

# A HERMENÊUTICA JURÍDICA E A CIÊNCIA DO CÉREBRO: COMO LIDAR COM OS AUTOMATISMOS MENTAIS

*THE LEGAL HERMENEUTICS AND BRAIN SCIENCE: HOW TO DEAL WITH  
THE MENTAL AUTOMATISMS*

**Juarez Freitas<sup>1</sup>**

Professor Titular do Mestrado e Doutorado em  
Direito da PUCRS

**RESUMO:** A teoria da interpretação jurídica tem de inovadoramente incorporar o exame dos vieses (*biases*) cientificamente mapeados. Conhecer tais automatismos mentais, substituindo-os, quando cabível, por hábitos reflexivos, é a proposta central do presente *paper*.

**PALAVRAS-CHAVE:** Erros cognitivos; interpretação jurídica; hermenêutica.

**ABSTRACT:** *The theory of legal interpretation must innovatively deal with*

*biases (biases) of our brains, scientifically mapped. Knowing such errors derived from automation, and replacing them with reflective habits of mind, is the central aim of this paper.*

**KEYWORDS:** *Biases; legal interpretation; hermeneutics.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Interpretação jurídica: os principais vieses; Conclusões.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Legal interpretation: the main biases; Conclusions.*

## INTRODUÇÃO

A primeira providência para não enveredar em desvios cognitivos consiste em conhecê-los. Nessa linha, significativos achados<sup>2</sup> sobre o funcionamento do cérebro precisam, o mais cedo possível,

<sup>1</sup> Professor Associado de Direito Administrativo da UFRGS, Presidente do Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito Público, Pós-Doutorado em Direito na Universidade Estatal de Milão, Autor de várias obras (entre as quais *A interpretação sistemática do direito*. Malheiros Editores), Medalha Pontes de Miranda da Academia de Letras Jurídicas por sua obra *Sustentabilidade: Direito ao Futuro*.

<sup>2</sup> Vide, para ilustrar, Cass Sunstein in “Empirically Informed Regulation”, *The University of Chicago Law Review*, 78, 2011, p. 1349-1429.

ser incorporados pela hermenêutica jurídica, de molde a lucidamente escrutinar aquelas predisposições conducentes a erros sistemáticos de julgamento.

Essencial, pois, ter em conta que o intérprete, desvelado pela ciência, aparece como aquele que, quando enviesado, mesmo de boa-fé, está propenso a confirmar as suas crenças iniciais; alguém que decide antes de ter plena consciência da decisão<sup>3</sup>; alguém que pode ser influenciado, ostensiva ou subliminarmente, pelo contágio social; alguém que, se não tomar precauções, tende a ser obnubilado pela miopia temporal e a formar estereótipos de maneira incessante; enfim alguém que, pelo só fato de ser humano, tem parcela de seu cérebro programada automaticamente para simplificar e reduzir ambiguidades, com o sacrifício da complexidade de juízos e escolhas.

Não há como desconsiderar tais predisposições automáticas ou vieses (*biases*)<sup>4</sup>. Todo cérebro humano ostenta desvios cognitivos que, não raro, afetam negativamente a qualidade da interpretação. Tal contingência só causa estranheza àqueles que se fiam em suposições formalistas ou acreditam nas mecânicas subsunções normativas. Ocorre que, no mundo real, não existe quem esteja inteiramente imune a automatismos mentais, cujo mapeamento revela-se, portanto, de extrema utilidade.

À proporção que as pesquisas decifram, a pouco e pouco, os intrincados segredos do cérebro, caem por terra mitos, palavrórios e ingenuidades históricas. A hermenêutica jurídica resulta, nesse contexto, profundamente enriquecida pela compreensão dos vieses e, na sequência, pela criação de hábitos alternativos, que funcionem como anteparos contra as predisposições comprometedoras do julgamento.

Com efeito, embora os argumentos linguísticos, sistêmicos e consequenciais<sup>5</sup> pareçam, à primeira vista, suficientes para o jurista, sobretudo se aplicados de maneira cumulativa, o certo é que costumam ocultar opções inconscientes<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Vide Benjamin Libet in *Do we have free will?* *Journal of Consciousness Studies*, 6, n. 8-9, 1999, p. 47-57. O fato de o processo volitivo iniciar, com milésimos de segundo, antes da tomada de consciência, não exclui a liberdade como poder de veto. Esclarece: “*The volitional process is therefore initiated unconsciously. But the conscious function could still control the outcome; it can veto the act. Free will is therefore not excluded*”.

<sup>4</sup> Vide Paul Litvak e Jennifer Lerner in “*Cognitive bias*”, *The Oxford Companion to Emotion and the Affective Sciences*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 90.

<sup>5</sup> Vide, por exemplo, a tipologia de Neil MacCormick in *Rethoric and the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 121-143.

<sup>6</sup> Vide Leonard Mlodinow in *Subliminar. Como o inconsciente influencia nossas vidas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

e, não poucas vezes, representam burlas frontais ao poder de veto da razão<sup>7</sup>. Quando isso ocorre, a fundamentação intersubjetiva e a coerência soçobram.

O fenômeno é imputável às seduções do impulsivismo, à insuficiência de cânones seguros, à usurpação de poderes, ao tráfico de influências, à má qualidade legislativa e à falta de autocontrole. Claro que todos esses fatores pesam, contudo só provocam estragos em função da concorrência subjacente de determinadas armadilhas mentais. São precisamente os vieses (*biases*) ou as distorções cognitivas que costumam levar o intérprete a erros sistemáticos de avaliação e controle. Ao dominarem a cena, as velhas regras de ouro da hermenêutica deixam de funcionar, ou se mostram constituídas de ouro falso.

Um herdeiro refinado da jurisprudência dos conceitos, em desespero de causa, tentará esgrimir com a tese de que seria plausível uma precedência entre princípios e regras, mediante fundamentação em “leis” ou fórmulas rígidas e heterônomas. A partir daí, imagina operar no reino do inteiramente racional e consciente. Nada mais enganoso. O que pretendo mostrar é que tentativas similares de conferir soluções demasiado simples (e fantasiosas) para questões hermenêuticas complexas situam-se em plano afastado da cientificidade: melhor o desassossego da verdade do que uma quimérica tranquilização.

Não descarto que possa (e deva) ocorrer, na tomada da decisão interpretativa, uma hierarquização axiológica<sup>8</sup> consistente e congruente, como ideal regulador. Todavia, a observação fria leva a duvidar da escala do seu êxito no cotidiano e reclama sábia contenção no tocante à certeza de juízos alicerçados sob o penetrante influxo de sugestões e influências<sup>9</sup>.

Nessa medida, sem endossar, por inteiro, a postura “pirronista” dos que negam qualquer racionalidade à teoria da decisão, lanço a hipótese de que somente se o intérprete jurídico se mantiver alerta é que resistirá às deliberações

<sup>7</sup> Vide Steven Pinker, *Os anjos bons da nossa natureza*. São Paulo: Cia. das Letras, 2013, p. 892: “É a razão que pode sempre prestar atenção às imperfeições dos exercícios de raciocínios anteriores, renovando-se e aprimorando-se em resposta”.

<sup>8</sup> Vide, sobre hierarquização axiológica, Juarez Freitas (*A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010).

<sup>9</sup> Vide, sobre influências sociais, Richard Davidson e Bruce McEwen in “Social influences on neuroplasticity: Stress and interventions to promote well-being”. *Nature Neuroscience*, 15(5), 2012, p. 689-95. Vide, como ilustração das influências até na relação entre gosto e atributos físicos do recipiente, Betina Piqueras-Fizman e Charles Spence in “The influence of the color of the cup on consumer’s perception of a hot beverage”, *Journal of Sensory Studies*, v. 27, out. 2012, p. 324-331.

forçadas pelos preconceitos explícitos e implícitos<sup>10</sup>, que derivam de áreas cerebrais primitivas, em lugar das justificações<sup>11</sup> consistentes. Quer dizer, o cérebro do intérprete, em suas zonas impulsivas, produz automatismos que podem compeli-lo ao rumo errôneo, a não ser que haja tempestivo exercício do poder de veto das áreas corticais mais novas, em termos evolucionários.

