

Interpretação e decisão jurídica: o que fazer com nosso cérebro?

Atahualpa Fernandez[©]
Marly Fernandez[®]

Dentro das teorias jurídicas da interpretação e tomada de decisão que nos rodeiam, só há duas opções: ou adotas os ideais dominantes acerca da racionalidade do discurso jurídico e te passas o dia controlando tua atitude e revisando tuas percepções...ou te passas ao lado escuro, abrindo as portas da cova para deixar que saiam os fantasmas da irracionalidade ou as bestas do decisionismo.

Por excepcional que seja o cérebro humano, é uma consequência clara, um produto, da evolução por seleção natural, com todas as limitações que isso implica. E o mundo em que vivemos é uma consequência do “constructo” que faz o cérebro, isto é, das idéias que constrói através de mecanismos neuronais que se ativam com a realidade sensorial e a cultura em que se vive, processo este que está dirigido pelos códigos genéticos de funcionamento herdados nessa mesma evolução biológica.

Com estas duas premissas se alcança a conclusão inequívoca de que tudo quanto percebe ou concebe o ser humano o faz através do trabalho de seu próprio

[©] Membro do Ministério Público da União/MPU/MPT/Brasil (Fiscal/Public Prosecutor); Doutor (Ph.D.) Filosofia Jurídica, Moral y Política/ Universidad de Barcelona/España; Pós-doutor (Postdoctoral research) Teoría Social, Ética y Economía/ Universitat Pompeu Fabra/Barcelona/España; Mestre (LL.M.) Ciências Jurídico-civilísticas/Universidade de Coimbra/Portugal; Postdoctorado (Postdoctoral research)/Center for Evolutionary Psychology da University of California/Santa Barbara/USA; Postdoctorado (Postdoctoral research)/ Faculty of Law/CAU- Christian-Albrechts-Universität zu Kiel/Schleswig-Holstein/Deutschland; Postdoctorado (Postdoctoral research) Neurociencia Cognitiva/Universitat de les Illes Balears-UIB/España; Especialista Direito Público/UFPa./Brasil; Professor Colaborador Honorífico (Associate Professor) e Investigador da Universitat de les Illes Balears, 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/España.

[®] Doutora (Ph.D.) Humanidades y Ciencias Sociales/ Universitat de les Illes Balears-UIB/España; Pós-doutorado (*Filogènesi de la moral y Evolució ontogènica*)/ Laboratório de Sistemática Humana- UIB/España; Mestre (M. Sc.) Cognición y Evolución Humana/ Universitat de les Illes Balears- UIB/España; Mestre (LL.M.) Teoría del Derecho/ Universidad de Barcelona- UB/ España; Investigadora da Universitat de les Illes Balears- UIB / 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/España.

cérebro. Consequente com isso, cabe pouca dúvida de que o direito e a experiência jurídica, qualquer concepção ou interpretação, teoria ou discurso jurídico, mesmo sendo uma conduta única e diferente a que desenvolvem todos os demais seres vivos não humanos que habitam a terra, é uma atividade cerebral como qualquer outra atividade ou experiência intelectual humana, seja esta a criação de uma obra literária, uma experiência ou concepção religiosa, uma bela escultura ou um excelso juízo moral. Tudo tem seu assento último e definitivo no cérebro e seu funcionamento.

Os dados que aporta a boa neurociência, seguramente os mais revolucionários acerca do que conhecemos hoje sobre a natureza humana, parece confirmar hoje tal asserto. De fato, a neurociência parte de uma premissa básica e iniludível: que tudo quanto existe no mundo humano, objetivo ou subjetivo, é concebido através do cérebro, órgão por meio do qual se sente, pensa e executa a conduta. Esta afirmação surpreende já a muito pouca gente porque todo mundo sabe e tem por certo que sem cérebro não se sente nem se pensa e nem se realiza conduta alguma. Mas ainda assim, poucos sabem, são conscientes, que os códigos de funcionamento que tem o cérebro são os responsáveis últimos de nossa concepção acerca de tudo o que nos rodeia, incluídos os demais e nós mesmos. Pouca dúvida alberga já a idéia da unidade do ser humano, isto é, o fato de que a atividade mental é um estado funcional do cérebro, de que tudo o que passa na mente se deve a (ou ao menos depende da) atividade do cérebro: um “*continuum*” mente-cérebro que implica precisamente que não há uma separação radical entre o mental e o neural, cérebro e mente ou cérebro e espírito (Llinás e Churchland, 2006).

