

## **Dogmática Jurídica**

Escrito por Atahualpa Fernandez\* e Atahualpa Fernandez Bisneto\*\*

*“Para que el mundo viva en orden es imprescindible que los comportamientos humanos puedan justificarse caballerosamente y, con Freud o sin él, nadie está dispuesto a reconocer en público lo que quizás no niegue en la esfera de su intimidad. Puesto que el sistema político ha decidido que las sentencias se deducen de razonamientos lógicos, no es prudente abrir las puertas de la bodega para dejar que salgan los fantasmas de la irracionalidad o las alimañas del decisionismo.”*

A. NIETO

Analisar o problema da dogmática jurídica pressupõe a necessidade de considerar, em primeiro lugar, que se vale a pena insistir no tema de seu estudo e caracterização é para sublinhar que se trata de um saber que tem, sobretudo, uma finalidade prática, destinada a dirigir e corrigir o funcionamento do sistema jurídico no momento da aplicação, da interpretação e da produção do direito. Em segundo lugar, que o atrincheiramento da dogmática no âmbito exclusivo da “ciência do direito” representa sempre o risco de oferecer uma visão excessivamente reducionista do fenômeno jurídico.

Acusadamente no que se refere a sua finalidade prática, o problema principal consiste em responder à questão de se a dogmática exerce um papel significativo nas decisões dos tribunais de justiça (controlando possíveis fontes de arbitrariedade e irracionalidade) ou se, pelo contrário, tal como denunciam alguns críticos, representa uma atividade estéril para a prática jurisdicional. A melhor resposta a essa pergunta parece dar a impressão de que a imensa maioria dos trabalhos de dogmática que se levam a cabo na atualidade adoece de uma espécie de aliança ímpia tácita entre a verborrêia relativista pós-moderna e pós-estruturalista, anti-científica e anti-racionalista, e uma retórica autocomplacente, pretendidamente muito “científica”, dominada, sobretudo, por um positivismo e/ou jus naturalismo substancial ontológico e pela teoria da eleição racional: enquanto os pós-modernos fogem da realidade social, científica e política com delirantes imposturas, os outros, os “científicos”, os “filósofos do direito” e os “teóricos da hermenêutica” fogem da realidade social e científica construindo triviais pseudomodelos teóricos que não passam, com frequência, de grotescas paródias argumentativas sem qualquer escrutínio empírico minimamente sério, senão carentes da menor autoconsciência respeito da realidade biológica que nos constitui, dos problemas filosóficos e neuropsicológicos profundos que implica qualquer teoria da ação intencional humana, e em particular, de uma “teoria da racionalidade” compatível com um modelo darwiniano sensato sobre a natureza humana (Rose, 2000).

De fato, a dogmática (e a metodologia) contemporânea do direito se parece – para utilizar uma expressão forte, mas gráfica – a um cemitério de idéias mortas. Ali crescem, se reproduzem e morrem a diário distintas e muito heterogêneas concepções sobre o que é, sobre o que deveria ser e sobre como aplicar o direito. Cada uma das correntes, cada um dos autores, defende seu próprio conceito de interpretação e aplicação do direito, de argumentação jurídica, de racionalidade, de justiça... E surgem assim as Escolas, com seus discípulos e mestres (e não poucas vezes com seus lacaios e mentores). Não sem razão já se disse – com ironia – que a disciplina jurídica é um templo

com sacerdotes e Bíblias muito distintas e com credos contraditórios. É neste templo, donde os sacerdotes formulam suas teorias propondo fórmulas e técnicas, critérios e receitas para fazer do direito uma disciplina mais justa e racional. Dentro destas propostas existe, por certo, uma grande variedade de opiniões, encontrando-se desde aqueles que postulam incondicionalmente a racionalidade dos discursos jurídicos, até aqueles que renegam de tal possibilidade restringindo-se mais bem às doutrinas do escepticismo e do desencanto (Salas,2007).

É nessa paisagem teoricamente anfibológica, hermeticamente cerrada e cognitivamente hostil à realidade por parte da dogmática jurídica que os juristas fiéis à “pureza do direito” parecem estar sempre imunes a toda argumentação que não se ajuste ao seu dogmático e quase místico sistema de crenças. Um tipo de resistência construída durante anos de condicionamento e cujo resultado é a incapacidade de ver também o que não estão acostumados a ver ou que não têm de antemão na cabeça, isto é, de recordar, insistir e notar somente os fatos que confirmam suas respectivas crenças e olvidar aqueles que as desafiam.