A boa notícia é que o antídoto para as patologias cognitivas está disponível: trata-se de, a partir do entendimento dos circuitos neurais, produzir anteparos reflexivos contra os vieses<sup>12</sup>, com o advento de rotinas distintas daquelas que, por um motivo ou outro, sucumbem no processamento dos contextos sociais e emocionais<sup>13</sup>.

Eis o duplo intento do presente estudo: de uma parte, fixar os principais vieses que irrompem na interpretação jurídica, e, de outra, sugerir soluções preventivas, mitigadoras ou compensatórias para os desvios.

## 1 INTERPRETAÇÃO JURÍDICA: OS PRINCIPAIS VIESES

### 1.1 OS “DOIS SISTEMAS” DE PENSAMENTO

A hermenêutica jurídica conhece, há muito, a força das crenças. Agora, imprescindível ir além. Crucial é entender como lidar com elas, alterá-las,

---

<sup>10</sup> Vide, sobre os preconceitos implícitos e o papel do endosso de outras pessoas, Janetta Lun, Stacey Sinclair, Erin R. Whitchurch e Catherine Glenn in “(Why) Do I Think What You Think? Epistemic Social Tuning and Implicit Prejudice”, *Journal of Personality and Social Psychology*, 2007, v. 93, n. 6, p. 957-972.

<sup>11</sup> Vide, sobre a inevitabilidade de justificações externas, Cass Sunstein in *The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

<sup>12</sup> Vide, sobre como lidar juridicamente com vieses implícitos, Christine Jolls e Cass R. Sunstein in “The Law of Implicit Bias”, *California Law Review*, v. 94, 2006, p. 969. Observam, à página 996: “*We have suggested the importance of distinguishing between two responses to implicit bias. Sometimes the legal system does and should pursue a strategy of insulation – for example, by protecting consumers against their own mistakes or by banning or otherwise limiting the effects of implicitly biased behavior. But sometimes the legal system does and should attempt to debias those who suffer from consumer error – or who might treat people in a biased manner. In many domains, debiasing strategies provide a preferable and less intrusive solution. In the context of antidiscrimination law, implicit bias presents a particularly severe challenge; we have suggested that several existing doctrines now operate to reduce that bias, either directly or indirectly, and that these existing doctrines do not on that account run into convincing normative objections*”.

<sup>13</sup> Vide Elizabeth Phelps e Peter Sokol-Hessner in “Social and emotional factors in decision-making: appraisal and value” in Dolan, R.J., & Sharot, T. (Ed.), *Neuroscience of Preference and Choice: Cognitive and Neural Mechanisms*. London: Academic Press, 2011, p. 207-222.

filtrá-las e aprimorá-las. Precisamente com esse desiderato, recorro a valiosos trabalhos<sup>14</sup> que começam a desnudar o cérebro de quem interpreta e estabelece escolhas ou hierarquizações axiológicas, condicionadas por vieses (*biases*) ou desvios cognitivos. Como advertem Keith Stanovich e Richard West, tais pontos cegos resistem até aos pensamentos mais sofisticados<sup>15</sup>.

Para favorecer a identificação dos desvios cognitivos, recorro, em sintonia com a abordagem de Daniel Kahneman, à ficção de dois sistemas de pensamento, no campo da interpretação jurídica: o sistema I (pensamento automático) e o sistema II (controle racional)<sup>16</sup>. O sistema I é aquele que opera automática e rapidamente, tomando a maior parte das decisões por impulso, sem maior senso de controle voluntário<sup>17</sup>, ao passo que o sistema II diz respeito àquelas áreas do cérebro mais novas, responsáveis pelo esforço de calcular, pela concentração<sup>18</sup>, pelo monitoramento e controle das sugestões formuladas pelo sistema I. Isto é, o sistema II responde pela deliberada atenção<sup>19</sup> regulatória, apesar de, com desafortunada assiduidade, revelar-se desidioso e confinado à lei do menor esforço<sup>20</sup>.

Antes de mais, esclareço que, ao adotar essa distinção didática, não retomo, nem de longe, o menor vestígio do dualismo cartesiano<sup>21</sup>. Reconheço, sem hesitar, que os sistemas interagem o tempo todo, entre si e com o ambiente, descartado qualquer “localizacionismo” estrito. Mais: a velha disputa filosófica entre razão e emoção não faz sentido, nos dias que correm, em face da constatação insofismável de integração de ambas, sobremodo em zonas pré-frontais do cérebro<sup>22</sup>.

<sup>14</sup> Vide, para ilustrar, *Law and Neuroscience*. Michael Freeman (Ed.). NY: Oxford University Press, 2011.

<sup>15</sup> Vide Richard West, Russell Meserve e Keith Stanovitch in “Cognitive sophistication does not attenuate the bias blind spot”. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 103 (3), sep. 2012, p. 506-519.

<sup>16</sup> Vide Daniel Kahneman in *Thinking, Fast and Slow*. London: Penguin Books, 2012, p. 13: “*Fast thinking includes both variants of intuitive thought – the expert and the heuristic – as well as the entirely automatic mental activities of perception and memory, the operations that enable you to know there is a lamp on your desk or retrieve the name of the capital of Russia*”.

<sup>17</sup> Vide Daniel Kahneman in ob. cit., p. 20.

<sup>18</sup> Idem: ob. cit., p. 21.

<sup>19</sup> Idem: ob. cit., p. 22.

<sup>20</sup> Idem: ob. cit., p. 35.

<sup>21</sup> Vide, para uma crítica ao “cogito” cartesiano, António Damásio in *Descartes’ Error: Emotion, Reason and the Human*. NY: Avon Books, New York, 1999.

<sup>22</sup> Vide André Palmmini, *Violência na perspectiva neurocientífica dos afetos e das decisões: por que não devemos simplificar os determinantes do comportamento humano*, *Revista Brasileira de Psicoterapia*,

O que pretendo destacar é que o sistema automático, pouco examinado na teoria da interpretação jurídica, é verdadeira usina de enviesamentos, distorções e erros em cascata. Em outras palavras, o sistema I manipula as informações, longe do abrigo seguro da prudência, incorrendo em inconsistências e ilusões de controle.

Como acentua Daniel Kahneman, o sistema primitivo confunde facilidade cognitiva com verdade, abusa das heurísticas e simplifica demais, especialmente ao substituir as questões difíceis por fáceis, além de inventar causas<sup>23</sup>. Sim, inventa causas e produz memórias fantasiosas<sup>24</sup>. Sofre de comprovada aversão à perda, com desproporcional reação às perdas na comparação com os ganhos<sup>25</sup>. Exagera a coerência emocional e é predisposto a confirmar as crenças iniciais, vendo somente aquilo que quer ver<sup>26</sup>.

Aí está, com realismo, a natureza biológica do sistema antigo do cérebro. Em que pese ser programável pelo sistema mais novo da racionalidade, o sistema automático tende a economizar energia, mas cobra preço alto, ao tropeçar em questões capitais que envolvem o exercício da lógica e do discernimento sobre o que realmente proporciona o bem-estar<sup>27</sup> intertemporal. Sede funcional da memória<sup>28</sup>, simplifica para se contentar com as respostas atraentes e fáceis (ainda que errôneas), tudo para não enfrentar o penoso trabalho requerido pela dúvida ou para não questionar as crenças prévias<sup>29</sup>.

---

2010; 12(2-3): p. 211: “Não faz mais sentido discutir-se razão *versus* emoção como uma disputa entre regiões corticais *versus* estruturas subcorticais, mas sim a integração entre razão e emoção em diversas estruturas cerebrais, particularmente nas regiões pré-frontais”.

<sup>23</sup> Vide Daniel Kahneman in ob. cit., p. 105.

<sup>24</sup> Vide Elizabeth Loftus in “Our changeable memories: legal and practical implications”, *Nature Reviews/Neuroscience*, v. 4, 2003, p. 231-234.

<sup>25</sup> Vide Daniel Kahneman in ob. cit., p.105: “Responds more strongly to losses than to gains (loss aversion)”.