A neurociência tende a explicar, aproveitando todo conhecimento transversal possível (outras disciplinas), o funcionamento do cérebro e o produto desse funcionamento que são os processos mentais. Aproxima-nos à compreensão de como se construíram e que circuitos neuronais estão envolvidos e participam na elaboração do mundo subjetivo humano, seus processos de raciocínio, interpretação, sentimento, criatividade e conhecimento, e, também, as decisões, os juízos e o pensamento ético, moral e jurídico. E embora seja certo que a neurociência atual ainda dista muito de explicar todos esses fenômenos e que nos falta um largo caminho por percorrer, não menos correta é a constatação de que, passo a passo, o avanço imparável da pesquisa neurocientífica parece trazer consigo a derribo de

velhas idéias, como as que se utilizaram antes ao construir um mundo preenchido de ignorância e especulações.

Pois bem, se admitimos como corretas e legítimas tais evidências, não resulta difícil nem irrazoável inferir que as atuais teorias acerca da hermenêutica, da interpretação e da argumentação jurídica parecem ser, hoje, a mais flagrante e patética expressão de um estridente anacronismo, pelo simples fato de que partem de um puro e absoluto desconhecimento do funcionamento do cérebro humano. Assim que a pergunta sobre “o que fazer com nosso cérebro?” é uma pergunta *para todos*, e que pretende fazer surgir *em todos nós* o sentido da necessidade e urgência de um novo modelo hermenêutico, já agora comprometido com uma postura mais empírica e respeitosa com os métodos científicos atuais, acusadamente no que se refere ao problema da realização do direito.

Por acaso não é o cérebro o assento físico de nossas experiências interpretativas, quer dizer, da sensação “real” de um mero jogo mental de idéias e especulações? Por que, se está claro que não pode haver, em adiante, aproximação filosófica, ética, jurídica, etc., que não passe por uma análise detalhada do fenômeno neuronal, temos, não obstante, insistido por seguir um caminho contrário a uma integração interdisciplinar necessária que, a toda evidência, seguramente contribuirá mais para a compreensão dos múltiplos fatores e influências, inatas e adquiridas, que condicionam nosso processo de decisão? Por que enquanto a atividade do sistema nervoso central, tal como atualmente aparece à luz dos descobrimentos científicos, propõe sem lugar a dúvidas à consideração e reflexão uma idéia completamente nova da tarefa interpretativa, nos recusamos tenaz e taxativamente a rechaçar a sensação de que com relação ao direito nada se transforma?

Quando pensamos no cérebro (aliás, com o próprio cérebro, e que não foi modelado pela evolução para entender-se a si mesmo) vemos que nosso conhecimento do mundo e nossas ações derivam de nossas percepções e que nossas percepções (assim como nossa consciência) são construídas por mecanismos neuronais (redes) adquiridos e desenhados ao longo de nossa evolução. Investigar o que é o homem e como atua significa, de alguma maneira, saber como funciona o cérebro, como intervém na elaboração de nossos pensamentos, como opera nas ações humanas, na criatividade, na racionalidade e no surgimento de nossos juízos de

valor, sentimentos e emoções, já que é precisamente neste órgão donde reside o substrato último de toda experiência humana, incluída a própria experiência hermenêutica.

E se nos situamos no âmbito propriamente do jurídico, nada disso deveria surpreender, pois não parece definitivamente razoável supor que a tarefa interpretativa seja concebida como extracranial, enquanto a cognição e a emoção (produtoras da subjetividade) não o são. São produtos de nossa maquinaria cerebral, tanto como são produtos de nosso entorno cultural. Dito de modo mais simples: *se interpreta com o cérebro.*

Assim que a interpretação jurídica, tal como a conhecemos, é uma atividade levada a cabo por seres (cérebros) humanos com suas próprias necessidades, crenças, visões (prévias) do mundo, opiniões, amores, ódios, desejos, preferências, circunstâncias, problemas..., que, de uma forma ou outra, incidem e condicionam o resultado de suas interpretações, destinadas a transmitir suas mensagens a um público específico em uma época e um lugar determinados. Cada um dos intérpretes do direito é um ser humano, cada um deles tem algo diferente a comunicar, cada um intenta transmitir a sua visão de mundo (que há herdado ou adquirido) em suas próprias palavras. Cada um deles, de certo modo, muda, altera ou transforma os textos que interpreta.

