uma rotulagem de "ameaça à imparcialidade".

O que se notou é que, grande parte da discussão existente em torno da empatia em âmbito jurídico (como por exemplo, se aplicada ao processo de tomada de decisão judicial lesionaria a imparcialidade ou não, ou ainda, se é desejável juízes empáticos em um ordenamento jurídico) pode ocorrer pela inexistência de um conceito de empatia com contornos bem definidos. Acredita-se que havendo uma definição uniforme sobre o termo, o debate existente em torno da empatia seria menos polarizado e mais produtivo.

Foi possível observar que o objetivo da pesquisa consistiu em analisar a conveniência do emprego da empatia no processo de tomada de decisões judiciais, sob o pano de fundo da imparcialidade. Vimos que, para alinhar todas essas as ideias precisaríamos recorrer à moral como forma de conexão entre todos esses elementos. Em certa medida, muito das atividades jurídicas, desde a criação das leis até sua aplicação – o que implica no julgamento judicial - envolvem algum julgamento moral. E que, tanto o Direito como a moral, são formas de regulação da conduta humana em sociedade. Observamos que a filosofia moral trabalha com dois grupos de opiniões sobre o fundamento dos juízos morais, aqueles que sustentam que o fundamento do juízo moral seria a razão, pelo que então foram denominados de racionalistas morais e aqueles que acreditam que a base do juízo moral está nos sentimentos, sendo este grupo denominado de sentimentalistas morais, que forneceram argumentos e abriram o caminho para que pudéssemos relacionar empatia, moral e depois, o Direito.

Contudo, apesar de o pensamento jurídico tradicional parecer ser adepto ao racionalismo moral, movimento contrário ao sentimentalismo, ainda não houve um ponto final para essa "discussão" sobre qual seria a base dos juízos morais, a razão, para os racionalistas ou o sentimento, para os sentimentalistas. O que parece, todavia, é que há um movimento de expansão de estudos sobre a empatia no campo do Direito, seja com interação da Filosofia,

Psicologia, Antropologia e até mesmo Neurociência, o que pode levar a crer que a ideia transmitida pela teoria dos sentimentalistas pode vir a ganhar mais espaço.

Ainda, com o intuito de alcançar o objetivo proposto, procuramos tentar entender o que de fato representa a imparcialidade judicial, buscando, para tanto, argumentos na legislação, qual seja, Código de Processo Civil e no Código de Ética da Magistratura, sem prejuízo do que ensina a doutrina nesse sentindo, assim como, buscamos argumentos e visões a partir da fala dos próprios magistrados, com o que muito contribui a obra de Bárbara Gomes Lupetti Baptista, citada em vários momentos desta pesquisa. A partir desse cotejo de elementos, ou seja, daquilo que está na legislação e livros, com aquilo que, de fato, ocorre nos corredores e gabinetes dos Tribunais e Fóruns, percebemos que há um ruído. Na prática, quando se adentrou na vivência rotineira de julgamentos por juízes e desembargadores, a imparcialidade pareceu ser um mito, uma meta a ser alcançada, inclusive, sendo essa conclusão relatada pelos próprios juízes, desembargadores, promotores e demais operadores de direito, como vimos na obra da autora citada acima.

No que se refere a análise da integridade da imparcialidade frente ao emprego da empatia no processo de tomada de decisões judiciais, trouxemos a contribuição de autores que possuem opiniões opostas. Contudo, verificamos, que esse “embate” de entendimentos sobre a empatia ocorre pelo fato de cada autor adotar um conceito diferente de empatia, ou seja, mais uma vez, há um debate ocasionado por uma falta de precisão do significado de empatia.

Isto porque, se o conceito de empatia for considerado como uma emoção vicária, uma experiência ao estado emocional do outro ou como algo que envolve uma correspondência de emoções, como sugeriram respectivamente Jesse Prinz e Noel Struchiner, de fato, a empatia pode se apresentar perniciosa à imparcialidade judicial, contribuindo para um julgamento tendencioso, recheado de vieses dos mais variados tipos, pois, segundo Prinz (2011b, p. 225-227), a empatia pode levar ao tratamento preferencial, pode ser facilmente manipulada, ser altamente seletiva, estar sujeita a efeitos de proximidade, dentre outros argumentos que abordamos ao longo do trabalho.