Como conseqüência de tudo isso, os escritos de dogmática, longe de ser um fator de humanização e de adequada dinamização da cultura jurídica, contribuem a manter as coisas como estão. Para dizê-lo brevemente, a dogmática jurídica não somente persiste em oscilar entre um pós-modernismo “sem sentido” e/ou um acusado formalismo que se corresponde com uma fase já periclitada da cultura jurídica, senão que também persevera em formular construções doutrinárias cuja principal característica e “utilidade” é a de servir como mero mecanismo de legitimação posterior à decisão. Limita-se a outorgar às decisões dos juízes um aspecto de “cientificidade”, de “racionalidade”, de “objetividade” e valor epistemológico que do contrário, se supõe, não teriam. Nas certas palavras de Rüdiger Lautmann (1972): “As citações literárias nos escritos das sentenças cumprem essencialmente, uma função de persuasão; ditas citações buscam outorgar à sentença a aparência de correção e de dignidade científica”.

Rüthers (1999) fala, por sua parte, de uma “função de oferta” da dogmática, pondo em evidência como o uso de uma determinada construção depende de se esta lhe serve a alguém para justificar “racionalmente” sua decisão (ainda que seja arbitrária e completamente irracional). Parafraseando a Erich Kaufmann se poderia dizer, com uma frase certamente um pouco forte, que “la dogmática es la puta del derecho”. Presta seus serviços àquele que a necessita para satisfazer suas pretensões pseudo-científicas. Se vende impudicamente ao melhor pagador. Entrega-se nos braços de quem (por vaidade ou por dinheiro) lhe faz propaganda a seu «saber». A dogmática se encarrega, pois, de outorgar aos juízes, seja nos casos fáceis ou nos casos difíceis e controvertidos, um catálogo de argumentos e opiniões de distinta ordem, para que escolham a que melhor lhes pareça e fundamentem dessa forma a decisão que desejam tomar. – Esta seletividade no uso dos argumentos já foi criticamente posta sobre a mesa: “A literatura [dogmática] é selecionada com uma meta totalmente específica, a saber: para legitimar uma decisão firmemente desejada”. (Lautmann, 1972).

Logo, atribuir à dogmática um papel essencial na vida jurídica no sentido de que a ela cabe tornar possível a determinação de limites e a definição de conceitos, uma aplicação segura e calculável do direito, subtraindo-lhe a irracionalidade, a arbitrariedade e a improvisação, é um argumento tremendamente enganoso e falaz. Reduzir o funcionamento, a ordem, a aplicação “segura, racional e calculável” das normas jurídicas ao atual papel desempenhado pela dogmática é atribuir a esta faculdades de decisão e influência que na prática não tem e nem terá jamais. É predicar, sem mais, uma inocente “concepção – missioneira” do “que fazer” jurídico. A dogmática constitui, como muito, algo assim como uma “partitura” (muito trágica, por certo) que pode orientar, em maior ou menor medida, a execução da “peça musical”. Mas jamais há que esquecer que a qualidade dessa

peça depende, finalmente, dos músicos e não do papel!

Seja como for, o certo é que começa a surgir certo consenso (crítico e pouco popular) no sentido de que o atual modelo da dogmática jurídica já não mais atende às atuais exigências de justiça provocadas pela crescente “onda expansionista” do direito. Quer dizer, de que o atual modelo, a despeito das garantias processuais, não parece dispor de mecanismos aptos para resolver o problema de como responder a pergunta central da interpretação jurídica: a de como deve proceder o sujeito-intérprete (no caso, os magistrados) para que os frutos de sua interpretação/aplicação, embora não se possam dizer rigorosa e objetivamente corretos, sejam não obstante razoáveis, satisfatórios e que gozem de uma certa aceitabilidade social, ou, ao menos, para que não possam reputar-se intolerantemente subjetivos e caprichosos, o qual, em direito, se assemelha a uma perigosíssima arbitrariedade que põe em questão nossa própria segurança enquanto cidadãos sob o império da lei.

E uma vez que os operadores jurídicos ainda procedem em relação a este problema de uma forma um tanto quanto arbitrária e inusitada, em que entre o atual modelo dogmático e as exigências de uma justiça razoável, satisfatória e racionalmente aceitável ainda medeia um abismo que nem sequer os gurus da hermenêutica e da argumentação jurídica parecem capazes de superar, o que trataremos de fazer a seguir é fornecer algumas idéias em torno à utilidade do trabalho dogmático, não já como uma atividade puramente teórico-cognitiva, senão como uma práxis social, e cujo valor deve ser avaliado pelo grau com que suas formulações podem ser postas em prática, em que cabe efetuar por meio delas mudanças para o bem de uma comunidade ética de indivíduos em constante processo de construção.