Quem, por alguma razão, não entenda desse modo o processo de interpretação e aplicação do direito acaba por não admitir que cada intérprete diz o que quer dizer; quem faz isso não lê o que cada autor escreve com o propósito de entender sua mensagem. De fato, quem faz isso não somente se nega a reconhecer que cada intérprete é diferente senão que também se recusa a entender que não é adequado pensar que todo intérprete pretenda dizer sempre o mesmo. Pensar tal coisa é tão injusto como supor que o que queremos dizer neste artigo sobre a interpretação jurídica há de ser o mesmo que diz qualquer outro autor que se ocupa deste tema. E isso pela simples razão de que ninguém pode viver sua realidade (nem, por certo, interpretá-la) sem o concurso irrenunciável de sua atividade mental: detrás de dois cérebros distintos escondem-se mundos e formas completamente diferentes de conceber e de sentir a realidade.

Vejamos um exemplo. O sentimento de injustiça o constrói o cérebro de cada um e de acordo com sua própria individualidade; como cada cérebro é diferente a todos os demais, esse sentimento é pessoal e intransferível. Isso são os *qualia*, os matizes emocionais que cada ser humano acrescenta à percepção consciente (ou inconsciente) da realidade do mundo e que diferem dos matizes que vê e sente qualquer outro. Esses matizes são únicos porque são produzidos pelo cérebro que guarda todas as vivências genuínas em cada ser humano ao longo de toda a vida. A característica dessas experiências é que não são experimentadas por nenhum outro ser humano. E com elas se constrói a individualidade, a finura das percepções, quer dizer, a diferença com os demais e nossa nunca repetida forma de ver e interpretar o mundo¹.

E como o discurso jurídico é o resultado de um pensamento de tipo hermenêutico, pois consiste em interpretações de materiais jurídicos, parece razoável admitir que o realmente importante, no que diz respeito ao problema da atividade interpretativa, é concentrar-se nas próprias cabeças dos sujeitos-intérpretes e perguntar-se que fatores condicionam suas decisões e que influências, e como, podem ter os *métodos* jurídicos sobre o que passa em suas mentes. Desde logo, corresponde descartar, como sabemos, que seja factível umas soluções puramente racionais ou razoáveis, e que isso possa alcançar pela via de certos “métodos-receitas”. Não pode haver tais ordens de respostas às questões jurídicas em geral. Não somente porque semelhante receita não as há descoberto ainda ninguém – e nem é provável que se chegue a elaborar-, senão porque, ainda que alguém as apresentasse nada seria menos seguro que lograr, na prática, fazê-las aplicar tal qual pelos sujeitos-intérpretes, em casos sobre os quais os operadores do direito contendem na vida real (Haba, 2006).

¹ Dito de outro modo, o sentimento de injustiça (ou de justiça) gerado e ajuizado pelo cérebro consiste, fundamentalmente, em recriar as vivências pessoais de cada intérprete (uma variedade de dúvidas, intuições, memória, emoções, desejos, crenças, expectativas,...), isto é, de aproximá-lo a suas próprias circunstâncias particulares. Leva a eleger, mas a eleição deriva da interpretação; não é um ato soberano ou um mero exercício da vontade deliberada e puramente racional. Para recordar as palavras de M. Sandel (2011): “*La justicia, no hay más remedio, enjuicia. [...] Las cuestiones relativas a la justicia se ligan a ideas contrapuestas sobre el honor y la virtud, el orgullo y el reconocimiento. La justicia no solo trata de la manera debida de distribuir las cosas. Trata también de la manera debida de valorarlas*”.

