
Hermenêutica filosófica e direito: por uma consciência do cérebro

Philosophical hermeneutics and law: for brain awareness

Atahualpa Fernandez¹

Resumo: O propósito deste artigo é analisar algumas questões relativas ao impacto que a neurociência cognitiva pode chegar a ter para o atual edifício dogmático e metodológico da ciência jurídica. A filosofia de Gadamer não aporta soluções para o problema central da teoria da interpretação no direito, que é o problema da racionalidade da atuação judicial. O texto discute a relação entre decisão jurídica e neurociência, o problema da linguagem e da racionalidade do discurso hermenêutico jurídico e mais especificamente o papel da cognição e da emoção no processo de interpretação do Direito.

Palavras-chave: Direito. Neurociência. Hermenêutica jurídica. Linguagem. Cognição. Emoção.

1 Membro do Ministério Público da União/MPT. Doutor em Filosofia Jurídica, Moral y Política pela Universidade de Barcelona (Espanha). Pós-doutor em Teoría Social, Ética y Economía pela Universidade Pompeu Fabra, Barcelona (Espanha). Professor Colaborador Honorífico (Livre Docente) e Investigador da Universitat de les Illes Balears.

Abstract: The purpose of this paper is to analyze several issues at the impact of cognitive neuroscience have to do with the current dogmatic and methodological edifice of juridical science. Gadamer's philosophy offers no solutions for the central problem in the theory of interpretation in law, which is the problem of rationality in judicial actions. The text discusses the relationship between judicial decision-making and neuroscience, specifically the problem of language and the rationality of the legal hermeneutics discourse and the role of cognition and emotion in the process of interpretation of the Law.

Key-words: Law. Neuroscience. Legal hermeneutics. Language. Cognition. Emotion.

1. A hermenêutica e a ilusão da linguagem

A hermenêutica contemporânea tem em Nietzsche e em Heidegger seus genuínos fundadores. Eles traçaram (também) os caminhos de seu discorrer e são, de fato, o ponto de referência das diferentes hermenêuticas: desde o caráter ontológico-universal da hermenêutica de Hans-Georg Gadamer (cuja filiação e procedência heideggeriana é manifesta) até a “hermenêutica niilista de Gianni Vattimo (para quem só remetendo-se a Nietzsche e a Heidegger a hermenêutica adquirirá o peso e a transcendência filosóficos que lhe são próprios), passando pela hermenêutica crítica de Paul Ricoeur (que vê na ontologia hermenêutica nietzscheana o melhor adversário com quem seu pensamento tem de se medir, e em Heidegger o lugar de passagem ineludível).

De um modo geral, segundo a chamada corrente *hermenêutica* (continental, filosófica ou hermenêutica dialética), a interpretação não só deve entender-se como uma atividade específica, ou técnica (um método de trabalho),

senão também como uma atitude filosófica global, como uma modalidade constitutiva do ser humano, como o modo próprio pelo qual o homem entra em contato com o mundo. Desde este ponto de vista, o que faz possível a compreensão de um texto não é somente a tarefa de análise e recuperação do contexto da obra e do autor, senão a radical unidade originária e primogênita que funda toda compreensão.

Ademais, todo esse novo movimento hermenêutico representou um rechaço radical às regras com as que opera naturalmente nossa mente e uma demonstração definitiva do abismo que separa o reino ideal das verdades e os princípios do ser-conhecer da mecânica empírica da mente humana. Um repelir que, estendido em todas as direções, pode ser perfeitamente rastreado, por exemplo, na resistência (e rechaço) às primeiras hermenêuticas de caráter existencialista e psicologista, como as elaboradas por Schleiermacher e Dilthey, e sua reelaboração em chaves ontológicas, desvinculadas da psicologia empírica, como as propostas por Heidegger ou Gadamer.

De fato, foi grande o esforço das hermenêuticas de corte ontológico de Heidegger e Gadamer para descontaminar a hermenêutica e a antropologia de qualquer consideração psicológica empírica. Gadamer, por exemplo, em polêmica com a hermenêutica romântica e contra toda forma de hermenêutica psicológica, afirma que *“un texto no quiere ser entendido como una expresión de la vida, sino sólo en aquello que se dice”*. Já a análise existencialista levada a cabo por Heidegger é um perfeito exemplo deste desejo de reinterpretar qualquer traço existencial nos novos termos de uma ontologia do *da-sein*.

Por outra parte, as hermenêuticas pós-estruturalistas, definitivamente instaladas na deriva onipresente e “significamentosa” da linguagem, decidiram cortar as amarras com qualquer forma de realismo ou naturalismo, decretando que

o único real é a deriva do significado, uma viagem sem retorno na qual não podem ser precisados nem a origem nem o fim das cadeias significantes, onde não existe nenhum vínculo, enlace ou atadura, nem ontológica nem antropológica, senão a exclusiva esfera autorreferente da linguagem.

