

Interpretação jurídica, minimalismo metodológico e o papel da memória nos discursos jurídicos terreaís

**Atahualpa Fernandez[®]
Manuella Maria Fernandez[®]**

“La memoria no nos dice lo que hemos seleccionado, sino lo que ella quiere.” MONTAIGNE

De um modo geral, o sistema normativo é oferecido ao sujeito intérprete com a finalidade de que, em função das contingências da vida, este coloque o quadro que entender mais ajustado às circunstâncias específicas de cada situação particular. Entre o enunciado legal e a decisão que resolve um caso em concreto há sempre um espaço intermédio em que o intérprete (nomeadamente o juiz) tem a possibilidade de *eleger* entre distintas opções interpretativas. A opção pela qual um intérprete se decide depende de múltiplos fatores: crenças (vulgares, ideológicas, dogmático-jurídicas ou até científicas), interesses, emoções, pressões sociais, etc. Tudo isso, e mais, sucede na “cabeça” dos juízes (consciente ou inconscientemente), diga este o que diga - e tendo em conta também o que não diz - na fundamentação expressa da decisão, elegendo (ou atribuindo) como sentido para as disposições jurídicas invocadas, *ceteris paribus*, uma maneira de entendê-las que responda precisamente as suas preferências.

Para as principais teorias sobre a interpretação e argumentação jurídica, esse ato de manobrar no processo para tomar decisões corretas tem girado ao redor de um axioma onipresente: os seres humanos são racionais. De acordo com esta concepção, os juízes são em essência racionais e objetivos em seus juízos de valor acerca da justiça da decisão; quer dizer, examinam o melhor que podem todos os fatores pertinentes ao caso e ponderam, sempre de forma neutra, imparcial,

□ Professor Colaborador Honorífico (Livre Docente) e Investigador da Universitat de les Illes Balears/Espanha. 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.

□ Doutora em Humanidades y Ciencias Sociales/ Universitat de les Illes Balears-UIB ; Doutoranda em Direito Público/ Universitat de les Illes Balears-UIB; Mestre em Evolución y Cognición Humana/ Universitat de les Illes Balears-UIB; Research Scholar, Fachbereich Rechtswissenschaft /Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie, Johann Wolfgang Goethe-Universität, Frankfurt am Main/ Deutschland; Pós-doutorado (*Filosofía y Filogénesis de la Moral*) / 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.

razoável e não emocional, o resultado provável que segue a cada uma das eleições potenciais. A opção preferida (“justa”) é aquela que melhor se adequa aos princípios ou critérios de racionalidade, razoabilidade e objetividade por meio dos quais foi gerada.

Ademais da racionalidade, da razoabilidade e da capacidade de ponderação também se apregoa, como uma espécie de *danse macabre*, o uso corrente de outros princípios, subprincípios, instrumentos ou critérios de interpretação/argumentação jurídica, tais como: proporcionalidade, pertinência, adequação, necessidade, ponderação de bens, concordância prática, interpretação literal ou gramatical, interpretação lógica ou racional, interpretação sistemática e teleológica... Todo um adornado e esquizofrênico programa de “métodos” que é posto a disposição do operador jurídico para obrigar a norma silenciosa a “falar”¹.

Pois bem, esta simples idéia constitui os cimentos de grande parte das teorias jurídicas contemporâneas. O problema é que esta suposição da racionalidade e razoabilidade humana-jurídica, somada a uma quase interminável e idiossincrásica lista teórico-metodológica de princípios, subprincípios, critérios, etc., é errônea e de escassa utilidade prática, por dois motivos. O primeiro, é equivocada porque os operadores reais do direito não são tão racionais e razoáveis como se pretende e tão pouco funcionam como se o fossem.

O segundo, é de pouca serventia pela frugal razão de que no tocante a todo esse emaranhado de variantes doutrinárias de princípios, subprincípios e/ou critérios teórico-celestiais de interpretação/argumentação jurídica, o mais sensato, coerente e funcional com as práticas jurídicas “viventes” seria, aplicando a “navalha de Occam”, reduzi-los a um único princípio ou critério básico: o “**princípio da caridade**”, que nos implora que, diante de um determinado caso concreto, busquemos sempre a interpretação mais plausível, satisfatória e equitativa de uma norma, princípio e/ou valor; ou o “**critério panglossiano**”² de interpretação jurídica, segundo o qual a solução elegida pode não ser a melhor de todas as concebíveis, mas seguramente será (ainda que potencialmente) a melhor de todas as possíveis e disponíveis em uma situação dada.

Explicamos. Hoje sabemos, com a ajuda das ciências (sérias) do cérebro e da mente, que não é possível separar a emoção da razão nos processos de tomada de decisões. Todas as decisões, e particularmente as que conduzem ao juízo normativo, se conseguem graças à ativação de redes neuronais que unem as

¹ “*Estas cláusulas de interpretación*”, dizia um juiz inglês, “*son generalmente las más difíciles de interpretar*”; ou como escreveu Montaigne: “*Es más importante interpretar las interpretaciones que interpretar las cosas...*”.

