

# Razionalità jurídica, emoção e atividade jurisdiccional

**Autore:** Atahualpa Fernandez

**In:** Diritto civile e commerciale

**Atahualpa Fernandez**

**Manuella Maria Fernandez<sup>1</sup>**

O direito, na sua forma concreta de existência (nomeadamente, tal como é “proferido” pelos tribunais) surge sempre e somente no processo de realização do direito, com a participação integral da personalidade do sujeito que compreende; os juízes já não podem invocar “compulsión de ‘la ley’ para justificar sus decisiones: ellos son siempre parte de la decisión. Dios há muerto”.

D. KENNEDY

Em que pese a variedade do conjunto de teorias elaboradas acerca da interpretação jurídica, a maioria dos modelos contemporâneos desenvolvidos sobre a tarefa hermenêutica e a própria unidade da realização do direito continuam a não dar a devida importância ao papel das emoções nos processos de tomada de decisão jurídica, construídas que estão a partir de modelos teóricos sem qualquer escrutínio empírico minimamente sério, carentes da menor autoconsciência com respeito à realidade neuronal que nos constitui e dos problemas filosóficos e neuropsicológicos profundos que implica qualquer teoria da ação intencional humana.

Mas qual pode ser a relação existente entre os resultados da atual investigação neurocientífica sobre a cognição moral e o processo de interpretação do direito e de tomada de decisões judicial? Têm os juízos formulados pelos juizes como causa preponderante a razão, a emoção ou são primariamente produto de um processo de raciocínio fundado em princípios inconscientes e inacessíveis? Em que medida é possível saber, nos processos de tomada de decisão judicial, se os juizes atuam, segundo a perspectiva de Hauser (2006), como criaturas humaneana, kantiana ou rawlsiana?

O direito não é, e jamais será predominantemente um sistema racional de pensamentos, ao menos enquanto a genética não produza inéditos milagres nos cérebros das pessoas. Não, não pode sê-lo, porque ele consiste em decisões sobre distintas possibilidades de ordenação político-social para as condutas humanas. Essas decisões são tomadas por primatas humanos, indivíduos que estão eles mesmos envolvidos - direta ou indiretamente, quando menos ideologicamente<sup>2</sup> - em tais condutas. De fato, uma decisão não costuma resultar mais racional que a vontade, as emoções e o conhecimento de quem a produz. E os atores principais da atividade jurisdicional que determinam sua dinâmica não são precisamente uns “preferidores racionais”, nem uma confraria de sofisticados jus-metodólogos, senão indivíduos que basicamente respondem às orientações de seus genes e de seus neurônios, assim como de suas experiências, memórias, valores, aprendizagens, e influências procedentes do ambiente e da mentalidade comum<sup>3</sup>.

Por essa razão, parece estar irremediavelmente condenada a equivocar-se, de ponta a ponta, e sempre, qualquer teoria sobre o discurso jurídico que busque entendê-lo, ou programá-lo, como um sistema de

locutores básica ou exclusivamente racionais. Os operadores reais do direito não são e nem tão pouco funcionam assim. Como disse J. Frank (1931), também os juízes são “humanos”. E não poucas vezes – é possível agregar - até demasiado humanos...<sup>4</sup>

Vejamos por parte.

### **A importância das emoções para o direito: o problema da distinção taxativa entre razão prática e emoção**

Três dos diversos modelos propostos para explicar as relações entre emoção/razão e ações/juízos morais são particularmente relevantes por suas implicações para o direito. No primeiro modelo, inspirado na filosofia kantiana e defendido por Piaget e Kohlberg, se postula como centro das condutas morais os processos de reflexão e de dedução: diante de uma situação ou ação moralmente relevante, o homem explora consciente e racionalmente diferentes princípios para gerar um juízo moral.

No segundo modelo, inspirado em Hume, se enfatiza o rol das emoções e da intuição moral. A percepção de uma situação dispara e/ou implica uma emoção, a qual se traduz em um juízo sobre se a ação com a qual se responde a essa situação é moralmente boa ou má. Este ponto de vista é apoiado por estudos que sugerem que nossos juízos sobre o que é bom e mau são influenciados por reações emocionais tais como a empatia, a repugnância e o desgosto. Tudo isto deixa pouco lugar à deliberação racional como forma de modelar nossa visão moral. Com efeito, muitos psicólogos pensam que os raciocínios que fazemos de porquê cremos certas coisas são em sua maioria justificações post-hoc de reações viscerais. Tal como expressa Jonathan Haidt, ainda que nos goste ver-nos como juízes<sup>5</sup>, raciocinando e argumentando sobre as situações graças a princípios profundamente arraigados, em realidade somos e atuamos mais que tudo como advogados, argumentando sobre posições que já temos estabelecidas. Isto implicaria que temos

pouco controle consciente sobre nosso sentido do bem e o mal.

