

INTERPRETAÇÃO JUDICIAL: EXAME CRÍTICO DOS VIESES

JUAREZ FREITAS

Professor Titular do Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS, Professor Associado de Direito Administrativo da UFRGS, Presidente do Conselho Científico do Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito Público, Autor de várias obras (entre as quais A Interpretação Sistemática do Direito. Malheiros Editores), Medalha Pontes de Miranda da Academia de Letras Jurídicas por sua obra Sustentabilidade: Direito ao Futuro.

RESUMO: A interpretação judicial tende a ser profundamente iluminada pelos achados científicos sobre os vieses (“biases”), onipresentes na tomada da decisão. Refletir sobre os atalhos rápidos e hábitos mentais, tratando de substituí-los deliberadamente por melhores, mais virtuosos e evoluídos, ensina à magistratura a oportunidade de ultrapassar as teorias normativistas, bem como de refutar abordagens que perdem o foco no essencial: o bom julgador deve, sem prejuízo da alteridade do sistema objetivo, nutrir boas predisposições.

ABSTRACT: Judicial interpretation tends to be profoundly illuminated by scientific findings on biases that are ubiquitous in making human decisions. Reflecting on biases and mental habits, taking care of deliberately replacing them with better and more evolved ones, gives the judge the opportunity to overcome insufficient theories, as well as to refute visceral and erroneous arguments that lose focus in the essential: the good judge must have good predispositions.

KEY WORDS: Mental Habits – Biases – Legal interpretation – Judge

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Poder dos Juízes sobre os Vieses. 2.1 Bons Juízes, Boas Predisposições. 2.2. Predisposições moldam a interpretação judicial: força aprimorá-las deliberadamente. 3. Conclusões.

O presente estudo é homenagem a um dos melhores magistrados que tive a honra de conhecer: o Ministro Teori Albino Zavascki, que ilustra emblematicamente a predisposição de julgar bem e, ao mesmo tempo, de manter viva e incessante a busca do aprimoramento de hábitos mentais.

1 Introdução

A hermenêutica jurídica terá que ser profundamente redesenhada em face de recentes achados científicos sobre o funcionamento da mente humana. Mercê de notáveis descobertas, estimo que mitos pueris, discussões ociosas e apegos a categorias fósseis cedam lugar a estudos sobre temas capitais como ilusões cognitivas, vieses, hábitos mentais e (des)enviesamento dos juízos.

A pouco e pouco, a ciência comportamental e o humanismo parecem dar as mãos, esboçando uma aliança extremamente promissora.¹ Ascendem tópicos relevantes à obtenção da escolha justa, tais como (a) a tomada da decisão com suporte em avaliação “ex ante” e multidimensional dos impactos sistêmicos, (b) a nova fundamentação jurídica, com a oferta explícita e congruente de evidências, (c) o tratamento científico de males como a desonestidade e a violência e (d) a resolução, na raiz, dos onerosíssimos conflitos patrocinados pela mentalidade adversarial dominante.

Nesse panorama, o livre-arbítrio do julgador, ao que tudo indica, experimenta ressignificação para se traduzir, antes de mais, como poder de veto sobre os impulsivismos (endógenos e exógenos) não-universalizáveis, haja vista a constatação de que milésimos de segundos antes da consciência racional, a decisão já está tomada.² Vai daí que os julgadores avisados reconhecem a importância-chave do socrático investimento na formação de boas predisposições, em vez do refúgio estéril no discurso de mero acatamento mecânico dos comandos heterônomos, mais ou menos ambíguos, da ordem jurídica.

1 Vide, em sua proposta de conjugar ciência e humanismo, embora com algumas ressalvas, Steven Pinker in *Enlightenment Now. The Case for Reason, Science, Humanism and Progress*, NY: Penguin Random House, 2018. Para enfoque alternativo, mas também instigante, vide Robert Sapolski in *Behave. The Biology of Humans at our Best and Worst*. NY: Penguin Press, 2017.

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

Desse modo, a primeira medida consiste em inserir na pauta hermenêutica, com proeminência, o estudo dos vieses e hábitos mentais.³ Merecem, de fato, ser incorporados como matéria-prima para a reconstrução teórica e empírica da interpretação/aplicação⁴ do Direito, de ordem a desvelar tanto aquelas predisposições indutoras dos erros sistemáticos (cognitivos e não-cognitivos) como as que favorecem os juízos equilibrados, comedidos e proporcionais.

Crucial, nessa perspectiva, ter em mente que o intérprete judicial aparece, num retrato autenticado pelas pesquisas de ponta, como aquele que, quando enviesado, corre o risco de inadvertidamente confirmar as crenças iniciais;⁵ alguém que pode estar influenciado, ostensiva ou subliminarmente, pela polarização de grupo, pelo contágio social⁶ e pela força de falsidades que se propagam mais rapidamente do que as verdades na rede;⁷ alguém que, se não adotar as pertinentes cautelas, pode restar obnubilado pela miopia temporal e pelos estereótipos e vieses implícitos⁸ (como sucede, de modo emblemático, na contraposição

3 Vide Jerry Kang et al. in “Implicit Bias in the Court,” *UCLA* 59, 2012, pp. 1125-1186. Vide, ainda, Chris Guthrie, Jeffrey Rachlinski e Andrew Wistrich in “Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases” *Cornell Law Faculty Publications*, Vol. 93, Paper 917, 2007, p.9: “Our model, in short, views judges neither as the purely deductive decision makers envisioned by the formalists nor as the intuitive rationalizers envisioned by the early realists. Rather, it views judges as ordinary people who tend to make intuitive, System 1 decisions, but who can override their intuitive reactions with complex, deliberative thought.”

4 Vide, para ilustrar abordagem científica que permite aprimorar a aplicação do Direito Administrativo e Penal, no combate à desonestidade, Neil Garrett, Stephanie Lazzaro, Dan Ariely e Thali Sharot in “The brain adapts to dishonesty,” *Nature Neuroscience* volume 19, 2016, pp1727–1732.

5 Vide Raymond Nickerson in “Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises.” *Review of General Psychology*, 1998, Vol. 2, pp. 175-220.

6 Vide, como introdução ao tema das cascatas sociais, da polarização de grupo e das assimilações tendenciosas, Cass Sunstein in *On Rumors*. NY: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

7 Vide, sobre motivos viscerais para o preocupante fenômeno, Soroush Vosoughi, Deb Roy, Sinan Aral in “The spread of true and false news online.” *Science*, Vol. 359, Issue 6380, março, 2018, pp. 1146-1151.