Ademais, Struchiner (2011, p. 17) vai dizer que o julgamento judicial baseado na empatia pode não ser uma “boa jogada”, por muito dos motivos já listados por Prinz, mencionado que a empatia estaria sujeita a fácil manipulação, que a empatia pode promover descontos morais, que às vezes a empatia pode ser utilizada de forma imprudente, que a empatia pode estar ligada à predileções sendo altamente seletiva, pode ainda estar sujeita a pequenos vieses como o “efeito fofura” (STRUCHINER, 2011, p. 17-20), e que a imparcialidade poderia,

sim, ser uma ameaça à imparcialidade à justiça, bem como ao bem comum (STRUCHINER, 2011, p. 23).

Por outro lado, como vimos, Thomas Colby considerou a empatia como uma capacidade de compreensão da perspectiva da outra pessoa, combinada com a capacidade emocional de entender e sentir as emoções do outro naquela situação, ou seja, combina aspectos cognitivos e emocionais em sua conceituação. Ou seja, se a empatia for compreendida desta forma, ela seria um instrumento essencial para um julgamento justo, imparcial e eficaz.

Os argumentos de Colby, para sustentar essa afirmação, como já abordamos, foram apresentados em 4 etapas: (i) o sentido da empatia judicial; (ii) a importância da exata compreensão das perspectivas de todas as partes envolvidas no julgamento judicial; (iii) conhecer as diferenças de capacidade de empatia e por último (iv) detectar os pontos cegos da empatia. Desta forma, bem alinhados todas essas etapas das quais já falamos anteriormente, o emprego da empatia no processo de tomada de decisão judicial é que garantiria uma decisão imparcial e justa.

Nessa mesma linha de raciocínio, no que se refere à semelhança do conceito de empatia, se considerarmos a definição de Lee, a empatia aqui também seria a garantidora de um julgamento imparcial. Isto porque Rebecca Lee entende que a empatia deve ser pensada como a capacidade de compreender melhor – através do conhecimento e do sentimento – a perspectiva do outro, ao tentar enxergar os fatos a partir do lugar desta pessoa, no sentido de ser pensada como um esforço para entender, tanto quanto possível, as perspectivas do outro .

Essa forma de concepção de empatia, garantiria que os juízes não gravitassem em direção àquelas reivindicações mais familiares a eles e mais semelhantes à maneira e à posição de que enxergam o mundo, pois os magistrados, confiando em suas próprias experiências e interpretações, podem favorecer a história que lhes pareça mais familiar, sem procurar de fato compreender a perspectiva da parte que lhe é menos familiar, o que pode ensejar em uma parcialidade. Ou seja, o objetivo é garantir que um litigante não seja beneficiado, ainda que de forma inconsciente ou automática, pelo fato de que um juiz pode vir a compreender melhor a situação de um litigante por estar mais familiarizado com aquela situação (LEE, 2013, p. 155). Ainda de acordo com Lee, a imparcialidade judicial requer empatia e, ter empatia com os litigantes, significa que o juiz refletiu profunda e cuidadosamente sobre as alegações dos litigantes, à luz de suas situações humanas (LEE, 2013, p. 158).

Inclusive, Lee faz uma espécie de crítica ao principal símbolo da justiça: a Deusa da Justiça, Themis: a retratação de uma mulher geralmente vendada e segurando uma balança em suas mãos. Convencionalmente, o objetivo da venda nos olhos de Themis é justamente a