² Com referência ao personagem Dr. Pangloss, do romance “Cândido”, de Voltaire. Em seu conjunto, trata-se de uma medida metodológica **minimalista** que, desde um âmbito mais geral, trata de propor um modelo hermenêutico-argumentativo reduzido ao essencial, despojado de elementos (princípios, subprincípios, critérios,...) claramente sobranes; cf.: Fernandez, 2009 ; Fernandez e Fernandez, 2009.

regiões frontais do cérebro com outros centros, em um processo que implica a emoção, a intuição e a memória como componentes fundamentais. E mais, que não somente em cada uma destas funções cerebrais intervém uma grande diversidade de operações cognitivas, umas relacionadas com a inteligência emocional e outras não, senão também que, sem memória, tão pouco há futuro: quando valoramos ou imaginamos o futuro, curiosamente se ativam as mesmas partes do cérebro que quando recordamos o passado (Schacter, 2007).

O ponto chave da relação existente entre as emoções e a razão na tarefa interpretativa consiste no fato de avaliar as possibilidades *empíricas*, reais e factíveis de qualquer metodologia com vistas à prática constructiva do direito. Neste particular, considerando que a maioria das decisões são tomadas em cenários complexos, com informação parcial e incompleta e em condições de tendenciosa incerteza gerada pelas partes litigantes, a hermenêutica e a metodologia moderna enfrentam o reto de integrar aspectos que durante muito tempo foram considerados como aspectos não científicos do direito: a) a subjetividade e as limitações impostas pela própria natureza da capacidade cognitiva do sujeito intérprete; b) as circunstâncias históricas, políticas e sociais em que se encontra imerso o intérprete autorizado; c) os múltiplos fatores não controláveis e as influências, inatas e adquiridas, que condicionam a capacidade decisória e limitam o trânsito subjetivo do “entender” no processo de decisão; e d) as evidentes limitações da racionalidade cognitiva humana e da obrigação normativa de corrigi-la mediante métodos fiáveis que, primando pela simplificação, tratem de justificar (normativamente) essa obrigação e de avaliar (também normativamente) o êxito com que é cumprida a tarefa de dar “vida hermenêutica” ao direito positivo.

Mas não é necessário ter demasiada imaginação para inferir (ou supor) que as teorias hermenêuticas e argumentativas atuais continuam a requerer, implícita ou explicitamente, uma interpretação/argumentação que extraia o significado mais profundo, ponderado, racional e razoável de uma norma, valor ou princípio jurídico. Esta estratégia é característica de muitos teóricos contemporâneos intelectualmente sutis. Como não se acham dispostos a aceitar o positivismo tradicional, mas resistem a abandoná-lo por completo, intentam interpretar suas normas de um modo que lhes permita aceitá-las ou corrigi-las sem parecer irracionais, desde que - sustentam - se recorra, ao mesmo tempo, à razão, à ponderação, à razoabilidade...

Não obstante, este tipo de argumento supõe vários problemas. Não está claro o que se considera uma interpretação razoável e ponderada. Como podemos concluir ou afirmar que uma interpretação particular extrai, realmente, de forma razoável e ponderada, o sentido mais profundo, correto e “ótimo” de uma norma ou princípio? Para quem? Por que é correta, racional, razoável e ponderada uma interpretação e não outra? Tão pouco resulta claro quais são os elementos da norma ou princípio que restam como reconhecidamente válidos e legítimos depois de uma

interpretação razoável e ponderada. Ademais, entra dentro do possível que, após essa interpretação da norma ou princípio, as decisões sigam sendo irracionais e/ou injustificadas. Em resumo, se insistimos que esse tipo de proposta interpretativo-argumentativa é surpreendente e nova, subestimamos em muito boa medida o problema de sua arbitrariedade.

O certo é que não há nenhum motivo válido que desacredite a evidência de que os sujeitos intérpretes, como seres humanos individuais, aportam sem dúvida algo de si mesmos a sua atividade interpretativa. A idéia de que a interpretação jurídica transcorre em um âmbito impessoal, puramente racional, razoável e/ou ponderável é um mito que confunde as aspirações jurídicas com a realidade. Ao ler o discurso jurídico de qualquer operador do direito torna-se evidente que seu pensamento está configurado ao menos em parte por sua personalidade³. E em que pese o fato de que as autênticas razões dos intérpretes autorizados para alcançar suas conclusões práticas com muita frequência não são as que expõem em seus argumentos, parece extremamente difícil deixar de reconhecer que qualquer interpretação/decisão jurídica é obra de uma pessoa, de um ser humano singular, com um repertório de formas de percepção, associações e experiências de algum modo distinto e absolutamente individual.