Recordemos que a “consciência” (“cabeça”) do intérprete, com a que necessitamos contar, não se compõe somente do “módulo” *conhecimento*, senão também do “módulo” *emotivo-afetivo*: sentimentos, intuições, experiências pessoais, memória, ideologias... Os métodos, sejam quais forem, se dirigem às faculdades racionais dos homens. Mas por mais corretos que uns métodos sejam (suponhamos que sim) desde o ponto de vista intelectual, isto não basta para presumir ou decidir que serão adequados àqueles que estão chamados a aplicar esses métodos. Para que determinados métodos sejam seguidos, tem que dar-se uma das duas condições seguintes: i) ou que o conhecimento e a prática metódicos sirvam também para promover determinados fins fundeados na vida emocional do sujeito em questão, e que este seja consciente disso; ii) ou que, em todo caso, esses métodos não se oponham a ditos fins se não é para favorecer outros que o próprio sujeito considere igualmente importantes. Em qualquer dos dois casos, a vida emocional do intérprete dispõe, em última instância, de uma espécie de “veto” sobre o pensamento metódico².

Não há nenhuma filosofia, dogmática ou metodologia jurídica, por perfeita que seja, capaz de eliminar tal condicionamento. É assim, queira-se ou não, simplesmente pelo dado mais trivial no que se refere ao pensamento jurídico na prática: os operadores do direito não são menos pessoas de carne e osso que qualquer outro ser humano. Sobre esta verdade, que não pode ser mais elementar, passa simplesmente por encima a maneira corrente com que as questões do discurso jurídico são propostas por parte de sua doutrina profissional e/ou “oficial”. Com efeito, esta se refere – ou, mais habitualmente, nem sequer se refere – aos protagonistas do pensamento jurídico, especialmente aos juízes, de uma maneira tal “como se estes fossem pessoas distintas aos condutores de taxi, fabricantes ou professores...”(Simon, 1985).

² Pode-se dizer, inclusive, que a discricionariedade já não pode mais ser tratada – à maneira de Hart e Dworkin – como uma consequência de alguma propriedade *dos* materiais jurídicos (ser “determinados” ou “indeterminados”) ou *dos* casos (ser “fáceis” ou “difíceis”), senão que deve ser tratada como um atributo inerradicável da tarefa cognitivo-interpretativa (racional e emocional) que adotará cada juiz em busca de alcançar algum resultado ao interpretar os materiais jurídicos (as fontes jurídicas) ou resolver os casos.

As emoções, as intuições morais, as memórias, as percepções, as sensações e as experiências pessoais de cada indivíduo não são vistas como “cegas oleadas de afeto” senão como peças que outorgam “razões para interpretar”, e que servem como elementos condicionantes da interpretação e aplicação do direito. De fato, é precisamente a partir da evidência de que nossos pensamentos e avaliações têm nexos com nossas emoções que já não mais resulta aceitável deixá-las à margem da fronteira das modernas teorias hermenêuticas, de interpretação e de argumentação jurídica - independentemente do problema de saber se os juízos são "constituídos" ou "impulsionados" pela emoção (Greene, 2008; Haidt, 2008) ou simplesmente se correlacionam com a emoção que se vai gerando por cálculos inconscientes (Huebner et al. 2008). Hoje, o que se deve tratar de fazer é incorporar no âmbito do conhecimento jurídico uma reflexão e tomada de posição mais esclarecida de cara com as pesquisas levadas a cabo pelas ciências cognitivas e pela neurociência.

O problema é que a teoria jurídica insiste em ignorar a personalidade do intérprete autorizado porque seus defensores afirmam que tudo o que há que saber pode deduzir-se a partir do “manifesto” ponto de vista de um terceiro imparcial e “neutro”. As turvas regiões da primeira pessoa resultam enganosa, em especial no que se refere a forma como se comportam os magistrados quando, apoiados nesse *leitmotiv* do discurso racional e objetivo, “fazem justiça” e invocam “*compulsión de ‘la ley’ para justificar sus decisiones*” (Kennedy, 2010). E isso sem falar que, em geral, os juízes não somente não toleram que se lhes imputem causas ideológicas ou psicológicas senão que reagem com indignação ante elas, negando-as em termos suspeitosamente apaixonados, como se tratasse de uma agressão a sua honestidade profissional.

No discurso jurídico, a evidência de motivações pessoais quase nunca é manifesta, no sentido de que implique uma admissão de intenção. Nas sentenças judiciais, por exemplo, os juízes sempre “declaram”, explícita ou implicitamente, que o resultado - o desenlace particular que dão a um caso ou a eleição de certas normas em lugar de outras - foi alcançado seguindo procedimentos interpretativos impessoais que excluem toda e qualquer influência de suas preferências pessoais. Pretendem explicar tudo, pensar que dirigem com total neutralidade o destino dos demais, que cada uma de suas decisões se baseia (ou está fundamentada

unicamente) em uma avaliação estritamente racional e objetiva das normas, valores e fatos.