Um terceiro modelo, baseado nos escritos de John Rawls sobre a justiça, postula que se realizaria uma avaliação inconsciente e automática das ações com implicações morais: a percepção de um evento com implicações morais dispararia e/ou implicaria uma análise inconsciente das causas, intenções e consequências das ações associadas a ele, conduzindo a um juízo moral que se expressaria em uma emoção e raciocínio consciente. À diferença do modelo anterior (de inspiração humeana), aqui as emoções não interviriam na geração do juízo moral. O modelo rawlsiano do juízo moral, defendido por Hauser<sup>6</sup>, pode resumir-se da seguinte maneira: primeiro, a percepção de um evento moralmente significativo produz uma análise das ações implicadas. Esta análise, ainda que rápida e inconsciente, é um processo cognitivo complexo em que se devem considerar muitos fatores. Em um sentido importante, é um processo de raciocínio, ainda que não seja consciente. A análise, por sua vez, é usada para formar um juízo de aprovação ou desaprovação. As emoções se disparam somente depois de que este juízo tenha ocorrido, e são relevantes principalmente para controlar nossa resposta condutual ao ato percebido. Como no modelo (intuicionista) de Haidt<sup>7</sup>, os juízos morais estão baseados primariamente na intuição, ainda que, contrário a Haidt, Hauser negue que estas intuições sejam de tipo afetivo: podemos encontrar algumas regras universais abstratas - como a reciprocidade em justiça e a regra de ouro (não fazer ao outro o que não queremos que nos seja feito) - e uma disposição a aprender outras, às quais a cultura dará a expressão ou forma final<sup>8</sup>.

Em sede de interpretação e aplicação do direito, parece não haver dúvidas de que o juízo normativo é produto tanto das emoções como da razão, sendo que as experiências sensoriais de caráter emocional contribuem de maneira decisiva ao processo de tomada de decisão - embora os teóricos e filósofos do direito, sempre imunes ou resistentes à idéia de que a ciência contemporânea afete nossa "imaculada" noção de racionalidade (que sem dúvida está vinculada com o problema da interpretação e aplicação jurídica), não saibam ou se neguem a saber exatamente "porquê" isso ocorre.

Nesse sentido, ao encontrar-se o sujeito intérprete em interação com os valores, princípios, regras e fatos,

seus estados afetivos tornam-se também capazes de revelar suas crenças e julgamentos em relação aos fatores desencadeadores de tais sensações. Portanto, as emoções - que para Denton (2009) são “qualia essenciais para la consciência” - mantêm uma relação privilegiada com o processo de realização (interpretação e aplicação) do direito na medida em que, por meio delas, o juiz percebe e compreende o conteúdo e a configuração das normas, fatos e situações do mundo. Reagir emotivamente significa não apenas conferir um valor ao elemento desencadeador da emoção, mas também, em muitos casos, manifestar um comportamento condizente com o conteúdo dessa avaliação.

Ademais, é possível identificar uma relação íntima de correspondência entre as emoções e o direito, na medida em que inúmeras intuições e/ou emoções morais são capazes de orientar o julgamento axiológico e de determinar a tarefa interpretativa do operador jurídico. É nesse sentido que para Solomon (1976), Lyons, (1980) e Greespan (1988) as emoções se constituem como atitudes cognitivas atreladas a juízos normativos ou avaliativos, ou seja, elas fornecem os meios necessários a uma deliberação racional. Não obstante, apesar de serem importantes na formação de nossas crenças e nas nossas tomadas de decisão, convém lembrar que as emoções, inversamente, podem afetar nossas escolhas racionais de diversas maneiras<sup>9</sup>.

De fato, as emoções - como o medo, a alegria, a tristeza, a ira, o amor, o ódio, a inveja, a vergonha, a indignação, a compaixão, a culpa, o orgulho, a admiração, os ciúmes, a esperança, o remorso, a surpresa, a gratidão, o ressentimento, a repugnância, o arrependimento, o rancor, o desdém, a ilusão, a desilusão, a desesperação, o entusiasmo, o asco, etc. - ocupam um posto central na vida do homem. Influem na sua maneira de pensar, de perceber e interpretar o mundo, de eleger objetivos, de atuar... Influem inclusive na sua saúde (como mostram os estudos sobre a relação entre as emoções e as afecções cardíacas ou certas enfermidades mentais - Lazarus, 2000; Sapolsky, 2008). E também - e esta é uma das razões pelas quais interessam aos juristas - no grau de responsabilidade decorrente das próprias ações, no reproche que nos merece a conduta dos demais e na natureza da suposta racionalidade do sujeito-intérprete no exercício de sua tarefa interpretativo-argumentativa.

Como se sabe, as emoções tem sido objeto de estudo de diversos campos do conhecimento: a filosofia da

mente, a filosofia da ação, a filosofia da linguagem, a epistemologia, a psicologia, a sociologia, a biologia, a antropologia, a retórica, a ética, a estética, a pedagogia, a neurociência, etc. E não só tem merecido a atenção da literatura especializada: basta com visitar qualquer livraria para constatar o fácil que é concluir que as emoções estão de moda. Sempre e quando, claro está, não se trate de uma livraria jurídica, porque as emoções não são quase totalmente descuidadas pelos filósofos e dogmáticos do direito e, em geral, pelos juristas de tradição continental (não se pode dizer o mesmo dos juristas do âmbito anglo-saxão, onde há surgido já o movimento Law and Emotion - Little, 2000).