8 Vide Keith Payne, Laura Niemi e John Doris in “How to Think about ‘Implicit Bias,’” *Scientific American*, março, 2018.

extremada entre textualistas e “purposivists”);⁹ enfim, alguém que, pelo só fato de ser humano, possui o pendor de simplificar demais e de reduzir ambiguidades,¹⁰ com o eventual sacrifício da correção dos juízos e da homeostase social,¹¹ em sentido amplo.

Quer dizer, o primeiro passo para a “cura” dos automatismos tendenciosos é o diagnóstico correto e sincero, com a sindicabilidade dos males trazidos pelas metáforas equivocadas,¹² as quais, vivenciadas rapidamente e sem reflexão, obnubilam os juízos (jurídicos e de valor) e toldam a reta percepção das coisas.

Não há como fingir que as predisposições automáticas ou os vieses (“biases”)¹³ não existam. O cérebro do julgador, como o de qualquer outro ser humano, ostenta inclinações que afetam a qualidade global de suas decisões interpretativas. A cegueira voluntária, perante o quadro, de nada adianta. Ao revés, piora tudo. É o que ocorre com quem se fia nas suposições formalistas/normativistas e nas subsunções “seguras” da ponderação, a despeito das flagrantes contradições axiológicas da ordem estatal.

O que se passa, no mundo da vida, é que não existe criatura inteiramente imune à atuação inercial de automatismos no manejo de regras,¹⁴ princípios e valores. À proporção que progridem as pesquisas comportamentais, caem por terra várias ingenuidades. Para ilustrar, a

9 Vide, sobre estereótipos relativos ao pensamento de juízes, descortinados pela pesquisa de campo, mostrando escassa relevância de várias etiquetas e polêmicas, Abbe Gluck e Richard Posner in “Statutory Interpretation on the Bench: A Survey of Forty-Two Judges on the Federal Courts of Appeals.” *Harvard Law Review*, Vol.131, março de 2018, pp. 1298-1373.

10 Vide Daniel Farber e Suzanna Sherry in *Desperately Seeking Certainty*. Chicago e Londres: The University Chicago Press, 2004.

11 Vide, sobre a homeostase em sentido amplo, Antonio Damasio in *The Stranger Order of Things*. NY: Penguin Random House, 2018.

12 Vide, sobre metáforas equivocadas, Alan Jacobs in *How to Think*. NY: Currency, 2017.

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

14 Vide, sobre regra “against bias”, Mark Elliot, Jack Beatson e Martin Matthews in *Administrative Law*. 4ª ed., NY: Oxford University Press, 2011, pp. 292-341.

noção de que a mente opera sozinha, de modo solipsita, já não faz o menor sentido. Como observa Richard Nisbett, “nosso entendimento do mundo é sempre uma questão de perspectiva conceitual – de inferência e interpretação.”¹⁵ Dito de outro modo, a hermenêutica jurídica está desafiada a assimilar esses “insights” e, na sequência, recomendar postura hábil a formar hábitos mentais que funcionem como autênticos anteparos reflexivos contra as predisposições nefastas.

De fato, embora os argumentos linguísticos, sistêmicos e consequenciais¹⁶ (para evocar a classificação de Neil MacCormick) soem, à primeira vista, como suficientes para o trabalho cotidiano do juiz, especialmente quando aplicados de maneira cumulativa e eclética, veiculam opções inconscientes.¹⁷ Escolhas cujo caráter oculto representa forte embaraço ao poder de veto da racionalidade¹⁸ intersubjetiva.

Não por mero acaso, observadas as múltiplas teorias sobre como o juiz pensa, verifico que, sem negar a valia de poliédricas correntes explicativas (teorias atitudinais, legalistas, sociológicas, pragmáticas, estratégicas, organizacionais, econômicas, psicológicas e fenomenológicas - para citar a tipologia de Richard Posner -),¹⁹ todas, sem exceção,

15 Vide Richard Nisbett in *Mindware. Ferramentas para um pensamento mais eficaz*. Rio: Objetiva, 2018, p. 23. Além disso, assinala: “as situações em que nos encontramos afetam pensamentos e determinam comportamentos com muito mais intensidade do que imaginamos.” (p.23) Emtretanto, alerta de maneira judiciosa: “Mas o fato de que tudo é inferência não significa que todas sejam igualmente justificáveis.” (p. 297)

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

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

18 Vide Steven Pinker in *Os anjos bons da nossa natureza*. SP: Cia. das Letras, 2013, p. 892: “é a razão que pode sempre prestar atenção às imperfeições dos exercícios de raciocínios anteriores, renovando-se e aprimorando-se em resposta.”

19 Vide, sobre essas grandes teorias, Richard Posner in *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, pp. 19-42. E observa que não se devem negar instâncias de vieses como: “Conscious falsification”, “Priors shaped by experience, temperament, ideology, or other personal, non legalist factors”, “Cognitive Illusions”, “Priors shaped by irrelevant reactions, such as dislike of a lawyer (...) reactions that have no place in judicial decision making”, “Twisting the facts to minimize the likelihood of being reversed” (pp.69-70).

descrevem angulações do processo interpretativo, que só adquirem im-pregnante força descritiva/prescritiva se elucidadas pela compreensão holística do papel dos vieses.

Eis o ponto. São precisamente os vieses (“biases”) que levam o intérprete às atitudes conduzidas por uma espécie de segunda natureza. Tais predisposições, se não forem calibradas e criticadas pelo sistema reflexivo, têm o condão de converter as regras de ouro da hermenêutica em ouro falso, notadamente em situações estressantes.

Naturalmente, o herdeiro tardio da jurisprudência dos conceitos, em desespero de causa, esgrimirá com a fundamentação em “leis”, fórmulas rígidas e mágicas. Postula, desse modo, operar no reino do inteiramente racional. Nada mais onírico, enganoso e autoenganador.

O que pretendo ressaltar é que tentativas similares de conferir soluções demasiado simples (e erradas) para questões complexas situam-se em completo desalinho com a cientificidade contemporânea. É, pois, melhor o desassossego da verdade do que a quimera da falsa tranquilização.

