



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**CURSO DE DOUTORADO**  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUIÇÃO, SOCIEDADE E PENSAMENTO**  
**JURÍDICO**

**RAUL CARNEIRO NEPOMUCENO**

**O CONTROLE DA SUBJETIVIDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS EM CASOS DE**  
**COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS:**  
**hermenêutica, método e a tensão entre o racional e o irracional**

**FORTALEZA**

**2019**

**RAUL CARNEIRO NEPOMUCENO**

**O CONTROLE DA SUBJETIVIDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS EM CASOS DE  
COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS:  
hermenêutica, método e a tensão entre o racional e o irracional**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, na Área de Concentração: “Ordem Jurídica Constitucional”.

Orientador: Professor Doutor Hugo de Brito Machado Segundo

FORTALEZA

2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

---

- N362c Nepomuceno, Raul Carneiro.  
O CONTROLE DA SUBJETIVIDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS EM CASOS DE COLISÃO  
ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS : hermenêutica, método e a tensão entre o racional e o irracional  
/ Raul Carneiro Nepomuceno. – 2019.  
154 f.
- Tese (doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação  
em Direito, Fortaleza, 2019.  
Orientação: Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo.
1. teoria da decisão. 2. interpretação. 3. sentimentos. 4. hermenêutica constitucional. I. Título.  
CDD 340
-

**RAUL CARNEIRO NEPOMUCENO**

**O CONTROLE DA SUBJETIVIDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS EM CASOS DE  
COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS:  
hermenêutica, método e a tensão entre o racional e o irracional**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, na Área de Concentração “Ordem Jurídica Constitucional”.

Orientador: Professor Doutor Hugo de Brito Machado Segundo

Data de Aprovação: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo (Orientador)  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Juliana Cristine Diniz Campos  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Raquel Cavalcanti Ramos Machado  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho  
Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS)

---

Prof. Dr. Carlos Marden Cabral Coutinho  
Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS)

A Francisco Hilton Nepomuceno, *in memoriam*

## AGRADECIMENTOS

Escrever uma tese de doutorado é um processo muito solitário. Não me refiro somente à solidão durante a escrita, mas, especialmente, à solidão no sentimento que se tem quanto à relevância e à qualidade do que se escreve. De todo modo, terminar esta tese só foi possível porque a minha solidão esteve acompanhada de pessoas que me cercaram de bons afetos e que deram o ânimo necessário para ir até o fim.

Agradeço, inicialmente, aos meus pais, Ciro Nepomuceno e Maria do Rosário Carneiro Nepomuceno, pelo amor incondicional e por terem feito de mim o que eu sou.

Agradeço à minha esposa, Aline Quesada Nepomuceno, e às minhas filhas, Ana e Bruna, pelo sentido que dão à minha vida, por me salvarem de mim, por me amarem como eu sou, pela paciência sem fim e pelo apoio durante esta jornada.

Agradeço aos meus irmãos, Ênio e Levi, por serem, desde que eu me entendo por gente, meus melhores amigos, aqueles com quem posso contar a qualquer tempo e que estão comigo aonde quer que eu vá.

Agradeço ao Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo, meu amigo e orientador, por me inspirar a ser uma pessoa melhor, um professor melhor e um pesquisador melhor, pelo apoio que me concedeu ao longo desses anos, mas especialmente nos últimos meses, apoio sem o qual eu realmente não teria tido condições de chegar até aqui.

Agradeço à Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Raquel Cavalcanti Ramos Machado, à Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Juliana Cristine Diniz Campos, ao Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho e ao Prof. Dr. Carlos Marden Cabral Coutinho, pela imensa alegria e pela honra que me concedem ao aceitarem participar da Banca Examinadora desta tese. Quero que acreditem que é muito significativo para mim que sejam parte desse momento.

Agradeço à Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Gretha Leite Maia, incansável incentivadora, companheira de longos anos, pelo apoio, pela coragem e pela força nos momentos em que estive mais vacilante.

Agradeço às minhas colegas pesquisadoras e amigas queridas Geórgia Oliveira Araújo e Ana Carolina Lessa Dantas, que sabem como ninguém alegrar e encorajar uma alma desnorteada, pela companhia, pelo apoio, pela amizade, pelas risadas, pelo sentido que dão à minha profissão.

Agradeço aos meus chefes, Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Maria Vital da Rocha, Prof. Paulo Carvalho e Prof. Felipe Barroso, pelo apoio que me deram, pelo respeito que sempre demonstraram comigo e pela lealdade de sempre.

Agradeço aos membros do glorioso SIAGECA, pela interlocução permanente, pelo apoio, pela amizade, pelos momentos de descontração.

Agradeço aos membros do Grupo de Estudos Processo e Democracia no Século XXI, do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Christus (UniChristus), primeiro pelo acolhimento tão gentil e tão generoso, mas principalmente pela contribuição riquíssima que deram ao processo de elaboração desta tese, pelo compartilhamento de leituras e pelo exame crítico das ideias que aqui estão expostas.

Agradeço, enfim, a cada pessoa que esteve comigo ao longo desses últimos cinco anos, me apoiando, me ouvindo, me acompanhando, como interlocutores ou torcedores; certamente não vou conseguir citar todos agora, mesmo porque o cansaço e a pressa para encerrar o texto e enviá-lo para impressão não vão me permitir lembrar de todos (pelo que peço desculpas), mas gostaria de mencionar com carinho Ramon de Vasconcelos Negócio, Evandro Correia, Rogaciano Bezerra Leite Neto, André Garrido, Tarcísio Rocha, Lorena Ribeiro, Marília Veras, Zaneir Teixeira, Ana Maria Bezerra e Jothe Frota.

*Cada ser humano é uma pequena sociedade.*

*Novalis*



## RESUMO

A pesquisa trata do papel desempenhado pelos sentimentos na interpretação dos direitos fundamentais, em uma análise feita a partir da perspectiva das ciências cognitivas, da psicologia comportamental e das neurociências. Começa por evidenciar que a atividade mental da interpretação somente é possível dentro de um contexto cultural historicamente constituído e marcado por afetos, tanto na origem quanto na manutenção dos vínculos intersubjetivos de sentido. Em seguida, ressalta que a própria atividade cognitiva tem por fundamento o corpo, de maneira que o conhecimento dos objetos se dá apenas pela mediação não apenas da consciência histórica e da linguagem, mas também dos estados corporais que constituem a consciência e a experiência cognitiva enquanto tal. Destaca-se, ainda, que o conhecimento e a interpretação do direito em geral, e dos direitos fundamentais em específico, não envolve apenas enunciados normativos e precedentes, mas também fatos condicionantes da aplicação do direito, valores, relatos e até a avaliação de pessoas envolvidas, de modo que são ampliados os espaços para a influência de crenças pessoais, ideologia, preconceitos, expectativas, enfim, instâncias da experiência humana que são profundamente afetivas. Partindo da ideia de que toda interpretação do direito é também uma aplicação, e conseqüentemente envolve uma decisão, o processo de tomada de decisão é apresentado como também marcado por emoções, que colaboram na eliminação de opções decisórias e na formação de vieses e heurísticas a partir das quais as decisões são tomadas. São analisados alguns vieses e heurísticas que podem afetar decisivamente a interpretação de casos jurídicos, especialmente aqueles envolvendo a atribuição de pesos a direitos fundamentais. O problema da discricionariedade na interpretação jurídica também é enfrentado, e procura-se demonstrar que os modelos teóricos e os métodos e princípios de interpretação especificamente constitucional surgidos no segundo pós-guerra não resolvem – nem podem resolver – satisfatoriamente esse problema, mas, ao contrário, acabaram por acentuá-lo. Trata-se de pesquisa qualitativa, marcadamente bibliográfica, mas que se vale de pesquisas experimentais no campo da Psicologia Comportamental e da Economia comportamental, bem como de decisões proferidas tribunais pátrios.

**Palavras-chave:** teoria da decisão, interpretação, sentimentos, hermenêutica constitucional

## ABSTRACT

The research discusses the role played by feelings in the interpretation of fundamental rights, in an analysis performed from the perspective of cognitive sciences, behavioral psychology and neurosciences. It begins by showing that the mental activity of interpretation is only possible within a cultural context historically constituted and marked by affections, both in the origin and in the maintenance of intersubjective bonds of meaning. Next, it emphasizes that the cognitive activity itself is based on the body, so that the knowledge of objects is given only through the mediation not only of historical consciousness and language, but also of the body states that constitute the consciousness and cognitive experience as such. It is also emphasized that the knowledge and interpretation of law in general, and of fundamental rights in particular, not only involves normative statements and precedents, but also facts conditioning the application of law, values, reports and even the evaluation of people involved, so that the spaces for the influence of personal beliefs, ideology, prejudices, expectations, in short, instances of human experience that are deeply affective are expanded. Starting from the idea that every interpretation of the law is also an application, and consequently involves a decision, the decision-making process is presented as also marked by emotions, which collaborate in the elimination of decision-making options and the formation of biases and heuristics from which decisions are taken. Some biases and heuristics that can decisively affect the interpretation of legal cases are analyzed, especially those involving the attribution of weights to fundamental rights. The problem of discretionary legal interpretation is also faced, and attempts are made to demonstrate that the theoretical models and the methods and principles of specifically constitutional interpretation that emerged in the second post-war period do not resolve – nor can they resolve – this problem satisfactorily, but have, on the contrary, accentuated it. It is a qualitative research, mainly bibliographic, but which makes use of experimental research in the field of Behavioral Psychology and Behavioral Economics, as well as of decisions rendered by national courts.

Key-words: decision-making theory, interpretation, feelings, constitutional hermeneutics

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>13</b>
<b>2 O QUE É INTERPRETAR.....</b>	<b>18</b>
2.1 Três visões sobre o que significa interpretar.....	18
2.1.1 Interpretação em sentido antigo.....	19
2.1.2 Interpretação em sentido moderno.....	22
2.1.3 Duas reviravoltas no pensamento ocidental: os precedentes filosóficos para o surgimento da interpretação em sentido existencial.....	25
2.1.4 Interpretação em sentido existencial.....	30
<b>2.2 A dimensão emocional do sentido do mundo.....</b>	<b>33</b>
<b>2.3 O elemento sentimental no sentido da linguagem.....</b>	<b>40</b>
<b>3 O QUE É CONHECER.....</b>	<b>45</b>
<b>3.1 O corpo como condição de possibilidade do conhecimento.....</b>	<b>45</b>
<b>3.2 O conhecimento como um fenômeno biológico.....</b>	<b>50</b>
<b>3.3 Corpo, cognição, emoção e sentimento.....</b>	<b>54</b>
<b>3.4 O problema corpo-mente.....</b>	<b>59</b>
<b>3.5 O conhecimento do direito.....</b>	<b>65</b>
<b>4 O QUE É DECIDIR.....</b>	<b>69</b>
<b>4.1 Interpretar para decidir: sobre como a interpretação jurídica é sempre aplicação...70</b>	<b>70</b>
<b>4.2 Como se chega a uma decisão.....</b>	<b>74</b>
<b>4.3 Vieses e heurísticas.....</b>	<b>80</b>
4.3.1 O viés de confirmação.....	84
4.3.2 O efeito-halo.....	88
4.3.3 Viés de ancoragem.....	91
4.3.4 Heurística da disponibilidade.....	95
4.3.5 Viés do ponto cego.....	97

<b>4.4 Sobre como as emoções integram o processo de decisão: a hipótese do marcador somático.....</b>	<b>100</b>
<b>5 O CONTROLE DA SUBJETIVIDADE NAS DECISÕES QUE ENVOLVEM COLISÕES ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>104</b>
<b>5.1 Teoria dos princípios e colisão entre normas de direitos fundamentais.....</b>	<b>107</b>
<b>5.2 O princípio da proporcionalidade e sua pouca utilidade para a redução da subjetividade na interpretação dos direitos fundamentais.....</b>	<b>111</b>
5.2.1 Adequação.....	112
5.2.2 Necessidade.....	116
5.2.3 Proporcionalidade em sentido estrito.....	118
<b>5.3 A justificação racional do discurso especificamente jurídico.....</b>	<b>121</b>
<b>5.4 Sobre a insuficiência da teoria da argumentação como mecanismo de controle racional da decisão.....</b>	<b>125</b>
<b>5.5 O cerne da questão: os problemas fundamentais do direito.....</b>	<b>129</b>
<b>5.6 Para que servem a constituição e as leis, afinal?.....</b>	<b>131</b>
<b>5.7 O que resta de controle da subjetividade (ou do discurso jurídico)?.....</b>	<b>135</b>
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>141</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>145</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A teoria material da constituição, estabelecida na segunda metade do século passado, teve desdobramentos importantes na Hermenêutica Jurídica. Em primeiro lugar, desviou o foco das investigações do direito privado para o direito público, ou, mais precisamente, publicizou todo o direito, fazendo da constituição o horizonte hermenêutico a partir do qual todo o direito deve ser interpretado. Em decorrência, os princípios constitucionais foram definitivamente incorporados ao discurso jurídico, e em posição de destaque, por uma alegada superioridade intrínseca em relação às regras, resultante de seu caráter de fundamentalidade. E, tendo em vista a abertura semântica e a forte carga axiológica de princípios jurídicos cuja validade se sustenta na moral de uma comunidade política em um processo histórico, o resultado foi uma intensa reaproximação entre a ciência do direito e a moral, que ficaram distanciados, ao menos teoricamente, enquanto durou a hegemonia do positivismo formalista.

Ocorre que a Hermenêutica Jurídica não estava preparada para transformações tão substanciais. Em meados do século passado, sequer tinha resolvido a grande crise metodológica que se formou na virada do século XIX para o século XX com o surgimento de diferentes métodos e modelos teóricos que disputavam a primazia na interpretação do direito, sem qualquer possibilidade de acordo entre objetivistas, subjetivistas, realistas, historicistas, conceitualistas, positivistas formalistas e positivistas sociológicos. Além disso, a Hermenêutica Clássica fora desenvolvida primordialmente para a interpretação de regras e do direito privado, em um contexto jurídico-político em que a superioridade constitucional era apenas formal, de modo que a nova realidade estabelecida com a teoria material da constituição trouxe consigo exigências de uma profunda reformulação também na Hermenêutica Jurídica, para que se adequasse às demandas desse neoconstitucionalismo.

Assim, nas últimas seis décadas de reformulação, surgiram novos métodos e princípios de interpretação especificamente constitucional, bem como vários modelos teóricos sobre as normas de direitos fundamentais e seu papel dentro dos sistemas jurídicos, com a finalidade de orientar a atividade do intérprete da Constituição. No Brasil, essa reformulação teve início mais tardiamente, apenas depois da promulgação da Constituição de 1988, mas em duas décadas esses novos métodos, princípios e modelos, todos de origem estrangeira, já tinham chegado à consagração dos manuais de Direito Constitucional e passaram a ser simplesmente reproduzidos, apresentados em catálogos, com raras ocasiões para aprofundamentos ou exames críticos. E o que é mais problemático: essas formulações teóricas da chamada Nova Hermenêutica Constitucional apresentam conteúdos extremamente vago e aberto, além de

frequentemente contraditórios entre si.

Expressões como “sopesamento” ou “ponderação de princípios”, “razoabilidade”, “proporcionalidade”, “limites imanentes”, “mínimo existencial”, “reserva do possível”, todas elas relacionadas a algum modelo teórico ou método interpretativo voltado especificamente para a interpretação-concretização das normas de direitos fundamentais, passaram a compor um vasto repertório instrumental para a atuação do intérprete da Constituição, sobretudo diante de casos de “colisão” entre direitos fundamentais, ou, em geral, nos casos em que se considera necessário alguma restrição a esses direitos. As expressões mencionadas rapidamente se tornaram lugar-comum e frequentemente eram – e ainda são – utilizadas como mero instrumento retórico.

Essa frequente invocação dos princípios na jurisdição constitucional tem gerado preocupação pela abertura para “decisionismos” judiciais, pois não raramente se apresenta para a superação do fechamento proporcionado pelas regras, em nome da justiça, da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, do princípio democrático ou da soberania popular, conduzindo a uma excessiva politização da jurisdição constitucional. Esses “decisionismos” seriam facilitados ora por um sincretismo metodológico, que mistura métodos e modelos inconciliáveis, ora pela utilização de técnicas sobre as quais o exercício de um controle racional é extremamente problemático, como é o caso da “ponderação” e da definição de “limites imanentes” de direitos fundamentais.

Nesse contexto, a teoria dos princípios e a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy ganharam grande recepção, pois articulam conceitos mais sofisticados de proporcionalidade e sopesamento, procurando estabelecer ainda parâmetros discursivos para o controle racional, intersubjetivo, não do conteúdo da decisão, mas do procedimento que conduz até ela. Mais recentemente, todavia, o modelo de Alexy tem sido criticado, mas muito mais pelo uso equivocado e distorcido de seus conceitos e de suas técnicas do que pelo que o modelo efetivamente propõe. Na prática, tem servido apenas como mais um instrumental retórico dentro do já vasto arsenal de argumentos que servem, frequentemente, apenas para dar uma aparência técnica a uma decisão arbitrária.

O fato é que a atividade da interpretação jurídica no Brasil alcançou um nível de arbitrariedade alarmante. A preocupação com essa questão tem sido expressada com cada vez mais frequência nos estudos sobre Hermenêutica constitucional no Brasil, como se percebe nos trabalhos de Marcelo Neves, Humberto Ávila, Lenio Streck, Eros Grau e Virgílio Afonso da Silva, dentre outros<sup>1</sup>. Expressões como “ativismo judicial”, “decisionismos”, “caos

---

<sup>1</sup> Neves aponta para uma sobreposição do sistema político ao jurídico, ou seja, uma colonização do direito pela política, mas não uma exploração eventual ou em aspectos isolados, mas sim uma superexploração generalizada, que conduz a uma hipertrofia da função simbólica da Constituição e, por via de consequência, a uma insuficiente

interpretativo”, “solipsismo”, “sincretismo metodológico” se tornaram muito comuns nas discussões acadêmicas, na busca por soluções. No entanto, apesar dos esforços doutrinários, o problema parece ficar ainda mais acentuado, de modo que a pretensão metodológica da hermenêutica acaba por proporcionar não um “controle racional” dessa atividade, mas o oposto disso, ou seja, acaba por proporcionar cada vez mais instrumentos para ampliar o espaço para a subjetividade, pela ampliação do arsenal argumentativo de fundamentação das decisões.

Partindo da constatação desse problema, a tese aqui desenvolvida tem por objetivo principal investigar os limites do controle pretendido pelas teorias hermenêuticas e procedimentais em relação às decisões judiciais, em especial aquelas que tratam de restrições a direitos fundamentais envolvidos em uma colisão. A tese central é que a atividade de interpretação do direito – que envolve a cognição de normas, fatos condicionantes e valores jurídicos, bem como inclui um processo decisório, – envolve necessariamente sentimentos, ideologia e vieses que acabam sendo determinantes na elaboração do sentido das normas jurídicas e dos fatos relacionados ao caso, de maneira tal que métodos hermenêuticos ou modelos teóricos de interpretação e de decisão não podem conter. Mas isso não significa que a interpretação jurídica está fadada ao arbítrio e à aleatoriedade dos sentimentos dos intérpretes, sem que haja qualquer possibilidade de controle racional, para minimizar os efeitos dos sentimentos, da ideologia e dos vieses.

concretização normativo-jurídica (NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 127-177). Em outra ocasião afirma que “uma doutrina principialista pode ser fator e, ao mesmo tempo, reflexo do abuso de princípios na prática jurídica. E essa situação se torna mais forte com a introdução de outro ingrediente: a ponderação desmedida. Os remédios para o excesso de consistência jurídica que decorreria de um regime de regras tornam-se venenos (ou drogas alucinógenas) no contexto de uma prática juridicamente inconsistente, que atua ao sabor de pressões sociais as mais diversas” (NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 191). Streck tem denunciado há décadas que a hermenêutica jurídica no Brasil ainda não assimilou a reviravolta linguístico-pragmática e permanece oscilando entre a postura dogmática do positivismo exegético e a discricionariedade decorrente do positivismo analítico, destacando ainda os efeitos nefastos de um “pamprincipiologismo” e da recepção inadequada de teorias estrangeiras no Brasil, conduzindo a um solipsismo generalizado na interpretação do direito (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; STRECK, Lenio. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 325-540). Grau afirma seu receio diante da abusiva invocação aos princípios na jurisdição constitucional e demonstra, com exemplos retirados da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que o “princípio da proporcionalidade” empregado em um “sopesamento” pode conduzir a decisões diametralmente opostas em um mesmo caso (GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 23). Virgílio Afonso da Silva demonstra que há um sincretismo metodológico na jurisdição constitucional, com a utilização arbitrária de modelos e métodos incompatíveis, o que afeta gravemente a consistência da teoria constitucional contemporânea em torno da diferença entre regras e princípios e das noções de “sopesamento” e “proporcionalidade” (SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional e sincretismo metodológico**, in: **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 115-145). Ávila sustenta que o neoconstitucionalismo, em vez de promover a valorização da Constituição, acaba por colocá-la em risco. Segundo ele, o neoconstitucionalismo aplicado no Brasil “está mais para o que se poderia denominar, provocativamente, de uma espécie enrustida 'não-constitucionalismo': um movimento ou uma ideologia que barulhentosamente proclama a supervalorização da Constituição enquanto silenciosamente promove a sua desvalorização” (ÁVILA, Humberto. **“Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”**, in **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador: Instituto de Direito Público, n. 17, jan./mar., 2009, p. 19).

Para demonstrar essas proposições, dividi a tese em quatro capítulos.

No primeiro capítulo, trato da redefinição do conceito de interpretação, para assimilar as reviravoltas no pensamento ocidental ocorridas ao longo dos últimos três séculos (pensamento transcendental, reviravolta linguístico-pragmática e ontologia hermenêutica) e as recentes descobertas das ciências cognitivas, das neurociências e da Psicologia comportamental quanto ao papel dos sentimentos no processo de composição do sentido do mundo. Procuro evidenciar que a linguagem, a consciência histórica e os afetos são elementos inafastáveis na composição do sentido de objetos e eventos do mundo somente, de maneira tal que a Hermenêutica não pode mesmo estar limitada a um método, como queriam os modernos, mas é parte da própria constituição do indivíduo humano enquanto tal. Sustento que a consciência emerge na história, imergida em linguagem, mas ressalto que linguagem e cultura possuem uma dimensão afetiva que atua de modo determinante na composição de seu sentido.

No segundo capítulo, trato do conceito de conhecimento e procuro demonstrar como o processo de conhecimento de objetos e eventos do mundo ocorrem no corpo e por meio dos códigos e estados corporais do indivíduo que conhece. O corpo é apresentando, então, como fundamento último do conhecimento, tendo em vista que é condição de possibilidade da linguagem e da consciência. Defendo, ainda, com fundamento na obra de António Damásio, que o corpo impõe um quadro referencial e marca inexoravelmente nossa percepção do mundo, na medida em que ele reage emocionalmente aos objetos e eventos com os quais se depara. Trato do problema corpo-mente e apresento as razões pelas quais o modelo monista deve ser preferido, o que conduz à consequência que o conhecimento não se dá apenas na mente, em uma instância apartada do corpo, mas que o corpo inteiro, incluindo as emoções que o corpo experimenta, participa do processo de conhecimento. Aplicando essas ideias ao direito, defendo que o conhecimento do direito envolve muito mais que uma apreensão mental de normas abstratas, mas inclui a cognição de fatos condicionantes, relatos e valores jurídicos, processo em que as emoções desempenham papel decisivo.

No terceiro capítulo, analiso o processo decisório em geral e, tendo por base alguns postulados da Psicologia comportamental e da Economia comportamental, em especial a obra de Daniel Kahneman, busco uma redefinição de decisão racional, para incorporar ao processo decisório vieses e heurísticas que conduzem a mente a fazer julgamentos distorcidos e precipitados. A partir da ideia de que, no direito, interpreta-se para agir e para decidir, tento mostrar como o processo decisório envolvendo o sentido de dispositivos jurídicos, fatos condicionantes da aplicação do direito, relatos e valores jurídicos também está longe de ser guiado por uma racionalidade estritamente técnica e neutra, mas também perpassa por



mecanismos mentais, emocionalmente direcionados, que atuam no processo decisório.

No quarto e último capítulo, analiso a tentativa de controle racional da interpretação e do processo decisório no direito, dando destaque à teoria dos princípios e à teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy. Procuro demonstrar que há um encadeamento lógico interligando teoria dos princípios e teoria da argumentação e como, necessariamente, essas teorias conduzem a uma filosofia do direito, por causa de suas insuficiências em resolver as questões fundamentais do direito envolvidas no problema da discricionariedade da interpretação, bem como no problema da vagueza e da ambiguidade dos dispositivos normativos. Busco evidenciar que mecanismos propostos pela teoria dos princípios, tais como as noções de “proporcionalidade” e “sopesamento fundamentado”, não são suficientes para exercer um controle satisfatório da discricionariedade interpretativa, como, aliás, o próprio Alexy reconhece. Ao final, proponho possíveis formas de controle da discricionariedade interpretativa ou, pelo menos, mecanismos que minimizem o impacto de vieses e sentimentos que atuam de modo a distorcer a interpretação.

No aspecto metodológico, esclareço que se trata de pesquisa qualitativa, marcadamente bibliográfica, mas que se vale de pesquisas experimentais no campo da Psicologia Comportamental e da Economia comportamental, bem como de decisões proferidas tribunais pátrios.

Quero ainda esclarecer, desde já, as razões pelas quais optei por escrever em primeira pessoa. Quando comecei a escrever a tese, utilizei linguagem impessoal, como recomendam as normas formais de produção de trabalhos científicos, devido à impressão de distanciamento e objetividade que o texto passa ao leitor. Ocorre que, no decorrer da elaboração do texto, na medida em que fui mergulhando nas teorias sobre a mente humana e fui percebendo que conhecimento e interpretação possuem uma dimensão sentimental insuperável, compreendi que o uso de linguagem impessoal ficaria muito artificial e até contraditório às premissas deste trabalho.

## 2 O QUE É INTERPRETAR

Antes de analisar os problemas específicos da interpretação dos direitos fundamentais, entendo que é necessário percorrer instâncias mais profundas do processo de composição do sentido, de modo a compreender melhor o que se passa na mente de quem interpreta e o que está envolvido na interpretação de qualquer coisa. Importa inicialmente esclarecer o que aqui se entende por *interpretar* em sentido mais amplo.

Neste primeiro capítulo, a interpretação será analisada em sua dimensão filosófica. Busco demonstrar que a atividade da interpretação não se limita ao processo mental de descoberta do sentido de um texto, mas está presente desde a formação da própria estrutura de compreensão do mundo. A interpretação é apresentada como condição de possibilidade do sentido do mundo e, assim, constitui a própria experiência humana enquanto tal.

Nessa perspectiva, a interpretação de qualquer texto pressupõe sempre uma rede de significados compartilhados e herdados a partir da qual o sentido do texto é elaborado, um processo que ocorre em uma mente que apenas existe como subjetividade individual e consciente em determinado contexto histórico e imersa em linguagem. Procuro evidenciar também que a formação do sentido do mundo não pode se dar sem a presença decisiva de sentimentos, que estão sempre presentes na constituição da linguagem e da cultura.

Isso significa que a interpretação de qualquer texto (e aqui nos interessa mais diretamente o texto da constituição, das leis, dos precedentes judiciais, da literatura jurídica, de relatos e argumentos judiciais) ocorre sempre mediada por várias camadas: consciência histórica, visão de mundo, ideologia, linguagem e, ainda, sentimentos.

### 2.1 Três visões sobre o que significa interpretar

A palavra *interpretação* pode significar tanto uma atividade quanto o resultado dessa atividade. Quando se fala em interpretação da constituição ou de uma lei, por exemplo, é possível que se esteja referindo aos processos mentais de formação do sentido dos enunciados jurídicos que ocorrem enquanto o intérprete raciocina, mas também é possível que se trate do resultado desses processos, ou seja, a tese que o intérprete formula e expressa sobre o sentido dos enunciados jurídicos. Neste trabalho, analiso a interpretação primariamente enquanto *atividade*, embora seja também relevante considerar a interpretação enquanto *resultado*, na medida em que é expressão daquela atividade.

Mesmo considerando a interpretação apenas enquanto atividade, é ainda possível que essa palavra tenha significados muito diferentes, a depender da abordagem que se dê na

análise desse fenômeno e de que elementos sejam ressaltados na análise. De que tipo de atividade se está falando? Interpretar é algo como *traduzir* uma mensagem? Interpretar é encontrar e esclarecer o sentido *correto* de algo? Ou interpretar é simplesmente expressar *um* sentido dentre vários possíveis? Existe uma única interpretação *correta* para cada objeto a ser interpretado? Ou uma interpretação *melhor*? Há técnicas ou métodos que possam conduzir à interpretação correta – ou à interpretação melhor? A interpretação envolve sentimentos, preconceitos e crenças pessoais? No caso de envolver, é possível que métodos interpretativos conduzam um ato mental objetivo e técnico, livre de sentimentos, crenças e preconceitos? O sentido de um objeto está pronto já no próprio objeto, de modo que precisa ser apenas encontrado, ou o intérprete participa ativamente da formação do sentido daquilo que interpreta? Para entender que tipo de atividade é a interpretação, o enfrentamento dessas questões é indispensável.

O problema é que há diferentes respostas para essas questões, uma vez que é possível analisar a interpretação a partir de perspectivas muito distintas, ressaltando diferentes aspectos envolvidos na atividade de interpretar. Isso conduz a diferentes visões sobre o que é *interpretar* e sobre o papel da interpretação no conhecimento humano.

Existem ao menos três diferentes concepções sobre a atividade da interpretação, que aqui chamarei de interpretação em sentido *antigo*, interpretação em sentido *moderno* e interpretação em sentido *existencial*. A seguir, apresento cada uma dessas concepções sobre que tipo de atividade é a interpretação, mas cabe ressaltar que não se trata de mera revisão histórica desses modelos, mas da apresentação de diferentes quadros teóricos a partir dos quais se pode trabalhar a atividade interpretação, para, ao final, optar por um deles, explicando as razões da escolha.

### **2.1.1 Interpretação em sentido antigo**

Segundo a concepção antiga, que tem origem no pensamento grego, a interpretação é um ato declaratório que tem por finalidade *expressar*, *explicar* ou *traduzir* algo<sup>2</sup>.

Em grego, a palavra usada para se referir ao ato de interpretar é o verbo *hermeneuo*<sup>3</sup>, e o substantivo *hermeneia* é traduzido para o português como “interpretação”<sup>4</sup>, e interessa resgatar a provável origem dessas palavras. O verbo *hermeneuo* e o substantivo *hermeneia* têm sua origem mais provável na mitologia grega, mais especificamente na figura do deus-

2 PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2015, p. 24-41.

3 As palavras do idioma grego estão transliteradas para facilitar a percepção de sua relação etimológica com outras palavras, tanto em grego quanto em português.

4 BEEKES, Robert. **Etymological dictionary of Greek**. 2 v. Leiden, Boston: Brill, 2010, p. 462.

mensageiro *Hermes*<sup>5</sup>. É possível que seja o contrário, que o nome *Hermes* tenha surgido a partir do uso das palavras *hermeneuo* ou *hermeneia*, mas isso é pouco relevante aqui. O que realmente importa – e isso não suscita controvérsia – é que a atividade que o verbo *hermeneuo* expressa, bem como as palavras dele derivadas, guardam profunda relação com a figura de *Hermes* no pensamento grego antigo<sup>6</sup>. Essa relação evidencia três particularidades da interpretação em sentido antigo: seu caráter místico, seu caráter declaratório e seu objetivo de revelar o que está obscuro.

Segundo a mitologia grega, Hermes foi o responsável pela criação da linguagem e da escrita como ferramentas que a compreensão humana utiliza para conhecer as coisas e transmitir esse conhecimento<sup>7</sup>. Cabia a Hermes trazer as mensagens dos deuses para os homens, transmitindo-a de forma inteligível à compreensão humana. Sua atividade era, portanto, *hermenêutica*, ou seja, uma atividade de *interpretar* a mensagem que trazia consigo, interpretar tanto no sentido de *expressar* (anunciar), como também no sentido de *explicar* e *traduzir*, tornar compreensível a mensagem, revelar (tirar o véu que está sobre) aquilo que está obscuro ou escondido.

Hermes apenas transmitia e traduzia a mensagem, não era o dono de seu sentido, e ainda que toda tradução carregue alguma criatividade, porque transporta o sentido de um texto para outro contexto, a tarefa de Hermes consistia em entregar a mensagem com fidelidade. Também cabia a Hermes levar as pessoas que morriam para o submundo, o Hades, o mundo dos mortos, cruzando permanentemente a linha entre esses dois planos de existência<sup>8</sup>. Em várias dimensões, Hermes era capaz de transpor os *gap* ontológico entre o divino e o humano<sup>9</sup>.

A natureza mística da atividade expressa pelo verbo *hermeneuo* se revelava também na prática religiosa do povo grego, como nas consultas realizadas no Oráculo de Delfos. Em resposta às consultas, a sacerdotisa oracular, chamada de pitonisa, pronunciava palavras frequentemente obscuras e ininteligíveis, e essas profecias eram anotadas por um sacerdote, que ficava responsável por fazer uma versão escrita da resposta à consulta, ou seja, de certo modo *traduzi-la* em linguagem inteligível<sup>10</sup>. Em grego, a palavra utilizada para identificar esse

5 PLATÃO, Crátilo. In: **Diálogos VI**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2011, p. 78.

6 PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2015, p. 24; KRAJEWSKI, Bruce. **Traveling with Hermes: Hermeneutics and Rethoric**. Amherst: University of Massachusetts Press, 1992, p. 7-8.

7 PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2015, p. 24.

8 KERÉNYI, Karl. **Arquétipos da religião grega**. Tradução de Milton Camargo Motta. Petrópolis: Vozes, 2015.

9 PALMER, Richard. **The Relevance of Gadamer's Philosophical Hermeneutics to Thirty-Six Topics or Fields of Human Activity**. Disponível em: <<https://www.mac.edu/faculty/richardpalmer/relevance.html> e <https://www.uma.es/gadamer/resources/palmer-2.pdf>>. Acesso em: 16 fev 2019.

10 PARKE, Herbert William; WORMELL, Donald Ernest Wilson. **The Delphic Oracle**. 1 v. Oxford: Blackwell, 1956, p. 33.

sacerdote era *hermeios*, palavra derivada do verbo *hermeneuo*<sup>11</sup>. O sacerdote era, portanto, um *intérprete* dos deuses.

A concepção de interpretação como atividade de *traduzir* e *expressar*, no sentido de revelar o que está oculto, com conotação mística, também estava presente em pensadores gregos clássicos. Contra os sofistas, que sustentavam que toda verdade, toda beleza e toda justiça eram produtos de convenções humanas, Sócrates e Platão afirmaram que há Verdade, Beleza e Justiça absolutas, eternas e imutáveis, anteriores ao homem e ao universo. Ocorre que, para Platão, o conhecimento da Justiça, do Belo e do Verdadeiro somente é possível por uma experiência mística, em um encontro imediato com o Bem, embora a expressão desse conhecimento em forma de linguagem seja necessariamente incompleta e imperfeita, porque o Justo, o Belo e o Verdadeiro são inexprimíveis.

Mas como o fim último da existência humana é o encontro com o Bem, que é o paradigma fundamental de ordem no Universo, fonte de todo ser, que confere verdade a todo objeto cognoscível, e poucos são os que conseguem ter essa experiência mística imediata com o Bem, torna-se importante e necessário exprimir essa experiência, ainda que por aproximação, para fins de educação e de formação e manutenção de uma sociedade boa e justa<sup>12</sup>.

Nessa perspectiva, e com esse objetivo político e educacional, os filósofos, os legisladores, os administradores públicos, os juízes, os poetas e os profetas são (ou devem ser) canais de comunicação do verdadeiro, do belo e do justo. Toda a sua atividade – de filósofos, legisladores, administradores públicos, juízes, poetas e profetas – se fundamenta em última instância na experiência mística de encontro imediato com o Bem. De certo modo, todos esses indivíduos eram considerados *mensageiros* ou *intérpretes* divinos, uma vez que tinham o papel de *expressar* a Verdade, a Justiça e o Belo<sup>13</sup>.

Sócrates inclusive equiparava a atividade dos poetas à dos profetas, pois, segundo ele, atuavam igualmente como mensageiros dos deuses<sup>14</sup>. Platão afirma expressamente que os (bons) poetas não são mais que “intérpretes dos deuses”<sup>15</sup>. E mais importante: para eles, a verdade e a beleza da mensagem que profetas e poetas expressam, como intérpretes, não são produtos de sua própria sabedoria, mas têm sua origem na inspiração divina.

Segundo Sócrates, poetas e profetas nada sabem do que dizem<sup>16</sup>. Platão afirma que

11 PALMER. Richard. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2015, p. 24-41.

12 Platão compara o Bem ao Sol, na medida em que o Sol possibilita que as coisas sejam vistas, além de gerar e manter a vida. Cf. PLATÃO, **A República**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2006, p. 301-302.

13 PLATÃO. O político. In: **Diálogos IV**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2009, p. 143.

14 PLATÃO. Apologia de Sócrates. In: **Diálogos III**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2008, p. 143.

15 PLATÃO. **Íon**. Tradução de André Malta. Porto Alegre: L&PM, 2008, p. 35; PLATÃO. **Timeu**. in **Diálogos V**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2010, p. 71e 72.

16 PLATÃO. Apologia de Sócrates In: **Diálogos III**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2008, p. 143.

poetas são “tomados” pelos deuses<sup>17</sup>. Legisladores, administradores públicos e juízes deveriam ser escolhidos não por sua formação técnica, mas por sua excelência moral, pela sua virtude<sup>18</sup> – o que seria indicativo de sua inclinação ou receptividade ao Bem. O rei-filósofo, ideal de legislador e administrador, é considerado o homem virtuoso por excelência, pois apenas pela virtude poderia ter a experiência imediata com o Bem e por meio do “olho da alma” apreender as coisas divinas e fazer das leis positivas uma expressão da Justiça eterna e imutável, ainda que por aproximação. Também estes são, em certo aspecto, intérpretes-mensageiros dos deuses.

O que é importante destacar nesse momento é que, nessa concepção antiga, a interpretação é uma atividade meramente declaratória, tem conotação mística e tem o objetivo de traduzir o que não é inteligível. O papel do intérprete é expressar, explicar ou traduzir *corretamente* uma mensagem, esclarecer o que está obscuro, revelar o que está encoberto, mas toda a verdade que há para ser dita pelo intérprete já está pronta, basta ser expressa em palavras compreensíveis. O intérprete não tem qualquer participação na formação do sentido da mensagem, mas apenas a transmite e a entrega. No nível filosófico, trata-se de expressar um pensamento que se articula como *verdadeiro*. No nível prático, consiste em explicar ou traduzir *correta e fielmente* uma mensagem.

Outro aspecto que merece atenção na concepção antiga de interpretação é que não havia uma preocupação teórica ou metodológica. Foram traçadas diretrizes semânticas e lógicas para que um pensamento verdadeiro fosse comunicado – foi isso que fez Aristóteles em seu texto chamado “Da interpretação” – mas não se buscava estabelecer regras ou procedimentos para que a interpretação fosse realizada corretamente. Como já foi dito, era uma atividade com forte conotação mística e estava fundada na crença de que a mente do intérprete transitava entre o mundo dos pensamentos divinos e o mundo dos pensamentos humanos.

### ***2.1.2 Interpretação em sentido moderno***

Com o advento do Direito Romano e da Igreja Católica Romana, começaram a surgir teorias da interpretação<sup>19</sup>, e algumas regras para orientar a interpretação de magistrados e sacerdotes foram formuladas do século II a.C. até o século VI a.C., com lento e progressivo distanciamento da concepção mística de interpretação.

17 PLATÃO. **Íon**. Tradução de André Malta. Porto Alegre: L&PM, 2008, p. 35.

18 PLATÃO. **A República**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2006, p. 143, p. 166, p. 170-173.

19 BINGHAM, Jeffrey (org.). **Handbook of Patristic Exegesis: The Bible in Ancient Christianity**. London: Brill, 2006, p. 196; BARTHOLOMEW, Craig G.. **Introducing Biblical Hermeneutics: a comprehensive framework for hearing God in Scripture**. Ada: Baker Academic, 2015, p. 139.

A interpretação ainda era uma atividade eminentemente prática, e durante muitos séculos, da Antiguidade à Idade Média, as questões de interpretação permaneceram fragmentadas em diferentes setores, com características próprias a depender das diferentes espécies de textos a serem interpretados<sup>20</sup>. A interpretação de textos considerados sagrados seguia princípios diferentes da interpretação de textos jurídicos, e sequer havia pretensão de articular uma teoria científica da interpretação, uma vez que sacerdotes e juristas estavam mais frequentemente ocupados com a resolução de questões práticas.

Mas a partir do século XVII uma mudança bastante significativa começou a se estabelecer no pensamento ocidental, com inevitáveis repercussões na concepção da atividade de interpretação. O *método* emergiu como procedimento racional capaz substituir a tradição e conduzir o pensamento humano à verdade objetiva, livre das superstições e dos preconceitos baseados em crenças infundadas, inaugurando-se a Modernidade.

A partir de então, apenas o pensamento metodologicamente orientado poderia ser considerado *verdadeiro*. Duas vertentes metodológicas se estabeleceram: (1) o racionalismo, que tinha a geometria como paradigma e, utilizando o método dedutivo, buscava extrair de certos axiomas tidos por autoevidentes conclusões logicamente inescapáveis<sup>21</sup> e (2) o empirismo seguia o caminho inverso, reconhecendo na experimentação e no método indutivo a fonte do conhecimento racional e seguro<sup>22</sup>.

Evidentemente, isso teve consequências diretas na teoria da interpretação. O pensamento moderno conduziu à ideia de que uma interpretação correta (verdadeira) precisa passar pela validação do método, de modo que foi aberto o caminho para que a hermenêutica deixasse de ser uma atividade eminentemente prática, sinônimo de interpretação, para se tornar uma *ciência* ou *teoria* da interpretação.

A Alemanha dos séculos XVIII e XIX foi o ambiente no qual esse projeto de modernização da interpretação foi efetivado. Depois de algumas propostas teóricas acerca da interpretação literária e da interpretação bíblica, apenas com Schleiermacher, já no início do século XIX, surgiu um primeiro esboço de teoria geral da interpretação, com a pretensão de abranger o problema do sentido correto de todas as espécies de textos. Nessa perspectiva, a hermenêutica foi pensada como método, um conjunto de procedimentos, ou mais propriamente uma *arte*, no sentido de habilidade técnica que conduz à interpretação correta de

---

20 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 14 ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 29.

21 DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2009, (*passim*); ESPINOSA, Baruch. **Ética** Tradução de Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica, 2007, (*passim*).

22 LOCKE, John. **Ensaio sobre o entendimento humano**. Tradução de Gualter Cunha e Ana Luísa Amaral. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999 (*passim*); BACON, Francis. **Novum Organum**. Tradução de José Aluísio Reis de Andrade. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988, (*passim*).

um texto<sup>23</sup>.

Para Schleiermacher, a chave da interpretação é a mente do autor do texto. Interpretar é pensar novamente o que o autor do texto pensou ao escrevê-lo, e o papel da hermenêutica é articular métodos que possibilitem ao intérprete aproximar-se o máximo possível da mente do autor do texto. Como todo texto é um objeto histórico, localizado em determinado tempo e em determinada cultura, o método hermenêutico adequado, para Schleiermacher, é o método histórico-crítico, que procura exatamente reconstruir a mente do autor a partir da análise de sua cultura, de seu acervo linguístico, de sua ideologia, de seus interesses, de modo que a interpretação do texto transcende o aspecto meramente literal e se encaminha para uma pesquisa crítica do contexto histórico em que o autor viveu e escreveu. Procedendo assim, o intérprete não somente é capaz de reconstruir a mente do autor, mas também de compreender o sentido do texto de modo mais abrangente que o próprio autor, o que vale tanto para a interpretação de textos religiosos quanto para a interpretação de leis, ou de qualquer outro documento histórico<sup>24</sup>.

Ainda no final do século XIX, e já pelo início do século XX, Dilthey ampliou a perspectiva sobre a atividade da interpretação, destacando que o fenômeno da interpretação não ocorre apenas na análise de textos, mas, de modo mais abrangente, na investigação acerca de todo o mundo cultural humano. Não se interpreta somente textos, mas também obras de arte, música, fatos históricos, relações sociais, emoções e desejos humanos, de maneira que a hermenêutica está presente em todos os âmbitos das ciências sociais – também chamadas de “ciências humanas”, ou, como preferem os alemães, “ciências do espírito”. A *interpretação* se expandiu para uma *compreensão* de todo o mundo cultural humano.

Dilthey separou os objetos culturais dos objetos naturais, para ressaltar a especificidade metodológica das ciências sociais, que não buscam simplesmente *descrever* ou *explicar* certo fenômeno a partir de nexos de causalidade, como fazem as ciências naturais, mas procuram antes *compreender* vínculos de sentido na psicologia humana e nas relações sociais, para, então explicar alguma relação de causalidade.<sup>25</sup> Assim, a hermenêutica permaneceu um *método*, mas não apenas voltado para a interpretação de textos, mas, mais propriamente, para a compreensão do sentido de toda atividade cultural humana.

Em sentido moderno, então, a interpretação é uma *arte*, que somente pode ser executada

---

23 SCHLEIERMACHER, Friedrich. **Hermeneutics and criticism and other writings**. Tradução de Andrew Bowie. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 5; SCHLEIERMACHER, Friedrich. **Hermenêutica e crítica**, Tradução de Aloísio Ruedell. Ijuí: Unijuí, 2005, p. 91.

24 SCHLEIERMACHER, Friedrich. **Hermeneutics and criticism and other writings**. Tradução de Andrew Bowie. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 8-11 e p. 24; SCHLEIERMACHER, Friedrich. **Hermenêutica e crítica**, Tradução de Aloísio Ruedell. Ijuí: Unijuí, 2005, p. 96-100 e p. 116.

25 DILTHEY, Wilhelm. **A construção do mundo histórico nas ciências humanas**. Tradução de Marcos Casanova. São Paulo: UNESP, 2010, p. 20-29.



de modo adequado se for metodologicamente orientada. A hermenêutica é, nesse sentido, uma teoria, ou uma ciência, que tem por objetivo estabelecer os procedimentos metodológicos para que a interpretação seja executada corretamente.

### ***2.1.3 Duas reviravoltas no pensamento ocidental: os precedentes filosóficos para o surgimento da interpretação em sentido existencial***

Na história do pensamento humano, há ideias que efetivamente inauguram uma nova Era e instauram um modo completamente novo de pensar. E ainda que sejam posteriormente refutadas, tais ideias deixam sua marca e simplesmente não podem ser mais desconsideradas, de modo que toda a discussão é reestruturada para, necessariamente, iniciar por elas, ou ao menos passar por elas.

Exemplos relativamente recentes disso são os dois acontecimentos mais marcantes dos últimos dois séculos no pensamento ocidental: a *filosofia transcendental* e a *reviravolta linguístico-pragmática*. Simplesmente não é possível desenvolver uma pesquisa no campo da Hermenêutica ou sequer entender as discussões nesse campo sem compreender essas duas revoluções e o seu impacto no modo de pensar ocidental. Por isso, antes de tratar da interpretação em sentido existencial, entendo que é necessário discorrer sobre a formação das bases filosóficas que conduziram ao seu surgimento.

A ciência moderna, seja no modelo empirista-indutivo, seja no modelo racionalista-dedutivo, começou a sofrer abalo significativo na virada do século XVIII para o século XIX, a partir do ceticismo de Hume e da crítica da razão que Kant promoveu.

Hume sustentou que o método indutivo, como vinha sendo empregado, é logicamente insustentável, uma vez que a conclusão não decorre necessariamente das premissas, e o máximo que se pode ter é uma conexão de probabilidade entre um fenômeno e sua alegada causa. A experiência, em si mesma, não permite generalizações, pois não há vínculos necessários entre os eventos que se apresentam como regulares. Os vínculos não estão na experiência mesma. Segundo Hume, o que ocorre é que nossa mente se acostuma a identificar nexos de causalidade entre os fenômenos, mas sem nenhuma prova racional de que existe tal nexos, de modo que essa conexão causal é apenas uma *impressão*, um subproduto de hábitos mentais<sup>26</sup>.

Quanto ao método dedutivo, o problema é outro: as conclusões inferidas de premissas, embora logicamente sustentáveis, em última instância têm a sua validade fundada em axiomas

---

26 HUME, David. **Tratado da natureza humana**. 2 ed. Tradução de Déborah Danawski. São Paulo: Unesp, 2009, p. 101-115; HUME, David. **Investigações sobre o entendimento humano**. Tradução de José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Unesp, 2004, p. 54-59.

que não são, eles mesmos, demonstrados, mas apenas pressupostos como autoevidentes. Mas Hume não acreditava na existência de um primeiro princípio que tenha autoridade incontestável sobre outros princípios que também podem ser tidos por autoevidentes e convincentes. E ainda que houvesse tal princípio, não seria possível contemplá-lo a partir de alguma instância superior, de fora de nossas faculdades mentais, que por sua vez já são regidas por algum princípio cuja validade não pode ser demonstrada<sup>27</sup>.

Deste modo, segundo Hume, o que empiristas e racionalistas chamavam de “conhecimento” é simplesmente impossível de ser validado.

Kant levou o ceticismo de Hume muito a sério, porque a partir dele percebeu que todo uso da razão que não seja precedido de uma crítica da própria razão se revela um uso dogmático. Então, acordado por Hume de seu “sono dogmático”<sup>28</sup>, mas em busca de superar o ceticismo radical e efetivar a validação do conhecimento, Kant procurou demonstrar que a ideia de causalidade não é um hábito mental que surge posteriormente à experiência, mas uma forma de conhecimento *a priori* do mundo<sup>29</sup>.