Mas as relações entre as emoções e o direito são mais estreitas, fundamentais, numerosas e variadas do que se costuma advertir, uma vez que se trata de um componente essencial das motivações do homem para atuar e influem, de forma iniludível, na sua capacidade para controlar o comportamento, ter uma teoria da mente dos demais, elaborar juízos de valor, sua liberdade de eleição... Assim que, em que pese o marcado e quase exclusivo interesse da teoria e da ciência do direito aos temas mais vinculados com as noções de norma, sistema normativo e os processos “racionais” de interpretação e aplicação das leis - em detrimento de outros temas como o conceito de intuição, de emoção, de racionalidade limitada, etc.- parece possível discriminar algumas dessas relações.

Para começar, as emoções são um dos motivos mais importantes das ações humanas e, portanto, são fundamentais para sua compreensão. Ao direito não lhe interessa exclusivamente o aspecto externo e formal das ações, e sim também as intenções do agente, seus desejos, crenças e motivos. Ao direito - especialmente ao direito penal - lhe interessa, em definitiva, compreender a ação. Isto é assim, basicamente, porque o direito - como muitos filósofos e dogmáticos- traça uma distinção forte entre os acontecimentos (o que nos ocorre) e as ações (o que fazemos), e faz depender esta distinção da noção de intenção.

Somente aquilo que fazemos intencionalmente, com um propósito, dão lugar a uma ação (ainda que logo se individualize por suas consequências não queridas). E que se trate de uma ação (comissiva ou omissiva) é fundamental para enlaçar-lhe ou atribuir-lhe responsabilidade. Portanto, para provar que determinado fato é uma ação, necessitamos compreendê-la, reconstruí-la como um acontecimento orientado pela vontade do agente e explicável à luz de suas intenções. De fato, poderia sustentar-se que a prova das

ações é um tipo de inferência muito semelhante a sua explicação intencional.

Pois bem, para conhecer a intenção de um agente as emoções constituem uma ajuda inestimável e um elemento inerradicável da conduta humana: em primeiro lugar, porque é um dos determinantes da intenção, isto é, um dos fatores que incidem em sua formação; em segundo lugar, porque as emoções - ao menos as emoções primárias, como o medo, a surpresa ou a repugnância - são universais, constituem padrões de resposta característicos diante de determinadas circunstâncias, o que nos ajuda a atribuir emoções aos demais e, por esta via, tratar de inferir suas intenções.

Além de seu papel para a compreensão da ação, as emoções interessam ao direito na medida em que este acolhe a prática social de modular a responsabilidade de nossas ações em função de sua motivação emocional. A mãe que mata ao violador de sua filha de poucos anos se move por uma emoção que podemos compreender e com a qual podemos nos identificar; ademais, sentimos compaixão (outra emoção) pelo que ocorreu a esta mãe. Podemos inclusive pensar que sua fúria lhe cegava, lhe impedia controlar suas ações, ser plenamente consciente de seus atos. Tudo isso atenua nossa censura por sua ação. O direito, como é sabido, prevê um catálogo de circunstâncias que modificam a responsabilidade penal ante a intervenção das emoções, como as circunstâncias de fúria e obsessão, o medo insuperável, o arrependimento espontâneo, a circunstância mista de parentesco, etc. Algumas vezes estas circunstâncias (como a existência de uma relação de parentesco em alguns supostos, os motivos próprios da violência de gênero ou as causas racistas) não atenuam, senão que agravam a responsabilidade. Qual é o fundamento destas circunstâncias modificadoras da responsabilidade? Porque as emoções às vezes atenuam e às vezes agravam a censura? E como podemos saber se a emoção do sujeito que julgamos foi suficiente para uma ou outra coisa?

Mas este não é o único tema relacionado com as emoções do lado de quem julga: por exemplo, a psicologia da testemunha estuda as diferenças entre a memória das testemunhas em uma situação emocional e em uma situação neutra (ao parecer, a principal diferença negativa é que as testemunhas em situações emocionais costumam, à diferença do que ocorre com as testemunhas em situações neutras, a aceitar informação provável, mas falsa, com grande segurança; contudo, parece haver menos diferenças

das esperadas enquanto à fiabilidade das lembranças de um ou outro tipo de testemunhas)<sup>10</sup>. Por outro lado, um autor especialista na análise das emoções, Paul Thagard (2003), estudou o papel do que chama a «coerência emocional» nas inferências da prova judicial, o que nos leva a recordar também a relação entre as emoções e a argumentação jurídica.

Existem também duas conexões mais básicas entre as emoções e o direito: por um lado, de acordo com Elster (2001), a vergonha (e sua emoção correlativa, o desprezo) serve de apoio às normas sociais, o que lhes confere maior eficácia (e o mesmo poderia dizer-se provavelmente da culpa e do arrependimento). Talvez se possa sustentar algo semelhante a respeito das normas jurídicas, que em grande medida se interiorizam como normas sociais (Pérez Triviño, 2001). Por outro lado, algumas emoções podem servir de explicação (ou parte da mesma) de certas normas jurídicas. Por exemplo, para Martha Nussbaum (2006), “cualquier buena explicación de por qué los delitos contra las personas y la propiedad están sujetos universalmente a reglamentación legal probablemente invoque el temor razonable que sienten los ciudadanos ante estos delitos, la ira con la que los ve una persona razonable y/o la conmiseración con que se perciben tales violaciones cuando les suceden a otros”.