Não descarto que possa e deva ser buscada, no âmbito da decisão interpretativa, uma hierarquização axiológica²⁰ consistente e congruente, como ideal regulador. Todavia, a observação fria e serena leva a duvidar da escala de seu sucesso e reclama sábia dúvida metódica no tocante à correção dos juízos expostos ao penetrante influxo de sugestões e influências.²¹

Nessa medida, sem endossar a postura “pirronista” que renega a racionalidade intersubjetiva, lanço a hipótese de que, se o julgador se mantiver atento aos vieses e hábitos mentais, será capaz de reunir forças e elementos para resistir a tais condicionamentos (internos e contextuais),

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

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

forçados pela gama contagiosa de preconceitos explícitos e implícitos.²² Preconceitos que, não raro, derivam de áreas cerebrais primitivas, avessas às justificações sensatas.²³

A boa notícia é que se encontra disponível, no mercado das ideias, o remédio para as patologias cognitivas e não-cognitivas, sem prejuízo das técnicas consagradas de argumentação jurídica:²⁴ trata-se de, com apoio no entendimento do modo pelo qual operam os circuitos neurais, produzir substituições de “biases”,²⁵ mediante instalação voluntária de rotinas mentais virtuosas, distintas daquelas que, por um motivo ou outro, sucumbem no processamento de contextos sociais e emocionais.²⁶

Aí está o desiderato do estudo: de uma parte, arrolar os principais vieses que irrompem na interpretação/decisão judicial e, de outra, sugerir soluções preventivas, mitigadoras ou compensatórias

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

23 Vide, sobre a inevitabilidade de justificações externas, Cass Sunstein in *The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

24 Vide, sobre formas concretas de argumentos, Robert Alexy in *Teoria da Argumentação Jurídica*. SP: Landy, 2005, pp.230-244.

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

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

para os desvios cognitivos e não-cognitivos, na expectativa de, tudo considerado, alcançar o julgamento universalizável e intertemporalmente adequado.

2 O Poder dos Juízes sobre os Vieses

2.1 Bons Juízes, Boas Predisposições

A hermenêutica jurídica reconhece, há muito, a força das crenças que determinam, modulam e condicionam as interpretações. A novidade? Trata-se da possibilidade de lidar cientificamente com os vieses e hábitos mentais, alterando-os e reformatando-os, quando apropriado fazê-lo. Nesse horizonte, recorro a preciosos trabalhos²⁷ que começam a descortinar o cérebro de quem interpreta e estabelece as escolhas jurídicas, preordenadas inevitavelmente por vieses (“biases”) e atalhos heurísticos. Como advertem Keith Stanovich e Richard West, esses pontos cegos resistem até aos pensamentos mais sofisticados.²⁸ Sem dúvida, quem pretende negar a presença dos vieses, aí mesmo é que se deixa enviesar.

Para facilitar a identificação dos desvios cognitivos, recorro, em sintonia com a abordagem de Daniel Kahneman, à ficção de dois sistemas de pensamento, no campo da interpretação jurídica: o sistema I (pensamento automático) e o sistema II (controle racional).²⁹ O sistema I é aquele que opera automática e rapidamente, tomando a maior parte das decisões por

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

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

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

impulso, sem maior senso de controle voluntário,³⁰ ao passo que o sistema II diz respeito àquelas áreas do cérebro mais novas, responsáveis pelo esforço de calcular, pela concentração,³¹ pelo monitoramento e controle das sugestões formuladas pelo sistema I. Isto é, o sistema II responde pela intencional atenção³² regulatória, em que pese, com desafortunada assiduidade, revelar-se confinado à lei do menor esforço.³³

Antes de ir adiante, esclareço que, ao adotar essa distinção, não retomo, nem de longe, o menor vestígio do dualismo cartesiano,³⁴ completamente defasado. Reconheço, sem hesitar, que ambos sistemas interagem o tempo todo, entre si e com o ambiente, descartando qualquer “localizacionismo” estrito. Mais: a velha disputa entre razão e emoção não encontra guarida nos dias que correm, perante a comprovação irrefutável da integração, sobremodo em zonas pré-frontais do cérebro.³⁵

O que pretendo dizer é que o sistema automático, escassamente examinado na teoria da interpretação judicial, funciona como industriosa usina de enviesamentos, com resíduos tóxicos: distorções cognitivas, acrítica “emotional selection”³⁶ e cascatas informacionais perigosíssimas. Em outras palavras, o sistema I manipula os dados, longe do abrigo

30 Vide Daniel Kahneman in ob.cit., p. 20.

31 Idem: ob.cit., p. 21.

32 Idem: ob.cit., p. 22.

33 Idem: ob.cit., p. 35.

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

35 Vide André Palmimi in “Violência na perspectiva neurocientífica dos afetos e das decisões: por que não devemos simplificar os determinantes do comportamento humano”, *Revista Brasileira de Psicoterapia*, 2010; 12(2-3): p. 211: “não faz mais sentido discutir-se razão versus emoção como uma disputa entre regiões corticais versus estruturas subcorticais, mas sim a integração entre razão e emoção em diversas estruturas cerebrais, particularmente nas regiões pré-frontais.”

36 Vide Chip Heath, Chris Bell e Emily Steinberg in “Emotional Selection in Memes: The Case of Urban Legends,” *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 81, n. 6, 2001, p. 1040: “Emotional selection is theoretically interesting because it tells us that informational selection is not the only process at work in the marketplace of ideas. However, emotional selection may also be practically important because it has the potential to alter social and community relationships.”

seguro da prudência e incorre em inconsistências fatais. Como acentua Daniel Kahneman, o sistema primitivo confunde facilidade cognitiva com verdade, abusa das heurísticas e simplifica demais, especialmente ao substituir questões difíceis por fáceis, a par de inventar causas.³⁷ Sim, inventa causas e produz memórias fantasiosas.³⁸ Sofre de comprovada aversão à perda, com desmesurada reação às perdas na comparação com os ganhos.³⁹ Exagera, hiperbolicamente, a coerência emocional e é predisposto a confirmar as impressões iniciais, quaisquer que sejam, vendo somente aquilo que quer ver.⁴⁰

Aí está, com a limpidez das ressonâncias, a natureza biológica do sistema antigo do cérebro. Não obstante ser programável pelo sistema mais novo da racionalidade (o córtex pré-frontal), o sistema automático permanece preordenado a economizar energia, cobrando preço extorsivo, ao tropeçar em questões que envolvem o exercício da lógica e do discernimento a propósito do que realmente leva ao bem-estar⁴¹ durável. Sede funcional da memória,⁴² simplifica para se contentar com respostas atraentes e fáceis (apesar de insatisfatórias), tudo para não enfrentar o penoso trabalho suscitado pela dúvida e para não ter que problematizar as crenças preliminares.⁴³

37 Vide Daniel Kahneman in ob.cit., p. 105.

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

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

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

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

42 Vide Daniel Kahneman in ob.cit., p. 46: “Memory function is an attribute of System 1. (...) The extent of deliberate checking and search is a characteristic of System 2, which varies among individuals”.