Para Kant, a razão humana consegue apreender o mundo apenas a partir de determinadas categorias formais, anteriores à experiência, que estão no próprio sujeito que conhece. Tempo, espaço e causalidade, segundo ele, não são características do mundo-em-si, mas elementos *a priori* a partir dos quais nosso aparelho cognitivo percebe o mundo. Portanto, não há – nem pode haver – um conhecimento imediato das coisas, pois entre as coisas e nós há sempre o intelecto, de maneira que aquilo que chamamos de “conhecimento” é construído não a partir do mundo objetivo, mas a partir da subjetividade, e o que se chama de *mundo objetivo* é apenas projeção (ou representação) do mundo na subjetividade de quem o conhece.

Assim, as afirmações sobre o mundo – incluindo aqui o conhecimento científico – não são juízos sobre o mundo-em-si, mas sobre *fenômenos*, ou seja, sobre coisas e eventos do mundo como eles aparecem ao sujeito, e essas afirmações somente são possíveis por meio das estruturas transcendentais do tempo, do espaço e da causalidade, presentes no próprio sujeito. É no sujeito transcendental que está a possibilidade da experiência e, conseqüentemente, o fundamento do conhecimento do mundo<sup>30</sup>. Esse sujeito é chamado de “transcendental” exatamente porque é anterior à experiência e também sua condição de possibilidade.

27 HUME, David. **Investigações sobre o entendimento humano**. Tradução de José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Unesp, 2004, p. 204.

28 KANT, Immanuel. **Prolegômenos a toda metafísica futura**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1988, p. 17.

29 KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 5 ed. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

30 KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 5 ed. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

Desse modo, Kant superou o ceticismo radical de Hume, mas decretou a morte da metafísica racionalista moderna, uma vez que o mundo-em-si, a realidade “por trás” do fenômeno subjetivo, passou a ser considerada incognoscível. O mundo, como objeto de conhecimento, somente existe *pelo e para* o sujeito que conhece.

Nessa perspectiva, a filosofia não se ocupa mais de fazer afirmações sobre o mundo – que seria o papel das ciências –, mas de buscar estabelecer as próprias condições de possibilidade do conhecimento válido, a partir da identificação de tudo que está pressuposto no ato cognitivo e que, na verdade, acaba por torná-lo possível enquanto tal. Trata-se, portanto, de um conhecimento da racionalidade sobre si mesma<sup>31</sup>.

Assim surgiu a chamada *filosofia transcendental*, e o impacto dessa doutrina sobre o pensamento ocidental seria tão grande que levou Kant a considerá-lo algo semelhante à reviravolta que Copérnico causou na Astronomia, ao refutar a tese geocêntrica<sup>32</sup>. Copérnico afirmou que não é o Sol que gira em redor da Terra, mas o contrário. Kant afirmou que o conhecimento não é dado pelo objeto ao sujeito, mas o contrário: o próprio objeto de conhecimento é constituído enquanto tal pelo sujeito. O mundo dos objetos de conhecimento é um produto da subjetividade humana, de maneira que a consciência humana é mediação inafastável e necessária no processo de conhecimento de objetos.

Mas a história do pensamento transcendental estava apenas começando. Houve reformas importantes nesse modo de pensar, mas que somente podem ser compreendidas a partir das críticas que Kant recebeu.

Ao longo dos séculos XIX e XX, o pensamento transcendental recebeu críticas contundentes por conta de sua circularidade (como pode o conhecimento da experiência ser validado por aquilo que possibilita a própria experiência?) e pela pressuposição – não demonstrada – da validade das leis lógicas de que se utiliza, bem como pela pressuposição da validade da própria experiência<sup>33</sup>. Surgiram ainda críticas em relação a outros vários aspectos.

Schopenhauer, embora adepto e seguidor declarado da tese kantiana do sujeito transcendental, negou que as sensações tenham uma causa exterior inteiramente autônoma, algo que possa ser chamado de “coisa-em-si” e que existe independentemente das sensações. Schopenhauer não apenas colocou a experiência individual no centro da discussão (ele inicia sua obra magna com a frase lapidar: “o mundo é a *minha* representação”<sup>34</sup>), mas, mais que isso, declarou que há, para além da representação, uma *Vontade* que se impõe como realidade

31 OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Sobre a fundamentação**. 2 ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 27.

32 KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 5 ed. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

33 OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Sobre a fundamentação**. 2 ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 29.

34 SCHOPENHAUER, Arthur. **O mundo como vontade e representação**. Tradução de Jair Barboza. São Paulo: Unesp, 2005, Tomo I, p. 43.

suprema.

O mundo é representação do sujeito, mas é, antes de tudo, Vontade. E essa Vontade, que, segundo Schopenhauer, corresponde à “coisa-em-si” de Kant e é a causa final das sensações, impera não apenas no sujeito cognoscente, mas em todo ente que se esforça para permanecer em si, seja uma pedra, um vegetal, uma bactéria ou um indivíduo humano<sup>35</sup>.

Ainda com relação às críticas dirigidas a Kant, Hegel e Marx desempenharam um papel relevante. Com eles, a historicidade e a mundanização do pensamento no curso do século XIX modificaram radicalmente a discussão filosófica, colocando em evidência que a subjetividade a-histórica, abstrata e formal proposta por Kant era insustentável – exceto como abstração<sup>36</sup>. Não há – nem pode haver – subjetividade pura, que não esteja imersa em um contexto histórico. Não há – nem pode haver – consciência que não seja historicamente localizada e condicionada. Isso revelou a necessidade de uma reformulação profunda no pensamento transcendental.

A necessidade de revisão do pensamento transcendental foi ainda acentuada a partir de outra revolução importante na filosofia, a chamada *reviravolta linguístico-pragmática*. A crítica da razão que Kant promoveu passou, ela mesma, por uma crítica de sentido a partir da constatação de que a própria consciência humana está estabelecida sobre algo anterior e ainda mais fundamental: a linguagem. Não há consciência sem linguagem. Logo, a resposta de Kant à pergunta da filosofia transcendental (“Quais as condições de possibilidade do conhecimento?”) está incompleta, pois essa pergunta não pode ser respondida sem referência à linguagem<sup>37</sup>.

Desde Platão e Aristóteles, a linguagem sempre tinha sido considerada apenas um instrumento de comunicação, mera designação do mundo. Segundo Platão, a linguagem não pode atingir o real, porque o real é inexprimível e somente pode ser atingido em uma experiência mística imediata, uma contemplação não-linguística, em uma espécie de diálogo sem palavras da alma consigo mesma. A linguagem aparece apenas em um segundo momento, para comunicação do pensamento. Tem caráter instrumental, de comunicação do real, mas não é constitutivo do real<sup>38</sup>.

Aristóteles, embora se distancie do idealismo dualista platônico, mantém a tese da linguagem como designação, não exatamente do mundo, mas dos “estados da alma”, ou

35 SCHOPENHAUER, Arthur. **O mundo como vontade e representação**. Tradução de Jair Barboza. São Paulo: Unesp, 2005, Tomo I, p. 523 e ss; SCHOPENHAUER, Arthur. **Sobre a vontade na natureza**. Tradução de Gabriel Valladão Silva. Porto Alegre: L&PM, 2013 (*passim*).

36 OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **A filosofia na crise da modernidade**. São Paulo: Loyola, 1989, p. 9-13.

37 OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2 ed. São Paulo: Loyola, 1997, p. 11-19.

38 PLATÃO. Crátilo. In: **Diálogos VI**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2008 (*passim*); OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2 ed. São Paulo: Loyola, 1997, p.

estados psíquicos, que são imagens das coisas do mundo. Segundo Aristóteles, primeiro conhecemos as coisas em experiência sensível com impacto na alma, depois, por meio da abstração, com uso da lógica universalmente válida, captamos a estrutura ontológica do mundo, e apenas posteriormente comunicamos isso às outras pessoas por meio de associação de símbolos. A linguagem permanece como algo secundário<sup>39</sup>.

No século XX, ocorreu uma reviravolta na concepção de linguagem, que, aliás, se tornou o tema central da filosofia ocidental. À mediação da consciência, definitivamente estabelecida por Kant, foi sobreposta a mediação da linguagem. Com o segundo Wittgenstein, a linguagem passou a ser vista como a instância fundamental em que a experiência de existir ocorre, constituindo o sentido daquilo que se chama de “mundo”. Como diz Braidida, resumindo a tese de Wittgenstein, “o real é experimentado, enfrentado e vivido no curso da existência humana, individual e coletiva, é ele mesmo estruturado pela consciência, que é, ela mesma, sempre já perpassada e constituída pela linguagem”<sup>40</sup>.

Em sua ontologia hermenêutica, Heidegger sustentou que o Ser, sentido-fundamento que possibilita toda significação, é manifestado sempre pela mediação da linguagem. É a linguagem que “abre espaço para uma vida marcada de sentido”, e, por isso, o ser-homem, único ente capaz de refletir sobre o sentido, é inseparável da linguagem<sup>41</sup>. Segundo Heidegger, a linguagem concede sustento ao homem enquanto homem, de maneira tal que somos *na* linguagem e *pela* linguagem<sup>42</sup>, e isto antecede e marca toda experiência do mundo, experiência que se dá inevitavelmente no tempo e na história.

Desse modo, a reviravolta linguístico-pragmática trouxe à tona a necessidade de perceber que a subjetividade necessariamente emerge em um contexto histórico, envolvido em uma rede de significados linguísticos que são anteriores à experiência do mundo. A própria consciência está imersa em linguagem. Não podemos sequer pensar as coisas do mundo independentemente da linguagem ou de um quadro teórico que fornece uma estrutura de conceitos e princípios de inferência, possibilitando a sua explicação.

Nessa perspectiva, a linguagem não é puro instrumento de comunicação de um conhecimento já produzido pela mente, mas *condição de possibilidade do próprio conhecimento*, ou seja, sua verdadeira instância transcendental. Essa é a dimensão linguística da “reviravolta”.

---

39 ARISTÓTELES. Da interpretação. *In: Órganon*. 2 ed. Tradução de Edson Bini, Bauru: Edipro, 2010, p. 81-84; OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2 ed. São Paulo: Loyola, 1997, p. 11-19

40 BRAIDA, Celso. **Filosofia e linguagem**. Florianópolis: Rocca Brayde, 2013, p. 76.

41 OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2 ed. São Paulo: Loyola, 1997, p. 222.

42 HEIDEGGER, Martin. **A caminho da linguagem**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 191.

Ocorre que as expressões linguísticas não possuem um sentido intrínseco ou uma estrutura intrínseca, mas são formadas em uma prática coletiva que se sujeita a regras estabelecidas, no nível sintático e, especialmente, no nível semântico. Por isso Wittgenstein insiste em afirmar que a linguagem é um *modo de agir*, que se constitui na práxis comunicativa, em jogos de linguagem, e o que determina o significado da expressão linguística não é o objeto que ela expressa nem a imagem mental desse objeto, mas o *uso* da palavra em determinado contexto. Essa é a dimensão pragmática da “reviravolta”<sup>43</sup>.

Kant mostrou que o mundo é constituído, enquanto objeto, pelo sujeito. Promoveu a revolução copernicana no conhecimento, do objeto para a consciência. Mas Wittgenstein e Heidegger mostraram que a consciência desse sujeito nunca está suspensa em um vazio existencial, mas envolvida necessariamente numa rede de sentido, formada a partir de uma prática coletiva e historicamente condicionada, que é a linguagem. Isso conduz à ideia de que o mundo inteiro é, para o sujeito, linguisticamente constituído, porque apenas chega a ele por intermédio da linguagem como *sentido do mundo* em sua mente.

Por todas essas razões, a partir do pensamento transcendental, da constatação da historicidade da consciência e ainda da imersão do sujeito na linguagem que constitui a compreensão do mundo, conclui-se que a própria experiência do mundo é interpretação.

### ***2.1.4 Interpretação em sentido existencial***

A partir da reviravolta linguístico-pragmática, um novo modo de pensar e um novo conceito de verdade surgiram, em superação tanto do conceito moderno de verdade, que se estabeleceu sobre o fundamento do método, quanto do idealismo transcendental de Kant, que se revelou falho e incompleto ao tematizar apenas a consciência formal e a-histórica. No século XX, conseqüentemente, emergiu uma visão diferente sobre a hermenêutica, esta não mais pensada como *método*, mas como condição existencial que caracteriza a própria experiência humana. Foi Gadamer que, tendo assimilado essas reviravoltas no pensamento ocidental, tomou para si a tarefa de sintetizar essa nova maneira de pensar a interpretação.

Para Gadamer, a compreensão humana deve ser tematizada em uma perspectiva ainda mais abrangente que a proposta por Dilthey, não como atividade declaratória do sentido de objetos, metodicamente orientada, mas como *modo de ser* que envolve todos os aspectos da experiência da vida, não apenas textos ou objetos culturais, mas efetivamente tudo o que nos cerca, inclusive o mundo natural, e, em última instância, a própria concepção do sentido do mundo. A interpretação está presente em cada momento, em cada pensamento, em cada olhar,

<sup>43</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de Marcos Montagnoli. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 18-19; p. 38.

em cada escolha, em cada juízo que se faz sobre objetos e eventos do mundo.

Gadamer afirma que Dilthey percebeu muito bem que qualquer objeto cultural somente pode ser compreendido a partir de seu contexto histórico, mas não foi capaz de identificar algo crucial: o indivíduo que estuda o objeto cultural está também, ele próprio, inserido em um contexto histórico peculiar e a sua mente também é constituída de sentidos culturalmente localizados. Tanto o autor do texto (ou de qualquer objeto a ser interpretado) quanto o intérprete se encontram imergidos no tempo e na cultura, pensando o mundo pela mediação da linguagem e da consciência histórica, de maneira que interpretar não é exatamente identificar e esclarecer o sentido correto de um texto ou da história, mas, antes, reconstruir o seu sentido a partir de uma fusão dos horizontes do autor e do intérprete, em atividade com amplo potencial para novos sentidos<sup>44</sup>.

Gadamer chama a atenção para o fato de que a própria compreensão do intérprete também é carregada de historicidade, e sua capacidade de produzir sentido – nunca sozinho, mas em permanente contato reflexivo e intersubjetivo com uma tradição – se estabelece a partir de uma pré-estrutura existencial do compreender que antecede qualquer ato específico do indivíduo que interpreta. Aqui, como dito antes, a hermenêutica não é mais *método*, tampouco teoria da arte de compreender, mas a tematização das condições de possibilidade da compreensão e do que está envolvido em toda compreensão. A linguagem não está presente apenas em textos escritos, mas é o lugar de realização de *todo* sentido, de maneira tal que a interpretação é a instância de mediação entre o indivíduo humano e aquilo que ele chama de “mundo”, à luz do que as coisas se convertem em “fatos”<sup>45</sup>.

Para Gadamer, a raiz da questão está na ideia (para ele, uma ideia equivocada) de que o método científico é a única via segura de acesso à verdade, pois apenas o procedimento metódico é capaz de depurar a razão e eliminar os preconceitos e crenças infundadas que a tradição impõe. Mas, para Gadamer, isso não passou de uma ilusão moderna e de um preconceito iluminista contra o preconceito<sup>46</sup>. Primeiro, porque o método científico já pressupõe crenças que a ciência é incapaz de fundamentar. Ou seja, a própria ciência moderna

44 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 14 ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 13-26 e p. 354-406.

45 GADAMER, Hans-Georg. Texto e interpretação. In: **Verdade e método II**: complementos e índices. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis, Vozes, 2011, p. 392.

46 A palavra “preconceito” pode ter utilizada em dois sentidos, um mais restrito e outro mais amplo. Em sentido mais restrito, fala-se em “preconceito” como sendo uma atitude hostil em relação a um grupo social e a seus membros baseada em juízos negativos irrefletidos e generalizantes (MYERS, David. **Social Psychology**. 10<sup>th</sup> edition. New York: McGraw-Hill, 2010, p. 308-309). Aqui temos um conceito sociológico. Em um sentido mais amplo, “preconceitos” são crenças herdadas de uma tradição a partir das quais o horizonte de compreensão do mundo se estabelece. Nesse sentido, filosófico, preconceitos não são algo necessariamente negativo, mas se revelam como condição de possibilidade da própria compreensão. São inevitáveis e necessários, de maneira que qualquer compreensão somente é possível a partir deles. Nesta tese, utiliza-se a palavra “preconceito” no segundo sentido, mais amplo (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. volume I. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 354-385).

é carregada de preconceitos. Segundo, porque a ciência não esgota toda a possibilidade de verdade, uma vez que limita enormemente a expressão do mundo, pela metodologia que impõe, razão pela qual Gadamer vê na arte um modo de expressão da verdade tão relevante quanto a ciência, embora sem trabalhar com as mesmas categorias do conhecimento científico. Gadamer diz:

Não há também na experiência da arte uma reivindicação à verdade, diversa daquela da ciência, mas certamente não inferior? E será que a tarefa da estética não está justamente em fundamentar que a experiência da arte é uma forma de conhecimento *sui generis*, certamente distinta daquela do conhecimento sensível que oferece à ciência os últimos dados, a partir dos quais ela constrói o conhecimento da natureza, também diferente de todo conhecimento racional da ética e de todo conhecimento conceitual, mas mesmo assim sempre conhecimento, ou seja, mediação da verdade?<sup>47</sup>

Importa esclarecer que Gadamer não se coloca em oposição à ciência. Pelo contrário, opõe-se ao ceticismo radical de Nietzsche e faz questão de ressaltar a importância da ciência para a “libertação de muitos preconceitos e a dissolução de muitas ilusões”<sup>48</sup>. Apenas questiona a sua autoridade como única fonte de conhecimento a compor o entendimento humano e aponta para lacunas insuperáveis na ciência, que simplesmente exclui de seu âmbito, desde o primeiro instante em se articula como método, questões muito relevantes para a humanidade, como Deus, o significado da vida e da morte, o dever moral, o amor. É possível ver o mundo e compreendê-lo por meio do método científico, mas a narrativa sobre o mundo a partir da ciência é apenas *uma* dentre outras possibilidades de expressão da verdade. Para Gadamer, há outras expressões de verdade, não inferiores ou menos relevantes. Ele entende que a arte, por exemplo, não é apenas uma forma de diversão ou entretenimento, simples fonte de prazer estético, mas uma via de acesso a verdades fundamentais sobre o mundo e sobre o que é ser humano que a ciência jamais poderia desvendar<sup>49</sup>.

Gadamer, portanto, pretende dar conta de toda a experiência humana, não apenas da forma específica de conhecimento das ciências modernas, sejam ciências da natureza ou ciências do espírito, e procura tematizar algo que é anterior a qualquer ciência, para encontrar o fundamento pré-teórico de todo conhecimento. Nesse sentido, a hermenêutica de Gadamer também se apresenta como um saber transcendental, mas linguisticamente reformado.

Diante disso, e voltando à questão central neste ponto do trabalho, a conclusão é que, em sentido existencial, *interpretar é existir* enquanto indivíduo humano, nunca sozinho, porque a consciência histórica se forma em um contexto cultural no qual o sentido do mundo

---

47 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 14 ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 149-150.

48 GADAMER, Hans-Georg. O que é a verdade?. In: **Verdade e método II**: complementos e índices. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 58.

49 LAWN, Chris. **Gadamer: a guide for the perplexed**. London, New York: Continuum, 2006, p. 87-88.



é compartilhado, nunca livre de preconceitos, porque toda compreensão ocorre a partir de uma pré-compreensão herdada de uma tradição. Enquanto atividade, a interpretação não acontece apenas diante de um texto obscuro e ambíguo, seja um texto literário, religioso ou jurídico, não acontece apenas diante de objetos culturais a serem compreendidos a partir de seu contexto, mas acontece a cada instante existencial de um indivíduo consciente.

A hermenêutica, portanto, nesta concepção, não é propriamente uma ciência, não tem por objetivo regular metodicamente a atividade da interpretação, e a compreensão não é *um* dos modos de *agir* dos indivíduos humanos, apenas quando voltados a objetos culturais, mas é *o* modo de *ser* dos desses indivíduos, que existem hermeneuticamente. Cabe à hermenêutica, na dimensão filosófica do peculiar modo de existir humano, apenas *compreender como se dá compreensão*, ou seja, pensar sobre as condições de possibilidade de toda compreensão – uma nova versão do pensamento transcendental, agora linguisticamente reformado.

## 2.2 A dimensão emocional do sentido do mundo

Nesta tese, a *interpretação* é concebida de modo a assimilar o pensamento transcendental e a reviravolta linguístico-pragmática, bem como as consequências decorrentes da escolha por esses quadros teóricos. Isso inclui a concepção da interpretação em sentido ontológico-existencial. No entanto, há alguns pontos pouco explorados pelos teóricos até aqui analisados e que precisam ser enfatizados. Há também alguns ajustes a propor.

Um aspecto negligenciado até aqui, mas que tem papel muito relevante nesta tese, é o elemento sentimental, afetivo, na composição da linguagem e sentido do mundo. Sustento neste trabalho que tanto o surgimento quanto a estabilização do sentido do mundo somente são possíveis a partir de sentimentos. Afirmo também que o sentido da própria linguagem não pode ser constituído sem passar pela experiência marcada por afetos.

É preciso primeiro esclarecer como os sentimentos são primordiais para tornar viável o surgimento de um conjunto de significados compartilhados, o que na Sociologia e na Psicologia Social se denomina de *cultura*. Em seguida, importa demonstrar como os sentimentos são decisivos para estabilizar e manter esse conjunto compartilhado de significados. Ou seja, demonstrar como a cultura se estabiliza e se mantém por meio de laços afetivos.

Adoto aqui a definição de Geertz, segundo quem cultura é “um padrão de significados transmitido historicamente, incorporado em símbolos”<sup>50</sup>. Isso significa que o contexto cultural no qual emerge o sentido do mundo é composto por um “sistema de concepções herdadas

---

50GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 2008, p. 66.

expressas em formas simbólicas por meio das quais os homens comunicam, perpetuam e desenvolvem seu conhecimento e suas atividades em relação à vida”<sup>51</sup>. As formas simbólicas de Deus, de justiça, de verdade, do bom e do belo, de homem, de mulher, de família, de autoridade, de liberdade, de natureza, da vida e da morte, tudo isso se estabiliza em forma de representações sociais transmitidas de geração em geração, dentro de determinado grupo social localizado no tempo e no espaço.

Sem padrões simbólicos de sentido, o comportamento humano seria dirigido apenas por instintos e por sentimentos os mais rudimentares, decorrentes de necessidades corporais primárias, sem direção, sem ordenação. Sem esses padrões, provavelmente a espécie humana já teria sido há muito extinta. Como diz Geertz, a arte, a moral, o direito, a política, a religião, a ciência, o senso comum, ou seja, o acumulado de padrões simbólicos de sentido que formam a cultura “não é apenas um ornamento da existência humana, mas uma condição essencial para sua existência”<sup>52</sup>.

Mas a pergunta que se mostra relevante neste ponto é: o que viabiliza a formação da cultura e possibilita a estabilização do sentido?

As representações sociais que resultam dos laços de sentido intersubjetivamente partilhados se consubstanciam em *crenças* e, conseqüentemente, em *expectativas cognitivas e normativas*. Mas importa salientar que essas representações sociais se revelam crenças partilhadas em forma de *rede*, de modo que crenças são inferidas de outras crenças, que são inferidas de outras crenças, que são inferidas de crenças mais fundamentais, e todas elas se reforçam mutuamente.

Quine e Ullian afirmam que o que dá consistência à rede de crenças e fortalece os fios que a constituem é a implicação lógica que garante a coerência global dessas crenças. Eles dizem que, se percebemos que uma afirmação sobre o mundo decorre necessariamente, por inferência lógica, de outra afirmação sobre o mundo que acreditamos ser verdadeira, somos compelidos a acreditar que ela é verdadeira também – ou a abandonar a crença da qual foi inferida. Se observarmos a negação de uma afirmação inferida de outra afirmação que acreditamos ser verdadeira, então somos compelidos a não acreditar nela – ou a abandonar a crença da qual a negação foi inferida<sup>53</sup>.

Mas Quine e Ullian deixam claro que sua análise diz respeito ao que chamam de *crenças racionais*, ou seja, crenças que podem ser validadas racionalmente<sup>54</sup>. Eles não propõem uma análise descritiva da rede de crenças que se estabelece em uma sociedade, não procuram explicar como *de fato* as crenças se estabelecem, mas formulam uma teoria para a

51 GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 2008, p. 66.

52 GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 2008, p. 46.

53 QUINE, W. Q.; ULLIAN, J. S. **The web of belief**. 2<sup>nd</sup> edition. New York: McGraw-Hill, 1978, p. 41.

54 QUINE, W. Q.; ULLIAN, J. S. **The web of belief**. 2<sup>nd</sup> edition. New York: McGraw-Hill, 1978, p. V.

*validação racional de crenças.*

Nas sociedades humanas empíricas, todavia, a facticidade das crenças não se estabelece assim, com afirmações articuladas e fortalecidas por força exclusiva de inferências lógicas. Pelo contrário, há mesmo uma tendência em persistir em determinadas crenças inicialmente estabelecidas e manter explicações artificiais e incoerentes sobre sua veracidade mesmo quando a lógica e as evidências apontam para o sentido oposto<sup>55</sup>.

A rede de crenças e expectativas que sustenta uma cultura é firmada sem que haja necessariamente uma relação de inferência lógica entre elas ou mesmo uma coerência global. É possível perceber isso claramente em sociedades hipercomplexas da atualidade, que frequentemente mesclam elementos simbólicos de pré-modernidade, de modernidade e de pós-modernidade, em visão de mundo sincrética fundada em crenças herdadas de tradições que vão desde o teísmo cristão medieval até o materialismo histórico e o pós-estruturalismo. Na verdade, pode haver vários epicentros de malha na formação de uma rede de crenças, com crenças fundamentais que são radicalmente diferentes, mas que geram crenças derivadas que em algum ponto distante do centro se conectam. O que garante a estabilidade da rede não é apenas a inferência lógica entre as crenças ou a coerência global. Há outros elementos relevantes que precisam ser considerados.

De todo modo, a pergunta proposta no presente tópico não é o que poderia *validar* uma malha de crenças que constituem uma cultura, mas o que *efetiva e faticamente* possibilita a estabilização do sentido do mundo na forma de uma rede de crenças e, assim, viabiliza a formação de uma cultura. Certamente a implicação lógica entre as crenças ajuda a estabilizá-las e a fortalecer os laços entre elas. Mas há um fator primordial frequentemente desconsiderado e que por vezes se revela mais poderoso que as implicações lógicas: a força sentimental das crenças e das pressões sociais de conformação. Isso porque a força dos argumentos lógicos é sempre relativa e frequentemente esbarra em uma massa de sentimentos sempre apta a preencher as lacunas e suplementar as deficiências das crenças fundamentais estabelecidas com base em afetos.

Faz-se necessário, então, retomar a questão central. Como dito acima, é importante primeiro compreender o que está na origem do processo de formação da cultura, e não se trata da formação de uma cultura específica ou de outra, mas de qualquer cultura. Trata-se de compreender o que viabiliza a cultura enquanto tal.

É preciso voltar muito no tempo para tentar identificar as raízes mais primitivas desse fenômeno. Certamente, um momento decisivo no processo evolucionário da espécie humana

---

55 MYERS, David. **Social Psychology**. 10<sup>th</sup> edition. New York: McGraw-Hill, 2010, p. 84-85; ARONSON, Elliot; WILSON, Timothy; AKERT, Robin; SOMMERS, Samuel. **Social Psychology**. 9<sup>th</sup> edition. New York: Pearson, 2016, p. 95.

foi o surgimento de novas formas de pensar e de se comunicar, substancialmente diferentes das formas de seus ancestrais, o que se deu, possivelmente, por alguma mutação genética aleatória nas conexões cerebrais. É o que Harari chamou de “revolução cognitiva”<sup>56</sup>. Outras espécies também possuem capacidade de captação do ambiente, de memória e de transmissão de informações, e não é isso que torna peculiar a espécie humana. E embora alguém possa afirmar que a diferença na comunicação humana seja uma diferença de versatilidade e sofisticação, não foi exatamente isso que proporcionou uma revolução nas relações sociais humanas. Se essa versatilidade e essa sofisticação estivessem limitadas à comunicação de informações sobre os eventos do mundo, não haveria revolução alguma.

Harari afirma que o grande salto se deu pelo surgimento da capacidade de imaginar e comunicar coisas que não existem no ambiente, ou seja, a capacidade de criar e comunicar ficção<sup>57</sup>. Essa capacidade, no entanto, somente se revela coletivamente e foi especialmente relevante para manter a unidade de grandes grupos sociais primitivos, por meio do compartilhamento de narrativas mágicas, mitos, histórias sobre os ancestrais, sobre deuses, sobre a terra onde nasceram e, a partir disso, juízos de realidade e de valor.

António Damásio reconhece a importância do que Harari chamou de “revolução cognitiva” para a formação das culturas humanas. Aliás, ele reconhece vários fatores tradicionalmente aceitos nos estudos sobre cultura que contribuíram para tornar viável, no universo humano, a formação de um conjunto de significados compartilhados, fatores tais como a peculiar sociabilidade humana, linguagem sofisticada, capacidade de comunicação, intelecto prodigioso e capacidade reflexiva e prospectiva. Também reconhece o fator biológico-evolutivo comumente aceito que relaciona o surgimento de um sistema nervoso e de um cérebro com ampla capacidade intelectual e comunicativa com um extenso e complexo processo de seleção natural ao longo de vários milênios<sup>58</sup>.

Damásio, no entanto, afirma que há um fator muito relevante que tem sido negligenciado nos estudos sobre a cultura: os afetos. Essa capacidade de sentir *conscientemente* dor, desconforto, tristeza, prazer, bem-estar, alegria, a capacidade de sentir medo e esperança, amor e ódio, e também a capacidade de sentir empatia com relação a outros indivíduos, tudo isso está na raiz dos mecanismos que possibilitaram o surgimento das culturas humanas<sup>59</sup>.

---

56 HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: uma breve história da humanidade*. 7 ed. Tradução de Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM, 2015, p. 28-29.

57 HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: uma breve história da humanidade*. 7 ed. Tradução de Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM, 2015, p. 33-35.

58 DAMÁSIO, António. *A estranha ordem das coisas: as origens biológicas do sentimento e da cultura*, Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 2018, p. 11-13.

59 DAMÁSIO, António. *A estranha ordem das coisas: as origens biológicas do sentimento e da cultura*, Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 2018, p. 11-15.

Os sentimentos são potências motrizes que impulsionam a intervenção humana sobre o mundo na busca por criar instrumentos e práticas que compõem aquilo que se chama de “cultura”. São basicamente os sentimentos e os vínculos afetivos de empatia diante da tristeza, da dor, do medo, da ignorância e do sofrimento, em permanente busca por bem-estar e alívio, que constituem as bases da religião, da arte, dos juízos morais, do direito, das instituições.

Damásio fornece vários exemplos de sua hipótese, e aqui se destaca um deles: a medicina, tida por um empreendimento cultural humano. A medicina não surgiu como exercício intelectual despropositado ou como busca por soluções para mistérios sobre o funcionamento do corpo e sobre a origem das doenças. A origem mais remota da medicina está na capacidade de sentir dor, desconforto e mal-estar e também na capacidade de sentir alívio e bem-estar. Mais importante ainda: está também na capacidade de empatia e de sentir compaixão pelo outro indivíduo que sofre por causa de uma lesão corporal ou de uma doença. Foram esses sentimentos que impulsionaram as primeiras tentativas de buscar meios para alívio e cura dos enfermos. Sem eles, nunca teria havido medicina. E ainda que se diga que a motivação econômica assumiu, em determinado momento, um papel central no desenvolvimento do conhecimento e das tecnologias médicas, ainda assim os sentimentos de cobiça e de desejo por prestígio se apresentam como forças motrizes. De todo modo, os sentimentos estão na origem e no permanente desenvolvimento nesse âmbito da cultura humana.

O exemplo da medicina é apenas ilustrativo. Análise semelhante leva a conclusões muito parecidas sobre o papel fundamental dos sentimentos na origem de outros setores da cultura humana, como a religião (medo da morte, alívio psicológico para o sofrimento, esperança, coragem para lutar, manutenção de afetos nacionais), as artes (prazer estético, alívio por meio da expressão de sentimentos), os juízos morais (aversão e repúdio a comportamentos que causam dor e desconforto, prazer pela superioridade moral) e as instituições (bem-estar individual e coletivo, medo, esperança, prazer e conforto pela dominação e pelo acúmulo de capital).

Identificados os fatores que possibilitam a cultura surgir como um conjunto de sentidos compartilhados, é necessário agora analisar com mais cuidado como a cultura se estabiliza e se mantém. E aqui os sentimentos também se revelam elementos decisivos.

O medo, a dor, a empatia, a esperança, o prazer, a ambição, o desconforto, o nojo, o bem-estar individual e social, tudo isso compõe, permanentemente, a estrutura de sentido da religião, das artes, das ciências, da moral e das instituições. Mas a questão agora é saber: como uma determinada cultura se mantém? Como um conjunto específico de valores e sentidos compartilhados se sustenta?

Na composição do sentido de objetos e eventos na mente de quem os interpreta, são determinantes os laços de sentido intersubjetivamente estabelecidos em determinado contexto. Como dito, o sentido do mundo nunca é produzido por um indivíduo solitário, mas emerge de uma situação histórica. Se por um lado esses sentidos são herdados de uma tradição – e muitas vezes são considerados óbvios demais para serem justificados, às vezes sequer são percebidos conscientemente – por outro lado cada intérprete do mundo é parte do processo coletivo de interpretação, nem sempre mero coadjuvante, nem sempre apenas produto da história, mas também seu produtor.

No curso da história, o sentido não fica aprisionado, mas segue em espiral, lentamente transmutando-se, entrelaçado entre o “espírito objetivo” de um contexto e as subjetividades nas quais ele emerge e se desenvolve. E assim o sentido do mundo nunca chegou – ou chegará – a sua versão final e definitiva. As possibilidades de sentido são inesgotáveis<sup>60</sup>.

No entanto, embora dinâmico e inesgotável, o sentido se estabiliza em determinado tempo e lugar. A vida social é estruturada em sistemas de instituições, que são basicamente expectativas e códigos binários a elas subjacentes, como poder/não-poder nas relações políticas, lícito/ilícito nas relações jurídicas, feio/bonito no plano das considerações estéticas, verdadeiro/falso no âmbito da ciência, consideração/desprezo na dimensão dos juízos morais.

Mas o substrato desses sistemas – não apenas seu substrato, mas seu fundamento – é um conjunto de crenças socialmente sustentadas por sentimentos e que possibilitam a formação e a manutenção de uma cultura. A vida social, portanto, é uma grande malha dinâmica de afetos, e é a partir dessas redes sociais afetivas que os sentidos mais fundamentais se formam e se mantêm.

O que significa o ato de um estrangeiro queimar a bandeira de outro país? A ofensa que alguém sente ao ver a bandeira de seu país sendo vilipendiada simplesmente não poderia existir se a bandeira não sintetizasse toda uma narrativa da história de um povo, de um território, de valores e de ideais muito específicos e mesmo da identidade daquele nacional (que se sente ofendido) como parte integrante de toda essa realidade social. Essa memória afetiva nacional é construída ao longo de séculos, e o significado do ato de queimar uma bandeira depende desse sentimento de pertencimento e do peso afetivo dessa narrativa nacional.

Curioso que o ato de queimar a bandeira de um país ganha outro sentido completamente diferente quando se trata de um ritual militar, realizado uma vez por ano, no dia da bandeira, com o objetivo de dar um fim respeitoso a bandeiras desgastadas que foram substituídas. Nesse ato solene, também é um sentimento que constitui o seu sentido, embora

---

60 FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 35; BONIN, Luiz Fernando Rolim. *Indivíduo cultura e sociedade* In: **Psicologia Social contemporânea**, Petrópolis: Vozes, 2013, p. 64.

oposto ao mencionado antes.

Essa análise pode ser ampliada para incluir muitos outros eventos. O que significa um beijo na boca entre dois homens? O que significa matar uma vaca para comer a sua carne? O que significa um eclipse do Sol? O que significa um rio secar? O que significa a chuva? O que significa uma mulher deixar seu cabelo à mostra em público? O que significa abandonar à morte um bebê recém-nascido que tem uma deficiência física? Qual o sentido de um jogo de futebol em um estádio lotado de gente? Qual o sentido de um *shopping center* em pleno funcionamento nas compras de véspera de Natal?

Diante de cada um desses eventos, uma pessoa imediatamente forma em sua mente o seu significado, qualificando o evento como normal, ou trivial, ou repugnante, ou errado, ou extraordinário, ou deslumbrante, ou excitante, e essas qualificações são o produto de avaliações que têm por fundamento laços afetivos de sentido. Há narrativas ancestrais de conteúdo ético e estético que se fortalecem pelos afetos e condicionam a interpretação desses eventos. “Nós escolhemos rótulos para adequar nossos valores e julgamentos”, afirma o psicólogo social David Meyers. E conclui: “Rótulos tanto descrevem quanto valoram, e eles são inescapáveis”<sup>61</sup>. Ocorre que essas escolhas de rótulos são emocionalmente direcionadas, a partir dos processos sociais da *conformidade*, da *complacência*, da *obediência* e da *aceitação*, que consolidam esses rótulos e, conseqüentemente, as crenças e os comportamentos deles derivados.

Meyers diz ainda: “conformidade não é apenas agir como as outras pessoas agem; mas é também ser *afetado* por como elas agem”<sup>62</sup>. De semelhante modo, complacência e obediência se formam a partir dos sentimentos causados pela promessa de uma recompensa social ou de uma punição social, sentimentos decorrentes da aprovação e da desaprovação de uma conduta, vergonha, orgulho, respeitabilidade, aceitação grupal, esperança, medo, enfim, uma projeção de bem-estar ou de sofrimento. E tudo isso sutilmente desemboca na aceitação, ou ao menos na *ideia* de aceitação, uma concordância tida por genuína e que muitas vezes se apresenta como racional e justificada, ou mesmo natural e evidente, quando, na verdade, é o subproduto dessas interações afetivas ocorridas ao longo do tempo. Isso é a base da forma de vida de uma sociedade.

Trata-se do que Vladimir Safatle denomina “circuito dos afetos”, que se constitui como a base e o substrato de uma estrutura social de sentido. Esse trecho esclarece a ideia:

Devemos ter sempre em mente que formas de vida determinadas se fundamentam em afetos específicos, ou seja, elas precisam de tais afetos para continuar a se repetir, a impor seus modos de ordenamento definindo, com isso, o campo dos possíveis. Há

61 MYERS, David. **Social Psychology**. 10<sup>th</sup> edition. New York: McGraw-Hill, 2010, p. 192. No original: “Labels both describe and evaluate, and they are inescapable.”

62 MYERS, David. **Social Psychology**. 10<sup>th</sup> edition. New York: McGraw-Hill, 2010, p. 192. No original: “Conformity is not just acting as other people act; it is also being *affected* by how they act.”

uma adesão social construída através das afecções. Nesse sentido, quando sociedades se transformam, abrindo-se à produção de formas singulares de vida, os afetos começam a circular de outra forma, a agenciar-se de maneira a produzir outros objetos e efeitos. Uma sociedade que desaba são também sentimentos que desaparecem e afetos inauditos que nascem. Por isso, quando uma sociedade desaba, leva consigo os sujeitos que ela mesma criou para reproduzir sentimentos e afetos.<sup>63</sup>

A atividade cultural, como diz Damásio, “começa e permanece profundamente alicerçada em sentimentos”<sup>64</sup>. Os sentimentos de dor e prazer, bem como suas várias derivações, não apenas possibilitam as ações práticas de criação cultural, mas também funcionam no monitoramento e controle da efetividade desses instrumentos elaborados, isto é, se esses instrumentos e práticas vão permanecer ou não. Obviamente, esse controle passa por inferências e refutações intelectuais que conduzem o aprendizado por tentativa e erro, especialmente quando se trata de juízos de realidade. No entanto, a própria verificação do erro de uma expectativa depende primordialmente de como as pessoas se sentem a respeito da sua capacidade de produzir satisfação, alívio, conforto, esperança, bem-estar. “Os sentimentos atuam como motivos para respondermos a problemas”, diz Damásio, “e como monitores do êxito ou do fracasso da resposta”<sup>65</sup>.

São os sentimentos que impulsionam e movem os indivíduos humanos a atuar sobre o mundo, individual e coletivamente, compartilhando expectativas e crenças, buscando respostas para enigmas, com o objetivo primário de evitar o sofrimento e alcançar (ou manter) o bem-estar, respostas que se expressam na forma de arte, religião, princípios morais, ciência, instituições. Assim, percebe-se que nos vínculos de afeto estão a origem, a estabilização e a manutenção de uma estrutura simbólica de sentido compartilhado.

### 2.3 O elemento sentimental no sentido da linguagem

A linguagem é um meio de conectar símbolos e significados. Mas, como diz Steven Pinker, a semântica não trata apenas da relação das palavras com o pensamento, trata também da relação das palavras com o senso de realidade, formando sentidos compartilhados do mundo nos quais os pensamentos são ancorados, trata das relações sociais subjacentes, ou seja, como as palavras podem ser usadas não apenas para comunicar ideias, mas também para estabelecer um tipo de relacionamento, e trata ainda da relação das palavras com as emoções, “o modo como as palavras não só indicam coisas, mas estão saturadas de sentimentos”<sup>66</sup>.

63 SAFATLE, Vladimir. **O circuito dos afetos**. São Paulo: Cosac Naify, 2015, p. 17.

64 DAMÁSIO, Antônio. **A estranha ordem das coisas**: as origens biológicas do sentimento e da cultura, Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 2018, p. 13.

65 DAMÁSIO, Antônio. **A estranha ordem das coisas**: as origens biológicas do sentimento e da cultura, Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 2018, p. 24.

66 PINKER, Steven. **Do que é feito o pensamento**. Tradução de Fernanda Ravagnani. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 15.



O pensamento linguisticamente articulado é composto basicamente por conceitos (palavras que definem algo) e imagens que se relacionam<sup>67</sup>. E a palavra “imagem” não deve ser compreendida aqui apenas como imagem visual, mas inclui padrões mentais constituídos a partir das mais diversas modalidades sensoriais, seja visual, auditiva, olfativa, gustatória e somatossensitiva<sup>68</sup>. A rigor, as palavras mesmas se apresentam à mente como imagens verbais antes mesmo de ativar a imagem dos objetos aos quais se refere. “Dessa perspectiva”, diz Antônio Damásio, “qualquer símbolo que você possa conceber é uma imagem, e pode haver pouco resíduo mental que não se componha de imagens”<sup>69</sup>.

Há implicações práticas importantes dessa concepção da mente humana, inclusive no âmbito do direito. Se alguém perguntar a uma pessoa (pode ser a um advogado ou um juiz) o que ela pensa (a pergunta pode ser o que ela pensa *juridicamente*, à luz do direito) sobre um caso de uma mulher que realizou um aborto, ou sobre um caso de união estável entre pessoas do mesmo sexo, ou sobre um caso de adoção de criança por casal homoafetivo ou ainda sobre o que é mais relevante em um caso de prisão preventiva, se os direitos individuais do acusado de praticar um crime grave ou a segurança pública, a resposta será formulada a partir de inferências mentais que relacionam conceitos e imagens relacionadas ao caso.

Não há como responder a essas perguntas sem ter em mente alguns conceitos – conceitos inevitavelmente ligados às imagens que se formam no pensamento. O que é um feto? O que é vida humana? Quando se inicia? O que é uma mulher? A mulher tem uma natureza de mulher? Qual é a sua natureza? Tem um papel a desempenhar? Que papel? O que é uma família? O que é o divórcio? O que é um casal? O que é o casamento? O que é o amor? É da natureza do homem sentir amor romântico e erótico por outro homem? Um homem que sente amor romântico por outro homem é mesmo um homem? É da natureza da mulher sentir amor romântico e erótico por outra mulher? É justo proibir relações homoafetivas? É justo não equiparar relações homoafetivas ao casamento? O que é justiça? Há uma vontade superior relevante nesses casos? A vontade de Deus, o Criador, é um referencial? Quem é Deus? Qual é o caráter de Deus e qual é a vontade de Deus? O que é um bandido? Que tratamento merece um bandido?

O que se pretende ressaltar neste ponto é que tanto conceitos quanto imagens podem ser – e frequentemente são – marcados por sentimentos. E não apenas isto, mas também ressaltar algo ainda mais relevante: que uma mesma palavra pode ter diferentes sentidos e

---

67 PINKER, Steven. **Do que é feito o pensamento**. Tradução de Fernanda Ravagnani. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 22.

68 DAMÁSIO, Antônio. **O mistério da consciência**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 2000, 402.

69 DAMÁSIO, Antônio. **O mistério da consciência**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 2000, 403.

estar relacionada a diferentes imagens, não apenas pelos diferentes usos e contextos, mas, sobretudo porque podem evocar – e evocam – diferentes sentimentos.

Antônio Damásio explica que diante do que ele chama de “estímulo-emocional-competente” – que pode ser um objeto ou um acontecimento real, imaginado ou lembrado – imediatamente se formam imagens desse estímulo nas diversas regiões do cérebro (por exemplo, os córtices visuais ou auditivos) que identificam suas características. Como desdobramento da formação dessa imagem, são enviados sinais ligados à representação sensitiva do estímulo para outras regiões do cérebro, especialmente regiões capazes de desencadear emoções.

Ocorre que alguns objetos e alguns eventos podem ser “emocionalmente competentes” por uma espécie de “imposição natural”, por razões evolucionárias, mas muitos objetos e muitos eventos são “emocionalmente competentes” pela experiência pessoal. E o modo com a experiência é vivenciada, a depender das emoções e dos sentimentos que produz, deixa marcas afetivas nas imagens correspondentes aos objetos e aos eventos.

Damásio fornece o exemplo de uma pessoa que teve, na infância, uma experiência traumática, de medo intenso, dentro de uma determinada casa. É muito provável que, ao visitar essa mesma casa, anos depois, sinta certo mal-estar sem que exista, no momento presente, nenhuma razão para esse mal-estar. É possível até que sinta o mesmo mal-estar em outra casa, diferente daquela em que sofreu a experiência traumática, mas que tem alguma semelhança, novamente sem que haja uma razão presente para aquele sofrimento. O que ocorre, nesse caso, é que o cérebro associa certas imagens ao mal-estar intenso que sentiu no passado, de modo que as imagens ficam emocionalmente marcadas. A pessoa pode até detestar certos lugares ou certas situações, sentir desconforto, nojo, medo, sem sequer saber porque experimenta esses sentimentos. E pode acontecer também o oposto, se a experiência for positiva e emocionalmente marcada com bons afetos de alegria e bem-estar<sup>70</sup>.

Damásio diz ainda que poucos objetos e eventos – talvez nenhum – possam ser considerados emocionalmente neutros, de modo que dificilmente haverá uma experiência sensível sem marcas sentimentais. Em suas palavras:

O gosto ou aversão que nutrimos pelos mais variados objetos tem muitas vezes essa simples origem, e as fobias, que não são nem normais nem banais, podem ser adquiridas por esse mesmo mecanismo. Seja como for, um dos sinais da nossa chegada à idade adulta é o de que poucos objetos neste mundo, ou mesmo nenhum, mantêm qualquer inocência emocional. É muito difícil imaginar objetos emocionalmente neutros. Alguns objetos evocam reações emocionais fracas, quase imperceptíveis, enquanto outros

---

70 DAMÁSIO, Antônio. **Em busca de Espinosa: prazer e dor na ciência dos sentimentos**. São Paulo: Companhia das Letras. 2004, p. 63.

evocam reações emocionais fortes. Mas a emoção é a regra.<sup>71</sup>

O próprio sentido da linguagem pode variar imensamente a depender dos afetos que evocam, de modo que não há, nem pode haver, um sentido unívoco para as palavras, pois por mais que possa haver uma definição mais ou menos estrita para cada um desses entes, jamais o significado será rigorosamente o mesmo, aliás pode variar amplamente, a depender das experiências reais do indivíduo e dos sentidos intersubjetivamente partilhados na cultura em que ele está inserido.

Nessa perspectiva, interpretar discursos (vale lembrar desde já que normas são discursos) não é somente decodificar símbolos linguísticos. E, ao contrário do que se costuma supor, o significado da linguagem não provém de definições abstratas de objetos que sejam compartilhadas.

Os caracteres que compõem a palavra “cachorro”, ou mesmo os elementos fonéticos que podem expressar essa palavra, por exemplo, não nos remetem imediatamente a uma definição *abstrata* de um cachorro, embora exista tal definição. O que ocorre é que os símbolos linguísticos fazem emergir na mente do intérprete um processo construtivo de experiências simuladas, sejam experiências sensoriais (uma imagem, um som, um cheiro, uma ação, por exemplo) ou sentimentos (como o medo, a tristeza, a dor, a alegria e o prazer), ou as duas coisas associadas, e essa simulação é que torna possível a constituição do significado da linguagem. Essa simulação ativa as mesmas regiões do cérebro que são ativadas quando a experiência real ocorre, como ecos de experiências passadas que ressoam com menos intensidade.<sup>72</sup>

Se alguém fala ou escreve uma frase com a palavra “cachorro”, por exemplo, na mente de quem ouve ou lê a palavra forma-se a imagem de um cachorro (ou de vários cachorros) baseada em experiências reais, que podem ter sido muito boas, podem ter sido muito ruins ou podem ter sido indiferentes, a depender do tipo de experiência que a pessoa teve com cachorros em sua vida. Uma pessoa que sofreu um ataque violento de um cachorro quando criança dificilmente formará o mesmo sentido para a palavra que uma pessoa que sempre teve relações afetivas de alegria com cachorros desde a infância.

Assim também ocorre com as palavras “polícia”, “bandido”, “Deus”, “mulher”, “homem”, “aborto”, “feto”, “maconha”, “casamento”, “família”, “divórcio”, “igreja”, “casa”, “pai”, “mãe”, “negro”, “branco”, “índio”, apenas para citar alguns exemplos, palavras cujo

71 DAMÁSIO, Antônio. **Em busca de Espinosa: prazer e dor na ciência dos sentimentos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 63-64.