Por último, e sobretudo para o que aqui nos interessa, outra conexão entre o direito e as emoções se dá, não já do lado do infrator da norma, senão do lado do juiz. São úteis certas emoções à hora de julgar e aplicar o direito ou, pelo contrário, juízes e jurados devem despojar-se delas? Um titular do jornal El País, de 15 de dezembro de 2007, disse: «El juez pide al jurado que olvide sus emociones en el crimen de Liverpool» (em que dois meninos de onze anos mataram a outros dois). Podemos ler no jornal que o juiz do caso, o juiz Morland, concluiu suas instruções ao jurado dizendo-lhes: «Nadie en vuelto en este caso podrá olvidarlo jamás, pero ustedes deben atenerse a los hechos tal como se han presentado en esta sala, sin mezclarlos con sus sentimientos personales». São adequadas estas recomendações? Parece possível realizá-las? De toda evidência que não. Pelo contrário, é muito provável que sejam incoerentes com a exigência de que se tenha em conta as circunstâncias emocionais do infrator e que eventualmente possam vir a constituir atenuantes ou agravantes de sua responsabilidade.

Para estabelecer isto talvez seja necessário tomar como guia, como sugeriu Nussbaum (1995) em seu livro



Justiça poética (no qual tenta resgatar e dar um novo valor às emoções como elementos enriquecedores do discurso público), a compaixão empática do juiz: «La compasión empática que está vinculada con las pruebas, institucionalmente acotada y libre de referencias a nuestra situación personal, parece no sólo aceptable, sino esencial en el juicio público. Es la emoción del espectador juicioso, la emoción que las obras literarias forjan en sus lectores, que aprenden lo que es sentir emoción no por "una masa anónima e indiferenciada", sino por el "ser humano individual y singular"». Em definitivo, como podemos entender e valorar as emoções do sujeito processado se não nos perguntamos quais poderiam haver sido nossas emoções em sua situação?<sup>11</sup>

Aos anteriores temas haveria que acrescentar as já mencionadas relações entre as emoções e a moral, o que abriria outro amplíssimo abanico de questões relativas ao problema dos dilemas morais no direito<sup>12</sup>, começando com a distinção entre as tradições que põem uma forte reticência a tomar as emoções como uma guia fiável em matéria ético-jurídica frente aquelas que, pelo contrario, consideram que as emoções têm um papel muito relevante no comportamento moral dos agentes. Em resumo, alguns dos principais pontos de contato entre as emoções e o direito seriam os seguintes: i) a compreensão da ação e a reconstrução de seus elementos internos (psicológicos); ii) o impacto das emoções na responsabilidade; iii) as emoções como reforçadoras da eficácia das normas sociais e como explicação da existência de certas normas jurídicas; iv) e, por fim, a importância das emoções na tarefa interpretativa levada a cabo pelo juiz.

Pois bem, precisamente esta última observação (iv) serve para recordar-nos outro ponto clave de contato entre as emoções e o direito: o de julgar as possibilidades práticas de qualquer metodologia com vistas à prática do direito. Este ponto não é outro, por mais voltas que qualquer teórico pretenda dar-lhe, que as “cabeças dos juízes”. Quer dizer: aqui, na circunstância de não se desconsiderar ou ignorar esta trivialidade ao transitar pelo caminho da interpretação jurídica - como o fazem tão abundantemente as atuais teorias da argumentação jurídica -, reside o núcleo duro que leva a precipitar-se até posturas mais realistas sobre possibilidades e orientações enquanto aos métodos jurídicos.

Dito de outro modo, como o discurso jurídico é principalmente um pensamento de tipo hermenêutico, pois consiste em interpretações acerca de leis e outros materiais jurídicos, há que concentrar a atividade

interpretativa nas próprias cabeças dos sujeitos-intérpretes e perguntar-se que influências, e como, podem ter os métodos jurídicos sobre o que passa nas mentes dos intérpretes autorizados? Desde logo, corresponde descartar, como sabemos, que seja factível umas soluções puramente racionais ou razoáveis, e que isso possa alcançar pela via de certos “métodos-receitas”. Não pode haver tais ordens de respostas às questões jurídicas em geral. Não somente porque semelhante receita não as há descoberto ainda ninguém – e nem é provável que se chegue a elaborar-, senão porque, ainda que alguém as apresentasse nada seria menos seguro que lograr, na prática, fazê-las aplicar tal qual pelos sujeitos-intérpretes, em casos sobre os quais os operadores do direito contendem na vida real (Haba, 2006).

Recordemos, antes de tudo, que a “consciência” (“cabeça”) do intérprete, com a que necessitamos contar, não se compõe somente do “módulo” conhecimento, senão também do “módulo” emotivo-afetivo: sentimentos, intuições, experiências pessoais, memória, ideologias e demais. Os métodos, sejam quais forem, se dirigem às faculdades racionais dos homens. Mas por mais corretos que uns métodos sejam (suponhamos que sim) desde o ponto de vista intelectual, isto não basta para presumir ou decidir que serão adequados àqueles - a vida emocional e em geral as pré-compreensões ideológicas - que estão chamados a aplicar esses métodos. Para que determinados métodos sejam seguidos, tem que dar-se uma das duas condições seguintes: i) ou que o conhecimento e a prática metódicos sirvam também para promover determinados fins fundeados na vida emocional do sujeito em questão, e que este seja consciente disso; ii) ou que, em todo caso, esses métodos não se oponham a ditos fins se não é para favorecer outros que o próprio sujeito considere igualmente importantes. Em qualquer dos dois casos, a vida emocional do intérprete dispõe, em última instância, de uma espécie de “veto” sobre o pensamento metódico<sup>13</sup>.