O problema, contudo, é que a centralidade da linguagem, como ocorre com tantas ideias filosóficas e teorias sociais (como, por exemplo, no desconstrucionismo, no pós-modernismo e em outras doutrinas relativistas e analíticas)², é levada a extremos inverossímeis e irrealistas: desde os sofistas, passando por Hobbes e Nietzsche, até desembocar nos textos de oráculos como Derrida, crivados de aforismos como “*Não é possível escapar da linguagem*”, “*O texto é autorre-*

-
- 2 Nesse particular, a citação de Jerry Fodor (1983), um psicolinguista com ideias muito claras sobre a arquitetura da mente, é tão rica que vale a pena considerá-la em sua totalidade: “*Poderíamos perguntar: ‘mas, dí-me-lo, por que te interessam tanto os módulos (cerebrais)?...; por que não vais à praia e te dedicas a navegar?’.* Trata-se de uma pergunta perfeitamente razoável e que eu mesmo me faço algumas vezes... Mas... a ideia de que a cognição satura a percepção pertence (e está historicamente vinculada) à teoria da filosofia da ciência segundo a qual as próprias observações estão determinadas pelas próprias teorias; à teoria da antropologia segundo a qual os próprios valores estão determinados pela própria cultura; à ideia da sociologia de que os compromissos epistêmicos próprios, incluída sobretudo a ciência, estão determinados pela própria filiação de classe; e à ideia da linguística de que a própria metafísica está determinada pela própria sintaxe. Todas estas ideias implicam uma concepção holística relativista: porque se a percepção está saturada de cognição, a observação de teoria, os valores de cultura, a ciência de classe e a metafísica de linguagem, então a crítica racional das teorias científicas, os valores éticos, a cosmovisão metafísica ou o que seja, só podem ter lugar dentro do marco de suposições compartilhadas pelos interlocutores, como se de um acidente geográfico, histórico ou sociológico se tratara. Assim resulta impossível formular uma crítica racional do marco. A verdade é que odeio o relativismo. Odeio o relativismo mais que qualquer outra coisa salvo, quiçá, as lanchas de fibra de vidro. Creio que o relativismo é seguramente falso. Se olvida, para dizê-lo breve e sem reboço, da estrutura fixa da natureza humana... Bom, de acordo com a psicologia cognitiva, a hipótese de que existe uma estrutura fixa da natureza humana adota tradicionalmente a forma de uma insistência na heterogeneidade dos mecanismos cognitivos e na rigidez da arquitetura cognitiva que afeta a sua encapsulação. Se existem faculdades e módulos, então nem tudo afeta a todo o demais; nem tudo é de plástico. Seja o que for o TODO, ao menos há mais de UM nele”.

ferente”, “*Linguagem é poder*” e “*Não existe nada fora do texto*”, ou na afirmação mais extrema de Roland Barthes de que “*O homem não existe anteriormente à linguagem, seja como espécie, seja como indivíduo*”. Onanismos intelectuais.

Na verdade, só é necessário sentido comum para ver que a língua não poderia funcionar se não se assentasse sobre uma vasta infraestrutura de conhecimento tácito sobre o mundo e sobre as intenções de outras pessoas, isto é, de que as palavras sempre são interpretadas no contexto de uma compreensão mais profunda das pessoas e suas relações. No nosso caso, por exemplo, a própria existência de normas ambíguas – nas quais uma série de palavras expressa pelo menos dois pensamentos – prova que pensamentos não são a mesma coisa que uma sequência ou classes de palavras, e que estamos equipados com faculdades cognitivas complexas que nos mantêm em contato com a realidade. A linguagem, assim entendida, é a magnífica faculdade que usamos para transmitir pensamentos e informação de um cérebro para outro, e podemos cooptá-la de muitos modos para ajudar nossos pensamentos a fluir.

Por outro lado, a linguagem não é o mesmo que pensamento, nem a única coisa que separa os humanos dos outros animais, a base de toda cultura, a morada do ser onde reside o homem, uma prisão inescapável, um acordo obrigatório, os limites de nosso mundo ou o determinante do que é imaginável (Pinker, 2002). A ideia de que o pensamento é o mesmo que a linguagem constitui um bom exemplo da que poderia denominar-se uma estupidez convencional, ou seja, uma afirmação que se opõe ao mais elementar sentido comum e que, não obstante, todo mundo crê porque recorda vagamente havê-la ouvido mencionar (Pinker, 1994)³.

3 Mais recentemente se há visto as limitações não salváveis de afirmações do tipo “*o ser que pode ser compreendido é linguagem*” e até mesmo a relação

Dito de outro modo, a linguagem é simplesmente o conduto através do qual as pessoas compartilham seus pensamentos e intenções, suas experiências de prazer e de sofrimento – enfim, a que permite o reparto (sócio-afetivo) da subjetividade –, e, com isso, adquirem o conhecimento, os costumes e os valores daqueles que as cercam e no contexto da realidade em que plasam suas respectivas existências. Como recorda Derek Bickerton (1995), não é (a linguagem) somente um meio de comunicação senão uma maneira de organizar o mundo, e cuja finalidade é pôr pensamentos nas mentes das outras pessoas e extrair pensamentos das mentes das outras pessoas⁴.

estabelecida nos textos aristotélicos entre a linguagem e o sentido do justo e do injusto: determinadas observações e experimentos indicam que já outros primatas reagem como se tivessem algo parecido com um sentido de justiça, ainda que careçam de linguagem; sem linguagem pode haver compaixão, cooperação e quiçá algo assim como um sentido de justiça. Da mesma forma, nem toda cultura é linguística. Uma grande parte da cultura é independente da linguagem e se transmite por imitação não mediada por palavras: por exemplo, a cultura de diversos primatas que carecem de linguagem – como os chimpanzés ou os macacos (de Waal, 1993, 1996 e 2001) –, assim como a transmissão de determinados ofícios e a propagação das modas entre os humanos (Mosterín, 2006).