72 GALLESE, Vittorio. Embodied simulation: From neurons to phenomenal experience. **Phenomenology And The Cognitive Sciences**, [s.l.], v. 4, n. 1, p.23-48, mar. 2005. Springer Nature. <http://dx.doi.org/10.1007/s11097-005-4737-z>; BERGEN, Benjamin. **Louder than words: the new science of how the mind makes meaning**. New York: Perseus, 2012.

sentido é formado a partir de experiências bastante distintas, o que evidencia o caráter constitutivo do processo de formação do significado na mente de quem interpreta. Certamente há um cerne semântico comum que possibilita a comunicação e a compreensão, mas não se pode negar que a experiência pode marcar – e marca – a imagem do objeto com tonalidades afetivas muito distintas, e isso tem implicações importantes na elaboração do sentido.

Se a linguagem molda o cérebro e dá acesso à experiência do real<sup>73</sup>, e se a experiência marcada por afetos participa de modo intenso da constituição do sentido da linguagem, então não pode mesmo haver a experiência do real desvinculada de sentimentos.

---

<sup>73</sup> KANDEL, Eric; *et al.* **Princípios de neurociência**. 5 ed. Tradução de Ana Lúcia Severo Rodrigues, *et al.* Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 1880.

### 3 O QUE É CONHECER

Para que seja possível a alguém elaborar o sentido de algo, é necessário que, antes, este algo seja percebido ou imaginado e, mediante processos mentais de associação e inferência, linguisticamente articulados, seja constituído na mente do intérprete como *objeto de conhecimento*. A própria interpretação do direito e dos direitos fundamentais envolve, antes de tudo, um ato de conhecimento, tendo em vista que o direito, enquanto sistema de normas, é um objeto que precisa ser conhecido por aquele que o interpreta. E o intérprete do direito não interpreta apenas enunciados normativos (artigos da constituição, de leis, de decretos etc.), mas também fatos sociais, valores, relatos, provas e até pessoas, o que exige sempre, em princípio, uma atividade cognitiva.

Ocorre que o processo de conhecimento envolve mais elementos do que supõe a ingênua ideia segundo a qual conhecer as coisas consiste simplesmente em captá-las, em percepção pura e objetiva da realidade que as coisas carregam em si. No caso do direito, em específico, o seu conhecimento passa inevitavelmente por um acervo conceitual e também por uma teoria do direito, que enfatiza esta ou aquela dimensão do fenômeno jurídico, possibilitando diferentes visões do mesmo fenômeno<sup>74</sup>.

Este capítulo tem por objetivo precisamente evidenciar os elementos da atividade cognitiva e como essa atividade é não apenas interpretativa, mas também marcada por afetos que têm as suas raízes mais profundas em emoções que ocorrem no corpo de quem conhece e interpreta. Pretendo evidenciar que não se conhece apenas com a mente, como se esta fosse uma instância autônoma e separável do corpo, e que o corpo inteiro atua na própria formação da consciência e, conseqüentemente, dos momentos cognitivos que ocorrem nela.

#### 3.1 O corpo como condição de possibilidade do conhecimento

Ulric Neisser inicia assim seu livro seminal sobre Psicologia Cognitiva:

Dizem que a beleza está nos olhos de quem vê. Como hipótese sobre a localização da função, a assertiva não é muito precisa – o cérebro e não o olho é certamente o órgão mais importante envolvido. Mas aponta claramente para o problema central da cognição. Se bonito ou feio ou apenas convenientemente à disposição, o mundo da experiência é produzido pela pessoa que o experiencia.

Essa não é a atitude de um cético, apenas de um psicólogo. Há certamente um mundo real de árvores e pessoas e carros e mesmo livros, e ele tem muita coisa a ver com nossas experiências desses objetos. No entanto, nós não temos acesso direto e imediato ao mundo, nem a nenhuma de suas propriedades. (...) Tudo o que sabemos sobre a realidade foi *mediado*, não apenas pelos órgãos sensoriais, mas também por

74 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O direito e sua ciência**: uma introdução à epistemologia jurídica. São Paulo, Malheiros, 2016, p. 61-64.

sistemas complexos que interpretam e reinterpretem as informações sensoriais. (...) O termo “cognição” refere-se a todos os processos pelos quais os *inputs* sensoriais são transformados, simplificados, elaborados, armazenados, recuperados e utilizados.<sup>75</sup>

Neisser está de acordo com o pensamento transcendental, segundo o qual é a subjetividade que constitui o mundo enquanto objeto de conhecimento. Mas há uma diferença, embora sutil, muito importante: ele desloca para o sistema nervoso, sobretudo para o cérebro, a instância transcendental que se revela como condição de possibilidade de todo conhecimento.

A consciência mediadora de toda experiência do mundo não é uma abstração formal que paira acima (portanto, fora) do mundo e da história, como queria Kant, mas o produto de uma atividade bioeletroquímica do corpo de um organismo vivo, que existe materialmente em determinado tempo e lugar. Mesmo a consciência histórica e o sentido do mundo, que se sustentam na capacidade de memória e na linguagem, somente são possíveis porque há todo um aparato neurobiológico que permite o surgimento da consciência. Esse aparato é a condição de possibilidade da subjetividade e também da intersubjetividade linguisticamente articulada.

É importante esclarecer melhor este ponto, para ressaltar a fundamentalidade do corpo (incluído o cérebro) na formação do mundo como objeto de conhecimento. Em outras palavras, a ideia é apresentar o corpo como fundamento último e instância transcendental do conhecimento, anterior e mais fundamental que a própria linguagem, tendo em vista que é sua condição de possibilidade. Para isso, é preciso retornar brevemente à questão da reviravolta linguística, tratada no primeiro capítulo, com o objetivo de reconfigurar a dimensão da linguagem, agora a partir de sua relação com o corpo, mais especificamente com o cérebro.

Como dito no primeiro capítulo, no decorrer do século XX, a linguagem passou a ser entendida não mais como mero instrumento de expressão do mundo, mas como mediadora irrecusável da própria constituição do mundo do qual se fala. Deste modo, em conformidade com a filosofia da linguagem contemporânea, tornou-se amplamente dominante a ideia de que a mente consciente é produzida pela linguagem, e que a consciência não é mais que uma

---

75 NEISSER, Ulric. **Cognitive Psychology**. New York and London: Psychology Press, Taylor & Francis Group, 2014, p. 3-4. Tradução minha. No original: “It has been said that beauty is in the eye of the beholder. As a hypothesis about localization of function, the statement is not quite right — the brain and not the eye is surely the most important organ involved. Nevertheless it points clearly enough toward the central problem of cognition. Whether beautiful or ugly or just conveniently at hand, the world of experience is produced by the man who experiences it. This is not the attitude of a skeptic, only of a psychologist. There certainly is a real world of trees and people and cars and even books, and it has a great deal to do with our experiences of these objects. However, we have no direct, immediate access to the world, nor to any of its properties. (...) Whatever we know about reality has been mediated, not only by the organs of sense but by complex systems which interpret and reinterpret sensory information. (...) The term ‘cognition’ refers to all the processes by which the sensory input is trans- formed, reduced, elaborated, stored, recovered, and used.”

espécie de interpretação linguística dos processos mentais. Desse modo, segundo esse entendimento, a linguagem se apresenta como condição primeira e irrecusável de todo acesso ao real.

De fato, a maior parte das imagens e inferências que se formam na mente de uma pessoa emerge na forma de sentido linguisticamente articulado, e a memória das experiências individuais que constituem a nossa identidade somente se revelam mesmo na forma de uma narrativa autobiográfica. As próprias representações sociais que possibilitam a consciência histórica e o surgimento da cultura se estabelecem a partir de laços de sentido compartilhados intersubjetivamente por meio da linguagem.

No entanto, é preciso esclarecer, em primeiro lugar, que dizer que a linguagem intermedeia a compreensão do mundo de maneira intranscendível não significa, necessariamente, negar a existência de uma “realidade bruta” anterior à linguagem e para além da linguagem<sup>76</sup>. Ainda que não tenhamos acesso a essa realidade senão pela consciência subjetiva e pela linguagem, a existência do mundo em si é condição necessária para que o fenômeno da representação subjetiva ocorra<sup>77</sup>, exceto se admitirmos o idealismo subjetivista radical que nega a existência da própria matéria e faz da experiência do mundo algo como uma fantasmagoria.

Difícilmente alguém negará que muitos animais não-humanos – mamíferos e aves, por exemplo – percebem o mundo, possuem uma compreensão do ambiente e se comunicam. Para eles, certamente há um mundo, embora aparentemente não haja símbolos socialmente elaborados ou acordos linguísticos sobre o sentido de objetos e eventos. E é exatamente isso que significa dizer que a linguagem é própria dos indivíduos humanos e que constitui a nossa compreensão do mundo, a saber, que apenas humanos conseguem estabelecer esses símbolos e esses acordos linguísticos para se referir à realidade, criando uma realidade institucional a partir da qual o mundo é comunicado e que somente pode ser acessado pela linguagem. Mas nada disso deve levar à conclusão de que não há uma realidade em “estado bruto” ou que não há consciência que não seja linguisticamente constituída<sup>78</sup>.

Mas há ainda outro aspecto importante na compreensão do papel da linguagem no conhecimento e na compreensão do mundo. A linguagem depende de uma estrutura neurobiológica que lhe dê suporte e é posterior ao surgimento da mente e à consciência.

---

76 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Epistemologia falibilista e teoria do direito. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, Ano 3, nº 1, 2014.

77 Sobre isso, Aristóteles afirmou: “(...) é impossível que os substratos geradores da sensação não devam existir mesmo independentemente da sensação, pois a sensação não é sensação de si mesma, havendo algo além da sensação que deve ser anterior a esta, uma vez que aquilo que move é naturalmente anterior ao que é movido, o que não é menos verdadeiro se os termos forem correlativos (ARISTÓTELES. **Metafísica**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2006, p. 123).

78 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Epistemologia falibilista e teoria do direito. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, Ano 3, nº 1, 2014.

Embora ainda não se possa demonstrar empiricamente a anterioridade da mente em relação à linguagem, é possível tomar essa hipótese como plausível e provável, a partir de indícios que as ciências cognitivas identificam no funcionamento do cérebro e da mente de pacientes com problemas neurológicos<sup>79</sup>.

Há um quadro clínico bastante revelador da relação de dependência que a linguagem tem com o cérebro. Trata-se de um distúrbio chamado de “afasia global”, uma doença que submete seu portador a uma severa limitação da capacidade de comunicação, seja oral, escrita, por sinais ou por gestos, em um comprometimento amplo de todas as faculdades linguísticas. Essa condição impede a pessoa de usar palavras, definir ou explicar alguma coisa e também a impede de formular ou compreender frases. A pessoa não tem condições de entender palavras as mais simples, embora permaneça alerta e consciente. O paciente com “afasia global” apresenta limitações extremas na composição de sentido, aparentemente não compreende o que se diz a ela, e o máximo que consegue é repetir algumas palavras curtas<sup>80</sup>. Não há qualquer indício de que sua mente seja constituída linguisticamente, por palavras ou frases, ao contrário, os indícios apontam no sentido de que seu pensamento é desprovido de linguagem.

Acontece que pacientes com afasia global não perdem o senso espacial ou a capacidade motora, são capazes de responder a estímulos visuais e auditivos e podem apresentar os reflexos osteotendíneos e cutâneos normais. De algum modo, então, percebem o ambiente e reagem a ele. Quem está diante de uma pessoa com essa doença não tem a menor dúvida de que está diante de uma pessoa desperta, atenta e consciente, apesar da aparente incapacidade de traduzir linguagem em pensamento ou pensamento em linguagem.<sup>81</sup> Aparentemente, não há acesso ao mundo linguisticamente mediado, ou seja, ao mundo das instituições e da cultura humana, mas não parece correto dizer que não há acesso ao real. Não parece correto dizer que não há uma mente (humana) em funcionamento.

Esse tipo de afasia e outras modalidades menos graves do mesmo distúrbio evidenciam ainda que a linguagem depende de bases neurais e de adequadas condições neurobiológicas para emergir na mente consciente e para se desenvolver. Essa mesma conclusão também pode ser sustentada por teorias sobre a origem da linguagem que revelam a estreita relação entre cérebro e linguagem.

---

79 DAMÁSIO, António. **O mistério da consciência**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 2000, p. 144-150.

80 CAHANA-AMITAY, Dalia; ALBERT, Martin L.. **Redefining Recovery from Aphasia**. Oxford: Oxford University Press, 2015; SILVA, Marcus Tullius Teixeira da; CAVALCANTI, José Luís de Sá; MOREIRA, Denise Madeira. Afasia global sem hemiparesia: relato de caso. **Arq. Neuro-Psiquiatr.** 2000, vol.58, n.3A, pp.748-751; DAMÁSIO, António. **O mistério da consciência**, Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 2000, p. 146-147.

81 DAMÁSIO, António. **O mistério da consciência**, Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 2000, p. 147.



Na verdade, existem diferentes hipóteses sobre a origem da linguagem com o grau de sofisticação presente na espécie chamada de *homo sapiens*. Alguns teóricos defendem que a linguagem surgiu de modo lento e gradual, ao longo de milênios, outros sustentam que houve um instante específico em que a linguagem se tornou possível a partir de uma mutação genética<sup>82</sup>. Mas como quer que tenha ocorrido, há evidências consistentes de que a plasticidade cerebral está diretamente relacionada ao surgimento da linguagem. Uma mutação genética, sozinha, não poderia desencadear todo o aparato linguístico que se percebe no *homo sapiens*, mas precisaria haver, necessariamente, uma série de outras mudanças bioquímicas no cérebro para o desenvolvimento da linguagem baseada em símbolos<sup>83</sup>.

Assim, é possível dizer que a peculiar linguagem humana, que permite relacionar símbolos a significados e criar realidades institucionais que só existem a partir de acordos linguísticos, somente é possível por meio de um conjunto de propriedades que há no cérebro humano<sup>84</sup>. Mesmo que o processo tenha se dado lenta e gradualmente, ao longo de milênios, o salto qualitativo que ocorre da composição intersubjetiva de sentido de palavras isoladas para o advento da sintaxe, com a composição de estruturas linguísticas de frases com sentido, muito provavelmente requereu mudanças substanciais no cérebro humano<sup>85</sup>.

O processo de aquisição da linguagem em crianças pequenas também evidencia a relação íntima entre linguagem e cérebro. Nos primeiros anos de vida, há grande facilidade no aprendizado de um idioma, até mesmo duas ou mais línguas podem ser facilmente aprendidas nesse período, porque os efeitos de interferência entre a fonética e a prosódia dos diferentes idiomas são mínimos, até que os padrões neurais estejam bem estabelecidos.

Embora se saiba pouco sobre como o encéfalo lida com representações linguísticas de dois idiomas diferentes ao mesmo tempo, no início da vida, a posição mais aceita é a de que há uma espécie de “janela temporal” para o aprendizado de um idioma, relacionados à maturidade do cérebro e ao aprendizado mesmo. A partir de certa idade e de certo tempo de prática do idioma, a “janela” se fecha, certamente não impedindo o aprendizado de novos idiomas, mas tornando esse aprendizado muito mais difícil<sup>86</sup>.

---

82 AITCHISON, Jean. **The Seeds of Speech**: language origin and evolution, Cambridge: Cambridge University Press, 1996; CHOMSKY, Noam. **The architecture of Language**. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 4.

83 BICKERTON, Derek. **Language evolution**: A brief guide for linguists. *Lingua*, [s.l.], v. 117, n. 3, p.510-526, mar. 2007. Elsevier BV. <http://dx.doi.org/10.1016/j.lingua.2005.02.006>.; BOUCHARD, Denis. **Nature and Origin of Language**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 25.

84 BOUCHARD, Denis, **Nature and Origin of Language**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. X.

85 BICKERTON, Derek. **Language evolution**: A brief guide for linguists. *Lingua*, [s.l.], v. 117, n. 3, p.510-526, mar. 2007. Elsevier BV. <http://dx.doi.org/10.1016/j.lingua.2005.02.006>. Bickerton afirma que há boas razões para sustentar que a origem do uso de símbolos (gestos e palavras) e a origem da sintaxe não foram simultâneas nem se deram por uma mesma causa (p. 511). Ele afirma que, para o surgimento da sintaxe, foram necessárias importantes transformações estruturais no cérebro (p. 515).

86 KANDEL, Eric; *et al.* **Princípios de neurociência**. 5 ed. Tradução de Ana Lúcia Severo Rodrigues, *et al.* Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 1185.

Isso explica porque é muito mais fácil para uma criança pequena aprender seu idioma nativo que para um adulto aprender um segundo idioma (o que, pensando bem, é bastante inusitado, tendo em vista que um adulto de 30 anos tem competências cognitivas muito mais desenvolvidas que uma criança de 3 anos). O que ocorre é que o aprendizado do idioma nativo estabelece algo como um “compromisso neural” para a detecção de padrões fonéticos e prosódicos daquele idioma, e até os padrões de movimentos da língua e da boca, apropriados para a pronúncia de certo idioma, também formam esse mesmo “compromisso neural”. Daí a extrema dificuldade de, ao aprender um segundo idioma – especialmente quando o segundo idioma é de tronco linguístico muito distante do idioma nativo – adquirir o sotaque semelhante ao de um nativo<sup>87</sup>.

Disso tudo se depreende que o corpo – incluído o cérebro, evidentemente – é a instância mais fundamental no processo de conhecimento, porque é por meio dele que a realidade se compõe tal qual é percebida. A própria linguagem, instância inafastável para a existência de uma consciência histórica, condição de possibilidade de um sentido do mundo e de uma realidade institucional, é ela mesma dependente de uma estrutura neurobiológica.

É a partir dessa perspectiva, e de um modo mais amplo, que o ato de conhecimento será concebido não como mera captação da realidade, mas também produção, mais precisamente o subproduto da relação entre o corpo do organismo e o dado, em uma relação recíproca de mediação. O corpo conhece o dado a partir de seus próprios códigos, enquanto o dado se impõe diante do corpo, que não pode produzir o conhecimento senão a partir desse encontro. Pode-se dizer, portanto, que o conhecimento daquilo que chamamos de *mundo* é, na verdade, uma *interpretação corporal* do mundo.

### 3.2 O conhecimento como um fenômeno biológico

Uma tese muito antiga, presente já no pensamento socrático-platônico, mas ainda muito difundida no tempo presente, é aquela segundo a qual o conhecimento é uma *crença verdadeira e justificada*<sup>88</sup>. Segundo essa visão tradicional, conhecer algo é *crer em algo*. Mas há crenças que se revelam falsas e crenças que se revelam verdadeiras, e há também crenças verdadeiras que podem ser baseadas apenas em uma certeza íntima, sem qualquer justificativa e crenças que podem ser baseadas em justificativas. Portanto, conhecimento seria o conjunto de crenças que não apenas são *verdadeiras* como também estão fundadas em uma

---

87 KANDEL, Eric; *et al.* **Princípios de neurociência**. 5 ed. Tradução de Ana Lúcia Severo Rodrigues, *et al.* Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 1185.

88 PLATÃO. Teeteto. In: **Diálogos I**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2013; RESCHER, Nicholas. **Epistemology: an introduction to the theory of knowledge**. Albany: State University of New York Press, 2003, p. 3-7.

*justificativa.*

Não tenho por objetivo, nesta pesquisa, enfrentar as questões filosóficas da verdade e da justificação, mesmo porque tal enfrentamento requereria uma análise muito extensa e detalhada acerca das mais diversas teorias que se propõem a resolver essas questões, com a indicação de qual dessas teorias é a melhor e por quais razões. Um empreendimento dessa envergadura certamente daria ensejo a uma tese apenas sobre esses problemas. Mas cabe aqui fazer uma crítica, ainda que passageira, à definição de conhecimento como *crença*.

Esse sentido da palavra “conhecimento” estabelece uma restrição relevante, uma vez que vislumbra capacidade de conhecer apenas naqueles indivíduos que possuem aptidão para *crer*. Reduz o conhecimento a um fenômeno mental e humano, no máximo inclui alguns animais não-humanos que se entende serem dotados de uma mente e capazes de desenvolver crenças rudimentares.

É certo que essa definição pode ser útil para determinados fins, e não estou aqui exatamente avaliando a sua correção. Mas como palavras não possuem um sentido natural ou inerente, e seu sentido é estabelecido pelo uso, proponho examinar a possibilidade e também a relevância de ampliar a definição de conhecimento, para incluir seres vivos que não são dotados de um sistema nervoso ou de uma mente consciente. Isso porque o princípio básico de preservação que rege todo organismo vivo está diretamente relacionado à interação do seu corpo com o ambiente que o cerca, o que exige capacidade de conhecer a si mesmo e também o ambiente, de modo que é impossível dissociar o fenômeno cognitivo desse princípio básico de preservação.

Para manter-se vivo e em estado de equilíbrio homeostático, o corpo de todo organismo vivo precisa ser capaz de conhecer a si mesmo e o ambiente em que vive, e mesmo seres vivos extremamente simples, como uma ameba ou uma bactéria, também dispõem de mecanismos fisiológicos para identificar desequilíbrios no próprio corpo, diferenciar seu próprio corpo do ambiente, identificar situações de risco e reagir. Organismos vivos precisam basicamente de algum tipo de excitabilidade em seus corpos, tanto em relação ao seu interior quanto ao exterior, bem como de uma programação de reação. Esse é o aparato mínimo para a sobrevivência.

Assim, os corpos de organismos muito simples também identificam suas necessidades corporais e os riscos do ambiente, captando e processando dados. Ainda que não *sintam* isso e não tenham *consciência* disso, são capazes de ter certa experiência do real a partir dessas interações corpo-corpo e corpo-ambiente. Identificam ameaças e fogem delas, identificam temperaturas hostis e procuram ambientes mais confortáveis, buscam e identificam fontes de energia, identificam desequilíbrios internos de seu organismo e reagem a eles, tudo com o

objetivo primário de viver e manter-se em homeostasia<sup>89</sup>. Daí conclui-se que todo organismo vivo é capaz de *conhecer* em um sentido muito amplo – embora a maior parte desses organismos não tenha uma mente consciente<sup>90</sup>.

O desenvolvimento de um sistema nervoso e de uma mente consciente, dentro do processo evolutivo, é algo relativamente recente e tem como objetivo aparente aprimorar a capacidade de produzir respostas para problemas de manutenção do equilíbrio do corpo em sua relação com o ambiente. Sentimentos e consciência aparecem, portanto, como mecanismos que podem realizar essas tarefas de perceber e reagir de modo mais sofisticado, fornecendo respostas mais complexas e mais eficientes para problemas relacionados à manutenção do equilíbrio corporal e da vida<sup>91</sup>.

Certamente há enormes diferenças, quantitativas e qualitativas, na percepção de si e do ambiente, bem como na reação a estados corporais, quando se compara um organismo sem um sistema nervoso e um organismo com um sistema nervoso. A capacidade de percepção e reação de uma bactéria, por exemplo, são extremamente limitadas, se comparadas à capacidade de percepção e reação de um indivíduo humano. No entanto, há um princípio fundamental comum: todo ser vivo traz em si mecanismos que o inclinam ao esforço para permanecer vivo e em equilíbrio homeostático<sup>92</sup>. Esses mecanismos consistem basicamente em ter, no corpo, alguma capacidade de sensibilidade e alguma dinâmica de reação<sup>93</sup>. E esse princípio fundamental conduz a uma nova concepção acerca do conhecimento.

---

89 DAWKINS, Richard. **O maior espetáculo da terra**: as evidências da evolução. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. Sobre isso, Damásio afirma: “Todos os organismos vivos, desde a humilde ameba até o ser humano, nascem com dispositivos que solucionam *automaticamente*, sem qualquer raciocínio prévio, os problemas básicos da vida. Esses problemas são os seguintes: encontrar fontes de energia; incorporar e transformar energia; manter, no interior do organismo, um equilíbrio químico compatível com a vida; substituir os subcomponentes que envelhecem e morrem de forma a manter a estrutura do organismo; e defender o organismo de processos de doença e de lesão física. A palavra *homeostasia* descreve esse conjunto de processos de regulação e, ao mesmo tempo, o resultante estado de vida bem regulada.” (DAMÁSIO, Antônio. **Em busca de Espinosa**: prazer e dor na ciência dos sentimentos. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 37-38).

90 Sobre a capacidade cognitiva das bactérias, tendo em vista os processos de captação e organização de *inputs* que possibilitam respostas para problemas relacionados à manutenção da homeostase nesses organismos, e sobre sua capacidade de comunicação e comportamento cooperativo, conferir: SAPHIRO, J. A. Bacteria are small but not stupid: cognition, natural genetic engineering and socio-bacteriology *In: Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences*, n. 38. Elsevier, 2007, p. 807–819; JACOB, Eshel Ben; SHAPIRA, Yoash; TAUBER, Alfred. Seeking the foundations of cognition in bacteria: From Schrödinger’s negative entropy to latent information *In: Physica A*, n. 359, Elsevier, 2006, p. 495-524. Nesse sentido, tendo por premissa um conceito bastante amplo de conhecimento, com repercussões importantes na epistemologia jurídica, conferir MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O Direito e sua ciência**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 13-21 e MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Epistemologia falibilista e teoria do direito. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, Ano 3, nº 1, 2014.

91 DAMÁSIO, Antônio. **E o cérebro criou o homem**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia da Letras, 2011, p. 71.

92 DAMÁSIO, Antônio. **Em busca de Espinosa**: prazer e dor na ciência dos sentimentos. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 37-44; ESPINOSA, Baruch. **Ética** Tradução de Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica, 2007, p. 105.

93 DAMÁSIO, Antônio. **O mistério da consciência**: do corpo e das emoções ao conhecimento de si. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia da Letras, 2000, p. 179-184.

De todo modo, as diferenças entre os mecanismos de cognição são apenas proporcionais à complexidade e às demandas de cada organismo. Organismos complexos que vivem em meios complexos precisaram desenvolver um sistema cognitivo e uma dinâmica de reação mais sofisticados, ao passo que organismos mais simples, que têm demandas corporais mais simples, apresentam mecanismos de sensibilidade e reação mais rudimentares. Mas o processo é basicamente o mesmo: captar e processar dados por meio do corpo, com o objetivo primário de buscar o estado de homeostasia e manter-se vivo<sup>94</sup>.

O conhecimento pode mesmo chegar a níveis mais elevados de sofisticação, a partir do desenvolvimento da memória expandida, da formação do sentido do *self*, da capacidade de elaborar conceitos abstratos e de conceber um mundo possível para além do mundo dado – e daí surge todo o mundo cultural humano. (Até onde se sabe, apenas indivíduos humanos são capazes de teorizar e elaborar instituições.) Mas o ponto de partida é sempre o corpo, a necessidade corporal de bem-estar e a busca incessante pela solução de problemas relacionados a esse bem-estar.

Nesta tese, então, o conhecimento é definido de modo mais amplo, para alcançar todo organismo vivo que é capaz de identificar e processar dados sobre seu próprio corpo e sobre o ambiente. Aqui, o conhecimento é definido como o produto da relação do corpo com o ambiente, a partir das relações do corpo consigo mesmo, em um processo biológico de captação, processamento e interpretação de dados com a finalidade primária de possibilitar ações e reações eficientes, no sentido da manutenção do estado de homeostase do organismo. É considerado um processo biológico exatamente porque se dá dentro de um organismo vivo e com o objetivo primário de manutenção da vida.

A proposta que apresento aqui é que processos mentais sejam considerados apenas uma *parte* do conhecimento. Em indivíduos humanos, são os processos mentais que dão a configuração final aos dados que o corpo representa e possibilitam reações mais sofisticadas às demandas relacionadas ao equilíbrio homeostático do corpo. Mas organismos vivos desprovidos de mente consciente também possuem mecanismos de captação e processamento de dados sobre o próprio corpo e sobre o ambiente, apenas não têm consciência desse processo.

---

<sup>94</sup> É certo que algumas máquinas sem vida também captam e processam dados, o que poderia conduzir à conclusão de que é falsa a concepção do conhecimento como fenômeno biológico. No entanto, máquinas apenas captam e processam dados de acordo com padrões estabelecidos pelos indivíduos humanos que as produziram. Na verdade, máquinas programadas para captar e processar dados apenas emulam o processo de conhecimento humano. São simuladores. Mesmo quando se trata de uma máquina com inteligência artificial, os mecanismos aparentemente autônomos de processamento dos dados apenas seguem estritamente um algoritmo produzido por indivíduos humanos, o que a torna apta a simular inteligência humana, com capacidade de armazenamento de informações e com velocidade no processamento dessas informações muito superiores (sobre isso, conferir KURZWEIL, Ray. **Como criar uma mente: os segredos do pensamento humano**. Tradução de Marcello Borges. São Paulo: Aleph, 2015). Portanto, uma máquina pode apenas emular conhecimento. Apenas um corpo vivo pode conhecer.

Desta maneira, o princípio fundamental do conhecimento, nessa perspectiva biológica, é a busca pela manutenção do equilíbrio homeostático e, conseqüentemente, da vida. Cada corpo conhece a si mesmo e também o ambiente (por meio do corpo), com a finalidade primária de manter-se vivo e em equilíbrio. Conhece *para* identificar problemas e executar soluções relacionadas a esse equilíbrio homeostático.

### 3.3 Corpo, cognição, emoção e sentimento

Como visto no tópico anterior, a manutenção da vida em todo organismo vivo é uma luta contínua por equilíbrio. Seja essa luta travada no interior de organismos simples ou complexos, trata-se, em todo caso, de um processo bio-químico-mecânico composto por reações corporais que começam exatamente com a identificação de certas situações, internas ou externas ao organismo, mas sempre relacionadas ao bem-estar do corpo.

A reação ao desequilíbrio homeostático, em sua modalidade mais rudimentar, consiste na deflagração processos de contração e de expansão, associados ao restabelecimento do equilíbrio. Reações um pouco mais sofisticadas incluem fuga, cooperação, busca por fontes de energia, por ambientes mais favoráveis<sup>95</sup>.

Mas o que pretendo destacar agora, em desenvolvimento ao que foi dito antes, é que os mecanismos que possibilitam o corpo de um organismo vivo conhecer não apenas o ambiente mas também a si mesmo, identificar riscos, deficiências e necessidades corporais, encontrar e metabolizar fontes de energia, esses mecanismos dos quais depende sua sobrevivência são muito antigos no processo evolucionário e muito anteriores ao surgimento da consciência. A regulação da vida, por meio do conhecimento do próprio corpo e do ambiente, já estava (e obviamente ainda está) presente em organismos rudimentares, com as mesmas estruturas fundamentais.

A título de ilustração, António Damásio discorre sobre o paramécio, um organismo unicelular, sem cérebro, sem mente, mas que é capaz de detectar situações de perigo, como variações rápidas de temperatura, vibrações excessivas, contato com algum objeto que possa romper sua membrana. O paramécio também é capaz de reagir, procurando um ambiente mais seguro, pode mesmo detectar uma molécula que possa lhe ajudar a sobreviver, nadando para o local que tem melhores condições<sup>96</sup>. E a conclusão de Damásio sobre esse fenômeno é a

---

95 Atividades vegetativas estão presentes no corpo de organismos unicelulares e também de organismos multicelulares. O corpo de um indivíduo humano também apresenta algumas funções “vegetativas”, como aquelas funções motoras associadas ao sistema nervoso autônomo, que em conjunto com os sistemas motores somático e neuroendócrino atuam na manutenção da homeostase interna (Cf. KANDEL, Eric; *et al.* **Princípios de neurociência**. 5 ed. Tradução de Ana Lúcia Severo Rodrigues, *et al.* Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 926-936).

96 DAMÁSIO, António. **Em busca de Espinosa: prazer e dor na ciência dos sentimentos**. São Paulo: Companhia das Letras. 2004, p. 49.

seguinte:

Os acontecimentos que estou descrevendo nessa criatura sem cérebro contêm já a essência do processo de emoção presente nos seres humanos – a detecção de objetos ou situações que recomendam circunspeção ou evasão, ou, por outro lado, bom acolhimento e aproximação. A capacidade de reagir dessa forma não foi ensinada. Não há pedagogia alguma na escola dos paramécios. Essa capacidade está contida na maquinaria, aparentemente simples mas no fundo bem complicada, do genoma do pobre e descerebrado paramécio. Tudo isso nos mostra como a natureza sempre se preocupou em proporcionar aos organismos vivos os meios para regularem e manterem a vida, automaticamente, sem que seja necessária qualquer espécie de consciência, raciocínio ou decisão<sup>97</sup>.

Pois este é o ponto que interessa aqui: os processos corporais que ocorrem em organismos unicelulares, em reação a estímulos ambientais, possuem padrões muito semelhantes aos processos de ansiedade, dor, excitação, desconforto, prazer, relaxamento, em indivíduos com sistema nervoso.<sup>98</sup> Essas reações corporais são, portanto, o substrato e a dimensão mais profunda de uma emoção, haja ou não um sistema nervoso, haja ou não uma mente consciente. E a emoção está diretamente relacionada com a percepção de si e do ambiente, na medida em que consiste numa reação corporal a estímulos que o corpo recebe.

Nessa perspectiva, uma emoção não é mais que um estado corporal, um fenômeno somático que ocorre no corpo de todo e qualquer organismo vivo em reação a algum estímulo. Ao contrário do que muita gente supõe, aliás, a emoção não é um fenômeno exclusivamente humano. O que ocorre é que frequentemente se confunde a *emoção*, que é fenômeno somático, estritamente físico-mecânico, com o *sentimento*, que é a experiência mental da emoção, presente apenas em indivíduos dotados de consciência<sup>99</sup>. Essa diferença é muito significativa. E importa não apenas diferenciar a *emoção* e do *sentimento*, mas também ressaltar que a emoção é *anterior* ao sentimento, tanto no processo evolucionário quanto no fenômeno concreto em que um indivíduo experimenta um sentimento<sup>100</sup>.

O surgimento da consciência representou, sem dúvida, um salto qualitativo que permitiu uma grande sofisticação do conhecimento e da comunicação e, sobretudo,

97 DAMÁSIO, Antônio. **Em busca de Espinosa**: prazer e dor na ciência dos sentimentos. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 49. Muito antes de Damásio, ainda na década de 1970, Karl Popper já havia constatado, a partir da teoria darwiniana da evolução das espécies pela seleção natural, que a eficiência das mutações aleatórias em organismos vivos era testada pela tentativa e erro, de modo que os acertos (mutações que otimizavam o equilíbrio do corpo e a sobrevivência) eram selecionados e, incorporados ao material genético do indivíduo, era transmitido a seus descendentes. Assim, Popper entendia que informações e “teorias” sobre o mundo eram incorporadas ao material genético dos organismos, mesmo aqueles não dotados de consciência. (POPPER, Karl. **O mito do contexto**: em defesa da ciência e da racionalidade. Tradução de Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 1996, p. 95).

98 REICH, Wilhelm. **The Bioelectrical Investigation of Sexuality and Anxiety**. New York: Farrar, Straus and Giroux, Macmillan Publishers, 2013, p. 121.

99 DAMÁSIO, Antônio. **Em busca de Espinosa**: prazer e dor na ciência dos sentimentos. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 34-45; DAMÁSIO, Antônio. **O mistério da consciência**: do corpo e das emoções ao conhecimento de si. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia da Letras, 2000, p. 53-109.

100 DAMÁSIO, Antônio. **Em busca de Espinosa**: prazer e dor na ciência dos sentimentos, prazer e dor na ciência dos sentimentos. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 36-37.

possibilitou aos organismos a articulação de soluções mais criativas para os problemas relativos à regulação da vida. Mas as bases mais profundas desse processo são as mesmas, em organismos conscientes e inconscientes.

Há ainda um último aspecto a tratar, relacionado ao papel das emoções nos processos cognitivos. O objetivo primário da atividade cerebral é ajudar na regulação dos processos vitais do organismo, tanto por meio do mapeamento e da coordenação das atividades internas do próprio corpo quanto por meio da captação de dados do ambiente, para uma interação adequada com ele, a partir dos estímulos recebidos<sup>101</sup>. Em indivíduos humanos, o sistema regulador básico da vida está localizado nas profundezas do cérebro, em regiões abaixo do córtex cerebral, como o tronco cerebral e o hipotálamo<sup>102</sup>. Essa é a parte mais primitiva do cérebro, em termos evolucionários, onde reflexos corporais e emoções mais rudimentares, de mal-estar e bem-estar são produzidos em resposta a alguma demanda corporal, e é nessa região do cérebro que tem início a percepção consciente.

“O cérebro começa a construir a mente consciente não no nível do córtex, mas no do tronco cerebral”, afirma Damásio<sup>103</sup>. E depois complementa, destacando o papel fundamental dos sentimentos na formação da percepção consciente: “os sentimentos primordiais são não apenas as primeiras imagens geradas pelo cérebro, mas também manifestações imediatas de consciência”<sup>104</sup>. Assim, tudo o que os órgãos sensitivos captam, assim como os próprios estados viscerais, percorrem essas regiões subcorticais antes de alcançar o córtex cerebral e o nível da consciência. Os sinais que chegam ao córtex, portanto, são um subproduto das reações químicas ocorridas no tronco cerebral, no hipotálamo, de maneira que as informações passam sempre impregnadas de emoções que essas regiões produzem em resposta ao estímulo.

A percepção do ambiente não é apenas o recebimento passivo de um estímulo. Não se trata de algo como uma imagem fotográfica direta e estática que é capturada. O organismo reage ao estímulo, especialmente a estímulos emocionalmente competentes, e altera-se para otimizar a interface, com o objetivo de obter a melhor reação possível ao evento já interpretado pelo corpo, tendo em vista o equilíbrio homeostático<sup>105</sup>. A experiência do conhecimento é, portanto, é uma reação corporal na forma interpretação neurológica do estímulo, uma experiência emocionalmente ativa.

101 DAMÁSIO, António. **Em busca de Espinosa**: prazer e dor na ciência dos sentimentos, prazer e dor na ciência dos sentimentos. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 205.

102 DAMÁSIO, António. **O mistério da consciência**: do corpo e das emoções ao conhecimento de si. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia da Letras, 2000, p. 43-44; KANDEL, Eric; *et al.* **Princípios de neurociência**. 5 ed. Tradução de Ana Lúcia Severo Rodrigues, *et al.* Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 918-935.

103 DAMÁSIO, António. **E o cérebro criou o homem**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 38.

104 DAMÁSIO, António. **E o cérebro criou o homem**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 38.

105 DAMÁSIO, António. **O erro de Descartes**: emoção, razão e o cérebro humano. Tradução de Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 201.



Damásio e Parvizi explicam melhor:

Como as imagens do objeto afetam o estado do organismo, outro nível de estruturas cerebrais cria um registro não-verbal dos eventos que estão ocorrendo como consequência da interação entre o organismo e o objeto. Em conclusão, a proposta de que a essência da consciência é uma imagem continuamente gerada do ato de conhecer em relação às imagens mentais do objeto a ser conhecido. A imagem do conhecimento é acompanhada por um aprimoramento das imagens do objeto. E porque a imagem do conhecimento se origina em estruturas neurais fundamentalmente associadas à representação dos estados do corpo, a imagem do conhecimento é um sentimento<sup>106</sup>.

A produção de imagens de todas as espécies (imagens visuais, auditivas, olfativas etc.) é o resultado de mecanismos neurais que criam representações de estados do corpo e do ambiente. As imagens relacionadas ao ambiente são integradas principalmente no córtex cerebral, onde o raciocínio consciente se processa. Mas essas imagens do mundo externo “são processadas paralelamente com as respostas *afetivas* que elas produzem agindo em outras partes do cérebro — em núcleos específicos do tronco encefálico e dos córtices cerebrais que se relacionam à representação do estado do corpo, por exemplo, a região insular”<sup>107</sup>.

Deste modo, a parte da mente que se denomina de *self* tem seu alicerce em padrões neurais que representam todo o corpo propriamente dito, de modo que a percepção consciente do mundo é construída a partir do corpo como um sistema integrado e necessariamente envolve reações somáticas (emoções) ao objeto ou evento que o indivíduo consciente conhece<sup>108</sup>. E, ainda com base no pensamento de António Damásio, é possível dizer ainda que o corpo, tal como é representado no cérebro, fornece algo como um “quadro de referência” para os processos neurais que formam a mente, de maneira que é o próprio organismo, e não o ambiente, que é utilizado como referência para as interpretações que fazemos do mundo<sup>109</sup>.

Mesmo em organismos complexos, como o corpo de um indivíduo humano, as emoções, bem como os sentimentos que elas desencadeiam, como o medo, a felicidade, a tristeza, a empatia, a vergonha, têm por objetivo a manutenção do equilíbrio homeostático e a regulação da vida, de modo que todo o conhecimento humano e toda a cultura produzida pela humanidade têm suas raízes em emoções que o corpo experimenta<sup>110</sup>, com estreita relação

106 PARVIZI, J.; DAMÁSIO, A. Consciousness and the brainstem. **Cognition**, n. 79, 2001, p. 135-160. Tradução minha. No original: “As the images of the object affect the state of the organism, another level of brain structures creates a nonverbal account of the events that are taking place as a consequence of the object-organism interaction. In conclusion, the proposal specifies that the essence of consciousness is a continuously generated image of the act of knowing relative to the mental images of the object to be known. The image of knowing is accompanied by an enhancement of the images of the object. And because the image of knowing originates in neural structures fundamentally associated with the representation of body states, the image of knowing is a feeling.”

107 DAMÁSIO, António. **A estranha ordem das coisas**: as origens biológicas do sentimento e da cultura, Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 2018, p. 105-106.

108 DAMÁSIO, António. **O mistério da consciência**: do corpo e das emoções ao conhecimento de si. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 176.

109 DAMÁSIO, António. **O erro de Descartes**: emoção, razão e cérebro humano. Tradução de Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 20.

110 DAMÁSIO, António. **Em busca de Espinosa**: prazer e dor na ciência dos sentimentos. São Paulo:

entre conhecimento, emoções e homeostase.

Certamente, esse papel regulatório das emoções pode ter menor ou maior intensidade, a depender da situação, pode ser um papel desempenhado direta ou indiretamente, mas, de todo modo, é impossível pensar nas sociedades humanas que hoje existem sem considerar a importância crucial de sentimentos como o medo, a esperança, a alegria, a tristeza, a vergonha e a empatia. Importa dizer e enfatizar que nosso sistema cognitivo hoje ainda tem a mesma estrutura e o mesmo modo de funcionamento do sistema cognitivo de nossos ancestrais, e se chegamos a algum desenvolvimento civilizatório, com algum aprimoramento institucional – o que inclui mecanismos políticos, padrões morais e normas jurídicas –, com o objetivo de proporcionar bem-estar individual e coletivo, não se pode negar os sentimentos foram decisivos nesse processo.

De todo modo, simplesmente não pode haver qualquer fenômeno mental cognitivo desacompanhado de afetos. Percepção, imaginação, memória de objetos e eventos, bem como raciocínio, aprendizado, expectativa e decisão, em resumo, tudo aquilo que nos caracteriza como humanos, está inevitavelmente marcado por afetos que o corpo experimenta desde a sua raiz mais profunda.

Nas palavras de António Damásio:

Sentimentos acompanham a trajetória da vida em nosso organismo, tudo o que percebemos, aprendemos, lembramos, imaginamos, raciocinamos, julgamos, decidimos, planejamos ou criamos mentalmente. Conceber os sentimentos como visitantes ocasionais da mente ou como sendo causados apenas pelas emoções típicas não faz jus à ubiquidade e à importância funcional do fenômeno. Quase toda imagem na procissão principal que chamamos de mente, desde o momento em que o item é atingido pelo holofote mental da atenção até aquele em que o deixa, tem um sentimento ao seu lado<sup>111</sup>.

A conclusão, embora simples, pode soar impactante, por ser contrária ao senso comum: conhecemos com o corpo; o conhecimento é fundamentalmente, ao mesmo tempo, uma interpretação e uma reação corporal a estímulos, e sua base mais profunda são as emoções, de onde a mente consciente emerge. Os processos mentais de conhecimento são, fundamentalmente, sentimentos. E se pensamos com o corpo, e não apenas com o cérebro, isso evidentemente muda o modo de ver o processo de interpretação do direito, pois, na medida em que cognição e decisão não podem ocorrer sem a presença dos efeitos corporais (emoções) que os objetos e eventos causam no intérprete, a interpretação não pode ser mais concebida como um ato meramente técnico e estritamente racional.

Mas diante dessa conclusão, surgem inevitavelmente as seguintes perguntas: mas onde

---

Companhia das Letras, 2004, p. 48.

111 DAMÁSIO, António. **A estranha ordem das coisas**: as origens biológicas do sentimento e da cultura, Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 2018, p. 119.

se localiza a mente nesse processo todo? Não conhecemos com a mente? Afinal, a mente não está em uma dimensão apartada do corpo? O próximo tópico trata dessa questão.

### 3.4 O problema corpo-mente

É preciso ainda enfrentar, mesmo que de modo tangencial, um problema antigo da filosofia que trata das relações entre estados mentais e estados físicos, mais conhecido por *problema corpo-mente*. As questões a serem tratadas neste tópico são muito relevantes para o desenvolvimento desta tese, uma vez que é crucial para a compreensão do fenômeno mental da interpretação saber se este pode ou não ocorrer sem que haja fenômenos corporais envolvidos, mais especificamente, se pode ou não ocorrer sem que haja interferências de sentimentos – e, caso não possa, saber em que medida os sentimentos interferem.

As questões a serem tratadas podem ser colocadas da seguinte maneira: qual é a relação que há entre o corpo e a mente? São duas dimensões inteiramente distintas e independentes? É possível pensar e conhecer as coisas apenas com a mente, de modo estritamente racional, sem qualquer influência dos sentimentos que o corpo experimenta?

Certamente, não há espaço aqui para uma análise minuciosa de todos os modelos que já foram formulados sobre a relação corpo-mente na história do pensamento ocidental. E mesmo aqueles modelos que pretendo analisar serão apresentados em suas ideias mais básicas, apenas no que interessa para o alcance dos objetivos desta tese. Mais uma vez, não se trata exatamente de uma revisão histórica de modelos desenvolvidos ao longo dos séculos, mas da apresentação de diferentes paradigmas a partir do qual o problema pode ser tratado, com a opção justificada por um deles.

Há, pois, duas teses principais sobre o problema corpo-mente, que pretendo analisar agora: o dualismo e o monismo. Em breve resumo, a tese dualista sustenta que corpo e mente são dimensões distintas e independentes, pertencem a dimensões ontológicas diferentes, ao passo que a tese monista entende que corpo e mente são facetas de uma mesma substância.

É certo que existem variações teóricas dentro do dualismo e do monismo, com distinções periféricas e algumas subdivisões, mas que aqui serão desconsideradas. Como disse, importa para o desenvolvimento deste trabalho apenas identificar a questão central do problema e as principais soluções propostas. Primeiro explicarei rapidamente a tese dualista, que ainda hoje é largamente aceita no senso comum, para em seguida apresentar a proposta monista. Ao final, explico que esta tese adota o paradigma monista e mostro quais os desdobramentos disso na interpretação e no conhecimento de qualquer objeto que tenha sentido, incluindo a interpretação do direito.

Durante muitos séculos, prevaleceu no pensamento ocidental a tese dualista, provavelmente originada da ideia segundo a qual o corpo e os sentimentos são inimigos da razão. E para entender as razões pelas quais se acreditava – e ainda se acredita – nessa oposição (corpo *versus* razão), é necessário analisar um pouco melhor o modelo cosmológico estabelecido pela filosofia grega clássica.

Ora, desde a Antiguidade Clássica, a tese cosmológica que se estabeleceu como paradigma sustentava que a fonte primária da ordem no universo é o *Logos* divino, a Razão universal, uma inteligência suprema, que é superior e anterior ao homem, mas que pode ser encontrada, em fragmentos, na própria alma humana. Foi certamente Platão o defensor mais relevante dessa tese na Antiguidade. Para Platão, a sabedoria, absoluta e transcendente, existe desde a eternidade, e os indivíduos humanos podem apenas amá-la e procurá-la, em uma busca que se inicia e termina dentro de si, em sua alma. Na dimensão do corpo, não há, nem pode haver, um encontro com a sabedoria. Isso porque, no corpo, toda estabilidade é provisória, tudo é transitório, pois em seguida a qualquer tipo de saciedade, logo vêm a falta e a carência, e, conseqüentemente, o desejo pelo que falta. Se a verdade é eterna e imutável, nada (ou muito pouco) pode haver de verdadeiro no corpo. Desse modo, o conhecimento verdadeiro apenas pode ser acessado pela razão, em esforço contínuo de superação das barreiras que o corpo impõe.

Platão sustentava ainda a tese da transmigração e da reencarnação das almas. Para ele, antes de habitar este corpo material, a alma de toda pessoa já existia no plano imaterial das formas eternas. As almas já existiam antes mesmo de haver um universo físico. A encarnação é parte de um longo processo de evolução das almas, que inclui inúmeras reencarnações, que podem ocorrer não apenas em corpos de indivíduos humanos, mas também de vegetais e de outros animais. O período em que a alma passa em um corpo é uma espécie de fase de expiação e aprendizado, até que a alma alcance um grau mais elevado de evolução e, então, não precise mais reencarnar.

O que é importante de salientar aqui é que, para Platão, o aprendizado e o conhecimento verdadeiros não se dão por meio da experiência do mundo material sensível, ou seja, não são acessíveis por meio do corpo, mas podem se revelar apenas na busca racional pelas reminiscências do mundo verdadeiro das formas eternas imateriais que toda alma traz em si. A máxima socrática “conhece-te a ti mesmo” significava exatamente que a verdade estava dentro de cada um, a mesma verdade, una, eterna e imutável, pois cada alma trazia consigo lembranças adormecidas (pela força entorpecedora do corpo) da verdade diante da qual estivera antes de encarnar.

Assim, segundo Platão, o homem tem duas dimensões completamente distintas, corpo

e alma, mas a dimensão verdadeira era a dimensão imaterial. O corpo e tudo o mais que pertence ao plano material é perecível e desaparecerá, ao passo que a verdade (imaterial) é anterior ao universo físico e permanece imutável. Para Platão, portanto, não há apenas distinção e separação entre corpo e alma (dualismo), mas uma superioridade da alma em relação ao corpo<sup>112</sup>. O conhecimento alcançado na dimensão sensorial era considerado sempre distorcido e imperfeito, uma espécie de sombra da verdade mesma, esta somente acessível pelo encontro com as reminiscências do mundo das formas eternas que todo homem traz na alma. E assim foi articulada a ideia de que o corpo, os sentimentos e as “paixões” são inimigas da razão e da sabedoria.