Aliás, levamos tanto tempo ouvindo hinos à imparcialidade e neutralidade, que ser racional não somente parece o normal, senão o normativo: é o que o juiz tem que ser. Daí que não surpreenda a seriedade com que muitos juízes afirmam carecer de sentimentos, prejuízos, desejos, expectativas e/ou ideologias, assegurando que jamais lhes hão guiado no exame de um caso. Na verdade, quase todos asseguram (e “vendem” a imagem de) que unicamente se movem pela razão jurídica e que atuam como *neutras* e imparciais “máquinas de pensar”, considerando traição institucional o uso dos sentimentos, prejuízos e/ou ideologias, como se de algo nefando se tratara³.

Mas como os sentimentos, prejuízos, desejos, medos, expectativas existem e são inevitáveis, «*explicar lo que hace el juez es tan importante como analizar lo que el juez dice que ha hecho*» (Wróblewski, 1989). Os juízes podem descrever as forças impessoais de suas decisões como queiram, mas a realidade é que não há forças impessoais em cada uma das decisões que tomam: não há uma só decisão que não tenha sido modelada por mentes humanas em interação com outras mentes humanas. A história de toda Justiça é a história de interesses, ideologias, rivalidades, de amizades, de ambições pessoais e nacionais. Uma interpretação, qualquer interpretação que gere uma decisão, sempre é experimentada e levada a cabo “por alguém”. Existe uma fenomenologia do intérprete-autorizado, uma fenomenologia que depende do temperamento, da história pessoal, da ideologia e da cultura de cada julgador. Ninguém está livre de influências, preferências, desejos e crenças, assim como de preferir uma solução a outra ou de deixar-se levar por associações (neurais) tão arraigadas que se converteram em totalmente inconscientes ou pouco conscientes. Como recorda Esser (1961), o juiz tende a «*ocultar la motivación real de su comportamiento, hasta tal punto que esos motivos, impulsos y objetivos primarios se niegan en buena conciencia y se rechazan con indignación ... (es fácil) camuflar profesionalmente la motivación (real) con motivos que se llaman jurídicos*».

³ Na verdade, consideramos difícil entender como os juízes conseguem abraçar uma ideologia tão implacável na (aparente) ausência de um estado colossal de dissonância cognitiva, mas muitos parecem capazes de fazê-lo. Seja como for, temos a impressão de que as teorias e os discursos que encaram os juízes como tomadores de decisões racionais parecem configurar uma clara manifestação de um “instinto de autoproteção de manada” elevado a um nível mais complexo de funcionamento teórico-institucional.

Já não é nenhum segredo que nossa experiência pessoal contamina nossas idéias sobre como funciona o mundo. Todos fazemos extrapolações de nossa existência para poder entender o mundo. Na arte isto se considera uma vantagem, mas no direito se considera uma contaminação. As idéias são infecciosas, conformam nosso ser e tudo o que vivemos nos chega através da mente. A palavra chave está aí: a mente. O único que fazemos em nossa vida é descobrir o que é construído por nosso cérebro que, *“lejos de ser un órgano perfecto, es un **kluge**, un apaño, o más bien, un conjunto de apaños improvisados por la evolución para resolver diversos problemas de adaptación [...]De ahí la falibilidad del cerebro a pesar, paradójicamente, de su maravillosa capacidad intelectual: podemos resolver problemas de física o de matemáticas de una complejidad inmensa al mismo tiempo ser incapaces de solucionar de manera lógica un conflicto, de tomar decisiones puramente racionales, de no dejarnos llevar por los arrebatos emocionales, de no sernos tan vulnerables ante los prejuicios, recordar dónde hemos dejado la llaves del coche...”*.(Marcus, 2010)

Deixando a um lado as pressões externas e, portanto, as mais visíveis, o juiz é, como todos os humanos, um ser estritamente «condicionado», ainda que não chegue a ser um autômato «determinado». Todos nos sentimos livres e nos cremos responsáveis de nossas decisões e comportamentos. Vã ilusão. Porque em grande parte - sem chegar ao determinismo absoluto - não fazemos senão responder a uns condicionamentos internos dos que não somos conscientes. De ordinário, ainda que nem sempre, conhecemos as pressões políticas, mediáticas ou econômicas as que estamos submetidos; mas ignoramos a existência de outras muito mais importantes que latem em nosso interior e que são geradas por nossa atividade neuronal sem saber como as produzimos ou o fazemos. Somos o resultado de vários processos concorrentes: uns psicobiológicos, que parecem os mais significativos, e outros sociais e culturais. Cremos atuar, em outras palavras, guiados pela razão e de fato são os genes, o cérebro, a educação familiar, a cultura e o contexto social os que nos movem.