- 4 E não somente isso. No que diz respeito propriamente a sua origem, por exemplo, Tomasello (1999) rechaça a ideia de que uma mutação tenha criado a linguagem. Para ele, a chave se radica no fato segundo o qual nos humanos evoluiu biologicamente uma nova maneira intencional de identificar-se e de entender-se com membros da mesma espécie. A continuação do processo, a partir dessa única adaptação cognitiva que permite reconhecer aos outros como seres intencionais, teria tido um caráter inteiramente cultural e produziu o desenvolvimento de formas simbólicas de comunicação. Este desenvolvimento, sustenta Tomasello (2010), transcorre a uma velocidade que nenhum processo de evolução biológica pode igualar. De fato, como lembra Dunbar (2004), o trabalho verdadeiramente intelectual do discurso se radica em nossa capacidade de antecipar como entenderá o ouvinte – ou como não entenderá! – o que queremos dizer. Em outras palavras, para que haja uma conversação, temos que participar em jogos mentais, embarcando em uma leitura profunda da mente que vai mais além da simples teoria da mente (segundo grau de intencionalidade); sem a teoria da mente – sem

2. Direito e hermenêutica: sobre os limites da hermenêutica filosófica gadameriana

O direito é, quiçá com a teologia, a disciplina mais immanentemente unida à interpretação, mais mediada – e intercedida – em seu labor e seus resultados por uma constitutiva, permanente e ineliminável *hermeneusis*. “Interpretação” é um dos termos mais repetidos e com mais relevante protagonismo tanto nas obras teóricas sobre o direito como em sua prática de todo tipo, começando pela jurisprudencial.

No âmbito propriamente jurídico, parece haver poucas dúvidas de que a teoria hermenêutica do direito, influenciada pela recepção de Gadamer, deu passos de gigante no século XX, propiciando uma indubitável aproximação entre momento normativo e momento da decisão prático-concreta, assim como a defesa de uma ontologia jurídica que vê o direito como um objeto em permanente construção e reconstrução no processo de sua interpretação e aplicação. De fato, muitos e importantíssimos são os problemas levantados e discutidos atualmente no âmbito desta abertura de novos itinerários intelectuais propiciados pelo despertar (tardio) da consciência hermenêutica dos juristas.

Não obstante, em que pese sua peculiar e relevante influência, a filosofia hermenêutica de Gadamer não resulta, por si só, suficiente para aportar soluções ao problema central da interpretação jurídica (que é o problema da racionalidade da atuação judicial), uma vez que não se apresenta diretamente como teoria da decisão valorativa racional, senão como indagação da dimensão ontológica do compreender. Assim se explica que os postulados básicos de sua

os graus mais altos da teoria da mente –, a transmissão de informação levada a cabo pela linguagem e a maior das interações sociais resultariam impossíveis e viveríamos em um mundo intelectualmente empobrecido.

obra *Verdade e método* se expressem em fórmulas como “*el ser, en cuanto puede ser entendido, es lenguaje*”, ou que “*todo entender es siempre un interpretar*”. À diferença da hermenêutica romântica, que pretendia ser uma preceptiva, proporcionar um conjunto de regras ou indicações metódicas para que o intérprete de um texto pudesse aceder ao significado que seu autor pretendeu dar-lhe, o que a filosofia hermenêutica de Gadamer intenta é mostrar essa dimensão essencial da estrutura ontológica do ser humano, que vem dada pelo compreender. “*Su tarea – diz Gadamer – no es desarrollar un procedimiento de la comprensión, sino iluminar las condiciones bajo las cuales se comprende*”.

Depois, embora com a capacidade de produzir estranhos companheiros de cama (por exemplo, analíticos e hermeneutas) e por ser hoje um dos movimentos mais importantes no marco interdisciplinar da filosofia e das ciências humanas, caberia pensar que a contemporânea filosofia hermenêutica, com Gadamer em seu centro, acabou se incorporando ao elenco de categorias e concepções com o que o operador do direito teórico e prático pensa e explica seu labor. Mas não é assim, verdadeiramente; ou não o é na medida em que seria razoável esperar. Muito esquematicamente, poderíamos adiantar três razões: por um lado, ao que à hermenêutica importa, a teoria e a filosofia do direito têm suas próprias tradições explicativas e a filosofia hermenêutica vai pouco mais além das explicações existentes, ao menos no sentir comum do operador do direito; por outro, e já agora no que mais importa ao direito, que é o desenho de regras ou métodos do correto e “racional” decidir, a filosofia hermenêutica não proporciona soluções; por último, ao reforçar o abismo que separa o reino ideal das verdades e os princípios do ser-conhecer da mecânica empírica (mental) da experiência subjetiva, Gadamer desconsiderou a forma

como opera naturalmente a mente do intérprete. Vejamos, então, em que consistem estas três assertivas.

Enquanto a primeira, desde começos do século XX, pelo menos, foi abrindo passo na teoria do direito a ideia de que o direito não se esgota no texto, no puro enunciado normativo, de que a tarefa interpretativa é uma mediação irrenunciável para a concreção do enunciado legal, a fim de poder aplicá-lo aos casos que com ele não se resolvem, e de que essa interpretação, que tem um componente sempre criativo, contextual e pessoal, é constitutiva ou co-constitutiva (segundo o radicalismo da respectiva teoria) da norma jurídica mesma, do próprio objeto Direito. No que ao operador do direito lhe interessa, a obra de Gadamer injeta possivelmente profundidade – e elegância – a essa perspectiva, mas pouca novidade.