É verdade que essa ideia não foi recepcionada por Aristóteles, discípulo mais importante de Platão, que ressignificou a noção de alma, considerando-a um princípio vital do organismo vivo, a “forma” – ou essência – do corpo, de substância não distinta do corpo. Aristóteles reconhecia no mundo sensível e na experiência uma via de acesso à verdade e todo o seu esforço intelectual foi exatamente no sentido de elaborar um método racional de identificação e formulação da verdade presente no mundo dos fenômenos<sup>113</sup>.

No entanto, a influência de Aristóteles foi relativamente curta. Com o advento e a expansão do cristianismo, a partir do século II da Era cristã, Aristóteles foi relegado pelos intelectuais cristãos, que viam na tese dualista platônica o paradigma mais adequado para o desenvolvimento de sua teologia. Agostinho de Hipona foi responsável por “cristianizar” o pensamento platônico, adotando e propagando sua tese dualista, que foi hegemônica durante os primeiros séculos da Idade Média.

As ideias centrais permaneciam as mesmas: corpo e alma pertencem a dimensões distintas e separadas, o acesso à verdade não vem pelo corpo, mas pela alma, a dimensão imaterial da alma é superior à do corpo, o corpo e os seus desejos são inimigos da alma. Havia uma diferença relevante na versão cristã do dualismo, a saber, a alma acessa a verdade em conexão espiritual com o Deus cristão, por meio da fé. Deste modo, por séculos, Aristóteles caiu em certo ostracismo, e quando foi redescoberto, já na chamada Baixa Idade Média, foi também “cristianizado” por Tomás de Aquino, que, embora reconheça em Aristóteles o fundador do melhor sistema filosófico elaborado até então, o transformou em um dualista, ao insistir na doutrina cristã fundamental da imortalidade e a imaterialidade da alma humana.

---

112 PLATÃO, **A República**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2006, p. 84; PLATÃO. **Fédon**. In: Diálogos III. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2015. (*passim*).

113 Sobre a correlação entre conhecimento e sensação, conferir ARISTÓTELES. **Metafísica**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro: 2006, p. 103-128; ARISTÓTELES. Dos sentidos e dos sensíveis. In: **Parva Naturalia**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2012, tópico VI, trechos 445b15-17). Para um comentário atual mais aprofundado, conferir: AGGIO, Juliana Ortegosa. **Conhecimento perceptivo segundo Aristóteles**. 2006. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. doi:10.11606/D.8.2006.tde-10012008-114644. Acesso em 16 fev 2019.

Na Modernidade, a tese dualista que propõe a distinção substancial entre alma e corpo foi consolidada por Descartes<sup>114</sup>. Para ele, a substância pensante é alma, e a substância que sente é corpo. A alma que pensa (*res cogitans*) não tem extensão material e é imortal; o corpo (*res extensa*), cuja essência é extensão material, não pensa e é perecível. Corpo e mente permanecem, assim, em duas dimensões substancialmente distintas, de maneira tal que o ato de pensar é concebido como uma atividade separada do corpo

Para Descartes, portanto, não apenas a alma pode existir independentemente do corpo como é possível um estado mental livre da influência das “paixões” (sentimentos) que o corpo impõe. Segundo ele, é nisto que os homens se diferenciam dos outros animais, pois estes não possuem alma e são meros autômatos, ao passo que os homens não somente pensam (ou seja, possuem uma alma), mas também têm na percepção de sua subjetividade pensante (“*cogito ergo sum*”, “penso logo existo”) o fundamento último do conhecimento e o verdadeiro substrato de sua existência.

A tese dualista teve ainda seu representante de relevo no século XX, o filósofo austríaco Karl Popper, que se declarava um dualista cartesiano, uma vez que reconhecia as distinções e as interações entre a mente e o corpo. Mas apresentava uma tese bem mais sofisticada sobre as relações entre os mundos dos estados físicos e dos estados mentais, sem recorrer a conceitos metafísicos como os conceitos de “alma”, “Deus” ou “eternidade”<sup>115</sup>.

Para Popper, os indivíduos humanos, na verdade, lidam com *três* mundos distintos, embora relacionados. O que ele chama de *mundo 1* é o mundo dos corpos e estados físicos, no qual existem as coisas em sua dimensão material: o corpo físico, o cérebro, as roupas, o prato, os talheres, a comida, o carro que passa na rua, as árvores, as casas, os prédios, os livros, os sons, enfim, tudo aquilo que pode ser apreendido pelos sentidos. Além desse mundo físico, há também o mundo dos estados mentais, que Popper chama de *mundo 2*. É um mundo formado basicamente de pensamentos, imagens mentais, raciocínios e inferências que dão sentido ao mundo. Embora o mundo 2 esteja relacionado ao mundo 1, tendo em vista que os pensamentos são formados a partir da experiência sensorial do mundo 1, Popper diz que é preciso reconhecer que são mundos distintos.

Mas Popper sustenta que não há somente esses dois mundos. Há ainda um *mundo 3*, que é o mundo cultural humano, ou seja, o mundo composto pelos produtos dos pensamentos humanos que ganham independência e autonomia em relação aos pensamentos que os originaram. Popper não se refere aqui aos objetos físicos que os indivíduos humanos produzem, como um livro, um quadro ou uma escultura, que pertencem ao *mundo 1*, mas à

---

114 DESCARTES, René. **Meditações**. 3 ed. Tradução de J. Ginsburg e Bento Prado Júnior. São Paulo: Abril Cultura, 1983.

115 POPPER, Karl. **O conhecimento e o problema corpo-mente**. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 17-25.

dimensão imaterial desses objetos, a saber, seu sentido compartilhado, que vai além do objeto físico criado.

Um exemplo pode ser útil, para ilustrar a tese popperiana. Ainda que todos os papéis em que estão impressas as peças de Shakespeare fossem queimados, ainda que todos os arquivos digitais em que essas obras estão registradas fossem apagados, ainda assim permaneceriam no imaginário comum as histórias de Hamlet e de Romeu e Julieta. Isto porque os objetos físicos pertencem ao *mundo 1*, mas as personagens e suas histórias pertencem ao *mundo 3*. O volume impresso, o arquivo digital ou ainda uma determinada performance teatral que expressam uma peça de Shakespeare são apenas representações materiais de uma realidade imaterial, independente.

Como são três mundos, e não apenas dois, Popper diz, então, que o mais adequado é chamar sua tese de *pluralista*, e não de *dualista*, mas essa é, para ele, uma questão de pouca relevância. Mais relevante é destacar que, embora Popper faça, à semelhança da tese de Descartes, separação entre o corpo (estados corporais) e mente (estados mentais), ele explica que há uma diferença significativa: Descartes pensava apenas nas relações entre mundo 1 e mundo 2, ao passo que a tese pluralista vai além e não apenas identifica a autonomia do mundo 3 como também afirma que a principal função do *mundo 2* (estados mentais, pensamentos) é produzir o *mundo 3*, sendo permanentemente por ele influenciado<sup>116</sup>.

Com disse, a tese dualista foi hegemônica durante séculos no pensamento ocidental, e é possível afirmar que ainda hoje tem grande aceitação no senso comum, especialmente nas sociedades ocidentais cristãs. A visão de mundo cristã se sustenta nas ideias de que o homem foi criado à imagem e à semelhança de um Deus espiritual, cuja sabedoria é eterna e anterior ao surgimento da humanidade (aliás, o próprio Cristo é chamado nas Escrituras de *Logos*), e que a morte do corpo não implica a morte da individualidade pensante imaterial, chamada de alma. Por isso, a tese dualista, mesmo que não conhecida em suas elaborações teóricas, é amplamente aceita ainda no tempo presente.

No entanto, a partir do século passado, a filosofia da mente e as neurociências vêm apresentando novos paradigmas como alternativas ao modelo dualista. Em oposição ao dualismo, existem várias versões da tese monista, que ou reduzem os estados mentais a estados físicos, ou reduzem estados físicos a estados mentais, colocando, assim, toda a ênfase em um desses dois aspectos: os estados corporais (materialistas ou fisicistas) ou os estados mentais (fenomenalistas ou subjetivistas).

Na verdade, teses alternativas ao dualismo existem desde há muitos séculos na história do pensamento humano em versões mais rudimentares, mas sempre marginalizadas, em

---

116 POPPER, Karl. **O conhecimento e o problema corpo-mente**. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 13-32.

Demócrito, Epicuro, Spinoza e Hume, mas apenas recentemente têm recebido aceitação mais ampla. Mas aqui quero apresentar especificamente o monismo físico, que servirá de perspectiva para o desenvolvimento desta tese.

Segundo essa tese monista, o que se chama de “mente” surge da atividade de neurônios e não apenas está relacionado a essa atividade cerebral, mas é a própria atividade cerebral. A mente, portanto, não passa de um conjunto de processos neurais, operações fisiológicas que ocorrem no sistema nervoso de uma pessoa, ou seja, ocorrem no mesmo corpo que sente e que deseja<sup>117</sup>.

E mais: mente e consciência não são independentes do corpo, mesmo porque o corpo, tal qual é representado no cérebro, constitui um quadro de referência indispensável para o funcionamento da mente. Isso porque, como disse no tópico anterior, o cérebro e o resto do corpo formam um organismo integrado, interagindo mutuamente, de modo que a mente emerge não apenas do cérebro, mas do organismo como um todo<sup>118</sup>. O modo de funcionamento da mente depende não apenas da fisiologia do cérebro, mas da fisiologia do corpo inteiro, o que conduz à conclusão de que o corpo que sente é também o que pensa, porque o pensamento ocorre no corpo – não apenas no cérebro, mas no conjunto do corpo inteiro.

Adoto neste trabalho essa perspectiva monista, pois esta tese busca evidenciar as relações íntimas entre a mente e a regulação homeostática do corpo, bem como reconhece a dependência que processos neuropsicológicos têm em relação a estados físicos de integridade de certos sistemas cerebrais. Cabe esclarecer, no entanto, que isso não significa que não se pode falar em “estados mentais” e em “estados físicos”, ou em “mente” e em “corpo”, separadamente, mesmo porque, de fato, são duas coisas diferentes.

O dualismo aqui rejeitado é apenas aquele que supõe a possibilidade de uma mente totalmente separada do cérebro e do corpo, totalmente independente de estados físicos, e não um dualismo que, embora reconheça a dependência que a mente tem em relação ao corpo (ao corpo inteiro, incluído o cérebro), atribui características diferentes a estados físicos e a estados mentais. Por esta razão, entendo que o monismo físico que adoto, embora incompatível com o dualismo de Platão e Descartes, é conciliável com o pluralismo e a teoria dos três mundos de Popper.

---

117 DAMÁSIO, António. **O erro de Descartes**: emoção, razão e o cérebro humano. Tradução de Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 20. No mesmo sentido: FEIGL, Herbert, *The “mental” and the “physical”* In: **Concepts, Theories and the Mind-Body problem**, vol. 2. Minnesota: University of Minnesota Press, 1958, p. 446.

118 DAMÁSIO, António. **O erro de Descartes**: emoção, razão e o cérebro humano. Tradução de Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 200-210; DAMÁSIO, António. **E o cérebro criou o homem**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 118-139; DAMÁSIO, António. **Em busca de Espinosa**: prazer e dor na ciência dos sentimentos. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 197-208.



Popper em momento algum afirma a autonomia funcional dos estados mentais em relação aos estados físicos do corpo, antes, ao contrário, pressupõe que esses estados estão intrinsecamente relacionados<sup>119</sup>. Aliás, ele entende o conhecimento sob uma perspectiva biológica e evolucionária, ao mesmo tempo em que ressalta que disposições inatas (disposições fisiológicas, do corpo) são condição de possibilidade do conhecimento e da aprendizagem<sup>120</sup>.

Na verdade, Popper apenas ressalta que o mundo dos objetos culturais e dos seus significados (mundo 3) existe independentemente dos objetos físicos que lhes representam (mundo 1) e dos estados mentais que os conceberam (mundo 2). Entende que há um conhecimento “objetivo” em sentido estrito, externo e autônomo às subjetividades. E também atribui características diferentes a esses mundos, de modo que um corpo sem mente não é capaz de compreender sentidos, argumentos e raciocínios pertencentes ao mundo 3. E tudo isso considero correto, ao mesmo tempo em que considero compatível com o monismo aqui sustentado.

### 3.5 O conhecimento do direito

A interpretação do direito envolve, antes de tudo, um ato de conhecimento. Mas esse ato de conhecimento não tem por objeto apenas dispositivos normativos (da constituição, das leis, dos decretos, das resoluções, das portarias etc.). Aquele que aplica o direito a um caso precisa conhecer muito mais coisas durante o processo de decisão.

Primeiramente, é importante salientar que o intérprete do direito analisa o material normativo sempre dentro de certo quadro teórico, a partir de determinados conceitos fundamentais elaborados pela chamada “dogmática jurídica” e que permitem a composição do direito como um sistema. Isso porque, em si mesmos, os dispositivos normativos do direito não formam um sistema, mesmo porque o intérprete tem diante de si textos editados em épocas muito distintas, em contextos muito distintos, elaborados por pessoas de mentalidade e linguagem muito diferentes entre si.

Leis e decretos de meados do século passado ainda estão em vigor e precisam ser ressignificados e compatibilizados com a constituição atual e com outros estatutos igualmente aplicáveis. São, ao todo, milhões de dispositivos com características e conteúdos os mais diversos, que, considerados estaticamente, formam um emaranhado de proibições, permissões, obrigações e competências repletos de problemas de vagueza, ambiguidades e mesmo antinomias. Assim, conhecer o direito não pode envolver “apenas” conhecer todos os

---

119 POPPER, Karl. **O conhecimento e o problema corpo-mente**. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 18.

120 POPPER, Karl. **O conhecimento e o problema corpo-mente**. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 32.

dispositivos em vigor, mas, sobretudo, conhecer o direito enquanto um *sistema*. E isso somente é possível se esses dispositivos forem articulados de modo a *compor* um sistema, o que é produzido a partir de referenciais teóricos e de conceitos fundamentais, tais como norma, ordenamento, competência, validade, vigência, eficácia, personalidade, responsabilidade, sanção, incidência, antinomia, lacuna, proporcionalidade, conceitos que muitas vezes não são definidos em dispositivos normativos. Trata-se, portanto, de uma fabricação<sup>121</sup>.

Boa parte dos problemas de ambiguidade, vagueza e antinomia são resolvidos pelos tribunais, de modo que boa parte do conhecimento do direito envolve ainda a apreciação de precedentes judiciais, seja para segui-los, seja para superá-los, precedentes que existem aos milhares, não raramente também vagos e ambíguos ou mesmo contraditórios entre si. O conhecimento dos precedentes ocorre também dentro de uma teoria dos precedentes, quer o intérprete tenha consciência disso ou não, de modo que a sua compreensão do precedentes a partir de um determinado quadro teórico acaba por modelar não apenas o sentido do conteúdo normativo que o precedente expressa, mas também a avaliação da própria validade do precedente enquanto tal<sup>122</sup>.

O conhecimento do direito abarca ainda mais coisas, e estas coisas que passo a mencionar, mesmo tendo imensa relevância no processo de interpretação, são frequentemente ignoradas.

Em primeiro lugar, tanto em sua dimensão científica (teórica) quanto em sua dimensão decisória (prática), o conhecimento do direito envolve necessariamente o conhecimento de fatos sociais e valores, o que pode se dar em diferentes abordagens do fenômeno jurídico<sup>123</sup>. Sobre isso, Hugo de Brito Machado Segundo afirma:

As normas jurídicas, como é sabido, são feitas à luz da valoração de fatos. A conduta humana é objeto de valoração, sendo assim considerada desejável, reprovável ou necessária, dando origem à edição de normas destinadas a torná-la facultada, proibida ou obrigatória. Não importa se essas normas são editadas por um soberano, por um parlamento, ou são fruto do costume: em qualquer caso elas decorrem de fatos aos quais se atribuíram valores (sendo portanto considerados bons ou ruins, dignos de serem repetidos ou evitados). O fenômeno jurídico, portanto, pode ser examinado em seu componente normativo, mas também se pode dar maior atenção aos seus aspectos factuais e axiológicos, permitindo assim abordagens sociológicas, históricas, psicológicas ou filosóficas da mesma realidade multidimensional. Pode-se ainda examinar sua História, sua relação com outros sistemas sociais, sua estrutura lógico-formal, ou o conteúdo específico de segmentos dele (Penal, Civil,

121 MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do Direito**: conceito, objeto, método. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 52-53.

122 Sobre os diferentes paradigmas a respeito dos precedentes judiciais e sobre as implicações da adoção deste ou daquele paradigma, conferir LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, especialmente os capítulos 3 e 4.

123 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O direito e sua ciência**: uma introdução à epistemologia jurídica. São Paulo, Malheiros, 2016, p. 61; MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do Direito**: conceito, objeto, método. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 88 e ss.

Processual etc.).<sup>124</sup>

Nesse sentido, Aftalión, Vilanova e Raffo discorrem sobre várias possíveis abordagens do fenômeno jurídico: uma abordagem científica, uma abordagem filosófica, uma abordagem histórica, uma abordagem sociológica e uma abordagem comparativa.

O cientista do direito busca conhecer o sentido do fato social à luz das normas jurídicas, um sentido que consiste em um dever-ser, em um dever-fazer, sentido este tanto estabelecido de modo geral pelas leis e pelos costumes, quanto pelas decisões dos conflitos em casos concretos. Segundo eles, não cabe ao cientista do direito indagar sobre os fundamentos ou pressupostos dessa ordem normativa. Isso cabe à Filosofia do Direito<sup>125</sup>.

O filósofo do direito converte o problema do estudo do sentido de um fato social à luz de determinado ordenamento normativo em uma pesquisa que busca o conhecimento de um ordenamento ideal, especialmente uma busca por identificar os valores que justificam e fundamentam o direito. Em última instância, é a Filosofia do Direito que estabelece os critérios para uma definição do próprio conceito de direito e, conseqüentemente, critérios de validação do direito, tendo em vista certos valores tidos por fundamentais<sup>126</sup>.

Já a História do Direito trata das mudanças que ocorrem na evolução dos institutos jurídicos e da organização jurídica das sociedades. Estuda o progresso e a evolução do Direito<sup>127</sup>. O historiador pode realizar dois tipos de pesquisa histórica: uma relacionada às fontes formais do direito (geralmente as leis e os códigos) e dos acontecimentos políticos e sociais que as explicam – que seria uma pesquisa histórica externa –, e outra relacionada às mudanças institucionais (conceitos e instituições jurídicas) – que seria uma pesquisa histórica interna<sup>128</sup>.

Por sua vez, a Sociologia do Direito se propõe a estudar os processos sociais que conduzem e condicionam o desenvolvimento do direito (elementos políticos, econômicos, religiosos etc.), de modo que busca identificar e explicar as causas e as razões pelas quais determinado ordenamento normativo é desse ou daquele modo, se é eficaz ou não, e caso não o seja, procurar identificar as causas dessa ineficácia<sup>129</sup>.

124 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O direito e sua ciência**: uma introdução à epistemologia jurídica. São Paulo, Malheiros, 2016, p. 63.

125 AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. **Introducción al derecho**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004, p. 161.

126 AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. **Introducción al derecho**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004, p. 165-166.

127 AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. **Introducción al derecho**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004, p. 168-169.

128 AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. **Introducción al derecho**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004, p. 169.

129 AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. **Introducción al derecho**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004, p. 170.

Acontece que o intérprete do direito muitas vezes precisa ser, ao mesmo tempo, cientista, filósofo, historiador e sociológico, articulando sua interpretação do direito positivo e do caso a partir de uma compreensão muito mais abrangente que a mera interpretação textual dos dispositivos invocados. Neste caso, como diz Kelsen, não se trata de um conhecimento de dispositivos jurídicos do Direito posto, mas de outras normas que podem incidir no processo da criação jurídica levado a efeito pela interpretação do direito a ser aplicado a um caso, a saber, “normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc.”<sup>130</sup>.

Por fim, e não menos importante, há ainda os fatos que condicionam a aplicação do direito. Como diz Kelsen, “no mundo do direito não existe nenhum *fato em si*, nenhum *fato absoluto*, existem apenas fatos averiguados por um órgão competente num processo prescrito pelo Direito”<sup>131</sup>. E o problema se agrava quando se percebe que os fatos condicionantes não podem ser reconstituídos integralmente, em todos os seus elementos, de modo que chegam ao conhecimento daquele que precisa aplicar o direito ao caso por meio de relatos, documentos e argumentos. Assim, o intérprete do direito precisa frequentemente interpretar relatos, argumentos, provas, e não apenas interpretar esses objetos em si, mas também as pessoas que os apresentam, sejam as partes, peritos ou advogados, a saber, analisar o grau de probidade e de confiabilidade que podem ser atribuídos a essas pessoas.

Voltando, então, ao que foi tratado nos itens anteriores, acerca do conhecimento de um modo geral, importa relacionar o que ali foi desenvolvido com o conhecimento do direito, especificamente. Ora, se a mente humana não está em uma dimensão apartada dos estados físico-neurais que a produzem, se conhecemos e pensamos com o corpo (inteiro) e não apenas com o cérebro, então o conhecimento do direito e de tudo o que ele envolve (incluindo fatos condicionantes, relatos, argumentos, valores) também perpassa necessariamente pelos efeitos que todos esses elementos produzem no corpo daquele que examina o direito e o caso. Não há – e nem pode haver – um conhecimento do fenômeno jurídico (e, conseqüentemente, não pode haver uma interpretação do direito e de tudo o que ele envolve) sem a presença constitutiva dos afetos que o corpo experimenta ao lidar com dispositivos normativos, relatos, argumentos, valores, tendo em vista sua relação com as crenças, os preconceitos e as expectativas daquele que conhece e interpreta o fenômeno jurídico.

---

130 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 393.

131 KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3 ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 197.

## 4 O QUE É DECIDIR

No primeiro capítulo, expliquei a concepção *existencial* da interpretação e por que ela deve ser considerada a mais adequada para a compreensão da complexa atividade da interpretação, tendo em vista que este fenômeno é marcado pela historicidade do pensar e do agir. Isso não significa, porém, que considero as outras duas concepções (antiga e moderna) como inteiramente equivocadas, mas apenas que são menos abrangentes que a concepção existencial, pois não consideram a mediação inafastável da linguagem e o papel fundamental da historicidade e da experiência na constituição do sentido do mundo.

No segundo capítulo, apresentei o corpo (cérebro e corpo propriamente dito) como a instância mais fundamental do conhecimento, anterior à própria linguagem, uma vez que é sua condição de possibilidade. Discorri sobre a proposta do modelo monista para a solução do problema corpo-mente, apresentando as razões pelas quais neurocientistas sustentam hoje que corpo e mente não são separáveis, de maneira não conhecemos e pensamos apenas com o cérebro (ou com a mente), mas com o corpo inteiro, que funciona como um sistema integrado.

Expliquei também que, nesse modelo, entende-se que o corpo impõe um quadro referencial e marca inexoravelmente nossa percepção do mundo, na medida em que ele reage emocionalmente aos objetos e eventos com os quais se depara. Isso torna o “ato de conhecimento” uma interpretação reativa que a mente, dentro do sistema integrado do corpo, produz, de maneira tal que o organismo inteiro (cérebro e corpo propriamente dito) ressignifica os dados ambientais e do próprio corpo a partir de seus códigos. Apresentei ainda a tese segundo a qual a consciência emerge das instâncias mais profundas do cérebro, em regiões subcorticais que regulam emoções primárias, o que deixa marcas emocionais na percepção e faz com que os impulsos neurais que chegam ao córtex cerebral e formam a mente consciente seja, no fundo, uma representação dos estados corporais.

Diante de tudo o que foi dito, é possível concluir que as atividades de *conhecer* e *interpretar* não ocorrem em uma relação imediata entre a mente e os objetos e eventos do mundo – e aqui está incluída, obviamente, a relação entre a mente do intérprete do direito e os enunciados normativos e fatos condicionantes da aplicação do direito. Há sempre várias camadas de mediação que se apresentam como condições de possibilidade do próprio ato cognitivo e também da formulação do sentido desses objetos e eventos: tempo, espaço, causalidade, corpo, linguagem, consciência histórica, bem como os afetos que estão presentes na própria constituição do sentido da linguagem e que sustentam os vínculos de sentido compartilhado que formam o contexto cultural em que o indivíduo está inserido.

Dando continuidade ao desenvolvimento do tema aqui proposto, é preciso agora

estabelecer de modo mais claro as conexões entre as conclusões formuladas nos capítulos anteriores e a interpretação do direito, especificamente. Nesse sentido, pretendo desenvolver a percepção de que o conhecimento e a interpretação do direito não envolvem apenas dispositivos normativos, em uma análise estritamente técnica, mas também envolvem uma avaliação emocionalmente direcionada de fatos, valores, expectativas, argumentos, relatos e pessoas, e que os processos mentais de percepção e elaboração do sentido de tudo isso têm por objetivo primeiro e último a tomada de decisões. Consequentemente, pretendo mostrar que decidir como o direito será aplicado a um caso é sempre e inevitavelmente uma atividade marcada por afetos.

O presente capítulo trata, portanto, do processo de tomada de decisão, com o objetivo de mostrar como este processo está longe de ser guiado por uma racionalidade estritamente técnica e neutra, em qualquer âmbito da vida, inclusive nos casos judiciais envolvendo direitos fundamentais. A ideia é apresentar os mecanismos mentais, emocionalmente direcionados, que atuam no processo decisório, em uma análise reflexiva sobre esse fenômeno.

#### **4.1 Interpretar *para* decidir: sobre como a interpretação jurídica é sempre aplicação**

Inicialmente, é preciso assinalar que o conhecimento e a interpretação do direito têm peculiaridades relevantes em comparação com outras formas de compreensão – em comparação com a interpretação da arte, por exemplo –, tendo em vista que a interpretação de enunciados normativos e fatos condicionantes consiste em uma compreensão *para agir* e *para decidir*.<sup>132</sup> A interpretação jurídica se destina a uma *função normativa* que é intimamente correlacionada à aplicação de regras e princípios aos casos particulares, função exercida tanto sobre quem é parte na relação jurídica (e precisa interpretar os dispositivos jurídicos aplicáveis à sua situação) quanto sobre quem eventualmente precisa orientar ou decidir uma controvérsia sobre o caso, na hipótese de surgir um conflito<sup>133</sup>. Como diz Emilio Betti, “a interpretação jurídica é destinada a uma função normativa pela própria natureza do seu objeto e do seu problema”<sup>134</sup>.

Uma obra de arte pode ter por objetivo apenas expressar um sentimento de seu autor, ou tão-somente provocar um sentimento naquele que a contempla, e não me refiro apenas ao

---

132 BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. Tradução de Karina Jannini, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 6; BETTI, Emilio. **Teoria generale della interpretazione**, v. II. Milano: Giuffrè, 1990, p. 802.

133 BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. Tradução de Karina Jannini, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 11.

134 BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. Tradução de Karina Jannini, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 12.

gozo estético, mas também, possivelmente, sentimentos que podem ser de alegria, angústia, raiva ou mesmo nojo. A obra de arte não tem, em princípio, a pretensão de orientar a razão prática para a tomada de decisões, e embora possa ter conteúdo moral, normalmente não é produzida para comunicar orientações deontológicas, razão pela qual a sua interpretação não cuida de atender a esse fim diretivo. Mas normas, sim, são elaboradas com o objetivo de regular condutas e orientar decisões e, portanto, possuem um *telos* próprio. Normas jurídicas são objetos que trazem consigo a pretensão de estabelecer um dever vinculante e que proporcionam uma expectativa de cumprimento desse dever, de modo que sua interpretação precisa necessariamente estar atenta a esse fim.

Mesmo Gadamer, que se distanciou da procura por métodos interpretativos, admite que é necessária alguma orientação na interpretação do direito, exatamente por conta da peculiaridade do conteúdo que o direito expressa, ressaltando, ainda, que a ausência de método para a validação de interpretações não implica – nem poderia implicar – a defesa de algo com uma anarquia interpretativa. Primeiro, porque é preciso reconhecer que o texto (da lei, da constituição) tem sempre algo a dizer, e é preciso deixar que ele diga, é preciso respeitar sua alteridade, até para que seja possível buscar um entendimento comum no diálogo entre texto e intérprete, mediado pela tradição histórica<sup>135</sup>. Segundo, e mais importante, porque nenhuma lei foi elaborada com a pretensão de ser interpretada como um mero documento histórico, mas, ao contrário, sempre reivindica a compreensão em face do presente, em cada caso em que é invocada. Daí a insistência de Gadamer em enfatizar que toda interpretação é também uma *aplicação*, e com o direito não poderia ser diferente.

Sobre isso, ele diz:

Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica. Da mesma maneira, o texto de uma mensagem religiosa não deseja ser compreendido como um mero documento histórico, mas ele deve ser entendido de forma a poder exercer seu efeito redentor. Em ambos os casos isso implica que o texto, lei ou mensagem de salvação, se se quiser compreender adequadamente, isto é, de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, tem de ser compreendido em cada instante, isto é, em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender, é sempre também aplicar.<sup>136</sup>

Ler e interpretar um dispositivo legal ou um dispositivo constitucional abstratamente, considerando apenas seu aspecto textual, é uma atividade vazia de significado jurídico, ou no

135 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 14 ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 358. Nesse sentido, Gadamer afirma o seguinte: “Aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto da maneira mais obstinada e conseqüente possível (...). Quem quer compreender um texto, em princípio, tem que estar disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto.” (op. cit. p. 358).

136 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. volume I. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 408.

mínimo incompleta, porque, como destaca Friedrich Muller<sup>137</sup>, há sempre um suporte fático subjacente e uma realidade social de referência que participa da composição do sentido do enunciado. Não há “norma pura”, em sentido jurídico, porque uma aquilo que seria chamado de “norma pura” (o texto do enunciado puro e simples) não possui normatividade concreta<sup>138</sup>. O sentido dos enunciados jurídicos é reconstruído a cada momento, tendo em vista os elementos fáticos do contexto social e também do caso. Isso não significa que seu sentido está disponível para mudanças a cada novo caso, ao sabor dos interesses e dos sentimentos de cada intérprete, mas apenas que o sentido dos enunciados normativos não é algo como um dado abstrato a ser encontrado por um raciocínio de lógica formal que, por estrita dedução, extrai a solução já contida inteiramente no preceito abstrato para a situação particular, como num silogismo puro e simples.

Sobre isso, Müller afirma:

Normas jurídicas não são dependentes do caso, mas referidas a ele, sendo que não constitui problema prioritário se se trata de um caso efetivamente pendente ou de um caso fictício. Uma norma não é carente de interpretação porque e à medida em que ela não “unívoca”, “evidente”, porque e à medida que ela é “destituída de clareza” – mas sobretudo porque ela deve ser aplicada a um caso (real ou fictício).<sup>139</sup>

Aqui importa uma rápida distinção entre o trabalho do historiador do direito e o trabalho do jurista que precisa aplicar o direito a um caso. Os dois precisam interpretar dispositivos normativos e compreendê-los a partir de certo contexto histórico. Mas o historiador elabora o sentido do texto que interpreta tendo em vista uma análise global que faz do seu contexto, a partir da totalidade de seu âmbito de aplicação. O jurista, por outro lado, como vai aplicar a lei ou a constituição a um caso específico, muitas vezes em um tempo muito distante do contexto que originou o documento jurídico a ser aplicado, não pode atuar apenas como um historiador, uma vez que, para além do trabalho de construção do sentido original do texto precisa também analisar eventuais modificações significativas no quadro social de referência ao longo do tempo, e precisa ainda, conseqüentemente, se preocupar com a adequação dos dispositivos normativos ao caso que tem diante de si.

Como seria possível alguém interpretar juridicamente os dispositivos do Código de Hamurabi hoje, no contexto social em que vive atualmente? Não me refiro à reconstrução de seu sentido histórico, mas de seu sentido jurídico, sentido prático, de orientação normativa *presente* de ação e decisão. Por mais consistente que seja o domínio do idioma em que foi

137 MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. 3.ed. Tradução de Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 42-44.

138 MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. vol. 1. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 192.

139 MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. 3.ed. Tradução de Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 48.



escrito e por mais completa que seja a compreensão histórica do contexto social que o Código de Hamurabi regulava, trata-se de uma compreensão de quem está insuperavelmente fora do contexto. O âmbito normativo deste estatuto se perdeu para sempre<sup>140</sup>. Seu sentido jurídico hoje, em qualquer lugar, jamais poderia ser compreendido da mesma maneira que era compreendido pelos indivíduos que viviam na Mesopotâmia, trinta e oito séculos atrás, porque aqueles enunciados, enquanto expressão normativa, não são compostos apenas de dados linguísticos e dados históricos, e para ser interpretados precisariam ser confrontados com a realidade social, sempre ressignificados.

Ainda que o Código de Hamurabi estivesse em vigor nos dias atuais, para ser interpretado, ele teria de falar para os indivíduos no contexto atual, e, como diz Gadamer, seu intérprete contemporâneo não deveria querer (eu diria que nem se quisesse poderia) ignorar a si mesmo e a situação hermenêutica concreta na qual se encontra, ou seja, teria de relacionar o texto com o contexto<sup>141</sup>, uma vez que “não há acesso imediato ao objeto histórico capaz de nos proporcionar objetivamente seu valor posicional”<sup>142</sup>.

A interpretação de dispositivos jurídicos não é apenas uma atividade gramatical, lógica (no sentido formal) e histórica, mas também e fundamentalmente teleológica, que inevitavelmente precisa percorrer a realidade social de referência e as peculiaridades do caso. Nesse sentido, Recaséns Siches, buscando demonstrar a insuficiência e a inadequação da lógica estritamente formal na interpretação do direito, explica que a aplicação do direito segue, necessariamente, uma *lógica do razoável* para a definição do sentido dos enunciados reguladores da conduta humana<sup>143</sup>.

Para Siches, a lógica de dedução silogística, meramente formal, utilizada nas ciências físico-matemáticas é imprestável para solucionar questões relativas ao comportamento humano prático, uma vez que a compreensão das conexões de sentido acerca do comportamento humano e dos enunciados normativos que disciplinam a vida em sociedade exige necessariamente uma análise valorativa dessas enunciados, no sentido de identificar seus propósitos e suas finalidades na regulação da conduta. E isto só pode ser alcançado devidamente por um *logos* próprio, uma lógica material que busca a razão vital e histórica das normas de comportamento, que possibilita a realização de juízos de valor, ou seja, de juízos sobre os fins de uma norma, sobre a adequação ou não dos meios estabelecidos, bem como da eficácia ou não dos meios para a realização desses fins. E estou de pleno acordo com Siches,

---

140 MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. vol. 1. Tradução de Peter Naumman e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 192-193.

141 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. volume I. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 426.

142 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. volume I. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 430.

143 SICHES, Luis Recaséns. **Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho**. México: Editorial Porrúa, 1973. p. 168.

quanto a essa questão.

Enfim, como insistia em dizer Gadamer, toda interpretação jurídica é também uma aplicação, de maneira que a lei (em sentido amplo) precisa ser interpretada e reinterpretada em cada caso, ainda que seja para manter um entendimento antes estabelecido em precedentes. Repetindo uma vez mais Emilio Betti, na interpretação jurídica interpreta-se *para agir e para decidir*, na dimensão da racionalidade prática.

E se a interpretação jurídica é sempre uma aplicação e, tendo por objetivo uma decisão, faz-se necessário analisar com mais cuidado o processo mental de tomada de decisão e o que está envolvido nele. É disto que trato no item seguinte.

#### 4.2 Como se chega a uma decisão

Dan Ariely, pesquisador na área da Economia comportamental, narra que certa vez estava navegando pela *internet* e viu um anúncio publicitário da revista *The Economist*, oferecendo três propostas de assinatura anual:

a) assinatura <i>on-line</i> , com acesso pela <i>internet</i> todo o conteúdo da revista desde 1997	a	preço: US\$ 59,00
b) assinatura da edição impressa da revista		preço: US\$ 125,00
c) combo que inclui a edição impressa acesso ao conteúdo <i>on-line</i> publicado desde 1997	e	preço: US\$ 125,00

Qualquer um pode perceber que seria absurdo escolher a opção (b), se existe a opção (c). Não faz qualquer sentido alguém pagar US\$ 125,00 apenas pela edição impressa da revista se, pelo mesmo valor, poderia ter a revista impressa e também acesso irrestrito à edição *on-line*. Talvez pareça absurda a própria existência dessa opção no anúncio, uma vez que o mais provável é que ninguém em sã consciência escolheria essa alternativa, mas é exatamente neste ponto que Ariely percebeu que havia algo interessante a ser analisado.

Ele resolveu testar o peso psicológico da mera existência dessa opção absurda na decisão de qual assinatura escolher, submetendo duas ofertas diferentes a dois grupos de 100 pessoas: para um primeiro grupo apresentou as mesmas três opções que ele viu no *site* da revista, mas para outro grupo colocou apenas duas opções (ou só a assinatura *online*, por US\$ 59,00, ou o pacote que incluía edição impressa e também o acesso à versão *on-line*, por US\$ 129,00).

Numa análise estritamente racional das opções, nesse caso, não há qualquer

justificativa para as pessoas tomarem decisões diferentes apenas pela presença ou pela ausência de uma opção. Mas o resultado do experimento foi no mínimo inquietante.

Quando as três opções foram apresentadas, as escolhas ficaram distribuídas assim: ninguém escolheu apenas a edição impressa (o que era esperado), 16 escolheram apenas a versão *on-line* e 84 escolheram o combo com a edição impressa e a versão digital. Mas quando a opção absurda que ninguém escolheria foi retirada, apresentando-se ao segundo grupo apenas duas opções (ou somente a edição *on-line* ou o pacote com edição impressa mais o acesso ao conteúdo *on-line*), o resultado foi o seguinte: 68 pessoas escolheram apenas a versão *on-line* e 32 pessoas escolheram o combo que juntava versão *on-line* e edição impressa.

A conclusão de Ariely é que a mera existência da opção absurda tem clara influência no processo de tomada de decisão, inclinando as pessoas a escolherem a opção que provavelmente a editora da revista quer que elas escolham, porque é a opção que gera mais receita. Segundo o experimento, a mera presença da opção absurda mais que dobrou o número de escolhas pelo combo<sup>144</sup>.

Ariely explica que isso ocorre porque a mente humana funciona por meio de associações e analogias, e a presença de um atributo que consideramos muito ruim em algo que estamos analisando comparativamente faz com que diminua a nossa percepção de defeitos em relação a outra coisa com que se compara. Se tivermos de escolher entre (A) e (B), vamos comparar apenas as qualidades e defeitos de (A) e (B). Mas com a inclusão de uma terceira opção, uma versão muito piorada de (A), algo como (-A), então os aspectos muito ruins de (-A) fazem com a mente associativa tenha diminuída a sua capacidade de percepção dos defeitos de (A), dando mais atenção ao fato de (A) ser muito melhor que (-A). E assim (A) se torna uma opção mais atrativa do que seria se não houvesse o “efeito chamariz” provocado por (-A)<sup>145</sup>.

O relato desse experimento é apenas para ilustrar o quanto as nossas decisões no dia a dia são sujeitas a fatores que sequer podemos perceber, e assim introduzir o tema da desconstrução da noção idealizada de racionalidade desenvolvida na Modernidade. Nas últimas décadas, foram realizados inúmeros experimentos e pesquisas de Psicologia Comportamental que demonstram de modo inequívoco que mecanismos sutis, praticamente imperceptíveis no plano consciente, atuam sobre a mente e são capazes de afetar de modo significativo nossas decisões.

O tipo de música ambiente que toca no supermercado altera o comportamento dos

---

144 ARIELY, Dan. **Previsivelmente irracional**: como situações do dia a dia influenciam nossas decisões. Tradução de Jussara Simões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 1-5.

145 ARIELY, Dan. **Previsivelmente irracional**: como situações do dia a dia influenciam nossas decisões. Tradução de Jussara Simões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 6-7.

consumidores de vinhos, que compram mais vinho francês se toca música francesa, ou mais vinho alemão, se toca música alemã (mais de 70% dos vinhos comprados em cada dia correspondia ao tipo de música ambiente, e quando questionados se a música influenciou a decisão, apenas 1 em cada 7 dos clientes responderam que sim)<sup>146</sup>. Apaixonar-se por alguém pode ter como fator relevante o sobrenome dele (ou dela), e nada relacionado a herança ou algum benefício social, mas o simples fato de o sobrenome ser o mesmo que o seu, por exemplo<sup>147</sup>. O tamanho e o formato da embalagem direciona a escolha por determinadas marcas de produtos, e não apenas a escolha, mas também a própria impressão do sabor<sup>148</sup>.

Os exemplos citados podem parecer pouco relevantes, porque relacionados a decisões triviais. É evidente que a compreensão desses fenômenos é importante e útil para quem trabalha com *marketing* e propaganda, pois proporciona um direcionamento da escolha do público-alvo para este ou aquele produto, mas o ponto que quero destacar é que ainda não se compreende o potencial de impacto desse efeito também em decisões de maior relevo.

Associações que a mente produz e que não são articuladas no plano consciente estão presentes em quase todas as decisões que tomamos, das mais simples e prosaicas às mais cruciais, e certamente têm o seu papel na interpretação do direito e na compreensão de tudo o que um caso jurídico envolve (argumentos, relatos, provas, teses, valores, pessoas). No entanto, ainda é muito incipiente a discussão sobre esse tema na pesquisa e na prática jurídicas.

É preciso trazer para o ambiente jurídico a percepção de que a mente daquele que interpreta e aplica o direito também está sujeita a vieses e armadilhas mentais que podem distorcer o processo de interpretação-concretização dos enunciados jurídico em um caso. Em ambientes mais técnicos, como na atividade profissional que envolve Economia e Direito, por exemplo, há certamente muita resistência em reconhecer que os indivíduos agem de modo muito menos racional do que eles mesmos supõem.

No Direito, principalmente, parece que há uma necessidade de acreditar que as condutas humanas são sempre o resultado de uma deliberação racional e livre, e que o ato de julgar (ato que envolve a interpretação-aplicação do direito a um caso) é garantido por uma

---

146 NORTH, Adrian; HARGREAVES, David; MCKENDRICK, Jennifer. In-store music affects product choice, *Nature*, n. 390, 13 nov 1997, p.132. Sobre o significado referencial da música e seu efeito nas escolhas e na própria percepção de produtos, conferir também: ZHU, Rui (Juliet); MEYERS-LEVY, Joan. Distinguishing between the Meanings of Music: When Background Music Affects Product Perceptions. *Journal of Marketing Research*. vol. 42, 2005, p. 333-345.

147 JONES, John; PELHAM, Brett; CARVALHO, Mauricio; MIRENBERG, Matthew. How Do I Love Thee? Let Me Count the Js: Implicit Egotism and Interpersonal Attraction. *Journal of Personality and Social Psychology*. vol. 87, n. 5, 2004, p. 665– 683.

148 WANSINK, Brian; KIM, Junyong. Bad popcorn in big buckets, portion size can influence intake as much as taste. *Journal of Nutrition Education and Behavior*, v.37, n.5, 2005, p. 242-245. WANSINK, Brian. Environmental factors that increase food intake and consumption volume of unknowing consumers. *Annual Review of Nutrition*, n.24, 2004, p.455-79.

estrita racionalidade, técnica e imparcial, que produz decisões que muitas vezes ganham aura de sabedoria, pela linguagem utilizada. Mesmo porque, caso se suponha que o livre-arbítrio não existe e que somos apenas algo semelhante a autômatos emocionais, cujas condutas não passam de reações a estímulos produzidos por nexos causais afetivos, então a própria noção de direito como participação racional de liberdades perde inteiramente o sentido, além do que ninguém quer acreditar que seu caso será julgado por uma pessoa cuja mente é vulnerável a influências totalmente estranhas ao direito e à dogmática jurídica. É bem difícil aceitar que boa parte de nossas decisões e de nossos comportamentos tenham causas que ignoramos completamente. Mas o fato é que juristas, magistrados, advogados, procuradores, delegados de polícia, auditores-fiscais, economistas e gestores de fundos de investimentos estão tão sujeitos às fragilidades psicológicas e às limitações cognitivas quanto qualquer um. E essa é a questão que se pretende enfrentar aqui.

Na análise de um caso jurídico, ao interpretar a constituição, leis, precedentes, argumentos, relatos e pessoas, quanto peso tem a aparência física e o carisma da pessoa que apresenta a demanda, ou do réu, ou ainda de seus advogados (ou advogadas)? Qual o peso terá na interpretação do direito e dos fatos condicionantes a história de vida das pessoas envolvidas no caso, inclusive histórias não relacionadas à causa, conhecidas por meio de fontes outras que não os autos do processo? É irrelevante para a interpretação dos fatos condicionantes e para a decisão final o fato de o juiz (ou a juíza) ter passado, ele mesmo (ou ela mesma), por litígio semelhante ao do caso analisado? É irrelevante a história de vida do intérprete, as injustiças ou abusos que ele (ou ela) sofreu na pele, ou ainda o fato de julgar acusações de ofensas que nunca sofreu? São irrelevantes os livros que leu e os filmes a que assistiu recentemente, ou que marcaram sua vida? Quanto peso pode ter o fato de a pessoa que decide um caso ser mulher ou de ser negro (ou de ser mulher negra)? Ou uma das partes (ou um de seus procuradores) ser uma mulher ou um negro (ou uma mulher negra)? Quanto peso pode ter o fato de ser católico, evangélico pentecostal ou ateu, marxista ou libertário? Um desajuste hormonal momentâneo, sob tensão pré-menstrual, ou um alto nível de cortisol no sangue pode alterar a decisão? E o fato de estar com muita fome, ou muito cansado, ou com muito sono, ou ainda com muita dor de cabeça? Quanto peso pode ter na interpretação e na decisão o fato de estar muito triste ou muito feliz?

Há poucos estudos experimentais envolvendo pessoas que atuam profissionalmente em casos jurídicos, de modo que (ainda) não é possível responder essas perguntas com demonstrações empíricas. Mas é possível fazer conjecturas fundadas em indícios, tendo por base estudos de psicologia comportamental que tratam de elementos sutis que atuam no processo decisório. Há, por exemplo, evidências experimentais de que as pessoas ficam

cognitivamente mais vulneráveis e mais propensas a acreditar em mensagens vazias quando estão extremamente cansadas<sup>149</sup>. Há evidências de que pessoas tendem a tomar decisões conservadoras quando estão cansadas, com fome e de mau humor, ou seja, sob o efeito desses estados desagradáveis, tendem a evitar decisões que modificam o que já está estabelecido, pois uma decisão inovadora requer muito esforço mental e um ônus argumentativo, e o cansaço, a fome e o mau humor causam desconforto e dificultam o processo<sup>150</sup>. Existem estudos conclusivos quanto ao efeito positivo de um leve toque no braço do interlocutor que se pretende convencer<sup>151</sup> e também quanto à credibilidade que se atribui à fala de alguém apenas porque sua voz tem um tom mais grave e sua fala tem ritmo acelerado, independentemente do conteúdo<sup>152</sup>.

Sustento nesta tese que variáveis inteiramente estranhas ao direito e ao caso a ser analisado podem influenciar diretamente na decisão. Todos esses “detalhes” acima citados podem ser – e frequentemente são – relevantes ou, em alguns casos, decisivos na interpretação do direito e na interpretação de tudo o que um caso jurídico envolve, a saber, relatos, argumentos, pessoas, provas, especialmente quando a interpretação envolve a atribuição de peso a direitos fundamentais em colisão.

O problema é que até pouco tempo atrás ignorávamos inteiramente os mecanismos mentais não articulados conscientemente que levam a uma decisão. Apenas recentemente, com o desenvolvimento da Psicologia comportamental e das ciências cognitivas, que aprofundaram os estudos das relações entre emoções, pensamentos, comportamento e estados fisiológicos, é que começamos a entender melhor como as decisões são tomadas.

A partir da década de 1990, a literatura sobre a dinâmica da tomada de decisão passou a não ser mais baseada apenas em conjecturas ou em pesquisas comportamentais, mas em estudos empíricos do cérebro em funcionamento, por meio ressonância magnética funcional, ou fMRI (sigla em inglês de *funcional Magnetic Resonance Image*), onde se percebe nitidamente quais mecanismos inconscientes atuam diretamente sobre nossos sentimentos,

---

149 KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio Arantes de Leite. São Paulo: Editora Objetiva, 2012, p.106.

150 DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSO, Liora. Extraneous Factors in Judicial Decisions, **PNAS (Proceedings of the National Academy of Sciences)**, vol. 108, n. 17, 2011, p. 6889-92. Os pesquisadores analisaram decisões de juízes sob o efeito da fome e do cansaço e concluíram: “Our results do indicate that extraneous variables can influence judicial decisions, which bolsters the growing body of evidence that points to the susceptibility of experienced judges to psychological biases (19, 20; for a review, see ref. 21). Finally, our findings support the view that the law is indeterminate by showing that legally irrelevant situational determinants—in this case, merely taking a food break—may lead a judge to rule differently in cases with similar legal characteristics.” (p. 6892).

151 PATTERSON, Miles; POWELL, Jack. LENIHAN, Mary. Touch, compliance, and interpersonal affect. **Journal of Nonverbal Behavior**, n.10, 1986, p.41-50; GUÉGUEN, Nicholas. Touch, awareness of touch, and compliance with a request, **Perceptual and Motor Skills**, n.95, 2002, p.355-60.

152 APPLE, William; STREETER, Lynn; KRAUSS, Robert. Effects of speech rate on personal attributions, **Journal of Personality and Social Psychology**, v.37, n.5, 1979, p.715-27.

juízos e comportamentos<sup>153</sup>. Uma versão aprimorada dessa técnica de neuroimagem, chamada de *Model-based fMRI*, permite inferências não apenas sobre *onde*, mas também sobre *como* uma determinada função cerebral pode ser executada. A partir dessa tecnologia todo pensamento tradicional sobre o processo de tomada de decisão tem sido revisto.

Mas, afinal, como se chega a uma decisão?

