

A MENTE DO EXEGETA: POR UMA HERMENÊUTICA JURÍDICA DE PONTA¹

*Juarez Freitas**

Introdução

A hermenêutica jurídica, concebida como o estudo sistemático dos argumentos exegéticos e dos processos de escolha dos significados atribuíveis aos textos legais, precisa adotar, o quanto antes, uma abordagem pronunciadamente científica e de ponta, aproveitando os reveladores achados empíricos sobre o funcionamento da mente, no processo de tomada da decisão.

Comprovadamente, ao realizar escolhas, o intérprete jurídico tende a revelar automatismos que o fazem propenso a confirmar, a qualquer custo, as crenças preliminares e, o mais impactante à primeira vista, a tomar decisões milésimos de segundos antes de ter consciência da decisão tomada.² Nessa linha, crucial identificar esses vieses (“biases”)³ ou desvios cognitivos que, embora úteis em múltiplas atividades

¹O presente estudo é veiculado em homenagem ao amigo e colega Professor Thadeu Weber, por suas relevantes contribuições filosóficas. Merece registro a notável contribuição dada ao Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS, onde é mestre reverenciado e acatado.

² Vide Benjamin Libet in *Do we have free will?* *Journal of Consciousness Studies*; 6, ns. 8-9, 1999, pp. 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.

³ 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.

do cotidiano, costumam afetar negativamente a qualidade de nossos juízos.

Ao propor uma abordagem científica para a interpretação do Direito, não subestimo, nem de longe, o estudo teórico dos argumentos linguísticos, sistêmicos e consequenciais,⁴ especialmente se examinados de maneira cumulativa e interconectada. Ao contrário: almejo é realçar o valor de desocultar empiricamente as propensões, opções prévias (explícitas ou subliminares)⁵ e as falhas cognitivas, presentes em toda argumentação jurídica, as quais impedem, não raras vezes, o exercício salutar da racionalidade⁶ e o alcance da justiça aceitável.

De fato, quando os vieses dominam a cena, paralisam as velhas regras de ouro da hermenêutica, ou as fazem constituídas de ouro falso. De nada adianta o herdeiro refinado da jurisprudência dos conceitos esgrimir com a tese de que seria plausível a precedência entre princípios e regras, mediante fundamentação em “leis” ou fórmulas rígidas e heterônomas, pois tentativas de conferir soluções demasiado simples para questões complexas acabam por operar em plano dissociado da vida real.

Claro, não descarto que possa (e deva) ocorrer, na escolha interpretativa, uma hierarquização axiológica⁷ consistente e congruente, ao menos como ideal

⁴ Vide, por exemplo, a tipologia de Neil MacCormick in *Rethoric and the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 121-143.

⁵ Vide Leonard Mlodinow in *Subliminar. Como o inconsciente influencia nossas vidas*. Rio: Zahar, 2013.

⁶ Vide Steven Pinker in *Os anjos bons da nossa natureza*. SP: 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.”

⁷ Vide, sobre hierarquização axiológica, Juarez Freitas in *A Interpretação Sistemática do Direito*. 5ª ed., SP: Malheiros, 2010.

regulador⁸. Todavia, uma observação serena dos fatos leva a duvidar da escala do seu êxito e recomenda sábia contenção no tocante à “justeza” dos juízos alicerçados sob o penetrante influxo de sugestões e influências⁹ emocionais, destituídas de distanciamento crítico.

Assim, em vez de negar racionalidade à decisão jurídica,¹⁰ sugiro que o intérprete tenha ferramentas para resistir às “deliberações” forjadas pelos preconceitos explícitos e implícitos,¹¹ que derivam das áreas cerebrais primitivas. E sugiro que, a partir do melhor entendimento prático da mente e do cérebro, sejam produzidos anteparos reflexivos contra as falhas cognitivas,¹² mediante adoção de

⁸ Vide, no ponto específico, sobre a função do “construto ideal”, Max Weber in Sociologia. André Botelho (org). São Paulo: Penguin-Cia.das Letras, 2013, p. 390.

⁹ 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, pp. 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*. Vol. 27, outubro de 2012, pp. 324-331.

¹¹ 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, Vol. 93, nº. 6, pp. 957–972.

¹² Vide, sobre como lidar juridicamente com vieses implícitos, Christine Jolls e Cass R. Sunstein in “The Law of Implicit Bias,” *California Law Review*, Vol. 94, 2006, p. 969. Observam, à p. 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

rotinas distintas daquelas que, por um motivo ou outro, fracassaram no processamento adequado dos contextos jurídico-emocionais.¹³

Eis, portanto, o ponto-chave do presente estudo: arrolar os principais vieses no processo de interpretação e, ato contínuo, oferecer soluções (preventivas ou compensatórias) para os desvios cognitivos, autênticos pontos cegos do pensamento jurídico.

2. Hermenêutica jurídica e os sistemas de pensamento

2.1. Os dois sistemas: classificação esclarecedora

A hermenêutica jurídica reconhece, há muito, a insinuante força das crenças. No entanto, imprescindível avançar. Crucial entender como lidar com elas, alterá-las, filtrá-las e até aprimorá-las. Com esse desiderato, recorro a valiosos estudos¹⁴ que começam, a pouco e pouco, desnudar a mente de quem interpreta (não apenas juridicamente) e estabelece hierarquizações condicionadas por vieses (“biases”) ou desvios cognitivos. Não surpreende que, como

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”.