Relativamente à afirmação de que a filosofia hermenêutica não aporta soluções que o operador do direito busca, quer-se dizer que a hermenêutica filosófica se detém precisamente ali onde mais interessa em Direito a teoria da interpretação: à hora de proporcionar pautas do correto interpretar, isto é, critérios de racionalidade ou objetividade interpretativa. Não olvidemos que na práxis de aplicação do direito se pede aos juízes que atuem com imparcialidade e objetividade, evitando na medida do possível que sua decisão esteja condicionada por puros dados subjetivos, prejuízos, simpatias, etc (García Amado, 2003).

Já no que se refere à “regra de ferro” de que “*o que interpreta o intérprete é o que interpreta seu cérebro*”, a teoria de Gadamer representa uma radical desconsideração à realidade psicobiológica do intérprete, dos problemas filosóficos e neuropsicológicos profundos que implica qualquer teoria da ação intencional humana, e em particular, de uma teoria hermenêutica igualmente compatível com um modelo

sensato sobre a natureza humana, isto é, das reais condições e limitações humanas no ato de decidir (Gigerenzer, 1999; Jones e Goldsmith, 2004; Jones, 2001; Sutherland, 1992; Eagleman, 2011).

E posto que haja plena consciência de que essa práxis de aplicação das normas jurídicas é, em uma parte importantíssima, prática humana-interpretativa de textos legais (de princípios, de valores e de fatos), isto já nos dá alguma pista a respeito da evidência de que tais considerações nem a dá e nem intenta dar a hermenêutica existencial ao estilo de Gadamer; limita-se a descrever, a mostrar as condições da interpretação, da compreensão textual, enquanto que não dá regras senão sumamente gerais acerca do modo como esta deve transcorrer, uma vez realizada por sujeitos livres.

O problema é que uma filosofia hermenêutica (e/ou teoria argumentativa) jamais poderá substituir por puros conhecimentos teóricos, filosóficos e/ou metodológicos o momento da decisão em que a experiência subjetiva e a atividade exclusivamente neuronal do intérprete autorizado concretiza e aplica valores, princípios, normas e conceitos diante de uma situação concreta. Nenhuma teoria magistralmente especulativa, nem filosofia prolixamente contemplativa, nem as espinhosas sutilezas de uma suposta metodologia perfeccionista, pode pesar mais que o funcionamento real do mais diminuto e limitado dos cérebros implicado na solução de um problema no mundo real, já que qualquer interpretação (justificação e aplicação), por definição e por essência, é sempre a interpretação (a justificação e a aplicação) de um ou de vários indivíduos em particular.

Mas isso não representa, evidentemente, nenhuma razão para desconsiderar a importância que representou para o direito as agudíssimas análises desenvolvidas por Gadamer. Pense-se, só para exemplificar, no modo como

esclarece o conceito de “círculo hermenêutico”, nas reflexões que dedica ao problema da “aplicação” e na articulação que estabelece entre o “compreender e a linguagem”⁵. Também não seria nenhum exagero conjecturar que a hermenêutica de Gadamer, particularmente no que se refere à compreensão prévia (ou prejuízos), captou adequadamente o núcleo de nossas intuições cognitivas – isto é, do que vem das intuições ínsitas em nossa arquitetura cognitiva e que nos proporciona ou determina o repertório de nossas primeiras conjecturas e hipóteses – sobre a inata capacidade para interpretar (pré-compreender) os outros, para ler suas mentes, para entendê-los e para entender a nós mesmos como seres intencionais, ou seja, para ler o que há sob a superfície e dar sentido à realidade que percebemos.

Em resumo, dar à hermenêutica o que é da hermenêutica significa reconhecer-lhe seu legítimo lugar entre as mais influentes explicações da constituição do direito. Mas limitar-se, sem mais, a suas explicações, implica não somente em permanecer de costas aos espetaculares avanços dos recentes estudos provenientes das ciências cognitivas, da psicologia evolucionista, da biologia evolutiva, da primatologia ou da neurociência acerca da condição humana, senão também em renunciar a partes cruciais da filosofia moral, política e jurídica, deixar sem resposta (ou sem sentido) perguntas determinantes que têm a ver, sempre, com a busca de adequados (e necessários) padrões cognitivos, normativos e metodológicos, chamem-se de natureza humana, de justiça, de legitimidade, de racionalidade etc.

5 Para um exemplo de exposição de conjunto do pensamento de Gadamer em sua relevância para a filosofia do direito, cf. Zaccaria, 1994.

3. É apropriado, no âmbito da hermenêutica jurídica, perguntar-se pelo cérebro do intérprete?

Quando pensamos no cérebro (aliás, com o próprio cérebro, e que não foi modelado pela evolução para entender a si mesmo) vemos que nosso conhecimento do mundo e nossas ações derivam de nossas percepções e que nossas percepções (assim como nossa consciência) são construídas por mecanismos neuronais (redes) adquiridos e desenhados ao longo de nossa evolução. Investigar o que é o homem e como atua significa, de alguma maneira, saber como funciona o cérebro, como intervém na elaboração de nossos pensamentos, como opera nas ações humanas, na criatividade, na racionalidade e no surgimento de nossos juízos de valor, sentimentos e emoções, já que é precisamente nesse órgão onde reside o substrato último de toda experiência humana, incluída a própria experiência hermenêutica.