<sup>26</sup> Idem: p. 105: “Is biased to believe and confirm”.

<sup>27</sup> Vide, sobre bem-estar, Daniel Kahneman, Ed Diener e Norbert Schwartz in *Well Being*. Russel Sage Foundation, 1999. Vide, ainda, Ed Diener, Richard Lucas, Ulrich Schimmack e John Helliwel in *Well-Being for Public Policy*. NY: Oxford University Press, 2009.

<sup>28</sup> Vide Daniel Kahneman in ob. cit., p. 46: “Memory function is an attribute of System 1. [...] The extent of deliberate checking and search is a characteristic of System 2, which varies among individuals”.

<sup>29</sup> Vide António Damásio, *E o cérebro criou o homem*. São Paulo: Cia. das Letras, 2011, p. 169: “Nossas memórias sobre certos objetos são governadas por nosso conhecimento prévio de objetos comparáveis ou de situações semelhantes. [...] são preconceituadas, no sentido estrito do termo, pela nossa história e crenças prévias”.

Convém não negligenciar que o próprio sistema reflexivo, mormente quando debilitado<sup>30</sup> ou exaurido, apresenta-se vulnerável e libera espaço para o domínio opressivo de estereótipos<sup>31</sup>, juízos superficiais e reducionismos. Não por acaso, juízes fatigados e com baixa glicose tendem a negar mais os pedidos favoráveis aos apenados<sup>32</sup>. O que ocorre, em situações emblemáticas desse tipo, é que, por razões eminentemente físicas, o sistema reflexivo pode deixar de funcionar (ou funciona mal) em matéria de autocontrole, com sérios prejuízos para a qualidade do sopesamento.

Por outro lado, como evidencia o impactante experimento de Walter Mischel e Ebbe Ebbesen sobre os efeitos da incapacidade de adiar gratificações, sobrevém do automatismo a dificuldade de realizar escolhas consistentes no tempo. Mais grave: os impulsos e atalhos mentais costumam ser explorados à exaustão por aproveitadores inescrupulosos<sup>33</sup>, no leilão das crenças<sup>34</sup>, sobretudo nessa era de hiperconsumismo, em que o sujeito parece convertido em mercadoria desejável, como diagnostica Zygmunt Bauman<sup>35</sup>.

O que almejo sublinhar é que, na interpretação jurídica, os sopesamentos e as ponderações coexistem, no cérebro<sup>36</sup>, com uma rede tendenciosa de

<sup>30</sup> Vide Daniel Kahneman: in ob. cit., p. 41.

<sup>31</sup> Vide, para ilustrar a ameaça dos estereótipos (*stereotype threat*), Claude Steele in “A threat in the air: How stereotypes shape intellectual identity and performance”, *American Psychologist*, v. 52(6), jun. 1997, p. 613-629.

<sup>32</sup> Vide Shai Danziger, Jonathan Levav e Liora Anvnaim-Pesso in “Extraneous factors in judicial decisions”. *Proc Natl Acad Sci USA*, 2011 april 26; 108(17): 6889-6892.

<sup>33</sup> Vide Robert Cialdini in *Influence*, 4. ed., Boston: Allyn e Bacon, 2001. Entre as ilusões cognitivas ou vieses, mostra a crença de quanto mais caro, melhor. A racionalidade sabe, com facilidade, que nem sempre é assim. Contudo, o sistema impulsivo sequer duvida. Outros vícios mentais arrolados, para ilustrar, são o de confiar cegamente no argumento do especialista, desconhecer o efeito contraste e ignorar as influências da reciprocidade, todos arditosamente explorados pelo *marketing*. Vide, para uma perspectiva crítica, Michael Sandel in *What a money can't buy. The moral limits of market*. NY: Farrar, Straus and Ginoux, 2012. Vide, sobre a realidade das ilusões cognitivas, Daniel Kahneman e Amos Tversky in “On the reality of cognitive illusions”, *Psychological Review*, v. 103 (3), 1996, p. 582-91.

<sup>34</sup> Vide Eduardo Gianetti, *O mercado das crenças*. São Paulo: Cia. das Letras, 2003.

<sup>35</sup> Vide Zygmunt Bauman, *Vida para consumo*. A transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 22: “Numa sociedade de consumidores, tornar-se uma mercadoria desejável e desejada é a matéria de que são feitos os sonhos e os contos de fadas”.

<sup>36</sup> Vide André Palmieri e Victor Geraldi Haase in “To do or not to do? The neurobiology of decision-making in daily life”, *Dementia & Neuropsychologia*, 2007; 1: p.10-17. Observam (p. 15): “*The crucial issue is that in practice, in real life, several stimuli - appealing differently to the subcortical reward and to the*

impulsões (como demonstram os experimentos de John Bargh<sup>37</sup> sobre a força dos estereótipos). Convivem, desse modo, o sistema I e o sistema II em disputas e batalhas entre a recompensa imediata e o pensamento de longo prazo, semelhantes às clássicas lutas das dietas. São, no final das contas, as impulsões que solapam as modulações intertemporais<sup>38</sup> de longo prazo<sup>39</sup>, assim como produzem a vulnerabilidade ao contágio emocional<sup>40</sup> e à ignorância pluralística<sup>41</sup>. Com propriedade, destaca Daniel Kahneman que o domínio dos impulsos, afetados por detalhes irrelevantes, põe por terra a vaidade de sermos inteiramente autônomos e conscientes de nossos juízos<sup>42</sup>.

Nesse contexto, tomar ciência dos vieses é condição para aprimorar a performance interpretativa, em vez de fingir deferência à autonomia do objeto e insistir em negar os condicionamentos, negação irrealista da condição humana<sup>43</sup>. Dito de outra maneira, se o intérprete jurídico não estiver vigilante

---

*prefrontal systems - coexist in time. In other words, in practice, there are several stimuli with prospectively distinct levels of immediate versus delayed gratification demanding a behavioral response."*

<sup>37</sup> Vide John Bargh, Mark Chen e Lara Burrows in "Automaticity of Social Behavior: Direct Trait Construct of Stereotype Activation on Action", *Journal of Personality and Social Psychology*, 71 (1996): 230-244. Por exemplo, compor uma frase sobre idosos faz com que as pessoas, logo a seguir, inconscientemente, passem a andar mais devagar.

<sup>38</sup> Vide, sobre a questão intertemporal, André Palmimi e Victor Geraldi Haase in "'To do or not to do?' The neurobiology of decision-making in daily life", *ob. cit.*, p. 12: "*Inescapably, making decisions is a constant demand upon our brains, and there is always the dichotomization between the more immediate rewards and the more delayed gratifications (without the immediate rewards)*".

<sup>39</sup> Vide Juarez Freitas, *Sustentabilidade: direito ao futuro*, 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2012, notadamente no Capítulo sobre falácias. Vide, ainda, James Salzman e Barton Thompson in *Environmental Law and Policy*. NY: Foundation Press, 2010, p. 24-26.

<sup>40</sup> Vide, sobre a emoção como fenômeno comportamental, social e psicofisiológico e sobre o automatismo do contágio, Elaine Hatfield, John Cacioppo e Richard Rapson in *Emotional Contagion*. University of Cambridge, 1994.

<sup>41</sup> Tendência de agir mais quando está só, em uma situação emergencial, do que em grupo, no qual resta preso à inércia. Vide, sobre a ignorância pluralística, Dale Miller e Cathy McFarland in "Pluralistic ignorance: When similarity is interpreted as dissimilarity", *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 53(2), aug. 1987, p. 298-305. Vide, sobre a influência do tamanho do grupo sobre a capacidade de agir em emergência, Bibb Latane e Steve Nida in "Ten Years of Research on Group Size and Helping", *Psychological Bulletin*, 1981, v. 89, n. 2, p. 308-324.

<sup>42</sup> Vide, sobre impulsões, Daniel Kahneman in *ob. cit.*, p. 55: "*Studies of priming effects have yielded discoveries that threaten our self-image as conscious and autonomous authors of our judgments and our choices. [...] We now know that effects of priming can reach into every corner of our lives*".