De fato, não faz muito tempo que sabemos que os fenômenos cognitivos e voluntários, as emoções, a capacidade de raciocinar, interpretar e argumentar ou os juízos de valor em termos de bons ou maus, justos ou injustos, melhores ou piores, se fundamentam na atividade fisiológica (eletroquímica) de circuitos e redes neuronais; quer dizer, de que somos nosso cérebro, essa estrutura prodigiosa extraordinariamente complexa feita de carne e cultura, com suas sinapses, com determinismos genéticos e azares meio ambientais, com processos eletroquímicos e físicos dos neurônios.

Isto implica que o acesso ao conhecimento sobre o sentido e o alcance das normas, valores e princípios jurídicos, por parte do operador jurídico, parte sempre de uma experiência individual, de processos mentais que são propriedades emergentes das atividades neuronais, isto é, para usar a expressão de Spinoza, de que “los hombres juzgan las cosas según la disposición de su cerebro”. O sujeito experimenta, em sua tarefa interpretativa, uma sensação, recebe uma informação, que é processada pelo cérebro, e isso lhe permite formar uma imagem da realidade a partir da qual elabora uma idéia, um conceito ou um juízo de valor.

³ Note-se que o direito é uma prática dos homens que se expressa em um discurso que é mais que palavras; é também comportamento, símbolos e conhecimentos. É o que a lei manda; mas também o que os juízes interpretam, os advogados argumentam, os litigantes declaram, os teóricos produzem, os legisladores sancionam e/ou os doutrinadores criticam. E é um discurso *constitutivo*, de produção de sentido, uma vez que atribui significados a fatos e palavras – ou, o que é o mesmo, uma variedade de significados dependente das situações correspondentes). Por isso está na própria natureza do discurso jurídico, pode-se dizer, essa condição de que seus textos costumam admitir interpretações diferentes, em maior ou menor grau, ante determinadas classes de casos.

A experiência interpretativa, entanto que vivência pessoal, é sempre “real” para o sujeito que a experimenta e a percebe, ainda que sem deixar de ser fundamentalmente subjetiva. O que implica, em última instância, que por mais razoável e ponderada que pretenda ser uma experiência hermenêutica, esta não se corresponderá com uma descrição exclusivamente objetiva e racional da norma. E o fato de que o resultado da interpretação e o próprio processo de tomada de decisão sejam subjetivos não nos permite dizer nada em princípio a favor nem em contra de sua possível certeza ou razoabilidade. Nossa própria percepção, também dependente da forma como o cérebro retrata e interpreta os fenômenos que experimentamos, modifica de alguma maneira a realidade observada.

Toda experiência interpretativa é por definição subjetiva: o sujeito intérprete que a vive recebe uma sensação única e intransferível. Não parece haver nenhuma possibilidade de interpretar o mundo de maneira unicamente objetiva. Nossa percepção está condicionada por nossa própria natureza, de forma que qualquer deficiência em nosso sistema sensorial, em nosso cérebro, ou nas condições de observação/interpretação se traduz automaticamente em uma distorção de nossa percepção⁴. Toda percepção é sempre parcial e toda interpretação é inevitavelmente não neutral, idiossincrásica e tendenciosa.

O ser humano, influído por suas estruturas mentais, projeta suas próprias interpretações sobre aquilo que lhe chega da realidade, e isso é precisamente o que lhe permite dar-lhe significado e o que pode conduzir-lhe a sua compreensão ou distanciar-se definitivamente dela. O ser humano não se conforma com a informação que lhe chega diretamente do mundo e baseia sua aproximação à realidade no modo inerentemente subjetivo com que avalia e interpreta o significado de suas experiências, condicionada com sua interação com o contexto. Não existe uma separação entre percepção e interpretação - por isso que, “hasta cierto punto, la realidad depende del cristal con que se mira” (Zimbardo, 2008).

Todo conhecimento é subjetivo e sempre está mediado por nossas estruturas mentais. E uma vez que cada um experimenta de maneira única sua mentalidade do mundo, um grupo de indivíduos expostos a uma mesma situação, inclusive em

⁴ Pensar o contrário pode levar-nos à suposição (ou diagnósticos errados) de similitude nas maneiras de perceber, a qual, com demasiada frequência, tende a absolutizar as representações dos objetos ou fenômenos percebidos, obtidas através dos sentidos, como se todos percebessemos sensorialmente um objeto ou fenômeno de maneira idêntica. Isto supõe ao mesmo tempo borrar as formas de percepção sensorial específicas e fixar a interpretação/compreensão do objeto ou fenômeno como “objetiva”, quer dizer, como independente da forma de percepção, de padrões culturais, de características psicobiológicas e experiências individuais. O certo é que a percepção constitui um processo absolutamente individual que ao mesmo tempo cria constantemente diferenças. Não há praticamente nada que marque ao indivíduo tanto como a maneira subjetiva de perceber, e ao mesmo tempo tão pouco há praticamente nada que separe tanto o mundo experiencial do indivíduo do mundo dos demais (Breithaupt, 2011). Benjamin Libet (2004) o formula nos seguintes termos: “*No podemos estar seguros de que los contenidos que experimentamos sean los mismos que experimentan otros seres humanos en casos similares. Por ejemplo, lo que yo veo como amarillo puede no ser igual a lo que usted ve como amarillo, aunque hayamos aprendido a darle a esa clase de experiencia el mismo nombre*”.