Começaremos por admitir que um passo importante para este tipo de discussão gira em torno à pergunta sobre o que é a dogmática jurídica e qual é (ou deveria ser) sua função real no universo judicial. Toda disciplina representa não só um conjunto de postulados lógicos unidos mais ou menos intra-sistematicamente, senão também um conjunto de atividades de algumas pessoas; quer dizer, uma “forma de vida” (Wittgenstein), cujo substrato básico está dado, irredutivelmente, por experiências $\neg$  vitais, prejuízos, interesses, convicções, crenças e preferências de seus membros. Com razão dizia Oliver Wendell Holmes (1993) há mais de cem anos: “Las necesidades sentidas del tiempo, las teorías morales y políticas dominantes, las intuiciones de la vida pública, permitidas o inconscientes, incluso las preconcepciones que los jueces tienen en común con $\neg$  sus conciudadanos ... han influido mucho más en la determinación de las reglas del Derecho a través de las cuales se gobierna a los hombres, que las deducciones del silogismo”.

Quando definimos a dogmática como uma “forma de vida” não nos referimos, por certo, ao que realizam os operadores do direito em sua esfera pessoal ou íntima, senão no que fazem enquanto membros de uma comunidade ética e jurídica. Isto tem que ver com métodos de trabalho, for $\neg$ mas de aplicação do direito, controle intersubjetivo de seus discursos jurídicos, pertenciam a certas instituições, formação religiosa, vinculação a determinados partidos e ideologias políticas, etc. O fato de compreender que a dogmática é também uma atividade prática ajuda a incorrer em menos erros e ingenuidades e a entender a atividade interpretativa como uma atividade humana e não mecânica, dinâmica e não estática, vital e não morta.

Assim, nos damos conta de que os aspectos que conformam o direito, suas possibilidades de desenvolvimento, sua estrutura interna, etc., não apresentam só a forma ascética e imaculada que revelam os discursos jurídicos dominantes, senão que em sua formação, em sua gênese, em sua estrutura, em sua produção e reprodução, jaz sempre uma luta de interesses, de crenças, desejos,

etc., quer dizer, de fatores não-lógicos e irracionais, em uma incessante dialética do câmbio. Tudo isso conforma a natureza oculta da dogmática jurídica, a qual não existe como entidade ontologicamente neutral, senão que sempre permanece sujeita às mais diversas ideologias e visões de mundo particulares e imperantes em um determinado momento e contexto histórico-social.

Se entendermos a dogmática como uma “forma de vida” dos operadores jurídicos, então muitas coisas alteram seu perfil. Compreende-se assim as lutas intestinas entre as teorias e seus autores, os conflitos entre escolas de pensamentos, as lutas de poder e outras muitas variáveis que tergiversam a sua utilização prático-concreta. A “ciência do direito” cai assim postada ante o lodo que dá base a seus magníficos castelos e palacetes epistemológicos. Os grandes gurus da dogmática se apresentam assim em sua condição humana, quer dizer, em sua condição de homens (e mulheres) que vivem e sobrevivem de uma atividade com escassa repercussão na práxis judicial e cujo núcleo básico de existência é a mera satisfação lúdica que traz aparelhada sua criação e utilização. Os discursos jurídicos nos mostram seu perfil de “dissimuladores” dos múltiplos fatores e influências, conscientes e inconscientes, que condicionam e limitam todo e qualquer processo de decisão.

Tudo isso contribui, indiscutivelmente, a desmitificar, mas também a humanizar, o processo de interpretação, justificação e aplicação do direito, particularmente no que se refere à problemática da “racionalidade jurídica”, isto é, o problema relativo ao fato de que toda a construção hermenêutica e a própria unidade da realização do direito elaboradas pelas teorias contemporâneas estão baseadas, na atualidade, no modo de explicação dominante da teoria da eleição racional, construindo uma imagem sobre a racionalidade que os operadores jurídicos têm no processo de tomada de decisão, construindo uma imagem racional de um processo que parece ser, em si mesmo, irracional.

Explicamos: o conceito (explícito ou implícito) fundamental e dominante de racionalidade é o de que, antes de tudo, os juízes são essencialmente racionais e objetivos em seus juízos de valor acerca da justiça da decisão. Examinam conscientemente e tão bem como podem todos os fatores pertinentes ao caso e ponderam, sempre de forma neutra e não emocional, o resultado provável que se segue a cada uma das eleições potenciais. A opção preferida (“justa”) é aquela que melhor se adequar aos critérios de racionalidade e objetividade por meio da qual foi gerada. A idéia, em síntese, é a de um juiz ideal, plenamente consciente de suas crenças, preferências e desejos que, ademais de dispor de um conhecimento cabal de todas as circunstâncias do caso, pode (e deve) aplicar as normas de forma racionalmente rigorosa.

