



Brasília | ano 51 | nº 203
julho/setembro – 2014

Interpretação do Direito e comportamento humano

JULIO CESAR DE AGUIAR

JOÃO MARCELO TORRES CHINELATO

Sumário

Introdução. 1. Mentalismo. 2. A abordagem behaviorista e o paradigma das quatro variáveis (contexto, motivação, comportamento e consequências). 3. A interpretação do Direito como objeto da análise comportamental. 4. Onde estão as regras? 5. Comportamento governado por regras *versus* comportamento governado por contingências. 6. A interpretação do Direito como um produto de contingências reforçadoras e punidoras. Considerações finais.

Introdução

A interpretação jurídica sempre foi concebida como uma atividade destinada a extrair dos textos legais a sua melhor compreensão, a fim de que o Direito seja aplicado de forma justa. O *behaviorismo*, que se propõe a formular uma ciência do comportamento, também poderia tratar da interpretação jurídica, atividade enquadrável no modelo analítico-comportamental de Skinner. No entanto, questões diferentes seriam levantadas. Enfatizar-se-ia, por exemplo, a importância das consequências para a aprendizagem e a manutenção dos comportamentos – inclusive interpretativos.

Nessa perspectiva, a interpretação jurídica é mais uma forma de comportamento e, por isso, também pode ser analisada à luz da filosofia behaviorista de Skinner, cuja ideia fundamental é a de que “os maiores problemas enfrentados hoje pelo mundo só poderão ser resolvidos se melhorarmos nossa compreensão sobre o comportamento humano” (SKINNER, 2006, p. 11).

Julio Cesar de Aguiar é PhD em direito pela University of Aberdeen, UK. Professor do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília.

João Marcelo Torres Chinelato é mestrando em Direito na Universidade Católica de Brasília.

Se a interpretação do Direito pode ser um dos objetos do behaviorismo, essa atividade poderá ser estudada sob novas perspectivas, centradas, sobretudo, no sistema de punições e recompensas a que se expõe o intérprete.

Este trabalho propõe essa abordagem interdisciplinar, apresentando algumas possibilidades de teorização metajurídica sobre a interpretação do Direito.

1. Mentalismo

Uma colocação comum nos tratados de Hermenêutica Jurídica é a de que na interpretação do Direito sempre haverá margem para a “subjetividade do intérprete”. Gadamer (1999, p. 587), por exemplo, diz que “o intérprete não sabe que em sua interpretação traz consigo a si mesmo, com seus próprios conceitos”. Maximiliano (2007, p. 62) chamou esse elemento subjetivo da interpretação de “coeficiente pessoal”: “A justiça das decisões depende sempre do coeficiente pessoal: da cultura e perspicácia do magistrado, suas preferências filosóficas, pendoros jurídicos, orientação sociológica, bondade, retidão”.

Em geral, essa é a razão consensualmente aceita como explicação para o fato de os aplicadores da lei, formados pelas mesmas universidades e vinculados pelo mesmo sistema legal, terem divergências na interpretação dos mesmos textos legais.

Mas isso é uma explicação? A ideia de que a interpretação é composta por algo que o intérprete “traz de si” ou por um “coeficiente pessoal” não esclarece como a subjetividade opera e que peso tem. A Hermenêutica Jurídica admite a existência da subjetividade do intérprete, mas não a analisa. Sabe que essa subjetividade atua, mas não sabe como.

Um dos eixos fundamentais do behaviorismo é a crítica ao que Skinner chamou de “mentalismo”. Essa prática seria aquela que recorre

a categorias como “mente”, “vontade”, “ego”, “escolha” e outros conceitos que apenas nomeiam fenômenos reais, mas não os explicam. O mentalismo teria vínculos com as explicações dadas por antigas tradições supersticiosas para a ocorrência de fenômenos naturais (SKINNER, 2007, p. 29-30). Baum (2006, p. 15) anota que todas as ciências avançaram quando substituíram essas causas imaginárias que supostamente estariam por trás dos fenômenos da natureza. Sobre o mentalismo, Skinner (2006, p. 177-178) diz o seguinte:

“[...] de acordo com a concepção mentalista tradicional, uma pessoa é um membro da espécie humana que se comporta como se comporta devido a inúmeras características ou possessões internas, entre as quais sensações, hábitos, inteligência, opiniões, sonhos, personalidades, disposições, decisões, fantasias, talentos, percepções, pensamentos, virtudes, intenções, habilidades, instintos, devaneios, incentivos [...]

Ninguém jamais modificou diretamente qualquer das atividades mentais ou traços acima arrolados. Não há maneira de se poder estabelecer contato com eles. As condições corpóreas sentidas como tal podem ser modificadas cirurgicamente, eletricamente ou por meio de drogas, mas, para quase todos os fins práticos, só estão alteradas através do meio.”

O comportamento não deveria ser atribuído, por exemplo, aos sentimentos, mas às contingências responsáveis por aquilo que se sente. Não que o behaviorismo negue a existência de um “mundo dentro da pele”. Não nega a existência dos “sentimentos”. Apenas acredita que o comportamento humano efetivamente se modela por aquilo que ocorre “fora” (SKINNER, 2006, p. 23-32).