43 Vide Antônio Damásio in *E o cérebro criou o homem*. SP: Cia. das Letras, 2011, p. 169: “Nossas memórias sobre certos objetos são governadas por nosso conhecimento prévio de objetos comparáveis ou de situações semelhantes. (...) são preconceituadas, no sentido estrito do termo, pela nossa história e crenças prévias.”

Convém não esquecer que o próprio sistema reflexivo, mormente quando debilitado⁴⁴ ou exaurido, apresenta-se vulnerável e libera vastos territórios mentais para o domínio opressivo dos estereótipos,⁴⁵ dos juízos epidérmicos e das falácias. Não raro, o sistema reflexivo deixa de funcionar (ou funciona mal) em termos de autocontrole, com expressivos e pesados danos à qualidade intertemporal dos sopesamentos jurídicos.

De outra parte, como atesta o experimento de Walter Mischel e Ebbe Ebbesen sobre os efeitos da incapacidade de adiar gratificações, sobrevém do automatismo a séria dificuldade de realizar escolhas sustentáveis, ao longo do tempo. Para agravar o quadro, impulsos e atalhos mentais são explorados à exaustão por aproveitadores inescrupulosos,⁴⁶ no leilão das crenças,⁴⁷ em especial nessa era de hiperconsumismo e de sucessivas bolhas especulativas, na qual o sujeito parece convertido numa mercadoria desejável, como diagnosticou Zygmunt Bauman.⁴⁸

44 Vide Daniel Kahneman: in ob.cit., p. 41.

45 Vide, para ilustrar a ameaça dos estereótipos (“stereotype threat”), Claude Steele in **“A threat in the air: How stereotypes shape intellectual identity and performance”**, *American Psychologist*, Vol. 52(6), Jun 1997, pp. 613-629.

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

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

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

Nesse passo, o que almejo destacar é que, na interpretação jurídica, argumentos e ponderações coexistem, na mente humana,⁴⁹ com a trama facciosa de impulsões (fenômeno evidenciado pelos experimentos de John Bargh⁵⁰ sobre a força dos estereótipos). Assim, convivem o sistema I e o sistema II em crispadas batalhas entre a recompensa imediata e o pensamento de longo prazo, semelhantes às clássicas lutas das dietas. São, no fim das contas, as impulsões (sem freios) que costumam solapar ou contaminar as modulações intertemporais,⁵¹ mormente as endereçadas ao longo prazo,⁵² adensando a vulnerabilidade ao contágio emocional⁵³ e à ignorância pluralística.⁵⁴ O antídoto? Autoconhecimento e autocontrole o tempo inteiro. Tomar ciência dos vieses e dos hábitos mentais é condição

49 Vide André Palmimi e Victor Gerald Haase in **“To do or not to do? The neurobiology of decision-making in daily life”**, *Dementia & Neuropsychologia* 2007; 1: pp.10-17. Observam (p. 15): “The crucial issue is that *in practice*, in real life, several stimuli – appealing differently to the subcortical reward and to the prefrontal systems - coexist in time. In other words, in practice, there are several stimuli with prospectively distinct levels of immediate versus delayed gratification demanding a behavioral response.”

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

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

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

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

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

primordial para viabilizar a performance adequada dos juízes, sem cair na deferência à autonomia do objeto, que infirma a interconexão que transcende, desde sempre, a dicotomia entre sujeito e sistema normativo.⁵⁵

Em outras palavras, se a magistratura estiver vigilante, deixará de acreditar piamente na determinação do mundo pré-dado e não se deixará capturar, grosseira ou sutilmente, pelas pré-compreensões de má índole. Ao passo que se estiver distraída ou confiante demais, converte-se em verdadeiro títere no jogo conjuntural, no rumo de decisões tingidas por influências (internas e externas), que nada ostentam de fundo impessoal, dado que gravitam em torno de idiossincráticas oscilações na percepção dos riscos⁵⁶ e de grupos especiais.

Antecipo que defenderei, mais adiante, que é perfeitamente factível filtrar e trocar predisposições equivocadas. A pedra de toque, nessa senda,⁵⁷ radica, antes de mais nada, em não confiar cegamente no sistema de impulsos (próprios e alheios), nem no domínio simplificador das regras ou das máximas canônicas, porquanto, formalismos à parte, não convém negligenciar que os hábitos mentais estabelecem, na maior parte das vezes, intensidades contrastantes, no manejo dos critérios jurídicos e extrajurídicos.

Por ora, reitero que as predisposições podem conduzir a erros importantes de avaliação⁵⁸ e atribuição causal,⁵⁹ ainda mais quando combinadas

55 Vide a polêmica entre Emilio Betti, com o seu cânone da autonomia do objeto, in *Teoria Generale de la Interpretazione*. Milão: Giuffrè, 1955 e, com acerto maior, no ponto, Hans-Georg Gadamer, com ênfase para o papel das pré-compreensões, in *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 1997.

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

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

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

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

à força do contexto.⁶⁰ Modelam os discursos interpretativos, mesmo que o sistema reflexivo assegure figurar no controle. Tudo se passa como se vieses mal escolhidos conspirassem contra o melhor julgamento,⁶¹ desde dentro, por assim dizer. O irracionalismo arbitrário resulta desse predomínio - como se constata em históricos julgamentos infames⁶² - que o sistema primitivo confere às inferências nefastas que confirmam perversas convicções preliminares,⁶³ incorrendo no enviesamento da confirmação.⁶⁴

Logo, é temerário - para dizer o mínimo - subestimar a circunstância de que o sistema primitivo gratifica-se pela coerência (falsa) das estórias que consegue criar,⁶⁵ nada importando a quantidade e a qualidade dos dados coligidos. Ou seja, a coerência pode ser cúmplice da perpetuação de erros⁶⁶ tenebrosos, via predisposições subalternas de má qualidade.