condições mais ou menos equivalentes, pode oferecer respostas distintas e chegar a conclusões ainda mais díspares, segundo sua própria maneira de ser, suas experiências anteriores, seus desejos, interesses e crenças. Todo processo interpretativo evoca estados subjetivos com texturas que criam o conteúdo de nossos juízos de valor e o sentido de nossas relações com o mundo percebido. Somos seres subjetivos e nossa experiência subjetiva relativa ao processamento de informação é construída por peculiares padrões de atividade dos grupos neuronais do cérebro. Esses grupos estão organizados em unidades funcionais singulares que condicionam nossas preferências e orientam nossas decisões.

Daí que haveria de repensar se o que falha não são nossas firmes crenças na racionalidade jurídica. Quando afirmamos que a racionalidade é uma ilusão, a maioria dos juristas se escandaliza pensando que se trata de uma afirmação absurda e contra-intuitiva, dado o convencimento de que os humanos são pura razão. O problema é que a interpretação é um processo ativo que consiste em atribuir significados e, nesse processo, ademais do elemento afetivo, há outro fator que exerce uma influência decisiva: a memória. As experiências adquiridas previamente jogam um papel determinante na tarefa interpretativa, maculando a racionalidade e contaminando a tão celebrada capacidade de ponderação e razoabilidade.

Dito de outro modo, no processo de tomada de decisão a função da memória parece ser mais importante biologicamente que a própria racionalidade, já que constitui o cimento que une o passado com o presente e o futuro. Podemos existir sem racionalidade, mas não sem memória – “o pecado original da mente e a principal responsável da peculiar e singular particularidade cognitiva humana” (Marcus, 2010). Em toda e qualquer atividade interpretativa se consulta a memória para poder formar um juízo que nos permita tomar a decisão mais satisfatória possível (ou “correta” frente a decisões alternativas). E uma vez o armazenamento de seus conteúdos escapa a nossa vontade e controle, esse argumento supõe que a racionalidade da qual estamos tão orgulhosos deve ser uma mera ficção.

Ninguém pode decidir o que se armazena na memória, pois é uma função do cérebro emocional que o realiza de maneira inconsciente para o sujeito. E não só não temos o mais mínimo controle consciente do que se armazena em nossa memória senão que também nos baseamos na memória para empreender qualquer ação, para entender as palavras que lemos, reconhecer objetos que vemos ou compreender o que escutamos. O processamento de informação que realiza o cérebro é praticamente inconsciente: no processo de como percebemos os estímulos, como os filtramos, categorizamos e interpretamos, como os conectamos com outros materiais presentes já no cérebro, como os armazenamos na memória a curto ou a longo prazo e como os expressamos em nossa conduta e mais tarde os

recuperamos... não intervêm a consciência; isto é, o ser humano parece não ter nenhum controle sobre estas funções (Rubia, 2010).

Assim que quando vamos tomar uma decisão em um sentido ou em outro, consultamos de maneira automática, inconscientemente, os conteúdos de nossa memória: vivências do passado e situações semelhantes à presente. Essa decisão não será totalmente livre, neutra ou racional no sentido em que tentamos convencer-nos, uma vez que está condicionada tanto por esses conteúdos de conhecimentos prévios e vivências anteriores que armazenamos inconscientemente como por nossos desejos, expectativas, previsões e antecipações, funções todas elas predominantemente inconscientes (Ansermet & Magistretti, 2006).

Qualquer interpretação/percepção está acompanhada desta comparação que é vital para a formação de nossos juízos de valor e para a atribuição de significados. Este processo comparativo é um resultado natural da interação entre a memória, a percepção e a consciência, e caracteriza o cérebro como uma “máquina de antecipação”: nossas mentes comparam automaticamente as experiências passadas com as percepções presentes enquanto antecipamos o seguinte momento do tempo. Dessa forma, o resultado da interpretação se constrói, de fato, pelo cérebro à medida que interage com o contexto presente, as lembranças de suas experiências passadas e as expectativas de futuro.

Em definitivo, se a memória não é controlável por nossa consciência, tão pouco o será a decisão que tomemos em um momento dado, pois essa decisão está condicionada pelos conteúdos dessa memória e, ademais, essa consulta é totalmente inconsciente. Como afirma Gerhard Roth (2003), “ as decisões para nossos atos conscientes procedem de um substrato inconsciente criado pela mente”, o que quer dizer que temos a impressão de que sabemos o que decidimos, mas que em realidade o único que eu consciente faz é atribuir-se algo que não é obra sua.