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

¹⁴ Vide, para ilustrar, *Law and Neuroscience*. Michael Freeman (eds.). NY: Oxford University Press, 2011.

advertem Keith Stanovich e Richard West, tais pontos cegos se imponham até aos pensamentos mais sofisticados.¹⁵

Com o anelo de favorecer a identificação dos desvios cognitivos, recorro, com base na abordagem esclarecedora de Daniel Kahneman, à ficção de dois sistemas de pensamento: o sistema I (pensamento automático) e o sistema II (controle racional).¹⁶ O sistema I é aquele que opera automática e rapidamente, tomando a maior parte das decisões por impulso, sem maior senso de controle voluntário,¹⁷ enquanto o sistema II diz respeito àquelas áreas do cérebro mais novas, responsáveis pelo esforço de calcular, pela concentração,¹⁸ pelo monitoramento, pelo poder de veto e pelo controle das sugestões formuladas pelo sistema I. Isto é, o sistema II responde pela deliberada atenção¹⁹ regulatória, apesar de, com desafortunada assiduidade, revelar-se desidiioso e confinado à lei do menor esforço.²⁰

Antes de mais, sublinho que, ao adotar essa distinção didática, não retomo, nem de longe, o menor vestígio do

¹⁵ Vide Richard West, Russell Meserve e Keith Stanovitch in “Cognitive sophistication does not attenuate the bias blind spot”. *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 103 (3), Sep 2012, pp. 506-519.

¹⁶ 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.”

¹⁷ Vide Daniel Kahneman in *ob.cit.*, p.20.

¹⁸ *Idem*: *ob.cit.*, p. 21.

¹⁹ *Idem*: *ob.cit.*, p. 22.

²⁰ *Idem*: *ob.cit.*, p. 35.

dualismo cartesiano.²¹ Reconheço que os sistemas interagem o tempo todo, entre si e com o ambiente, de modo a se mostrar inviável o “localizacionismo” estrito. Ainda: a velha disputa filosófica entre razão e emoção não faz o menor sentido, nos dias que correm, em face da constatação insofismável de integração, sobretudo em zonas pré-frontais do cérebro.²²

Em outras palavras, o que pretendo enfatizar é que o sistema automático constitui verdadeira usina de enviesamentos²³, distorções e erros em cascata. Isto é, o sistema I manipula as informações, longe do abrigo seguro da prudência, incorrendo em inconsistências e ilusões de controle. Como adverte Daniel Kahneman, o sistema primitivo confunde facilidade cognitiva com verdade, abusa de heurísticas e simplifica demais, especialmente ao substituir questões difíceis por fáceis, bem como ao inventar causas²⁴ e suposta coerência.

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

²² Vide André Palmieri in “Violência na perspectiva neurocientífica dos afetos e das decisões: por que não devemos simplificar os determinantes do comportamento humano”, *Revista Brasileira de Psicoterapia*, 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.”

²³ Vide, com resultados que corroboram estatisticamente os enviesamentos, o estudo de Geoffrey Stone in “The behavior of Supreme Court Justices when their behavior counts the most.” *American Constitution Society for Law and Policy*, Washington: 2013, pp. 1-12.

²⁴ Vide Daniel Kahneman in *ob.cit.*, p. 105.

De fato, inventa causas e produz memórias fantasiosas.²⁵ Sofre de aversão à perda, com desproporcional reação às perdas na comparação com os ganhos.²⁶ Exagera a coerência emocional e é predisposto a confirmar as crenças iniciais, vendo somente aquilo que quer ver.²⁷

Escusado dizer o grave prejuízo que isso representa para o princípio da imparcialidade. Assim, se o intérprete for favorável à pena de morte, tenderá a selecionar só os argumentos que corroborarem essa posição e, se atuar em grupo ou colegiado que pensa da mesma forma, tenderá a extremar essa posição. Não por mera coincidência, ao longo da história, juízes que tomaram decisões infames²⁸ “viram” na Constituição estritamente o que queriam para decidir de acordo com suas repulsivas inclinações.

Aí está, com duro realismo, a condição do sistema antigo do cérebro. Em que pese ser, em parte, programável pelo sistema mais novo da racionalidade, o sistema automático tende a economizar energia, porém cobra preço alto demais, ao tropeçar em questões que envolvem o exercício da lógica, da crítica impessoal e do discernimento fundamentado.

Sede funcional da memória,²⁹ o sistema I simplifica para se contentar com respostas atraentes e fáceis (ainda que manifestamente errôneas), tudo para não enfrentar o penoso

²⁵ Vide Elizabeth Loftus in “Our changeable memories: legal and practical implications,” *Nature Reviews/Neuroscience*, Vol. 4, 2003, pp. 231-234.

²⁶ Vide Daniel Kahneman in *ob.cit.*, p.105: “responds more strongly to losses than to gains (loss aversion).”

²⁷ *Idem*: p. 105: “is biased to believe and confirm.”

²⁸ Vide, para inventário de várias decisões indefensáveis, Erwin Chemerinsky in *The Case Against the Supreme Court*. NY: Viking, 2014.

²⁹Vide 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”.

trabalho requerido pela dúvida ou para não questionar crenças prévias, às vezes discriminatórias,³⁰ racistas, sexistas e insustentáveis. E, para complicar as coisas, o próprio sistema reflexivo, mormente quando debilitado³¹ ou exaurido, também se apresenta vulnerável e libera espaço para o domínio opressivo dos estereótipos,³² dos juízos superficiais e dos reducionismos.

Para corroborar tais assertivas, recorro que, comprovadamente, juízes fatigados estão mais propensos a negar pedidos favoráveis aos apenados.³³ O que ocorre, em situações emblemáticas desse tipo, é que, por razões eminentemente físicas, o sistema reflexivo, por assim dizer, deixa de funcionar (ou funciona mal) em matéria de autocontrole, com impressionantes danos para o sopesamento justo, isonômico e imparcial.