Justamente por esse motivo de fundo, se o aplicador não estiver compenetrado em checar a si mesmo e aos dados factuais,⁶⁷ a coerência jurídica, tão valorizada (por relevantes considerações, que incluem o combate à volatilidade ocasionada por súbitas reviravoltas interpretativas) tende a não encontrar o menor respaldo no sistema reflexivo, eclipsado pelo sistema primitivo, inundado pela excessiva confiança

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

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

62 Vide, sobre julgamentos infames, Erwin Chemerinsky in *The Case Against The Supreme Court*. NY: Viking, 2014.

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

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

65 *Idem*: *ob.cit.*, p. 85.

66 Vide Robert Cialdini in *ob.cit.*, p.119.

67 A rigor, sem niilismo, conhecemos somente narrativas, não os fatos propriamente.

nas próprias inclinações.⁶⁸ Vítima também da ojeriza à dúvida⁶⁹ e da propensão de suprimir incertezas por decreto, no mau vezo de só inferir o que deseja.

Não é de estranhar que o emprego de cânones jurídicos, converta-se, com assiduidade, no singelo fruto da chamada correspondência de intensidade (“intensity matching”),⁷⁰ operação levada a cabo pelo sistema primitivo, mais do que resultante, como seria de esperar, dos conselhos judiciosos do sistema reflexivo. Numa frase: no íntimo do intérprete jurídico, indispensável vigiar constantemente para que os módulos primitivos da mente não engolfem as partes modernas do cérebro, em termos evolucionários. Então, fortalecer as boas predisposições é requisito essencial para que os juízes exerçam, com êxito, o poder sobre os vieses.

2.2 Predisposições moldam a interpretação judicial: força aprimorá-las deliberadamente

Os desvios cognitivos estão presentes em toda atividade humana, sem que a interpretação judicial represente exceção, por maior prestígio que se atribua à teoria do discurso ou aos comandos heterônomos que prescrevem a imparcialidade e a fundamentação minuciosa, quase exauriente. É que intervém os atalhos heurísticos,⁷¹ conforme aversões e preferências, ao sabor de saltos infundados, que culminam em julga-

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

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

70 Idem: ob.cit., p. 93.

71 Vide Paul Slovic, Melissa Finucane, Ellen Peters e Donald G. MacGregor in “The affect heuristic” in *Heuristics and Biases*. Thomas Gilovich, Dale Griffin e Daniel Kahneman (Eds.). Cambridge: Cambridge University Press, 2002, pp. 397-420.

mentos⁷² distorcidos. Donde segue a premência de arrolar os principais vieses (“biases”) que espicaçam a isenção e o balanceamento virtuoso da interpretação judicial, selecionados entre os (provavelmente) mais assíduos. Ei-los:

- (a) o viés da confirmação:⁷³ a predisposição de optar por dados e informações que somente confirmam as crenças e impressões preliminares, sem passar pelo crivo apurado do sistema reflexivo, em que pese o risco da seleção adversa.⁷⁴ Ocorre, por exemplo, quando o intérprete-juiz, fatigado ou estressado, fixa inclinação inicial e seleciona provas e argumentos interpretativos que confirmem esse apriorismo, afastando tudo aquilo que se colocar em dissonância. Desnecessário assinalar que a crença de partida pode estar rotundamente equivocada, inclusive pela escassez de dados disponíveis. A mente julgadora, ao pretender confirmar a qualquer custo, funciona rápido demais e se fecha perigosamente a opções distintas. Nessa seara, o melhor é rever continuamente as inclinações e os precedentes (vinculantes ou não), mantendo a mente o mais aberta possível.
- (b) o viés da falsa coerência: a predisposição de negar a (incômoda) dúvida e de suprimir artificialmente a ambiguidade (não menos incômoda), inventando narrativas coerentes.⁷⁵ Coerência fre-

72 *ide* Daniel Kahneman in *ob.cit.*, pp. 103-105.

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

74 *Vide*, acerca do viés confirmatório, Antonio José Maristrello Porto e Lucas Thevenard Gomes in “Economia comportamental e contratos de adesão,” in *Revista de Direito Empresarial*, BH, ano 9, n.1, jan/abril 2012, p. 69: “O viés confirmatório é uma predisposição de um indivíduo para a seleção adversa de informações que confirmem suas hipóteses ou preconceitos anteriormente estabelecidos, independentemente de a informação ser ou não verdadeira.”

75 *Vide* Daniel Kahneman in *ob.cit.*, p. 114: “System 1 is not prone to doubt. It suppresses ambiguity and spontaneously constructs stories that are as coherent as possible. (...) System 2 is capable of doubt, because it can maintain incompatible possibilities at the same time.”

quentemente fictícia. Ocorre, por exemplo, quando a mente do julgador “lê” textos normativos como se estivessem escoimados de opções interpretativas conflitantes, valorizando mais ou menos arbitrariamente determinados elementos semânticos, sintáticos ou pragmáticos. Nesse caso, o intérprete superestima a coerência daquilo que lhe é exposto ou⁷⁶ apresenta invencível propensão de, em face da incerteza, preferir a via da deferência excessiva ao consenso⁷⁷ ou ao texto original ou ao argumento eleito “ad hoc.” Imagino que dose moderada de ceticismo e desapego à conformidade decisionista seja o remédio correto contra o enviesamento, cujas raízes repousam na confusão entre a aspiração legítima de homeostase social e a estabilidade obtida a qualquer preço.

- (c) o viés de aversão à perda:⁷⁸ a predisposição de valorizar mais as perdas do que os ganhos (o dobro, em média).⁷⁹ Trata-se de fenômeno que possui, como os demais, convincente explicação evolucionária. O ponto é que, embora útil na vida selvagem, predispõe à inércia conservadora e autocentrada, e sabota transformações necessárias, encaradas como ameaças, até de exclusão social.⁸⁰ O medo da perda, com frequência, toma conta e paralisa.

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

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

78 Vide Cass Sunstein e Richard Thaler in *Nudge*. Rio: Elsevier, 2009, pp. 36-37: “De maneira geral, a tristeza pela perda é algo duas vezes maior do que a alegria proporcionada pelo ganho dessa mesma coisa. (...) A aversão à perda ajuda a produzir inércia, ou seja, um forte desejo de não mexer no que você possui neste momento.”

79 Vide Richard Nisbett in ob.cit., p.109. Observa: “Temos a tendência de evitar desistir daquilo que possuímos, mesmo em situações nas quais uma análise de custo-benefício conclui que deveríamos abrir mão do que temos em troca da perspectiva clara de conseguir algo melhor.”