A planificação e o controle consciente de nossas decisões sempre passam primeiro pela censura da memória de nossas experiências, que são inconscientes, prioritariamente emocionais e acumuladas ao longo da vida. Esta memória tem em todas nossas decisões a última palavra e determina em grande parte os desejos, os motivos e os planos de ação. O sujeito consciente/racional/razoável tem muito pouco conhecimento do que ocorre com estas determinações inconscientes e praticamente nenhum conhecimento dos impulsos da memória empírica. O sujeito intérprete está sujeito à ilusão do autocontrole e o expressa como vontade racional, razoável e /ou ponderada. O intérprete autorizado se atribui a si mesmo todos os desejos, intenções e crenças que se geram inconscientemente e, quando não dispõe das informações necessárias, as constrói como “fabulações” ponderadas, razoáveis e/ou racionais.

Desta maneira, a racionalidade, a razoabilidade e a ponderação resultam como uma ilusão funcional que estabiliza a auto-estima do operador do direito. A autonomia das decisões humanas não radica exclusivamente em um ato voluntário e racional (ponderado e razoável) sentido subjetivamente, senão na capacidade do cérebro em levar a cabo ações por seu próprio impulso, ou seja, de que os processos inconscientes são decisivos na tomada de decisão. Assim que embora se considere que um discurso jurídico ganha em objetividade e racionalidade ao abandonar ou camuflar mediante “métodos” a perspectiva individual, no caso da humana experiência interpretativa que o produz isto não sucede, por ser lisa e lhanamente impossível.

Daí a desesperada necessidade da distinção que tem sido utilizada, no âmbito da argumentação jurídica, para estabelecer que uma coisa é o procedimento por meio do qual se alcança determinada decisão e outra o procedimento mediante o qual se justifica dita decisão. Trata-se de uma distinção utilizada para opor-se a certos teóricos do direito que consideram que as decisões jurídicas – as decisões judiciais – não podem ser justificadas, vez que os juízes tomam essas decisões de forma irracional; a motivação das sentenças não seria mais que uma “racionalização” de uma operação que não obedece em absoluto ao esquema da lógica, ao silogismo judicial. Quem sustenta este último aspecto, diz-se, estaria confundindo o contexto de descobrimento com o contexto de justificação⁵.

Contudo, se tomamos com bom juízo a circunstância de que o raciocínio moral, a memória e as emoções morais trabalham juntos para produzir julgamentos ético-jurídicos, parece razoável supor que as apelações a uma rebanhada de motivos que interferem, condicionam e explicam a decisão judicial não configuram, em absoluto, nenhum argumento a favor de um presumível cepticismo jurídico-argumentativo. Dito de outro modo, no conjunto deste cenário por meio do qual se revela a argumentação no jogo da cena jurídica (e, em particular, da jurisdicional), consideramos que se deve atribuir igual importância tanto a consideração do contexto de *descobrimento*, ou seja, do processo mental mediante o qual se chega a estabelecer determinada premissa ou conclusão, como a do contexto de *justificação*, isto é, da necessidade de motivação da decisão, da questão de como os operadores do direito fundamentam suas decisões ou, o que é o mesmo, do procedimento consistente em justificar dita premissa ou conclusão.

Afinal, as emoções e a memória não constituem um elemento acidental ou eventual da tarefa interpretativa, mas um elemento que a determina desde o princípio e no seu conjunto : *descobrimento a justificação*, na prática, não são dois

⁵ A hermenêutica indaga o compreender jurídico no contexto de seu “descobrimento”, não no sentido da motivação: considera a jurisprudência, sobretudo no âmbito de sua atividade dedicada a encontrar as premissas para a decisão do caso concreto. Se fosse absolutizada, quer dizer, transformada em método total do pensamento jurídico, recairia na mesma automaticidade que justamente reprocha à metodologia silogística tradicional, acabando assim por cambiar a descrição em prescrição (Zaccaria, 1984; Viola e Zaccaria, 1999).

atos separados e estanques, senão que constituem um processo unitário, um *continuum*, compondo uma indivisível e solidária unidade metodológica. Esta idéia de “sequência ininterrupta” de atos ou de condicionamento “desde o princípio” que “supera el pensamiento y determina la acción”, baseada no fato de que o juiz chega primeiro à decisão, se vê reforçada por Canelutti (1971), quem afirma que o juiz “primero juzga y después razona”; inclusive, pode manipular as premissas quando o “razonamiento conduciría a una conclusión diversa, cuya injusticia siente, (...) frente a lo cual termina por adaptar, más o menos ingeniosamente, las premisas”.

E por mais insólito que isso possa parecer, trata-se de uma evidência que não mais deveria constituir nenhuma surpresa ou ameaça, já que somente por esta via parece ser possível alcançar, decifrar e entender o problema da intrincada passagem da iniludível e provisória antecipação do resultado (da chamada “pré-compreensão”) a sua definitiva motivação, o grau de envolvimento pessoal dos julgadores e os condicionantes situacionais em cada caso concreto, assim como sobre os limites da racionalidade, da criatividade e o grau de influência das emoções, da memória e dos sentimentos humanos na formulação e concepção acerca da “melhor decisão”.