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

Assim, a interpretação jurídica, tal como a conhecemos, é uma atividade levada a cabo por seres (cérebros) humanos com suas próprias necessidades, crenças, visões (prévias) do mundo, opiniões, amores, ódios, desejos, preferências, circunstâncias, problemas... que, de uma forma ou outra, incidem e condicionam o resultado de suas interpretações, destinadas a transmitir suas mensagens a um público específico em uma época e um lugar determinados. Cada um dos

intérpretes do direito é um ser humano, cada um deles tem algo diferente a comunicar, cada um tenta transmitir a sua visão de mundo (herdada ou adquirida) com suas próprias palavras. Cada um deles, de certo modo, muda, altera ou transforma os textos que interpreta.

Quem, por alguma razão, não entenda desse modo o processo de interpretação e aplicação do direito, acaba por não admitir que cada intérprete diz o que quer dizer; quem faz isso não lê o que cada autor escreve com o propósito de entender sua mensagem. De fato, quem faz isso não somente se nega a reconhecer que cada intérprete é diferente, mas também se recusa a entender que não é adequado pensar que todo intérprete pretenda dizer sempre o mesmo. Pensar tal coisa é tão injusto como supor que o que queremos dizer neste artigo sobre hermenêutica jurídica há de ser o mesmo que diz qualquer outro autor que se ocupa deste tema. E isso pela simples razão de que ninguém pode viver sua realidade (nem, por certo, interpretá-la) sem o concurso irrenunciável de sua atividade mental: detrás de dois cérebros distintos escondem-se mundos e formas completamente diferentes (e algumas vezes equivocadas) de perceber, de conceber ou de sentir a realidade⁶.

6 De fato, a única coisa que fazemos em nossa vida é descobrir o que é construído por nosso cérebro. Sobre os fatores que influem, limitam, configuram e distorcem a maneira como percebemos o mundo, pensamos e atuamos, cf. Csikszentmihalyi, 2008. Já sobre as limitações do cérebro evolucionado, responsáveis por gerar as principais predisposições e fraquezas do ser humano, cf. Linden (2010): *“El cerebro no há sido diseñado de manera elegante ni mucho menos: es un revoltijo improvisado e incomprensible que, sorprendentemente y pese a sus cortocircuitos, logra realizar una serie muy impresionante de funciones – o sea, que funciona sorprendentemente bien. Pero si bien la función general es impresionante, no cabe decir lo mismo de su diseño. Y lo que es más importante, el extravagante, ineficaz y singular plano de construcción del cerebro y sus partes constitutivas es fundamental para nuestra experiencia humana. La textura particular de nuestros sentimientos, percepciones y actos se deriva en una amplia medida del hecho de que el cerebro no sea una máquina optimizada que*

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

resuelve problemas genéricos, sino una extraña aglomeración de soluciones ad hoc que se han ido acumulando a lo largo de millones de años de nuestra historia evolutiva.[...] En concreto, que las limitaciones de un diseño cerebral extravagante y evolucionado fueron lo que en última instancia condujo a la aparición de muchos de los rasgos humanos trascendentes y únicos (y que nos permite entender algunos de los aspectos más profundos y específicamente humanos de la experiencia): el hecho de tener una infancia prolongada, nuestra amplia capacidad de memoria (sustrato en el que se crea nuestra individualidad a través de la experiencia), nuestra necesidad de crear relatos convincentes, nuestra limitada racionalidad e incluso nuestra predisposición al pensamiento religioso, es decir, el impulso cultural universal que lleva a crear explicaciones religiosas". Tal como explica Marcus (2010), sobre a improvisada e imperfeita construção do cérebro humano: "Nuestro cerebro, lejos de ser un órgano perfecto, es un kluge, un apaño, o más bien, un conjunto de apaños improvisados por la evolución para resolver diversos problemas de adaptación. En todos los ámbitos de la experiencia humana, la memoria, el lenguaje, la forma como gestionamos nuestras preferencias y construimos nuestras creencias, el placer o la capacidad de elección, podemos reconocer indicios de una mente construida en gran medida a través de la superposición progresiva de partes sobre estructuras anteriores de la evolución. De ahí la falibilidad del cerebro a pesar, paradójicamente, de su maravillosa capacidad intelectual: podemos resolver problemas de física o de matemáticas de una complejidad inmensa al mismo tiempo ser incapaces de solucionar de manera lógica un conflicto, de tomar decisiones puramente racionales, de no dejarnos llevar por los arrebatos emocionales, de no sernos tan vulnerables ante los prejuicios, recordar dónde hemos dejado la llaves del coche..."; em resumo, "una chapuza que vive para engañarnos".

Daí que o intérprete, sem chegar a suprimir ou reescrever o texto, o altera (ainda que sempre sustente estar revelando um sentido presente nele⁷). Assim, pois a interpretação não é (como a maioria das pessoas presume) um valor absoluto, um gesto da mente situado em algum domínio intemporal das capacidades humanas (Sontag, 1996). A interpretação deve ser estudada e avaliada dentro de uma concepção histórica e neuropsicológica da consciência humana: somos prisioneiros de nossos cérebros; tudo o que pensamos ou experimentamos resulta da estrutura e do funcionamento de nossos cérebros; estas determinam, condicionam e limitam aquilo que interpretamos.