O problema é que os juízes reais – aliás, como o comum dos mortais - não somente não são plenamente consciente de suas crenças, preferências e desejos, senão que tão pouco contam com conhecimentos tão amplos: devem adotar decisões, na maioria dos casos, em um contexto de informação parcial e incompleta ou, inclusive, em condições de incerteza; conhecem algumas das circunstâncias que o caso exhibe, ainda que quiçá muitas delas não sejam relevantes, e muitas circunstâncias relevantes podem permanecer ignoradas ou somente são conhecidas incompletamente. Da mesma forma, as valorações que orientam as decisões judiciais não são unicamente aquelas preferências, desejos e crenças, muito genéricas, que podem resultar de alguma idéia neutra de justiça, sobre o sentido da lei ou de outros valores um tanto abstratos, senão de preferências pessoais, concretas e circunstanciais que levam ao juiz a aceitar alguma versão sobre os fatos do caso, descartando outras, e a invocar certas normas, pondo de lado a aplicação de outras também válidas.

Pois bem, durante séculos o mundo dos sentimentos e o mundo da inteligência se haviam separado,

porque, demasiado precipitadamente, se identificou inteligência com razão . É certo que as emoções não devem imiscuir-se em uma demonstração matemática ou na manipulação das estruturas lógicas, mas já não podemos simplesmente desconsiderar o fato de que intervém em toda a conduta humana, inclusive na atividade do matemático, que se sente impulsionado por seu trabalho pela curiosidade ou pelo desejo de conhecimento. Tudo o que fazemos o fazemos para manter um estado de ânimo ou para modificá-lo, o que supõe que o mundo emocional está no centro de nossa vida. Quando dizemos que nossa ação está dirigida por valores que pretendemos alcançar ou realizar – estéticos, econômicos, jurídicos, hedônicos, éticos – estamos fazendo referência a sentimentos, porque são eles os que nos proporcionam a experiência valorativa. Daí que não tardou em surgir o interesse pelo estudo da relevância das experiências afetivas no processo de tomada de decisões, com as jurídicas incluídas e para as quais se dirige o enfoque deste artigo.

Que fazer à vista dessas realidades? Nada mais que posicionar-se a favor de uma “racionalidade jurídica reformada”, de um modo de pensar, interpretar e decidir que tome em consideração uma racionalidade que fale explicitamente do pensamento fundado em emoções e discuta seus efeitos. A capacidade de interpretar (de raciocinar e valorar) a tudo e a todos é o correlato e o corretivo de nossa condição humana, que sem nenhum tipo de corretivo poderia lançar-nos em direções letais. Só nós exercemos o agradável privilégio dessa racionalidade (ainda que não absoluta) e só nós somos capazes de por uma nota valor, de justiça e de injustiça em nossas interpretações, em meio de um universo indiferente e desalmado.

Compreender isso, contudo, somente será possível a partir do entendimento acerca da verdadeira natureza do pensamento, para lograr o qual resulta indispensável uma postura crítica e honrada. Se é certo que a eleição moral não pode existir sem a razão (preferências individuais e razão instrumental), não menos certo é a “intuição” (para na dizer a “evidência empírica”) de que é a gama caracteristicamente humana de emoções que produz os propósitos, metas, objetivos, vontades, necessidades, desejos, medos, empatias, aversões e a capacidade de sentir a dor e o sofrimento de outro. Julgamos e decidimos não somente por sermos capazes de razão (como expressam a teoria dos jogos e a teoria da interpretação jurídica) senão porque estamos dotados de certas intuições morais e de determinados estímulos emocionais que caracterizam a sensibilidade humana e que permitem que nos conectemos potencialmente com todos os outros seres humanos.

Dizendo de outro modo, se o fator último de individualização da resposta ou conclusão do raciocínio jurídico não procede do sistema jurídico (ainda que deva resultar compatível com ele), parece óbvio que deve proceder das convicções pessoais do operador do direito. Por conseguinte, a contaminação subjetiva do dado é um fato inevitável, ainda que positivo e oportuno: o saber, e (de maneira preliminar e vaga) o que quero saber, é a condição que me permite compreender a resposta; meus prejuízos são o a priori do qual me sirvo para ver a realidade e sem os quais a realidade mesma me pareceria privada de sentido. E o único modo de possuir uma compreensão o mais objetiva possível é ser consciente dos próprios prejuízos e refletir sobre os mesmos. A pretensão de uma racionalidade absoluta e de neutralidade é o fator principal que “cega” a visão da realidade.

Assim que a frenética busca de uma metodologia que marque os critérios de uma “correta” ou “ótima” determinação dos enunciados normativos parece constituir, em essência, uma pretensão incompatível com os conhecimentos que a realidade já nos aporta: a de desenhar um modelo de extrema racionalidade de algo que se configura essencialmente como uma atividade com acentuados componentes irracionais, isto é, de construir uma imagem ou ilusão racional do que parece ser, em si mesmo, irracional.