Portanto, quando a Hermenêutica Jurídica atribui as divergências na interpretação do Direito à subjetividade, o que ocorre com isso, na ótica behaviorista, é na verdade o encerramen-

to do debate: dá-se um nome a determinado fenômeno sem o explicar. Daí a proposta deste trabalho, de seguir com o debate, enquadrando a interpretação o Direito na concepção behaviorista de comportamento.

2. A abordagem behaviorista e o paradigma das quatro variáveis (contexto, motivação, comportamento e consequências)

A ideia fundamental do behaviorismo é a de que o “comportamento” pode ser estudado cientificamente. Embora o senso comum normalmente associe a ideia de uma ciência comportamental à Psicologia, a construção teórica de Burrhus F. Skinner, o maior difusor do chamado behaviorismo radical, que conta com quase 80 anos de existência, foi feita com uma confessada aplicação multidisciplinar. Hoje é um ponto de consenso entre aqueles que lidam com o tema que “o behaviorismo não é propriamente uma ciência, mas uma filosofia da ciência” (BAUM, 2006, p. 17).

O modelo analítico-comportamental traçado por Skinner parte da ideia de que o comportamento animal é governado pelo ambiente que o cerca. Isso se estende para o comportamento humano, para o qual é particularmente importante o ambiente *social*. Esse ambiente é que produz o repertório comportamental dos indivíduos, que por eles é adquirido (“comportamento operante” no jargão skinneriano) em função de punições ou reforços que sucedem cada comportamento. Assim, o repertório comportamental é adquirido pelo indivíduo em razão das consequências que produz “e por tal razão as próprias consequências são chamadas de ‘reforços’” (SKINNER, 2006, p. 38).

Uma recente reportagem televisiva explicava aos criadores de gado Nelore como amansar o rebanho para fins de transporte. O gado Nelore

é conhecido por produzir carne de qualidade e por sua agressividade. Basicamente, o que se ensinou é que o importante seria dar alguma recompensa ao fim do transporte, como sal ou outro alimento. Ao verbalizar esse ensino, o especialista disse que a reiteração da recompensa daria uma “memória boa” ao animal. Note-se como essa nomenclatura – “memória boa” – não é relevante e poderia ser substituída por qualquer outra expressão mentalista: calma, mansidão, confiança. O fundamental não é o nome que se dá, mas a verificação das consequências que vão reforçar ou extinguir padrões comportamentais.

Para que esse ponto seja bem compreendido, vale assinalar que os analistas do comportamento fazem uma importante distinção entre “comportamento respondente” e “comportamento operante”. O primeiro é também chamado de reflexos, como piscar em razão de um cisco no olho ou espirrar. Conforme demonstrado primeiramente por Pavlov, se um determinado estímulo, por exemplo, o som de uma campainha é sempre sucedido por um estímulo capaz de eliciar um comportamento reflexo, por exemplo, o sabor de limão na boca de um animal, o estímulo precedente pode adquirir a capacidade de eliciar o comportamento reflexo, no caso, a salivação. A salivação decorrente da estimulação pelo som da campainha é denominada então “comportamento reflexo condicionado” (RACHLIN, 1991). O segundo, denominado por Skinner “comportamento operante” em razão de o indivíduo necessariamente atuar no ambiente (operar), é aquele adquirido e mantido em razão das consequências: por exemplo, parar o carro quando o sinal fica vermelho (BAUM, 2006, p. 116). O comportamento operante se forma pelas consequências, pelo que vem depois, ao passo que os reflexos (condicionados ou incondicionados) decorrem do estímulo antecedente, daquilo que veio antes.

O comportamento operante de parar o carro no sinal, por exemplo, é uma aprendizagem que decorre de reforços do tipo: o pai elogiou o filho que disse ser errado atravessar o sinal vermelho; esse indivíduo viu alguém ser xingado ao desrespeitar o semáforo; marcou um ponto na prova do departamento de trânsito quando assinalou que se deve parar no sinal vermelho; descumpriu a regra como motorista e foi multado. É dessa forma que o behaviorismo responde à pergunta: “como algo que ocorre depois pode ter efeito sobre o comportamento?”

Além da relação entre comportamento e consequência, o paradigma formulado por Skinner inclui a ideia de contexto. As consequências resultantes de um contexto acontecido no passado tendem a governar o comportamento do indivíduo quando o contexto se repete. Os contextos são formados pelo que o behaviorismo chama de “estímulos discriminativos”. O sinal vermelho é um estímulo discriminativo, assim como o fato de estar dirigindo o carro. O comportamento modifica-se conforme muda o contexto. O sinal vermelho controla o motorista que para, ao passo que o sinal verde faz com que (ou torna mais provável que) ele siga em frente (BAUM, 2006, p. 116). Como se sabe, a maior parte dos motoristas segue essa regra de trânsito quase sempre. É por isso que o contexto indica uma probabilidade – e não uma certeza – de que um determinado comportamento será adotado (MICHAEL, 1982). A ausência de punição às infrações e o tráfego caótico podem alterar essa probabilidade.