Ainda que só fosse por isto, assim se explicaria que se as leis são as mesmas, as sentenças sejam diferentes porque diferentes são seus autores. Para entender a atividade judicial não basta com a análise das leis, das decisões, nem das pressões

institucionais e/ou políticas: há que estudar a personalidade do juiz, que é donde conduzem e desde onde se (re-)elaboram todas as informações e pressões, externas e internas, que terminam nos atos de aplicação do direito. O processo de realização do direito, na sua forma concreta de existência, exige sempre a participação integral da personalidade do sujeito que compreende.

Na pessoa do juiz concorrem informações procedentes do caso concreto e das normas, princípios, valores e ideologias (Kennedy, 2010), mas também de determinados impulsos internos (seu modo de pensar, suas crenças, seus prejuízos e seus [curto-] circuitos neuronais cognitivos e afetivos com todas as limitações que isto implica), que são os que, como qualquer ser humano, cabalmente integram sua personalidade e se prestam naturalmente a cínicas manipulações. Quem decide não é uma máquina senão um homem e, ademais, um ser humano singular, distinto dos demais.

Dito de modo mais simples (e jurídico): porque não existem dois cérebros iguais, porque cada cérebro constrói o mundo de maneira ligeiramente distinta dos demais cérebros, porque cada cérebro difere funcionalmente no modo em que armazena, recupera e processa a informação, não há uma interpretação completamente neutra, impessoal e objetiva do que expressa a “norma”, senão simplesmente uma interpretação dentro de nossas cabeças (uma construção pessoal), interpretação que se desencadeia através dos elementos externos e internos que cada indivíduo (ou cérebro) em particular está melhor preparado para registrar e processar.

Ademais, o problema que tem que afrontar o cérebro aqui é que os sinais procedentes do mundo (em nosso caso, da norma) não costumam representar uma mensagem codificada, senão que são potencialmente ambíguos e dependentes do contexto, e não vem necessariamente acompanhado de juízos prévios sobre seu significado (Edelman, 1987). Daí a razão pela qual que ler um texto necessariamente implica interpretá-lo⁴ : nenhum significado é inerente e os textos não falam por si

⁴ Contudo, supomos que muitos ainda fomentem uma concepção muito pouco elaborada acerca do processo de realização do direito, a saber, que o objetivo de interpretar um texto é, simplesmente, deixar que este “fale por si mesmo” para descobrir o significado inerente a suas palavras. Mas para que isso ocorresse, para que fosse perfeita, a linguagem empregada pelo legislador teria que, entre outras coisas: a) não ser ambígua (salvo, talvez, quando o

mesmos. O significado da norma é algo que descobrimos e elaboramos. Embora existam fatos, normas, valores e princípios dados e os intérpretes os apresentem dentro de um tecido narrativo que lhes dá certo sentido, o certo é que todo discurso jurídico parece estar desenhado para mascarar toda a exuberância irracional provocada pelo diálogo interno cognitivo-emocional do sujeito-intérprete⁵. De forma mais simples, o resultado final da tarefa interpretativa depende da perspectiva do intérprete: as normas jurídicas não são mais que fichas com as que jogar sofisticados jogos analíticos e/ou hermenêuticos. As normas possuem somente palavras e nenhuma representação de valor *a priori*. Quais os valores e significados que devem ser ligados a estas palavras são problemas vinculados à tarefa do intérprete. E ele estabelecerá sempre aquilo em que ele mesmo crê (D. Simon, 2006).