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

estes fossem pessoas distintas aos condutores de taxi, fabricantes ou professores...”(Simon, 1985).

Não obstante, e em que pese tal evidência, o certo é que os filósofos e teóricos do direito continuam a praticar distinções taxativas entre racionalidade e emoção, reproduzindo a visão kantiana -anti-humana- do raciocínio prático jurídico. A prática jurídica não costuma tomar em consideração as influências da vida emocional nos juízos de seus protagonistas, especialmente no que se refere à tarefa hermenêutica que levam a cabo. Mas tanto a emoção parece ser o motor da argumentação (Hume) que muitas das investigações contemporâneas retomaram o rol das emoções não somente no domínio da psicologia cognitiva senão também no próprio âmbito da argumentação prática. As emoções, as intuições morais, as memórias, as percepções, as sensações e as experiências pessoais de cada indivíduo não são vistas como “cegas oleadas de afeto” senão como peças que outorgam “razões para interpretar”, e que servem como elementos condicionantes da aplicação do direito<sup>14</sup>.

De fato, é precisamente a partir da evidência de que nossos pensamentos e avaliações têm nexos com nossas emoções que já não mais resulta aceitável deixá-las à margem da fronteira das modernas teorias da interpretação e da argumentação jurídica. Hoje, o que se deve tratar de fazer é incorporar, quando menos, uma reflexão ligada à discussão contemporânea sobre o papel das emoções nos processos de decisão judicial. Mas, ademais, uma reflexão e tomada de posição mais esclarecida de cara com as investigações levadas a cabo pelas ciências cognitivas e pela neurociência, assim como ao complexo debate metaético entre humanos e anti-humanos acerca do status da razão prática jurídica e sua vinculação com as emoções no terreno da interpretação, justificação e aplicação jurídica.

E a idéia básica consiste em sustentar que emoção e razão não estão separadas, senão que a emoção tem que integrar-se ao modelo de racionalidade para que seja possível, através da construção conjunta de alternativas metodológicas reais e factíveis, acercar-se com justeza à dimensão essencialmente humana da tarefa de elaborar, interpretar, justificar e aplicar o direito.<sup>15</sup>

00 Professor Colaborador Honorífico (Livre Docente) e Investigador da Universitat de les Illes Balears/Espanha (Etologia, Cognición y Evolución Humana / Laboratório de Sistemática Humana/ Evocog. Grupo de Cognición y Evolución humana/Unidad Asociada al IFISC (CSIC-UIB)/Instituto de Física Interdisciplinar y Sistemas Complejos/UIB; Membro do Ministério Público da União /MPT.

1\_1 Doutoranda em Direito Público (Ciências Criminais)/ Universitat de les Illes Balears-UIB; Doutoranda em Humanidades y Ciencias Sociales( Evolución y Cognición Humana)/ Universitat de les Illes Balears-UIB ; Mestre em Evolución y Cognición Humana/ Universitat de les Illes Balears-UIB; Research Scholar, Fachbereich Rechtswissenschaft /Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie, Johann Wolfgang Goethe-Universität, Frankfurt am Main/ Deutschland; Research Scholar do Laboratório de Sistemática Humana/ Evocog. Grupo de Cognición y Evolución humana/Unidad Asociada al IFISC (CSIC-UIB)/Instituto de Física Interdisciplinar y Sistemas Complejos /UIB.

1 Para a consulta da referência bibliográfica relativa aos autores citados neste artigo cfr.: Atahualpa Fernandez, *Direito e natureza humana. As bases ontológicas do fenômeno jurídico*, Curitiba, Ed. Juruá, 2007; Atahualpa Fernandez, *Argumentação jurídica e hermenêutica*, São Paulo, Ed. Imprensa Jurídica, 2009; Atahualpa Fernandez e Marly Fernandez, *Neuroética, Direito e Neurociência*, Curitiba: Ed. Juruá, 2008.

2 Nesse sentido, por exemplo, D. Kennedy (2010) sustenta que “una “hermenéutica de la sospecha”, o búsqueda de las motivaciones ideológicas escondidas en las sentencias judiciales que se presentan a sí mismas como técnicas, deductivas, objetivas, impersonales o neutrales, ha sido durante los últimos cien

años la característica más importante de los debates norteamericanos sobre la decisión judicial. En el discurso jurídico, la evidencia de esta imputación de motivaciones casi nunca es flagrante, en el sentido de que implique una admisión de intención. En las sentencias judiciales, los jueces siempre “niegan”, en el sentido común del término, que estén actuando por motivos ideológicos. Esto es, afirman explícitamente que el resultado - el desenlace que le dan a un caso al elegir una particular resolución para una cuestión de derecho o de definición de ciertas normas en lugar de otras - fue alcanzado siguiendo procedimientos interpretativos impersonales que excluyen la influencia de sus ideologías personales. Obviamente, se trata de una convención y dice poco sobre lo que “realmente” está sucediendo.[...] Todos quieren que sea verdad que no sólo es posible sino también habitual que los jueces juzguen desprovistos de toda ideología. Pero todos están al tanto de la crítica, y todos saben que la teoría ingenua del imperio de la ley es una fábula, y aquellos que lo saben sospechan que las versiones sofisticadas de la filosofía del derecho contemporánea no son mucho mejores”.