A última variável desse modelo é a motivação. As variáveis motivadoras funcionam como eventos antecedentes que alteram temporariamente a efetividade da consequência reforçadora (MICHAEL, 1982). Skinner fala nesse sentido em três variáveis ambientais relacionadas à ideia de motivação: privação, saciação e estimulação aversiva. Como exemplo da primeira, tem-se que “a privação de água aumenta a frequência de ocorrência de todos os comportamentos condicionados e incondicionados relacionados à ingestão de água” (SKINNER, 2007, p. 156). De forma inversa, a saciação diminuirá momentaneamente qualquer comportamento destinado a obter comida ou sexo, por exemplo. A última variável motivadora é a “estimulação aversiva”, que funciona também como punidor (SKINNER, 2006). O exemplo típico é o frio que entra no quarto e leva o indivíduo a fechar a janela. (MICHAEL, 1982).

Em conclusão, as quatro variáveis acima descritas são o que determina o comportamento das pessoas. A propósito, para Skinner, “pessoas” são repertórios comportamentais adquiridos pelo organismo, que é o indivíduo. A alteração dessas variáveis altera o comportamento. Um juiz pode ser literalmente “outra pessoa” quando está jogando futebol, adotando um comportamento completamente diferente daquele que adota quando está sob a toga. Diz Skinner (2006, p. 145): “contingências complexas de refor-

ço criam repertórios complexos e, como vimos, diferentes contingências criam diferentes pessoas dentro da mesma pele, das quais as chamadas personalidades múltiplas são apenas uma manifestação extrema”.

3. A interpretação do Direito como objeto da análise comportamental

Para Skinner, o comportamento é não mais do que uma das atividades do organismo: “é aquela parte do funcionamento de um organismo envolvido em agir sobre ou em interação com o mundo externo.” (SKINNER, 1938, p. 6). Trata-se de uma definição muito ampla e que envolve uma série de situações; tem, porém, como eixo comum, a ideia de que o comportamento é governado pelas consequências.¹

Nesse modelo, é possível enquadrar a “interpretação ou aplicação do Direito” na noção de comportamento. A Hermenêutica Jurídica, aliás, já tem consolidada a ideia de que, mesmo para dizer que um texto legal é óbvio e claro, o intérprete precisa “elucidar um problema” (MAXIMILIANO, 2007, p. 30-31). Assim, mais precisamente, a interpretação e a aplicação do Direito enquadram-se naquilo que o behaviorismo designa como comportamento destinado à “resolução de problemas”.

Na resolução de problemas, “a tendência é utilizar soluções semelhantes, desde que essas soluções continuem a proporcionar as devidas compensações” (BAUM, 2006, p. 180). Para resolver problemas, o indivíduo seleciona comportamentos em função das consequências reforçadoras ou punidoras que esses comportamentos geraram no passado. A “solução” é exatamente o reforço que mantém os padrões comportamentais destinados à resolução no indivíduo. O ponto fundamental, aqui, é desmistificar a ideia de que as soluções encontradas pelos indivíduos sejam um produto da “criatividade”, uma “revelação”, um “raciocínio original” ou qualquer outro conceito mentalista.

Skinner (1980, p. 273) apresenta um exemplo de resolução de problemas: alguém precisa apanhar a mala de um amigo no bagageiro do aeroporto, sendo que essa mala nunca foi vista por essa pessoa, que se encontra sozinha diante de um porta-bagagem rotativo com centenas de malas. O problema complica-se pela grande quantidade de objetos que precisam ser analisados e pela velocidade com que se deslocam. Isso vai requerer algum tipo de aprendizagem. A pessoa começará a evitar as malas

¹ A análise comportamental confessadamente conflita com a ideia de “livre-arbítrio” (SKINNER, 1971; BAUM, 2006) e enfeixa-se nas teorias deterministas. A sustentação da tese determinista pelo behaviorismo é extremamente sofisticada, e, inclusive, desfaz muitos equívocos quanto ao que significa nesse campo ser determinista, de modo que a sua descrição pormenorizada não cabe neste trabalho.

que ela já analisou e que não tinham o nome de seu amigo. Imagine-se que todas as malas são muito parecidas, no tamanho e na cor. Uma boa estratégia será marcar com um giz as malas que já foram examinadas. Assim, nenhuma delas será examinada duas vezes. A pessoa ganhará tempo e alcançará seu objetivo de forma mais fácil.

A resolução do problema é o encontro da mala. E o uso do giz foi um “passo” importante, que antecipou o reforço seguinte, ao reduzir o número de malas que seria necessário analisar para se encontrar a mala correta. Esse “passo”, que no caso consistiu em marcar com um giz, é o que Skinner (1980, p. 273) chamou de “comportamento precorrente”:

“Posso nunca ter me perdido nessa região, mas tenho uma história de consultar mapas e derivar possibilidades de caminhos – eu me comporto de maneiras que foram bem-sucedidas (reforçadas) no passado. O comportamento precorrente envolvido é frequentemente chamado de raciocínio, imaginação, formulação de hipóteses, e assim por diante. Todos esses comportamentos têm em comum a propriedade de gerar estímulos discriminativos que alteram a probabilidade de atividades subseqüentes.”