imparcialidade, pois ela não veria as diferenças entre as partes em litígio, não importando sua classe social, nível de instrução ou qualquer outra coisa, ou seja, o litigante seria julgado estritamente conforme as leis. Contudo, o entendimento de Lee sobre uma justiça cega, ou melhor, vendada, é justamente o contrário. Para ela, a venda, pode ocasionar um efeito exatamente oposto, encorajando que o juiz veja o caso de maneira geral, sem enxergar a especificidades importantes de cada caso. A venda, então criaria um obstáculo para compreensão de toda informação pertinente que daria suporte a uma decisão judicial com empatia, de modo que deveria ser eliminada dos olhos da justiça, para que o juiz pudesse ver e conhecer as partes envolvidas e, então, levasse em consideração suas circunstâncias e perspectivas com base em suas características específicas. Ademais, a necessidade de uma visão judicial e de levar em consideração o contexto em que as partes estão envolvidas, é ainda mais crítica à luz das desigualdades históricas e da segregação de indivíduos na sociedade por conta de sua etnia, raça, gênero e demais fatores. Em suma, para Lee, o engajamento com os detalhes do caso, não prejudicaria o compromisso com a imparcialidade, mas, na verdade, o sustentaria (LEE, 2013, p. 165-167).

Analisados os conceitos de empatia e a respectivas consequências dessas definições na análise de um possível prejuízo à imparcialidade, nos dedicaremos agora a levantar algumas questões relevantes. Mesmo aqueles que podem ser classificados como “defensores” da empatia na tomada de decisão jurídica imparcial, apontam que a empatia não seria o remédio para todos os males. Isto porque, a empatia pode ter os seus próprios “problemas”.

O primeiro deles é relacionado com uma questão que foi trazida por Colby: se empatia em julgar significa compreender e apreciar o elemento humano do caso para com todos os envolvidos, então, qual seria o motivo de o ex-Presidente Obama se concentrar tanto na busca por juiz que tenha empatia com grupos específicos, isto é, com o “pobre, ou afro-americano, ou gay, ou deficiente, ou idoso (COLBY, 2012 p. 2001, nota de rodapé n° 273)”?

Segundo Colby, a resposta derivaria do que ele chama de “ponto cegos empáticos”, como chegamos a ventilar anteriormente. Ele explica que, todos os juízes, exceto aqueles que fossem psicopatas, certamente terão empatia, em algum grau, com alguma das partes. E que, todos temos, inclusive os juízes, uma inclinação a ter mais empatia com aqueles que são mais parecidos conosco, em sentido de perspectivas, experiências e situações. Ele parte do princípio que magistrados provavelmente tiveram educação privilegiada, importante experiência profissional, seja como advogado ou outros cargos públicos e, considerando isso, em determinado contexto, os juízes tenderiam, ainda que inconscientemente a ter empatia com os partidos de elite, com os poderosos e com pessoas de profissão aproximada.

Considerando esse cenário, ele propõe que uma maneira de garantir que os interesses de grupos específicos (pobre, afro-americano, gays, deficientes e idosos) sejam compreendidos e valorizados no Judiciário é procurar garantir que mais membros desses grupos tenham a oportunidade de serem nomeados como juízes (considerando o sistema judiciário americano). Isto porque, como esses possíveis membros tenderiam a ter empatia com integrantes desses grupos, ou seja, com eles mesmos, o Judiciário, então, levaria em conta seus interesses. Aponta, inclusive, que essa seria uma das razões por trás do grande apelo por uma maior diversidade na composição dos Tribunais Superiores, como sugeriu Obama (COLBY, 2012, p. 2002).

De outro lado, Rebecca Lee vai apontar um outro "problema" da empatia, no sentido de reconhecer que, até um certo ponto, a capacidade empática é um traço inato do ser humano, se apoiando no poder de desenvolvimento empático que todos nós possuímos, com exceção dos psicopatas que não poderiam desenvolver empatia porque não a tem. A proposição de Lee faz todo sentido, isso porque, é razoável considerarmos que nem todas as pessoas possuem o mesmo grau de empatia ou capacidade empática. O que Lee propõe então, é que a capacidade empática pode ser desenvolvida e aperfeiçoada por meio da leitura, de preferência literatura, romances e biografias (LEE, 2013, p. 168).