A resposta tradicional é a seguinte: sendo o homem racional e livre, age sempre para obter o máximo de bem-estar possível para si mesmo, de modo que, por meio de inferências e conjecturas, considerando as informações disponíveis e ponderando potenciais ganhos e prejuízos decorrentes de sua decisão, decide fazer aquilo que, racionalmente, se apresenta como mais benéfico para si. Essa é basicamente a definição do *homo economicus*<sup>154</sup> que a economia clássica desenvolveu como padrão do homem cujas decisões são estritamente racionais, ideia que predominou por muito tempo na teoria econômica da ação humana (embora a expressão *homo economicus* tenha sido cunhada não pelos clássicos, mas por seus críticos do século XIX, em tom um tanto pejorativo).

No entanto, esse modelo de homem racional tem sido desconstruído pela Psicologia Comportamental e pela sua vertente na Economia, em especial depois das pesquisas desenvolvidas pelos psicólogos e teóricos da Economia comportamental Daniel Kahneman e Amos Tversky<sup>155</sup>.

Kahneman questiona a crença consolidada segundo a qual o processo de tomada de decisões seja eminentemente racional, tendo em vista a forte presença de elementos intuitivos e emocionais que moldam nossos julgamentos, em especial nos casos em que esses julgamentos precisam ser rápidos. Ele sustenta que a mente humana possui dois sistemas distintos para a tomada de decisões, que levam a dois modos de pensar: o sistema 1 (rápido) e o sistema 2 (devagar)<sup>156</sup>.

O sistema 1 é intuitivo e automatizado, providencia julgamentos rápidos, sem muito esforço cognitivo, seja para a tomada de decisões cotidianas simples, como aquelas decisões

---

153 O'DOHERTY, John; HAMPTON, Alan; KIM, Hackjim. Model-Based fMRI and its application to reward learning and decision making. *Annals of the New York Academy of Sciences*, n. 1104: p. 35–53, 2007; KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio Arantes de Leite. São Paulo: Editora Objetiva, 2012, p. 384-385; MLODINOW, Leonard. **Subliminar**: como o inconsciente influencia nossas vidas. Tradução de Cláudio Carina. São Paulo: Zahar, 2014 (epub).

154 STOUT, Lynn. Taking Conscience Seriously. In: **Moral Markets**: The Critical Role of Values in the Economy. Editor Paul Zak. New Jersey: Pinceton University Press, 2008, p. 158. Kahneman se refere ao *homo economicus* usando a expressão *econ.* (Cf. KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio Arantes de Leite. São Paulo: Editora Objetiva, 2012, p. 335-336 e p. 513-523).

155 KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science*, vol. 185, 1974; KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio Arantes de Leite. São Paulo: Editora Objetiva, 2012, (*passim*); GOWDY, John; POLIMENI, Raluca. The Death of Homo Economicus. *International Journal of Social Economics*, vol. 32, n. 11, 2005, p. 924–938.

156 KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio Arantes de Leite. São Paulo: Editora Objetiva, 2012, p. 27-136.

que um motorista experiente toma para dirigir seu carro, por exemplo, ou para a tomada de decisões urgentes, importantes para a sobrevivência, como escapar de sua situação de perigo extremo. O sistema 2 é mais minucioso na tomada de decisões, mais introspectivo, deliberativo e lógico, procura medir vantagens e desvantagens da decisão, e para isso gasta mais tempo e energia mental. Aliás, é o próprio sistema 2 que nos torna capazes de identificar o sistema 1, teorizar sobre ele. É também o sistema 2 que possibilita a formação deliberada de padrões de respostas rápidas e intuitivas que compõem o sistema 1 (é isso, por exemplo, que constitui o treinamento de atletas de alto rendimento).

Mas o problema é que não é apenas o sistema 2 que tem algum domínio sobre o sistema 1 (no sentido de deliberadamente formar padrões de raciocínio rápido e intuitivo, como no treinamento de atletas de alto rendimento), mas o contrário também ocorre. O sistema 2 não opera sem interferências (às vezes muito sutis, mas determinantes) do sistema 1, influências sobre as quais não temos controle, simplesmente porque na maioria das vezes não são sequer percebidas.

O sistema 2 é o que pensamos que somos, diz Kahneman, mas esse sistema frequentemente formula julgamentos e faz escolhas endossando ou “racionalizando” ideias e sentimentos que foram gerados pelo sistema 1. Há várias situações em que o julgamento sobre determinada coisa é desvirtuado por um viés, ou tendência, muitas vezes inconsciente, resultante de nossa avaliação sobre outras coisas. Voltarei à questão dos vieses logo adiante, com mais detalhes.

O que é importante ressaltar por enquanto é que a nossa racionalidade tem mais falhas do que geralmente somos capazes de perceber ou supor e que boa parte do processo de tomada de uma decisão se dá sob a influência de sentimentos que nos impõem certas tendências. Isso não significa que as pessoas sejam seres totalmente irracionais, ou que esses mecanismos mentais de simplificação e enviesamento sejam necessariamente ruins, mas significa apenas que a ideia de uma racionalidade neutra, desvinculada das emoções, dos instintos e das intuições simplesmente não se aplica aos seres humanos.

### **4.3 Vieses e heurísticas**

Como já disse, nossa percepção sensorial do mundo é limitada e fragmentada. Conhecer objetos e eventos do mundo é uma atividade que inevitavelmente envolve associações simbólicas e também o preenchimento de lacunas cognitivas, algo como identificar as palavras em um jogo de palavras-cruzadas, tendo disponíveis apenas algumas pistas e poucas letras avulsas. E decisões são tomadas o tempo inteiro com base nas



informações processadas a partir dessa percepção repleta de enxertos de realidade produzidas pela nossa mente (pelo nosso cérebro, pelo nosso corpo), em um processamento que buscar tornar o real minimamente coeso e coerente para quem o experimenta.

A mente humana é repleta de filtros e atalhos, tendências psicológicas que atuam em nossa relação de conhecimento com os objetos e com os eventos do mundo e, por via de consequência, marcam de modo peremptório nossas escolhas. A Psicologia Comportamental tem chamado essas tendências de “vieses” e “heurísticas”, e o objetivo deste item é definir esses fenômenos mentais, bem como mostrar como heurísticas e vieses são praticamente inevitáveis no processo de decisão, uma vez que são parte da própria constituição de nossa cognição e de nossa mente. Embora inevitáveis, são mecanismos psicológicos que podem (e devem) ser identificados, para que os prejuízos cognitivos deles decorrentes sejam minimizados.

Heurísticas são algo como “atalhos mentais”, simplificações que a mente elabora para que seja possível a compreensão rápida de eventos complexos, que envolvem incertezas, probabilidade e previsão, de modo a encontrar a solução adequada o mais rapidamente possível. Trata-se de um procedimento mental que “ajuda a encontrar respostas adequadas, ainda que geralmente imperfeitas, para perguntas difíceis”<sup>157</sup>, em que há nitidamente um *trade-off* (perde-se um pouco na qualidade da decisão para ganhar em agilidade) com o objetivo de otimizar a relação custo-benefício no gerenciamento do tempo de reação e da energia mental.

Vieses são tendências psicológicas que produzem representações distorcidas de dados e eventos, consequência da influência de sentimentos na percepção e no raciocínio.<sup>158</sup> São erros de percepção sistemáticos, normalmente despercebidos, que atuam para rapidamente preencher lacunas decorrentes das contingências da vida e auxiliar na tomada de decisão rápida. Mas vieses não são desajustes neutros no processamento de informações. Ao contrário, possuem vetores emocionalmente constituídos – e na maioria das vezes não percebidos – por trás da tendência psicológica que estabelece, notadamente questões relacionadas à autopreservação emocional, como autoestima e autoafirmação<sup>159</sup>.

Isso não quer dizer que vieses influenciam invariavelmente as decisões das pessoas o

157 KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio Arantes de Leite. São Paulo: Editora Objetiva, 2012, p. 127. Kahneman destaca ainda que a palavra “heurística” deriva da mesma raiz da expressão “heureka”, que sugere o encontro repentino e inopinado de uma solução para um problema difícil (Op. Cit, p. 127)

158 HASELTON, Martie; NETTLE, Daniel; MURRAY, Damian. The Evolution of Cognitive Bias. *in The Handbook of Evolutionary Psychology*. Volume 2: integrations. 2<sup>nd</sup>. edition, Hoboken: John Wiley & Sons, p. 968.

159 Vieses cognitivos relacionados à autoestima e autoafirmação são eficientes na manutenção do bem-estar psicológico, há inclusive comprovação empírica de que protegem contra a depressão e a ansiedade, tamanha a sua força emocional. Nesse sentido, conferir SNYDER. C. R.; HIGGINS, Raymond. Excuses: Their Effective Role in the Negotiation of Reality. **Psychological Bulletin**. Vol. 104, No. 1.23-35, 1988, p. 23-35.

tempo inteiro, mas apenas que estamos permanentemente sujeitos a eles e que em alguma situação específica é muito provável que algum viés esteja presente na percepção de um objeto ou de um evento, muitas vezes sem que sequer se perceba. E preciso estar atento a eles, percebê-los quando eles forem previsíveis e sistemáticos, seja para evitar as consequências nocivas para o julgamento, seja até para reconhecer seus benefícios.

Há mesmo boas razões para sustentar que heurísticas e vieses cognitivos tenham sido favorecidos pela seleção natural, em detrimento da postura mental de raciocinar calma e lentamente diante de situações problemáticas, mesmo porque, nossos ancestrais mais primitivos (caçadores e coletores pré-históricos) viviam permanentemente sob o risco de morte. Aqueles nossos ancestrais eram frequentemente submetidos a situações urgentes diante das quais o raciocínio rápido e intuitivo, ainda que impreciso, mas suficientemente adequado, era mais efetivo para garantir a sobrevivência.

“A sofisticada alocação de atenção tem sido aperfeiçoada por uma longa história evolucionária”, diz Kahneman, e em seguida complementa: “orientação e reações rápidas ante as ameaças mais sérias ou as oportunidades mais promissoras melhoravam a chance de sobrevivência”<sup>160</sup>. E a eficiência da resposta não parece ter sido medida pela qualidade dos juízos de fato, mas pela rapidez na percepção de sinais de perigo ambiental e na reação, mesmo que os sinais não sejam confirmados. Em uma floresta, à noite, na penumbra, ou mesmo de dia, ver ou ouvir galhos de árvores se mexendo perto de si e imediatamente correr para se esconder com medo de ser um predador perigoso é normalmente mais eficiente na manutenção da vida que raciocinar com calma e ponderar as possibilidades, se não seria o vento ou algo inofensivo a causa daquilo, ou ainda se não há melhores alternativas que a fuga.

Mesmo que a reação intuitiva seja baseada em um juízo de fato equivocado, provavelmente os indivíduos que reagiam mais rapidamente em situações de potencial perigo, ainda que sem razão, foram selecionados naturalmente e sobreviveram nesses tempos selvagens. Além disso, decisões tomadas com base em vieses e heurísticas foram, naquele tempo, mais eficientes também do ponto de vista da capacidade adaptativa dos indivíduos humanos nômades, em face dos diferentes tipos de hostilidades que encontravam nos diferentes ambientes em que viviam<sup>161</sup>.

Mesmo no tempo presente, em sociedades complexas e tecnologicamente desenvolvidas, a mente humana segue funcionando com mecanismos de simplificação, em especial nos momentos que evocam a sensação de emergência. Também no caso de decisões

---

160 KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio Arantes de Leite. São Paulo: Editora Objetiva, 2012, p. 47.

161 JOHNSON, Dominic; BLUMSTEIN, Daniel; FOWLER, James; HASELTON, Martie. The evolution of error: error management, cognitive constraints, and adaptive decision-making biases. *In: Trends in Ecology & Evolution*, n 28, 2013, p. 476.

mais ponderadas, como por exemplo, sobre que carreira seguir, com quem se casar, que carro comprar, ter ou não ter filhos, onde investir seu dinheiro, se estas fossem pautadas em um exame racional minucioso de todas as variáveis e possibilidades imagináveis, com um sopesamento detalhado de todos os prós e contras envolvidos em cada opção, isso demandaria um esforço mental exaustivo, o que poderia até tornar inviável uma decisão. Nesse caso de decisões mais ponderadas, embora o Sistema 2 esteja em ação, ele é pautado pelos mesmos atalhos que compõem o Sistema 1. Em vez de submeter a questão a essas avaliações extremamente trabalhosas, embora haja um raciocínio elaborado envolvido, a mente humana frequentemente se utiliza de simplificações para decidir, simplificações muitas vezes orientadas por mecanismos que operam fora da dimensão consciente, mas de todo modo seguindo naturalmente a lei do menor esforço<sup>162</sup>.

No entanto, esses mesmos mecanismos evolutivamente eficientes, na medida em que nos conduzem a elaborar conclusões precipitadas com base em informações e evidências muito limitadas, também podem causar prejuízos, especialmente na tomada de certas decisões que não sejam urgentes. Podem inclusive nos deixar em uma condição que Kahneman chama de “conforto cognitivo”, que estabelece uma tendência psicológica de evitar esforço mental para repensar questões difíceis que já foram resolvidas, ainda que de modo incompleto e impreciso, por meio de heurísticas e vieses, mantendo a confiança em crenças e narrativas que nos são familiares e que fluem com facilidade em nossa mente.

A própria sensação de familiaridade induz a associações que resultam em juízos de veracidade, porque a mente é mais receptiva e funciona mais suavemente diante de informações familiares. Estadistas autoritários e marqueteiros conhecem muito bem essa condição psicológica na qual familiaridade e verdade não são facilmente distinguíveis, o que leva as pessoas a acreditar em mentiras que, pela repetição exaustiva, se tornam familiares<sup>163</sup>.

Sobre isso Kahneman diz:

Você não consegue deixar de lidar com a informação limitada de que dispõe como se fosse tudo que há para saber. Você constrói a melhor história possível a partir da informação disponibilizada a você, e se for uma boa história, você acredita nela. Paradoxalmente, é mais fácil construir uma história coerente quando você sabe pouca coisa, quando há poucas peças para encaixar no quebra-cabeça. Nossa reconfortante convicção de que o mundo faz sentido repousa em um alícerce seguro: nossa capacidade quase ilimitada de ignorar nossa própria ignorância<sup>164</sup>.

Daí a necessidade de analisar cuidadosamente heurísticas e vieses, bem como de

---

162 KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio Arantes de Leite. São Paulo: Editora Objetiva, 2012, p. 42-51. ARONSON, Elliot; WILSON, Timothy; AKERT, Robin; SOMMERS, Samuel. **Social Psychology**. 9<sup>th</sup> edition. New York: Pearson, 2016, p. 65.

163 KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio Arantes de Leite. São Paulo: Editora Objetiva, 2012, p. 82.

164 KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio Arantes de Leite. São Paulo: Editora Objetiva, 2012, p. 251-252.

compreender adequadamente as relações entre pensamento, emoção e comportamento. A evidência de que nossas crenças acerca do mundo são dirigidas muitas vezes por sentimentos, como simpatia, antipatia, conforto cognitivo, familiaridade, necessidade de confirmação de crenças e de acolhimento, e que isso pode mesmo determinar como a pessoa avalia a veracidade de algumas afirmações e que argumentos ela julga convincentes, isso tudo revela de modo inequívoco a grande relevância da psicologia comportamental na compreensão dos fenômenos da interpretação do direito e da tomada de decisões em processos judiciais.

Para tomar uma decisão em um caso judicial, um magistrado precisa obviamente ler (ou ouvir) relatos de fatos e argumentos, normalmente avaliar provas, examinar doutrinas e precedentes, para, ao final, interpretando os dispositivos jurídicos aplicáveis, decidir. Em uma perspectiva mais ampla, como já disse em tópico anterior, o juiz não interpreta apenas o direito aplicável ao caso, mas também interpreta relatos e pessoas. No entanto, dificilmente um juiz que se considera técnico e racional admitiria que sua interpretação do direito, de um relato ou de uma pessoa é condicionada por algo estranho à dogmática jurídica e ao direito posto, ou ainda estranho ao que leu ou ouviu na fase de instrução do processo, mas os indícios apontam no sentido de que o mais provável é que as coisas não ocorrem como ele supõe.

Passo agora a uma breve análise de uma heurística e de alguns vieses que têm relação com a atividade de interpretação do direito e de tudo que ele envolve (a interpretação de fatos condicionantes, relatos, argumentos etc.). Obviamente, não se trata de uma abordagem exhaustiva ou completa, mesmo porque não é relevante para o desenvolvimento desta tese a análise de todos os vieses e de todas as heurísticas. Separei apenas as tendências psicológicas e atalhos mentais que podem ser significativo ou determinantes no processo de tomada de decisão em um caso jurídico.

#### ***4.3.1 O viés de confirmação***

Este é o viés mais importante e mais comum, pode ser considerado a raiz de todos os vieses. Os psicólogos comportamentais chamam de “viés de confirmação” certa tendência que a mente humana apresenta para identificar, interpretar e processar informações seletivamente de maneira que elas se amoldem às nossas convicções<sup>165</sup>. Consiste em uma inclinação da mente para buscar informações que confirmam nossas crenças e expectativas, e para aceitar com mais facilidade a veracidade (ou pelo menos a plausibilidade) dessas mesmas informações. De semelhante modo, existe, pelo viés de confirmação, uma tendência de não perceber ou mesmo rejeitar informações que negam aquilo em que acreditamos ou que

---

165 KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio Arantes de Leite. São Paulo: Editora Objetiva, 2012, p. 103-106.

esperamos que vai acontecer, e também uma propensão a receber essas informações com maior desconfiança e, conseqüentemente, submetê-las a um exame muito mais rigoroso<sup>166</sup>. Em síntese: vemos mais facilmente o que queremos ver.

Mas não apenas isto. Esse viés também atua seletivamente quando se trata de lembrar-se de informações<sup>167</sup>. Há uma tendência de lembrar-se com mais facilidade de dados e acontecimentos que nos causam conforto cognitivo e que nos são familiares, compatíveis com nossas crenças e expectativas, e certa dificuldade para recordar dados e eventos que causem desconforto cognitivo, se estes negam ou contradizem nossas convicções.

Kahneman afirma que isso decorre de uma peculiar relação entre o Sistema 1 de pensamento, que produz decisões rápidas, automáticas intuitivas, e o Sistema 2 de pensamento, que seria responsável por ponderar e raciocinar mais cuidadosamente. É o Sistema 2 que possibilita o ceticismo e a desconfiança em relação às narrativas que nos são apresentadas, e se o sistema 2 não fizer nada diante de uma afirmação compatível com nossas crenças e expectativas, a tendência é o sistema 1 elaborar quase que automaticamente a decisão de tomá-la como verdadeira. Kahneman afirma que “quando o Sistema 2 está mais empenhado em tudo, somos capazes de acreditar em quase qualquer coisa”<sup>168</sup>. E complementa: “o Sistema 1 é crédulo e propenso a acreditar, o Sistema 2 é encarregado de duvidar e descreer, mas o Sistema 2 às vezes acha-se ocupado, e muitas vezes é preguiçoso”<sup>169</sup>.

Seja no âmbito das atividades prosaicas da vida pessoal, seja na atividade profissional, em uma sociedade complexa faz parte do cotidiano de qualquer pessoa a confrontação de crenças e de expectativas. O que se crê ser o verdadeiro e o correto sobre a política, sobre Deus, sobre como as pessoas devem se comportar ou ainda sobre como o mundo funciona (teorias científicas sobre o mundo natural e o mundo social), isso tudo é frequentemente colocado em questão, seja por um amigo ou amiga por um companheiro ou companheira, um(a) colega de trabalho ou alguém com quem se discute na *internet*. Os confrontos são frequentes, e cada um tem à sua disposição um número imenso de informações tanto para sustentar quanto para destruir nossas convicções.

Tal fenômeno cognitivo é tão comum quanto fácil de ser notado. Nesse tempo em que

---

166 OSWALD, Margit; GROSJEAN, Stefan. Confirmation bias. *In: Cognitive Illusions: A Handbook on Fallacies and Biases in Thinking, Judgement and Memory*. Editor Rüdiger F. Pohl. New York: Psychology Press, 2004, p. 79-96. MYERS, David. **Social Psychology**. 10<sup>th</sup> edition. New York: McGraw-Hill, 2010, p. 93.

167 ROEDIGER III, Henry L.; GALLO, David. Associative memory illusions. *In: Cognitive Illusions: A Handbook on Fallacies and Biases in Thinking, Judgement and Memory*. Editor Rüdiger F. Pohl. New York: Psychology Press, 2004, p. 309-326. KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Tradução de Cássio Arantes de Leite. São Paulo: Editora Objetiva, 2012, p. 106.

168 KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Tradução de Cássio Arantes de Leite. São Paulo: Editora Objetiva, 2012, p. 106.

169 KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Tradução de Cássio Arantes de Leite. São Paulo: Editora Objetiva, 2012, p. 106.

as informações brotam freneticamente no aparelho de telefone celular, por meio das redes virtuais de comunicação, não é raro se deparar com notícias compartilhadas, especialmente sobre política e religião, que confirmam ou negam nossas crenças sobre determinada pessoa ou determinado evento. E como o volume de notícias disponibilizadas é imenso e o tempo para avaliar cada notícia é geralmente muito curto (na ampla maioria das vezes se lê apenas a “manchete”), a tendência é simplesmente tomar por verdadeiro (ou plausível) aquilo que confirma as convicções de quem lê, e muitas vezes compartilhar a informação, ou, ao contrário, rejeitar prontamente como *fake news* aquela informação que vai de encontro ao que se crê que seja verdade sobre a pessoa ou o fato noticiado.

Isso faz com que as pessoas desenvolvam preferência por estar perto de gente que pensa como elas, ou, pelo menos, gente que tenha muito mais afinidades que diferenças em relação a elas, de modo que essa convivência sirva também de reforço permanente para suas próprias crenças e expectativas sobre o mundo, quando alguma confrontação surgir. Aliás, tal comportamento tem sido potencializado pelas redes de comunicação, que possuem ferramentas para mapear as características dos usuários, a partir do registro de suas interações na rede, e então, por meio de algoritmos, filtrar e direcionar os conteúdos para uma experiência personalizada, mantendo o usuário dentro de uma zona virtual de conteúdos que lhe interessam, em contato com pessoas que tornam sua experiência na rede mais agradável e confortável. Isso produz uma espécie de “bolha ideológica”, em que crenças são mutuamente reforçadas pela interação constante com pessoas que compartilham dos mesmos gostos e das mesmas crenças, um espaço ideal para a atuação do viés de confirmação<sup>170</sup>.

Nos espaços universitários, que se espera sejam marcados pela pluralidade de ideias e pelo confronto (respeitoso, dialógico, argumentativo) de teorias, o que se percebe é algo semelhante ao modelo de interação que os algoritmos das redes sociais e *sites* de busca estabeleceram. Grupos de pesquisa normalmente são homogêneos e herméticos, discutem apenas modelos teóricos que lhes são familiares, conduzidos por coordenadores que falam apenas para seu público cativo, o que mantém seus integrantes em isolamento intelectual. Qualquer confronto mais agudo, relacionado a questões fundamentais – sejam questões metodológicas ou que esbarram em diferentes visões de mundo – corre sério risco de ser interpretado como ato de desrespeito e hostilidade, muito dificilmente esse tipo de confronto é entendido como bom e desejável. Chegam a ocorrer “debates” em que os debatedores têm basicamente a mesma opinião sobre o tema proposto, ou apenas diferenças pontuais. E assim as universidades têm se revelado terreno fértil para o cultivo do conhecimento sob a direção vigorosa do viés de confirmação.

---

170 BOZDAG, Engin. Bias in algorithmic filtering and personalization. *In: Ethics and Information Technology*, volume15, 2013, p. 209-227.

Especificamente quanto ao direito e à sua interpretação, aqueles que lidam com questões jurídicas também estão permanentemente sujeitos à tendência de busca por confirmação. Magistrados, procuradores, delegados de polícia, enfim, aqueles que atuam cotidianamente interpretando e aplicando o direito, estão o tempo inteiro analisando fatos, elaborando hipóteses e teses, com base em determinadas crenças sobre o que ocorreu de fato e sobre qual é a solução jurídica adequada ao caso. A atividade jurídica é eminentemente dialética, envolve (quase) sempre argumentos, contra-argumentos, réplicas, tréplicas, versões diferentes sobre o mesmo fato, interpretações, teorias e teses diferentes que, caso sejam acatadas, frequentemente levam a decisões diametralmente opostas.

Há experimentos que demonstram como a tendência de busca por confirmação atua de modo relevante na investigação criminal, por exemplo. A necessidade de encerramento cognitivo por parte de investigadores dificulta a capacidade de reconhecer incoerências nas evidências colhidas quando há apenas um suspeito, a quem se atribui uma possível motivação, ao passo que se mostram mais propensos a reconhecer incoerências quando há suspeitos alternativos. Assim, a existência de apenas um suspeito, com alguma motivação, leva a uma inclinação mental dos investigadores no sentido de confirmação das evidências colhidas<sup>171</sup>. Há estudos semelhantes envolvendo a formação de falsas memórias em testemunhas oculares, que acabam reconstruindo sua narrativa a partir de suas próprias expectativas de coerência com o que acreditam ter ocorrido<sup>172</sup>.

Embora não haja experimentos com juízes, advogados e promotores de justiça, é bastante plausível a hipótese de que o mesmo fenômeno ocorra quando estes estão avaliando relatos e argumentos. O peso que se atribui a determinado relato ou a determinado argumento pode variar sensivelmente a depender do quanto correspondem às expectativas e crenças das pessoas que os interpreta.

No âmbito da interpretação dos direitos fundamentais, espaço no qual as fronteiras entre direito, moral e política se tornam muito tênues, há uma permanente necessidade de atribuir pesos a direitos colidentes e avaliar a adequação, a necessidade, a proporcionalidade de uma restrição a um direito fundamental, bem como sua extensão juridicamente aceitável. É preciso interpretar relatos e pessoas, é preciso interpretar situações também, em casos que muitas vezes evocam emoções de modo muito intenso, como casos criminais de estupro e homicídio, casos dramáticos de família ou relacionados a direitos da personalidade, aborto,

---

171 ASK, Karl; GRANHAG, Pär Anders. Motivational Sources of Confirmation Bias in Criminal Investigations: The Need for Cognitive Closure. **Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling**, n. 2, 2005, p. 43–63.

172 WELLS, Gary L.; OLSEN, Elizabeth A. Eyewitness testimony. **Annual Review of Psychology**, n.54, 2003, p. 277-91; MÜNSTERBERG, Hugo. **On the Witness Stand: Essays on Psychology and Crime**. New York: Doubleday, 1908.

eutanásia, relações homoafetivas, cotas raciais, ou ainda casos que envolvem diretamente interesses políticos e religiosos os mais diversos, apenas para ficar em alguns exemplos.

Todos esses raciocínios, ainda que tecnicamente orientados, simplesmente não podem ocorrer sem o suporte em crenças e expectativas que existem na mente daquele que interpreta e aplica o direito, uma mente que está sempre inclinada a buscar confirmações no fatos, relatos e argumentos disponíveis.

#### **4.3.2 O efeito-halo**

Chama-se de “efeito-halo” o viés cognitivo que inclina a mente a concluir que uma característica específica, emocionalmente marcante, define globalmente algo (uma pessoa, uma empresa, um evento). Esse viés estabelece uma tendência a gostar (ou a não gostar) de tudo relacionado a algo (uma pessoa, uma empresa, um evento), incluindo coisas que nem se conhece ou sequer se observou, avaliando e julgando apenas a partir de uma única característica ou de uma situação específica, formando assim um estereótipo global<sup>173</sup>.

Uma pesquisa desenvolvida no início do século XX pelo psicólogo americano Edward Thorndike, parece ter sido a origem dos estudos sobre o efeito-halo. Durante a Primeira Guerra Mundial, Thorndike resolveu analisar relações de hierarquia militar no Exército americano e ficou interessado especificamente no modo como os superiores avaliavam seus subordinados. Em uma de suas pesquisas, pediu aos comandantes que avaliassem seus subordinados, tendo em vista vários quesitos, força física, habilidade para atirar, coragem, disciplina, inteligência, liderança, caráter. Para sua surpresa, os soldados considerados “superiores”, ou seja, os que tiveram melhores avaliações, eram considerados melhores em todos os quesitos – ou quase todos. E os soldados considerados “inferiores”, aqueles com as piores avaliações, eram piores em todos os quesitos – ou quase todos. Os bons soldados eram bons em tudo, os soldados ruins eram ruins em tudo.

Considerando pouco provável que os soldados com maior habilidade para atirar fossem também, necessariamente, os mais fortes, os de melhor condicionamento físico, os mais capacitados para liderança e os de melhor caráter, Thorndike concluiu que a avaliação dos superiores era lastreada em apenas uma ou outra característica, que afetava o julgamento em relação a todas as outras características. Havia uma inclinação para tornar global o julgamento a partir de uma característica (ou de algumas poucas características), para o bem

---

173 ROSENZWEIG, Phil. **The Halo Effect and Other Business Delusions**: Why Experts Are so Often Wrong and What Wise Managers Must Know. Nova York: The Free Press, 2007. KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Editora Objetiva: 2012, p. 107.



ou para o mal. Assim, se um soldado é o melhor atirador e também uma pessoa muito disciplinada, a tendência é que seja considerado também muito inteligente e de muito bom caráter. O contrário também ocorre: se um soldado é péssimo atirador e indisciplinado, a tendência é considerar que não tem coragem, que é intelectualmente limitado e que não tem muito bom caráter<sup>174</sup>.

O efeito-halo atua com muito mais frequência do que normalmente se supõe, em vários setores da vida, na atuação profissional, na política e nas relações pessoais, por exemplo. Há em nós forte tendência para construir uma imagem global positiva das pessoas de quem gostamos muito, e o contrário também, construir uma imagem global negativa de pessoas que detestamos, o que conduz à conclusão de que certa pessoa é capaz (ou incapaz) de fazer ou de dizer certas coisas, tendo por base apenas essa impressão global. O próprio sentimento de gostar e de detestar frequentemente está amparado em alguns poucos eventos e em algumas poucas características (às vezes um só evento ou uma só característica) que pouco ou nada dizem sobre a pessoa avaliada.

O mesmo vale também para nossas avaliações sobre empresas ou instituições, de um modo geral. Há uma tendência a avaliar a performance geral de uma empresa ou de uma instituição com base em poucas informações e, a partir dessa visão extremamente fragmentada, atribuir características pontuais a sua cultura, seus valores, seu modelo de negócio, construindo uma narrativa global sobre a instituição e sobre o papel que ela desempenha na sociedade. Assim, um único episódio (ou poucos episódios), uma única notícia (ou poucas notícias), agradáveis ou desagradáveis, mas emocionalmente marcantes, podem definir a categoria em que essa empresa ou instituição será classificada, de modo que sempre que for lembrada, será lembrada a partir desse estereótipo<sup>175</sup>.

Em uma abordagem mais ampla, Nassim Taleb explica que temos a propensão ao autoengano por meio de narrativas distorcidas que elaboramos<sup>176</sup>. Dispomos de uma variedade imensa de histórias fabricadas sobre nós mesmos, com informações distorcidas sobre nosso passado, sobre como eventos cruciais ocorreram, tanto conquistas quanto derrotas e decepções, e também histórias sobre o mundo, sobre como as pessoas são e agem, bem como por que são como são e por que agem como agem. E isso inevitavelmente molda e distorce a nossa percepção do mundo da vida, para que se mantenha uma coerência global. São histórias

---

174 Sobre a pesquisa relatada, conferir ROSENZWEIG, Phill. **The Halo Effect: and the Eight Other Business Delusions That Deceive Managers**, New York, Free Press, 2007.

175 Sobre como narrativas moldam a avaliação de empresas, conferir DAMODARAN, Aswath. **Narrative and Numbers: The Value of Stories in Business**. New York: Columbia University Press, 2017; ROSENZWEIG, Phill. **The Halo Effect: and the Eight Other Business Delusions That Deceive Managers**, New York, Free Press, 2007.

176 TALEB, Nassim Nicholas. **A lógica do cisne negro: o impacto do altamente improvável**. Tradução de Marcelo Schild; revisão técnica Mário Pina. Rio de Janeiro: Best Seller, 2015 (epub).

muito frequentemente preenchidas com memórias falsas ou seletivas, e acreditamos mesmo no resultado.

O mesmo fazemos com os outros. Classificamos pessoas e coisas dando muito pouca ênfase a informações que destoam do estereótipo em que são inseridas e, por outro lado, enfatizando excessivamente o que se encaixa no estereótipo, independentemente de quão fidedigna é a informação. É normalmente uma classificação polarizada, de extremos. “Coisas que por uma ou outra razão arbitrária são identificadas como pertencentes à mesma categoria parecem mais semelhantes entre si do que realmente são, enquanto as catalogadas em diferentes categorias parecem mais distintas do que são na verdade”, diz Leonard Mlodinow<sup>177</sup>. Sem se dar conta, a mente transforma diferenças sutis e irrelevantes em distinções muito nítidas, evidentes e importantes.

Sobre esse viés, Kahneman afirma:

O efeito halo ajuda a manter as narrativas explanatórias simples e coerentes exagerando a consistência das avaliações: pessoas boas fazem apenas coisas boas e pessoas ruins são todas ruins. A afirmação “Hitler amava cães e crianças pequenas” é chocante independentemente de quantas vezes você a escute, pois qualquer traço de bondade em alguém tão cruel viola as expectativas criadas pelo efeito halo. As inconsistências reduzem o conforto de nossos pensamentos e a clareza de nossos sentimentos. Uma narrativa convincente fomenta uma ilusão de inevitabilidade<sup>178</sup>.

Não é difícil, então, vislumbrar o potencial de influência do efeito-halo na interpretação de relatos, de argumentos e de pessoas em casos judiciais. A depender de quem é o réu, de quem é o autor, de quem são seus procuradores, bem como as testemunhas, a depender do que elas representam para quem interpreta e avalia seus depoimentos e argumentos, ou seja, a depender de qual é o estereótipo em que o julgador (ou julgadora) enquadra cada pessoa, tendo em vista uma característica dessa pessoa, ou uma atitude praticada por ela em juízo ou fora dele, uma frase dita na instrução do processo ou mesmo fora, ou ainda um posicionamento político sobre certa questão controversa, relacionada ou não à causa, isso tudo tem grande potencial para, até de maneira isolada, definir globalmente a pessoa em questão e, conseqüentemente, afetar toda a avaliação da credibilidade e da coerência de seus argumentos e relatos.

Nesse contexto, a rotulação social que membros de determinados grupos recebem, tais como negros, feministas, policiais, militares, membros de torcidas organizadas, diretores de sindicatos e integrantes de movimentos sociais, indígenas, ateus, evangélicos pentecostais, roqueiros, pagodeiros, punks, comunistas, socialistas, libertários, e as expectativas que essa

177 MLODINOW, Leonard. **Subliminar**: como o inconsciente influencia nossas vidas. Tradução de Cláudio Carina. São Paulo: Zahar, 2014 (epub).

178 KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio Arantes de Leite. São Paulo: Editora Objetiva, 2012, p. 250.

rotulação produz na mente de quem interpreta seus relatos e argumentos inevitavelmente influenciam na avaliação. O rótulo define a pessoa e irradia seus efeitos na percepção do intérprete, muitas vezes de modo inconsciente<sup>179</sup>.

A própria cognição dos argumentos, dos relatos e das provas, quando emocionalmente marcada pelos efeitos psicológicos dos estereótipos, pode ser fortemente afetada. Um mesmo argumento, um mesmo relato e uma mesma prova podem ter efeitos muito diferentes na mente do julgador (ou da julgadora), a depender de quem os apresenta e de como os apresenta, a depender do grau de credibilidade e de probidade que o julgador (ou julgadora) atribui a essa pessoa.

Isso não seria problema se o juízo sobre a capacidade profissional, sobre a credibilidade ou sobre a probidade da pessoa que apresenta um relato ou um argumento fosse lastreado em ampla base de dados sobre a formação, o comportamento e o caráter dessa pessoa, ao longo do tempo, mas a questão que é frequentemente isso não ocorre. Esse juízo muitas vezes é baseado em pouca ou mesmo nenhuma informação consistente, sob a regência do efeito-halo. Não raramente, aliás, esses julgamentos cobram a capacidade profissional, a probidade e a credibilidade das pessoas têm por base elementos completamente alheios a essas características, como a postura, a roupa, o jeito de falar, o formato do rosto, a cor da pele, a cor dos cabelos e dos olhos, o carisma, a simpatia, a beleza, ou símbolos sociais de sucesso como carro e casa luxuosos, viagens constantes ao exterior e coisas dessa espécie.

### ***4.3.3 Viés de ancoragem***

A mente humana funciona fazendo associações, o tempo inteiro classifica objetos e eventos mediante a identificação de semelhanças e distinções. No entanto, nesses processos de associação há sempre ajustes a serem feitos, tendo em vista as incertezas envolvidas, mesmo porque dificilmente encontramos duas coisas exatamente iguais (a rigor, isso é possível apenas em abstrações matemáticas).

O mais importante sobre essas associações que a mente produz é que sempre precisam de um parâmetro. Nunca se parte do nada. Padrões estabelecidos em algum momento no

---

179 Há estudos que demonstram o efeito que o rótulo tem (aqui me refiro a rótulo físico, de papel, sobre o recipiente de um produto) até na percepção do gosto e no odor de um produto. A degustação de um vinho branco contido em uma garrafa com o rótulo “doce” causou na maioria dos participantes de um experimento a sensação de ser bem mais doce que outro vinho em cuja garrafa havia o rótulo “seco”, embora o vinho fosse exatamente o mesmo (POHL, R.; SCHWARZ, S.; SCZESNY, S.; STAHLBERG, D. Hindsight bias in gustatory judgments. *Experimental Psychology*, volume 50, 2003,107–115). Em outro experimento, um odor que foi antes apresentado como “agradável” recebeu da maioria dos participantes uma avaliação mais positiva que o mesmo odor apresentando como “desagradável”. (HERZ, Rachel; VON CLEF, Julia. The influence of verbal labeling on the perception of odors: Evidence for olfactory illusions? *Perception*, volume 30, 2001, p. 381–391).

passado marcam os processos associativos dali em diante, e a primeira informação sobre qualquer coisa, um primeiro parâmetro, impacta a mente de tal modo que passa a conduzir associações e comparações futuras. Esse fenômeno corresponde ao que os psicólogos comportamentais chamam de “viés de ancoragem”, que consiste na tendência da mente a confiar demais em uma informação ou referência do passado (que funciona como “âncora”) para tomar certas decisões posteriores.

Kahneman e Tversky conduziram certa vez um experimento simples – mas surpreendente – que demonstra muito claramente o impacto que uma âncora tem na nossa mente, mesmo que seu conteúdo tenha pouca relação com as associações que ela passou a conduzir. Os pesquisadores adulteraram uma roleta com marcações de 0 a 100, que foi programada para parar somente nos números 10 e 65. Recrutaram estudantes universitários para serem “cobaias” e os dividiram em pequenos grupos. Colocaram, separadamente, cada grupo diante da roleta, pedindo que anotassem o número em que pararia (os estudantes não sabiam que a roleta estava programada para parar apenas em 10 e 65). Então, pediam que, depois de anotar o número, respondessem a duas perguntas: (1) A porcentagem de nações africanas entre membros da ONU é maior ou menor do que o número que você acabou de escrever? (2) Qual é sua melhor estimativa sobre a porcentagem de nações africanas na ONU? E assim fizeram com outros grupos.

Os números da roleta não têm qualquer relação com a pergunta, não forneciam nenhuma informação útil a respeito da questão, de modo que o número visualizado e anotado (10 ou 65) não deveria ter qualquer efeito na resposta. Mas teve. Os que visualizaram e anotaram o número 10 ficaram inclinados a responder uma porcentagem mais baixa de países africanos na ONU (responderam, em média, que a porcentagem era de 25%), ao passo que os estudantes que visualizaram e anotaram o número 65 foram induzidos a responder uma porcentagem mais alta de países africanos na ONU (responderam, em média, que a porcentagem era de 65%)<sup>180</sup>.

Em outro experimento, Kahneman e Tversky perguntaram a pessoas engajadas em causas ambientais quantos dólares elas estavam dispostas a doar para salvar 50 mil aves marinhas no litoral do Pacífico que estavam correndo risco de morrer por conta de vazamentos de óleo na região. Seria necessário, portanto, fazer um juízo de proporcionalidade entre a gravidade do dano e a necessidade de recursos para uma ação eficiente de contenção de danos, sem esquecer que a doação precisaria ser viável, tendo em vista o orçamento pessoal. Para um primeiro grupo, não sugeriram nenhum valor de referência. Para um segundo grupo, perguntaram se estavam dispostas a doar algo em torno de 5 dólares para

---

180 KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio Arantes de Leite. São Paulo: Editora Objetiva, 2012, p. 152.

salvar as aves. Para um terceiro grupo de pessoas, perguntaram se estavam dispostas a doar algo em torno de 400 dólares para a causa. O efeito da âncora foi muito evidente. As pessoas abordadas sem qualquer valor de referência afirmaram estar dispostas a doar, em média, 64 dólares. Aqueles a quem se sugeriu um valor em torno de 5 dólares disseram que estavam dispostos a doar 20 dólares, em média. E os que tiveram por referência o valor de 400 dólares disseram que doariam, em média, 143 dólares. É uma diferença muito significativa, considerando que os grupos eram bem homogêneos e a causa era exatamente a mesma<sup>181</sup>.

Ainda que a âncora não tenha qualquer correlação com a questão a ser decidida, a mente estabelece inconscientemente o que Dan Ariely chama de “coerência arbitrária”<sup>182</sup>. O Sistema 1 forja artificialmente uma associação entre a âncora e outros objetos mediante a identificação de semelhanças irrelevantes, recuperadas da memória em uma operação rápida e automática. O Sistema 2 apenas opera a associação repassada pelo Sistema 1, sem sequer ter conhecimento de como a associação foi produzida e sem qualquer controle sobre ela<sup>183</sup>. “Uma mensagem, a menos que seja imediatamente rejeitada como uma mentira, terá o mesmo efeito sobre o sistema associativo, independentemente de sua confiabilidade”, explica Kahneman<sup>184</sup>. A quantidade e a qualidade da informação são pouco relevantes, desde que sejam informações facilmente disponíveis.

Difícilmente juízes inteligentes e experientes admitiriam que estão sujeitos a essa armadilha mental – a propósito, nas pesquisas que mencionei, os participantes sempre insistiam em dizer que os números-âncoras não tiveram efeito algum sobre suas respostas, embora as evidências em sentido contrário fossem bastante consistentes. Mas o fato é que todos estão sujeitos. Kahneman relata ainda uma pesquisa realizada com juízes experientes, que fizeram a dosimetria da pena para um caso criminal também ancorada em números

---

181 KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio Arantes de Leite. São Paulo: Editora Objetiva, 2012, p. 159.

182 ARIELY, Dan. **Previsivelmente irracional**: como situações do dia a dia influenciam nossas decisões. Tradução de Jussara Simões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 22. Ariely conduziu experimento com resultados muito semelhantes aos obtidos por Kahneman e Tversky. Sua equipe apresentou vários itens em um leilão para um grupo de estudantes (garrafas de vinho, bombons, livros e acessórios de computador). Os estudantes receberam um papel com a lista dos itens a serem leiloados, e os pesquisadores pediram que anotassem os dois últimos dígitos de seu cartão de seguro social ao lado de cada item, indicando o que seria seu preço (se os dois últimos dígitos fossem 23, então o preço seria 23 dólares, por exemplo). Depois pediu que respondessem, escrevendo no papel, se estariam dispostos a pagar aquele valor atribuído aleatoriamente a cada item. Por fim, depois que os estudantes fizeram o que fora pedido, os pesquisadores pediram para que anotassem o preço que estariam dispostos a pagar por cada item. Como os pesquisadores esperavam, a “âncora” estabelecida arbitrariamente pelos dois dígitos da seguridade social funcionou e os preços médios apresentados como lance no leilão tendiam a se aproximar da “âncora”: números de seguridade social mais baixos levavam a lances mais baixos, ao passo que números de seguridade social mais altos levavam a lances mais altos, em média (op. cit, p. 21-23).

183 KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio Arantes de Leite. São Paulo: Editora Objetiva, 2012, p. 161.

184 KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio Arantes de Leite. São Paulo: Editora Objetiva, 2012, p. 163.

aleatórios, que direcionaram o cálculo para menos ou para mais<sup>185</sup>. Efeito semelhante pode ser encontrado na fixação do valor de indenizações, que podem variar muito a depender de existir ou não um teto (isso eliminaria indenizações de valor exageradamente elevado, mas, por outro lado, traria a média para cima).

Ora, se “âncoras” totalmente aleatórias exercem esse efeito sobre o pensamento associativo, certamente referências que tenha alguma relação com o objeto associado possuem efeito semelhante, ou até mais intenso. E não apenas com associações de pequena relevância, mas também em vários tipos de casos judiciais de alta complexidade e com efeitos sociais importantes. Não apenas envolvendo associações numéricas simples, como nos experimentos relatados, mas associações envolvendo estimativas ou dados estatísticos mais elaborados.

No âmbito da interpretação do direito, especificamente, precedentes e súmulas podem funcionar como “âncoras”, o que pode ter um aspecto positivo, se isso importa em manter a coerência e a integridade do sistema, mas também pode ter efeito nefasto sobre a mente do intérprete que vai aplicar o direito a um caso. O aspecto potencialmente ruim se revela quando uma súmula é invocada para solucionar um caso simplesmente porque é uma súmula, simplesmente porque estabelece um entendimento que se consolidou nos tribunais, mas sem que a súmula-âncora tenha qualquer tipo de fundamentação e, o que é pior, mesmo que a solução que a súmula impõe seja absurda.

Esse é o caso, por exemplo, da súmula n. 554 do Supremo Tribunal Federal, que, interpretada *a contrario sensu*, estabelece a extinção da punibilidade do crime de estelionato mediante emissão de cheque sem fundos se o agente realizar o pagamento dos cheques, reparando o dano integralmente, desde que o faça antes do recebimento da denúncia<sup>186</sup>. O entendimento em si é justificável, tendo em vista a tendência de afastamento da intervenção penal em crimes patrimoniais sem violência e sem dano significativo (ou com dano reparado), embora os precedentes que originaram a súmula não apresentem uma fundamentação. Mas a questão é outra: a súmula restringe o efeito da extinção da punibilidade apenas a um tipo específico de estelionato, a saber, o estelionato mediante emissão de cheque sem fundos (Código Penal, art. 171, § 2º, VI), mas não é aplicável aos outros tipos de estelionato, seja na o estelionato na forma básica (art. 171, *caput*), seja nas outras modalidades específicas do §2º do art. 171.

A súmula não apresenta nenhuma justificativa para essa limitação. Os precedentes que

---

185 KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio Arantes de Leite. São Paulo: Editora Objetiva, 2012, p. 160.

186 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 554, “O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal.”. DJ de 03/01/1977, p. 1. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2733>>. Acesso em: 16 fev 2019.

ensejaram a súmula tampouco tratam disso<sup>187</sup>. O próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que a súmula 554 somente deve ser aplicada aos casos de estelionato mediante emissão de cheque sem fundos e que não deve ser aplicada a outras modalidades de estelionato (nos outros tipos de estelionato, a reparação do dano antes do recebimento da denúncia conduz somente a uma diminuição da pena, conforme o preceito geral do art. 16 do Código Penal), mas sem apresentar qualquer razão para essa distinção<sup>188</sup>. E os demais tribunais, bem como os juízes criminais de primeira instância, apenas replicam esse entendimento, ancorados na súmula.

Ocorre que não há mesmo qualquer justificativa plausível para essa distinção, tendo em vista que todo tipo de estelionato é crime material, e a diferença em relação ao estelionato mediante emissão de cheque diz respeito apenas ao momento da consumação, que é o momento da recusa do pagamento pela instituição financeira. Mas tendo ocorrido a recusa, está consumado o crime, como em qualquer outro estelionato. Trata-se de mero efeito de ancoragem, ou seja, de confiança excessiva e injustificada em um dado ou uma referência anterior, que modula associações posteriores automaticamente.

#### ***4.3.4 Heurística da disponibilidade***

“Heurística da disponibilidade” consiste na tendência de pensar que algo é mais frequente ou mais relevante pela maior facilidade ou maior fluência com que esse algo é recuperado pela memória. Eventos mais facilmente lembrados são tidos por mais frequentes e mais relevantes, e o mesmo ocorre com pessoas e informações, cuja relevância é inconscientemente medida pela facilidade e pela rapidez com que a memória consegue recuperar a imagem dessa pessoa ou essa informação. Uma questão é substituída por outra: você quer saber a relevância ou a frequência de algo, mas, na verdade, verifica apenas o quão fácil é lembrar-se desse mesmo algo. E essa substituição de perguntas conduz a mente a erros sistemáticos<sup>189</sup>.

É uma tendência muito explorada pelos veículos de comunicação e pelos profissionais da publicidade. Quanto mais o espectador de canais de televisão vê determinadas pessoas na tela, quanto mais essa pessoa aparece nos programas e quanto mais facilmente seu nome é lembrado, ainda que seu nome seja relacionado a episódios ruins, tanto mais essa pessoa é

---

187 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 83356, HC 53677, RHC 53604, RHC 53599, RHC 52047, RHC 52073, HC 50935.

188 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 94777, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 05/08/2008, DJe-177 DIVULG 18-09-2008 PUBLIC 19-09-2008 EMENT VOL-02333-03 PP-00489 RT v. 97, n. 878, 2008, p. 530-535.

189 KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio Arantes de Leite. São Paulo: Editora Objetiva, 2012, p. 166-167.

considerada mais relevante. “Falem mal, mas falem de mim” só é um princípio publicitário eficiente por causa da heurística da disponibilidade.

Se alguém passa a ver muitas notícias de crimes violentos, seja na TV ou na *internet*, fica com a clara percepção de que o lugar em que mora está cada vez mais perigoso, que os crimes violentos estão se tornando mais frequentes, embora nem sempre isso corresponda à realidade. O fato de certos crimes serem mais noticiados apenas causa a impressão de que eles são mais frequentes, embora, muitas vezes, o número de crimes praticados permaneça sem mudanças significativas.