<sup>43</sup> Vide a polêmica entre Emilio Betti, com o seu cânone da autonomia do objeto, in *Teoria Generale de la Interpretazione*. Milão: Giuffré, 1955; e Hans-Georg Gadamer, com ênfase para o papel das pré-compreensões, in *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 1997.

ou acreditar piamente em uma fantasiosa determinação do mundo pré-dado, será manipulado por impulsos cegos e pré-compreensões sem freios, que o impelirão, como a verdadeiro títere, a tomar decisões sob influências (internas ou externas) que nada ostentam de fundo racional, visto que gravitam em torno de idiossincráticas oscilações na percepção de risco<sup>44</sup>.

Apesar disso, defendo que é perfeitamente viável, a partir da consciência desse processo natural, filtrar as predisposições e cuidar de modificá-las não menos naturalmente. Nessa perspectiva, a pedra de toque para a hermenêutica jurídica<sup>45</sup> – como ciência – consiste, antes de mais nada, em não confiar cegamente no sistema de impulsos, tampouco no domínio simplificador das regras ou máximas heterônomas, uma vez que, formalismos à parte, é essencial não negligenciar que os vieses estabelecem, na maior parte dos casos, as intensidades contrastantes, no manejo dos critérios jurídicos.

Por mais alarmante que possa soar, os vieses (com os seus erros grosseiros ou sutis de avaliação<sup>46</sup> e atribuição causal<sup>47</sup>), combinados à força do contexto<sup>48</sup>, determinam, em várias ocasiões, os sopesamentos, por mais que o sistema reflexivo, não raro desidioso, alardeie figurar no controle. Tudo se passa, em determinadas circunstâncias, como se os vieses conspirassem contra o melhor julgamento<sup>49</sup>.

Nesse panorama, o irracionalismo arbitrário resulta do predomínio – como sucede em julgamentos vergonhosos – que o sistema primitivo confere às

---

<sup>44</sup> Vide Armando Freitas da Rocha e Fábio T. Rocha, *Neuroeconomia e processo decisório*. Rio de Janeiro: LTC, 2011, p. 11-95.

<sup>45</sup> Hermenêutica jurídica é a ciência (mais do que arte) descritiva do processo interpretativo, em seus mecanismos conscientes e inconscientes, condicionadores da produção normativa de significados pelos intérpretes do sistema jurídico. Trata-se de interpretação tópica e sistemática, ao mesmo tempo, como preconizo em *A interpretação sistemática do direito*, 5. ed., op. cit.

<sup>46</sup> Vide Daniel Kahneman, ob. cit., p. 58.

<sup>47</sup> Vide, sobre a tendência de ignorar fatores situacionais em detrimento de fatores disposicionais, o texto dos organizadores de *Psicologia social: principais temas e vertentes*, Cláudio Vaz Torres e Elaine Rabelo Veiga (Org.). Porto Alegre: Artmed, 2011, p. 50.

<sup>48</sup> Vide, para uma explanação didática sobre o poder do contexto, Malcon Gladwell, *O ponto de virada*. Rio de Janeiro: Sextante, 2009, p. 139-143.

<sup>49</sup> Vide Veronika Denes-Raj e Seymour Epstein in “Conflict between intuitive and rational processing: When people behave against their better judgment”. *Journal of Personality and Social Psychology*, 66, 1994, p. 819-829.

conclusões (falsas) que confirmam crenças (espúrias) subjacentes<sup>50</sup>, incorrendo naquilo que se chama de enviesamento da confirmação<sup>51</sup>, quando o cérebro procura ver somente aquilo que quer ver no objeto, hipnotizado por impressões iniciais, aparências, vícios e inclinações.

Justamente por isso, temerário subestimar que o sistema primitivo gratifica-se pela coerência (falsa) das estórias que consegue criar<sup>52</sup>, nada importando a quantidade e a qualidade dos dados coligidos. Quer dizer, a coerência torna-se cúmplice da perpetuação do erro<sup>53</sup>. Assim, se o intérprete não estiver compenetrado em checar os dados em fontes de informações independentes, a coerência jurídica, tão valorizada (por relevantes considerações), não encontrará respaldo no sistema reflexivo, que terá sido eclipsado pelo sistema primitivo, vítima de excessiva confiança nas próprias crenças<sup>54</sup>. Vítima, por igual, da ojeriza às dúvidas<sup>55</sup> e da propensão de suprimir ambiguidades por decreto, no mau vezo de só perceber o que quer.

Em face do exposto, não é de estranhar que o uso de cânones, na interpretação jurídica, converta-se, com extrema assiduidade, no singelo fruto da correspondência de intensidade (*intensity matching*)<sup>56</sup>, efetuada pelo sistema primitivo, mais do que, como seria de esperar, de operação lógica levada a cabo com os aportes sensatos do sistema reflexivo. Em uma frase realista, no íntimo do intérprete inadvertido e impulsivo, as partes primitivas do cérebro sufocam e engolfam as partes modernas.

---

<sup>50</sup> Vide Daniel Gilbert in “How Mental Systems Believe”, *American Psychologist*, v. 46, n. 2, fev. 1991, p. 107-118. Aí sugere, à página 116, que a aceitação temporária de uma proposição é parte do processo não voluntário de sua compreensão.

<sup>51</sup> Vide Daniel Kahneman in ob. cit., p. 81: “*The operations of associative memory contribute to a general confirmation bias*”.

<sup>52</sup> Idem: ob. cit., p. 85.

<sup>53</sup> Vide Robert Cialdini in ob. cit., p. 119.

<sup>54</sup> Vide Daniel Kahneman in ob. cit., p. 87: “*The confidence that individuals have in their beliefs depends mostly on the quality of the story they can tell about what they see, even if they see little. We often fail to allow for the possibility that evidence that should be critical to our judgment is missing – what we see is all there is*”.

<sup>55</sup> Idem: ob. cit., p. 114: “*System 1 is not prone to doubt. It suppresses ambiguity and spontaneously constructs stories that are as coherent as possible. Unless the message is immediately negated, the associations that it evokes will spread as if the message were true*”.

<sup>56</sup> Idem: ob. cit., p. 93.

## 1.2 PRINCIPAIS VIESES QUE INFLUENCIAM A DECISÃO JURÍDICA

Os desvios cognitivos estão presentes em toda atividade cerebral, sem que a interpretação jurídica represente exceção, por maior força que se queira destinar para os comandos externos que determinam a imparcialidade. É o que acontece com a heurística do afeto<sup>57</sup>, consoante a qual as aversões e preferências, ao sabor de saltos infundados, culminam em julgamentos<sup>58</sup> distorcidos. Daí segue a relevância de arrolar os principais vieses (*biases*) que comprometem a isenção e o balanceamento da interpretação jurídica, selecionados entre os mais frequentes. Ei-los:

(a) *o viés da confirmação*<sup>59</sup>: a predisposição de optar por dados e informações que tão somente confirmem as crenças e impressões preliminares, sem passar pelo crivo apurado do sistema reflexivo. Ocorre, por exemplo, quando o intérprete, notadamente se fatigado ou estressado, fixa uma inclinação inicial e seleciona apenas as provas e os argumentos que confirmem essa crença, afastando tudo aquilo que se colocar em dissonância. Desnecessário dizer que a crença prévia pode estar rotundamente errada, inclusive pela escassez de dados disponíveis. O cérebro, ao pretender confirmar a qualquer custo, funciona rápido demais e se fecha a opções distintas. Nesse terreno, o melhor a fazer é rever assiduamente as inclinações e os precedentes, mantendo a mente o mais aberta possível.

(b) *o viés da falsa coerência*: a predisposição de negar a (incômoda) dúvida e de suprimir artificialmente a ambiguidade moral (não menos incômoda), inventando narrativas coerentes<sup>60</sup>. Coerência, frequentemente, falsa. Ocorre, por exemplo, quando o cérebro lê os textos normativos como se estivessem isentos de possibilidades interpretativas conflitantes, suprimindo ambiguidades morais à força, com base em supostas vontades claras e peremptórias da lei ou do legislador original. Nesse caso, o intérprete superestima a coerência daquilo

<sup>57</sup> Vide Paul Slovic, Melissa Finucane, Ellen Peters e Donald G. MacGregor in "The affect heuristic" in *Heuristics and Biases*. Thomas Gilovich, Dale Griffin e Daniel Kahneman (Ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 397-420.