O inadequado dessa pretensão se põe de manifesto ao analisar como funciona o cérebro quando formulamos juízos morais acerca do justo ou injusto. A causa dos processos cerebrais associados é preciso aceitar a iniludível presença de elementos não-lógicos e, em geral, a intrusão do valorativo e emocional no raciocínio jurídico. A partir daí, já não resulta aceitável nem legítimo o seguir considerando a tarefa hermenêutica/interpretativa como uma operação ou conjunto de operações regidas exclusivamente por um formalismo carente de toda evidência empírica: a mente humana parece estar carregada de traços e defeitos de desenho que empanam o nosso legado biológico no que se refere à plena objetividade e racionalidade cognitiva.

É definitivamente contra-intuitivo e ilusório supor que a tarefa interpretativa seja concebida como extracranial, enquanto a cognição e a emoção não o são. São produtos de nossa maquinaria cerebral, tanto como são produtos de nosso entorno cultural (isto é, relacionados com uma rede de neuronas disparando potenciais de ação, neurotransmissores cruzando sinapses e interagindo com receptores proteicos ou regiões cerebrais especializadas, devidamente estimulados e condicionados pelo meio circundante). O permanecer de costas aos espetaculares logros das recentes investigações provenientes das ciências cognitivas e da neurociência implica em deixar sem resposta (ou sem sentido) perguntas determinantes que têm que ver, sempre, com a busca de padrões cognitivos e emocionais que funcionam como fatores condicionantes da “racionalidade” humana na tarefa de interpretar e aplicar o direito, isto é, em ignorar os múltiplos fatores e influências, inatas e adquiridas, que condicionam nosso processo de decisão. (Gigerenzer, 2008)

Aqui está sempre presente (embora não exclusivamente, é certo) certo momento pessoal e criativo relacionado com a sempre problemática “racionalidade” humana, isto é, de que o “conhecimento” do direito importa sempre um pouco de “construção” humana do jurídico. Mais claramente: o direito na sua forma concreta de existência (nomeadamente, tal como é “proferido” pelos tribunais) surge sempre e somente no processo de realização do direito, com a participação integral da personalidade do sujeito que compreende (do intérprete). Da mesma forma que a “beleza” não existe realmente senão quando se plasma em uma concreta obra de arte, não parece prudente dispor acabadamente de meras “possibilidades” ou “potencialidades”, à margem da mesma tarefa interpretativa em que afloram as normas do caso concreto.

As emoções são, assim, o humano na aplicação do direito e não há nenhuma técnica ou dogmática, por mais sofisticada que se apresente, que seja capaz de eliminá-la. A assunção deste elemento natural da psicologia humana na realização do direito o torna transparente, em lugar de ocultar-se detrás dos “impessoais” fundamentos da decisão ou de uma pretensa e irreal racionalidade. Daí que a interpretação não implica um processo de reprodução (de cópia) da norma ou da realidade externa, senão que compreende elementos subjetivos donde o intérprete se encontra condicionado pelo meio e as circunstâncias concretas que envolvem o caso, assim como pela experiência adquirida no processo de compreensão. Neste processo, de associação e integração de informações percebidas direta ou indiretamente do caso, se estabelece uma relação entre os elementos subjetivos do intérprete que realiza a tarefa interpretativa (e que nem sempre seguem umas regras prefixadas) e as sucessivas combinações objetivas das normas, dos valores e dos fatos.

Dito de outro modo, o intérprete reinterpreta o real e realiza uma construção subjetiva de idéias e conceitos. Não descobre as características que conformam a norma (valores e fatos) de maneira objetiva, senão que - na elaboração/produção que realiza - os recria de maneira subjetiva para fazê-los mais apto à utilização e à finalidade que lhes outorga, classificar mediante categorias o que lhe

resulta aceitável e o que rechaça, pôr em marcha estruturas intencionais-causais de atuação com suas correspondentes conseqüências, produzir um determinado juízo ético-jurídico concreto (lícito, obrigatório, proibido...) e, por fim, delimitar o que considera como justo para o caso decidendo. Como conseqüência, o resultado da atividade interpretativa não se adquire passivamente, senão que se constrói ativamente pelo sujeito que o elabora, sobre a base da experiência subjetiva.

Tal tarefa se perfaz na capacidade e flexibilidade cognitiva ( de perceber, sentir, imaginar e pensar) própria do processo interpretativo das normas e do caso concreto, como resultado de uma peculiar racionalidade plasmada no diálogo e na compreensão intersubjetiva dos conceitos e termos fixados na norma positiva escrita, e, ultima ratio, na realidade “viva”, a que aderem, como notas valorativas, os princípios e as regras de tutela vigentes. Esta forma de entender o direito e sua realização prático-concreta parece estar intimamente comprometida com a natureza do sujeito-intérprete enquanto ser humano, razão pela qual resulta incompatível com o proclamado estado neutral entre as distintas concepções de justiça: a função judicial plasmada na tarefa de interpretação e aplicação jurídica é uma atividade comprometida com uma determinada forma de vida e incompatível com a tolerância neutral entre as distintas concepções do justo.