Por outro lado, como evidencia o impactante experimento de Walter Mischel e Ebbe Ebbesen sobre os efeitos da incapacidade de adiar gratificações, sobrevém do mesmo automatismo a dificuldade de realizar escolhas consistentes no tempo. Para piorar, os impulsos e atalhos mentais costumam ser explorados à exaustão por

³⁰ Vide Antônio Damásio in *E o cérebro criou o homem*. SP: 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.”

³¹ Vide Daniel Kahneman: in *ob.cit.*, p. 41.

³² 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*, Vol. 52(6), Jun 1997, pp. 613-629.

³³ 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.

aproveitadores inescrupulosos,³⁴ no leilão das crenças,³⁵ numa era de hiperconsumismo, na qual o sujeito parece convertido em mercadoria desejável, como diagnóstica Zygmunt Bauman.³⁶ Desse modo, estímulos deliberadamente distorcidos inviabilizam respostas interpretativas compatíveis com a obtenção de benefícios de longo prazo.

O que intento sublinhar é que, na interpretação jurídica, sopesamentos e ponderações coexistem, no cérebro,³⁷ com uma rede tendenciosa de impulsões (como demonstram os experimentos de John Bargh³⁸ sobre a força

³⁴ Vide Robert Cialdini in *Influence*. 4ª 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 arditamente 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 Giroux, 2012. Vide, sobre a realidade das ilusões cognitivas, Daniel Kahneman e Amos Tversky in "On the reality of cognitive illusions," *Psychological Review* Vol. 103 (3), 1996, pp. 582-91.

³⁵ Vide Eduardo Gianetti in *O mercado das crenças*. SP: Cia. das Letras, 2003.

³⁶ Vide Zygmunt Bauman in *Vida para consumo. A transformação das pessoas em mercadoria*. Rio: 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."

³⁷ Vide André Palmieri e *Victor Gerald Haase* in **"To do or not to do? The neurobiology of decision-making in daily life"**, *Dementia & Neuropsychologia* 2007; 1: pp.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 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."

³⁸ Vide John Bargh, Mark Chen e Lara Burrows in "Automaticity of Social Behavior: Direct Trait Construct of Stereotype Activation on

dos estereótipos). Convivem o sistema I e o sistema II em batalhas penosas entre a recompensa imediata e o pensamento de longo prazo, semelhantes às clássicas lutas das dietas. No final das contas, se não houver extremo cuidado, as impulsões solapam as modulações intertemporais³⁹ do longo prazo,⁴⁰ mercê da vulnerabilidade ao contágio emocional⁴¹ e do fenômeno comprovado da ignorância pluralística.⁴²

Nesse contexto, tomar ciência dos vieses é requisito primordial para aprimorar a hermenêutica jurídica, em vez de fingir deferência à autonomia do objeto ou de insistir em

Action”, *Journal of Personality and Social Psychology* 71 (1996), pp. 230-244. Por exemplo, compor uma frase sobre idosos faz com que as pessoas, logo a seguir, inconscientemente, passem a andar mais devagar.

³⁹ Vide, sobre a questão intertemporal, André Palmieri 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).”

⁴⁰ Vide Juarez Freitas in *Sustentabilidade: Direito ao Futuro*. 3ª ed., BH: Fórum, 2016, notadamente no Capítulo sobre falácias. Vide, ainda, James Salzman e Barton Thompson in *Environmental Law and Policy*. NY: Foundation Press, 2010, pp. 24-26.

⁴¹ 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.

⁴² Tendência de agir mais quando está só, numa 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*, Vol. 53(2), Aug 1987, pp. 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. Vol. 89, n.º. 2, pp. 308-324.

negar os condicionamentos mentais, negação irrealista da condição humana.⁴³

Dito de outra maneira, entendo que se o exegeta jurídico acreditar na completa determinação objetiva da norma (em vez de assumir que a produz interpretativamente, em interação com os textos normativos), 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.⁴⁴

Nada obstante, defendo que é perfeitamente viável, a partir da ciência desse processo natural, filtrar (não menos naturalmente) as predisposições e cuidar de modificá-las. Ou seja, a pedra de toque para a hermenêutica contemporânea⁴⁵ consiste, antes de mais, em não confiar cegamente nos impulsos internos e externos, dado que, na realidade, são os vieses que estabelecem, na maior parte dos casos, intensidades contrastantes, no manejo dos critérios jurídicos. Sim, os vieses costumam ser decisivos.

⁴³ Vide a polêmica entre Emilio Betti, com o seu cânone da autonomia do objeto, in *Teoria Generale de la Interpretazione*. Milão: Giuffrè, 1955 e Hans-Georg Gadamer, com ênfase para o papel das pré-compreensões, in *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 1997. A perspectiva gadameriana, no ponto, está corroborada pelos recentes aportes científicos.

⁴⁴ Vide Armando Freitas da Rocha e Fábio T. Rocha in *Neuroeconomia e Processo Decisório*. Rio: LTC, 2011, pp. 11-95.

⁴⁵ Hermenêutica jurídica é, no que enfoque aqui proposto, ciência (mais do que arte) descritiva do processo interpretativo, nos seus mecanismos conscientes e inconscientes, condicionadores da produção normativa dos significados pelos intérpretes do sistema jurídico.