<sup>58</sup> Vide Daniel Kahneman in ob. cit., p. 103-105.

<sup>59</sup> Idem: ob. cit., p. 81: "*System 1 is gullible and biased to believe, System 2 is in charge of doubting and unbelieving, but System 2 is sometimes busy, and often lazy. Indeed, there is evidence that people are more likely to be influenced by empty persuasive messages, such as commercials, when they are tired and depleted*".

<sup>60</sup> Vide Daniel Kahneman in ob. cit., p. 114: "*System 1 is not prone to doubt. It suppresses ambiguity and spontaneously constructs stories that are as coherent as possible. [...] System 2 is capable of doubt, because it can maintain incompatible possibilities at the same time*".

que lhe é exposto ou<sup>61</sup> apresenta inclinação de, em face da incerteza, preferir a via confortável do consenso<sup>62</sup>, seja qual for. Imagino que uma dose moderada de ceticismo seja o remédio ideal contra esse enviesamento, cujas raízes mais distantes parecem repousar na confusão entre a aspiração legítima de homeostase e a estabilidade obtida a qualquer preço.

(c) *o viés de aversão à perda*<sup>63</sup>: a predisposição de valorizar mais as perdas do que os ganhos. Trata-se de fenômeno que possui, como os demais, convincente explicação evolucionária. O ponto é que, embora útil na vida selvagem, tende a causar inércia conservadora e a inviabilizar transformações positivas, encaradas como ameaças, inclusive de exclusão social<sup>64</sup>. Pode ocorrer, por exemplo, quando o intérprete, com temor de perder discussão no colegiado, resolve aderir à maioria, sem resistência argumentativa, a despeito de convicções de princípio em contrário. Outro exemplo: a sobrevalorização desmesurada de riscos, no cotejo com benefícios e vantagens de determinado empreendimento, por temor exacerbado. Manifesta-se, ainda, na inércia que deixa de tomar providências reformistas, na ânsia simplista de tudo preservar. E aparece na propensão de valorizar exageradamente os itens que já temos (*endowment effect*)<sup>65</sup>. O antídoto, em todas essas situações, está em regular as emoções<sup>66</sup>, de modo a exercitá-las, com proporcionalidade, para além dos apegos e temores ancestrais.

(d) *o viés do "status quo"*<sup>67</sup>: a predisposição de manter as escolhas feitas, ainda que disfuncionais, anacrônicas e obsoletas. Ocorre, por exemplo, quando

<sup>61</sup> Idem: ob. cit., p. 114: "We are prone to exaggerate the consistency and coherence of what we see".

<sup>62</sup> Vide Gretchen Sechrist e Charles Stangor in "When are intergroup attitudes based on perceived consensus information?" *Social Influence*, v. 2, Issue 3, 2007, p. 211-235.

<sup>63</sup> Vide Cass Sunstein e Richard Thaler in Nudge. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 36-37: "De maneira geral, a tristeza pela perda é algo duas vezes maior do que a alegria proporcionada pelo ganho dessa mesma coisa. [...] A aversão à perda ajuda a produzir inércia, ou seja, um forte desejo de não mexer no que você possui neste momento".

<sup>64</sup> Vide Jaak Panksepp in "Feeling the pain of social loss". *Science* 2003; 302: p. 237-239. Vide, ainda, *Social Pain: Neuropsychological and Health Implications of Loss and Exclusion*. Geoff MacDonald and Lauri A. Jensen-Campbell (Ed.), Washington: American Psychological Association, 2011.

<sup>65</sup> Vide Brian Knutson, G. Elliott Wimmer, Scott Rick, Nick G. Hollon, Drazen Prelec e George Loewenstein in "Neural Antecedents of the Endowment Effect", *Neuron* 58, June 12, 2008, p. 814-822.

<sup>66</sup> Vide Peter Sokol-Hessmer, Colin Camerer e Elizabeth Phelps in "Emotion regulation reduces loss aversion and decreases amygdala responses to losses", *Social Cognitive Affective Neuroscience*, 2012.

<sup>67</sup> Vide William Samuelson e Richard Zeckhauser in "Status Quo Bias in Decision Making", *Journal of Risk and Uncertainty*, 1: p. 8 (1988): "This article reports the results of a series of decision-making experiments designed to test for status quo effects. The main finding is that decision makers exhibit a significant status quo

o intérprete, tendo adotado uma linha de orientação jurisprudencial, resigna-se a mantê-la, mesmo que o precedente não reencontre os pressupostos de sua consolidação. É típico dos partidários do movimento originalista radical (com as suas variantes<sup>68</sup> e vicissitudes lógicas<sup>69</sup>) e daqueles que rejeitam o senso de adaptação perante mudanças imperiosas, como ilustra a dificuldade em aceitar o controle jurisdicional das políticas públicas. O viés do *status quo*<sup>70</sup> tende a introduzir, assim, atroz ativismo regressivo que zomba da dignidade, como se verificou, no contexto brasileiro, na tardança infame em abolir a escravatura. O antídoto, nesse ponto, consiste em perceber que o melhor modo de preservar é inovar e, ao mesmo tempo, que o novo é mais facilmente metabolizável quando vestido em trajes familiares.

(e) *o viés do enquadramento*: a predisposição de interpretar à dependência do modo pelo qual a questão é enquadrada<sup>71</sup>. Ocorre quando o intérprete, leigo ou exímio especialista no assunto em discussão<sup>72</sup>, deixa de perquirir, por falta de tempo ou outro motivo, se o enquadramento diverso da questão conduziria à resposta mais plausível. Como anota Steven Pinker, uma limitação da racionalidade “é o fato de que nossa capacidade de enquadrar um fato de diversas formas faz com que troquemos de ângulo no decorrer de uma ação, dependendo de como a ação é descrita”<sup>73</sup>. Os sofistas de todos os tempos têm sido hábeis na técnica maliciosa do enquadramento, utilizada para ludibriar, manipular e distorcer. O melhor remédio, nesse aspecto, está em saber variar os enquadramentos, gerar alternativas e desconfiar do modo pelo qual os problemas são formulados.

---

*bias. Subjects in our experiments adhered to status quo choices more frequently than would be predicted by the canonical model”.*

<sup>68</sup> Vide, por exemplo, Robert Bork in *The tempting of America*. NY: Touchstone, 1991.

<sup>69</sup> Vide, para ilustrar a crítica ao originalismo, David Strauss in *The Living Constitution*. NY: Oxford University Press, 2010, p. 7-31, apontando, entretanto, as razões de sua sobrevivência, entre as quais figura à de página 31: “*Despite the force of the criticism, is that originalism is not actually a way of interpreting the Constitution. It is a rhetorical trope*”.

<sup>70</sup> Vide, por exemplo, Antoinette Nicolle, Stephen M. Fleming, Dominik R. Bach, Jon Driver e Raymond J. Dolan in “*A Regret-Induced Status Quo Bias*”, *The Journal of Neuroscience*, 2 march 2011, 31(9): p. 3320-3327.

<sup>71</sup> Vide Cass Sunstein e Richard Thaler in *Nudge*, ob. cit., p. 39: “*Até mesmo os especialistas estão sujeitos a efeitos do enquadramento. Ao ouvir que ‘90 em 100 estão vivos’, os médicos têm mais probabilidade de recomendar a operação do que se ouvirem que ‘10 em 100 estão mortos’*”.

<sup>72</sup> Vide, sobre a dificuldade de especialistas aceitarem o erro, Philip Tetlock in *Expert political judgement*. Princeton: Princeton University Press, 2005.

<sup>73</sup> Vide Steven Pinker, *Do que é feito o pensamento*. São Paulo: Cia. das Letras, 2008, p. 448.