Nessa perspectiva, a interpretação do direito pode ser entendida como uma modalidade de *resolução de problemas*. O advogado precisa encontrar no sistema jurídico o amparo ao seu cliente. O parecerista precisa responder uma pergunta. O juiz precisa decidir um litígio.

Os comportamentos precorrentes dos juristas, ou seja, os comportamentos destinados a gerar os “contextos” (estímulos discriminativos complexos) que tornem mais provável a solução, também são conhecidos: pesquisar a jurisprudência do tribunal em que se está litigando, consultar a doutrina especializada que costume ter posições alinhadas com a tese que se está defendendo.

A própria ideia, bastante prestigiada nos tratados de Hermenêutica Jurídica de que interpretar o Direito é algo indissociável da sua aplicação confirma a importância da história do indivíduo e das relações de reforço na compreensão dos textos legais: “Quando um professor discorre, em sala de aula, sobre a interpretação de um texto normativo sempre o faz – ainda que não se dê conta disso – supondo a sua aplicação a um caso, real ou fictício” (GRAU, 2002, p. 19).

Uma grande vantagem dos comportamentos precorrentes é o fato de que podem ser verbalizados (SKINNER, 1980, p. 275):

“Facilmente lembrada e passível de ser executada em qualquer lugar, uma resposta verbal é um tipo especialmente útil de marca de giz. Muitos ‘enunciados de fato’ simplesmente exprimem relações entre os estímulos e as conseqüências reforçadoras das respostas a eles.

[...]

Os estímulos que um homem constrói ao resolver problemas podem ser úteis a outras pessoas precisamente porque as variáveis manipuladas no autocontrole são as que controlam o comportamento dos homens em geral. Ao construir estímulos externos para suplementar ou substituir mudanças privadas em seu comportamento, o homem automaticamente prepara a transmissão do que ele aprende. Suas construções verbais tornam-se propriedade pública e suas discriminações privadas não o poderiam. O que ele diz ao descrever seu próprio comportamento bem sucedido (segurei a base firmemente em minha mão esquerda e girei o topo para a direita) pode ser transformada numa instrução útil (segure a base firmemente com a mão esquerda e gire o topo para a direita). As mesmas variáveis estarão sendo manipuladas e com alguns dos mesmos efeitos sobre o comportamento.”

Portanto, quando o intérprete descreve verbalmente os “passos” que deu para resolver um problema hermenêutico – na fundamentação

da decisão, nas razões do parecer ou nas alegações do recurso –, ele está descrevendo fórmulas que anteciparam o conjunto de reforços consequentes e que culminaram na resolução. Assim, se é comportamento, a interpretação jurídica pode ser objeto da análise behaviorista.

4. Onde estão as regras?

Se a interpretação pode ser objeto do behaviorismo, uma abordagem behaviorista poderia começar por aquilo que é o objeto da interpretação: as regras.

Como “regras”, o behaviorismo entende quaisquer instruções que descrevam o comportamento capaz de gerar uma consequência, como o manual de um carro, um conselho dos pais ou um artigo da lei. Tratam-se de estímulos discriminativos verbais que indicam uma relação de reforço (BAUM, 2006, p. 168). No futebol, por exemplo, eu ouço que, se a bola cruzar a linha sob a trave, marca-se um gol. Quem fez essa verbalização está sob o controle de sua experiência de ter balançado as redes da trave e ver isso chamado de “gol”. O comportamento dos ouvintes, do juiz que apita, da torcida que comemora, dos adversários que aceitam a derrota, reforça a verbalização da regra. Assim, chutar em direção ao gol torna mais provável a ocorrência dessas consequências.

Portanto, à luz desse modelo, as técnicas hermenêuticas, assim como a jurisprudência e as leis, são mesmo regras capazes de governar o comportamento, também para o behaviorismo. Todavia, como já dito, a expressão “regra” abrange um maior número de verbalizações, que têm como traço comum as relações de reforço. Assim, a própria leitura que se faz de um artigo da lei não se limitará àquilo que se capta nas palavras do texto. As consequências derivadas das variadas formas de se compreender o texto (relações de reforço) determinarão a forma como se entende e aplica o artigo da lei.

Note-se, por exemplo, como a interpretação do Direito varia de um julgador para outro. Mesmo os integrantes de um mesmo colegiado divergem entre si. Essa multiplicidade de compreensões da *mesma* norma é muitíssimo frequente, inclusive nos livros doutrinários. Isso ocorre porque um determinado tipo de interpretação tende a manter-se quando produz consequências reforçadoras. Quando as consequências são punidoras, ou quando o reforço deixa de existir, outra interpretação tende a prevalecer (BAUM, 2006, p. 173).