3 Sobre os fatores que influem, limitam, configuram e distorcem a maneira como percebemos o mundo, pensamos e atuamos, cf. Csikszentmihalyi, 2008; já sobre as limitações do cérebro evoluído, responsáveis por gerar as principais predisposições e fraquezas do ser humano, cf. Linden (2010): “El cerebro no há sido diseñado de manera elegante ni mucho menos: es un revoltijo improvisado e incomprendible que, sorprendentemente y pese a sus cortocircuitos, logra realizar una serie muy impresionante de funciones - o sea, que funciona sorprendentemente bien. Pero si bien la función general es impresionante, no cabe decir lo mismo de su diseño. Y lo que es más importante, el extravagante, ineficaz y singular plano de construcción del cerebro y sus partes constitutivas es fundamental para nuestra experiencia humana. La textura particular de nuestros sentimientos, percepciones y actos se deriva en una amplia medida del hecho de que el cerebro no sea una máquina optimizada que resuelve problemas genéricos, sino una extraña aglomeración de soluciones ad hoc que se han ido acumulando a lo largo de millones de años de nuestra historia evolutiva.[...] En concreto, que las limitaciones de un diseño cerebral extravagante y evolucionado fueron lo que en última instancia condujo a la aparición de muchos de los rasgos humanos trascendentes y únicos ( y que nos permite entender algunos de los aspectos más profundos y específicamente humanos de la experiencia): el hecho de tener una infancia prolongada, nuestra amplia capacidad de memoria (sustrato en el que se crea nuestra individualidad a través de la experiencia), nuestra necesidad de crear relatos convincentes, nuestra limitada racionalidad e incluso nuestra

predisposición al pensamiento religioso, es decir, el impulso cultural universal que lleva a crear explicaciones religiosas”. Nomeadamente no que se refere à moralidade, é possível argumentar o seguinte: que nós e nossos cérebros evoluímos em pequenas comunidades culturalmente homogêneas, cada uma com sua própria perspectiva moral. O mundo moderno, por certo, está repleto de perspectivas morais em conflito. Nossos maiores problemas sociais, morais e jurídicos derivam de nossa tendência inconsciente de aplicar o pensamento moral paleolítico (também conhecido como "sentido comum") aos complexos problemas da vida moderna. Nosso cérebro nos engana ao pensar que temos a verdade moral de nossa parte, quando em realidade não a temos; também nos cega diante de verdades importantes em relação às quais não foi desenhado para apreciar. Nosso cérebro nos impede de ver o mundo desde outras perspectivas que não seja as das crenças e convicções herdadas do passado; muitas pessoas tomam decisões não em função do que vêem, do que consideram bom ou mau, senão em função do que crêem, de suas convicções. Da mesma forma que os primatas sociais mais evoluídos, decidimos de forma instintiva e motivados por nossas emoções morais herdadas de nossos antepassados; não somente somos incapazes de prever, senão que tendemos a imaginar o futuro em torno ao passado. É o que Dawkins denomina de “código dos mortos”, esse pensar em base a estruturas ancestrais, de gente do passado: pautas de conduta excelentes há milhões de anos, que deixaram de ser úteis e que, não obstante, seguem vigentes. Por desgraça muitas das condutas do homem moderno estão condicionadas por códigos antigos que agora resultam nefastos. Estruturas ancestrais que inevitavelmente seguem guiando a conduta e o pensamento do ser humano moderno, isto é, do relevante papel que ainda desempenham as crenças e convicções herdadas do passado à hora de configurar o futuro. Esta é a má notícia. A boa notícia é que, graças plasticidade neuronal, algumas partes do cérebro humano são altamente flexíveis, e que ao depender mais desses sistemas cognitivos, podemos adaptar nosso pensamento moral para o mundo moderno. Mas para isso devemos deixar de lado o sentido comum e pensar na iniludível dimensão humana e interpessoal (de uma humanidade que evoluiu por seleção natural) que afeta a compreensão da moralidade (e da juridicidade) em toda a sua integralidade. Nesse sentido, cf. Marcus, 2010; Chabris e Simmons, 2010; Linden, 2010.

4 “Los realistas fueron quines nos hicieron ver que los jueces, para ponerse los pantalones, meten primero una pierna y después la otra, como todo el mundo” ( James Boyle, apud Pérez LLedó, 1996).

5 Nas palavras de D. Kennedy (2010): “No sólo se trata del proceso de toma de decisiones, sino también de las imágenes de objetividad, prudencia, imparcialidad o justicia asociadas íntimamente a la figura del juez - acaso con mayor intensidad que respecto de cualquier otro ícono circulante en al imaginario de nuestra cultura-”.

6 Aplicando ao campo da moral os conceitos sobre a linguagem postulados por Noam Chomsky, Hauser (2006) sugere fracionar as normas morais em duas dimensões: i) uma "gramática" moral universal, constituída por elementos de nossa bagagem biológica, e ii) um sistema de normas dependente da realidade cultural na qual está inserto o individuo. A gramática moral universal constituiria o substrato para a formação de um sistema de normas morais culturalmente dependentes e restringiria o repertório de valores morais possíveis.