O artista que aparece mais, o cientista que aparece mais, o advogado ou o juiz que aparece mais, todos estes são mais facilmente lembrados quando se pensa em algo relacionado às suas profissões, o que causa a sensação de que são mais relevantes ou, dependendo do caso, até mais competentes. O fato de o noticiário divulgar com mais frequência divórcios entre celebridades e escândalos sexuais envolvendo políticos nos leva a acreditar que artistas famosos se divorciam muito mais que as pessoas comuns e que escândalos sexuais são muito mais frequentes entre políticos, o que não é necessariamente verdade. Se alguém viu recentemente notícias sobre acidentes fatais envolvendo aviões de passageiros, com poucos dias de distância entre um acidente e outro, fica com clara impressão de que está menos seguro viajar de avião, especialmente se a pessoa tem um voo agendado para hoje ou amanhã.

Trata-se de um atalho mental, em que o Sistema 1 processa intuitiva e automaticamente as informações facilmente disponíveis, tomando-as como mais frequentes ou relevantes, dispensando maiores verificações. A postura mental que se forma a partir da operação dessa heurística é de considerar que se algo está mais disponível para recordação, ou seja, se é mais facilmente lembrado, é porque deve ser algo relevante e frequente, ou os dois. A tendência é que os juízos fiquem fortemente influenciados por informações mais recentes ou que, por alguma razão, são mais frequentemente lembradas.

É possível identificar algum potencial de operação da heurística da disponibilidade no âmbito da interpretação do direito. Em casos que envolvem alguma controvérsia interpretativa, decisões em certo sentido podem ser tidas por mais numerosas (posição majoritária) simplesmente porque são mais comentadas, mais difundidas e mais facilmente lembradas, embora não raramente se revelem minoritárias. Doutrinadores são tidos por mais relevantes e com maior lastro acadêmico porque estão mais expostos, participam de mais seminários, interagem mais frequentemente nas redes sociais, a despeito de muitas vezes terem uma produção acadêmica limitada e superficial.

Quando se trata de questões jurídicas que envolvem políticas públicas, como a



repressão criminal às drogas, a situação do sistema penitenciário, a inclusão social de transexuais, a homofobia, o racismo, a violência doméstica contra mulher, a frequência e a relevância de fatos relacionados a essas questões são medidas muitas vezes pela facilidade com que surgem na memória. O público em geral, ou mesmo profissionais do direito, especificamente, podem ser levados a dar mais atenção ou a negligenciar essas questões a depender da extensão da cobertura midiática de eventos relacionados a elas, porque o que as mídias noticiam com frequência ocupa mais espaço na cabeça das pessoas e também nas discussões cotidianas. Isso pode ser decisivo no momento de atribuir pesos a direitos fundamentais em colisão, pois o peso atribuído pode mudar simplesmente porque algum evento relacionado a um desses direitos ganhou mais notoriedade midiática, conseqüentemente, tornou-se mais relevante na cabeça das pessoas.

#### **4.3.5 Viés do ponto cego**

Por último, existe ainda uma distorção do pensamento chamada de “viés do ponto cego”, que consiste na tendência a acreditar que as outras pessoas são mais suscetíveis a fazer julgamentos e atribuições enviesadas que nós mesmos. No limite, chega ao ponto de incapacitar a pessoa de perceber que seus juízos são influenciados por preconceitos e vieses.

Esse viés decorre do desconforto psicológico causado pelo que Leon Festinger chamou de “dissonância cognitiva”, que é o desacordo entre o que a pessoa faz ou pensa e a imagem que ela tem de si mesma. Esse desconforto leva a pessoa a alterar o juízo de realidade ou de valor em relação ao objeto ou evento que analisa para adequá-lo à percepção de si mesma, com o objetivo de forjar uma consistência entre as cognições (do objeto ou do evento e de si mesma) seja pela substituição da crença que causa a dissonância ou pela procura de informações que eliminem ou que, pelo menos, minimizem a dissonância<sup>190</sup>. Isso porque reconhecer a dissonância é reconhecer uma hipocrisia, ou uma falha de caráter, em última instância chega a ser a negação de si mesmo enquanto pessoa autêntica.

Chega a ser insuportável essa negação de si mesmo pelo reconhecimento de que as crenças a respeito de seu próprio caráter não correspondem aos fatos. Sobre isso, Adam Smith já escreveu:

Tão parciais são as opiniões dos homens quanto à conveniência de sua própria conduta, seja no momento da ação, seja depois dela, e tão difícil é julgarem-na sob a luz em que qualquer espectador indiferente a consideraria. (...) Esse autoengano, essa fraqueza fatal dos homens, é a fonte de metade das desordens da vida humana. Se pudéssemos ver-nos como os outros nos veem, ou como veriam se estivessem a

190 FESTINGER, Leon. **A Theory of Cognitive Dissonance**. Stanford: Stanford University Press, 1957; TAVRIS, Carol; ARONSON, Elliot. **Mistakes Were Made (but not by me): Why We Justify Foolish Beliefs, Bad Decisions, and Hurtful Acts**. San Diego: Harcourt, 2007.

par de tudo, uma reforma geral seria inevitável. Seria impossível, de outro modo, suportar a visão<sup>191</sup>.

Não é difícil perceber o potencial desse viés na análise de uma questão jurídica, basta observar a manifestação das pessoas, inclusive profissionais do direito, quando se trata de julgar a plausibilidade de uma acusação criminal contra alguém. A depender de quem é o suspeito ou o acusado de ter praticado um crime (ou vários crimes), a depender do que essa pessoa representa afetivamente para aquele que avalia, se é alguém que respeita e admira, alguém que já defendeu publicamente, ou se é alguém por quem nutre aversão ou mesmo ódio, pode mudar completamente a percepção e o peso atribuído ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Digamos que a pessoa tenha, em outras ocasiões, defendido a necessidade de proteger rigorosamente o direito à presunção de inocência, em respeito à Constituição, de modo que um acusado não pode ser tratado como criminoso antes do trânsito em julgado da condenação. Essa pessoa acredita (ou pensa acreditar) que (1) a constituição deve ser respeitada com rigor, (2) a presunção de inocência é um direito fundamental que deve ser protegido com rigor, (3) quem trata alguém como criminoso antes do trânsito em julgado da condenação está violando o direito à presunção de inocência e, conseqüentemente, a Constituição e (4) violar a constituição e um direito fundamental é algo moralmente desprezível.

Mas quando o suspeito ou acusado de praticar um crime é alguém que lhe causa fortes afetos negativos, como desprezo, asco ou ódio, aí frequentemente surge a dissonância. A pessoa tende a considerar o suspeito ou acusado culpado imediatamente, ainda que não tenha ocorrido trânsito em julgado da condenação (às vezes, nem julgamento houve ainda), o que deveria levar à conclusão de que ela está se contradizendo, pois está violando a constituição e agindo de modo desprezível. Mas isso é contraditório com a cognição que ela tem de si mesma, porque normalmente a pessoa não se considera alguém capaz de atos desprezíveis. Entra em ação o mecanismo psicológico de substituição de uma crença ou de busca por informações que minimizem a dissonância. Pelo menos momentaneamente a pessoa pondera: “bem, considerar alguém culpado antes do trânsito em julgado não é, necessariamente, violar a constituição, vai depender muito da consistência das provas” ou “se o Estado violou o direito a presunção de inocência contra a pessoa X (que ela admira e respeita), que seja violado também contra a pessoa Y (que ela repudia e despreza), para que haja ao menos isonomia, e não uma injusta seletividade”. Mas dificilmente aceitará que seu julgamento é

---

191 SMITH, Adam. **Teoria dos sentimentos morais**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 191. Sobre essa relação entre o viés do ponto cego e a necessidade de autopreservação psicológica e emocional, conferir também HIGGINS, Raymond. Excuses: Their Effective Role in the Negotiation of Reality. **Psychological Bulletin**. Vol. 104, No. 1.23-35, 1988, p. 23-35.

enviesado.

O viés do ponto cego é, portanto, uma consequência dessa tendência psicológica de justificar nossos próprios erros, especialmente erros de comportamento, mesmo tendo em vista apenas padrões morais que nós mesmos aceitamos como válidos, mas sem dispor da mesma condescendência para com erros alheios. Em auto-avaliação, o erro não chega a ser visto como erro, mas apenas quando outra pessoa comete exatamente o mesmo erro (e novamente ressalto: levando em conta um padrão moral que a própria pessoa que avalia considera como válido)<sup>192</sup>.

O que ocorre nesses casos é um autoengano, um processo de autopersuasão, que pode ser silencioso, mas, de todo modo, é sempre guiado por uma racionalidade rarefeita que de modo muito sutil e oblíquo afasta o sentimento de culpa e mantém a integridade do sentimento de analisar a si mesmo positivamente, como alguém coerente e racional. Isso tudo precisa ocorrer sem que haja consciência do processo de autojustificação, e nisso está o grande paradoxo do autoengano: ele precisa ser sincero para que funcione — mas como é possível ser sincero ao enganar a si mesmo? O único modo é que o processo ocorra sem plena consciência daquele que se engana<sup>193</sup>.

E é assim que algo em torno de 80% das pessoas tendem a se considerar mais inteligentes, ou mais honestas, ou mais competentes que a maioria das pessoas, porque são demasiadamente condescendentes com suas próprias falhas e tendem a exagerar suas próprias qualidades, ao passo que tendem a agir de modo oposto com os outros. Isso foi verificado em diversos estudos, com pessoas de diferentes países. Nos Estados Unidos, na década de 1980, por exemplo, há dois estudos que constataram que mais de 80% das motoristas consideravam que eles mesmos eram mais habilidosos ao volante que a média dos motoristas<sup>194</sup>, enquanto na Suécia, no mesmo período, o número de motoristas que se consideravam melhores que a média foi de 69%.

Como dito em relação a outros vieses, é preciso destacar que essa tendência não

---

192 TAVRIS, Carol; ARONSON, Elliot. **Mistakes Were Made (but not by me)**: Why We Justify Foolish Beliefs, Bad Decisions, and Hurtful Acts. San Diego: Harcourt, 2007.

193 GIANNETTI, Eduardo. **Autoengano**. São Paulo: Companhia das letras, 2005, p. 39-49. MYERS, **Social Psychology**, p. 141-142.

194 SVENSON, Ola. Are We All Less Risky and More Skillful Than Our Fellow Drivers? *In: Acta Psychologica*. Volume 47, Amsterdam: North-Holland Publishing Company, 1981 143–148. Na pesquisa conduzida por Svenson, constatou-se que 93% dos motoristas americanos que a média dos motoristas. Curiosamente, Svenson não atribui a evidente distorção a um “ponto cego” em relação a si mesmo, ou seja, a uma incapacidade de perceber os próprios defeitos, mas à falta de informações sobre os outros motoristas. O argumento é que somente podemos nos comparar aos outros se pudermos perceber, lembrar e avaliar o comportamento dos outros, mas nesse caso de avaliar a habilidade de dirigir essas informações são muito restritas, o que, segundo ele, inclinava as pessoas a acharem que elas deveriam ser melhores, porque conheciam bem suas habilidades e lembravam mais claramente de sua própria experiência (p. 146). De todo modo, seja por uma análise exagerada de sua própria habilidade, seja por falta de informações em relação aos outros, prejudicando uma comparação adequada, o certo é que a inclinação da mente é, na ampla maioria das pessoas, no sentido de se considerar acima da média nas coisas que faz com um mínimo de habitualidade.

decorre necessariamente de uma falha de caráter ou de qualquer outro defeito moral, mas do próprio *design* da estrutura cognitiva humana, emocionalmente marcada, e que zela primordialmente pela autopreservação. Não é uma escolha consciente e deliberada. O que se pode fazer em relação a isto é apurar a capacidade de autocrítica, tendo em vista que somente com a identificação de um viés é possível trabalhar algum modo de minimizar seus efeitos. Sem isso, uma pessoa que pensa ser menos suscetível a vieses, ou até pensa ser incapaz de julgamentos enviesados, certamente terá uma menor propensão a mudar sua mentalidade e a desenvolver novas atitudes por treinamentos e capacitações.

#### **4.4 Sobre como as emoções integram o processo de decisão: a hipótese do marcador somático**

A finalidade do raciocínio é a decisão, e a essência da decisão consiste em escolher uma opção de resposta para um determinado problema. *Raciocinar* e *decidir* são atividades que normalmente envolvem não apenas a compreensão das diferentes opções de resposta e que uma decisão está sendo requerida naquele instante, mas também envolvem o conhecimento estratégico das consequências de cada opção de resposta, imediatamente ou no futuro<sup>195</sup>. Toda decisão envolve vários atos de interpretação, e as diferentes possibilidades de interpretação exigem uma decisão.

É muito comum considerar que a emoção é inimiga da razão quando se trata de tomar uma decisão. Ainda prevalece no senso comum a ideia de que uma decisão racional é aquela que supera ou pelo menos reduz ao mínimo os efeitos das emoções sobre o processo decisório.

Certamente os racionalistas modernos têm uma grande contribuição para a consolidação dessa ideia, em especial René Descartes. Já discorri no capítulo anterior sobre o problema corpo-mente e argumentei contra o modelo dualista de Descartes, que concebe corpo e mente em dimensões ontologicamente distintas. Defendi um modelo monista no qual estados mentais não passam de emanções de estados físico-neurais, dos quais dependem inteiramente. Agora quero desenvolver um pouco mais o tema para apresentar a tese segundo a qual as emoções são uma parte inerente ao processo de raciocínio prático que resulta em uma decisão. Embora possam direcionar nosso pensamento de modo ardiloso e até nos conduzir a erros de julgamento, como ocorre quando vieses e heurísticas entram em operação na mente, as emoções são parte essencial de um processo decisório considerado adequado. Mais uma vez, tenho por referencial teórico o pensamento de António Damásio sobre o processo de tomada de uma decisão.

---

195 DAMÁSIO, António. **O erro de Descartes**: emoção, razão e o cérebro humano. Tradução de Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 25-34.

Damásio afirma que o cérebro de um adulto considerado normal, inteligente e educado, reage às situações em que uma decisão é requerida criando rapidamente vários cenários de respostas possíveis e cenários dos correspondentes resultados. É uma atividade rápida, com imagens surgindo justapostas, ainda sem nitidez e consistência<sup>196</sup>.

Parece correto dizer, no entanto, que o raciocínio consciente nunca começa do nada, nunca começa em uma mente vazia. Antes de se desenvolver um raciocínio consciente, com associações de resultados e sua análise estratégica, ocorre que algumas possibilidades de resultado causam uma espécie de mal-estar físico, uma sensação visceral desagradável. A pessoa imagina, num instante fugaz, uma consequência que ela considera perniciosa e grave (pessoal ou socialmente falando), e aquela sensação “marca” negativamente aquela opção, fazendo com que essa opção de resposta seja imediatamente rejeitada. A decisão seria, assim, afetada pelas estimativas emocionais dos possíveis resultados, a partir dos estados corporais correspondentes, que produzem, muitas vezes inconscientemente, emoções de raiva, medo, tristeza, nojo, desconforto, aversão, alegria, esperança, conforto<sup>197</sup>.

Deste modo, pode-se dizer que um processo racional de decisão nunca está imune em relação à atuação das emoções, mas, muito pelo contrário, é guiado por marcadores-somáticos estabelecidos por emoções. Damásio esclarece, no entanto, que os marcadores-somáticos não tomam decisões por nós, mas apenas diminuem significativamente o número de opções a serem consideradas, eliminando-as ou realçando-as rapidamente para a análise estratégica subsequente (o que muitas vezes ocorre de modo velado e imperceptível).

Em suas palavras:

Qual a função do marcador-somático? Ele faz convergir a atenção para o resultado negativo a que a ação pode conduzir e atua como um sinal de alarme automático que diz: atenção ao perigo decorrente de escolher a ação que terá esse resultado. O sinal pode fazer com que você rejeite imediatamente o rumo de ação negativo, levando-o a escolher outras alternativas. O sinal automático protege-o de prejuízos futuros, sem mais hesitações, e permite-lhe depois escolher entre um número menor de alternativas. A análise custos/benefícios e a capacidade dedutiva adequada ainda têm o seu lugar, mas só depois de esse processo automático reduzir drasticamente o número de opções. Os marcadores-somáticos podem não ser suficientes para a tomada de decisão humana normal, dado que, em muitos casos, mas não em todos, é necessário um processo subsequente de raciocínio e de seleção final. Mas os marcadores-somáticos aumentam provavelmente a precisão e a eficiência do processo de decisão. Sua ausência as reduz.<sup>198</sup>

Essa marcação pode se dar por vários motivos, e um deles é porque o cérebro humano associa objetos e eventos a determinados afetos que anteriormente esses eventos e objetos

196 DAMÁSIO, António. **O erro de Descartes**: emoção, razão e o cérebro humano. Tradução de Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 161.

197 DAMÁSIO, António. **O erro de Descartes**: emoção, razão e o cérebro humano. Tradução de Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 161-163.

198 DAMÁSIO, António. **O erro de Descartes**: emoção, razão e o cérebro humano. Tradução de Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 191.

provocaram, seja num encontro real ou imaginado, o que conduz a uma espécie de rotulação emocional das lembranças. Como disse no primeiro capítulo, o modo como determinada experiência é vivenciada pode deixar marcas afetivas nas imagens correspondentes aos objetos e aos eventos, embora a lembrança que evoca o afeto seja normalmente uma memória inconsciente.

Quanto ao conteúdo, os marcadores-somáticos que aparecem durante nossos processos de decisão foram provavelmente constituídos durante a educação e a socialização, quando a mente começou a relacionar certos estímulos a estados corporais de dor ou de prazer, de desconforto ou de conforto. Surgem e se estabelecem pelos efeitos emocionais que as convenções sociais e regras éticas produzem no corpo de cada indivíduo<sup>199</sup>.

Para tentar demonstrar sua hipótese, Damásio realizou experimentos com pacientes que apresentavam lesões na região pré-frontal do cérebro, que notadamente perdem ou têm diminuída de modo substancial a capacidade de sentir emoções como raiva, angústia, euforia, compaixão. Constatou que indivíduos com déficits emotivos importantes – mas com pouca ou nenhuma limitação cognitiva – apresentam dificuldade para tomar decisões e, quando o fazem, estas são de baixa qualidade.

Damásio apresenta também casos notórios na literatura médica de modificação no comportamento de pacientes que sofreram lesões desse tipo, com destaque para o caso célebre de Phineas Gage, um operário inglês que viveu no século XIX e que teve o crânio atravessado por uma barra de ferro numa explosão acidental, tendo sobrevivido sem maiores sequelas aparentes, mas com uma grave lesão pré-frontal no cérebro<sup>200</sup>.

Descreve também a condição de um paciente seu, com uma lesão muito semelhante à lesão de Gage, mas ocasionada pela retirada de um tumor no cérebro. Embora esses pacientes apresentassem um quadro absolutamente normal em relação à capacidade motora, de comunicação e de raciocínio, que permaneceram intactas depois da lesão, sua incapacidade de sentir (algumas) emoções acabava por prejudicar severamente sua habilidade para tomar decisões vantajosas, seja no aspecto pessoal ou social. Mesmo em decisões bem simples, como a escolha entre duas datas para a próxima consulta, o paciente revelava uma extrema dificuldade para decidir, gastando meia hora com especulações sobre as vantagens e desvantagens de cada data, até ser interrompido pelo pesquisador, que, depois de esperar pacientemente por uma resposta que não veio, simplesmente indicou uma data, que foi imediatamente aceita pelo paciente, sem nenhuma resistência<sup>201</sup>.

---

199 DAMÁSIO, António. **O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano.** Tradução de Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 166-167.

200 DAMÁSIO, António. **O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano.** Tradução de Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 25-34.

201 DAMÁSIO, António. **O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano.** Tradução de Dora Vicente e

Para Damásio, então, a incapacidade para sentir emoções de repúdio ou de apreço, por exemplo, impede a formação de marcadores-somáticos, deixando qualquer possibilidade de resposta sempre em aberto, de modo que o paciente com lesões pré-frontais simplesmente não conseguia decidir adequadamente, e, mesmo quando o fazia, frequentemente suas decisões geravam consequências pessoais e sociais negativas. Pessoas que, por algum dano neurológico, não conseguem desenvolver emoções apropriadamente são muitas vezes incapazes de tomar decisões consideradas boas.

Assim, Damásio conclui que não apenas que o processo racional para a formulação de decisões é fortemente influenciado por emoções, mas também que as emoções desempenham um papel essencial e relevante para que as decisões sejam construídas com certa rapidez e com consequências pessoais e sociais positivas. Sem emoções, sequer é possível tomar decisões adequadas.

## **5 O CONTROLE DA SUBJETIVIDADE NAS DECISÕES QUE ENVOLVEM COLISÕES ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Tendo analisado os aspectos psicológicos e emocionais da interpretação em geral, estabelecendo relações entre consciência, compreensão, sentimentos e decisão, agora é preciso examinar com mais cuidado a questão específica da interpretação dos direitos fundamentais.

Evidentemente, tudo o que foi dito sobre interpretação, conhecimento e decisão em sentido amplo, que estes são processos profundamente marcados por estados corporais e emoções, vale para também para a interpretação do direito. O direito é um objeto dentre outros tantos, os casos jurídicos são eventos dentre outros tantos, de modo que a relação entre o intérprete e esse objeto específico que é o direito também é uma relação insuperavelmente mediada por categorias mentais de tempo, espaço e causalidade, pela linguagem, pela consciência histórica, pela cultura e também por estados corporais. Desse modo, a compreensão de dispositivos legais e constitucionais, de valores jurídicos, de fatos condicionantes, de relatos e argumentos relacionados a um caso também é constituída a partir de laços de sentido partilhados intersubjetivamente, laços que não se firmam sem a presença de afetos tanto na sua origem quanto na sua manutenção.

Desde o século XIX, porém, a Hermenêutica Jurídica vem travando uma luta metodológica contra a interpretação arbitrária. Permitir que o sentido das leis (“leis” em sentido amplo) fique à mercê de afetos do intérprete, à mercê de sentimentos causados por encontros aleatórios e contingentes, sob a direção de sua ideologia e do seu senso pessoal de justiça, tal postura seria equivalente a abandonar o direito ao arbítrio. Para a ampla maioria dos teóricos da interpretação jurídica dos últimos dois séculos, inspirados na noção de método herdada da Modernidade, apenas a atividade hermenêutica metodicamente orientada seria capaz de filtrar os sentimentos pessoais e proporcionar uma interpretação técnica do direito.

Acontece que os teóricos do direito e da interpretação jurídica fracassaram no projeto de elaborar um método ou uma teoria da decisão que eliminasse ou mesmo que reduzisse a um grau diminuto a subjetividade afetiva (e de certo modo arbitrária, porque os afetos são produtos de encontros aleatórios e contingentes) nas decisões judiciais. E, pelas razões que apresentei nos capítulos anteriores, entendo que tal projeto estava mesmo fadado ao fracasso desde o início.

Nem mesmo durante o breve sonho exegético-legalista de juristas franceses e belgas do século XIX, em que se acreditou que o texto da lei trazia pronto seu sentido, de maneira tal que caberia ao juiz apenas verificar os fatos e apenas aplicar a lei, como em um silogismo mecânico (nas palavras do célebre jurista belga François Laurent: “os códigos nada deixam ao



arbitrio dos juizes”<sup>202</sup>), nem ali a subjetividade afetiva foi contida, simplesmente porque não pode ser. Daí a necessidade pragmática da Corte de Cassação, para censurar e revogar os “abusos” decorrentes do que os franceses chamavam de “falsa aplicação da lei” e de “falsa interpretação da lei”<sup>203</sup>, claro sinal de que Laurent estava enganado quanto a capacidade dos códigos de aprisionar o sentido<sup>204</sup>.

Ao longo do século XIX e na primeira metade do século XX foram várias tentativas de estabelecer um método de interpretação do direito, oscilando os juristas entre o formalismo extremo, que procurava vincular o intérprete ao texto dos códigos ou a conceitos abstratos, e a liberdade plena em face da lei positiva, na busca pela realização da justiça. Interpretação literal, interpretação histórica, interpretação sistemática, interpretação teleológica, interpretação histórico-evolutiva, jurisprudência dos conceitos, jurisprudência dos interesses, livre investigação científica do direito, movimento para o direito livre, sociologismo jurídico, jurisprudência dos valores, vários modelos periféricos que giravam em torno dos mesmos problemas fundamentais mal resolvidos: o que é o direito? Qual é a fonte primordial do direito? A validade do direito depende de seu conteúdo moral? O que é a justiça? Qual é o papel do juiz em um Estado de Direito que tem por premissa a separação de poderes? O que é a separação de poderes, afinal? A quem cabe decidir o que é juridicamente obrigatório, em última instância?

O ponto de encruzilhada da teoria da interpretação foi – e ainda é, até hoje – o capítulo final da Teoria Pura do Direito, intitulado “Da interpretação”<sup>205</sup>. Ali Kelsen leva às últimas consequências, com espantosa coerência, as conclusões decorrentes de suas premissas epistemológicas. Inteiramente cético quanto à possibilidade de controle (científico, racional) da subjetividade do intérprete autêntico, diante de normas vagas e ambíguas, Kelsen anuncia o fim de qualquer pretensão de uma Hermenêutica Jurídica como atividade científica e conclui: não há método, ou dizendo melhor, qualquer método vale, desde que a decisão seja produzida

---

202 LAURENT, François. Cours élémentaires de droit civil. Tomo 1, prefácio, p. 9, *apud* PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Tradução de Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes: 2000, p. 32.

203 FABREGUETTES, M. P. **A lógica judiciária e a arte de julgar**. Tradução de Henrique de Carvalho. São Paulo: Teixeira & Cia. 1914. p. 315.

204 Os próprios juristas redatores do Código Civil Francês de 1804 – dentre os quais Jean-Étienne-Marie Portalis, que teve papel mais relevante – reconheciam a insuficiência do Código e a inevitabilidade de espaços de discricionariedade e de criação do juiz, tanto que incluíram o famoso art. 4º no texto, que determinava que o juiz não poderia deixar de julgar sob o pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei – portanto, teria de criar uma decisão quando a solução não fosse expressa e clara. Em seu discurso para apresentar o projeto do Código diante do Conselho de Estado, Portalis disse: “Seja lá o que se faça, as leis positivas não poderão nunca substituir inteiramente o uso da razão natural nos negócios da vida (...) uma grande quantidade de coisas são, portanto, abandonada ao império do uso, à discussão dos homens cultos, ao arbitrio dos juizes”. (*apud* BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone: 1995, p. 75).

205 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 387-397.

pela a autoridade competente para decidir e o sistema jurídico se mantenha globalmente eficaz<sup>206</sup>. Nada se pode fazer além disso, pelo menos não em nome da ciência. A partir daí, diz Kelsen, entramos no âmbito da política, do sentimento, da ideologia.

Digo que ali foi um ponto de encruzilhada porque, desde então, todas as tentativas de ressuscitar a Hermenêutica Jurídica como método partem do desconforto que o realismo cru daquele capítulo causa em quem simplesmente não pode aceitar que as coisas sejam mesmo assim como Kelsen descreve. Todos os modelos teóricos surgidos desde aquele ponto são tentativas de evidenciar que Kelsen, embora estivesse correto ao descrever o funcionamento do direito na prática, estava errado ao manter-se prisioneiro da faticidade e desistir de buscar, pelo exercício da filosofia – filosofia que nos impele à dimensão do mundo possível –, um procedimento que tornasse a interpretação do direito mais racional e, conseqüentemente, menos discricionária.

O objetivo deste capítulo final é verificar possíveis aprimoramentos no controle racional da subjetividade do intérprete do direito que foram propostos nas últimas décadas. Na verdade, desde logo reconheço que, a rigor, não se trata exatamente de um controle da subjetividade, o que se busca, mas um controle da expressão discursiva dessa subjetividade. Se é possível algum controle da subjetividade mesma, tendo em vista que esta é íntima e marcadamente afetiva, tal controle somente poderia ser levado a efeito na própria dimensão da afetividade, o que também pretendo analisar.

Dentre os diferentes modelos teóricos que existem nesse sentido, de controle racional da decisão, escolhi aquele proposto por Robert Alexy. A escolha pode ser justificada pela ampla recepção que este teórico tem encontrado no Brasil nos últimos vinte anos. Dentre os teóricos do direito do final do século XX que se ocuparam do tema central desta tese (controle racional da decisão, teoria da decisão), vivos ou mortos, brasileiros ou estrangeiros, Alexy é, sem dúvida, um dos que têm mais influência na doutrina e na jurisprudência brasileiras, embora a utilização de suas teses frequentemente se revele inadequada e distorcida. Sua teoria sobre princípios e sua noção de sopesamento têm sido amplamente difundidas e recepcionadas no ambiente acadêmico brasileiro nas duas últimas décadas e frequentemente são invocadas em julgamentos nos tribunais pátrios, inclusive no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e no Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>207</sup>.

---

206 É verdade que Kelsen estabelece um parâmetro de verificação de conteúdo, o que chamou de “moldura normativa” que a norma de hierarquia superior impõe ao aplicador do direito. No entanto, Kelsen afirma que, quando se trata de decisões da Corte Suprema, ou seja, decisões irrecorríveis, ou ainda de uma decisão contra a qual não se apresenta um recurso e, conseqüentemente, transita em julgado, nesses casos, mesmo uma decisão fora da moldura será considerada válida e produzirá seus efeitos, desde que emanada de autoridade competente (conferir KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 297-298 e KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3 ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 223-224).

207 A doutrina de Alexy é referida em dezenas de julgamentos realizados no STF e no STJ desde o início da

Pretendo mostrar, inicialmente, que há um nítido fio condutor na obra de Alexy, que (1) começa com uma teoria dos princípios, (2) passa necessariamente por uma teoria da argumentação jurídica, tendo em vista que os princípios (como ele os concebe) sempre estão sujeitos a sofrer restrições, e restrições a direitos fundamentais somente podem ser validadas pelo discurso racional e somente podem ser controladas por uma teoria da argumentação e (3) termina em uma filosofia do direito, como aliás não poderia deixar de ser, tendo em vista que a teoria da argumentação, como eu pretendo demonstrar, sempre será insuficiente para resolver questões de fundamentação, em última análise.

Ao final, pretendo evidenciar que não é possível afastar a discricionariedade da interpretação constitucional e do discurso jurídico decisório, ressaltando, aliás, que o próprio Alexy reconhece isso. Também procuro mostrar que um pretense controle racional do discurso jurídico por meio de uma teoria da argumentação se revela sempre carente de uma filosofia do direito, que, por sua vez, envolve necessariamente crenças básicas sobre o que é bom e o que é justo e encontra suas raízes mais profundas na visão de mundo e nos afetos. Assim, a ideia de um controle racional da decisão precisaria se adequar a uma nova concepção de racionalidade que reconhece em seu cerne uma subjetividade afetiva.

### 5.1 Teoria dos princípios e colisão entre normas de direitos fundamentais

Segundo o modelo teórico predominante no Brasil nas últimas duas décadas, inspirado na obra de Robert Alexy<sup>208</sup>, há duas espécies normas jurídicas: regras e princípios. A diferença

década passada, quando seus textos acadêmicos começaram a ser mais amplamente difundidos no Brasil. Relaciono aqui, a título de ilustração, alguns desses julgamentos. No STF: ADPF 54/DF, julgada em 12/04/2012; ADI 4029 / AM, julgada em 08/03/2012; HC 104410/RS, julgado em 06/03/2012, ADI 4277/DF, julgada em 05/05/2011; RE 511961/SP, julgado em 17/06/2009; ADI 3316/MT, julgada em 09/05/2007; HC 82424/RS, julgado em 17/09/2003, SS 3741, julgado em 27/05/2009. No STJ: AgRg no AREsp 330.323/PR, julgado em 03/02/2015, REsp 706769/RN, julgado em 14/04/2009; REsp 296391/RJ, julgado em 19/03/2009; REsp 706987/SP, julgado em 14/05/2008, REsp 948944/SP, julgado em 22/04/2008, EDcl no REsp 541239/DF, julgado em 12/03/2008; EREsp 767527/PR, julgado em 27/06/2007; REsp 541239/DF, julgado em 09/11/2005, HC 12547/DF, julgado em 01/06/2000. Na doutrina, a referência ao pensamento de Alexy também é ampla e frequente. É difícil encontrar um manual de Direito Constitucional editado no Brasil nos últimos 20 anos que não se refira à doutrina de Alexy, seja para difundir seu pensamento, o que é mais comum, seja para criticá-lo – o que, importa frisar, passou a acontecer com frequência nos últimos tempos exatamente por conta do grande prestígio que a teoria de Alexy alcançou em nosso meio acadêmico nos últimos anos.

208 É verdade que, no Brasil, o modelo de Alexy tem sido frequentemente utilizado de maneira equivocada e distorcida, misturado a outros modelos incompatíveis com suas premissas, o que possibilita o uso arbitrário e meramente retórico de conceitos como “sopesamento”, “proporcionalidade” e “conteúdo essencial”, mas sem qualquer compromisso com a coerência teórica, apenas para, ao final, chegar-se à decisão que já se tinha pronta antes mesmo de construir um raciocínio argumentativo. Esse sincretismo metodológico que escancara as portas para decisões arbitrárias já tem sido denunciado e criticado por alguns autores, dentre os quais se destaca Virgílio Afonso da Silva, e de modo algum pode ser considerado um defeito modelo proposto por Alexy. O fato de uma teoria ser distorcida e utilizada de modo equivocado não pode ser considerado um defeito da própria teoria, especialmente quando se trata de uma teoria que expressamente valoriza o discurso racional e coerente. Nesse sentido, conferir: SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*” In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.), **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 115-143 e SILVA, Virgílio Afonso da. O Supremo Tribunal Federal precisa de Iolau: resposta às objeções de Marcelo Neves ao sopesamento e à otimização. **Revista Direito UnB**, Brasília-DF, v. 2, p. 96-118, 2016. Nesta tese, o modelo

entre regras e princípios, segundo esse modelo, não é meramente quantitativa, não se trata de uma diferença de grau de abstração ou de generalidade, mas uma diferença qualitativa, pois princípios e regras possuem estruturas lógicas diferentes e estabelecem comandos substancialmente diferentes. Regras impõem direitos e deveres definitivos, ou seja, direitos e deveres que devem ser realizados totalmente (caso a regra seja válida e a sua hipótese de incidência ocorrer), ao passo que princípios são mandados de otimização, que estabelecem direitos e deveres *prima facie*, de modo que determinam que um dever seja cumprido (e o direito correspondente seja protegido) o máximo possível, dentro dos limites fáticos e jurídicos que o caso envolve<sup>209</sup>.

Desta maneira, dentro do modelo de Alexy, princípios são normas que estabelecem que algo deve ser realizado no máximo grau possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas – mas, obviamente, admitem realização maior ou menor, gradual, a depender dos limites fáticos e jurídicos de cada caso. Isso porque a realização máxima de um princípio tende a encontrar alguma barreira, fática ou jurídica, especialmente por conta da necessidade de efetivação de outros princípios antagônicos.

O princípio que garante a liberdade de imprensa, por exemplo, tende a encontrar limites quando for exercido em um caso específico, mesmo porque outros princípios que garantem outros direitos (como a proteção da honra, da imagem, da intimidade e da dignidade) também devem ser considerados. Por isso, Alexy afirma que os princípios são normas que garantem direitos e impõem deveres *prima facie*, expressão que deve ser compreendida no sentido de um direito garantido “à primeira vista”, ou “num primeiro momento”, mas sua efetiva extensão não pode ser definida de plano, em abstrato, pois somente poderá ser definida quando, diante do caso específico, forem identificados os limites fáticos e jurídicos para o seu exercício<sup>210</sup>.

A implicação prática mais relevante desse modelo consiste no que deve acontecer no caso de surgir uma contradição entre normas. Um conflito entre regras somente pode ser solucionado de dois modos: (1) com o reconhecimento de uma exceção que resolva o conflito ou (2) com a invalidação de pelo menos uma das regras conflitantes. Já uma colisão entre princípios deve ser resolvida de modo tal que, ainda que um princípio prevaleça sobre outro, em um caso específico, não há necessidade de estabelecer uma cláusula de exceção ou

---

teórico de Alexy será analisado e criticado pelo que propõe, e não pelo uso equivocado que se faz dele.

209 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85-103; SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 44-56; SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais** nº 01. Jan/Jun, 2003. p. 607-630.

210 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91.

tampouco considerar um deles inválido. Embora um dos princípios tenha necessariamente de sofrer uma restrição, para que o outro prevaleça, no caso específico, todos os princípios envolvidos saem da colisão “intactos”, plenamente aplicáveis em novos casos que venham a surgir.

É possível inclusive que em outro caso futuro, sob diferentes condições, o mesmo princípio que no caso anterior prevaleceu seja superado pelo princípio que antes teve de ceder. “Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face de outro sob determinadas condições”, diz Alexy. E continua: “Sob outras condições, a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência”<sup>211</sup>. E esse peso maior ou menor de um princípio é sempre relativo, vale apenas para aquele caso específico. Ou seja, essa precedência de um princípio sobre outro nunca é definitiva ou previamente estabelecida, em um plano abstrato.

Como não há uma hierarquia predeterminada e absoluta entre princípios, e como vivemos em uma sociedade plural, que reconhece como válidos princípios os mais variados e potencialmente antagônicos, não se sabe de antemão (abstratamente) a extensão dos limites de proteção jurídica que os princípios impõem. Em casos de colisão entre princípios, somente se pode definir esses limites quando se considera as peculiaridades do caso.

O procedimento a ser realizado no caso de colisão entre princípios é identificar sob quais condições um princípio deve prevalecer sobre outro, em cada caso. Nessa relação de precedência condicionada, o princípio P1 deve prevalecer sobre o princípio P2 diante de tais e quais condições que justificam a precedência naquele caso<sup>212</sup>. E assim Alexy chega à sua *lei de colisão*: “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”<sup>213</sup>. Essa regra que resulta do sopesamento entre princípios colidentes é, então, aplicável por subsunção tanto ao caso analisado quanto a outros casos futuros, desde que as condições sejam as mesmas.

Assim, como disse, no caso de colisão entre princípios, não há – nem precisaria haver – invalidação de um dos princípios para o outro prevaleça. Tampouco há a necessidade de abertura de uma cláusula de exceção. Haverá apenas um procedimento de concordância prática dos princípios antagônicos, em que um prevalecerá sobre o outro (um deles deverá

---

211 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92-93.

212 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 94-99.

213 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 99.

sofrer uma restrição para que o outro seja efetivado), diante de determinadas condições, com o mínimo de restrição possível ao princípio eventualmente derrotado, respeitando-se sempre seu conteúdo essencial.

Diante disso, a conclusão é a seguinte: conflitos entre regras são resolvidas na dimensão da validade e colisões entre princípios são resolvidas na dimensão de peso.

Se houver conflito entre regras, ou uma exceção deve ser aberta ou uma das regras deve ser declarada inválida; a regra válida deve ser aplicada integralmente, e a regra inválida não deve ser aplicada naquele caso nem em qualquer outro caso. Se houver colisão entre princípios deve ser atribuído um peso maior ou menor a esses princípios, e essa análise vale apenas para aquele caso específico; um princípio P1 vai sofrer uma intervenção restritiva para que o direito que o princípio P2 protege seja efetivado; em outro caso futuro a solução pode ser outra, porque os dois princípios permanecem integralmente aplicáveis e as condições podem ser diferentes<sup>214</sup>.

Pois bem, uma vez que os direitos fundamentais são majoritariamente protegidos por normas jurídicas com a estrutura de princípios, o tema da colisão entre princípios ganha uma relevância crucial na interpretação dos direitos fundamentais, o que inclui a definição de critérios que devem ser utilizados para a atribuição de pesos e também de critérios para estabelecer os limites da restrição que pode ser imposta a certo direito fundamental, em face da prevalência de outro direito fundamental com ele colidente. É nesse contexto que se revela central o “princípio da proporcionalidade”<sup>215</sup> como artefato retórico a ser utilizado em casos de colisões entre princípios, estabelecendo critérios de validação de uma restrição a um direito

---

214 Há ainda uma terceira questão envolvendo normas contraditórias, que em geral é desprezada pelos teóricos dos direitos fundamentais, mas que aqui merece pelo menos um registro rápido. O que fazer quando há um conflito entre um princípio e uma regra? Embora a resposta mais intuitiva seja provavelmente que o princípio deve prevalecer, essa resposta não é tão óbvia dentro do modelo proposto por Alexy. Não há propriamente uma hierarquia entre princípios e regras, mas apenas essas espécies de normas possuem estruturas diferentes e estabelecem comandos diferentes. De todo modo, no caso de um conflito entre uma regra e um princípio duas soluções são possíveis: (1) identificar o princípio que fundamenta a regra em questão e transformar a situação em uma colisão entre princípios, partindo em seguida para um sopesamento ou (2) fazer a regra prevalecer, tendo em vista que toda regra é produto de um sopesamento já realizado pelo legislador e, em atenção ao princípio formal que impõe respeito ao que já foi decidido por quem tem legitimidade para fazê-lo, o sopesamento feito pelo legislador deve ser mantido. Essa é a posição de Virgílio Afonso da Silva, com a qual concordo (conferir: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 51-56).

215 Existe uma longa discussão sobre qual é a denominação adequada para se referir à proporcionalidade, se é um “princípio”, como tradicionalmente é chamada no Brasil, se é uma “regra”, se uma “máxima” ou ainda um “postulado”. Embora eu reconheça a importância da discussão, uma vez que não se trata de mero capricho terminológico, mas de saber qual é a função e a estrutura da proporcionalidade no sistema jurídico, preferi não enfrentar a questão nesta tese, pois exigiria uma digressão muito extensa que fugiria dos objetivos da pesquisa, além do que a questão tem pouca relação com o tema central aqui proposto. Para além da discussão e das discordâncias sobre a natureza desse instituto, parece que há um consenso sobre o seu papel: trata-se de uma metanorma, ou seja, uma norma que regula a aplicação de normas. Por razões meramente convencionais, nesta tese se utiliza a expressão mais aceita e difundida, que é mesmo “princípio da proporcionalidade”. Sobre essa discussão, conferir: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 142-144 e p. 182-198; SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 168-169.

fundamental em face de outros direitos fundamentais igualmente relevantes e que, em determinado caso, devem prevalecer.

## **5.2 O princípio da proporcionalidade e sua pouca utilidade para a redução da subjetividade na interpretação dos direitos fundamentais**

O chamado “princípio da proporcionalidade” é um instrumento retórico muito utilizado na interpretação constitucional no Brasil desde a década de 1990. Trata-se, atualmente, de uma espécie de “obviedade jurídica” amplamente aceita e difundida nos manuais brasileiros de Direito Constitucional, também frequentemente invocado nos tribunais, seja pelas partes, seja pelos magistrados, embora raramente abordado com a devida profundidade.

Várias críticas têm sido formuladas ao modo como os tribunais brasileiros se utilizam do princípio da proporcionalidade para resolver casos de colisão entre direitos fundamentais, mas a maioria das críticas ressalta que o problema está no *mau uso* de tal princípio, e não no princípio *em si*. A crítica mais comum é que os tribunais aplicam o princípio da proporcionalidade como uma espécie de “carta curinga” argumentativa, vazia e sem fundamentação, apenas um clichê retórico para dar uma aparência de argumento técnico a uma decisão que é, na verdade, arbitrária, porque não fundamentada.

Nesta tese, todavia, não pretendo repisar essas críticas, embora as considere em geral corretas. O que quero evidenciar neste ponto é que o princípio da proporcionalidade, em si mesmo, é muito pouco útil no controle da subjetividade ou da discricionariedade na decisão judicial em caso de colisão entre normas de direitos fundamentais, ainda que seja aplicado devidamente, tal qual preconizam os teóricos que o propõem.

Passo, então, à demonstração desse argumento.

Na verdade, o que se chama de “princípio da proporcionalidade” é uma série de argumentos que, em seu conjunto, ganharam o *status* de princípio hermenêutico, ou de norma que serve para orientar a aplicação de normas (postulado, metanorma), que seria útil e decisivo na análise técnica e racional da constitucionalidade de uma restrição a um direito fundamental, no caso de uma colisão entre normas de direitos fundamentais.

Grosso modo, os argumentos que compõem o princípio da proporcionalidade são os seguintes: (1) para que uma restrição a um direito fundamental seja válida (a rigor, para que seja constitucional), ela precisa ser proporcional; (2) a proporcionalidade de uma restrição é composta de três elementos, que devem ser analisados sucessivamente, nesta ordem: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; (3) se a restrição a um direito fundamental não passar em algum dos três testes de proporcionalidade, ou seja, se não for

adequada, ou não for necessária, ou ainda não for proporcional em sentido estrito, tal restrição deve ser tida como inválida e violadora de um direito fundamental – portanto, deve ser tida por uma restrição inconstitucional.

Alexy sustenta que as exigências impostas pelo princípio da proporcionalidade decorrem necessariamente do próprio caráter principiológico das normas de direito fundamentais. Se os princípios são mandados de otimização, se em uma sociedade plural há diferentes princípios vigentes, inclusive princípios antagônicos, em algum momento será necessário impor restrições a direitos fundamentais colidentes. Pois é a aprovação nos três testes impostos pelo princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) que torna fundamentada e, conseqüentemente, válida, uma intervenção estatal restritiva no âmbito dos direitos fundamentais, pois submete o mandado de otimização do direito ao exame dos limites fáticos e jurídicos presentes no caso<sup>216</sup>.

Mas o que pode ser considerada uma intervenção restritiva “adequada”, “necessária” e “proporcional em sentido estrito”? O que significa exatamente cada uma dessas expressões? Podem mesmo ser úteis no exame da validade de uma restrição a um direito fundamental, no sentido de evitar restrições arbitrárias? Seu sentido e seu alcance podem ser estabelecidos de modo técnico e objetivo, ou há amplo espaço para discricionariedade cognitiva? Nesse momento, cabe uma análise individualizada de cada um dos chamados “subprincípios” do princípio da proporcionalidade.

### **5.2.1 Adequação**

O subprincípio da adequação impõe um exame que relaciona meios e fins. Diz-se que uma intervenção no âmbito dos direitos fundamentais é adequada se tiver aptidão para promover o fim pretendido.

É importante esclarecer logo de início que, segundo a doutrina e os precedentes judiciais alemães dos quais se originam o princípio da proporcionalidade tal qual se apresenta aqui, não se exige que a medida a ser adotada tenha aptidão para *realizar* o fim pretendido, mas basta que tenha capacidade para *promover* ou *fomentar* em alguma medida o fim pretendido<sup>217</sup>. Virgílio Afonso da Silva traz à tona essa questão, que por muito tempo simplesmente foi desconhecida ou desprezada, mas que é crucial para o exame da adequação

---

216 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 116-120.

217 SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**, n. 798, 2002, p. 36-37. No mesmo sentido: BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 78.



de uma restrição imposta a um direito fundamental.

No Brasil, difundiu-se na literatura especializada, nos ambientes acadêmicos e na jurisprudência que o exame da adequação consiste em verificar se um meio tem aptidão para *realizar* um resultado pretendido<sup>218</sup>. Mas esta afirmação não está correta. E Virgílio Afonso da Silva explica que a confusão está relacionada a uma tradução indevida de um termo utilizado no precedente judicial<sup>219</sup> que originou a teorização sobre proporcionalidade na Alemanha:

A causa do problema está na tradução imprecisa da decisão. A sentença em alemão seria melhor compreendida se se traduzisse o verbo *fördern*, usado na decisão, por fomentar, e não por alcançar, como faz Gilmar Ferreira Mendes, porque, de fato, o verbo *fördern* não pode ser traduzido por alcançar. *Fördern* significa fomentar, promover. Adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado. Há uma grande diferença entre ambos os conceitos, que fica clara na definição de Martin Borowski, segundo a qual uma medida estatal é adequada quando o seu emprego faz com que 'o objetivo legítimo pretendido seja alcançado ou pelo menos fomentado'. Dessa forma, uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido<sup>220</sup>.

José Roberto Pimenta Oliveira cita ainda outro trecho da mesma decisão, em que o Tribunal afirma que certa medida estatal deve ser considerada adequada “quando com sua utilização se possa sensivelmente favorecer o resultado desejado”<sup>221</sup>, o que confirma que, segundo aquele precedente, não é necessário demonstrar que a medida restritiva tem aptidão para *realizar* o fim pretendido, nem mesmo que o meio escolhido seja o *melhor possível* ou o *mais adequado*, mas é suficiente que tenha capacidade de contribuir *de algum modo* para o alcance do tal objetivo.

Assim, a reprovação de uma medida restritiva a direitos fundamentais no teste da adequação é normalmente decorrente desse equívoco. Para ilustrar, trago o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal retomou na sessão do dia 10 de setembro de 2015. Neste recurso, é discutida a constitucionalidade do tipo penal que criminaliza o porte de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei n. 11.343/06). Ao analisar a questão, o Ministro Luís Roberto Barroso sustentou que tal medida estatal de restrição a direitos (a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal) viola alguns princípios jurídicos fundamentais, dentre os quais o princípio da proporcionalidade. Ao analisar especificamente o teste da adequação, disse o seguinte:

218 MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. In: **Repertório IOB de jurisprudência**: tributário, constitucional e administrativo, n. 14, 2000, p. 361-372; MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**, Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 248.

219 BVerfGE 30, 292 [316].

220 SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. In: Revista dos Tribunais n. 798, 2002, p. 36-37.

221 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 51.

Por que não passa, a meu ver, no teste da adequação? Porque a criminalização não apenas não conseguiu produzir resultado quantitativamente relevante no consumo como, sobretudo, porque a criminalização produz um impacto que não protege a saúde pública, que desprotege a saúde pública, porque afasta o usuário do sistema, porque se ele for ao sistema, ele é tratado como criminoso. Portanto, como é que a criminalização pode ser adequada para a proteção da saúde pública, se, em última análise, ela afasta o usuário do sistema de saúde, porque se ele for ao sistema de saúde, ele já sai do hospital “fichado” como criminoso, por violação do art. 28 da Lei de drogas<sup>222</sup>.