Mas para lográ-lo, é necessário não somente estar alerta ante as ficções tradicionais da dogmática jurídica profissional, advertidas já desde há muito tempo atrás pelos autores mais lúcidos – hoje geralmente relegados ao olvido – entre os teóricos e filósofos do direito. Não menos indispensável é não deixar-se seduzir tão pouco pela proliferação em *divertimentos* essencialmente narcisos-acadêmico, uns ou outros jogos terminológicos escapistas, que levam a voz cantante nos estudos atuais para o campo da (meta-) Teoria do Direito: lógica deôntica, construtivismos racionalistas ou “razoabilistas” (concepções e discussões messiânicas sobre o que é a “argumentação” jurídica, etc.), teorias sistêmicas, alternativas, semióticas formalistas em geral, e mais... (... sem excluir os estudos que fuçam no mare magnum do não menos obscuro que pretencioso palavreiro chamado “pós-modernismo”).

As emoções e a memória constituem o humano na aplicação do direito e assumi-las como elemento natural da psicologia humana na realização do direito as torna transparente, em lugar de ocultar-se detrás dos “impessoais” fundamentos da decisão ou de uma pretendida e irreal racionalidade, razoabilidade e/ou ponderação. Este panorama basta seguramente para mostrar que a aclaração do vínculo entre interpretação/justificação/aplicação do direito e “racionalidade, razoabilidade ou ponderação” exige, por parte da dogmática jurídica, o desenho de um conjunto reduzido (diáfano e simplificado) de métodos criteriais úteis e operacionais 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 à memória e às emoções imperfeitas, isto é, aos fatores de irracionalidade

que condicionam o processo de decisão. Somente a assunção consciente e responsável do que realmente sentimos e experimentamos na tarefa de interpretar poderá trazer maior contribuição para o desenho e a elaboração de discursos jurídicos ou decisões mais acertadas, satisfatórias ou justas, a despeito da agradável ilusão sobre a racionalidade, a razoabilidade e/ou capacidade de ponderação ideais que gostaríamos que motivassem a atividade interpretativa.

Graças aos resultados das investigações procedentes de outras ciências, a interpretação e argumentação jurídica adquiriram novo atrativo, tornando transparente a inerradicável dimensão, pessoal, valorativa e subjetivo-individual (neuronal) do processo de realização do direito, em lugar de ocultar-se detrás de uma suposta e hipotética racionalidade absoluta, de aspectos meramente formais ou procedimentais do discurso. Se várias soluções ou respostas “corretas” são possíveis para um mesmo problema jurídico, a eleição final, necessariamente única (que não é outra que a sustentada pelo intérprete autorizado), se apresenta como resultado de uma tarefa cognitivo-afetiva do sujeito intérprete acerca do caso concreto e não de algo dependente exclusivamente de uma formalidade, hipótese e/ou procedimento; isto é, de uma relação de vida cuja valoração depende também, e em grande medida, da capacidade cognitiva, da memória e das emoções e intuições morais do intérprete⁶.

Seguramente a muitos “puristas”, analíticos e dogmáticos empedernidos esta fria valoração da racionalidade, razoabilidade e dos defeitos da psicologia humana, em especial no que se refere às limitações de nossa capacidade cognitiva, lhes resultará um disparate. Mas a verdade é que nossos mecanismos de decisão ultrapassam em grande medida o umbral da racionalidade, da razoabilidade e da simples ponderação: decidimos em função do que cremos e não do que vemos; da mesma forma que os primatas sociais mais evoluídos, decidimos de forma instintiva e motivados por nossas emoções morais e nossa memória; não somente somos incapazes de prever, senão que tendemos a imaginar o futuro em torno ao passado; e resistimos aceitar a idéia de que a memória e nossas emoções são uma fonte de conhecimento tão válida como a razão.

Por conseguinte, parece fora de toda dúvida razoável que na interpretação jurídica não nos encontramos no terreno exclusivo da ponderação racional e razoável. E porque a tarefa interpretativa somente é viável com outros fatores, que não apenas o texto normativo que se interpreta ou o procedimento por meio do qual se interpreta, toda e qualquer experiência interpretativa está abarrotada de fatores e influências (ambientais, psicobiológicas, pessoais, emocionais...) que a condicionam. Por envolver o horizonte referencial subjetivo do operador jurídico,

⁶ Ortega y Gasset (1995) ressalta justamente o elemento da eleição: *“Somos, antes que otra cosa, un sistema nato de preferencias y desdenes”*.

permite-lhe alcançar soluções a que não chegaria caso se mantivesse nos estritos limites de uma ilusória e ponderada racionalidade e/ou razoabilidade.