(f) *o viés do otimismo*<sup>74</sup> *excessivo*: a confiança extremada guarda conexão com previsões exageradamente seguras (e negligentes)<sup>75</sup>, ligadas a erros nem sempre inocentes<sup>76</sup>. A solução, aqui, é adotar apenas dose moderada de otimismo, porque o excesso de confiança distorce os julgamentos e afugenta os cuidados inerentes à prevenção e à precaução<sup>77</sup>. Além disso, o melhor é se abster de julgar até recuperar o estado emocional equilibrado.

(h) *o viés do presente* (*present-biased preferences*)<sup>78</sup>: existe tendência de buscar recompensas imediatas, sem perguntar sobre os efeitos a longo prazo, causando prejuízos de toda ordem (inclusive à saúde pública), por falhas nas escolhas intertemporais<sup>79</sup>. O remédio, nesse ponto, consiste em pretender, em sentido forte, o desenvolvimento sustentável, aprendendo a adiar gratificações, em nome dos benefícios duradouros<sup>80</sup>.

Como tais vieses ilustram a contento, imperativo reconhecer, na interpretação jurídica, os procedimentos simplificadores que auxiliam a encontrar respostas rápidas, mas errôneas, para perguntas difíceis<sup>81</sup>. De sorte que, seja por abuso, seja por omissão<sup>82</sup>, entendo injustificável permitir, sem veto,

<sup>74</sup> Vide, sem deixar de reconhecer os benefícios do otimismo racional, Tali Sharot in “The Optimism Bias”, *Current Biology*, v. 21, Issue 23, december 2011, p. 941-945. Vide, ainda, Taly Sharot in *The optimism bias*. New York: Pantheon, 2011.

<sup>75</sup> Vide Daniel Kahneman in ob. cit., p. 249-254.

<sup>76</sup> Vide John Keneth Galbraith in *A economia das fraudes inocentes*. São Paulo: Cia. das Letras, 2004.

<sup>77</sup> Vide, sobre otimismo excessivo, David Dejoy in “Optimism bias and traffic safety”, *Proceedings of the Human Factors and Ergonomics Society Annual Meeting* September, 1987, v. 31, n. 7, p. 756-759.

<sup>78</sup> Vide Stephan Meier e Charles Sprenger in “Present-Biased Preferences and Credit Card Borrowing”, *American Economic Journal: Applied Economics*, v. 2, n. 1, 2010, p. 193-210. Observam: “*The finding that directly measured present bias correlates with credit card borrowing gives critical support to behavioral economics models of present-biased preferences in consumer choice. This paper opens up a number of avenues for future research*”.

<sup>79</sup> Vide Shane Frederick, George Loewenstein e Ted O’Donoghue in “Time Discounting and Time Preference: A Critical Review”, *Journal of Economic Literature*, v. 40, n. 2, 2002, p. 351-401.

<sup>80</sup> Também se manifesta como viés relacionado à “miopia da tristeza” (*myopic misery*), que suscita impaciência e preconceitos que afastam as decisões dos objetivos de longo alcance, além de envolver altos custos potenciais. Vide, sobre o aumento da impaciência causado pela tristeza, Jennifer Lerner, Ye Li e Eike Weber in “The Financial Costs of Sadness”, *Psychological Science*, january 2013, v. 24, p. 72-79.

<sup>81</sup> Vide Daniel Kahneman in ob. cit., p. 98: “*The technical definition of heuristic is a simple procedure that helps find adequate, though often imperfect, answers to difficult questions. The word comes from the same root as eureka*”.

<sup>82</sup> Vide, sobre a capacidade de representação dos estados mentais, Rebecca Saxe e Liane Young in “An fMRI Investigation of Spontaneous Mental State Inference for Moral Judgment”. *Journal of Cognitive*

a influência exacerbada do sistema impulsivo, que se aproveita da eventual frouxidão do sistema reflexivo.

Em face do que observo, a interpretação jurídica somente será minimamente aceitável se reconhecer tais vieses, permanecendo escudada em pensamento intertemporalmente responsável e se mantiver acesa a suspeita de, apesar de todas precauções, ter sido vítima de armadilhas mentais.

Em outras palavras, no processo da interpretação jurídica, os vieses estarão sempre infiltrados, visto que o intérprete tece o significado do sistema normativo, sujeito a inevitáveis influências desse tipo. Cumpre, pois, criar hábitos alternativos para interpretar com acurácia. Nada resolve o apelo à regra formal, nem a defesa do passivismo como saída, ignorando os erros do utilitarismo das regras, desnudados por Bernard Willians<sup>83</sup>. Não deixa de ser sintomático que determinadas lesões cerebrais só façam aumentar o utilitarismo nos julgamentos morais<sup>84</sup>.

Perante as descobertas científicas sobre o funcionamento do cérebro, as teorias estáticas não oferecem resposta satisfatória: cultivam a estabilidade pela estabilidade e servem acriticamente ao enviesamento do *status quo*. A tentativa de derivar a fundamentação do sistema jurídico de um só direito é outro canto de sereia, que destoa do conhecimento sobre como o cérebro funciona. Qualquer solução unidimensional causa resultados nefastos. Também não servem as fórmulas de ponderação, porque até as tentativas matemáticas, como a fórmula de Daniel Bernouill<sup>85</sup>, são de debilidade manifesta. É que, como observa com sagacidade Antonio Damásio<sup>86</sup>, a memória, em suas evocações, depende das pré-compreensões. A ciência, nesse passo, une-se às melhores conquistas especulativas: interpretar o Direito nunca será uma descrição inteiramente isenta

---

Neuroscience, July 2009, v. 21, n. 7, p. 1396-1405.

<sup>83</sup> Vide Bernard Williams, *Moral*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 159: “O utilitarismo das regras, enquanto tentativa de se agarrar a algo caracteristicamente utilitarista e ao mesmo tempo aparar as suas arestas mais toscas, a mim me parece um fracasso”.

<sup>84</sup> Vide M. Koenings, L. Young, R. Adolphs, D. Tranel, F. Cushman, M. Hauser e A. Damásio in “Damage to the prefrontal cortex increases utilitarian moral”, *Nature*, v. 446, 2007, p. 908-911. Para uma hipótese de que os sentimentos pró-sociais é que são reduzidos, nesses casos da lesão, vide Jorge Moll e Ricardo de Oliveira Souza, “Primeiro sentimos, depois julgamos”. *Mente e Cérebro*. Especial “O Segredo da Decisão”, n. 35, 2013, p. 55.

<sup>85</sup> Vide Daniel Kahneman in ob. cit., p. 272-277.

<sup>86</sup> Vide António Damásio, *E o cérebro criou o homem*. São Paulo: Cia. das Letras, 2011, p. 169.

de escolhas. Logo, a hierarquização axiológica, consciente dos vieses, precisa ocupar o centro da interpretação tópico-sistemática<sup>87</sup>.

À vista disso, o progresso da interpretação jurídica só floresce quando não aposta em fantasias, como a autonomia do objeto, como pretendia Emilio Betti<sup>88</sup>, nada corroborado, nesse aspecto, pelas pesquisas sobre o cérebro. Como reforça António Damásio, “toda e qualquer função mental resulta das contribuições coordenadas de muitas regiões cerebrais<sup>89</sup>, em diversos níveis do sistema nervoso central, e não do funcionamento de uma só região cerebral concebida à maneira de um centro frenológico”. Dessa maneira, indispensável ampliar a vigilância contra as simplificações dos cânones hermenêuticos, por melhores que sejam os propósitos originais. Na realidade, tendem a ignorar que o cérebro jamais toma decisões somente com o córtex pré-frontal. Combina razão com emoção (nos casos “fáceis” e nos “difíceis”), condição indispensável para não extraviar os sentimentos morais<sup>90</sup>. A rigor, sem emoção, os julgamentos resultariam impraticáveis.

O ponto nodal, desconsiderado por abordagens reducionistas, é o de que da interpretação jurídica participam regiões ancestrais que tanto podem auxiliar como comprometer a congruência, fomentando a aversão à perda e outros enviesamentos, que colocam em cheque o julgamento racional, entendido como a “correlação entre certas ações e consequências benéficas”<sup>91</sup>.