E como o discurso jurídico é o resultado de um pensamento de tipo hermenêutico, pois consiste em interpretações de materiais jurídicos, parece razoável admitir que o realmente importante, no que diz respeito ao problema da atividade interpretativa, é concentrar-se nas próprias “cabeças” dos sujeitos-intérpretes e perguntar-se que fatores condicionam suas decisões e que influências (e como) podem ter os (necessários) *métodos* jurídicos sobre o que se passa em suas mentes. Desde já, cumpre descartar, como

7 Supomos que muitos ainda fomentem uma concepção muito pouco elaborada acerca do processo de realização do direito, a saber, que o objetivo de interpretar um texto é, simplesmente, deixar que este “fale por si mesmo” para descobrir o significado inerente a suas palavras. Mas para que isso ocorresse, para que fosse perfeita, a linguagem empregada pelo legislador teria que, entre outras coisas: a) não ser ambígua (salvo, talvez, quando o legislador pretende ser ambíguo à propósito); b) sistemática (em lugar de idiossincrásica); c) estável (de modo que, por exemplo, os legisladores fossem capazes de comunicar-se claramente com os destinatários das normas e/ou seus intérpretes autorizados); d) não redundante (para não perder tempo e energia); e) ser capaz de expressar de forma concisa e convincente todos e cada um de seus objetivos e/ou finalidades. Em resumo, cada palavra se utilizaria de uma maneira constante e desembaraçada, cada frase seria limpa e clara como uma fórmula matemática; uma norma com essas características seria totalmente analítica e mostraria à simples vista a estrutura lógica dos fatos (princípios e valores) asseverados ou negados.

sabemos, que sejam factíveis umas soluções puramente teóricas e especulativas sobre “*las condiciones bajo las cuales se comprende*”, e que, ademais, isso possa alcançar-se pela via de certos “*métodos-receitas*”. Não pode haver tais ordens de “*compreensão*” e respostas às decisões jurídicas em geral.

Primeiro, porque é a contingência e a variabilidade das situações o que faz que seja determinante o papel da atividade mental ou a consciência do sujeito e da decisão para dita concreção. Como recorda Troper (2003), isso implica, entre outras coisas, que se deve tomar com a devida atenção e seriedade o problema dos processos mentais que se põem em marcha na tarefa de interpretar e de aplicar (de construir) o direito. Segundo, no que se refere aos métodos, não somente porque ninguém descobriu semelhante receita – e nem é provável que se chegue a elaborar –, senão porque, ainda que alguém a apresentasse, nada seria menos seguro que lograr, na prática, fazê-la aplicar tal qual pelos sujeitos-intérpretes em casos sobre os quais os operadores do direito contendem na vida real (Haba, 2006).

Recordemos que a consciência (“*cabeça*”) do intérprete, com a que necessitamos contar, não se compõe somente do “*módulo*” *conhecimento* (ou “*compreensão*”), senão também do “*módulo*” *emotivo-afetivo*: sentimentos, intuições, experiências pessoais, memória, ideologias... As teorias e métodos, sejam quais forem, se dirigem às faculdades racionais dos homens. Mas por mais corretos que sejam (suponhamos que sim) desde o ponto de vista intelectual, isso não basta para presumir ou decidir que serão adequados àqueles que estão chamados a aplicar essas teorias e métodos. Para que determinadas teorias e/ou métodos sejam adequados e seguidos, tem que se dar uma das duas condições seguintes: i) ou que o conhecimento (“*das condições do compreender*”) e/ou a prática metódica sirvam também para promover

determinados fins fundados na vida cognitivo-emocional do sujeito em questão, e que este esteja consciente disso; ii) ou que, em todo caso, essas teorias e/ou métodos não se oponham a ditos fins, se não é para favorecer outros que o próprio sujeito considere igualmente importantes. Em qualquer dos dois casos, a experiência subjetiva (mental) do intérprete dispõe, em última instância, de uma espécie de “veto” sobre o pensamento teórico e/ou metódico.

Não há nenhuma filosofia, hermenêutica, dogmática ou metodologia jurídica, por perfeita que seja, capaz de eliminar tal condicionamento. É assim, queira-se ou não, simplesmente pelo dado mais trivial no que se refere ao pensamento jurídico na prática: os operadores do direito (os intérpretes) não são menos pessoas de carne e osso do que qualquer outro ser humano. Sobre esta verdade, que não pode ser mais elementar, passa simplesmente por cima a maneira corrente com que as questões da hermenêutica jurídica são propostas por parte de sua doutrina profissional e/ou “oficial”. Com efeito, esta se refere – ou, mais habitualmente, nem sequer se refere – aos protagonistas do pensamento jurídico, especialmente aos juízes, de uma maneira tal “como se estes fossem pessoas distintas dos condutores de táxi, fabricantes ou professores...” (Simon, 1985)⁸.