É pela via do abandono das referências puramente formais, alheias às leis do mundo real, que o vínculo entre o jurídico e o humano, em termos de funcionalidade e interdisciplinaridade, se revela e ganha forma. O momento é de redescoberta e de renovação de paradigmas. O momento é de repensar o processo de realização do direito, o seu estudo e sua efetividade. É tempo de procurar para o jurídico contributos oriundos do resto das ciências, muito particularmente dos resultados das investigações acerca das características (cognitivas e emocionais) que procedem da admirável e intrincada natureza humana.(Fernandez, 2008)

E embora não exista a menor dúvida de que as contribuições dos atuais modelos de argumentação jurídica são importantes para o estudo da racionalidade em tema de interpretação do direito, para demonstrar empiricamente que as premissas da racionalidade e da razoabilidade estão efetivamente presentes é necessário compreender melhor e priorizar em igual medida todos os fatores (cognitivos, emocionais e situacionais) e contextos (de descobrimento e de justificação) envolvidos na construção de um modelo jurídico-metodológico racional e razoável.

Dito de outro modo, apesar de que em um discurso racional o respeito às regras da lógica e ao procedimento é indispensável e essencial para sustentar um argumento (ainda que tentado) racional e razoável, não se pode ignorar os fatores emocionais e as restrições cognitivas do intérprete jurídico que limitam e condicionam o processo de decisão. E é precisamente neste ponto que surge a necessidade de relacionar o papel da memória (e das emoções) com o problema da racionalidade e razoabilidade jurídica antes mencionado.

Quer tudo isso dizer que, sendo o texto da norma abstrato, é ao intérprete que cabe a determinação de seu sentido, alcance e finalidade real. Dado que todo intérprete, como todo ser humano, tem sua própria visão subjetiva da realidade e do “justo”, sua eleição final sempre estará condicionada por suas experiências, valores, aprendizagens, e demais influências procedentes da inextricável mescla de genes, neurônios e cultura que o define enquanto *in-divíduo* separado e autônomo. Também resulta evidente que cada intérprete - como cada um de nós - desfruta ou tem acesso a uma quantidade muito limitada de informações sobre o ambiente que o rodeia, e que essas diferenças e/ou lacunas de informação influenciam sobremaneira sua atividade interpretativa.

A alternativa, portanto, não reside na ilusão de um indivíduo dotado com uma capacidade de ponderação inesgotável ou de uma racionalidade e razoabilidade quase sobre-humana. É necessário reconhecer que cada indivíduo está dotado de características próprias que o condicionam, limitam e o torna idôneo para solucionar apenas de forma satisfatória determinadas classes de problemas,

agindo sempre em condições de relativa racionalidade, escassa razoabilidade e limitada capacidade de ponderação. Em tema de interpretação jurídica, já é chegada a hora de abrir as (ilusórias) portas da razão para deixar que saiam os fantasmas da irracionalidade.

O que de fato parece importante é tentar reformar a compreensão por parte dos teóricos e filósofos do direito de como funciona a mente. Os operadores jurídicos (nomeadamente os juízes) são demasiado vulneráveis às influências dos fatores que acabamos de discutir. Porque somos humanos, cremos ser racionais e razoáveis, dotados de um elevado grau de sentido comum para prestar atenção às coisas que nos rodeiam, que nossa memória é mais consciente, controlável e fiel do que é em realidade e que a capacidade de ponderação é um indicador fiável da precisão de nossos juízos. O direito, seus supostos e suas teorias, tal como hoje é concebido, se baseia precisamente em intuições equivocadas como estas.

E como cremos compreender a mente muito melhor do que o fazemos em realidade (isto é, muito melhor do que conhecemos o funcionamento de nossos celulares), que nos resistimos a reconhecer os limites de nossas intuições acerca da racionalidade, razoabilidade e capacidade de ponderação, nossa perigosa tendência a sobreestimar o grau e a profundidade de nossas reais capacidades cognitivas pode levar-nos, com frequência, a tomar equivocadamente decisões caprichosas, desacertadas e socialmente indesejáveis, motivadas pela influência perturbadora e inconsciente de fatores subjetivos individuais e que nenhum antecedente de educação pessoal, nenhuma lealdade profissional ou metodologia detalhista é capaz de refrear.

Em resumo, em que pese a variedade do conjunto de teorias elaboradas acerca da interpretação jurídica, a maioria dos modelos contemporâneos desenvolvidos sobre a tarefa hermenêutica e a própria unidade da realização do direito continuam a não dar a devida importância ao papel da influência dos múltiplos fatores (inconscientes e irracionais, inatos e adquiridos) que condicionam os processos de tomada de decisão jurídica, construídas que estão a partir de modelos teóricos sem qualquer escrutínio empírico minimamente sério, carentes da menor autoconsciência com respeito à realidade neuronal que nos constitui e dos problemas filosóficos e neuropsicológicos profundos que implica qualquer teoria da ação intencional humana.

Descuidam do fato de que, como o discurso jurídico é principalmente um pensamento de tipo hermenêutico, é preciso concentrar a atividade interpretativa nas próprias “mentes” dos intérpretes e perguntar-se acerca da relevância que os *métodos* jurídicos podem ter sobre a atividade mental dos intérpretes autorizados. E ao buscar a resposta a essa pergunta há que descartar umas soluções puramente racionais, razoáveis e/ou ponderadas que possam obter-se pela via de certos “métodos-receitas”. Recordemos que a “consciência” do intérprete, que deve ser

necessariamente levada em conta, não dispõe apenas do “componente” do *conhecimento*, senão também do “componente” *emotivo-volitivo*: sentimentos, intuições, ideologias, prejuízos, experiências pessoais, memória e demais.