Por alarmante que possa soar, os vieses (com erros crassos ou sutis de avaliação⁴⁶ e de atribuição causal⁴⁷), combinados à força do contexto,⁴⁸ determinam, em inúmeras ocasiões, os sopesamentos jurídicos, por mais que o sistema reflexivo, não raro desidioso, alardeie figurar no controle.⁴⁹ Nesse panorama, o irracionalismo arbitrário resulta do predomínio que o sistema primitivo confere às conclusões (falsas) que confirmam crenças subjacentes,⁵⁰ quando o intérprete vê somente aquilo que pretende ver no objeto, hipnotizado por impressões iniciais, aparências e inclinações.

Por isso, considero temerário, para dizer o mínimo, subestimar o fato de que o sistema primitivo gratifica-se pela coerência (falsa) das estórias jurídicas e factuais que consegue criar,⁵² nada importando a quantidade e a qualidade dos dados coligidos. Quer dizer, a coerência, não poucas vezes, torna-se cúmplice da perpetuação dos erros

⁴⁶ Vide Daniel Kahneman, *ob.cit.*, p. 58.

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

⁴⁸ Vide, para uma explanação didática sobre o poder do contexto, Malcon Gladwell in *O ponto de virada*. Rio: Sextante, 2009, pp. 139-143.

⁴⁹ 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, pp. 819-829.

⁵⁰ Vide Daniel Gilbert in “How Mental Systems Believe”, *American Psychologist*, vol. 46, n.2, fev, 1991, pp. 107-118. Aí sugere, com todas as implicações hermenêuticas, à p. 116, que a aceitação temporária de uma proposição é parte do processo não voluntário de sua compreensão.

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

⁵² *Idem*: *ob.cit.*, p. 85.

iniciais.⁵³ Não é acaso que alguns intérpretes defendem, anos a fio, teses manifestamente erradas, pelo singelo motivo de que já as defenderam, numa circularidade viciosa crônica.

Quero sublinhar: se o intérprete jurídico não checar os dados em fontes de informações independentes, a própria coerência, tão valorizada (por relevantes considerações), não encontrará respaldo mínimo no sistema reflexivo, eclipsado pelo sistema primitivo e vítima da excessiva confiança nas próprias crenças.⁵⁴ Vítima, por igual, da ojeriza às dúvidas⁵⁵ e da propensão de suprimir ambiguidades por decreto.

Em face do descrito, não estranho que o uso de cânones clássicos, na hermenêutica jurídica, converta-se, com extrema assiduidade, no fruto da correspondência de intensidade (“intensity matching”),⁵⁶ efetuada pelo sistema primitivo, muito mais do que, como seria de esperar, da operação lógica e fundamentada (nos termos do art. 93, da Constituição), levada a cabo com aportes imparciais do sistema reflexivo. A mágica fórmula da ponderação converte-se, nesse caso, numa simples fachada para a irreflexão autoenganadora. Numa frase realista: as partes primitivas da mente do intérprete podem sufocar e engolfar as partes modernas, o que explica interpretações teratológicas, vestidas com trajes de juridicidade formal.

⁵³ Vide Robert Cialdini in ob.cit., p.119.

⁵⁴ 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.”

⁵⁵ 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.”

⁵⁶ Idem: ob.cit., p. 93.

2.2. Desvios cognitivos que condicionam, desde o início, a decisão interpretativa

Os desvios cognitivos ou vieses estão presentes em toda atividade interpretativa, por maior prestígio que se queira conferir aos comandos externos que determinam a imparcialidade e a fundamentação isenta. Ou seja, a rigor, não existe imparcialidade fácil, mas tão-só o desviesamento deliberado e autocrítico do intérprete atento aos desvios. Daí a relevância de arrolar os principais vieses (“biases”) que tendem a comprometer na mente do intérprete, a isenção e o balanceamento consistente e congruente. Ei-los, em rol não taxativo:

- *o viés da confirmação*.⁵⁷ 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, para retomar o exemplo, quando a mente do intérprete, notadamente se fatigada ou estressada, fixa inclinação inicial e seleciona as provas e os argumentos que confirmam a crença preliminar, afastando tudo aquilo que se colocar em dissonância. Desnecessário dizer que a crença prévia pode estar rotundamente errada, seja pela escassez de dados disponíveis (informação assimétrica), seja pelas pressões oriundas do contágio social, seja por déficits cognitivos e, enfim, por falhas de caráter. O certo é que a mente do intérprete, na ânsia de confirmar a qualquer custo, funciona rápido demais e se fecha a opções distintas. Nesse terreno, o melhor é rever assiduamente as

⁵⁷ 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.”

inclinações, assumindo a presunção de que toda interpretação pode ser aperfeiçoada e de que qualquer pré-compreensão, por melhor que seja, é suspeita.

- *o viés da falsa coerência*: a predisposição de negar a (incômoda) dúvida cognitiva ou de suprimir artificialmente a ambiguidade (não menos incômoda), inventando narrativas coerentes.⁵⁸ Ocorre, por exemplo, quando o intérprete lê os textos normativos como se estivessem isentos de possibilidades conflitantes, evocando vontades claras e peremptórias da lei ou do legislador (como pretendem os originalistas estritos). É, ainda, o que ocorre em testemunhos e julgamentos baseados em falsas memórias. Em tais circunstâncias, a mente do intérprete superestima a coerência do exposto ou⁵⁹ apresenta inclinação de, em face da incerteza (inevitável), preferir a via fácil do consenso,⁶⁰ seja qual for. Estimo que uma dose moderada de ceticismo seja o melhor remédio contra esse enviesamento.

- *o viés de aversão à perda*.⁶¹ a predisposição de valorizar mais as perdas do que os ganhos. Trata-se de fenômeno que possui,

⁵⁸ 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. (...) System 2 is capable of doubt, because it can maintain incompatible possibilities at the same time.”