Como enfatizei, o cérebro, às voltas com distorções cognitivas, está preordenado a valorar afoitamente. Exatamente por isso o mais experiente dos juristas, se desprovido de autocontrole, tende ao erro nas comparações dinâmicas e a incorrer em inconsistências temporais. Os automatismos costumam cercar a empatia e a justiça recíproca<sup>92</sup>, particularmente ao provocarem ansiosos neurológicos de poderosa influência. Nesse quadro, o contágio emocional e a sede (quase insaciável) de aprovação podem não ser neutralizados tempestivamente

---

<sup>87</sup> Vide Juarez Freitas, *A interpretação sistemática do direito*, 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

<sup>88</sup> Vide Emilio Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1955.

<sup>89</sup> Vide António Damásio, *Em busca de Espinosa*. São Paulo: Cia. das Letras, 2004, p. 81.

<sup>90</sup> Vide Jorge Moll e Ricardo de Oliveira Souza, “Primeiro sentimos, depois julgamos”. *Mente e Cérebro*. Especial “O Segredo da Decisão”, n. 35, 2013, p. 48-55.

<sup>91</sup> Vide António Damásio, *Em busca de Espinosa*, ob. cit., p. 161. Vide, ainda, António Damásio in *Self comes to mind*. NY: Vintage Books, 2012, com destaque para o papel dos neurônios (p. 41 e ss.).

<sup>92</sup> Vide, sobre *homo reciprocans* e as vantagens da reciprocidade positiva, Armin Falk, Thomas Dohmen, David Huffman e Uwe Sunde in “Homo Reciprocans: Survey Evidence on Behavioral Outcomes”, *Economic Journal*, v. 119, March 2009, p. 592-612.

pelo sistema reflexivo, pois a preferência do significado esconde uma estratégia da personalidade, contaminada eventualmente pela desconsideração do futuro<sup>93</sup>, pela polarização de grupo<sup>94</sup> ou por outros vieses.

Os hábitos nos moldam, em uma triangulação “estímulo-recompensa-rotina” que opera espécie de *loop*<sup>95</sup>, no qual o cérebro tenta operar com o menor esforço possível. Os erros surgem quando o automatismo conjuga-se com uma racionalidade pouco laboriosa, de modo a embargar a formação de rotinas superiores<sup>96</sup>. Por esse motivo, quando o intérprete desconhece o processo formativo de hábitos e as bases neurais dos juízos<sup>97</sup>, converte-se em verdadeira marionete de atalhos mentais, levado a julgamentos inconscientes, facciosos e autodestrutivos. À guisa de síntese: quando alguém pensa de modo enviesado, o pensamento se torna rarefeito, quase nulo.

### 1.3 O INTÉRPRETE JURÍDICO E OS HÁBITOS MENTAIS

Defendo que existe uma solução preventiva (árdua, por certo): se os vieses são inevitáveis e os hábitos não se extinguem, não é menos certo que os hábitos, por força do livre-arbítrio<sup>98</sup>, são perfeitamente substituíveis. De sorte que importa formar hábitos reflexivos e neutralizar, ao menos nas situações de maior impacto, as decisões enviesadas.

Completa pertinência, nesse passo, teve Francis Bacon, não apenas ao assinalar o elevado poder dos hábitos (os mais dominantes adquiridos na

<sup>93</sup> Vide, sobre os vieses que interferem na racionalidade administrativa, Thomas Bateman e Scott Snell, *Administração*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 79-80.

<sup>94</sup> Vide, sobre a polarização de grupo, Cass Sunstein in *Going to extremes: How like minds unite and divide*. NY: Oxford University Press, 2009, p. 1-20. Vide, ainda, Daniel Insenberg in *Group Polarization: A critical review and meta-analysis*. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 50(6), jun. 1986, p. 1141-1151.

<sup>95</sup> Vide, para um relato das pesquisas sobre o hábito, Charles Duhigg, *O poder dos hábitos*. São Paulo: Objetiva, 2012, p. 36: “Esse processo dentro dos nossos cérebros é um loop de três estágios. Primeiro há uma deixa, um estímulo que manda seu cérebro entrar em modo automático, e indica qual hábito ele deve usar. Depois há a rotina, que pode ser física, mental ou emocional. Finalmente, há uma recompensa, que ajuda seu cérebro a saber se vale a pena memorizar este *loop* específico para o futuro”.

<sup>96</sup> Idem: p. 38-39, 64-79.

<sup>97</sup> Vide Jorge Moll, Roland Zahn, Ricardo Oliveira Souza, Frank Krueger e Jordan Grafman in “The neural basis of human moral cognition”. *Nature Reviews Neuroscience*, 6, 2005, p. 799-809.

<sup>98</sup> Vide, sobre o livre-arbítrio na espécie humana, Jaak Panksepp in *Affective Neuroscience: The Foundations of Human and Animal Emotions*. NY: Oxford, 1998, p. 329.

infância), como ao recomendar a estratégia de deixar as mentes predispostas ao aprimoramento<sup>99</sup>. Mais do que nunca, é imprescindível que o jurista mantenha a mente empenhada em trocar hábitos nocivos por saudáveis<sup>100</sup>, ciente de que somos inescapavelmente o conjunto de nossas rotinas mentais, das simples às mais elaboradas.

Ainda que de passagem, seria injusto não evocar Aristóteles<sup>101</sup> e Platão<sup>102</sup>, em uma convergência rara sobre o papel decisivo dos hábitos. É que se o intérprete quiser abandonar condicionamentos danosos e perseguir os resultados apropriados, tem o condão de fazê-lo, desde que, em vez da ilusão de extingui-los, cuide de trocá-los por outros melhores. Está certo que não são irremediáveis as falhas cognitivas, por mais que a impulsividade e a impaciência levem a erros sistemáticos. Logo, quem pretender interpretar o Direito com solidez, sustentabilidade<sup>103</sup> e senso balanceado terá de, prevenido no tocante a sequestros emocionais, eleger as rotinas do pensamento redirecionado<sup>104</sup>.

Com esse desiderato, o intérprete “desligará” o hábito de pensar apenas o imediato, incorporando o foco a longo prazo. Nutrirá o hábito de desconfiar das próprias crenças, por mais sedutoras que sejam, ciente do viés da confirmação. Estará atento para o viés de aversão à perda e cultivará mentalidade prospectiva de custos e benefícios (diretos e indiretos), sem descurar das externalidades. Em lugar da confiança excessiva ou da miopia da tristeza, esposará postura de vigilância máxima contra os estados alterados (excitações, fadigas e arroubos). Praticará o discernimento de diferir gratificações<sup>105</sup>. Evitará o viés do *status quo*, contrapondo-lhe o hábito de tudo pensar como aperfeiçoável. Quer dizer, para cada enviesamento, adotará uma rotina alternativa como antídoto.

<sup>99</sup> Vide Francis Bacon, *Ensaio sobre moral e política*. São Paulo: Edipro, 2001, p. 135.

<sup>100</sup> Vide Charles Duhigg in ob. cit., p. 125.

<sup>101</sup> Vide Aristóteles in *The Nichomachean Ethics of Aristotle*. London: Bohn, 1850, p. 33-34: “*The virtues, then, are produced in us neither by nature nor contrary to nature, but, we being naturally adapted to receive them, and this natural capacity is perfected by habit*”.

<sup>102</sup> Vide, sobre o hábito, a assertiva de Platão: “*The character is engrained by habit*” in *Laws*, Livro VII, 792e, *The Dialogues of Plato*, Oxford: Clarendon Press, 1953, v. IV, p. 359.

<sup>103</sup> Vide Juarez Freitas, *Sustentabilidade* in ob. cit., Cap. X.

<sup>104</sup> Vide Timothy in *Redirect*. London: Penguin, 2011.

<sup>105</sup> Vide, sobre a resistência às tentações em favor de objetivos de longo alcance, Walter Mischel, Ozlem Ayduk, Marc Berman, B. J. Casey, Ian H. Gotlib, John Jonides, Ethan Kross, Theresa Teslovich, Nicole L. Wilson, Vivian Zayas e Yuichi Shoda in “*Willpower over the life span: decomposing self-regulation*”, *Social Cognitive and Affective Neuroscience Advance Access*, Oxford University Press, set. 2010, p. 1-5.