Uma possibilidade de se compreender esse ponto está em uma das questões formuladas pelo behaviorismo: “onde estão as regras”? Na visão dos juristas, as regras estão topograficamente localizadas em um título, em uma subseção, em um artigo da lei. O behaviorismo localiza as regras em outro lugar. Baum (2006, p. 177-178) diz o seguinte:

“As explicações tradicionais do seguimento de regras são mentalistas. Como na gramática, fala-se de regras como se elas fossem coisas possuídas, como se as pessoas as possuíssem. Psicólogos dizem, às vezes, que as regras são ‘internalizadas’. Como outras formas de mentalismo, as regras que controlam nosso comportamento estão supostamente em algum lugar interno, como se cada um de nós tivesse um caderno de regras interno onde as regras estivessem de alguma forma gravadas, e pudessem ser localizadas na ocasião propícia.

[...]

Se faz algum sentido falar em regras como localizadas em algum lugar, os behavioristas as colocam no ambiente. Elas se apresentam, não apenas figurativamente, mas concretamente, sob a forma de sons e sinais. Elas são estímulos discriminativos.

[...]

Quando meus filhos são atenciosos como seus primos, seus primos também são, em contrapartida, atenciosos com eles, o que resulta em meus filhos continuarem a ser atenciosos. Meus filhos não internalizaram a regra sobre tratar bem seus primos; em vez disso, as conseqüências naturais e de longo prazo mantêm agora seu comportamento.”

Como se vê, o fato de os intérpretes analisarem os mesmos artigos da lei, de estudarem as mesmas regras hermenêuticas, e mesmo assim haver divergências, não surpreende a análise comportamental. As leis e os livros são os mesmos, mas o ambiente com o qual cada intérprete entra em contato e a sua história como aplicador do Direito é que modelam e mantêm seu comportamento interpretativo.

5. Comportamento governado por regras *versus* comportamento governado por contingências

Dentro dessa ideia de “governo” do comportamento, faz-se uma distinção entre comportamento governado por regras e por contingências². Para falar deste último, Baum usa outra terminologia: “modelado implicitamente”. O comportamento modelado por regras “depende do comportamento verbal de outra pessoa (o falante), enquanto o comportamento modelado implicitamente não requer outra pessoa, requer somente interação com reforço não-social.” (BAUM, 2006, p. 166).

Portanto, na compreensão e aplicação do Direito, o comportamento do jurista não é governado apenas pelos artigos legais, pelos dispositivos constitucionais ou pelas recomendações da doutrina, mas também por outras “contingências”, que não são tão facilmente verbalizáveis.

² A rigor, a categoria “contingências” abrangeria também as regras, que, na verdade, seriam um tipo especial de contingência que se caracteriza pelo fato de ser verbalizável.

Baum (2006, p. 166) define o comportamento governado por contingências como aquele que “é modelado diretamente por consequências relativamente imediatas, que não depende de ouvir ou ler uma regra”. Se for perguntado a uma pessoa como ela consegue se colocar na posição vertical ao andar de bicicleta, a resposta será, via de regra, “não sei explicar, só sei fazer”. É difícil compreender por que um professor, quando expõe em sala de aula, gesticula mais do que outro; fala em tom mais enfático do que outro; é mais tolerante com ideias diferentes do que outro.

É muito mais fácil identificar as regras, que são enunciados verbais e assim são conhecidas, por serem escritas ou faladas. Porém, quando se fala nas contingências, a identificação torna-se bem mais difícil. Como disse Baum, normalmente as pessoas não conseguem descrever as contingências que estão na base do seu comportamento. Não obstante essas diferenças, o fato é que “todo comportamento operante – inclusive o controlado por regras – é modelado por reforço e punição” (BAUM, 2006, p. 166).

Como exemplo, pode-se fazer uma comparação entre as decisões do Judiciário e as dos conselhos que julgam processos administrativos. Essa comparação revela que muito frequentemente essas duas instâncias decisórias apresentam interpretações completamente díspares sobre o mesmo texto legal.

Veja-se o caso das normas que isentam o contribuinte de pagar imposto. É comum que os conselhos que processam o contencioso administrativo fiscal decidam no sentido de que “a outorga da isenção decorre de expressa previsão legal e sua interpretação se realiza de forma literal” (BRASIL, 2011). De seu lado, o Judiciário apresenta posições diferentes: “a isenção deve ajustar-se à uma realidade – valor, de modo que não se elimine o alcance da lei isencional, quanto a sua justa e razoável finalidade, prejudicando superiores interesses sociais” (BRASIL, 1999).

Mas, se o Direito é o mesmo, como é possível haver divergências?

Quando verificamos o quadro de punições e recompensas a que os membros de cada uma dessas instituições se sujeita, as coisas parecem ficar mais claras: se um juiz faz uma interpretação “errada”, sua decisão é mudada pela instância superior e nada mais; se o agente administrativo “se equivoca” na leitura do direito, as consequências podem ser bem diferentes – inclusive com possibilidade de responsabilização pessoal.

Como se vê, também nas instâncias do poder o método interpretativo varia conforme as consequências que produzam para o intérprete. Antes de adotar a solução do problema hermenêutico, o intérprete sempre se pergunta: o que virá depois?