Primeiramente, cabe registrar que o argumento do Ministro Barroso contém uma informação equivocada. O usuário de drogas ou dependente químico que busca tratamento no sistema de saúde tem assegurado o sigilo e a confidencialidade de todas as informações que estejam relacionadas à sua condição médica e ao seu tratamento, conforme o art. 5º, II, da Portaria nº 1.820, de 13 de agosto de 2009, do Ministério da Saúde. Dizer que o usuário de drogas ou dependente químico sai “fichado” do hospital, tão logo procure ajuda médica, além de não ser correto, acaba por afastar o usuário do tratamento adequado, ainda mais quando é dito por uma autoridade judicial de tão notáveis credibilidade e visibilidade.

Mas, no ponto que importa aqui, o argumento está errado porque toma o teste da adequação em sentido diferente daquele elaborado pela teoria dos direitos fundamentais. Para o Ministro, o fato de a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal não ter conseguido produzir impacto relevante no consumo de drogas, para diminuí-lo, conduz à conclusão de que a medida legal de restrição que a lei criminal impõe, nesse caso, não passa pelo teste da adequação.

Mas a questão não é saber se a criminalização tem sido pouco, médio ou muito eficiente em reduzir a prática dessa conduta – aliás, se esse fosse o ponto, quase toda a legislação penal brasileira deveria ser considerada inadequada, pois é extremamente ineficiente no sentido de reduzir a prática de condutas consideradas socialmente nocivas – mas saber se tem aptidão para *promover* o fim pretendido, se tem algum potencial, mínimo que seja, para desencorajar a conduta. E por mais ineficiente que seja a legislação penal, o risco do estigma que uma detenção pela polícia e que um processo criminal carregam tem o seu peso, ainda não seja nem perto de suficiente para reduzir o consumo de drogas<sup>223</sup>.

E não poderia ser diferente disso. Exigir uma análise qualitativa do meio a ser escolhido implicaria verificar se há outros meios disponíveis mais eficientes e com melhor

---

222 O julgamento do RE 635.659 foi suspenso após pedido de vista do Ministro Teoria Zavascki e ainda não foi retomado até a data em que apresento esta tese. A íntegra do voto do Ministro Luís Roberto Barroso ainda não foi tornada pública, e o trecho citado é parte de seu voto oral na sessão de julgamento. Disponível no canal da TV Justiça no *youtube*: VOTO do Ministro Luis Roberto Barroso - STF - Descriminalização. Brasília: 2015. (104 min.), son., color. Disponível em: <<https://youtu.be/z8LhuORvmko?t=2540>>. Acesso em: 16 fev. 2019.

223 Registro que minha análise, quanto a este ponto, não tem relação com a tese sustentada, se correta ou errada, mas se restringe à correção da aplicação do princípio da adequação, tal qual ele foi elaborado pela teoria dos direitos fundamentais alemã.

probabilidade de realizar o fim pretendido, e ainda discutir se a medida precisa ser concretamente adequada (efetivamente adequada, em um exame *a posteriori*) ou basta que seja abstratamente adequada (potencialmente adequada, em um exame *a priori*), ou ainda se precisa ser adequada de um modo geral (sem um caso específico envolvido, em uma previsão legal ou regulamentar) ou adequada de um modo particular (para um caso específico, em uma decisão judicial ou administrativa).

Como diz Humberto Ávila<sup>224</sup>, impor um controle desse tipo no exame da adequação inviabilizaria o trabalho da Administração Pública e das Casas Legislativas, além de colocar em situação de fragilidade a autonomia e a independência das funções legislativa, administrativa e judicial. Sem contar que seria um exame altamente aberto a avaliações subjetivas sobre a adequação da medida, que poderia variar imensamente a depender da perspectiva daquele que examina o caso.

Assim, segundo a teoria dos direitos fundamentais, uma medida que impõe uma restrição a um direito fundamental deve ser considerada adequada quando tiver capacidade de *promover* ou *fomentar* um fim pretendido. Somente seria considerada inadequada uma medida que, *in totum*, é imprestável para a promoção do objetivo que se quer atingir.

Aqui surge outro problema. Dificilmente uma intervenção no âmbito dos direitos fundamentais não contribuiria em *nada* para fomentar a realização de um fim pretendido ao se propor a intervenção. Teria de ser uma intervenção totalmente absurda e teratológica, e não digo “absurda” em sentido jurídico ou moral, mas absurda em sentido lógico mesmo.

Virgílio Afonso da Silva fornece um exemplo hipotético que dá a dimensão da pouca utilidade do princípio da adequação. Suponha-se que, com o objetivo combater a disseminação do vírus da AIDS, seja aprovada uma lei que determina que todas as pessoas devem se submeter ao exame de sangue para detectar possível infecção pelo vírus e, além disso, determina que todos os infectados devem ser mantidos permanentemente encarcerados e isolados do convívio social. O objetivo de tal lei seria proteger o direito à vida e à saúde das pessoas não-infectadas, bem como a saúde pública, impondo uma restrição à liberdade das pessoas infectadas<sup>225</sup>.

A pergunta a ser respondida inicialmente seria: essa restrição é adequada? Passa pelo teste da adequação? Embora soe absurda do ponto de vista moral e também jurídico, o exame da adequação é apenas uma relação de meio e fim, a saber, consiste apenas em verificar se o meio escolhido tem aptidão para *promover* o fim pretendido. E não se pode deixar de reconhecer que essa medida extrema tem, sim, aptidão para promover a proteção da saúde de pessoas não-infectadas, porque o encarceramento e isolamento de todas as pessoas infectadas

224ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 188-191.

225SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. In: Revista dos Tribunais n. 798, 2002, p. 40.

anula o risco de contaminação. Desse modo, a conclusão não pode ser outra senão que a medida se revela adequada. Essa é uma boa demonstração da pouca prestabilidade do teste da adequação, que somente atuaria efetivamente para impedir medidas que não contribuíssem em *nada* para a promoção do fim pretendido (algo como uma lei teratológica obrigando todas as pessoas infectadas com o vírus HIV a tomar banho cinco vezes ao dia, com o objetivo de proteger a saúde pública).

### 5.2.2 *Necessidade*

O teste da necessidade consiste em verificar se não há alternativa mais suave à restrição imposta ao direito fundamental e que promova na mesma medida o fim pretendido. Aqui é preciso comparar os vários meios disponíveis para alcançar o fim pretendido e encontrar, dentre os meios que promovem igualmente o fim pretendido, aquele que restringe menos direitos fundamentais. Se há duas opções de restrição a um direito fundamental, R1 e R2, e ambas promovem igualmente o objetivo que se persegue, e R1 é menos ofensiva que R2, então R2 se revela desnecessária.

Há também um problema relevante no exame da necessidade. É importante ressaltar que não basta haver uma segunda restrição mais suave para considerar uma primeira restrição desnecessária, é preciso que ambas promovam o fim pretendido *na mesma medida*<sup>226</sup>.

Humberto Ávila explica assim:

O exame da necessidade envolve duas etapas de investigação: em primeiro lugar, o *exame da igualdade de adequação dos meios*, para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim; em segundo lugar, o *exame do meio menos restritivo*, para examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados<sup>227</sup>.

Encontrar medidas alternativas que sejam menos restritivas não é tão difícil, normalmente, o difícil é encontrar uma medida mais suave e que promova *igualmente* o fim pretendido, comparando-a com outra medida mais intensa. Voltando ao caso hipotético da lei que determina que todas as pessoas façam exame de sangue para detectar uma infecção causada pelo vírus e também a prisão e o isolamento permanente das pessoas contaminadas, é possível pensar em várias medidas alternativas mais suaves aptas a promover o fim pretendido (proteger a saúde pública e o direito à vida e à saúde das pessoas não-infectadas), mas o problema é que isso não é suficiente para considerar a medida imposta pela lei desnecessária.

---

226 Nesse sentido: “Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, *com a mesma intensidade*, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido” (SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. In: Revista dos Tribunais n. 798, 2002, p. 38, grifo não consta no original)

227 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 193. Grifo no original.

Para que a restrição que lei impõe ao direito à liberdade seja considerada desnecessária, seria preciso encontrar outra medida restritiva que, ao mesmo tempo, seja mais suave e também promova o objetivo buscado *com a mesma intensidade* (ou maior intensidade) que o isolamento forçado. No entanto, parece que nenhuma medida alternativa mais suave seria capaz de proteger a saúde pública *com a mesma intensidade* que o isolamento forçado. Qualquer medida alternativa mais suave protegeria com menos intensidade a saúde pública e a saúde dos indivíduos não-infectados. Portanto, a conclusão deveria ser mesmo no sentido de considerar necessário o isolamento forçado – além de adequado.

Mesmo em casos que flertam com o ridículo e o bizarro, o teste da necessidade, tal qual é proposto pela teoria dos princípios alemã, tem pouca utilidade para evitar ações arbitrárias de restrição a direitos fundamentais. Invoco como exemplo o caso do prefeito de uma cidade da Lituânia que, em 2011, indignado com os motoristas de carros que desrespeitavam a lei e estacionavam seus veículos na faixa reservada aos ciclistas, decidiu passar com um tanque de guerra por cima de um carro estacionado de modo irregular, esmagando o carro inteiramente. Filmou o evento e colocou na *internet*, para servir de exemplo e prevenir futuras irregularidades neste âmbito<sup>228</sup>.

Há certamente várias críticas que podem ser apresentadas ao ato praticado pelo administrador público, mas o princípio da necessidade, tal qual é apresentado pela doutrina alemã, não fornece nenhum argumento nesse sentido. Claro que há inúmeras medidas alternativas que podem ser imaginadas, medidas bem mais suaves que esta atitude bizarra do prefeito, mas nenhuma delas teria o mesmo impacto (midiático, inclusive) sobre o comportamento dos motoristas. Nenhuma medida alternativa promoveria o fim pretendido (conscientizar motoristas e desestimular o estacionamento irregular) com a mesma intensidade e na mesma medida.

Para usar exemplos mais próximos da realidade forense cotidiana, o mesmo problema se apresenta no exame da necessidade de uma prisão preventiva, bem como no exame da proibição de divulgação de uma notícia constrangedora envolvendo uma pessoa.

Quanto à prisão preventiva, esta somente pode ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, para proteger a instrução criminal ou ainda para evitar a fuga do acusado de ter praticado o crime, conforme o art. 312 do Código de Processo Penal. Até existem várias medidas cautelares alternativas à prisão, que também são capazes de promover esses fins de proteção da ordem pública, da ordem econômica, da instrução criminal e evitar a fuga, como, por exemplo, o monitoramento eletrônico e a retenção do passaporte. Mas que

228 PREFEITO lituano destrói com tanque carro estacionado em local proibido: em vídeo de sua página no YouTube, prefeito diz que esse será o fim de quem parar ilegalmente. **Estadão**. São Paulo, 02 de Agosto de 2011. Disponível em: <<https://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,prefeito-lituano-destroi-com-tanque-carro-estacionado-em-local-proibido,753246>>. Acesso em 16 fev 2019.

medida cautelar alternativa mais suave que a prisão promoveria os fins pretendidos *na mesma intensidade* que a prisão? Assim, é praticamente inútil submeter uma prisão preventiva ao teste da necessidade, tendo em vista que sempre essa medida extrema será aprovada sem maior dificuldade ou ônus argumentativo.

De semelhante modo, proibir que veículos de comunicação divulguem notícias constrangedoras sobre alguém é realmente uma restrição intensa aos direitos fundamentais à liberdade de imprensa e à informação, em nome da proteção aos direitos da personalidade da pessoa envolvida. Não é mesmo difícil pensar em medidas alternativas mais suaves para promover esse mesmo fim. Mas a questão novamente é saber não apenas se há medidas alternativas mais suaves, mas saber se essas medidas mais suaves são igualmente aptas a promover o fim pretendido, com a mesma intensidade da proibição de veiculação das notícias. E, realmente, qualquer medida alternativa mais suave promoverá menos intensamente a proteção aos direitos da personalidade da pessoa envolvida na notícia constrangedora.

Desse modo, sempre (ou quase sempre) a prisão preventiva de um réu em um processo penal será uma medida restritiva adequada e necessária, porque sempre será apta a promover o fim pretendido (proteger a ordem pública, evitar a fuga, proteger a instrução criminal etc.) e nunca (ou muito dificilmente) haverá medida alternativa que promova esse fim na mesma intensidade. Sempre (ou quase sempre) a proibição da divulgação de notícias constrangedoras sobre alguém será considerada uma restrição adequada e necessária, pois sempre será apta a promover o fim pretendido (proteger os direitos da personalidade da pessoa envolvida na notícia) e nunca (ou muito dificilmente) haverá medida alternativa mais suave que promova igualmente esse fim.

### **5.2.3 *Proporcionalidade em sentido estrito***

Não bastasse a pouca prestabilidade das noções de adequação e necessidade para evitar o arbítrio nas restrições a direitos fundamentais (ressalto que, sim, esses argumentos têm alguma utilidade, mas apenas para invalidar restrições teratológicas), há ainda outro problema no exame da proporcionalidade de uma restrição a um direito fundamental. O ponto mais problemático do princípio da proporcionalidade é mesmo a análise da chamada “proporcionalidade em sentido estrito”, que, segundo Alexy, consiste na exigência de um “sopesamento” entre os princípios envolvidos no caso, pelo qual se atribui maior peso a um ou a outro, em uma relação de precedência condicionada, que deve ser devidamente fundamentada<sup>229</sup>.

---

229 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 117.

Neste ponto, o potencial problemático é maior porque diante do intérprete não está apenas o problema frequente do alto grau de abstratividade e vagueza de princípios, mas também o problema dos argumentos a serem considerados no “sopesamento” a ser realizado entre direitos fundamentais conflitantes em um caso concreto. Alexy explica:

A determinação substancial seria algo não-problemático se sempre fosse claro aquilo que é devido em razão das normas de direitos fundamentais. Mas esse não é o caso. A razão para tanto não reside apenas na abertura semântica e estrutural das disposições de direitos fundamentais, mas sobretudo na natureza principiológica das normas de direitos fundamentais. Essa natureza principiológica implica a necessidade de sopesamentos. Embora o processo de sopesamento seja, como já foi demonstrado, um processo racional, ele não é um processo que leva sempre a uma única solução para cada caso concreto. Decidir qual solução será considerada como correta após o sopesamento é algo que depende de valorações que não são controláveis pelo processo de sopesar. Nesse sentido, o sopesamento é um procedimento aberto<sup>230</sup>.

Em um sopesamento, o intérprete precisa comparar o grau de importância da realização do fim pretendido com a intensidade da restrição que será imposta a direitos fundamentais, perguntar-se sobre as vantagens a serem alcançadas, se estas superam e justificam as desvantagens relacionadas à restrição de direitos fundamentais. Pois é aqui que a subjetividade afetiva impera, uma vez que as vantagens e desvantagens nesse plano dos valores somente podem ser mensuradas a partir de determinada visão de mundo e de crenças sobre o que é justo e bom, crenças que variam enormemente. E não apenas variam muito, mas podem mesmo se revelar coerentes com suas diferentes premissas, embora conduzam a conclusões frequentemente opostas, de modo que para avaliar a correção de uma decisão em última instância fundada em crenças fundamentais seria necessário um exame das próprias premissas e uma crítica das ideologias.

Restrições a direitos fundamentais em casos envolvendo liberdade de imprensa, liberdade de expressão e direitos da personalidade, envolvendo interrupção da gravidez e disposição sobre o próprio corpo, envolvendo presunção de inocência e segurança pública em processos criminais simplesmente, ou ainda envolvendo temas como racismo e cotas raciais não podem ser avaliadas sem vieses cognitivos e heurísticas, sem uma profunda relação com afetos que fundam uma visão de mundo. Ao contrário, questões assim serão sempre e necessariamente avaliadas em uma mente inclinada à confirmação de crenças fundamentais e de preconceitos, ancorada em parâmetros anteriores injustificados, uma mente que tem péssima capacidade de lidar com probabilidades e dados com estatísticos, que frequentemente confunde facilidade de recordação com relevância ou frequência e que avalia globalmente as pessoas envolvidas no caso a partir de informações fragmentadas e de veracidade duvidosa. Tudo o que examinei nos capítulos anteriores, sobre os processos de interpretação, cognição e

---

230 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 543-544.

decisão, se aplica aqui integralmente.

Não digo que o sopesamento seja necessariamente um procedimento irracional, como dizem alguns críticos de Alexy, mas afirmo apenas que ele pode ser conduzido por diversos tipos de racionalidade, cada uma com seus próprios padrões de raciocínio, com suas próprias crenças fundamentais, de modo que a conclusão pode mesmo ser coerente com as premissas. O problema é que há premissas muito diferentes entre si e, em uma sociedade complexa e plural, marcada pela historicidade dinâmica, como não pode deixar de ser, é extremamente difícil a crítica material das ideologias de modo a avaliar tais premissas que fundam uma visão de mundo. E na falta de um critério para avaliar essas premissas fundamentais, com exceção talvez da exclusão necessária e autoevidente do relativismo cético radical, que rejeita a própria lógica como parâmetro de validação e inviabiliza o discurso (aliás, inviabiliza o próprio discurso relativista e cético), resta apenas a procura pelos pressupostos mínimos e intrascendíveis do próprio discurso. Mas sem garantias de correção quanto ao conteúdo.

Alexy, no entanto, insiste que o sopesamento, embora não estabeleça, ele mesmo, critérios de correção, pode ao menos ser controlado racionalmente. Em defesa da sua noção de *sopesamento*, contra objeções levantadas por alguns críticos no sentido de que esse procedimento possibilita decisionismos arbitrários, Alexy reconhece que essas objeções “são procedentes *se* com elas se quer dizer que o sopesamento não é um procedimento que conduza, em todo e qualquer caso, a um resultado único e inequívoco”<sup>231</sup>; mas alega que se a crítica é de que o procedimento é não-racional ou irracional, tal crítica não é procedente. Ou seja, novamente Alexy admite que um procedimento que ele propõe *não* resolve o problema da ambiguidade e da vagueza dos enunciados normativos – aqui considerado em sentido mais amplo, pois envolve amplas molduras que se interseccionam, numa colisão entre princípios –, embora insista que a questão relevante não é saber como se identifica ou se estabelece a “interpretação correta”, pretensamente a *única correta* ou a *mais correta*, mas em saber se é possível exercer um controle racional sobre esse procedimento, ainda que não conduza a *uma* “interpretação correta”.

Então, procurando demonstrar a racionalidade do sopesamento, Alexy estabelece a diferença entre um modelo de sopesamento *decisionista* de um modelo de sopesamento *fundamentado*. No modelo decisionista, a escolha sobre qual princípio deve prevalecer resume-se à formulação de um enunciado de preferência por um deles. O intérprete apenas estabelece qual dos princípios colidentes deve ter preferência, e só. Nesse tipo de sopesamento o intérprete teria a possibilidade de seguir única e exclusivamente suas concepções subjetivas e sequer se poderia falar em sopesamentos *corretos* e sopesamentos

---

231 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 164.



*equivocados*, pois não é apresentada nenhuma justificação. Por outro lado, no modelo *fundamentado* a escolha por um dos princípios não se dá apenas por um processo psíquico, subjetivo, mas mediante a apresentação de argumentos<sup>232</sup>.

Para ele, então, a racionalidade do discurso jurídico depende exatamente de saber se e em que medida as valorações não dedutíveis do material normativo, mas que decorrem da subjetividade do intérprete, são passíveis de um controle racional. Em outras palavras, saber se pode ou não haver uma fundamentação de juízos morais. E ele defende que, sim, pode haver tal fundamentação. Fica assim estabelecido o vínculo da teoria dos princípios com uma teoria da argumentação jurídica.

### 5.3 A justificação racional do discurso jurídico

Alexy afirma que há casos jurídicos que não suscitam dúvidas sérias sobre a interpretação dos enunciados normativos e normalmente são decididos com base na solução dogmática apresentada de maneira suficientemente clara pelo ordenamento jurídico positivo, ou ainda com referência a precedentes jurisprudenciais estabilizados. Afirma, ainda, que esses casos “fáceis” são até mais numerosos que os casos problemáticos<sup>233</sup>. Ocorre que muitas questões jurídicas não são facilmente resolvidas, tendo em vista a vagueza ou ambiguidade de alguns enunciados normativos, de modo que nesses casos, em especial, o intérprete terá que emitir juízos de valor para escolher dentre as soluções possíveis a “mais adequada”, devendo fazê-lo racional e justificadamente<sup>234</sup>. Mas, como ficou claro nos itens anteriores, é exatamente aqui que surge a questão fundamental da teoria dos princípios e da argumentação de Alexy: saber em que hipóteses e em que medida esses juízos de valor são realmente necessários e indicar elementos para que esses juízos sejam racionalmente justificados<sup>235</sup>.

Alexy sustenta, então, que a justificação racional das afirmações que expressam um julgamento jurídico tem dois aspectos distintos: a justificação interna e a justificação externa.<sup>236</sup>

232 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 164-165.

233 ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 21.

234 ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 20.

235 Alexy esclarece, todavia, que a sua teoria não pode ser identificada com a teoria tópica sobre a interpretação jurídica. Embora os *topoi* não tenham pretensão de verdades provadas, mas apenas de proposições aceitáveis, razoáveis ou prováveis, a abertura proporcionada pela argumentação tópica impossibilita a estabilidade perseguida pela dogmática jurídica e pela jurisprudência na medida em que a tópica subestima a importância da lei e dos precedentes, colocando-os na condição de meros tópicos argumentativos (cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 32).

236 ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 218.

O que ele chama de *justificação interna* do discurso jurídico, na verdade, consiste apenas no respeito às regras da lógica formal. Ou seja, a justificação interna de uma decisão corresponde à adequação lógica dessa decisão em relação às premissas indicadas, de modo que a decisão está internamente justificada se a conclusão pode ser deduzida a partir das premissas, sem violação da lógica formal. Sem dúvida, este é um aspecto bastante elementar da justificação, uma vez que não permite análise qualitativa dos fatos determinantes, dos argumentos e das consequências da decisão. Todavia, a justificação interna é sempre necessária para assegurar certa dose de racionalidade ao discurso jurídico (trata-se do *mínimo* de racionalidade), visto que afasta decisões simplesmente absurdas (em sentido lógico) e, portanto, inadequadas para a solução racional de conflitos jurídicos. Alexy adverte, no entanto, que a racionalidade das premissas em relação às conclusões não garante a racionalidade e a validade do julgamento em si, tarefa que incumbe à justificação externa.

Quanto à *justificação externa*, esta diz respeito à fundamentação das premissas usadas na justificação interna, ou seja, a análise acerca da *correção* das premissas em si. Essas premissas podem ser o texto de dispositivos normativos encontrados na constituição, em leis, códigos, decretos, portarias ou resoluções, cuja justificação consiste em demonstrar sua validade (jurídica) formal e material, como também podem ser enunciados empíricos que precisam ser justificados por métodos das ciências empíricas (Física, Biologia, Química, etc.), como, por exemplo, quando o caso envolve o pronunciamento de engenheiros, médicos e biólogos, seja por laudo pericial, seja em parecer técnico. Nesse último caso, a justificação é tarefa da ciência auxiliar, não do jurista.

Há casos, no entanto, em que as premissas não são nem afirmações empíricas nem enunciados normativos da legislação vigente, mas uma alegação que vai além do direito formalmente estabelecido, sendo necessário, neste último caso, recorrer à argumentação jurídica para que seja adequadamente justificada.<sup>237</sup>

Alexy aponta, então, para alguns grupos de regras e formas para a justificação externa, com especial destaque para (1) a interpretação, (2) a argumentação dogmática e (3) o uso dos precedentes.

Sobre o papel da interpretação, Alexy explica que os cânones da interpretação clássica da hermenêutica jurídica são importantes para a adequada argumentação acerca da decisão a ser tomada. O elemento gramatical, o lógico, o teleológico, o sistemático e o histórico são úteis sobretudo para indicar o alcance de sua aplicação, bem como garantir o seu *status* de procedimento lógico. Assim, ainda que não ofereçam garantia de encontrar a resposta certa,

---

237 ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 224.

são mais que meros instrumentos de legitimação de uma decisão, “trata-se de formas em que a argumentação jurídica tem de ser computada se for para atender sua exigência de correção, que, de forma diferente do que o discurso prático geral, contém o reconhecimento da qualidade obrigatória da legislação”<sup>238</sup>.

Quanto à dogmática jurídica, Alexy afirma que esta tem a importante função de garantir certa estabilidade e organização técnica da jurisprudência.<sup>239</sup> A argumentação dogmática tem a finalidade de demonstrar a necessidade levar em conta as soluções apontadas pelo ordenamento jurídico, sendo este compreendido a partir de conceitos e institutos jurídicos elaborados pela doutrina. A doutrina também tem a função de fundamentar os enunciados jurídicos positivos e de identificar a possibilidade de compatibilização dos enunciados normativos vigentes, impedindo contradições. Portanto, a preferência deve ser dos argumentos dogmáticos; se forem possíveis, devem ser aceitos. Mas se um enunciado dogmático for colocado em dúvida, esse questionamento deve ser fundamentado pelo emprego de um argumento prático geral que apresente harmonia sistemática com todas as outras proposições dogmáticas<sup>240</sup>.

Resumidamente, as regras de argumentação dogmática são formuladas da seguinte maneira: (1) Toda proposição dogmática tem de ser justificada com o recurso de ao menos um argumento prático geral sempre que estiver sujeita à dúvida; (2) Toda proposição dogmática tem de ser capaz de passar num exame sistemático tanto no sentido mais estreito quanto no sentido mais amplo; (3) Sempre que os argumentos dogmáticos forem possíveis eles devem ser usados<sup>241</sup>.

Mas o argumento dogmático não é insuperável, como se percebe. E essa é a questão importante aqui. Alexy diz que ele pode ser afastado pela argumentação. Dessa maneira, Alexy admite como válido um discurso racional apto relativizar a força vinculatória dos textos normativo, inclusive e especialmente diante de enunciados que tratam de direitos fundamentais, de modo a superar os limites semânticos impostos pelos enunciados normativos, embora com grande ônus argumentativo. Em suas palavras:

É possível conciliar muita coisa com o texto das disposições constitucionais, mas não tudo. O fato de o texto requerer ou excluir uma determinada interpretação é um argumento muito forte a favor ou contra essa interpretação. [...] Mas afirmar que o argumento semântico é um argumento muito forte não significa que ele sempre prevaleça. [...] Para superá-lo não é suficiente demonstrar que a solução contrária ao texto é melhor que a com ele compatível; as razões para solução contrária ao texto

238 ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 240.

239 ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 253 e 256.

240 ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 249 e seguintes.

241 ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 252-258.

têm que ser extremamente fortes para que, do ponto de vista da constituição, o afastamento do teor literal fique justificado. Assim, o texto das disposições de direitos fundamentais vinculam a argumentação por meio da criação de um ônus argumentativo a seu favor<sup>242</sup>.

Por fim, Alexy sustenta que os precedentes têm uma importância singular na argumentação especificamente jurídica, sendo necessário apenas delimitar qual será o alcance da função desses precedentes e a relação dos argumentos baseados em precedentes com os outros tipos de argumento possíveis no discurso jurídico. Aqui, uma vez mais, o princípio da universalidade é invocado com o objetivo de demonstrar a exigência sempre presente de que casos semelhantes devem ser tratados de forma semelhante, em respeito à ideia de justiça formal inerente a qualquer discurso jurídico<sup>243</sup>.

Em um discurso jurídico racional não se pode admitir decisões mutáveis ou mesmo incompatíveis entre si. Assim, os precedentes judiciais, ainda mais quando as decisões se tornam reiteradas e uniformes, não só podem como *devem* ser utilizados como referencial para as decisões judiciais, com a devida justificação e sem prejuízo da independência do juiz singular e sua livre convicção motivada.

Ao final, todavia, o próprio Alexy admite que qualquer teoria da argumentação jurídica é muito limitada e não pretende – nem poderia pretender – alcançar um grau de certeza que possa garantir que seja possível chegar a conclusões definitivas. Em suas palavras:

Para qualquer pessoa preparada a aceitar uma teoria da argumentação jurídica racional, um procedimento que garanta a certeza do resultado, a teoria proposta aqui é inaceitável por esse único motivo. No entanto, nenhum procedimento que garanta a certeza está à vista ainda. Qualquer pessoa que equipare racionalidade com certeza terá de renunciar à ideia de uma teoria da argumentação jurídica racional. Não existe, é claro, nenhuma razão para insistir nesta identificação. Mesmo nas ciências naturais, que muitas vezes são sustentadas em contraste com a jurisprudência como um paradigma de ciência autêntica, não pode haver questão de chegar à certeza conclusiva. O fato de a certeza ser inatingível não pode, portanto, em si e por si mesmo ser visto como uma razão suficiente para negar o caráter científico da jurisprudência ou sua natureza como uma atividade racional.<sup>244</sup>

Em resumo: Alexy entende que não há método ou procedimento que, diante do problema da ambiguidade e da vagueza dos enunciados normativos, conduza a uma (única) “interpretação correta” em todos os casos. No entanto, embora reconhecendo que elementos valorativos estejam inevitavelmente presentes na argumentação jurídica em casos problemáticos, sustenta que há um caminho cientificamente possível, racionalmente controlável, que conduz a escolhas corretas.

242 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 553.

243 ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 259.

244 ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 272.

A grande contribuição de sua teoria está na tentativa de apresentar critérios para uma argumentação jurídica que possa ser considerada racional. Certamente, a exigência de argumentação dentro de regras para um discurso jurídico racional tem a vantagem de, no mínimo, exigir a apresentação de razões e, ainda, estabelecer critérios hipotéticos para a correção das afirmações normativas, admitindo que a conclusão será sempre provisória e contestável. Trata-se de postura mais razoável e mais criteriosa que aquela que admite o arbítrio puro e simples.

#### **5.4 Sobre a insuficiência da teoria da argumentação como mecanismo de controle racional da decisão**

Alexy afirma que o procedimento de interpretação dos enunciados normativos consiste basicamente em uma questão de *interpretação em sentido restrito*, aquela que se torna necessária quando um texto admite mais de uma interpretação e não fica evidente qual é a correta. Essa interpretação, diz Alexy, “inicia com uma pergunta e termina com uma escolha entre várias interpretações possíveis”<sup>245</sup>. E assim ele descreve tal escolha:

Como atividade, a interpretação não visa a algum resultado, mas a um correto: à interpretação correta. O resultado da interpretação é uma afirmação da interpretação. Como toda a afirmação, assim também a afirmação da interpretação promove uma pretensão de correção.

[...] Se com interpretações é promovida uma pretensão de correção e se o cumprimento dessa pretensão deve ser revisável publicamente, então vale a seguinte proposição: interpretação é argumentação. A isso corresponde que em sistemas jurídicos modernos regularmente existe um dever de fundamentação judicial e na ciência do direito são solucionados problemas pela consideração de argumentos pró e contra.<sup>246</sup>

Há aqui quatro pontos importantes sobre o problema da ambiguidade e da vagueza dos enunciados normativos: (1) ainda que não haja apenas uma interpretação obviamente correta para os enunciados normativos, toda interpretação proposta por alguém, dentre as possíveis, *pretende* anunciar a interpretação correta e (2) a escolha da interpretação pretensamente correta, dentre as interpretações possíveis, consiste numa atividade argumentativa, o que significa dizer que será considerada *correta* a interpretação que se mostrar fundada nos *argumentos mais consistentes*, eliminados os argumentos contrários; (3) a aplicação do direito é de interesse público e a correção das interpretações propostas deve ser revisável publicamente, logo toda decisão-escolha judicial que envolve a interpretação do direito num caso problemático deve trazer consigo a devida fundamentação, pelo juiz e (4) o papel da

245 ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**. 2 ed. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 62.

246 ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**. 2 ed. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 65-66.

“ciência do direito” é considerar os argumentos favoráveis e os desfavoráveis à interpretação proposta e avaliar se aquela realmente é *a interpretação correta*, a saber, a interpretação argumentativamente mais forte e mais consistente, ou se existe outra interpretação fundada em outros argumentos melhores.

Ainda sobre o papel da “ciência do direito”, Alexy diz:

A interpretação jurídica é um meio para o cumprimento da tarefa prática da ciência do direito. Essa consiste, em último lugar, nisto, dizer o que em casos concretos, é ordenado, proibido e permitido juridicamente. Sentenças sobre isto, o que, em casos concretos, é ordenado, proibido e permitido juridicamente, são sentenças de dever jurídicas concretas. A interpretação jurídica tem lugar, portanto, no quadro da fundamentação de sentenças de dever jurídicas concretas. Isso vale imediatamente para a interpretação judicial e, pelo menos, mediatamente para outras interpretações, particularmente a científico-jurídica<sup>247</sup>.

Embora admita que em casos minimamente problemáticos, em que mais de uma interpretação do texto normativo se apresenta como possível, são inevitáveis as valorações que não decorrem diretamente do texto normativo, Alexy alerta que não é *qualquer* argumentação que serve para fundamentar a escolha por uma interpretação dentre as possíveis, mas apenas uma argumentação seja passível de um “controle racional”. Assim o diz:

O ponto de partida da teoria da argumentação jurídica é a constatação de que, no limite, a fundamentação jurídica sempre diz respeito a questões práticas, ou seja, àquilo que é obrigatório, proibido e permitido. O discurso jurídico é, por isso, um caso especial do discurso prático geral. Enquanto caso especial do discurso prático geral, ele é caracterizado pela existência de uma série de condições restritivas, às quais a argumentação jurídica se encontra submetida e que, em resumo, se referem à vinculação à lei, ao precedente e à dogmática. Mas essas condições, que podem ser expressas por meio de um sistema de regras e formas específicas do argumentar jurídico, não conduzem a um único resultado em cada caso concreto. Em todos os casos minimamente problemáticos são necessárias valorações que não são dedutíveis diretamente do material normativo preexistente. Assim, a racionalidade do discurso jurídico depende em grande medida de se saber se e em que medida essas valorações adicionais são passíveis de um controle racional.

A questão da racionalidade na fundamentação jurídica leva, então, à questão acerca da possibilidade de fundamentação racional de juízos prático ou morais gerais. [...]

Em si, o procedimento discursivo é compatível com resultados os mais variados. Embora haja resultados discursivamente impossíveis e discursivamente necessários, sempre sobra um amplo espaço para o discursivamente possível.<sup>248</sup>

Alexy reconhece, portanto, que a teoria da argumentação não resolve o problema da ambiguidade e da vagueza dos enunciados normativos, pois não conduz – nem poderia conduzir – a um único resultado em cada caso. Admite também que, em casos “minimamente problemáticos”, não é possível propor uma interpretação que pretende ser correta sem recorrer

247 ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**. 2 ed. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 67.

248 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 548-549.

a valorações que fogem do “material normativo preexistente”. E conclui: para saber se essa argumentação jurídica que pretende justificar *uma* interpretação dentre várias possíveis é racional ou não, é preciso verificar se essas valorações podem ser controladas racionalmente ou não.

Além disso, há ainda três críticas ao pensamento de Alexy que podem ser apresentadas.

Em primeiro lugar, sua noção de precedente considera que todo sopesamento conduz a elaboração de uma regra, cujo suporte fático é o conjunto de condições de precedência de um princípio em face de outro, regra esta que, segundo Alexy, pode e deve ser aplicada por subsunção tanto no caso em que a ponderação foi realizada originalmente quanto em casos futuros que apresentem as mesmas condições do caso original. Alexy parece não perceber, todavia, que a adoção desse modelo de precedentes é uma reprodução “repaginada” do modelo normativista exegético, que vê no enunciado normativo (nesse caso uma “norma de direito fundamental atribuída”, produzida pelo intérprete ao final do sopesamento) um mecanismo de constrição de intérpretes posteriores apto a aprisionar o sentido e a afastar sua derrotabilidade<sup>249</sup>.

Em segundo lugar, pode-se dizer que a teoria de Alexy não fornece qualquer critério para verificar se as decisões, em casos problemáticos, são materialmente corretas. Em sua teoria, o que é “correto” não é o *conteúdo* da decisão, não é a decisão em si, mas o *procedimento* que justifica a decisão. Em se tratando de uma colisão entre direitos fundamentais, quando se torna necessário o “sopesamento”, o próprio Alexy admite que a decisão, em si, pode se revelar discricionária:

Os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que inclua impasses estruturais – ou seja, impasses reais no sopesamento –, de forma a torná-los praticamente sem importância. Neste caso, então, existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade tanto do legislativo quanto do judiciário<sup>250</sup>.

Pode-se dizer, ainda, que muitos dos critérios que Alexy apresenta para se verificar a racionalidade de um discurso jurídico não são, eles próprios, cientificamente verificáveis. Como saber se o falante acredita naquilo que diz? Quem julga – e com que critério julga – se o objeto ao qual o falante aplicou um predicado é suficientemente semelhante ou suficientemente diferente de outro objeto a que ele negou a aplicação desse mesmo predicado? Quando os falantes divergirem em relação à nomenclatura dos objetos em discussão, quem define – e que critérios usa para definir – que nomenclatura deve ser

---

249 Sobre isso, conferir LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 104-110.

250 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 611.

adotada? Quem julga – e com que critérios julga – se duas coisas iguais estão sendo chamadas por nomes diferentes, quando um falante alega, com argumentos, que são coisas diferentes?

Quando dois ou mais cânones clássicos de interpretação conduzem a decisões diferentes, quem julga – e com que critérios julga – qual deles leva à decisão melhor? Sendo o argumento dogmático vencível, e sendo considerado válido um discurso que relativize a força vinculatória dos textos legais e dos precedentes, desde que haja argumentos “extremamente fortes”, quem julga – e com que critérios julga – se os argumentos apresentados por um falante que pretende superar um argumento dogmático são argumentos “fracos”, “medianos”, “fortes”, “muito fortes” ou “extremamente fortes”? Em resumo: como exercer controle racional sobre um discurso com base em critérios cuja verificação não pode ser controlada racionalmente? No final, depois de horas e horas (ou páginas e páginas) de argumentação e refutação, temos a palavra de um contra a palavra do outro, e quem tiver grupos de pressão e “formadores de opinião” mais eficientes ao seu lado acaba prevalecendo.

Não apenas a interpretação tem a sua dimensão afetiva, mas também o controle do discurso jurídico que fundamenta uma interpretação (decisão). A análise dos critérios de controle acontece também permeada de sentimentos que o caso provoca naquele que controla, em uma percepção sempre condicionada pelos vieses e heurísticas que analisei no capítulo anterior.

Assim, o controle é possível apenas até certo ponto: decisões teratológicas, ofensivas à lógica formal, e decisões que não apresentam uma fundamentação, estas podem ser controladas racionalmente. Mas se a decisão apresenta razões jurídicas e fundamentos para os sopesamentos realizados, se apresenta razões para uma distinção (*distinguishing*) ou uma mutação, a consistência desses argumentos também é medida a partir de afetos e escapa de um controle estritamente objetivo.

Parece mesmo, diante do exposto, que a escolha por uma das interpretações possíveis não pode ser controlada racionalmente, como Alexy admite, mas é preciso dizer que o discurso que justifica essa escolha também não pode ser controlado senão por forças políticas. Estamos no âmbito da política, na arena das ideologias, e argumentos jamais faltarão. Num ambiente em que grupos de pressão, ideologicamente orientados, atuam de modo organizado, permanente, insistente, torna-se muito difícil supor uma tese que não possa ser defendida com argumentos que venham a ser considerados “fortíssimos”. Um *insight* pode virar um argumento fortíssimo, a depender do carisma do falante e do estado de conforto cognitivo e receptividade do público. A própria noção de uma “moldura normativa”, proposta por Kelsen, tende a ser flexibilizada ou elastecida. Deste modo, a discricionariedade ganha espaço



novamente<sup>251</sup>.

Ao final, o controle da decisão não será realizado pelos parâmetros de Alexy, mas pela suportabilidade social da decisão; se a decisão for teratológica, gerará fortes reações, mas se estiver em uma zona (ampla) de razoabilidade e encontrar alguma ressonância social, será difícil questionar a sua legitimidade – dificuldade diretamente proporcional a essa ressonância.

### 5.5 O cerne da questão: os problemas fundamentais do direito

Nesta tese sustento que a questão da fundamentação de uma restrição a direitos fundamentais por meio de um sopesamento, tendo em vista uma colisão entre princípios, passa necessariamente por uma dimensão afetiva, tanto no intérprete judicial quanto naquele que procura controlar o discurso jurídico desse intérprete. Isso ocorre porque, necessariamente, e especialmente em “casos difíceis”, a questão sempre envolve crenças fundamentais sobre o mundo, sobre o que é justo, sobre o que é bom, sobre o que é certo, sobre o que é tolerável (ou intolerável), crenças estas construídas e mantidas pela força de sentimentos.

Dentre essas crenças fundamentais estão as noções de direito e de justiça, problemas fundamentais do direito. Chamo de problemas fundamentais do direito (1) o próprio conceito de direito, bem como a identificação de sua fonte primordial, (2) qual é a relação entre direito e moral e qual é a relação entre direito e política, (3) qual é o papel do juiz, especialmente na jurisdição constitucional, em um Estado de Direito, frente ao princípio da separação de poderes e, por fim, a questão para a qual todas as outras convergem, (4) o que é justiça.

O ponto que quero ressaltar aqui é que toda interpretação do direito pressupõe um modelo de direito, na verdade pressupõe uma *escolha* (consciente ou não) por uma concepção de direito, e há várias concepções diferentes. Não apenas diferentes, mas antagônicas. É possível ver o direito como ordem jurídica formal, constituída por enunciados formalmente estabelecidos (constituição, leis, resoluções, portarias, contratos, decisões judiciais), em um sistema escalonado e hierarquizado, mas é possível enfatizar a dimensão fática do direito, ou sua dimensão axiológica, até mesmo em detrimento da legislação ordinária. Há até

---

251 Embora por razões diferentes e partindo de premissas diferentes das apresentadas nesse trabalho, esta também é a conclusão de Lenio Streck. Nesse sentido: “Veja-se, entretanto, que a herança *kelseniana* do decisionismo não foi superada até hoje e que a discricionariedade *hartiana* foi, de algum modo, reapropriada pelas teorias argumentativas, mas sob o manto de uma racionalidade argumentativa com a pretensão de dar solução ao problema de uma pós-metódica. Com efeito, a teoria da argumentação alexyana, tese que mais tem sido utilizada na tentativa de solucionar os dilemas destes tempos pós-positivistas – embora seus avanços –, não conseguiu fugir do velho problema engendrado pelo subjetivismo: a discricionariedade.” (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 234)

concepções de direito que negam legitimidade às instâncias legislativa e judiciária ordinárias.

Sendo certo que há visões radicalmente diferentes sobre a *justiça*, isso acaba sendo determinante para o tratamento jurídico de algumas questões concretas que envolvem a atribuição de peso a valores (ou princípios) colidentes, como no caso da validade da repressão criminal ao aborto e ao porte de drogas para consumo pessoal, da validade da proibição de biografias não autorizadas e da validade da instituição de cotas raciais em universidades e em cargos públicos, para ficar em alguns exemplos.

Não se trata aqui apenas de invocar esta ou aquela interpretação possível dos enunciados normativos, justificando a escolha e refutando as demais possibilidades com argumentos. Há também, e necessariamente, uma compreensão e uma valoração das escolhas já feitas, seja pelo constituinte originário, pelo legislador ordinário e pelos tribunais. Há também, e necessariamente, uma compreensão do que é o direito e para que fins ele serve (ou deveria servir). Há, enfim, argumentos consistentes para as várias opções de interpretação, e esses argumentos parecerão mais ou menos consistentes, mais ou menos fortes, a depender dos afetos que os fatos em questão e os enunciados normativos aplicáveis provocam no intérprete.

Interpretar a constituição e a legislação penal para concluir se é justo ou injusto (válido ou inválido) criminalizar o aborto e o porte de certas substâncias, se é justo ou injusto (válido ou inválido) reservar vagas em universidades e em cargos públicos para pessoas que tenham a pele de determinada cor, se é justo ou injusto (válido ou inválido) permitir a divulgação da intimidade das pessoas e fazer uso comercial de sua imagem, sem sua autorização, isso é apenas parte do problema. Outra parte importante do problema é saber a quem cabe decidir isso, se um corpo legislativo eleito, se o povo diretamente (por plebiscito, por exemplo) ou, em última instância, se cabe aos tribunais decidir, no exercício do controle da constitucionalidade das leis produzidas pelo corpo legislativo. E ainda um terceiro problema: uma vez decidida a questão, é preciso saber se é permitido a alguém rejeitar a decisão estabelecida, e com base em que critérios. É justo (ou válido) um juiz ou um tribunal desrespeitar as decisões do corpo legislativo (incluindo o legislador constituinte originário)? Se sim, quando? É justo (ou válido) um juiz ou um tribunal desrespeitar um precedente consolidado? Se sim, quando? É justo (ou válido) o corpo legislativo desrespeitar uma decisão do Supremo Tribunal Federal sobre uma questão constitucional? Se sim, quando?

Ainda que se proponha um sistema mais rígido de precedentes, para vincular o intérprete às interpretações já produzidas pelas instâncias legitimadas e garantir a integridade e a coerência do sistema, não faltarão recursos retóricos, fáticos e jurídicos, para propor técnicas como *distinguishing* ou *overruling*. Afinal, quem avalia as mudanças na sociedade e

nos valores sociais, quem avalia a amplitude de uma mudança na concepção de um instituto jurídico, quem avalia uma “injustiça extrema” eventualmente cometida pelo legislador ordinário, quem avalia as semelhanças e diferenças de um caso em relação a outros, enfim, quem avalia os parâmetros para a superação de precedentes sempre o faz a partir de suas próprias premissas axiológicas fundamentais e da sua própria concepção do direito, com os pesos que os seus afetos atribuem a cada um dos valores e dos fatos envolvidos no caso.

### **5.6 Para que servem a constituição e as leis, afinal?**

No centro da discussão acerca do descontrole generalizado na interpretação jurídica, em especial na jurisdição constitucional, está a questão do ativismo judicial. É bastante disseminado o discurso de justificação do ativismo judicial em face das omissões e dos descasos do corpo legislativo ordinário, formado por uma maioria fisiológica, retrógrada e conservadora, perante as demandas sociais por mudanças estruturais nas relações sociais e por concretização de direitos fundamentais ainda pendentes de efetividade. Se no século XIX, o legislador ordinário é que protegia os indivíduos dos abusos do Estado-Administração, agora o Judiciário assume o protagonismo para proteger os indivíduos dos abusos e das omissões do legislador ordinário.

E assim a figura do juiz ativista progressista ganhou a simpatia não apenas dos grupos minoritários (numérica ou politicamente minoritários), mas também de parcela relevante do mundo acadêmico. Ocorre que não se percebeu que uma vez legitimado o ativismo judicial, sentindo-se os juízes autorizados a julgar contra a lei, ou até contra texto expresso da constituição, em nome de certo ideal de justiça, invocando a autoridade retórica de ponderações vazias de conteúdo jurídico, mas com muito conteúdo sentimental que encontra ressonância social, é a própria ordem constitucional que se coloca em risco de colapso. Uma vez que não há critérios jurídicos para diferenciar “ativismos do bem” de “ativismos do mal”, que apenas encontram diferenciação na dimensão afetiva das diferentes visões de mundo, a pergunta que se coloca agora é: quem vai nos defender de nossos festejados defensores?

Desse modo, torna-se necessária – e até urgente – uma retomada da questão fundamental da separação dos poderes e da instância legítima para decidir as questões políticas e definir o que é juridicamente obrigatório. Faz-se necessária até a retomada da reflexão sobre o papel da constituição e das leis em uma sociedade complexa e buscar um entendimento de que em uma sociedade desse tipo é preciso encontrar um equilíbrio entre a estabilidade das relações jurídicas e a abertura para o novo.

As sociedades contemporâneas, pelo menos em sua maioria, são marcadas pela pluralidade de visões de mundo que precisam conviver, e sociedades complexas não admitem

a simples eliminação do dissenso tampouco a exclusão das minorias do debate público. O direito surge, assim, como mediação. Em meio a essa pluralidade de visões de mundo, o seguinte dilema emerge: se por um lado algum tipo de consenso é desejável e até necessário, por outro lado não se pode negar que consensos sobre questões fundamentais muitas vezes são construídos artificialmente, seja pela hipertrofia da função simbólica do direito, seja pela simples sobreposição de uma visão de mundo majoritária (ou com mais recursos para se impor na arena de disputas ideológicas). Para cada consenso pretensamente construído há uma série de resistências que permanecem latentes.

Mas nem tudo se resume à política, porque se as relações sociais fossem travadas apenas na dimensão política, a sociedade seria permanentemente conflito. O direito surge exatamente com a pretensão de regular o poder, estabilizar expectativas, mediar e solucionar os conflitos. Não digo que essa pretensão é sempre eficiente, mas também seria leviano dizer que não há eficiência alguma. Por outro lado, o direito não encerra as questões, nem poderia, porque se as relações sociais fossem sempre e apenas aquilo que o direito permite, ficaria estagnada e seria para sempre igual. A política, então, se apresenta como a instância em que as tensões se expressam e fazem surgir as transformações necessárias.

Portanto, em um mundo complexo e plural, a *constituição* deve ser entendida como elo entre as dimensões política e jurídica de uma sociedade, funcionando como ponto de equilíbrio entre a estabilidade nas relações sociais e a necessidade de abertura para a mudança, de maneira tal que o consenso e o dissenso tenham cada um o seu espaço. A conquista da estabilidade, mas sem abrir mão dos mecanismos que possibilitam a sua própria transformação, eis uma tensão necessária em toda sociedade constitucionalmente organizada.

Toda constituição surge em momento de tensão social, seja depois de um golpe, de uma revolução, da queda de um regime autoritário, ou após uma grave crise política ou econômica, ou ainda em decorrência de um “hiato” constitucional, inaugurando uma nova ordem jurídica e, conseqüentemente, uma nova organização político-social. Mas esse momento de ruptura, obviamente, não ocorre em um vácuo histórico-cultural, há sempre expectativas contraditórias em estado de efervescência, razão pela qual o objetivo primeiro de uma constituição é estabilizar os diversos interesses em conflito, numa espécie de pacto entre as diversas forças sociais que se revelam no exercício do poder constituinte.