Mas não basta com estabelecer estas afirmações, que qualquer profissional com experiência percebe de imediato. O que sucedeu como novo nas últimas décadas é o intento de estudar cientificamente este fenômeno, situando-o na arquitetura cerebral humana (nas atividades que transcorrem no cérebro de uma

legislador pretende ser ambíguo à propósito); b) sistemática (em lugar de idiosincrásica); c) estável (de modo que, por exemplo, os legisladores fossem capazes de comunicar-se claramente com os destinatários das normas e/ou seus intérpretes autorizados); d) não redundante (para não perder tempo e energia); e) ser capaz de expressar de forma concisa e convincente todos e cada um de seus objetivos e/ou finalidades. Em resumo, cada palavra se utilizaria de uma maneira constante e desembruscada, cada frase seria limpa e desenturvada como uma fórmula matemática; uma norma com essas características seria totalmente analítica e mostraria à simples vista a estrutura lógica dos fatos (princípios e valores) asseverados ou negados.

⁵ Nesse sentido, por exemplo, Kennedy (2010) sustenta que *“una “hermenéutica de la sospecha”, o búsqueda de las motivaciones ideológicas escondidas en las sentencias judiciales que se presentan a sí mismas como técnicas, deductivas, objetivas, impersonales o neutrales, ha sido durante los últimos cien años la característica más importante de los debates norteamericanos sobre la decisión judicial. En el discurso jurídico, la evidencia de esta imputación de motivaciones casi nunca es flagrante, en el sentido de que implique una admisión de intención. En las sentencias judiciales, los jueces siempre “niegan”, en el sentido común del término, que estén actuando por motivos ideológicos. Esto es, afirman explícitamente que el resultado – el desenlace que le dan a un caso al elegir una particular resolución para una cuestión de derecho o de definición de ciertas normas en lugar de otras – fue alcanzado siguiendo procedimientos interpretativos impersonales que excluyen la influencia de sus ideologías personales. Obviamente, se trata de una convención y dice poco sobre lo que “realmente” está sucediendo.[...] Todos quieren que sea verdad que no sólo es posible sino también habitual que los jueces juzguen desprovistos de toda ideología. Pero todos están al tanto de la crítica, y todos saben que la teoría ingenua del imperio de la ley es una fábula, y aquellos que lo saben sospechan que las versiones sofisticadas de la filosofía del derecho contemporánea no son mucho mejores”.*

pessoa quando esta está interpretando e formulando juízos de valor) com o objetivo, quiçá, de atingir os seguintes propósitos: a) estabelecer a evidência de que é o cérebro, como uma máquina antecipadora, associativa, detectora de pautas e elaboradora de significado, que constrói o resultado de toda e qualquer interpretação, comparando automaticamente o contexto de suas experiências passadas com as percepções presentes e as expectativas de futuro; b) analisar os múltiplos fatores e influências, inatas e adquiridas, que condicionam o momento final do processo de interpretação jurídica (isto é, a decisão jurídica); e b) desenhar uma metodologia jurídica o mais amigável possível com relação às limitações próprias da capacidade cognitiva do sujeito-intérprete.

E é precisamente neste particular que as ciências da vida e da mente, ainda quando vão unidas a um programa reducionista (Churchland, 2006), podem efetuar ricas e esclarecedoras contribuições às atuais teorias hermenêuticas, acusadamente no que se refere ao papel que as emoções, os prejuízos, as crenças e preferências pessoais, a vulnerabilidade psicológica, os condicionamentos ideológicos, etc., efetivamente desempenham na ativa e comprometida tarefa interpretativa levada a cabo nos processos de tomada de decisão: podemos tentar ser terrivelmente objetivos, mas o que não podemos é olvidar de algo muito importante acerca do que é ser um ser humano. Como seres humanos, todos sabemos que se *sente* de certo modo e desde dentro. E o juiz, como qualquer besta biológica de nossa espécie, tem sensações, pensamentos e sentimentos privados e por vezes inefáveis que têm lugar de algum modo em seu cérebro.

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 são tomadas por primatas humanos, indivíduos que estão eles mesmos envolvidos - direta ou indiretamente, quando menos ideologicamente - em tais condutas. De fato, uma decisão não costuma resultar mais racional que a vontade, as emoções e o conhecimento de quem a produz. E os atores principais da atividade jurisdicional que determinam sua dinâmica não são precisamente uns “preferidores racionais”, nem 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 ambiente e da mentalidade comum. Os operadores reais do direito não são e nem tão pouco funcionam assim. Como disse J. Frank (1931), também os juízes são “humanos”. E não poucas vezes – é possível agregar - até *demasiado* humanos...⁶

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 recopilação 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.