Os juristas dirão que a diferença entre os entendimentos decorre da subjetividade do intérprete, que é livre para compreender um mesmo princípio à sua maneira. Os analistas do comportamento dirão que a di-

ferença vem da história de cada um, dos reforços e punições a que se expuseram e do ambiente em que estão. E, quanto ao que cada um diz (comportamento meramente verbal) que é justo ou injusto, bom ou mau, isso já dependerá do que cada um foi reforçado a “dizer que é bom” e a “dizer que é mau”, independentemente do que efetivamente faça:

“A regra prática de Skinner, que considera o reforço como bom e punição como má, importa em uma regra sobre julgamentos de valor – o comportamento verbal envolvendo bom, mau, certo e errado. A verbalização *Mentir é errado* ocorre porque verbalizações desse tipo foram reforçadas por pais e professores. Assim, uma pessoa que nunca recebeu aprovação por tais verbalizações jamais dirá que mentir é errado, embora talvez nunca venha a mentir, se sua história incluiu o reforço da honestidade e a punição da mentira. Outra pessoa poderá dizer que mentir é errado e, no entanto, mentir frequentemente” (BAUM, 2006, p. 245).

6. A interpretação do Direito como um produto de contingências reforçadoras e punidoras

A hipótese deste capítulo é a da possibilidade de que outras contingências – além do seguimento de regras doutrinárias do tipo “as exceções se interpretam estritamente” – estejam atuando sobre o aplicador da lei quando ele “escolhe” uma determinada interpretação das normas jurídicas. Essa análise parte da filosofia behaviorista de Skinner, que enfatiza a importância das consequências para a aprendizagem e manutenção dos comportamentos.

Parte-se de um exemplo real. Em um imenso número de demandas judiciais, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) defende a tese de que não teria o poder de demolir construções que violem a lei ambiental sem prévia provoca-

ção do Poder Judiciário. Em geral, os tribunais ordinários adotam o entendimento de que não há necessidade de provocar o Judiciário para essa demolição, pois poderia ser aplicada penalidade administrativa pela própria autarquia sem necessidade do referido ajuizamento.

Curiosamente, o Ibama sempre recorre desse tipo de decisão, rejeitando o poder de autoexecutoriedade que lhe é reconhecido pelos tribunais de segundo grau e isso levou o Superior Tribunal de Justiça a acolher a pretensão da autarquia em sua jurisprudência, que se consolidou no sentido de que “revestida ou não a sanção do referido atributo [autoexecutoriedade], a qualquer das partes (Poder Público e particular) é dado recorrer à tutela jurisdicional, porque assim lhe garante a Constituição da República (art. 5º, inc. XXXV)”³ (BRASIL, 2012). O fato de uma autarquia defender até as últimas instâncias judiciais a tese de que não tem determinado poder já revela um comportamento por si só bastante atípico e interessante do ponto de vista behaviorista.

No entanto, o detalhe mais instigante está no argumento apresentado pelo Ibama em seus recursos. Esse argumento é exatamente uma leitura literal do art. 72, inc. VIII, da Lei nº 9.605/98, que estabelece a possibilidade de punir administrativamente uma infração ambiental por meio da “demolição de obra”. O Ibama sustenta que a palavra “obra” significa algo “em construção” e nunca edifícios já construídos. No Recurso Especial nº 1.312.668, a autarquia impugnou decisão que lhe dava o poder de demolir com o seguinte argumento: “Deixou de considerar e de levar em conta, todavia, o acórdão embargado, o fato de que, no presente caso, o que se teria que demolir não seria mais uma ‘obra’”.

³ Art. 5º, inc. XXXV da CF/88.

Uma análise puramente hermenêutica dessa questão dificilmente explicaria a razão por que o Ibama sustenta essa tese. Por outro lado, uma análise comportamental do caso partiria do pressuposto de que as regras seguidas pelo intérprete não estão localizadas em algum lugar nele internalizado, mas no ambiente (BAUM, 2006, p. 177-178). A observância dos dispositivos da lei certamente modela o comportamento do intérprete, mas outras contingências também modelam. Eventuais problemas enfrentados pelos agentes públicos que ordenaram a demolição nesses casos, como ações judiciais questionando o ato ou pedindo indenização, podem explicar muito mais o cauteloso comportamento interpretativo adotado pela autarquia quanto à extensão do seu poder de polícia.

Outro exemplo pode ser dado, desta vez sobre o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda (CARF),⁴ que é a segunda instância do processo administrativo fiscal⁵ e funciona estruturalmente como os tribunais, apreciando as razões de litigantes que se colocam em posição de contraditório. É comum verificar-se nos votos dos conselheiros do CARF a defesa da legalidade estrita como eixo interpretativo fundamental do órgão, como se nota no precedente abaixo:

“Sobre a defendida ofensa ao princípio da proporcionalidade, da razoabilidade, dentre outros, estes são dirigidos ao legislador, e não ao aplicador da lei, o qual, diante da norma existente no mundo jurídico, deverá aplicá-la obrigatoriamente por força do art. 116, inciso III, da Lei 8.112/90, preceito o qual se repete no artigo 41, inciso IV, do Anexo II, do atual Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/06/2009” (BRASIL, 2012).