A explicação para essa recomendação seria devido ao fato de que, com a leitura, principalmente dos tipos mencionados acima, seria aberta uma janela para, de alguma maneira, vivenciar a vida, as emoções, as sensações, os pensamentos, as decisões de outras pessoas, além de propiciar o exercício da imaginação ao sair de seu próprio contexto para ver situações diferentes, de pontos de vistas diferentes. Explica que o elo entre a leitura e a empatia pode ser adicionalmente explicada pela a atividade frequente de o leitor imergir na narrativa e entrar na mente dos personagens. A literatura, como coloca, seria muito útil para perceber e pensar sobre as diferentes histórias de vida das pessoas, o que expandiria a nossa compreensão individual e perspectivas em relação aos outros. A autora exemplifica com a biografia[83] da própria Juíza

---

[83] SOTOMAYOR, Sonia. **My Beloved World**. [S.l.] Vintage USA, 2014. Sinopse: The first Hispanic and third woman appointed to the United States Supreme Court, Sonia Sotomayor has become an instant American icon. Now, with a candor and intimacy never undertaken by a sitting Justice, she recounts her life from a Bronx housing project to the federal bench, a journey that offers an inspiring testament to her own extraordinary determination and the power of believing in oneself. Here is the story of a precarious childhood, with an alcoholic father (who would die when she was nine) and a devoted but overburdened mother, and of the refuge a little girl took from the turmoil at home with her passionately spirited paternal grandmother. But it was when she was diagnosed with juvenile diabetes that the precocious Sonia recognized she must ultimately depend on herself. She would learn to give herself the insulin shots she needed to survive and soon imagined a path to a different life. With only television characters for her professional role models, and little understanding of what was involved, she determined to become a lawyer, a dream that would sustain her on an unlikely course, from valedictorian of her high school class to the highest honors at Princeton, Yale Law School, the New York

Sonia Sotomayor que familiarizaria o leitor com as circunstâncias e histórias particulares de sua vida, mostrando como ela em todos as fases de sua vida tentava ver os fatos pelas perspectivas dos outros.

Além disso, Lee propõe uma outra sugestão: admite que exercer empatia não significa que a compreensão real da situação e contexto do outro será perfeitamente alcançada, sendo que pode ser provável que ocorra uma compreensão imprecisa ou incompleta do cenário e das necessidades dessa outra pessoa. Considerando isso, propõe que os juízes façam mais perguntas às partes para tentar chegar ao mais próximo da real compreensão da história e da perspectiva daquela parte e, sempre que possível, os magistrados devem procurar desenvolver sua capacidade empática, ainda que não nesses moldes propostos.

Em vista dos argumentos apresentados, em resumo, foi possível seguinte conclusão: avaliação da conveniência da empatia no processo de tomada de decisão judicial vai depender do conceito de empatia que for adotado. Isto porque, se adotarmos uma acepção de empatia como sendo uma emoção vicária ou compartilhamento de emoções, um julgamento com empatia não será o melhor caminho para a tomada de uma decisão jurídica imparcial, pelos motivos já comentados. Ao passo que, se for adotada uma definição de empatia no sentido de uma capacidade de compreensão da perspectiva de outra pessoa, através do conhecimento e do sentimento, o julgamento com empatia pode ser, sim, o melhor caminho.

Isto porque, o emprego da empatia ao processo de tomada de decisão judicial não alterará o equilíbrio da balança da Justiça, aquela que Themis tem em suas mãos, mas utilizará a empatia como uma ferramenta para determinar o peso adequado a ser colocado em cada um dos pratos da balança, para que então possam tomar suas decisões de forma equilibrada. A empatia, portanto, compreendida corretamente, não é uma ameaça à imparcialidade, mas sim uma garantia, uma ferramenta para sua manutenção.

County District Attorney's office, private practice, and appointment to the Federal District Court before the age of forty. Along the way we see how she was shaped by her invaluable mentors, a failed marriage, and the modern version of extended family she has created from cherished friends and their children. Through her still-astonished eyes, America's infinite possibilities are envisioned anew in this warm and honest book, destined to become a classic of self-invention and self-discovery. Disponível em: <https://www.travessa.com.br/my-beloved-world/artigo/81e6c216-ffce-4ee6-a235-6a386d3744dd>. Acesso em 22 jul. 2019.