Com efeito, os discursos interpretativos do direito, tal e como se produzem na realidade, estão constituídos por um conglomerado de heterogeneidades, isto é, são, nem mais nem menos, uma *“mezcolanza indisoluble”* de toda classe de indistintos e sempre variáveis componentes, racionais e não-racionais, *“de elementos teóricos y prácticos, cognoscitivos y creativos, reproductivos y productivos, científicos y supracientíficos, objetivos y subjetivos”*(Radbruch, 1970). Ademais, o que percebemos afeta nosso estado de ânimo e nossa capacidade cognitivo-afetiva, e não há nenhuma garantia de que podemos fiar-nos de nossas percepções: quase sempre as pintamos

⁶ O fato de que os pressupostos sobre a racionalidade dos juízes e o comportamento real dos seres humanos se mostrem tão desajustados é obviamente problemático. O perigo de pensarmos que não passamos de tomadores de decisões racionais é que isso nos impulsiona exatamente na direção desse tipo de comportamento. Esse modo de pensar solapa nossa natureza e faz com que criemos uma enganosa sensação de controle, “abolindo” nossas emoções. Como explica Robert Frank (1998), “aquilo que pensamos sobre nós mesmos e sobre as nossas possibilidades determina as nossas aspirações”. Ironicamente, uma perspectiva puramente racional, neutra ou objetiva está longe de ser a melhor alternativa. Ela limita nossa visão a ponto de nos fazer relutar em nos envolvermos e/ou assumir os fatores emocionais que condicionam nossas decisões. Daí a advertência de James Boyle (1985): *“Los 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”*.

com as cores de nossos sentimentos e fantasias; são nossas emoções as que dão sentido às experiências interpretativas ou, como dizem alguns filósofos, que lhes outorgam valor⁷.

Quem se proponha intervir aí, portanto, não terá mais remédio que tomar em conta tudo isso, ou virar às costas à realidade. Ou consagrar-se a dissimulá-la mediante alguma teorização todo o convenientemente abstrata e pedante para assegurar-se de não perturbar *la galérie*... E é precisamente nesse contexto que a neurociência, com suas ferramentas e métodos de análise, parece ser claramente a disciplina que, a longo prazo, nos permitirá encontrar vias altamente sofisticada para entender as aptidões psicológicas específicas do ser humano à hora de formular juízos de valor, de interpretar, de justificar e de decidir.

É definitivamente necessário assumir e dar-se conta de que em todos os casos a interpretação e a aplicação do direito está causada por eventos cerebrais. Chegou o momento de começar a operar com o que já sabemos sobre o cérebro e como isso pode vir a influenciar o atual modelo teórico e metodológico da ciência do direito. Para tanto, devemos partir da premissa de que a capacidade moral e ético-jurídica é (ou deve ser) contemplada como um atributo do cérebro humano, circunstância esta diretamente relacionada com o problema da tomada de decisão humana em todas as suas dimensões. E a compreensão do comportamento humano oferecido até agora pela neurociência é perfeitamente compatível com esta perspectiva.

Em outras palavras, os estudos provenientes das neurociências estão exigindo a gritos um novo despertar da consciência hermenêutica dos juristas, uma reinvenção ou construção conjunta de alternativas metodológicas reais e factíveis, compatível com a dimensão essencialmente humana (neuronal) da tarefa de elaborar, interpretar, justificar e aplicar o direito. Enfim, um novo modelo hermenêutico-interpretativo que, mantendo uma relação mais amigável com o funcionamento do cérebro, nos proporcione instrumentos mais frutíferos e fascinantes de cultivar o

⁷ A racionalidade e a lógica seguramente ajudam a interpretar e aplicar direito, e não se deve subestimar a importância de transformar nossos vagos instintos em um conjunto explícito de argumentos jurídicos. Mas nossas emoções e intuições morais, sem as quais não seríamos capazes de valorar, existem muito antes de que os teóricos e filósofos do direito propuseram os primeiros métodos para orientar a interpretação jurídica.

direito do que essa espécie de hermenêutica jurídica “no vazio” em que todos nos acostumamos a comprazer-nos nos velhos tempos.