⁵⁹ Idem: ob.cit., p. 114: “we are prone to exaggerate the consistency and coherence of what we see.”

⁶⁰ Vide Gretchen Sechrist e Charles Stangor in “When are intergroup attitudes based on perceived consensus information?” Social Influence. vol. 2, Issue 3, 2007, pp. 211-235.

⁶¹ Vide Cass Sunstein e Richard Thaler in Nudge. Rio: Elsevier, 2009, pp. 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.”

como os demais, convincente explicação evolucionária. O ponto é que, embora útil em determinado contexto, tende a causar inércia conservadora, no mundo atual, e a inviabilizar acordos, conciliações e renúncias mútuas. Pode surgir, por exemplo, quando o intérprete, com temor de perder uma discussão no colegiado, adere à maioria, a despeito de fortes convicções de princípio em contrário. Outra ilustração: manifesta-se na inércia que deixa de tomar inadiáveis decisões reformistas, na tentação simplista de tudo preservar. E desponta na propensão de valorizar exageradamente os itens já possuídos (“endowment effect”),⁶² o que explica tantas tentativas frustradas de equidade redistributiva, nos processos judiciais e administrativos. O antídoto, em todas essas situações, consiste em bem regular as emoções,⁶³ acima de apegos excessivos.

- o viés do “*status quo*.”⁶⁴ a predisposição de manter as escolhas jurídicas feitas, ainda que disfuncionais, anacrônicas e obsoletas. Ocorre, por exemplo, quando a mente do exegeta, tendo adotado determinada orientação jurisprudencial, resigna-se a mantê-la, ainda que o precedente não reencontre os pressupostos da sua consolidação. É típico dos partidários

⁶² 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, pp. 814-822.

⁶³ 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.

⁶⁴ 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 bias. Subjects in our experiments adhered to status quo choices more frequently than would be predicted by the canonical model”.

do mencionado movimento originalista radical (com variantes⁶⁵ e sérias vicissitudes lógicas⁶⁶) e daqueles que rejeitam a adaptação perante mudanças imperiosas, como as requeridas pelo desenvolvimento sustentável como princípio que incide em todas as províncias do Direito.⁶⁷ O viés do “status quo”⁶⁸ tende, portanto, a introduzir atroz regressivismo que zomba da dignidade, como ocorreu, no quadro brasileiro, na tardança abjeta em abolir a escravatura. O mesmo viés explica a resistência contra atuações regulatórias mais firmes no enfrentamento das falhas de mercado (informação assimétrica, abuso do poder dominante e externalidades negativas não internalizadas). O antídoto, nesse passo, consiste em perceber que o melhor modo de preservar é inovar, isto é, transformar exitosamente o estabelecido, com as devidas cautelas na transição.

- *o viés do enquadramento*: a predisposição de interpretar à dependência do modo pelo qual a questão é enquadrada.⁶⁹

⁶⁵ Vide, por exemplo, Robert Bork in *The tempting of America*. NY: Touchstone, 1991.

⁶⁶ Vide, para ilustrar a crítica ao originalismo, David Strauss in *The Living Constitution*. NY: Oxford University Press, 2010, pp. 7-31, apontando as razões de sua sobrevivência, entre as quais figura à de p. 31: “despite the force of the criticism, is that originalism is not actually a way of interpreting the Constitution. It is a rhetorical trope.”

⁶⁷ Vide Juarez Freitas in *Sustentabilidade: Direito ao Futuro*. 3ª ed., BH: Fórum, 2016.

⁶⁸ 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), pp. 3320-3327.

⁶⁹ 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.’”

Ocorre quando a mente do intérprete, leigo ou exímio especialista no assunto,⁷⁰deixa de perquirir, por falta de tempo ou outro motivo (nem sempre nobre), se enquadramento diverso da questão conduziria à resposta mais plausível, satisfatória e universalizável. Como observa Steven Pinker, “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.”⁷¹Os manipuladores são hábeis na técnica (maliciosa) do enquadramento, utilizada para ludibriar terceiros vulneráveis. O melhor remédio está em saber variar os enquadramentos, incentivar a geração de alternativas e desconfiar, até prova em contrário, do modo pelo qual os argumentos são enunciados.

- *o viés do otimismo*⁷² *excessivo*: a predisposição à confiança extremada, que guarda conexão com previsões exageradamente seguras (e negligentes),⁷³ ligadas a erros nem sempre inocentes.⁷⁴ A solução, no ponto, é adotar apenas dose moderada de otimismo, pois o excesso afugenta os

⁷⁰ Vide, sobre a dificuldade de especialistas aceitarem o erro, Philip Tetlock in *Expert political judgement*. Princeton: Princeton University Press, 2005.

⁷¹ Vide Steven Pinker in *Do que é feito o pensamento*. SP: Cia. das Letras, 2008, p. 448.

⁷² Vide, sem deixar de reconhecer os benefícios do otimismo racional, Tali Sharot in “The Optimism Bias,” *Current Biology*, Vol. 21, Issue 23, December 2011, pp. 941-945. Vide, ainda, Tali Sharot in *The optimism bias*. New York: Pantheon, 2011.

⁷³ Vide Daniel Kahneman in *ob.cit.*, pp. 249-254.

⁷⁴ Vide John Keneth Galbraith in *A economia das fraudes inocentes*. SP: Cia. das Letras, 2004.

cuidados inerentes à prevenção e à precaução.⁷⁵ Além disso, o melhor é se abster de julgar até recuperar o equilíbrio prudencial de perspectiva.