Certamente essa caracterização das funções sociais de uma constituição é mais compatível com constituições que são produto de um processo democrático. Constituições autoritárias não se enquadram nessa descrição. Mas é exatamente por isso que as constituições autoritárias, em tempos recentes, tendem a sucumbir em curto período de tempo, porquanto não promovem a adequada acomodação de forças sociais em tensão, não celebram pacto

algum, mas apenas impõem um programa político-jurídico unilateral, sem legitimidade social. Em uma sociedade complexa, com interesses divergentes e também antagônicos, o processo democrático não tem alternativa a não ser firmar esses pactos, acomodar expectativas, para que o mínimo necessário de paz social se estabeleça. A constituição, portanto, também é um instrumento de pacificação social, na medida em que busca a diminuição de tensões sociais inerentes a uma situação de crise.

Para que esse objetivo de estabilização social seja alcançado, faz-se necessário identificar que interesses e valores merecem proteção com *status* constitucional, ou seja, cuidar da escolha dos conteúdos que devem estar e não podem deixar de estar na constituição. Dada a complexidade das sociedades contemporâneas, os critérios de escolha não são consensuais e podem variar bastante no tempo e no espaço, mas é inegável que esse é um aspecto muito importante para se alcançar a diminuição das tensões sociais porque os conteúdos que compõem essa “reserva constitucional” marcam a orientação das expectativas normativas e os elementos caracterizadores da ordem política fundada na constituição.

O pluralismo de interesses e de valores, frequentemente antagônicos ou mesmo inconciliáveis, impõe a necessidade de que o programa constitucional contemple anseios particulares de diversos grupos sociais. Além disso, em uma sociedade que se pretende democrática, os valores que recebem proteção constitucional não devem se limitar aos consensos de amplo alcance, mas devem considerar também as demandas de minorias (étnicas, religiosas, afetivo-sexuais etc.). Apenas assim a crise pode ser superada democraticamente e a tensão social inerente a um processo constituinte pode ser arrefecida.

É necessário, portanto, que a constituição apresente certo grau de abertura e de flexibilidade que possibilite a acomodação e a assimilação de dissensos e de mudanças sociais significativas, uma vez que a dinâmica social frequentemente faz surgir questões que não se apresentavam coletivamente relevantes no momento histórico em que a constituição foi promulgada. Um núcleo constitucional rígido não pode significar um fechamento hermético aos fatos sociais e às necessidades que venham a surgir com o passar do tempo, de maneira que certa flexibilidade e certa abertura são imprescindíveis para que a constituição desempenhe seu papel de promotora da paz social com longevidade. Uma constituição fechada e petrificada tende a durar pouco, pois tende a aumentar a frequência e a intensidade das tensões sociais, descumprindo seu papel sócio-político.

Mas é importante destacar que essa função estabilizadora da constituição não se encerra com o ato de sua promulgação, tendo em vista que o processo de constitucionalização do direito e da sociedade é permanente, conduzido pelos órgãos da jurisdição constitucional, pelo corpo legislativo ordinário, seja no exercício do chamado “poder constituinte derivado” ou na

atividade legislativa ordinária, e também pela própria sociedade. As disputas políticas obivamente não se encerram com a promulgação da constituição, mas permanecem latentes, frequentemente se evidenciam de modo explícito para além dos limites jurídicos, e sempre a capacidade fática dos agentes políticos de fazer prevalecer os seus interesses vai buscar se sobrepor à regulação do direito. Sempre surgirá a pretensão de superação do direito e da própria constituição, senão pela modificação formal dos seus textos, possivelmente pela via “interpretativa”, na busca pela satisfação de interesses não atendidos.

Mas, como diz Marcelo Neves, a relação entre direito e política, mediada pela constituição, não é uma relação qualquer, mas uma relação balanceada, não-hierarquizada, de modo que um sistema não esteja subordinado ao outro. Nem a política deve estar subordinada ao direito, nem o direito à política<sup>252</sup>. Tudo o que é político apenas pode ingressar no sistema jurídico por meios dos códigos próprios desse sistema (“lícito” e “ilícito”), e tudo o que é jurídico pode ingressar no sistema político apenas por meio dos códigos próprios desse sistema (“poder” e “não-poder”), e é isso que garante, ao mesmo tempo, interpenetração (com possibilidade de influência e aprendizado recíprocos) e também autonomia entre direito e política.

Nesse sentido, é papel decisivo da constituição (na verdade, é papel decisivo das instâncias de interpretação e aplicação da constituição) garantir a autonomia do direito, para que este não seja dominado pela política. Quando a política se sobrepõe ao direito, o que ocorre é que a constituição perde sua função de normatização das relações jurídicas e torna-se apenas “folha de papel”. Em consequência, a concretização de direitos fundamentais é bloqueada, a separação dos poderes é deformada, a regulação jurídico-constitucional das eleições é vilipendiada e a regulação jurídica da administração pública (impessoalidade, legalidade, moralidade) é subjugada por interesses particulares de grupos privilegiados. Eis o fenômeno da *constitucionalização simbólica*. Esse fenômeno estabelece um cenário propício à descrença, ao patrimonialismo (confusão entre o público e o privado), ao paternalismo político (troca de favores, dependência de padrinhos políticos), enfim, ao enfraquecimento do próprio sistema jurídico como sistema autônomo e eficiente.

O único modo de evitar essa degradação da constituição é promover o revigoreamento da constituição (e do direito como um todo) em sua dimensão normativo-jurídica, como instrumento de estabilização de expectativas normativas, em reforço da noção de constituição como *norma*, ou, melhor dizendo, em reforço da *crença* de que a constituição vale e vincula. Isso não importa em compreender a constituição como sistema hermético, muito pelo contrário, pois ela possui mecanismos que possibilitam a abertura reflexiva e a assimilação do

---

252 NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 66.

dissenso<sup>253</sup>.

Se não há controle possível da subjetividade (ou do discurso jurídico), se tampouco uma teoria da argumentação jurídica é suficiente para evitar o solipsismo e o arbítrio, como sustento nesta tese, o que resta contra o caos hermenêutico é mesmo o sentimento de apego à constituição e o respeito pelo que foi decidido nas instâncias legitimadas pela constituição e pelo voto.

### 5.7 O que resta de controle da subjetividade (ou do discurso jurídico)?

A leitura desta tese pode causar no leitor a impressão de que sustento que não há mesmo como controlar racionalmente a subjetividade na interpretação dos direitos fundamentais, ou como controlar racionalmente a expressão dessa subjetividade pelo discurso jurídico. Mas não é esta a minha proposição.

O que sustento aqui é, primeiramente, a necessidade de uma redefinição do próprio conceito de racionalidade, de modo a assimilar todas as reviravoltas mencionadas no primeiro capítulo, a saber, a percepção de que é o sujeito transcendental que cria o objeto de conhecimento, a assimilação da fundamentalidade da consciência histórica, da linguagem e dos sentimentos na composição do sentido do mundo. As ciências cognitivas, a Psicologia Comportamental, a Economia Comportamental e as neurociências já nos fornecem elementos consistentes para concluir que os processos de conhecimento, de interpretação e de decisão não operam apartados do corpo e dos afetos, mas muito ao contrário, dependem deles como condições de sua possibilidade.

Desse modo, é preciso, em primeiro lugar e antes de qualquer coisa, reconhecer que o conhecimento e a interpretação do direito, bem como as decisões de casos jurídicos – em especial os casos que envolvem sopesamentos entre direitos fundamentais – se opera dentro de uma subjetividade afetiva, ou, para ser mais preciso, dentro de uma intersubjetividade afetiva, que compõe, compartilha, mantém e avalia o sentido a partir de uma visão de mundo e de crenças fundamentais imergidas em sentimentos e que, por instinto de autopreservação, nos levam a perceber e avaliar as coisas por meio de vieses e heurísticas.

Mas isso não significa desacreditar na razão. Se fosse, certamente não me daria o trabalho de escrever esta tese. Apenas entendo que o maior valor de nossa racionalidade está na capacidade de identificar erros e, na medida do possível, corrigi-los, sejam erros em teorias sobre o mundo, como sustentou Karl Popper<sup>254</sup>, sejam erros no próprio funcionamento da

253 Para uma análise mais detalhada dos princípios constitucionais como estrutura reflexiva do sistema jurídico que possibilita a assimilação do dissenso, conferir NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 89-170.

254 POPPER, Karl. **A Lógica da pesquisa científica**. Tradução: Leonidas Hegenberg e Octanny da Mota. São

mente.

Como diz Kahneman, a ênfase que se dá aqui às imperfeições de nossa mente não tem por objetivo desacreditar a racionalidade, mas apenas chamar a atenção, por meio de argumentos racionais, que às vezes estamos errados, mesmo quando estamos muito confiantes. Kahneman diz:

O foco no erro não denigre a inteligência humana, assim como a atenção com as doenças na literatura médica não significa rejeitar a boa saúde. A maioria de nós é saudável a maior parte do tempo, e a maioria de nossos julgamentos e ações é apropriada na maior parte do tempo. Conforme determinamos o curso de nossas vidas, normalmente nos permitimos nos guiar por impressões e sentimentos, e a confiança que temos em nossas crenças e preferências intuitivas em geral é justificada. Mas nem sempre. Muitas vezes estamos confiantes mesmo quando estamos errados, e um observador objetivo tem maior probabilidade de detectar nossos erros do que nós mesmos<sup>255</sup>.

Assim, o objetivo é exatamente o oposto de desacreditar na racionalidade, é reconhecer o valor de capacidade da razão para julgar erros com eficiência, inclusive os seus próprios, o que tem proporcionado o avanço da ciência e das tecnologias e alcance de muitas conquistas civilizatórias ao longo dos milênios. Esse é o valor das descobertas da Psicologia Comportamental e das ciências cognitivas: causar desconforto cognitivo em relação à nossa própria cognição, levar à reflexão, acordar e importunar o preguiçoso Sistema 2 para que este esteja alerta em relação às armadilhas cognitivas do (importante) Sistema 1.

No âmbito da interpretação jurídica, ficam evidentes dois caminhos a serem percorridos no sentido de alcançar algum controle da subjetividade afetiva. Primeiro, o mais evidente: tornar explícito o que está latente, reconhecer de uma vez por todas que nossa percepção e nos julgamentos estão sob a direção de vieses e heurísticas, preconceitos e crenças fundamentais.

Portanto, o primeiro e decisivo passo para uma possível reflexão e um possível controle dos sentimentos (aqui incluídos os preconceitos, as ideologias, as crenças, os vieses cognitivos) presentes no processo de interpretação do direito, especialmente em casos que envolvem sopesamentos e restrições a direitos fundamentais, é reconhecer que esses elementos estão inevitavelmente presentes. Apenas mediante essa explicitação é possível colocar em questão a validade ou invalidade dos preconceitos<sup>256</sup> e das premissas fundamentais de determinada “visão de mundo”.

A exigência de fundamentação e publicação da decisão jurídica (judicial,

---

Paulo: Editora Cultrix, 2007.

255 KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio Arantes de Leite. São Paulo: Editora Objetiva, 2012, p. 10-11.

256 Evidentemente, a palavra “preconceito” aqui está afastada de seu sentido pejorativo mais comum, de desprezo manifesto por uma pessoa ou grupo de pessoas sem que haja razões que possam ser validadas, mas significa apenas a inevitável carga ideológica e sentimental que toda compreensão do mundo (da sociedade e do direito, inclusive) envolve.



administrativa ou legislativa) visa não apenas convencer aqueles que são atingidos pela decisão, mas também possibilitar o controle dessa mesma decisão<sup>257</sup>. Mas para que esse controle não fique apenas na periferia dos argumentos expostos no texto da decisão, para que chegue ao não-dito, é preciso descortinar o que está pressuposto e não-anunciado pelo magistrado, pelo legislador ou pelo administrador público. Com diz Gadamer:

Se quisermos apreender um enunciado em sua verdade, não podemos levar em conta apenas o conteúdo que ele apresenta. Todo enunciado tem uma motivação. Todo enunciado tem pressupostos que ele não enuncia. Somente quem pensa também esses pressupostos pode dimensionar realmente a verdade de um enunciado<sup>258</sup>.

Outro possível (e necessário) mecanismo de controle de decisões arbitrárias, no sentido de minimizar a incidência de preconceitos, vieses e sentimentos em decisões judiciais, é a verificação da simples coerência das decisões. Por mais amplas que sejam as margens de interpretação dos dispositivos e dos fatos condicionantes e por mais criativa que seja a atividade hermenêutica do julgador, não é aceitável, em um Estado de Direito, que duas situações semelhantes (para não dizer iguais) recebam tratamentos diferentes, ou pior, tratamentos opostos. Se os fatos condicionantes em um caso A e em um caso B são iguais – iguais no que importa para a incidência dos dispositivos –, a única razão para um mesmo juiz ou um mesmo colegiado chegarem a decisões diferentes, com tratamentos antagônicos, é a presença de algum viés ou algum sentimento que distorce a interpretação (e aqui estou desconsiderando a pura e simples desonestidade deliberada)<sup>259</sup>.

Um terceiro caminho no controle da subjetividade afetiva é a recusa do relativismo cético radical, que nega validade ao conhecimento e a qualquer norma moral, bem como do dogmatismo que elabora todo um sistema de conhecimento e decisão a partir de axiomas não fundamentados. O fato (incontestável) de possuímos um sistema cognitivo e um raciocínio carregado de imperfeições e armadilhas não importa, necessariamente, no abandono radical de qualquer possibilidade de validação do conhecimento humano e do discurso. Mesmo

---

257 MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 37.

258 GADAMER, Hans-Georg. O que é a verdade? *In: Verdade e método II: complementos e índices*. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2011, p. 66-67.

259 Eric Uhlmann e Geoffrey Cohen, pesquisadores da área da Psicologia comportamental, conduziram um experimento muito revelador do quanto preconceitos implícitos podem influir em certos julgamentos e, mais importante, como isso pode ser identificado por uma análise relativamente simples da coerência das decisões (UHLMANN, Eric Luis; COHEN, Geoffrey L. **Constructed Criteria: Redefining Merit to Justify Discrimination**. *Psychological Science*, volume 16, n. 6, American Psychological Society, 2005, p. 474-480). Sobre as implicações dessa pesquisa no âmbito da interpretação jurídica, inclusive com a indicação de algumas decisões contraditórias de um mesmo tribunal, conferir: MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. O contencioso tributário e a importância da coerência jurisprudencial. *In: HENRIQUES, Guilherme de Almeida; GODOI, Marciano Seabra de; BONITO, Rafael Frattari; LOBATO, Valter de Souza. (Org.). Os Impactos do Novo CPC sobre o Processo Judicial Tributário*. 1ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, v. 3, p. 25-45.

reconhecendo a historicidade de todo agir e de todo pensar, mesmo admitindo a linguagem como mediadora irrecusável do sentido do mundo, mesmo com a percepção de que vivemos em um mundo fragmentado, complexo e plural, é possível (e necessário) escapar do pensamento hermético que tanto dogmatismo quanto relativismo cético radical produzem ao impossibilitar a comensurabilidade e o diálogo entre visões de mundo e paradigmas.

Nesse sentido, na filosofia, a ética do discurso, tendo levado muito a sério as questões postas pelo relativismo e pelo ceticismo radicais, tem providenciado parâmetros mínimos de comunicação a partir da formulação de pressupostos irrecusáveis de todo ato de fala, inclusive dos atos de fala de céticos e relativistas<sup>260</sup>. No âmbito da ciência, o falibilismo se apresenta como alternativa viável e proveitosa ao ceticismo e ao relativismo radical, mesmo partindo do reconhecimento das relevantes limitações de nosso sistema cognitivo e do papel fundamental do contexto (da visão de mundo, do paradigma) na composição do sentido do mundo<sup>261</sup>.

A instituição de práticas colaborativas e a busca de procedimentos que envolvem soluções consensuais em processos judiciais, tais como a realização de audiências públicas antes do julgamento de questões sensíveis em ações de controle de constitucionalidade propostas perante o Supremo Tribunal Federal, a instituição do princípio da cooperação e dos deveres de consulta e de esclarecimento<sup>262</sup> e ainda o aprimoramento dos institutos da mediação e da conciliação, tudo isso intensifica o contraditório, minimiza o protagonismo do magistrado, retira os magistrados do conforto cognitivo e ajuda a reduzir o risco de decisões autoritárias, em busca de uma solução mais legítima dos conflitos. Some-se a isso a busca por aprimoramento das decisões colegiadas, no sentido de torná-las efetivamente mais dialógicas, de modo que as decisões sejam mesmo construídas coletivamente, com auxílio mútuo na identificação de falhas de percepção e de julgamento, e não apenas a confirmação semiautomática do voto do relator ou o resultado disforme de decisões avulsas e desconexas.

Outra maneira de exercer controle social sobre decisões desse tipo seria constituir comissões e observatórios permanentes em órgãos públicos e instituições privadas (tais como a Defensoria Pública, o Ministério Público, universidades, sindicatos, associações de profissionais liberais, igrejas), com membros eleitos pelos seus pares, para discutir, deliberar e emitir uma opinião pública, fundamentada, sobre decisões de maior alcance no âmbito dos

---

260 Sobre a superação do relativismo e do ceticismo pela Ética do discurso, conferir OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Sobre a fundamentação**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997 e COSTA, Reginaldo da. **Ética do discurso e verdade em Apel**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

261 POPPER, Karl. **O mito do contexto**: em defesa da ciência e da racionalidade. Tradução de Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 1996; POPPER, Karl. **A Lógica da pesquisa científica**. Tradução: Leonidas Hegenberg e Octanny da Mota. São Paulo: Editora Cultrix, 2007. Também sobre a importância do falibilismo e também sobre sua aplicação do Direito, conferir MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O Direito e sua ciência**: uma introdução à Epistemologia Jurídica, São Paulo: Malheiros, 2016, p. 41-48, p. 57-60 e p. 80-86.

262 MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sócias, lógicos e éticos. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 100.

direitos fundamentais. Não pode ser algo restrito ao âmbito acadêmico, uma vez que a constituição do sentido e da amplitude dos direitos fundamentais é uma construção coletiva de alcance muito maior, de maneira que o controle dessas decisões deve ser realizado por todos quantos estejam dispostos a fazê-lo mediante a apresentação de razões<sup>263</sup>.

Esse controle social das decisões envolvendo direitos fundamentais também deve considerar o efeito emocional que a reação organizada pode causar nos julgadores, tanto no âmbito acadêmico quanto na esfera da sociedade civil organizada. Se não pode invalidar juridicamente as decisões, pode ajudar a formar um sentimento amplamente difundido de insatisfação e ilegitimidade da decisão, bem como causar desconforto cognitivo nos magistrados (no âmbito acadêmico, Lenio Streck chamaria de “constrangimento epistemológico”<sup>264</sup>), o que pode levar a uma revisão futura da decisão. Além disso, nas decisões subsequentes, a sensação de autoridade solipsista de juízes voluntaristas tende a ser pelo menos minimizada. Mas é importante ressaltar que essas manifestações públicas precisam estar compromissadas com uma ética do discurso, caso contrário seriam apenas novas instâncias para a manipulação emocional das pessoas. E isso requer um lento e permanente esforço de educação política e filosófica.

De todo modo, não há dúvida de que, em casos envolvendo sopesamentos de direitos fundamentais colidentes, a atribuição de pesos não pode se dar sem a influência decisiva de vieses, heurísticas, ideologia, sentimentos e crenças fundamentais, e a impressão de que certos textos de enunciados constitucionais são claros o suficiente a ponto de eliminar qualquer discricionariedade apenas me faz recordar a exortação de Perelman: “A impressão de clareza pode ser menos a expressão de uma boa compreensão que de uma falta de imaginação<sup>265</sup>”. Mas é preciso entender os limites da teoria da interpretação e, nesse contexto, entender que a visão que alguém tem do que significa interpretar pode mesmo nem afetar a sua prática de interpretação. No direito, ao contrário do muitos supõem, a interpretação é uma atividade eminentemente prática, porque, como já disse, interpreta-se *para agir* e *para decidir*, e os juristas aprendem a interpretar não lendo manuais de Hermenêutica Jurídica, mas vendo os outros interpretando (na prática).

Cabe às mentes racionais examinar permanentemente seus próprios limites e discutir suas falhas, submetendo suas conclusões à refutação e aprendendo por tentativa e erro. Cabe

---

263 PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: A Nova Retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2002; HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

264 STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. *In: Revista de Informação Legislativa*. Ano 49, n. 194, Brasília, 2012.

265 PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. 2 ed. Tradução Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 51.

ainda às mentes racionais exercitar aquilo que nos distingue enquanto indivíduos humanos e que nos proporciona o ganho qualitativo que chamamos de “cultura”, a saber, a capacidade de, diante da facticidade crua, imaginar sempre algo possivelmente melhor que aquilo que os fatos impõem.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como ocorre com todo sistema complexo que se mantém, a preservação dos sistemas jurídicos requer certo tipo de equilíbrio. Mas não é o equilíbrio que se revela na robustez estática, que se impõe com desprezo perante agentes estressores como a incerteza e a imprevisibilidade, mas, ao contrário, um equilíbrio dinâmico, que assimila o que lhe perturba, aprende com a oposição, com o estresse, melhora e se desenvolve ao lidar com as incertezas e as imprevisibilidades. Um sistema jurídico robusto e fechado, que não tem qualquer mecanismo de assimilação do dissenso e de gerenciamento de incertezas, é um sistema frágil e, cedo ou tarde, certamente sucumbirá à investida mais vigorosa de algum grupo político interessado em substituí-lo. Apenas um sistema jurídico aberto, dinâmico e que aprende a lidar com as incertezas permanece.

A incerteza e a imprevisibilidade, portanto, não são más, em si mesmas. São más apenas a partir de determinado nível, quando o sistema não consegue mais assimilar e gerenciar a perturbação causada, momento no qual colapsa. Assim ocorre com os sistemas jurídicos também, que se beneficiam com o dissenso e com as incertezas, aprendem e melhoram com eles, mas apenas até certo ponto.

Desde o século XIX, a Hermenêutica jurídica tem tentado assimilar e aprender com as incertezas da interpretação do direito. Apesar do fracasso isolado de cada teoria e de cada modelo em tentar controlar ou orientar a subjetividade afetiva dos intérpretes do direito, para tornar sua atividade estritamente técnica e metódica, e ainda o ceticismo diante desse projeto, tudo isso contribuiu para os sistemas jurídicos ocidentais se desenvolverem, num permanente aprendizado.

Modelos formalistas e dogmáticos que inicialmente prometiam certeza e objetividade na interpretação chegaram a ser bem recepcionados, mas logo geraram desconfortos e reações. Então, vieram modelos mais abertos e flexíveis, que trouxeram aprimoramentos e ganhos satisfatórios, mas a partir de certo ponto passaram também a gerar perturbações e, conseqüentemente, reações. E assim os sistemas jurídicos ocidentais vão se mantendo em busca permanente por equilíbrio.

O momento atual, no Brasil, é de desconforto e insatisfação com interpretações arbitrárias dos tribunais e com modelos teóricos insatisfatórios, não porque se pretende a eliminação da incerteza e o alcance de uma segurança inabalável, mas porque é preciso restabelecer aquele tipo equilíbrio que mencionei e que mantém sistemas complexos em permanente desenvolvimento. As proposições que apresentei nesta tese tinham exatamente o objetivo de contribuir para isso.

Aqui vão, em breve resumo, algumas conclusões que podem ser extraídas de tudo o

que foi dito:

1. A interpretação não é a descoberta de um sentido que está pronto, mas encoberto e obscuro. Não é também uma atividade que possa estar inteiramente sujeita a um método. A interpretação é a condição existencial daqueles que são capazes de constituir sentido neste mundo, indivíduos que existem hermeneuticamente.

2. A consciência está imersa em linguagem, o sentido dos objetos e eventos do mundo somente podem ser elaborados em uma consciência histórica, dentro de um contexto formado por laços de sentido compartilhados, crenças que, em última instância, se formam e se mantêm pela força dos afetos.

3. O sentido da linguagem somente pode se estabelecer por marcações afetivas, e a cultura se forma e se mantêm pela força de sentimentos, que vão do medo à esperança, da dor ao alívio, da compaixão ao ódio, do prazer à tristeza.

4. O conhecimento não é uma relação imediata entre sujeito e objeto. Há várias camadas de mediação entre aquele que conhece e o objeto conhecido: categorias mentais de tempo, espaço e causalidade, linguagem, consciência histórica e, ainda, estados corporais que chamamos de emoções.

5. Não conhecemos apenas com a mente ou apenas com o cérebro, mas com o corpo inteiro. O que se chama de conhecimento é o subproduto de dados processados no corpo e pelos códigos corporais.

6. Estados corporais que chamamos de emoções estão na raiz mais profunda da própria consciência, de modo que a percepção do mundo não se dá livre das influências desses estados corporais. Corpo e mente não são instâncias distintas, mas, na verdade, formam um sistema integrado.

7. O corpo impõe um quadro referencial e marca inexoravelmente nossa percepção do mundo, na medida em que ele reage emocionalmente aos objetos e eventos com os quais se depara. Isso torna o “ato de conhecimento” uma interpretação reativa que a mente, dentro do sistema integrado do corpo, produz, de maneira tal que o organismo inteiro (cérebro e corpo propriamente dito) ressignifica os dados ambientais e do próprio corpo a partir de seus códigos.

8. O processo de tomada de uma decisão nem sempre se dá de um modo estritamente racional, sopesando-se eventuais ganhos e prejuízos. Há erros sistemáticos de percepção e julgamento que nos levam a decisões muito diferentes daquelas que supomos ser a mais racional, erros que são chamados de vieses e heurísticas. A mente humana é inclinada à confirmação de suas crenças, ao autoengano, a confundir a facilidade com que se lembra de uma pessoa ou de um evento com a relevância dessa pessoa ou desse evento, é inclinada a

formar estereótipos das pessoas e das coisas, construindo uma imagem global das pessoas e das coisas a partir de informações fragmentadas e incertas, é inclinada a pensar que ela mesma não é tão sujeita assim a esses erros mencionados.

9. As emoções não apenas estão necessariamente presentes no processo de tomada de decisão, mas são indispensáveis para que decisões adequadas ocorram. São marcadores somáticos que ajudam a eliminar possibilidades de decisões e proporcionam o fechamento do processo.

10. Interpretação, conhecimento e decisão possuem uma dimensão afetiva que não pode ser desprezada ou, menos ainda, eliminada. Evidentemente, isso vale para a interpretação e o conhecimento do direito, bem como para processos decisórios no âmbito jurídico.

11. O conhecimento e a interpretação do direito não envolvem apenas dispositivos normativos e precedentes, mas envolvem também fatos condicionantes, relatos, pessoas e valores jurídicos. E no conhecimento e na interpretação de tudo o que está envolvido em um caso judicial, sejam normas, fatos, valores, pessoas ou relatos, há a presença de sentimentos, crenças, vieses, heurísticas.

12. Alguns modelos teóricos e alguns métodos de interpretação têm sido propostos ao longo dos dois últimos séculos, com o objetivo de tornar a interpretação do direito mais técnica e menos discricionária, sem muito sucesso. O capítulo final da Teoria Pura do Direito, de Kelsen, foi – e ainda é – o ponto de encruzilhada para a Hermenêutica Jurídica, uma vez que Kelsen anunciou seu fim, ao menos enquanto teoria científica. A discricionariedade foi reconhecida como inevitável, tendo em vista que não há método (científico) capaz de conduzir a atividade de interpretação do direito.

13. O problema foi acentuado com o movimento neoconstitucionalista iniciado em meados do século passado, mas que chegou ao Brasil apenas na década de 1990. Nesse contexto, os princípios ganharam definitivamente o *status* normativo e uma interpretação mais aberta se estabeleceu, mesmo porque uma sociedade aberta e plural reconhece como válidos princípios muito diferentes e que, frequentemente, entram em rota de colisão. Alguns modelos foram propostos com o objetivo de superar a tese da discricionariedade da decisão judicial, que aumentou com a inclusão dos princípios no arsenal retórico da arbitrariedade, com especial destaque, no Brasil, para a teoria dos princípios e a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy.

14. Os conceitos de proporcionalidade e de sopesamento, todavia, não fornecem elementos suficientes para um controle racional da decisão que envolve colisões entre normas de direitos fundamentais. A teoria da argumentação jurídica tampouco oferece mecanismos

suficientes para orientar o intérprete a uma decisão correta, embora consiga estabelecer a necessidade de apresentar razões para fundamentar uma decisão e eliminar do discurso jurídico decisões teratológicas (e isso já é muito).

15. Diante dessas insuficiências, resta, em primeiro lugar, o apego à constituição como mecanismo de assimilação do dissenso e de estabilização de expectativas normativas, permitindo a comunicação entre o político e o jurídico, evitando que o conflito se perpetue. As leis, formuladas segundo os princípios constitucionais, aparecem como instrumentos de regulação da vida em sociedade necessários para a manutenção do Estado de Direito, ao passo que princípios constitucionais estão sempre disponíveis para garantir a reflexão do sistema jurídico sobre si mesmo. O respeito ao que foi decidido por instâncias constitucionalmente estabelecidas se revela o mínimo necessário para manter a autonomia do direito em face da política e de outros sistemas, garantido que a vida em sociedade não seja apenas conflito.

16. Diante das incertezas do processo de conhecimento, interpretação e decisão, tendo em vista as limitações e os erros sistemáticos da mente, é preciso, em primeiro lugar e antes de qualquer coisa, reconhecer que não há uma racionalidade estritamente técnica, mas uma subjetividade marcada por limitações e por afetos. Isso não significa desacreditar na razão, mas, ao contrário, significa reconhecer que o maior valor de nossa racionalidade está na capacidade de identificar erros e, na medida do possível, corrigi-los.

17. No âmbito do direito, restam ainda alguns caminhos e mecanismos na luta contra o arbítrio interpretativo. Negar o relativismo cético, que inviabiliza o discurso e qualquer chance de um conhecimento válido, buscando no falibilismo e na ética do discurso alternativas viáveis e compatíveis com a ideia de uma racionalidade limitada e afetiva. Considerar inaceitáveis decisões incoerentes, que tratem casos iguais (iguais no que for relevante para a aplicação do direito) de modo diferente ou até antagônico. Buscar a instituição de práticas colaborativas e a busca de procedimentos que envolvem soluções consensuais em processos judiciais, para intensificar o contraditório e minimizar o protagonismo do magistrado. Aprimorar o modo como decisões colegiadas são elaboradas, de modo a garantir que os magistrados efetivamente construam uma decisão dialogada. Por fim, estimular a comunidade jurídica e a sociedade civil a participar mais ativamente de discussões públicas que envolvam questões sensíveis no âmbito dos direitos fundamentais, de modo a causar desconforto cognitivo nos magistrados.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. **Introducción al derecho**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.

AGGIO, Juliana Ortogosa. **Conhecimento perceptivo segundo Aristóteles**. 2006. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. doi:10.11606/D.8.2006.tde-10012008-114644. Acesso em 16 fev 2019.

AITCHISON, Jean. **The Seeds of Speech: language origin and evolution**, Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**. 2 ed. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

\_\_\_\_\_. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

APPLE, William; STREETER, Lynn; KRAUSS, Robert. Effects of speech rate on personal attributions, **Journal of Personality and Social Psychology**, v.37, n.5, 1979, p.715-27.

ARIELY, Dan. **Previsivelmente irracional: como situações do dia a dia influenciam nossas decisões**. Tradução de Jussara Simões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ARISTÓTELES. Da interpretação. *In: Órganon*. 2 ed. Tradução de Edson Bini, Bauru: Edipro, 2010.

\_\_\_\_\_. Dos sentidos e dos sensíveis. *In: Parva Naturalia*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2012.

\_\_\_\_\_. **Metafísica**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro: 2006.

ARONSON, Elliot; WILSON, Timothy; AKERT, Robin; SOMMERS, Samuel. **Social Psychology**. 9<sup>th</sup> edition. New York: Pearson, 2016.

ASK, Karl; GRANHAG, Pär Anders. Motivational Sources of Confirmation Bias in Criminal Investigations: The Need for Cognitive Closure. **Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling**, n. 2, 2005, p. 43–63.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. *In: Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador: Instituto de Direito Público, n. 17, jan./mar., 2009.

BACON, Francis. **Novum Organum**. Tradução de José Aluysio Reis de Andrade. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de**

**constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.** 2. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARTHOLOMEW, Craig G.. **Introducing Biblical Hermeneutics:** a comprehensive framework for hearing God in Scripture. Ada: Baker Academic, 2015.

BEEKES, Robert. **Etymological dictionary of Greek.** 2 v. Leiden, Boston: Brill, 2010.

BERGEN, Benjamin. **Louder than words:** the new science of how the mind makes meaning. New York: Perseus, 2012.

BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos.** Tradução de Karina Jannini, São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria generale della interpretazione,** v. II. Milano: Giuffré, 1990.

BICKERTON, Derek. **Language evolution:** A brief guide for linguists. *Lingua*, [s.l.], v. 117, n. 3, p.510-526, mar. 2007. Elsevier BV. <http://dx.doi.org/10.1016/j.lingua.2005.02.006>

BINGHAM, Jeffrey (org.). **Handbook of Patristic Exegesis:** The Bible in Ancient Christianity. London: Brill, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone: 1995.

BONIN, Luiz Fernando Rolim. Indivíduo cultura e sociedade *In: Psicologia Social contemporânea*, Petrópolis: Vozes, 2013.

BOUCHARD, Denis. **Nature and Origin of Language.** Oxford: Oxford University Press, 2013.

BOZDAG, Engin. Bias in algorithmic filtering and personalization. *In: Ethics and Information Technology*, volume15, 2013, p. 209-227.

BRAIDA, Celso. **Filosofia e linguagem.** Florianópolis: Rocca Brayde, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 94777, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 05/08/2008, DJe-177 DIVULG 18-09-2008 PUBLIC 19-09-2008 EMENT VOL-02333-03 PP-00489 RT v. 97, n. 878, 2008, p. 530-535.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 554, “O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal.”. DJ de 03/01/1977, p. 1. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2733>>. Acesso em: 16 fev 2019.

CAHANA-AMITAY, Dalia; ALBERT, Martin L.. **Redefining Recovery from Aphasia.** Oxford: Oxford University Press, 2015.

CHOMSKY, Noam. **The architecture of Language.** Oxford: Oxford University Press, 2000.

COSTA, Reginaldo da. **Ética do discurso e verdade em Apel.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DAMÁSIO, António. **A estranha ordem das coisas:** as origens biológicas do sentimento e da

cultura, Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 2018.

\_\_\_\_\_. **E o cérebro criou o homem**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia da Letras, 2011.

\_\_\_\_\_. **Em busca de Espinosa: prazer e dor na ciência dos sentimentos**. São Paulo: Companhia das Letras. 2004.

\_\_\_\_\_. **O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano**. Tradução de Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

\_\_\_\_\_. **O mistério da consciência**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 2000.

DAMODARAN, Aswath. **Narrative and Numbers: The value of stories in business**. New York: Columbia University Press, 2017.

DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSO, Liora. Extraneous Factors in Judicial Decisions, **PNAS (Proceedings of the National Academy of Sciences)**, vol. 108, n. 17, 2011, p. 6889-6892.

DAWKINS, Richard. **O maior espetáculo da terra: as evidências da evolução**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

DESCARTES, René. **Meditações**. 3 ed. Tradução de J. Ginsburg e Bento Prado Júnior. São Paulo: Abril Cultura, 1983.

\_\_\_\_\_. **Discurso do método**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2009.

DILTHEY, Wilhelm. **A construção do mundo histórico nas ciências humanas**. Tradução de Marcos Casanova. São Paulo: UNESP, 2010.

ESPINOSA, Baruch. **Ética** Tradução de Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica, 2007.

FABREGUETTES, M. P. **A lógica judiciária e a arte de julgar**. Tradução de Henrique de Carvalho. São Paulo: Teixeira & Cia, 1914.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FEIGL, Herbert, The “mental” and the “physical” *In: Concepts, Theories and the Mind-Body problem*, vol. 2. Minnesota: University of Minnesota Press, 1958.

FESTINGER, Leon. **A Theory of Cognitive Dissonance**. Stanford: Stanford University Press, 1957.

GADAMER, Hans-Georg. Texto e interpretação. *In: Verdade e método II: complementos e índices*. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis, Vozes, 2011.

\_\_\_\_\_. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 14 ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2014.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Método**. volume I. Petrópolis: Vozes, 2008.

GALLESE, Vittorio. Embodied simulation: From neurons to phenomenal experience.

**Phenomenology And The Cognitive Sciences**, [s.l.], v. 4, n. 1, p.23-48, mar. 2005. Springer Nature. <http://dx.doi.org/10.1007/s11097-005-4737-z>.

GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

GIANNETTI, Eduardo. **Autoengano**. São Paulo: Companhia das letras, 2005.

GIDDENS, Anthony. **Sociology**. 6<sup>th</sup> edition. Cambridge: Polity Press, 2009.

GOWDY, John; POLIMENI, Raluca. The Death of Homo Economicus. **International Journal of Social Economics**, vol. 32, n. 11, 2005, p. 924–938.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. São Paulo: Malheiros, 2014.

GUÉGUEN, Nicholas. Touch, awareness of touch, and compliance with a request, *Perceptual and Motor Skills*, n.95, 2002, p.355-360.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. 7 ed. Tradução de Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM, 2015.

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

HASELTON, Martie; NETTLE, Daniel; MURRAY, Damian. The Evolution of Cognitive Bias. *in The Handbook of Evolutionary Psychology*. Volume 2: integrations. 2<sup>nd</sup>. edition, Hoboken: John Wiley & Sons, 2015.

HEIDEGGER, Martin. **A caminho da linguagem**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2003.

HERZ, Rachel; VON CLEF, Julia. The influence of verbal labeling on the perception of odors: Evidence for olfactory illusions? **Perception**, volume 30, 2001, p. 381–391.

HIGGINS, Raymond. Excuses: Their Effective Role in the Negotiation of Reality. **Psychological Bulletin**. Vol. 104, No. 1.23-35, 1988, p. 23-35.

HUME, David. **Investigações sobre o entendimento humano**. Tradução de José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Unesp, 2004.

\_\_\_\_\_. **Tratado da natureza humana**. 2 ed. Tradução de Déborah Danawski. São Paulo: Unesp, 2009.

JACOB, Eshel Ben; SHAPIRA, Yoash; TAUBER, Alfred. Seeking the foundations of cognition in bacteria: From Schrödinger’s negative entropy to latent information *In: Physica A*, n. 359, Elsevier, 2006, p. 495-524.

JOHNSON, Dominic; BLUMSTEIN, Daniel; FOWLER, James; HASELTON, Martie. The evolution of error: error management, cognitive constraints, and adaptive decision-making biases. *In: Trends in Ecology & Evolution*, n 28, 2013.

JONES, John; PELHAM, Brett; CARVALHO, Mauricio; MIRENBERG, Matthew. How Do I Love Thee? Let Me Count the Js: Implicit Egotism and Interpersonal Attraction. **Journal of**

**Personality and Social Psychology.** vol. 87, n. 5, 2004, p. 665–683.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar:** duas formas de pensar. Tradução de Cássio Arantes de Leite. São Paulo: Editora Objetiva, 2012.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science**, vol. 185, 1974.

KANDEL, Eric; *et al.* **Princípios de neurociência.** 5 ed. Tradução de Ana Lúcia Severo Rodrigues, *et al.* Porto Alegre: AMGH, 2014.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura.** 5 ed. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

\_\_\_\_\_. **Prolegômenos a toda metafísica futura.** Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1988.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** 3 ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito.** 7 ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KERÉNYI, Karl. **Arquétipos da religião grega.** Tradução de Milton Camargo Motta. Petrópolis: Vozes, 2015.

KRAJEWSKI, Bruce. **Traveling with Hermes:** Hermeneutics and Rethoric. Amherst: University of Massachusetts Press, 1992.

KURZWEIL, Ray. **Como criar uma mente:** os segredos do pensamento humano. Tradução de Marcello Borges. São Paulo: Aleph, 2015.

LAWN, Chris. **Gadamer: a guide for the perplexed.** London, New York: Continuum, 2006.

LOCKE, John. **Ensaio sobre o entendimento humano.** Tradução de Gualter Cunha e Ana Luísa Amaral. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo.** 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Epistemologia falibilista e teoria do direito. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, Ano 3, nº 1, 2014.

\_\_\_\_\_. **O direito e sua ciência:** uma introdução à epistemologia jurídica. São Paulo, Malheiros, 2016.

\_\_\_\_\_. O contencioso tributário e a importância da coerência jurisprudencial. *In:* HENRIQUES, Guilherme de Almeida; GODOI, Marciano Seabra de; BONITO, Raphael Frattari; LOBATO, Valter de Souza. (Org.). **Os Impactos do Novo CPC sobre o Processo Judicial Tributário.** 1ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, v. 3, p. 25-45.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do Direito:** conceito, objeto, método. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo

Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**, Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *In: Repertório IOB de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*, n. 14, 2000, p. 361-372.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MLODINOW, Leonard. **Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas**. Tradução de Cláudio Carina. São Paulo: Zahar, 2014 (epub).

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. 3.ed. Tradução de Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. **Teoria estruturante do direito**. vol. 1. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MÜNSTERBERG, Hugo. **On the Witness Stand: Essays on Psychology and Crime**. New York: Doubleday, 1908.

MYERS, David. **Social Psychology**. 10<sup>th</sup> edition. New York: McGraw-Hill, 2010.

NEISSER, Ulric. **Cognitive Psychology**. New York and London: Psychology Press, Taylor & Francis Group, 2014.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

NORTH, Adrian; HARGREAVES, David; MCKENDRICK, Jennifer. In-store music affects product choice, *Nature*, n. 390, 13 nov 1997, p.132.

O'DOHERTY, John; HAMPTON, Alan; KIM, Hackjim. Model-Based fMRI and its application to reward learning and decision making. **Annals of the New York Academy of Sciences**, n. 1104: p. 35–53, 2007.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **A filosofia na crise da modernidade**. São Paulo: Loyola, 1989.

\_\_\_\_\_. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2 ed. São Paulo: Loyola, 1997.

\_\_\_\_\_. **Sobre a fundamentação**. 2 ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

OSWALD, Margit; GROSJEAN, Stefan. Confirmation bias. *In: Cognitive Illusions: A Handbook on Fallacies and Biases in Thinking, Judgement and Memory*. Editor Rüdiger F. Pohl. New York: Psychology Press, 2004.

PALMER, Richard. **The Relevance of Gadamer's Philosophical Hermeneutics to Thirty-**

**Six Topics or Fields of Human Activity.** Disponível em: <https://www.mac.edu/faculty/richardpalmer/relevance.html> e <https://www.uma.es/gadamer/resources/palmer-2.pdf>>. Acesso em: 16 fev 2019.

PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2015.

PARKE, Herbert William; WORMELL, Donald Ernest Wilson. **The Delphic Oracle**. 1 v. Oxford: Blackwell, 1956.

PARVIZI, J.; DAMÁSIO, A. Consciousness and the brainstem. **Cognition**, n. 79, 2001, p. 135-160.

PATTERSON, Miles; POWELL, Jack. LENIHAN, Mary. Touch, compliance, and interpersonal affect. **Journal of Nonverbal Behavior**, n.10, 1986, p.41-50.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. 2 ed. Tradução Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: A Nova Retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PINKER, Steven. **Do que é feito o pensamento**. Tradução de Fernanda Ravagnani. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

PLATÃO, **A República**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2006.

\_\_\_\_\_. **Íon**. Tradução de André Malta. Porto Alegre: L&PM, 2008.

\_\_\_\_\_. O político. *In: Diálogos IV*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2009.

\_\_\_\_\_. Apologia de Sócrates. *In: Diálogos III*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2008.

\_\_\_\_\_. Timeu. *in Diálogos V*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2010.

\_\_\_\_\_. Crátilo. *In: Diálogos VI*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2011.

\_\_\_\_\_. Teeteto. *in Diálogos I*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2013.

\_\_\_\_\_. Fédon. *in Diálogos III*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2015.

POHL, R.; SCHWARZ, S.; SCZESNY, S.; STAHLBERG, D. Hindsight bias in gustatory judgments. **Experimental Psychology**, volume 50, 2003, 107–115.

POPPER, Karl. **A Lógica da pesquisa científica**. Tradução: Leonidas Hegenberg e Octanny da Mota. São Paulo: Editora Cultrix, 2007.

\_\_\_\_\_. **O conhecimento e o problema corpo-mente**. Lisboa: Edições 70, 2009.

\_\_\_\_\_. **O mito do contexto: em defesa da ciência e da racionalidade**. Tradução de Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 1996.

PREFEITO lituano destrói com tanque carro estacionado em local proibido: em vídeo de sua página no YouTube, prefeito diz que esse será o fim de quem parar ilegalmente. **Estadão**. São

Paulo, 02 de Agosto de 2011. Disponível em: <<https://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,prefeito-lituano-destroi-com-tanque-carro-estacionado-em-local-proibido,753246>>. Acesso em 16 fev 2019.

QUINE, W. Q.; ULLIAN, J. S. **The web of belief**. 2<sup>nd</sup> edition. New York: McGraw-Hill, 1978.

REICH, Wilhelm. **The Bioelectrical Investigation of Sexuality and Anxiety**. New York: Farrar, Straus and Giroux, Macmillan Publishers, 2013.

RESCHER, Nicholas. **Epistemology: an introduction to the theory of knowledge**. Albany: State University of New York Press, 2003.

ROEDIGER III, Henry L.; GALLO, David. Associative memory illusions. *In: Cognitive Illusions: A Handbook on Fallacies and Biases in Thinking, Judgement and Memory*. Editor Rüdiger F. Pohl. New York: Psychology Press, 2004, p. 309-326.

ROSENZWEIG, Phil. **The Halo Effect and Other Business Delusions: Why Experts Are so Often Wrong and What Wise Managers Must Know**. Nova York: The Free Press, 2007.

\_\_\_\_\_. **The Halo Effect: and the Eight Other Business Delusions That Deceive Managers**, New York, Free Press, 2007.

SAFATLE, Vladimir. **O circuito dos afetos**. São Paulo: Cosac Naify, 2015.

SAPHIRO, J. A. Bacteria are small but not stupid: cognition, natural genetic engineering and socio-bacteriology *In: Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences*, n. 38. Elsevier, 2007, p. 807–819.

SCHLEIERMACHER, Friedrich. **Hermenêutica e crítica**, Tradução de Aloísio Ruedell. Ijuí: Unijuí, 2005.

\_\_\_\_\_. **Hermeneutics and criticism and other writings**. Tradução de Andrew Bowie. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

SCHOPENHAUER, Arthur. **O mundo como vontade e representação**. Tomo I. Tradução de Jair Barboza. São Paulo: Unesp, 2005.

\_\_\_\_\_. **Sobre a vontade na natureza**. Tradução de Gabriel Valladão Silva. Porto Alegre: L&PM, 2013.

SICHES, Luis Recaséns. **Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho**. México: Editorial Porrúa, 1973.

SILVA, Marcus Tullius Teixeira da; CAVALCANTI, José Luís de Sá; MOREIRA, Denise Madeira. Afasia global sem hemiparesia: relato de caso. **Arq. Neuro-Psiquiatr.** 2000, vol.58, n.3A, pp.748-751.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *In: Revista dos Tribunais*, n. 798, 2002, p. 36-37.

\_\_\_\_\_. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais** nº 01. Jan/Jun, 2003. p. 607-630.

\_\_\_\_\_. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico” *In: Silva, Virgílio Afonso da (org.), Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 115-143.



\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. O Supremo Tribunal Federal precisa de Iolau: resposta às objeções de Marcelo Neves ao sopesamento e à otimização. **Revista Direito UnB**, Brasília-DF, v. 2, p. 96-118, 2016.

SMITH, Adam. **Teoria dos sentimentos morais**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SNYDER, C. R.; HIGGINS, Raymond. Excuses: Their Effective Role in the Negotiation of Reality. **Psychological Bulletin**. Vol. 104, No. 1.23-35, 1988, p. 23-35.

STOUT, Lynn. Taking Conscience Seriously. *In: Moral Markets: The Critical Role of Values in the Economy*. Editor Paul Zak. New Jersey: Pinceton University Press, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. *In: Revista de Informação Legislativa*. Ano 49, n. 194, Brasília, 2012.

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SVENSON, Ola. Are We All Less Risky and More Skillful Than Our Fellow Drivers? *In: Acta Psychologica*. Volume 47, Amsterdam: North-Holland Publishing Company, 1981 143–148.

TALEB, Nassim Nicholas. **A lógica do cisne negro**: o impacto do altamente improvável. Tradução de Marcelo Schild; revisão técnica Mário Pina. Rio de Janeiro: Best Seller, 2015 (epub).

TAVRIS, Carol; ARONSON, Elliot. **Mistakes Were Made (but not by me)**: Why We Justify Foolish Beliefs, Bad Decisions, and Hurtful Acts. San Diego: Harcourt, 2007.

UHLMANN, Eric Luis; COHEN, Geoffrey L. **Constructed Criteria**: Redefining Merit to Justify Discrimination. *Psychological Science*, volume 16, n. 6, American Psychological Society, 2005, p. 474-480.

VOTO do Ministro Luis Roberto Barroso - STF - Descriminalização. Brasília: 2015. (104 min.), son., color. Disponível em: <<https://youtu.be/z8LhuORvmko?t=2540>>. Acesso em: 16 fev. 2019.

WANSINK, Brian. Environmental factors that increase food intake and consumption volume of unknowing consumers. **Annual Review of Nutrition**, n.24, 2004, p.455-479.

WANSINK, Brian; KIM, Junyong. Bad popcorn in big buckets, portion size can influence intake as much as taste. **Journal of Nutrition Education and Behavior**, v.37, n.5, 2005, p. 242-245.

WELLS, Gary L.; OLSEN, Elizabeth A. Eyewitness testimony. **Annual Review of Psychology**, n.54, 2003, p. 277-291.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de Marcos Montagnoli. Petrópolis: Vozes, 2009.

ZHU, Rui (Juliet); MEYERS-LEVY, Joan. Distinguishing between the Meanings of Music: When Background Music Affects Product Perceptions. **Journal of Marketing Research**. vol. 42, 2005, p. 333-345.