REFERÊNCIAS

BALIEIRO, Marcos Ribeiro. **Razão e Sentimento na Teoria Moral de Hume**. 2005. Tese (mestrado). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005. Disponível em: <http://filosofia.fflch.usp.br/sites/filosofia.fflch.usp.br/files/posgraduacao/defesas/2005_mes/diss_05_mes_marcosbalieiro.pdf>. Acesso em 20 jul. 2019.

BANDES, Susan A. Empathetic Judging and the Rule of Law. **Cardozo Law Review De Novo**. p. 133, 2009. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1431230>. Acesso em 19 jul. 2019.

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Paradoxos e ambiguidades da imparcialidade judicial**: entre "quereres" e "poderes". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013.

BLOOM, Paul. **Against Empathy**. The Case for Rational Compassion. [S.l.]. Ecco, 2016.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CESTARI, Roberto; NOJIRI, Sérgio. Interpretações históricas do realismo jurídico. In: LEMOS JUNIOR. Eloy P.; TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; FREITAS, Lorena de Melo. **Teorias da decisão e realismo jurídico**. XXIV Encontro Nacional do CONPEDI – UFS. Organização CONPEDI/UFS. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 142-166. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/c178h0tg/k4yol24r/d3rSJOQt4c69Nqnx.pdf>. Avesso em 19 jul. 2019.

CHRISMANN, Pedro Henrique Veiga. **Repensando as sanções**: uma análise interdisciplinar do fenômeno punitivo. Rio de Janeiro: PUC-Rio, Departamento de Direito, 2013. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=22214@1 >. Acesso em 20 jul. 2019.

COLBY, Thomas B. In defense of judicial empathy. **Minnesota Law Review**, v. 96, p.1944-2015, 2012. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2180945>. Acesso em 19 jul. 2019.

CONFIRMATION Hearing on the Nomination of Hon. Sonia Sotomayor, to be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States. Hearing before the Committee on the Judiciary United States Senate. One hundred eleventh Congress. First Session. July 13-16. U.S. Washington: Government Printing Office, 2010. Serial n. J-111-34. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-CHRG-SOTOMAYOR/pdf/GPO-CHRG-SOTOMAYOR.pdf>. Acesso em 20 jul. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Código de Ética da Magistratura Nacional**. Brasília, DF, 26 ago. 2008. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/publicacoes/codigo-de-etica-da-magistratura>. Acesso 23 jun. 2019.

FIGUEIREDO, Herberth Costa; NUNES, Franciso de Assis Teles. A Fundamentação do Direito em Herbert Hart. **Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão**. Juris Itinera/Procuradoria Geral de Justiça. n. 24, p. 35-53, jan/dez 2017. São Luís: PGJ, 2017.

Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-MP-MA_n.24.pdf>. Acesso em 19 jul. 2019.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. Entendendo a Filosofia do Direito: tese da separação entre direito e moral x tese da conexão. **GenJurídico**. 06 set. 2017. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/09/06/entendendo-filosofia-do-direito-tese-separacao-direito-moral-x-tese-conexao/>. Acesso em 17 de julho de 2019.

GALDINO, Flavio. Princípio da imparcialidade judicial. In: TORRES, Ricardo; GALDINO, Flávio; KATAOKA, Eduardo. **Dicionário de princípios jurídicos**. São Paulo: Elsevier, 2011, p. 539-595.

GARCEZ, Bruno. Primeira hispânica é confirmada para a Suprema Corte dos EUA. **BBC Brasil**. Washington, 6 ago. 2009. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2009/08/090806_sotomayor_rc>. Acesso em 20 jul. 2019.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4a ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano.** Brasília: edição do autor, 2013.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 7a ed. São Paulo: Saraiva, 2016

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teórica e prática. 4a ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

HORTA, Ricardo de Lins e. Argumentação, Estratégia e Cognição: Subsídios para a Formulação de uma Teoria da Decisão Judicial. **Revista Direito e Liberdade**, v. 18, n. 2, p. 151-193, mai/ago 2016. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/314154413_Argumentacao_Estrategia_e_Cognicao_Subsidios_para_a_formulacao_de_uma_teoria_da_decisao_judicial>. Acesso em: 23 jun. 2019.