- *o viés da preferência pelo presente* (“present-biased preferences”):⁷⁶ a predisposição de sobrevalorizar recompensas ou resultados de curto prazo, sem perguntar sobre custos diretos e indiretos de longo espectro, com o risco de danos (materiais e morais) de toda ordem, por falhas de escolhas intertemporais.⁷⁷ O remédio está em realçar o peso da escolha sustentável, no enalço de benefícios duradouros,⁷⁸ com baixos custos diretos e indiretos.

Como esses vieses ilustram a contento, imperativo reconhecer, na mente do intérprete, tais e outros procedimentos simplificadores (como as heurísticas) que auxiliam a encontrar respostas rápidas, mas errôneas, para

⁷⁵ Vide, sobre otimismo excessivo, David Dejoy in "Optimism bias and traffic safety," Proceedings of the Human Factors and Ergonomics Society Annual Meeting **September, 1987** vol. 31, n.7, pp. **756-759**.

⁷⁶ Vide Stephan Meier e Charles Sprenger in “Present-Biased Preferences and Credit Card Borrowing”, American Economic Journal: Applied Economics, vol. 2, n° 1, 2010, pp. 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”.

⁷⁷ Vide Shane Frederick, George Loewenstein e Ted O’Donoghue in “Time Discounting and Time Preference: A Critical Review”, Journal of Economic Literature, vol. 40, n° 2, 2002, pp. 351-401.

⁷⁸ 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, vol. 24, pp. 72-79.

perguntas difíceis.⁷⁹ De sorte que considero⁸⁰ empírica e moralmente reprovável o engano de permitir, sem veto, a influência exacerbada do sistema impulsivo, que se aproveita da eventual frouxidão do sistema reflexivo.

Em outras palavras, no processo interpretativo, os vieses estão insidiosamente infiltrados, visto que o intérprete tece o significado global do sistema, sujeito a inextirpáveis influências desse tipo. Cumpre, portanto, criar hábitos alternativos para atuar com acurácia e transparência. Nada resolve o apelo fácil e retrógrado ao passivismo como saída, ignorando os erros do utilitarismo das regras, desnudados por Bernard Williams.⁸¹

Com efeito, as teorias estáticas da hermenêutica jurídica não oferecem resposta satisfatória: cultivam a estabilidade pela estabilidade e servem acriticamente ao enviesamento do “status quo.” Por sua vez, a tentativa de derivar a fundamentação de um só direito é outro canto de

⁷⁹ 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*.”

⁸⁰ 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 Neuroscience*, July 2009, vol. 21, nº 7, pp. 1396-1405. Vide, sobre o controverso tema da possibilidade de comprovação empírica de obrigações morais, Jesse Prinz in “Can Moral Obligations Be Empirically Discovered?” *Midwest Studies in Philosophy*, XXXI, 2007, pp. 271-291. Vide, ainda, Patricia Smith Churchland in *Braintrust: what neuroscience tell us about morality*. Princeton: Princeton University Press, 2011.

⁸¹ Vide Bernard Williams in *Moral*. SP: 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.”

sereia, que destoa, por inteiro, do conhecimento sobre como funciona a mente do exegeta.

Por igual, não é suficiente enunciar fórmulas de ponderação, eis que até as tentativas matemáticas mais refinadas, como a fórmula de Daniel Bernouill,⁸² são de debilidade manifesta. É que, como observa com sagacidade, Antonio Damásio,⁸³ a própria memória, nas suas evocações, depende das pré-compreensões. A ciência, a despeito de vários enigmas remanescentes, une-se às melhores intuições: interpretar bem o Direito nunca será, ao que tudo indica, uma descrição isenta de escolhas axiológicas e supõe lidar criticamente com os vieses. Logo, o escrutínio dos desvios cognitivos precisa ocupar o cerne da nova teoria sobre a interpretação tópico-sistemática.⁸⁴

À vista do exposto, a hermenêutica jurídica de ponta, em bases científicas promissoras,⁸⁵ floresce quando não perduram quimeras como a autonomia do objeto, na linha do preconizado por Emilio Betti⁸⁶ (não corroborado, nesse aspecto, pelos achados empíricos). Vale dizer, indispensável a vigilância contra as simplificações dos cânones hermenêuticos, por mais respeitáveis que tenham sido os seus formuladores. Como enfatizei, a mente do intérprete jurídico, às voltas com sombras e distorções cognitivas, está preordenada a valorar rapidamente, pelo simples fato de ser humana. Mais: os automatismos costumam cercar a

⁸² Vide Daniel Kahneman in ob. cit., pp. 272-277.

⁸³ Vide Antônio Damásio in *E o cérebro criou o homem*. SP: Cia. das Letras, 2011, p. 169.

⁸⁴ Vide Juarez Freitas in *A Interpretação Sistemática do Direito*. 5ª ed., SP: Malheiros, 2010.

⁸⁵ Vide, sobre promissoras perspectivas, Owen Jones, Jeffrey Shall e Francis Shen in *Law and Neuroscience*. NY: Wolters Kluwer, 2014.

⁸⁶ Vide Emilio Betti in *Teoria generale dell'interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1955.

empatia e a justiça recíproca,⁸⁷ sobretudo ao provocarem anseios de influência. Nesse quadro, a sede (quase insaciável) de aprovação e o contágio emocional podem não ser neutralizados, em tempo útil, pelo sistema reflexivo, notadamente em personalidades contaminadas pela desconsideração do futuro,⁸⁸ pela polarização de grupo⁸⁹ e por outras falhas cognitivas e não-cognitivas.