À base do articulado, os hábitos mentais são concebidos, de maneira inovadora, como elementos nevrálgicos para requalificar a interpretação jurídica, cujo êxito, em última instância, depende da combinação harmônica de habilidades cognitivas e não cognitivas (realçadas por James Heckman)<sup>106</sup>. A interpretação jurídica que interessa é, em síntese, aquela que produz significados mais benéficos do que custosos. Inversamente, a má interpretação é o fruto dos desvios cognitivos, os quais, no limite, tendem a conduzir o intérprete ao abismo pantanoso das fobias e à tirania das predisposições.

## CONCLUSÕES

A modo de resumo, a interpretação jurídica, empreendida com plena consciência dos vieses, demanda uma hermenêutica reorientada cientificamente pela capacidade de reflexão sobre automatismos do cérebro. Não é tarefa fácil ou superficial. Supõe ir fundo e perscrutar a alma de quem decide e o conjunto de seus hábitos. A par disso, implica assumir que, para a interpretação não degenerar na ditadura dos vieses, é vital que o intérprete não se confine aos impulsos primitivos. Sim, o intérprete, goste ou não, está predisposto a confirmar inadvertidamente as crenças iniciais. Como visto, quando fatigado, encontra-se propenso a julgar de modo mais severo. Como qualquer ser humano, padece de aversão à perda, desproporcional em relação aos ganhos. Tende a preservar o *status quo*, salvo se cultivar o circuito da empatia e o veto da racionalidade. É passível de contágio emocional e, se não cuidar, pode decidir com base em heurísticas, tais como a disponibilidade. Tende a sucumbir à miopia temporal. Costuma ser enganado pelo viés do otimismo excessivo ao ponderar riscos e tende a formar estereótipos. Decide milésimos de segundos antes de pensar a decisão e está predisposto a reduzir rapidamente as ambiguidades e dissonâncias para não conviver com o *stress* da dúvida inquietante.

O que há de alentador, nesses estudos, radica na possibilidade de conhecer os mecanismos decisivos nos bastidores da produção normativa de significados. Claro que existe perigo nisso: o desavisado poderia supor que os condicionamentos são fatais e inelutáveis. Espero ter deixado claro que isso não é verdade.

---

<sup>106</sup> Vide James Heckman, ao realçar a prioridade do desenvolvimento das chamadas “soft skills” in “The technology and neuroscience of capacity formation, Proceedings of the National Academy of Sciences, 104(3): p. 13250-13266. Vide, ainda, James Heckman e Yona Rubinstein in “The Importance of Noncognitive Skills: Lessons from the GED Testing Program”. American Economic Review, 91(2), p. 145-49.

Como frisei, os desvios sistemáticos do cérebro podem ser contrapostos a novas rotinas reflexivas, desde que o intérprete perceba que os desvios cognitivos limitam e toldam a capacidade de avaliação sensata. Não se trata de negar a serventia evolucionária dos vieses. Tampouco pretendo dizer que toda predisposição seja sinônimo de erro. Longe disso. Saber lidar com as predisposições, no entanto, consiste em fazer com que deixem de funcionar como fonte de desvios e ilusões conducentes a erros sistemáticos.

Em recapitulação, sublinho as ideias de fundo:

- Os condicionamentos neurais habitam o núcleo dos requisitos obrigatórios para as escolhas interpretativas.
- Os hábitos mentais nos moldam. A rigor, jamais se extinguem, embora, graças ao livre-arbítrio (aptidão de vetar impulsos errôneos), sejam substituíveis por rotinas alternativas. Viés não é sinônimo de fatalidade.
- Crucial que o intérprete se compenetre de que nada mais é do que o plexo de suas rotinas mentais, das simples às mais elaboradas. Nesse quadro, o escrutínio dos vieses (*biases*) sobe de ponto, de sorte a aperfeiçoar não apenas os aspectos cognitivos, mas os acervos de motivações e objetivos, chaves pelas quais o intérprete avalia o mundo.
- A decisão interpretativa, tomada com atitude precavida perante os vieses, reclama pensamento conduzido pela ponderação de longo alcance, em uma negociação entre o senso prospectivo e as zonas de recompensa imediata do cérebro.
- Todas as tentativas de reduzir, a qualquer preço, a complexidade do processo interpretativo esbarram na incompreensão dos caminhos cerebrais que determinam, por intuições e razões, as escolhas dos silogismos jurídicos.
- Em lugar do legalismo míope, com o seu exacerbado apreço às regras preexistentes, avulta o papel da reformatação deliberada e interdisciplinar dos hábitos de modulação avaliativa, os quais, longe de negarem a alteridade do texto, contemplam os impactos da decisão interpretativa, não apenas para o caso, mas para o sistema. Nessa operação, não faz sentido supor que a personalidade do intérprete pudesse ser cancelável. Tal discurso pode ser enganadoramente cômodo, contudo fracassa, justamente ao não enfrentar a onipresença dos vieses. Dito de outra

maneira, nenhum intérprete consistente e congruente pode fingir que não existem as predisposições.

- O só esclarecimento dos vieses e de suas mazelas não representa, por si, garantia de bom julgamento. Entretanto, auxilia poderosamente a vontade no sentido da produção de hábitos alternativos, que favorecem os condicionamentos capazes de conciliar o presente e o prospectivo, a razão e a intuição.
- Com realismo, o intérprete não pode acreditar em uma autonomia metafísica do objeto. É que, a despeito do peso das regras, a formação valorativa sempre decide. São, pois, insuficientes as teorias que não efetuem a crítica científica dos vieses, notadamente o da confirmação, o do *status quo*, o da aversão à perda, o do enquadramento, o do otimismo irrealista e o da miopia temporal. Não é razoável a convivência com tais desvios que comprometem, por ação ou omissão, a aceitabilidade das consequências sociais, ambientais, econômicas e éticas da interpretação jurídica.
- A simplificação das heurísticas, conquanto funcione em vários casos, é perigosa, pois pode inibir os diagnósticos transversais e as prognoses confiáveis. Exatamente por isso o controle dos atos e procedimentos jurídicos precisa ser embasado no conhecimento metucioso dos mecanismos que intervêm no processo interpretativo. Se os vieses, sem exceção conhecida, encontram-se presentes, imprescindível amplificar as pertinentes cautelas.
- Embora as regras jurídicas continuem relevantes, são decisivas as predisposições, uma vez que é impossível ao cérebro processar uma estrita subsunção (sem participação das tendências enviesadas). Nessa medida, nas hipóteses de conflito entre os dois sistemas do cérebro (o automático e o reflexivo), o correto é saber hierarquizar de ordem a evitar os sequestros límbicos.
- Merece credibilidade o intérprete que reúne as condições de regulação interna para não ceder à tirania dos próprios vieses, tampouco à dos vieses alheios. Em contrapartida, merece crítica o intérprete governado pelo impulsivismo, que só vê o que quer ver.
- É equívoco crer em uma disjunção rígida entre automatismo e reflexão. É, com efeito, sem sentido optar por um ou outro caminho, de modo

excludente. As mediações são obrigatórias. O intérprete precisa reconhecer que, no confronto entre impulsos e razões, aqueles devem ser paralisados e comandados por estas. A partir daí, não se mostra necessário optar por automatismo ou reflexão.

Por todo o exposto, resta cristalino que um dos maiores desafios, no âmbito da hermenêutica jurídica, será o de evitar os erros oriundos de vieses implícitos e explícitos, coibindo as arbitrariedades por ação ou omissão. Sem dúvida, é ingênuo supor que determinadas regras canônicas, por si, consigam reduzir as falhas cognitivas, a ponto de dispensar as soluções balanceadas, que explicitem as predisposições subjacentes à conformação do significado normativo. Em derradeira instância, o importante é desvendar, cada vez mais, os vieses e desvios cognitivos, no intuito de substituir aquelas predisposições que bloqueiam as escolhas intertemporalmente razoáveis.