No Processo nº 10980.002215/2001-11, por exemplo, o CARF apreciou a legitimidade da cobrança de imposto sobre a propriedade rural (ITR) de proprietário cujo imóvel fora invadido por “sem-terras”. Prevaleceu o entendimento de que a cobrança seria ilegítima, mas o julgamento foi bastante polêmico e a polêmica decorreu do fato de que o regramento do imposto era claro. Ficaram vencidos três dos conselheiros que participaram do julgamento, inclusive a conselheira relatora, que baseou seu voto no princípio da legalidade, nos seguintes termos:

“Não se pode olvidar, outrossim, que a Administração Tributária se submete ao princípio da estrita legalidade e, em existindo lei ou legislação

⁴ Criado pela Medida Provisória nº 449, de 2008, convertida na Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, e instalado pelo Ministro de Estado da Fazenda em 15/2/2009, mediante a Portaria MF nº 41, de 2009. Esse órgão sucedeu o Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, criado pelo Decreto 16.580, de 4 de setembro de 1924.

⁵ A primeira é composta pelas Delegacias da Receita Federal de Julgamento.

complementar que disponha sobre determinado tributo e contribuições, não há como afastá-la, pois a atividade de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional (art. 142, parágrafo único, CTN).

A função deste Colegiado é verificar se a exigência tributária foi efetuada nos termos da lei” (BRASIL, 2006).

A corrente majoritária, no entanto, rejeitou essa argumentação com fundamento na circunstância de que o Supremo Tribunal Federal estaria consolidado no sentido de afastar a cobrança nesses casos⁶.

Essas frequentíssimas discussões, no âmbito do CARF, sobre a vinculação do órgão à legalidade estrita pode ser estudada sob o prisma jurídico – há fundamento jurídico para isso? –, mas também pode ser objeto de exame da análise comportamental. Em 5 de fevereiro de 2013, o site Conjur, em notícia intitulada “CARF para atividades devido a ações populares”, informou o seguinte:

“Os julgamentos do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, o Carf, do Ministério da Fazenda estão parados nesta terça-feira (5/2). O órgão, última instância administrativa para disputas com o fisco federal, é alvo de dezenas de ações populares ajuizadas por um ex-procurador federal da Advocacia-Geral da União contra a União e empresas que foram absolvidas no colegiado da Fazenda. Pede-se nas ações, inclusive, a citação pessoal de conselheiros do Carf.

Nesta terça, os conselheiros se reuniram e decidiram suspender os julgamentos. ‘Houve a decisão de retirar os processos de pauta por causa da insegurança existente’, explica o auditor fiscal e conselheiro do Carf Paulo Jakson. Ele conta que o receio é que, julgando novos casos, os conselheiros deem mais munção para novas ações.” (CANÁRIO, 2013).

Nessas ações populares questionavam-se os fundamentos técnicos de decisões proferidas pelo CARF, alegava-se “omissão arrecadatória” e pedia-se a anulação dos julgamentos. Em algumas dessas ações, a Procuradoria da Fazenda Nacional, ao oferecer contestação, decidiu aderir ao pedido do autor popular. Em outras, o demandante requereu o chamamento ao processo dos próprios conselheiros do CARF (KNO-PFELMACHER, s.d). Exatamente esse fato foi o que gerou a paralização acima noticiada. Isso pode dar as primeiras pistas sobre o porquê dos membros do CARF, muitas vezes, prestigiarem uma interpretação mais estrita das normas tributárias do que os membros do Poder Judiciário. Se um juiz decide “errado”, o máximo que pode acontecer é a sua deci-

⁶ Disse o conselheiro que emplacou a tese vencedora: “Precedentes do Supremo Tribunal Federal informam que a invasão de terras particulares por ‘sem terra’ constitui força maior que justifica o descumprimento das obrigações fiscais do ITR”.

são ser mudada. Se um agente administrativo “aplica mal” o Direito, as consequências podem ser bem diferentes.

O fato acima noticiado pode ser visto como reforço a um comportamento (interpretação literal) que se tornará provável quando o contexto (julgamento de um caso em que há duas interpretações possíveis) ocorrer novamente. Tal esquema reproduz exatamente o mecanismo de aquisição do repertório comportamental descrito pelo behaviorismo.

Tais exemplos parecem indicar que pesam de fato outras contingências, que não somente a leitura de artigos legais e livros doutrinários, sobre o comportamento de quem interpreta normas. Esse peso já foi intuído na distinção feita pela Hermenêutica Jurídica entre *texto* legal e a *norma* jurídica. A norma seria o texto interpretado, isto é, seria o resultado de uma construção do intérprete: “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos” (ÁVILA, 2009, p. 30). O behaviorismo possibilita o desenvolvimento dessa constatação feita pela Hermenêutica Jurídica. Porém, em vez de colocar o peso das contingências estranhas ao texto sob o rótulo de termos mentalistas, como “ideologia” ou “subjetividade” do intérprete, a análise comportamental pode focar-se nas relações de reforço e punição que concretamente modelam o comportamento daquele que aplica a lei.