7 A proposta de Haidt é a de “que un estímulo induce un proceso automático de aprobación (aproximarse) o desaprobación (retirarse) que puede llevar a un estado emocional en toda regla. El estado emocional produce una intuición moral, que puede impulsar a un individuo a actuar. El razonamiento sobre el juicio o la acción viene después, cuando el cerebro busca una explicación racional para una reacción automática sobre la que no tiene ninguna pista. Este proceso incluye juicios morales, que raramente son el resultado de un verdadero razonamiento moral. Alguna que otra vez, sin embargo, el yo racional participa realmente en el proceso del juicio” (Gazzaniga, 2010). Para uma crítica filosófica ao “intuicionismo social” de Haidt, cf. Appiah, 2010.

8 Na atualidade se carece de evidência científica para concluir se este modelo explica a globalidade dos

juízos morais ou se estes resultam da interação entre processos intuitivos e inconscientes, processos emocionais e cognitivos, propostos neste último modelo. Pesquisas desenvolvidas no âmbito da biologia, da neurociência e da psicologia em torno da moral - ou seja, o conhecimento descritivo da moral - estão relacionadas a concepções filosóficas mais gerais, tanto de caráter metaético quanto de caráter prescritivo. De uma maneira geral, os cientistas investigam os processos de produção dos julgamentos morais mediante técnicas que vão desde a aplicação de questionários e testes, passam pela observação de pessoas expostas a situações conflitivas ou a dilemas e chegam ao estudo do cérebro por ressonância magnética funcional. Atualmente, uma conclusão parece consolidar-se na literatura científica a partir das pesquisas empíricas: a de que a moral é inata e que a maior parte de nossos julgamentos morais se dá de forma automática e imediata. São as chamadas “intuições morais”. Uma definição bastante satisfatória de intuição é apresentada por Haidt: se trata de um julgamento, solução ou conclusão que aparece repentinamente a alguém, sem derivar de um processo consciente. “A intuição (...) é uma espécie de cognição, mas não é um raciocínio”. O intuicionismo em moral, portanto, defende que, na maior parte das vezes, julgamos e agimos moralmente sem consciência das razões dos julgamentos e comportamentos. Mesmo discordando nos detalhes ao acentuar diferentes aspectos deste fenômeno, muitos cientistas colocam-se em oposição às concepções dominantes em filosofia desde os gregos, mas também à psicologia de Piaget e de Kohlberg segundo a qual, como adiantamos, a moral é, fundamentalmente, uma questão de razões e de consciência, de escolhas ponderadas e iluminadas por motivos - ainda que, registre-se, não se trate de um consenso, cf. Dupoux e Jacob, 2008. Uma das provas do caráter intuitivo dos julgamentos morais estaria no fato de que é comum as pessoas terem fortes convicções, mas se encontrarem numa verdadeira situação de “mudez moral” (moral dumbfounding) ao tentar justificá-las. Elas nem sempre encontram razões para suas intuições ou, no melhor dos casos, as razões surgem depois de feito o julgamento (justificativas ad-hoc). Como regra, os investigadores utilizam o dilema do trem desgovernado (trolley problem) para investigar as intuições morais. A matéria, no entanto, é polêmica, e as explicações divergem: alguns, como Joshua Greene e Jonathan Haidt, acentuam o papel do componente afetivo e emocional nas intuições morais; outros, como Marc Hauser (2006), pensam as intuições como informadas por princípios, ou seja, carregadas de um componente cognitivo inconsciente.

9 Como pondera Haidt (2003), as emoções morais não somente nos fazem ser boas pessoas: “En la moral hay mucho más que altruismo y bondad. Las emociones que nos impulsan a exhibir conductas de ayuda a



los demás son fácilmente etiquetadas de emociones morales, pero las emociones que conducen al ostracismo, a la humillación y a la venganza asesina son una parte no menos importante de nuestra naturaleza moral. El mundo social humano es una milagrosa y frágil construcción colectiva de sus participantes, y cualquier emoción que lleve a las personas a preocuparse por este mundo y apoyar, promover y mejorar su integridad debería ser considerada una emoción moral, aunque las acciones emprendidas con este fin no sean ‘bonitas’”.

10 Cf. García Bajos e Migueles, 1999. Sobre a incidência das emoções na memória e, em geral, nos processos cognitivos pode ver-se: Schacter, 2007; Eich, Kihlstrom, Bower, Forgas e Niedenthal, 2003. Acerca da fiabilidade das lembranças de testemunhas (falibilidade, pecados e enganos da memória), a relação entre memória e testemunho, sua importância e aplicação a casos judiciais concretos, cf. Mazzoni, 2010.