HUME, D. **O Tratado da Natureza Humana**. São Paulo: Editora Unesp, 2009

KAHNEMAN, Daniel Rápido e devagar [recurso eletrônico]: duas formas de pensar / Daniel Kahneman; tradução Cássio de Arantes Leite. - Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KELSEN, HANS. **Teoria Pura do Direito**. 6a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEE, Rebecca K. Judging Judges: Empathy as the Litmus Test for Imparciality. **University of Cincinnati Law Review**, v. 82, p. 145, 2013. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2460626>. Acesso em 19 jul. 2019.

LOPES, Mônica Sette. O Realismo Jurídico: O Discurso Jurídico e a Apreensão da Realidade Pontual. **Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais**, n. 45, 2004. Disponível em:

<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1298/1230>. Acesso em 19 jul. 2019.

MAIBOM, Heidi L. (Almost) Everything you ever wanted to know about empathy. In: MAIBOM, Heidi L (ed.). **Empathy and Morality**. New York: Oxford Scholarship University Press, 2014. p. 1-40. Disponível em: <https://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199969470.001.0001/acprof-9780199969470>. Acesso em 19 jul. 2019.

NA ÍNTEGRA: Luís Roberto Barroso vota para negar habeas corpus a Lula. Produção: G1 Globo. 4 abr. 2018 (77 min.). Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/playlist/videos-julgamento-do-habeas-corpus-de-lula-no-stf.ghtml>. Acesso em 20 jul. 2019.

NEGOWETTI, Nicole E. Judicial Decisionmaking, Empathy, and Limits of Perception. **Valparaiso University Legal Studies Research Paper**, n. 12-15, 2012. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2164325>. Acesso em 19 jul. 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

NOJIRI, Sergio. **O Direito Irracional**: emoção e intuição no processo de tomada de decisão judicial. 206 p. Tese (Livre Docência). Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2019.

NOJIRI, Sergio. Decisão judicial. In: CAMPILONGO, C. F.; GONZAGA, A. A.; FREIRE, A. L. (coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP.** Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/57/edicao-1/decisao-judicial>. Acesso em 20 jul. 2019.

NUSSBAUM, M. **Poetic Justice**: The Literary Imagination and the public life. Boston: Beacon Press, 1995.

OBAMA diz o que quer de candidato para a Corte Suprema dos EUA. **Último segundo ig.** Washington, 23 mai. 2009. Disponível em: <https://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/obama-diz-o-que-quer-de-candidato-para-a-corte-suprema-dos-eua/n1237631118963.html>. Acesso em 22 jul. 2019.

PASSOS-FERREIRA, Claudia. Em Defesa da Empatia: uma resposta a Prinz. In: WILIGES, Flavio; FISCHBORN, Marcelo; COPP, David (org.).**O lugar das emoções na ética e na metaética**. Pelotas: NEPFIL On Line, 2018 (Série Dissertatio de Filosofia). p. 137-176. Disponível em: <https://www.academia.edu/37470312/O_Lugar_das_Emo%C3%A7%C3%B5es_na_%C3%89tica_e_na_Meta%C3%A9tica>. Acesso em 19 jul. 2019.

PERFIL: Ministro Marco Aurélio de Melo. Presidente do Superior Tribunal Eleitoral. **Revista In Verbis**. Edição n° 3, set. 1996. Rio de Janeiro: Instituto dos Magistrados do Brasil (IMB), 1996. Disponível em: <http://www.imb.org.br/arquivos/InVerbis03/inv03.html#/6>. Acesso em 20 jul. 2019.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção**: aspectos da lógica da decisão judicial. 6a ed. São Paulo: LTr, 2013.

PRINZ, Jesse J. Against Empathy. **The Southern Journal of Philosophy**, v. 49, Spindel Supplement, 2011. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.2041-6962.2011.00069.x>. Acesso em 19 jul. 2019.