As questões relativas à neuropsicologia da experiência subjetiva não são elementos acessórios ou dispensáveis das “*condiciones bajo las cuales se comprende*”, mas sim uma peça fundamental que outorga “razões para interpretar” e que servem como elementos condicionantes da interpretação e da aplicação do direito. De fato, é precisamente a partir

8 Nas palavras de Montaigne (III, 13, 1115): “*Nadie puede elevarse por encima de la humanidad: por muy alto que subamos, llevamos nuestra humanidad con nosotros. [...] ya que, aun en el trono más elevado del mundo, estamos todos sentados sobre nuestro culo*”.

da evidência de que nossa atividade mental (neuronal) é inerente a qualquer tarefa interpretativa que já não é mais aceitável deixá-la à margem da fronteira das modernas teorias hermenêuticas, de interpretação e de argumentação jurídica – enfim, de que quaisquer que sejam os processos psicológicos implicados no ato de interpretar, têm que ser consequência da atividade cerebral.

Hoje, o que se deve tratar de fazer é incorporar no âmbito da hermenêutica jurídica uma reflexão e tomada de posição mais esclarecida em relação às pesquisas levadas a cabo pelas ciências cognitivas e pela neurociência, uma vez que estas estão começando a tocar questões que antes eram do domínio exclusivo de filósofos e juristas; questões sobre como as pessoas tomam decisões e o grau em que ditas decisões são verdadeiramente livres, racionais, objetivas, ponderadas... Com a ciência moderna do cérebro claramente estabelecida, é difícil defender que nossas teorias hermenêuticas possam “*seguir funcionando sin tener en cuenta lo que hemos aprendido*” (Eagleman, 2011).

É claro que por razões históricas os juristas de hoje não estão bem preparados para unir-se às inovações procedentes das investigações neurocientíficas. Eles simplesmente relutam em se manter atualizados diante dos desenvolvimentos científicos pertinentes. Também é certo que deve parecer intimidante, quando se é “jurista” toda a vida, reconhecer de repente que os neurocientistas, psicólogos, biólogos, antropólogos etc. sabem algumas coisas importantes acerca do funcionamento interno da mente que podem ter um impacto direto sobre tudo o que sabem fazer. Ninguém quer voltar a começar de novo.

Mas o realmente novo já está aí fora e negá-lo parece ser de um cinismo atroz e/ou de uma ignorância imperdoável e irredimível. O intento de compreender cientificamente a

arquitetura e o funcionamento cerebral humano (as atividades que transcorrem no cérebro de uma pessoa quando ela está interpretando e formulando juízos de valor) pode ser efetivamente útil se o objetivo de tal empresa for atingir os seguintes propósitos: a) estabelecer a evidência de que é o cérebro, como uma máquina antecipadora, associativa, detectora de pautas e elaboradora de significados, que constrói o resultado de toda e qualquer interpretação, comparando automaticamente o contexto de suas experiências passadas com as percepções presentes e as expectativas de futuro; b) analisar os múltiplos fatores e influências, inatas e adquiridas, que condicionam o momento final do processo de interpretação jurídica (isto é, a decisão jurídica); e c) desenhar uma metodologia jurídica o mais amigável possível com relação às limitações próprias da capacidade cognitiva do sujeito-intérprete.

E é precisamente neste particular que as ciências da vida e da mente, ainda quando estão unidas a um programa reducionista (Churchland, 2006), podem efetuar ricas e esclarecedoras contribuições às atuais teorias hermenêuticas, especialmente no que se refere ao papel que as emoções, os prejuízos, as crenças, as preferências pessoais, a vulnerabilidade psicológica, os condicionamentos ideológicos etc. efetivamente desempenham na ativa e comprometida tarefa interpretativa levada a cabo nos processos de tomada de decisão: podemos tentar ser terrivelmente especulativos no que se refere às *“condiciones bajo las cuales se comprende”*, mas o que não podemos olvidar é a ineludível evidência de que toda e qualquer interpretação tem lugar, de algum modo, no cérebro do intérprete.

O direito não é, e jamais será predominantemente, um sistema teórico-racional de pensamentos, ao menos enquanto a genética não produza inéditos milagres nos cérebros das

pessoas. Não, não pode sê-lo porque ele consiste em *decisões* sobre distintas possibilidades de ordenação político-social para as condutas humanas. Essas decisões são tomadas por primatas humanos, indivíduos que estão eles próprios envolvidos – direta ou indiretamente, quando menos ideologicamente – em tais condutas. De fato, uma interpretação/decisão não costuma ser mais racional do que a vontade, as emoções e o conhecimento de quem a produz⁹. E os atores principais da atividade interpretativa que determinam sua dinâmica não são precisamente uns “preferidores racionais”, nem uma confraria de sofisticados hermenutas ou jusmetodólogos, mas sim indivíduos que basicamente respondem às orientações de seus genes e de seus neurônios, assim como de suas experiências, memórias, valores, aprendizagens, emoções, intuições e influências procedentes do ambiente e da mentalidade comum. Os operadores reais do direito não são e nem funcionam da maneira como pretendem as mais brilhantes e especulativas teorias hermenêuticas¹⁰.

9 Note-se que, recentemente, Hugo Mercier (<http://edge.org/conversation/the-argumentative-theory>) argumentou que a razão não evoluiu nos seres humanos para aceder à verdade, mas para “*to help us win arguments*”, para ajudar-nos a vencer em discussões. Alguns resultados da filosofia experimental (por exemplo, Schwitzgebel & Cushman: <http://edge.org/conversation/the-argumentative-theory>) também sugerem que a razão está fortemente marcada por fatores psicológicos (inclusive entre os “expertos” morais). Como pondera Scott Atran (2002), que a razão sozinha basta e é suficiente para interpretar, justificar, aplicar ou superar as exigências e imposições de normas, princípios e valores “sagrados”, “*sólo lo conciben los académicos descarriados y algunas gentes del gremio de los juristas. Nadie más*”.