Trata-se de uma evidência que já não mais deveria constituir nenhuma surpresa ou ameaça aos dogmáticos, hermeneutas ou analíticos de plantão. Se o poder da metodologia jurídica consiste precisamente em sua capacidade de verificar objetivamente a consistência de muitas subjetividades individuais, decifrar ou entender o problema da intricada passagem da iniludível e provisória antecipação do resultado (da pré-compreensão) a sua definitiva motivação pode subministrar evidências acerca dos fatores implicados no processo de interpretar e decidir, sobre o grau de envolvimento pessoal dos julgadores e os condicionantes culturais em cada caso concreto, assim como sobre os limites da racionalidade, da criatividade e o grau de influência das emoções e dos sentimentos humanos na formulação e concepção acerca da “melhor decisão”.

Isto, por si só, deveria bastar para mostrar que a aclaração do vínculo entre interpretação/aplicação do direito e “racionalidade” exige, por parte de uma dogmática jurídica como “forma de vida”, o desenho de novos critérios metodológicos para a tarefa de realização do direito, tudo com vistas a pôr o direito e a justiça ao serviço da atividade hermenêutica e da argumentação jurídica, acusadamente no que se refere às emoções imperfeitas e aos fatores de irracionalidade que condicionam o processo de decisão.

E não se trata, depois de tudo, de um objetivo infrutuoso ou desafortunado, porquanto parece intuitiva a necessidade de que os discursos jurídicos (com validade intersubjetiva e potencial capacidade de consenso) estejam racionalmente justificados e coerentes com o sistema jurídico global, quer dizer, que em favor dos mesmos se aporrem argumentos que façam com que, sendo produto de uma (limitada) racionalidade plasmada no diálogo de reconhecimento e compreensão recíproca, possam ser discutidos e controlados, e, em igual medida, tratem de impedir que o operador jurídico (nomeadamente do juiz) se precipite em uma violência ou em um arbítrio visceralmente insensato.

Por certo que uma ponderação mais cuidadosa leva-nos a inferir que – se bem valiosos os fins da racionalidade do proceder interpretativo – os vínculos constituídos pelas regras e métodos de interpretação dos textos normativos, a dogmática jurídica, a comunidade dos intérpretes e dos juristas, e a própria dimensão da comunidade ética e da textualidade, são sempre limites de natureza relativa: quer dizer, não podem jamais eliminar totalmente a natureza do jogo interpretativo (isto é,

de discricionariedade e dos espaços de liberdade do intérprete), senão que somente contribuem, com sua função normativo-prescritiva, a estruturá-los e a contê-los. Em todo caso, se o objetivo é a racionalidade do interpretar, são sempre preferíveis vínculos e limites parciais e imperfeitos, expressão de culturas jurídicas e sociedades históricas específicas, antes que nenhum vínculo ou limite. Dito de modo mais simples, a insuficiência do vínculo não implica, em definitivo, a supressão dos limites por ele desenhados.

Em resumo, todo intento de separar, nomeadamente em sede de interpretação jurídica, a racionalidade da personalidade que compreende está fatal e tragicamente condenada ao fracasso: a imagem do intérprete inteiramente neutral, imparcial, por completo objetivo, despersonalizado, passa por alto da realidade; todas as interpretações e decisões sobre o direito se inspiram no ponto de vista de alguém, na perspectiva de um ser humano único cuja recompilação de experiências passadas lhe serve como contexto, lente e trajetória para valorar sua experiência presente e, dessa forma, alterar o texto interpretado. Pese a muito que se possa desejar, não existe um ponto de vista “neutral”, e a mera possibilidade de que se possa “recuperar” (ou “institucionalizar”) a neutralidade é tão remota que resulta deprimente e tremendamente contrária a nossa marcada disposição para projetar a própria subjetividade no mundo: somos, definitivamente, uma idiosincrasia com patas.

Essa, em realidade, parece ser a razão pela qual alguns autores afirmam que não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada e que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo e contextualizá-lo no espaço, enfim, de integrá-lo no mundo da vida vivida. De que é o operador jurídico que produz a realidade do direito e a edifica enunciando o que este mesmo é. Há direito onde sujeitos diferentes pré-compreendem, discutem, modificam e desenvolvem, submergindo-se na práxis, proposições e enunciados normativos pertencentes a essa prática interpretativa que, sobre a base de sua unidade de sentido, chamamos de fenômeno jurídico: o objetivo da boa interpretação não é conseguir que os intérpretes admirem, justifiquem e reproduzam uma legislação já feita, senão de valorá-la e de corrigi-la; interpretar/aplicar o direito é acima de tudo uma virtuosa responsabilidade ética: podemos admirar o estilo de um discurso jurídico ou a habilidade do sujeito-intérprete, mas ainda assim devemos julgar tanto a um como ao outro pelos resultados de sua atividade.