Considerações finais

A interpretação do Direito é um comportamento e, assim, pode ser objeto de exame da análise comportamental. A divergência entre os intérpretes, mesmo quando analisam o mesmo texto legal e dispõem dos mesmos instrumentos hermenêuticos, é uma realidade notória e demonstra que há algo a mais por detrás da interpretação.

O quadro de reforços e punições a que estão expostos os intérpretes é um elemento que geralmente não se discute na Hermenêutica Jurídica, a não ser acidentalmente e de forma sempre rasa, como um comentário *a latere*. Assim, a proposta de abordagem interdisciplinar do tema pode apontar incontáveis novos aspectos que até aqui ficaram à margem da teorização feita pelos estudiosos do Direito.

A comunidade jurídica demonstra perplexidade com algumas questões alusivas à interpretação, mas essas questões permanecem sem resposta, como o verdadeiro motivo pelo qual os juízes decidem como decidem. Todavia, o que mais inquieta nesse campo não é o fato de ainda não existirem respostas para essas perguntas, mas a circunstância de que não se saberia como estudar as possíveis causas de fenômenos como esses.

Desse modo, a análise comportamental do fenômeno pode suprir uma lacuna até então aberta. Pode apontar causas até então ignoradas, que estão por trás da interpretação jurídica, que afetam e dirigem a aplicação do Direito, sem que delas se dê conta.

Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BAUM, W. M. *Compreender o behaviorismo: comportamento, cultura e evolução*. Tradução Maria Teresa Araújo Silva... [et. al.]. 2.ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Artmed, 2006.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Processo n. 10715.007718/2008-90. Relator: Francisco José Barroso Rios. DJ n. 3802-000.969. 25 abr. 2012. Disponível em: < <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarInformacoesProcessuais/consultarInformacoesProcessuais.jsf>>. Acesso em: 2 jul. 2014.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Processo n. 11080.007968/2008-04. Relator: Tania Mara Paschoalin. DJ n.2801-001.705, 29 jul. 2011. Disponível em: < <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarInformacoesProcessuais/consultarInformacoesProcessuais.jsf>>. Acesso em: 2 jul. 2014.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Processo n. 10980.002215/2001-11. Relator: Judith do Amaral Marcondes Arnando. DJ n. 302-37534, 25 maio 2006. Disponível em: < <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarInformacoesProcessuais/consultarInformacoesProcessuais.jsf>>. Acesso em: 2 jul. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso especial n. 1312668/PB. Administrativo, ambiental e processual civil. Agravo regimental no recurso especial. Ação civil pública ajuizada pelo IBAMA com a finalidade de demolição de imóvel construído em área de preservação ambiental, bem como de ressarcimento dos danos causados. Nítido interesse de agir. Precedentes do STJ. Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Dje 3 set. 2013. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 11 set. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1246443/PR. Ambiental e administrativo. Infração administrativa. Demolição de edifício irregular. Auto-executoriedade da medida. Art. 72, inc. VIII, da lei n. 9.605/98 (demolição de obra). Peculiaridades do caso concreto. Interesse de agir configurado. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Acórdão, 23 ago. 2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 13 abr. 2012.

_____. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm>. Acesso em: 22 ago. 2012

_____. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. [Código Tributário Nacional]. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário do Congresso Nacional*. Brasília, 15 set. 1966.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 192494/PR. Tributário. IPI. Importação de Peças para Substituição no Equipamento Principal. Isenção. Ajustamento ao Princípio da Legalidade. CTN, artigos 97, 109, 110, 111 e 176 – Decreto-Lei 1.726/79 (art. 2º, IV, f, 5). Lei 8.191/91. Decreto 151/91. Relator: Ministro José Salgado. Acórdão, 23 mar. 1999. *Diário da Justiça*, Brasília, 16 nov. 1999.

CANÁRIO, Pedro. Carf para atividades devido a ações populares. *Revista Consultor Jurídico*, 5 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-05/carf-atividades-nesta-terca-causa-dezenas-acoes-populares>>. Acesso em 1^o jul. 2014.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de F. P. Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

KNOPFELMACHER, Marcelo. A tentativa de intimidação ao Carf. *Movimento de Defesa da Advocacia*. Disponível em: <<http://www.mda.org.br/artigos-a-tentativa-de-intimidacao-ao-carf,43.htm>>. Acesso em: 1^o jul. 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MICHAEL, Jack. Distinguishing between discriminative and motivating functions of stimuli. *Journal of the Experimental Analysis of Behavior*, v. 37, n. 1, p. 149-155, 1982.

RACHLIN, H. *Introduction to modern behaviorism*. 3 ed. New York: W. H. Freeman, 1991.

SKINNER, Burrhus Frederic. *Ciência e comportamento humano*. Tradução de J. C. Todorov & R. Azzi. 11. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SKINNER, Burrhus Frederic. *Contingências de reforço*. Tradução de Rachel Moreno. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

SKINNER, Burrhus Frederic. *Sobre o behaviorismo*. Tradução de Maria da Penha Villalobos. 10. ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

SKINNER, Burrhus Frederic. *The Behavior of Organisms*. New York: Appleton-Century-Crofts, 1938.