11 Nesse sentido, por exemplo, Bennett e Broe (2010) analisam o papel das emoções nos processos de tomada de decisão judicial, avaliando uma decisão da Suprema Corte de Austrália no caso *Markarian v The Queen*. Partindo de uma crítica sobre a teoria jurídica tradicional, segundo a qual se presume que os juízes não têm emoção operativa sobre os litigantes e seus respectivos ou que, em todo caso, as emoções devem ser suprimidas de forma ativa - o que reflete uma sabedoria de sentido comum, não comprovada, de que a emoção distorce o raciocínio jurídico exigido pela função judicial -, Bennet e Broe argumentam que, em contraste com essa presunção, contudo, as recentes investigações da neurociência demonstram que a emoção é suscetível de desempenhar um papel fundamental de facilitador na tomada de decisão jurídica através da participação do córtex prefrontal ventromedial, em particular no que se refere às áreas do direito quando as circunstâncias pessoais, sociais e morais são consideradas, áreas que incluem o direito penal e a decisão condenatória. Diga-se de passagem que Nussbaum (1995, 2006) tem oferecido interessantes reflexões sobre as emoções, de modo a conceituá-las não como forças irracionais, senão como respostas inteligentes (como mecanismos de avaliação e juízos valorativos) à percepção de valor e importância de objetos, fatos ou pessoas. De fato, para Nussbaum, o intelecto sem a emoção seria cego

em relação a valores, porquanto perderia a capacidade avaliativa-valorativa contida nas emoções. Dito de outro modo, o tentar excluir as emoções do processo avaliativo - na tentativa de elaboração de um modelo puramente racional (cognitivo) e “neutro” de julgamento a partir da desconsideração de informações relevantes para uma resposta plenamente racional ao sofrimento dos outros - produz um julgamento defeituoso da realidade, dado que esta tentativa de exclusão ou repressão das emoções pode a médio ou longo prazo resultar em danos ao próprio sistema emocional do sujeito e, conseqüentemente, prejudicando toda interpretação, aplicação e decisão realizada por este (Nussbaum, 1995). O que sugere um modo de entender a racionalidade que vai em contra das crenças consolidadas: não em contraposição com a emoção, senão em cooperação com esta. Quer dizer, uma vez que razão e emoção estão (praticamente) presentes de modo indissociável, as pessoas mais racionais não são aquelas que não sentem emoções, senão aquelas que sabem regulá-las melhor. Depois de tudo, não deveria resultar surpreendente o fato de que os indivíduos racionais sejam precisamente aqueles capazes de realizar uma (meta) representação mental mais precisa e mais refinada dos próprios condicionamentos emocionais e dos próprios processos mentais cognitivos, e cujo córtex pré-frontal esteja em condições de integrar e modular tais informações adaptando-as segundo às circunstâncias.

12 Segundo Martínez Zorrilla (2008), um dilema moral é “toda situación de conflicto normativo (moral) en la que el sistema normativo (moral) carezca de recursos (criterios, escalas, procedimientos, etc.) para poder determinar la obligación definitiva de entre las distintas obligaciones prima facie en conflicto”.

13 Pode-se dizer, inclusive, que a discricionariedade já não pode mais ser tratada - à maneira de Hart e Dworkin - como uma consequência de alguma propriedade dos materiais jurídicos (ser “determinados” ou “indeterminados”) ou dos casos (ser “fáceis” ou “difíceis”), senão que deve ser tratada como um atributo inerradicável da tarefa interpretativa (racional e emocional) que adotará cada juiz em busca de alcançar algum resultado ao interpretar os materiais jurídicos (as fontes jurídicas) ou resolver os casos.

14 Nas acertadas palavras de Patricia Churchland (2010), “las especulaciones de Hume son aplicables a la forma deductiva de razonamiento lógico... si, por ejemplo, la ciencia llegara a encontrar la forma de influir sobre la capacidad de sentir compasión, o para que las personas pensaran más racionalmente, se difundiría de forma natural la aplicación de este conocimiento”.

15 Em resumo, a racionalidade humana é altamente dependente de emoções sofisticadas. Nosso raciocínio só funciona porque nosso cérebro emocional funciona tão bem. A imagem proposta por Platão do cocheiro que controla as bestas desenfreadas da paixão pode exagerar não apenas a sabedoria, mas também o poder do condutor. David Hume estava mais próximo da verdade e se encaixa melhor à descoberta de Damasio (1994) quando disse: “A razão é, e só deveria ser, escrava das paixões, não podendo jamais almejar outra coisa, exceto servi-las e obedecê-las”. Razão e emoção precisam trabalhar juntas para criar o comportamento inteligente, mas a emoção é responsável pela maior parte do trabalho. De fato, os biólogos e os neurocientistas chegaram à conclusão de que não se pode tomar uma decisão sem emoção e de que todas as decisões supostamente lógicas e razoáveis estão contaminadas por uma emoção. É certo que, em tema de interpretação jurídica, a lógica pode indicar distintas possibilidades e rechaçar as variantes absurdas; mas a razão não serve quando há que eleger entre duas o mais variantes que objetivamente apresentam idêntica utilidade. Nesses casos, onde não existe uma preferência (emocional), a mente é incapaz de analisar, avaliar a informação disponível e antecipar as consequências possíveis da decisão. Como assinala Damasio (1994), a tomada de decisões implica, a nível cerebral, uma rápida representação mental da série de possíveis situações e das consequências vinculadas a tal decisão e nesse processo se ativam os componentes emocionais das alternativas avaliadas, jogando estas assim um papel importante na eleição da decisão mais vantajosa. Quer dizer: ou existe emoção ou não existe decisão. (cf. Haidt, 2006; Damasio, 1994, 2010; Gazzaniga, 2005, 2010; LeDoux, 1998; Perna, 2004; Ramachandran, 2008;...).

<https://www.diritto.it/razionalidade-juridica-emocao-e-atividade-jurisdicional/>