A fantasia hiper-racionalista de demonstrar que todas nossas ações (e interpretações) se baseiam em premissas exclusivamente racionais é incoerente e devemos abandoná-la (H. Frankfurt, 2004). Nossos desejos, nossos prejuízos e nossas emoções intervêm sempre em maior ou menor medida em todo o processo de interpretação e de tomada de decisão em concreto, ou, para ser mais preciso, a articulação co-constitutiva da afetividade e da razão intervêm em toda a interpretação (compreensão), justificação e aplicação de uma vontade alheia, sobretudo naqueles domínios em que o “caso concreto”, o “caso da vida real”, surge ao intérprete com uma variedade e uma multiplicidade desconcertantes.

Portanto, reinventar a dogmática e a metodologia jurídica não somente constituirá a melhor alternativa para refinar nossos juízos ético-jurídicos e estabelecer novos padrões e critérios metodológicos sobre cimentos mais realistas, firmes e consistentes, senão que trará uma maior contribuição para o desenho e a elaboração de decisões mais justas do que a ilusão sobre a racionalidade ou as “emoções ideais” que gostaríamos que motivassem o comportamento humano no que se refere à atividade interpretativa.

O desconhecimento e a desconsideração dessas condições da tarefa interpretativa, cuja observação



resulta simples na realidade da prática jurisdicional, enfraquecem a confiança da dogmática não somente no Direito, senão no conjunto do Estado de Direito.

<sup>1</sup> Esta dicotomia entre emoção e cognição ( e entre as regiões cerebrais responsáveis por cada uma) resulta ser completamente falsa, uma idéia errônea que Damásio (1994) denominou de o “erro de Descartes”. Nesse sentido, Damásio (1994) descreve o trabalho efetuado com muitos de seus pacientes com lesões cerebrais, freqüentemente no lobo frontal, que perderam sua capacidade de resposta emocional normal e, por conseguinte, converteram-se em seres incapazes de manifestar emoções. Em lugar de converterem-se em indivíduos inteiramente racionais, dispostos a tomar decisões sem as fastidiosas distrações provocadas pela emoção, são pessoas praticamente paralisadas pela indecisão e cuja vida normal se torna praticamente impossível; a obrigação de tomar determinações, por pequenas e insignificantes que sejam, transforma-se em um dilema que só podem resolver quando se empenham a fundo e passam um largo tempo refletindo sobre a seleção das opções possíveis de serem adotadas. Quer dizer, o comportamento de decidir sobre algo necessariamente inclui, segundo Damásio, uma atividade cerebral explícita (sob o domínio de estruturas ou mecanismos cognitivos) e outra implícita ( sob o domínio de mecanismos emocionais). Não seria assim para o resto dos humanos que não nos damos conta da (ou procuramos dissimular a) envergadura emocional contida em um ato de tomada de decisões, porque para nós não existe a implicação de umas conseqüências passadas e, quando se trata de preferências, somos capazes de simplesmente reagir de acordo com nossa aptidão ilimitada de sentir emoções segundo a interpretação e denominação que façamos de nossas respostas fisiológicas. Dito de outro modo, a racionalidade humana é altamente dependente de emoções sofisticadas. Nosso raciocínio só funciona porque nosso cérebro emocional funciona tão bem. A imagem proposta por Platão do cocheiro que controla as bestas desenfreadas da paixão pode exagerar não apenas a sabedoria, mas também o poder do condutor. Hume estava mais próximo da verdade e se encaixa melhor à descoberta de Damásio quando disse: “A razão é, e só deveria ser, escrava das paixões, não podendo jamais almejar outra coisa, exceto servi-las e obedecê-las”. Razão e emoção precisam trabalhar juntas para criar o comportamento inteligente, mas a emoção é responsável pela maior parte do trabalho. De fato, os biólogos e os neurocientistas chegaram à conclusão de que não se pode tomar uma decisão sem emoção e de que todas as decisões supostamente lógicas e razoáveis estão contaminadas por uma emoção. É certo que, em tema de interpretação jurídica, a lógica pode indicar distintas possibilidades e rechaçar as variáveis absurdas; mas a razão não serve quando há que eleger entre duas ou mais variantes que objetivamente apresentam idêntica utilidade. Nestes casos, onde não existe uma preferência (emocional), a mente é incapaz de analisar, avaliar a informação disponível e antecipar as conseqüências possíveis da decisão. Em resumo: ou existe emoção ou não existe decisão. Nesse sentido: Haidt, 2006; Damásio, 1994 ;Gazzaniga, 2005; LeDoux, 1998; Perna, 2004; Owen Jones, 2009...