Em suma, os hábitos mentais moldam a interpretação jurídica, a despeito da autoridade heterônoma dos textos normativos, numa triangulação “estímulo-recompensa-rotina” que opera espécie de “loop”,⁹⁰ no qual a mente prefere operar com o menor esforço possível. Os erros surgem precisamente quando o automatismo conjuga-se com uma racionalidade pouco laboriosa, incapaz de supervisionar a formação de rotinas

⁸⁷ 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*, vol. 119, March 2009, pp. 592-612.

⁸⁸ Vide, sobre os vieses que interferem na racionalidade administrativa, Thomas Bateman e Scott Snell in *Administração*. SP: Atlas, 2011, pp. 79-80.

⁸⁹ Vide, sobre a polarização de grupo, Cass Sunstein in *Going to extremes: How like minds unite and divide*. NY: Oxford University Press, 2009, pp. 1-20. Vide, ainda, Daniel Insenberg in *Group Polarization: A critical review and meta-analysis*. *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 50(6), Jun 1986, pp. 1141-1151.

⁹⁰ Vide, para um relato das pesquisas sobre o hábito, Charles Duhigg in *O Poder dos Hábitos*. SP: 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.”

superiores.⁹¹ Por esse motivo, quando o jurista desconhece o processo formativo dos hábitos mentais e as bases neurais dos seus juízos,⁹² converte-se em marionete de atalhos, levado a julgamentos inconsistentes, falaciosos e enviesados. Ao passo que se conhece o processo de formação de raciocínios,⁹³ experimenta maior probabilidade de realizar julgamentos consistentes e antecipações mais ou menos seguras sobre os efeitos de suas escolhas.⁹⁴

2.3. A formação de hábitos mentais conducentes à interpretação jurídica raciocinada

Defendo que existe solução factível: se os vieses são inevitáveis e os hábitos não se extinguem, não é menos certo que os hábitos, por força do livre-arbítrio,⁹⁵ são perfeitamente substituíveis. De sorte que importa formar hábitos reflexivos e neutralizar, ao menos nas situações de maior impacto, as decisões enviesadas negativamente. Completa pertinência, no ponto, mostrou Francis Bacon, não só ao assinalar o elevado poder dos hábitos (os mais dominantes adquiridos na infância), como ao recomendar a

⁹¹ Idem: pp. 38-39, 64-79.

⁹² 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, pp. 799-809.

⁹³ Vide, sobre a necessidade de ir além dos estudos de lógica tradicional para construir uma boa “theory of reasoning”, Philip Johnson-Laird in *How we reason*. NY: Oxford University Press, 2008, p.17.

⁹⁴ Vide, sobre os cuidados antecipatórios, Philip Tetlock e Dan Gardner in *Superprevisões*. São Paul: Objetiva, 2016.

⁹⁵ 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.

estratégia de manter as mentes abertas ao aprimoramento.⁹⁶ Realmente, mais do que nunca, mister que o intérprete realize a troca de hábitos nocivos por saudáveis⁹⁷ e aceitáveis reflexivamente.

Ainda que de passagem, seria injusto não evocar Aristóteles⁹⁸ e Platão,⁹⁹ em convergência rara sobre o papel decisivo dos hábitos.¹⁰⁰ É que se o intérprete quiser abandonar os condicionamentos nocivos e perseguir resultados apropriados e imparciais, tem o condão de fazê-lo, desde que, em vez da ilusão de extingui-los, cuide de trocá-los por outros melhores. Logo, quem quiser interpretar e compreender o Direito com solidez, sustentabilidade¹⁰¹ e senso balanceado, terá de, atento aos riscos de sequestros emocionais, eleger rotinas do pensamento redirecionado.¹⁰²

Com esse espírito, a mente do exegete como que “desliga,” por exemplo, o hábito de desejar apenas o resultado imediato, incorporando o foco no longo prazo. Mantém-se atento ao viés de aversão à perda e cultiva a avaliação prospectiva de custos e benefícios, sem descurar das externalidades negativas. Em lugar da confiança

⁹⁶ Vide Francis Bacon in *Ensaio sobre moral e política*. SP: Edipro, 2001, p. 135.

⁹⁷ Vide Charles Duhigg in *ob.cit.*, p. 125.

⁹⁸ Vide Aristóteles in *The Nichomachean Ethics of Aristotle*. London: Bohn, 1850, pp. 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”.

⁹⁹ 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, vol. IV, p. 359.

¹⁰¹ Vide Juarez Freitas in *Sustentabilidade* in *ob.cit.*, Cap.X.

¹⁰² Vide Timothy in *Redirect*. London: Penguin, 2011.

excessiva, esposa postura vigilante contra estados alterados (excitações, fadigas e arroubos). Pratica o discernimento de diferir gratificações.¹⁰³ Evita o viés do “status quo”, contrapondo o hábito de tudo pensar como perfectível. Quer dizer, para cada enviesamento nefasto, adota uma rotina de sinal trocado como antídoto.

À base do articulado, a qualidade da interpretação depende da combinação harmônica das habilidades cognitivas e não-cognitivas, realçadas por James Heckman.¹⁰⁴ Em síntese, a interpretação jurídica almejada é aquela que produz significados normativos liquidamente benéficos, na interação com disposições textuais legisladas, em termos sociais, econômicos e ambientais. Inversamente, a má interpretação é o fruto dos desvios cognitivos e não-cognitivos, que, no limite, tendem a conduzir ao abismo pantanoso da tirania de predisposições.

3. Conclusões

A modo de resumo, a interpretação jurídica, empreendida com a consciência aguda dos vieses, demanda hermenêutica de ponta, reorientada pela capacidade de reflexão científica sobre automatismos e vieses. Supõe

¹⁰³ 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, pp. 1-5.