10 A filosofia hermenêutica, a racionalidade e a lógica seguramente ajudam a interpretar e a aplicar direito, e não se deve subestimar a importância de transformar nossos vagos instintos em um conjunto explícito de argumentos jurídicos. Mas nossas emoções e intuições morais, sem as quais não seríamos capazes de valorar, existem muito antes da proposição, pelos teóricos e filósofos do direito, das primeiras teorias e métodos para orientar a interpretação jurídica.

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

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

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

o funcionamento do cérebro, nos proporcione instrumentos mais frutíferos e fascinantes de cultivar o direito do que essa espécie de hermenêutica jurídica “no vazio” em que todos nos acostumamos a comprazer-nos nos velhos tempos.

O objetivo de uma boa hermenêutica jurídica deve ser o de fomentar a virtude de compreender melhor a natureza humana e, a partir daí, tratar de promover a elaboração de um modelo interpretativo que permita entender que todo e qualquer processo de interpretação e aplicação do direito é, em última instância, “*producto de un diseño (cerebral) accidental, limitado por la evolución*” (Linden, 2010). As maneiras como se cultivam determinados traços de nossa natureza e a forma como se ajustam à realidade configuram naturalmente o grande segredo do fenômeno jurídico, da justiça, do homem como causa, princípio e fim do direito e, conseqüentemente, da dimensão essencialmente humana da tarefa de interpretar, justificar e aplicar o direito.

E nada disso requer conhecimentos avançados sobre o cérebro; a única coisa que se necessita para entender como funciona *na realidade* a mente do intérprete é uma mente analítica aberta. Parafraseando Fichte: o direito depende do tipo de homem que se é.

Referências

ATRAN, Scott. *In gods we trust: the evolutionary landscape of religion*. Oxford: Oxford University Press, 2002

BICKERTON, Derek. *Language and human behaviour*. Seattle: University of Washington, 1995.

CHURCHLAND, Patricia; LLINÁS, Rodolfo (orgs.) *El continuum mente-cerebro: procesos sensoriales*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2006.

CSIKSZENTMIHALYI, Mihaly. *El yo evolutivo*. Barcelona: Kairós, 2008.

DE WAAL, Franz. *The ape and the sushi master*. New York: Basic Books, 2001.

DE WAAL, Franz. *La política de los chimpancés*. Madrid: Alianza Editorial, 1993.

DE WAAL, Franz. *Good natured: the origins of right and wrong in humans and other animals*. Cambridge: Harvard University, 1996.

DUNBAR, Robin. *The human story: a new history of mankind's evolution*. London: Faber and Faber, 2004.

EAGLEMAN, David. *Incognito: the secret lives of the brain*. New York: Pantheon Books, 2011.

FODOR, Jerry. *The modularity of mind*. Cambridge: MIT, 1983.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Filosofía hermenéutica y derecho. In: *Azafea: Revista de Filosofía*, n. 5, pp. 191-211, 2003.

GIGERENZER, Gerd; TODD, Peter M. *Simple heuristics that make us smart*. New York: Oxford University, 1999.

HABA, Enrique Pedro. *Metodología jurídica irreverente*. Madrid: Dykinson, 2006.

JONES, Owen D. Time-shifted rationality and the law of law's. In: *New York University Law Review*, pp. 1141-1195, 2001.

JONES, Owen D.; GOLDSMITH, Timothy H. Law and behavioral biology. In: *Columbia Law Review*, n. 105, pp. 405-502, 2004.

LINDEN, David. *El cerebro accidental: la evolución de la mente y el origen de los sentimientos*. Barcelona: Paidós, 2010.

MARCUS, Gary. *Kluge: la azarosa construcción de la mente humana*. Barcelona: Ariel, 2010.

MONTAIGNE, Michel de. *Los ensayos*. Trad. Jordi Bayod Brau. Barcelona: El Acanalado, 2007.

MOSTERÍN, Jesús. *La naturaleza humana*. Madrid: Espasa-Calpe, 2006.

PINKER, Steven. *The language instinct*. New York: William Morrow & Co., 1994.

PINKER, Steven. *The blank slate*. New York: Penguin, 2002.

SIMIN, Dieter. *La independencia del juez*. Barcelona: Ariel, 1985.

SONTAG, Susan. *Contra la interpretación*. Alfaguara: Taurus, 1996.

SUTHERLAND, Stuart. *Irracionalidad: el enemigo interior*. Madrid: Alianza, 1992.

TOMASELLO, Michael. *¿Por qué cooperamos?*. Madrid: Katz Editores, 2010.

TOMASELLO, Michael. *The cultural origins of human cognition*. Cambridge: Harvard University, 1999.

TROPER, Michel. *La filosofía del derecho*. Madrid: Tecnos, 2003.

ZACCARIA, Giuseppe. *Ermeneutica e giurisprudenza: i fundamenti filosofici nella teoria di Hans-Georg Gadamer*. Milano: Giuffrè, 1994.

Recebido em 08/11/2011.

Aprovado em 12/12/2011.