PRINZ, Jesse. Is Empathy Necessary for Morality?. In: COPLAN, A; GOLDIE, P. (eds.). **Empathy:** Philosophical and Psychological Perspectives. Oxford University Press. p. 211-229, 2011. Disponível em: <http://subcortex.com/IsEmpathyNecessaryForMoralityPrinz.pdf>. Acesso em 19 jul. 2019.

QUINTANILHA, Flavia Renata. A concepção de justiça de John Rawls. **Intuitio**. Revista do PPG em Filosofia da PUCRS. v. 3. n. 1. Porto Alegre, p. 33-44, 2010. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/intuitio/article/view/6107/5176>. Acesso em 19 jul. 2019.

ROSA, Alexandre Morais da; GOULART, Juliana Ribeiro. O "efeito filhas" na empatia e decisão judicial. **Empório do Direito**. 25 mai. 2016. Disponível: <https://emporiododireito.com.br/leitura/o-efeito-filhas-na-empatia-e-decisao-judicial>. Acesso em 19 jul. 2019.

ROSÁRIO, Marcelle Coelho de. **Empatia Judicial**: uma proposta compatibilista. 2015. Dissertação (Mestrado). Programa de pós-graduação em Filosofia. Universidade Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. São Leopoldo, RS, 2015. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3919/Marcelle+Coelho+do+Rosario.pdf;jsessionid=43B0F7C56E5BD9360CBF2D5C1E241B07?sequence=1>. Acesso em 19 jul. 2019.

SAMPAIO, Leonardo Rodrigues; CAMINO, Cleonice Pereira dos Santos; ROAZZI, Antonio. Revisão de aspectos conceituais, teóricos e metodológicos da empatia. **Psicologia: ciência e profissão.** Brasília, v. 29, n. 2, p. 212-227, jun. 2009. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932009000200002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 16 jul. 2019.

SADDLEBACK Civil Forum Presidency. 2008-08-16. Culture of Empathy. 2008. Disponível em: <http://cultureofempathy.com/Obama/SpeechIndex.htm>. Acesso em 20 jul. 2019.

SILVA, Lucas Batista da. **David Hume e a simpatia**: em busca de uma ética não antropocêntrica. 2013. Dissertação (mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Filosofia, 2013. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/28328/28328.PDF>. Acesso em 19 jul. 2019.

SMITH, Adam. **Teoria dos Sentimentos Morais**. Ou Ensaio para uma análise dos princípios pelos quais os homens naturalmente julgam a conduta e o caráter, primeiro de seus próximos, depois de si mesmos, acrescida de uma dissertação sobre a origem das línguas. Tradução de Lya Luft. Revisão Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SOUZA, Artur César. **A Parcialidade Positiva do Juiz**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2008.

STOLZ, Sheila. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. **Revista Direito GV**. v. 3, n. 1, p. 101-119, jan-jul. 2007. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35200/34002>. Acesso em: 17 jul. 2019.

STRUCHINER, Noel. No empathy towards empathy. Making the case for autistic decision-making. In: **The Nature of Law**: Contemporary Perspectives, 2011, Hamilton. The Nature of Law: Contemporary Perspectives, 2011 Disponível em: <http://www2.udg.edu/Portals/89/Filosofia%20Dret/textos%20seminaris/just%20say%20no%20empathy%20discussion%20draft.pdf>. Acesso em 19 jul. 2019.

STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza. Direito & Emoções: uma proposta de cartografia. In: STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza. **Novas Fronteiras do Direito**: Da Filosofia Moral à Psicologia Experimental. Rio de Janeiro: PoD: PUC-Rio, 2014.

TAVARES, Rodrigo de Souza. **Direito e Sensibilidade**. Uma abordagem sentimentalista das relações entre Direito e Moral. 2013. 174 f. Tese (doutorado). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2013. Disponível em: <http://www.dbd.puc-rio.br/pergamum/biblioteca/php/mostrateses.php?open=1&arqtese=0921363_2013_Indice.html>. Acesso em 20 jul. 2019.

WAAL, Frans de. **A era da Empatia**: Lições da natureza para uma sociedade mais gentil. tradução de Rejane Rubino. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.