¹⁰⁴ 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): pp. 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), pp. 145-49.

compreender, vez por todas, que a mente do intérprete está predisposta a confirmar inadvertidamente as crenças iniciais. Padece de aversão à perda e se inclina a preservar o “status quo.” É passível de contágio emocional. Lida com autêntica confederação de sistemas.¹⁰⁵ Tende a sucumbir à miopia temporal. Costuma ser insuflada pelo viés do otimismo excessivo ao ponderar riscos e tende a formar estereótipos. Mais grave: decide milésimos de segundos antes de raciocinar a decisão e está predisposta a reduzir rapidamente as ambiguidades e dissonâncias para não conviver com o “stress” da dúvida inquietante.

Eis a descrição nua e crua de como opera a mente do exegeta. O que há de alentador, nos recentes estudos comportamentais, radica na oportunidade inédita de desvendar (ao menos em parte) alguns dos mecanismos-chave da produção normativa de significados. Claro que existe perigo nisso: o desavisado pode imaginar que os condicionamentos são fatais e inelutáveis. Espero ter deixado claro que isso não é verdade. Como frisei, aos desvios sistemáticos podem ser contrapostas outras rotinas reflexivas. Tampouco pretendo dizer que toda e qualquer predisposição seja sinônimo de erro, mas de alertar para as ilusões conducentes aos erros sistemáticos de julgamento.

Em última instância, sublinho as seguintes ideias de fundo:

(a) Os enviesamentos (“biases”) compõem o núcleo das escolhas interpretativas, mais decisivos do que a alteridade das disposições textuais normativas.

¹⁰⁵ Vide Michael Gazzaniga in *The Social Brain*. NY: Basic Books, 1985, p.6: “Human brain research urges the view that our brains are organized in such a way that many mental systems coexist in what may be thought of as a confederation”.

(b) Os hábitos mentais conformam a produção de significados normativos. A rigor, jamais se extinguem, conquanto graças ao livre-arbítrio (aptidão de vetar impulsos errôneos) possam ser substituídos por rotinas alternativas. Viés não é sinônimo de fatalidade.

(c) Importa que o intérprete jurídico se compenetre de que nada mais é do que o plexo de rotinas mentais, das simples às mais elaboradas. Dito de outra maneira, nenhum intérprete consistente e congruente pode fingir que não existem propensões, sob pena de a imparcialidade se converter em miragem de engano e autoengano.

(d) A decisão interpretativa, tomada de modo precavido, reclama negociação ponderada entre o senso prospectivo e as zonas de recompensa imediata da mente.

(e) Todas as tentativas de reduzir, a qualquer preço, a complexidade do processo interpretativo denotam incompreensão das escolhas das premissas, com implicações éticas de monta.¹⁰⁶

(f) Em lugar do formalismo submisso de outrora, com apreço desmesurado às regras preexistentes, avulta o papel da reformatação substancial dos hábitos de modulação avaliativa.

(g) O só esclarecimento dos vieses e das mazelas associadas não representa, por si, garantia de bom julgamento. Todavia, auxilia poderosamente a vontade e o intelecto na produção de hábitos alternativos, que favorecem condicionamentos

¹⁰⁶ Vide, sobre panorama de implicações éticas dos achados científicos, *Scientific and Philosophical Perspectives in Neuroethics*. James Giordano e Bert Gordijn (Eds.). NY: Cambridge University Press, 2010.

mais aptos a conciliar presente e representação do futuro, bem como intuição¹⁰⁷ e a razão.

(h) Com realismo científico (nada ingênuo), o intérprete jurídico não pode acreditar na autonomia metafísica do objeto. É que, a despeito do peso das regras, a formação valorativa é crucial, ao fim e ao cabo. São insuficientes as teorias hermenêuticas que não efetuam a crítica sistemática dos vieses, notadamente o da confirmação, o do “status quo”, o da aversão à perda, o do enquadramento e o da miopia temporal. Nem é razoável a conviência com tais desvios que comprometem, por ação ou omissão, a aceitabilidade jurídica das escolhas interpretativas.

(i) A teoria interpretativa de ponta precisa estar embasada no conhecimento metuculoso dos mecanismos que intervêm no processo interpretativo. Se os vieses, sem exceção conhecida, encontram-se presentes, imprescindível amplificar os correspondentes estudos empíricos. Nessa medida, nas hipóteses de conflito entre os “dois sistemas” decisórios (o automático e o reflexivo), importa saber como hierarquizar de ordem a evitar os sequestros límbicos.

(j) Merece louvor o intérprete que reúne condições para não ceder à tirania dos próprios vieses, tampouco à dos vieses alheios. Em contrapartida, faz jus à reparo aquele governado pelo impulsivismo, que só vê o que quer ver.

(k) É equívoco grosseiro crer na disjunção rígida entre automatismo e reflexão. As mediações são obrigatórias. No

¹⁰⁷ Vide Gerd Gigerenzer, em abordagem distinta daquela de Daniel Kahneman (não de todo inconciliável) in *O Poder da Intuição. O inconsciente dita as melhores decisões*. Rio: BestSeller, 2009, mostrando como a intuição funciona, tema relevante, mas que foge ao objeto do presente estudo.

confronto entre impulsos e razões, aqueles devem ser paralisados e comandados por estas.

(l) Essencial localizar e substituir as predisposições que bloqueiam escolhas intertemporalmente defensáveis.

(m) A hermenêutica jurídica está, pois, chamada a meditar sobre os achados científicos sobre como funciona a mente do exegeta. Mitos perecerão, sem dúvida. Em contrapartida, possibilidades inéditas estarão liberadas e, assim, poder-se-á construir abordagem mais científica e esclarecedora do complexo fenômeno interpretativo.