Para dizer claramente, 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 e seus métodos de interpretação e aplicação do direito, de argumentação jurídica, de racionalidade, de razoabilidade, de ponderação, 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, racional e razoável. 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).

Como consequência de tudo isso, as atuais teorias interpretativas, longe de ser um fator de humanização e de adequada dinamização terreal do direito, contribuem a manter as coisas como estão, perseverando em formular celestiais construções doutrinárias e/ou propostas metodológicas cuja principal característica e “utilidade” é a de servir como mero mecanismo de legitimação posterior à decisão. Limitam-se a outorgar às decisões dos juízes um aspecto de “cientificidade”, de “racionalidade”, de “razoabilidade”, de “objetividade” e valor epistemológico que do contrário jamais teriam⁷.

O certo é que o direito não é, e jamais será predominantemente um sistema racional de pensamentos, ao menos enquanto a genética não produza inéditos milagres nos cérebros das pessoas. Não, não pode sê-lo, porque ele consiste em *decisões* sobre distintas possibilidades de ordenação político-social para as condutas humanas. Essas decisões as tomam primatas humanos, indivíduos que estão eles mesmos envolvidos - direta ou indiretamente, consciente ou inconscientemente, quando menos ideologicamente – em tais condutas. De fato, uma decisão não costuma resultar mais racional e razoável que a vontade, as memórias, as emoções e o conhecimento de quem a produz. No caso do direito, os atores principais que determinam sua dinâmica não são precisamente uns “preferidores racionais”, nem

⁷ Como recorda Llewellyn (1977), o direito “*es lo que hacen quienes están encargados de su aplicación; no lo que ellos dicen que hacen, ni lo que los libros dicen que se debe hacer*”.

uma confraria de sofisticados jus-metodólogos, senão indivíduos que basicamente respondem às orientações de seus genes e de seus neurônios, assim como de suas experiências, memórias, valores, aprendizagens, e influências procedentes do entorno e da mentalidade comum⁸.

Por isso parece estar irremediavelmente condenada a equivocarse, de ponta a ponta, e sempre, qualquer teoria sobre o discurso jurídico que busque entendê-lo, ou programá-lo, como um sistema de locutores básica ou exclusivamente racionais e razoáveis. Os operadores reais do direito (particularmente os juízes) são seres humanos, como qualquer outro dos que caminham por aí. Isto significa que quanto passa por suas mentes, eles processam mais ou menos como o comum dos mortais. Como disse J. Frank (1931), também os juristas são “humanos”. E não poucas vezes – se pode agregar- até *demasiado* humanos...⁹

⁸ Sobre os fatores que influem, limitam, configuram e distorcem a maneira como percebemos o mundo, pensamos e atuamos, cf. Csikszentmihalyi, 2008; já sobre as limitações do cérebro evoluído, responsáveis por gerar as principais predisposições e fraquezas do ser humano, Linden (2010): *“El cerebro no há sido diseñado de manera elegante ni mucho menos: es un revoltijo improvisado e incomprensible que, sorprendentemente y pese a sus cortocircuitos, logra realizar una serie muy impresionante de funciones – o sea, que funciona sorprendentemente bien. Pero si bien la función general es impresionante, no cabe decir lo mismo de su diseño. Y lo que es más importante, el extravagante, ineficaz y singular plano de construcción del cerebro y sus partes constitutivas es fundamental para nuestra experiencia humana. La textura particular de nuestros sentimientos, percepciones y actos se deriva en una amplia medida del hecho de que el cerebro no sea una máquina optimizada que resuelve problemas genéricos, sino una extraña aglomeración de soluciones ad hoc que se han ido acumulando a lo largo de millones de años de nuestra historia evolutiva.[...] En concreto, que las limitaciones de un diseño cerebral extravagante y evolucionado fueron lo que en última instancia condujo a la aparición de muchos de los rasgos humanos trascendentes y únicos (y que nos permite entender algunos de los aspectos más profundos y específicamente humanos de la experiencia): el hecho de tener una infancia prolongada, nuestra amplia capacidad de memoria (sustrato en el que se crea nuestra individualidad a través de la experiencia), nuestra necesidad de crear relatos convincentes, nuestra limitada racionalidad e incluso nuestra predisposición al pensamiento religioso, es decir, el impulso cultural universal que lleva a crear explicaciones religiosas”*. No mesmo sentido, Marcus, 2010; Chabris e Simmons, 2011.

⁹ De fato, os “realistas fueron quines nos hicieron ver que los jueces, para ponerse los pantalones, meten primero una pierna y después la otra, como todo el mundo” (James Boyle, apud Pérez Lledó, 1996).