<sup>2</sup> Sobre esta questão, as mais acreditadas dentre as teorias da argumentação jurídica se movem em um espaço intermédio que transita desde o “ultra-racionalismo” de um Dworkin – cujo juiz Hércules faz gala de uma invejável confiança na capacidade de sua razão – até o “irracionalismo” de um Ross, se merece tachar-se de irracionalista sua realista chamada de atenção sobre o fato de que as decisões jurídicas, ao igual que sucederia com qualquer outro gênero de decisão, dependem da vontade do sujeito das mesmas – neste caso, o juiz – ao menos tanto como de sua razão. E porque as soluções jurídicas “costumam sair a passear” – como alguma vez se disse – “por casal”, quando não por grupo ou manada, parece razoável supor que, sobre a delicada questão da tarefa de produzir, interpretar e aplicar o direito, a melhor alternativa seja a de adotar uma perspectiva mais realista sobre a psicologia (e a racionalidade) humana e comprometida com os estudos que se efetuam em outros campos do conhecimento humano distintos ao direito, destinados a aportar uma explicação científica da mente, do funcionamento do cérebro e da natureza humana.

<sup>3</sup> Devido ao fato de que a pressão evolutiva não incrementou (de forma “ótima”) a racionalidade humana, qualquer construção de uma teoria jurídica de realização do direito deve (ou pelo menos deveria, coerente e prudentemente) implicar um redimensionamento da compreensão psicobiológica do próprio acesso da razão e sobretudo da própria idéia de racionalidade. Dizendo de maneira menos generosa, deveria partir da rejeição de qualquer concepção acerca da racionalidade, objetividade e neutralidade causada pelo desconhecimento do funcionamento de nosso cérebro e de nosso passado evolutivo – muito especialmente no que se refere às evidências experimentais relacionadas com os correlatos cerebrais que intervêm no processo cognitivo de formular juízos morais para decidir entre o justo ou injusto. Neste particular, importa considerar o fato de que parte-se da premissa de que em questão de racionalidade humana há sempre dois componentes que se entrelaçam: as limitações da mente humana e a estrutura dos ambientes nos quais a mente funciona. Isto é, de que ao modelo de juízo humano e aos processos de tomada de decisões deveria ser agregado o que em realidade sabemos sobre o funcionamento e as capacidades da mente humana, mais bem que sobre presunções ou capacidades fictícias. Trata-se, em síntese, de um modelo muito distinto do modelo tradicional de racionalidade ilimitada e de otimização adotado pela ciência cognitiva (transportada para as ciências sociais normativas) que vê a mente humana como dotada de poderes sobrenaturais ou de poderes demoníacos de razão: de um conhecimento ilimitado da realidade e do ambiente, assim como de toda a infinita eternidade para tomar decisões. O que em realidade a denominada “bounded rationality” toma em consideração é o entendimento do processo de tomada de decisões em um mundo verdadeiro, onde a mente humana, funcionando como uma caixa de ferramentas adaptável (“adaptive toolbox”), toma decisões com os recursos realistas mentais de que dispõe e condicionada pelas ineludíveis limitações de tempo, de informação e de conhecimento.

\* Professor Colaborador Honorífico (Livre Docente) e Investigador da Universitat de les Illes Balears/Espanha (Etologia, Cognición y Evolución Humana / Laboratório de Sistemática Humana/ Evocog. Grupo de Cognición y Evolución humana/Unidad Asociada al IFISC (CSIC-UIB)/Instituto de Física Interdisciplinar y Sistemas Complejos/UIB; Membro do Ministério Público da União /MPT (Procurador do Trabalho).

\*\* Advogado (OAB/SP), Doutorando em Derecho Público (Ciencias Criminales)/Universitat de les Illes Balears/UIB/Espanha; Doutorando em Humanidades y Ciencias Sociales (Cognición y Evolución Humana)/UIB/Espanha ; Research Scholar /Laboratório de Sistemática Humana/ Evocog. Grupo de Cognición y Evolución humana/Unidad Asociada al IFISC (CSIC-UIB)/Instituto de Física Interdisciplinar y Sistemas Complejos/UIB/Espanha; Research Scholar / Dipartimento di Scienze Penali/Facoltà di Giurisprudenza/Università Degli Studi di Parma/Italia (Coordinatore: Alberto Cadoppi).

Para a consulta da referência bibliográfica relativa aos autores citados neste artigo cfr.: Atahualpa Fernandez, Direito e natureza humana. As bases ontológicas do fenômeno jurídico, Curitiba, Ed. Juruá, 2007; Atahualpa Fernandez, Argumentação jurídica e hermenêutica, São Paulo: Ed. Imprensa Jurídica, 2009; Atahualpa Fernandez e Marly Fernandez, Neuroética, Direito e Neurociência, Curitiba: Ed. Juruá, 2008.