80 Vide Jaak Panksepp in “Feeling the pain of social loss”. *Science* 2003; 302: pp. 237-239. Vide, ainda, *Social Pain: Neuropsychological and Health Implications of Loss and Exclusion*. Geoff MacDonald and Lauri A. Jensen-Campbell (Eds.), Washington: American Psychological Association, 2011.

Pode ocorrer, por exemplo, na sobrevalorização desmedida dos perigos, por temor exacerbado. Manifesta-se ainda na inércia que deixa de tomar providências emancipatórias, na ânsia simplista de tudo preservar. E aparece na propensão de valorizar exageradamente os itens já possuídos (“endowment effect”).⁸¹ O antídoto, em todas as situações, está em regular as impulsões, de modo a escutiná-las com raciocinado senso de moderação, não mobilizando apegos e temores ancestrais.

- (d) o viés do “status quo:”⁸² a predisposição de manter as escolhas feitas, ainda que disfuncionais, anacrônicas, iníquas e obsoletas. Ocorre, por exemplo, quando julgadores, tendo adotado determinada linha de orientação, resignam-se a mantê-la, mesmo que o precedente não reencontre, na atualidade, os pressupostos de sua consolidação. É o típico vício dos partidários do movimento originalista radical (com suas variantes⁸³ e vicissitudes lógicas⁸⁴) e daqueles que rejeitam o senso de adaptação (incremental ou de fundo) perante inovações tecnológicas e culturais. O viés do “status quo”⁸⁵ tende a introduzir atroz ativismo regressivo que zomba da dignidade, como se verificou, no contexto brasileiro,

81 Vide Brian Knutson, G. Elliott Wimmer, Scott Rick, Nick G. Hollon, Drazen Prelec e George Loewenstein in “Neural Antecedents of the Endowment Effect”, *Neuron* 58, June 12, 2008, pp. 814-822.

82 Vide William Samuelson e Richard Zeckhauser in “Status Quo Bias in Decision Making”, *Journal of Risk and Uncertainty*, 1: p.8 (1988): “This article reports the results of a series of decision-making experiments designed to test for status quo effects. The main finding is that decision makers exhibit a significant status quo bias. Subjects in our experiments adhered to status quo choices more frequently than would be predicted by the canonical model”.

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

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

85 Vide, por exemplo, Antoinette Nicollet, Stephen M. Fleming, Dominik R. Bach, Jon Driver e Raymond J. Dolan in “A Regret-Induced Status Quo Bias”, *The Journal of Neuroscience*, 2 March 2011, 31(9): pp. 3320-3327.

na tardança aviltante em abolir a cruel escravatura.⁸⁶ O remédio consiste em perceber que o melhor modo de preservar é avançar e, ao mesmo tempo, que o novo é mais facilmente metabolizável quando vestido em trajes familiares.

- (e) o viés do enquadramento: a predisposição de interpretar à dependência do modo pelo qual a questão é enquadrada.⁸⁷ Ocorre quando o juiz, exímio especialista no assunto em discussão,⁸⁸ deixa de perquirir, por falta de tempo ou outro motivo, se enquadramento diverso da matéria conduziria à resposta mais aceitável sistemicamente. Como anota Steven Pinker, uma limitação da racionalidade “é o fato de que nossa capacidade de enquadrar um fato de diversas formas faz com que troquemos de ângulo no decorrer de uma ação, dependendo de como a ação é descrita.”⁸⁹ Os sofistas de todos tempos têm sido eficientes na técnica maliciosa do enquadramento, utilizada para ludibriar. O melhor, aqui, está em saber variar os enquadramentos, gerando alternativas virtuosas e universalizáveis, desconfiando do modo pelo qual as questões são formuladas.
- (f) o viés do otimismo⁹⁰ excessivo: a confiança extremada guarda conexão estreita com as previsões exageradamente seguras

86 Tardança que se manifesta também na inaceitável mora de regulamentação do art. 243 da Constituição.

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

88 Vide, sobre a dificuldade de especialistas aceitarem o erro, Philip Tetlock in Expert political judgement. Princeton: Princeton University Press, 2005. Vide, do mesmo autor e Dan Gardner in Superprevisões. Rio: Objetiva, 2016.

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

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

(e negligentes),⁹¹ ligadas a erros nem sempre inocentes.⁹² A solução, nesse caso, é adotar dose moderada de otimismo, pois o excesso de confiança deturpa os julgamentos e alija os cuidados inerentes à prevenção e à precaução.⁹³ O melhor é se abster de julgar até recuperar o estado emocional equilibrado. Extremismo nunca será boa predisposição.

- (g) o viés da preferência pelo presente (“present-biased preferences”):⁹⁴ trata-se da tendência de hipervalorizar os resultados imediatos, sem perquerir sobre os efeitos de longo espectro, causando prejuízos de toda ordem (inclusive à saúde pública), por falhas graves nas escolhas intertemporais.⁹⁵ O remédio consiste em pretender, no sentido forte, o desenvolvimento sustentável, o bem-estar duradouro e a justiça intergeracional,⁹⁶ mirando gratificações continuadas, em nome de benefícios líquidos consistentes.⁹⁷

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

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

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

94 Vide Stephan Meier e Charles Sprenger in “Present-Biased Preferences and Credit Card Borrowing”, *American Economic Journal: Applied Economics*, vol. 2, nº 1, 2010, pp. 193-210. Observam: “The finding that directly measured present bias correlates with credit card borrowing gives critical support to behavioral economics models of present-biased preferences in consumer choice. This paper opens up a number of avenues for future research”.

95 Vide Shane Frederick, George Loewenstein e Ted O’Donoghue in “Time Discounting and Time Preference: A Critical Review”, *Journal of Economic Literature*, vol. 40, nº 2, 2002, pp. 351-401.

96 Vide, para ilustrar, Axel Gosserie in *Pensar a Justiça entre as Gerações*. Coimbra: Almedina, 2015.

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

Como tais vieses ilustram (além de outros, como o da disponibilidade – “availability bias,”⁹⁸ que distorce estimativas de probabilidade, ou o da ancoragem),⁹⁹ é fundamental identificar, em nosso processo de percepção,¹⁰⁰ aqueles mecanismos enganadores que inclinam a encontrar respostas rápidas, mas errôneas, para perguntas difíceis.¹⁰¹ Com efeito, a interpretação judicial será amplamente beneficiada se reconhecer a onipresença dos vieses e se atentar à possibilidade de, apesar das precauções, ser vítima de armadilhas mentais. Parece-me que os bons julgadores identificam vieses e tratam de produzir hábitos mentais alternativos para automatizar escolhas sábias, com acurácia e senso de proporção.

Por certo, nada resolve o singelo apelo à regra formal, nem a defesa do passivismo como saída, ignorando erros crassos do utilitarismo de regras, desnudados por Bernard Williams.¹⁰² Não deixa, aliás, de ser sintomático que determinadas lesões cerebrais só façam aumentar o utilitarismo no âmbito do julgamentos morais.¹⁰³

98 Vide, sobre tal viés que superestima a probabilidade de eventos em função da facilidade como que são evocáveis em nossa mente, Amos Tversky e Daniel Kahneman in “Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability,” *Cognitive Psychology*, 5, 1973, pp. 207-232.

99 Vide, sobre ancoragem - nem sempre detectada -, Fernando Leal e Leandro Molhano Ribeiro in “O Direito é sempre relevante? Heurística de ancoragem e fixação de valores indenizatórios em pedidos de dano moral em Juizados Especiais do Rio de Janeiro,” *Direitos Fundamentais & Justiça*. BH: ano 10, n.35, jul/dez/2016, pp. 253-284.

100 Vide, sobre percepções equivocadas coletivas, *Perils of Perception Survey 2017*, Paris: Ipsos, 2017.

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

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

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

Insofismável que, perante recentes descobertas científicas sobre como opera o cérebro humano, as teorias normativistas não merecem prosperar. Já a tentativa de derivar a interpretação do sistema jurídico de modo especial e intrínseco é outro canto de sereia, que destoa, por inteiro, do conhecimento sobre como a mente funciona. Realmente, qualquer solução unidimensional engendra abordagens deficitárias. Também não servem as fórmulas abstratas de ponderação, por mais sedutoras que sejam, uma vez que até as tentativas matemáticas, como a fórmula de Daniel Bernouill,¹⁰⁴ são de debilidade manifesta. É que, como observa com clarividência, Antonio Damásio,¹⁰⁵ a própria memória, nas suas evocações, depende de pré-compreensões.

Cabe, nessa medida, consolidar boas predisposições, cerne dos futuros estudos da interpretação¹⁰⁶ judicial. Lógico, tudo sugere abandonar fantasias como a autonomia do objeto, sonhada por Emilio Betti.¹⁰⁷ Impõe-se o cuidado realista contra as simplificações dos cânones hermenêuticos, por melhores que tenham sido os anelos inaugurais. É que ignoram que a mente combina razão e emoção (tanto nos casos “fáceis” como nos “difíceis”), condição para não extraviar os sentimentos morais.¹⁰⁸ A rigor, sem emoções (filtráveis), os julgamentos resultariam simplesmente impraticáveis.

Eis ponto fulcral, desconsiderado pelas abordagens reducionistas do jogo hermenêutico, que não enxergam a performance de regiões ancestrais, comprometendo o julgamento racional, entendido como a “correlação entre certas ações e consequências benéficas.”¹⁰⁹ Como enfatizei,

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

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

106 Vide Juarez Freitas in *A Interpretação Sistemática do Direito*. 5ª ed., ob.cit.

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

108 Vide Jorge Moll e Ricardo de Oliveira Souza in “Primeiro sentimos, depois julgamos”. *Mente e Cérebro. Especial O Segredo da Decisão*, n. 35, 2013, pp. 48-55.

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

a mente humana, às voltas com os desvios cognitivos, tende, na média, a valorar velozmente demais. À conta disso, o intérprete maduro mantém o autocontrole para exorcisar os erros sistemáticos, marcadamente no tocante à eleição de premissas.

Para dizer de modo frontal, os automatismos inibem a imparcialidade, a compaixão racional (de que fala Paul Bloom¹¹⁰) e a justiça recíproca.¹¹¹ O significado normativo, por sua vez, pode resultar afetado pela desconsideração do futuro e¹¹² pela polarização de grupo.¹¹³ Os hábitos mentais, como frisei, moldam as escolhas interpretativas, mediante triangulação “estímulo-recompensa-rotina” que opera em “loop”,¹¹⁴ no qual o cérebro tenta agir com o menor esforço possível. Os aludidos erros sistemáticos irrompem exatamente quando automatismos se aliam à racionalidade pouco laboriosa, de sorte a embargar a atuação inibidora de rotinas superiores.¹¹⁵

110 Vide Paul Bloom in *Against Empathy. The Case for Rational Compassion*. London: The Boldon Head, 2016.

111 Vide, sobre “homo reciprocans” e vantagens da reciprocidade positiva, Armin Falk, Thomas Dohmen, David Huffman e Uwe Sunde in “Homo Reciprocans: Survey Evidence on Behavioral Outcomes”, *Economic Journal*, vol. 119, March 2009, pp. 592-612.

112 Vide, sobre os vieses que interferem na racionalidade administrativa, Thomas Bateman e Scott Snell in *Administração*. SP: Atlas, 2011, pp. 79-80. Vide, sobre o viés do desconto hiperbólico, *Vieses do Poupador*, Vol. 3. Série CVM Comportamental. Rio: CVM, 2016, p. 19.

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

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

115 Idem: pp. 38-39, 64-79.

Pois bem. Assentadas as bases neurais dos juízos¹¹⁶ jurídicos, existe solução (árdua, é verdade) para a vitória dos juízos imparciais e íntegros. Consiste em, via livre-arbítrio,¹¹⁷ trocar voluntariamente de hábitos mentais, neutralizando predisposições negativas. Nessa linha, proponho essa troca deliberada. Em vez do hábito da discriminação negativa, o hábito da igualdade includente e da imparcialidade aberta.¹¹⁸ Em lugar do hábito do imediatismo imprevidente, o hábito da prospecção de impactos multidimensionais (sociais, ambientais, econômicos, éticos e jurídico-políticos). Em substituição do hábito da inércia crônica e omissivista, o hábito louvável da intervenção motivada e providencial. Em troca do hábito de ódio, inveja e ressentimento, o hábito da simpatia racional. Em troca do hábito de capturas plutocráticas, o hábito seguro de pretender o bem universalizável. Em lugar do hábito da simplificação mutiladora, o hábito de apreciar a riqueza da interconexão de tudo. Em vez do hábito de antropocentrismo estrito, o hábito de valorizar e respeitar o valor intrínseco dos seres vivos.

De fato, andou bem Francis Bacon, não apenas ao destacar o elevado poder dos hábitos (os mais dominantes adquiridos na infância), como ao recomendar a estratégia de deixar as mentes predispostas ao aprimoramento.¹¹⁹ Mais do que nunca, o julgador tem que manter viva essa percepção de que as escolhas interpretativas espelham o conjunto das rotinas existenciais, das epidérmicas às mais enraizadas.

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

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

118 Vide, sobre a imparcialidade aberta, Amartya Sen in *The Idea of Justice*. London: Penguin Books, 2010.

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

A propósito, seria injusto não evocar Aristóteles¹²⁰ e Platão,¹²¹ numa convergência rara sobre o papel decisivo dos hábitos. Portanto, os juízes, se quiserem evitar condicionamentos viciosos e perseguir resultados apropriados, republicanos e impessoais, têm o condão de fazê-lo, via troca planejada e consciente dos hábitos mentais. Força eleger as rotinas do pensamento sustentável,¹²² redirecionando-o¹²³ para patamares mais elevados.

Com esse fito, o intérprete judicial “desliga” o hábito de pensar exclusivamente o imediato, incorporando as lentes da visão prospectiva. Nutre o hábito de desconfiar das próprias crenças, por mais aliciantes que sejam, ciente do viés de confirmação. Revela-se atento ao viés de aversão à perda e cultiva a mentalidade avaliativa “ex ante” de custos e benefícios (diretos e indiretos), sem descurar da emergência de externalidades negativas. Em vez da confiança excessiva e da miopia temporal, espousa uma postura de vigilância contra estados alterados (excitações, fadigas e arroubos e desencantos radicais). Pratica o discernimento de diferir gratificações.¹²⁴ Evita o viés do “status quo”, contrapondo-lhe o hábito de tudo pensar como perfectível. Em síntese, para cada enviesamento, adota uma rotina universalizável.

À base do articulado, hábitos mentais são elementos nevrálgicos para requalificar a interpretação judicial, numa combinação harmoniosa de habilidades cognitivas e não-cognitivas (salientadas por James

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

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

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

123 Vide Timothy Wilson in *Redirect*. London: Penguin, 2011.

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

Heckman).¹²⁵ A interpretação judicial sugerida é, pois, aquela voltada a produzir significados normativos liquidamente benéficos, em termos multidimensionais. Inversamente, a má interpretação será o fruto de vieses, cognitivos e motivacionais, patológicos.

3 Conclusões

A modo de resumo, a interpretação judicial, empreendida com a crescente consciência dos vieses e da força de hábitos mentais, é enriquecida sobremaneira. Não é tarefa fácil ou trivial. Supõe ir fundo e perscrutar a alma de quem decide e o conjunto dos seus hábitos mentais, acima dos estreitos domínios da dogmática jurídica. Claro que há perigo nessa abordagem: o desavisado poderia supor que os condicionamentos são fatais e inelutáveis. Não são. Espero ter deixado claro que isso não é verdade. O que há de alentador é a plausibilidade de atuar nos bastidores mais íntimos da produção dos significados normativos.

Ademais, não nego a serventia evolucionária dos vieses, nem o peso das intuições. Tampouco pretendo dizer que toda predisposição seja sinônimo de erro. Longe disso. Bem lidar com as predisposições implica fazer com que deixem de funcionar como fontes de erros sistemáticos e passem a favorecer decisões acertadas sistematicamente. Em breve recapitulação, sublinho as ideias centrais do presente estudo:

- a) Os condicionamentos prévios e as predisposições habitam o núcleo das escolhas interpretativas em geral. Hábitos mentais determinam, para o bem ou o mal, o resultado da interpretação jurídica, por maior que seja o respeito à alteridade do texto normativo. Em que pese essa constatação irretorquível, grifo que, em virtude do livre-arbítrio (aptidão de vetar os impulsos que não se universalizam satisfatoriamente), os vieses não são sinônimo de fatalidade.

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

- b) É crucial que o intérprete judicial se compenetre de suas rotinas mentais, das simples às mais elaboradas. Nesse quadro, o escrutínio dos vieses (“biases”) sobe de ponto, de ordem a filtrar não apenas os aspectos cognitivos, mas os acervos de motivações subjacentes.
- c) Em lugar do normativismo estrito, no seu suposto apreço às regras preexistentes, avulta o antídoto da reformatação deliberada de hábitos mentais. Nessa ordem de considerações, não faz o menor sentido postular que o “background” do intérprete possa ou deva ser cancelado.
- d) O esclarecimento dos vieses não representa, por si, garantia de bom julgamento. No entanto, auxilia poderosamente no sentido da conformação deliberada de hábitos mentais aptos a conciliar o presente e o prospectivo, a razão e a intuição, o jurídico e o extrajurídico. Dito de outra forma, nenhum intérprete consistente e congruente pode ignorar a força das predisposições, próprias e do sistema normativo.
- e) Com o emprego de técnicas comportamentais, sem prejuízo das ferramentas argumentativas, a magistratura ultrapassa, com vantagens, o mito da autonomia metafísica do objeto normativo, admitindo o peso da formação axiológica de qualidade. São, desse modo, insuficientes as teorias hermenêuticas que não tratam dos vieses, especialmente o da confirmação, o do “status quo”, o da aversão à perda, o do enquadramento, o do otimismo irrealista e o da miopia temporal. Não é inteligente prosseguir na ignorância de tais desvios (cognitivos e não-cognitivos) que comprometem, por ação ou omissão, a aceitabilidade e a juridicidade das consequências sociais, ambientais, econômicas e éticas da decisão judicial.
- f) A simplificação das heurísticas, conquanto funcione bem às vezes, é temerária, porque inibe prognoses confiáveis e meditadas. Então, nas hipóteses de conflito entre os dois sistemas apontados (o automático e o reflexivo), o prudente é hierarquizar de ordem a evitar os sequestros límbicos.

- g) Merecem louvores os magistrados que reúnem condições de regulação e autocontrole para não ceder ao arrastamento dos vieses, próprios ou exógenos.
- h) Por todo exposto, resulta cristalino que uma das maiores incumbências da hermenêutica jurídica, no século em curso, será a de mapear e escoimar os erros sistemáticos de julgamento, oriundos dos vieses implícitos e explícitos. Por derradeiro, sem negar a alteridade do sistema jurídico, importa cultivar hábitos superiores (moral e juridicamente), no intuito de produzir normas concretas que permitam uma atmosfera propícia ao bem-estar duradouro. Viés não é destino fatal. Em suma, os bons juízes sabem cultivar, com ciência e humanidade, as boas predisposições.