

**INTERPRETACIÓN JURÍDICA, TOMA DE DECISIONES Y LA
NEUROCIENCIA: EL PAPEL DE LA COGNICIÓN Y LA EMOCIÓN EN EL
RAZONAMIENTO JURÍDICO**

TESIS DOCTORAL

**AUTORA: Manuella Maria dos Santos
Lobato Fernandez**

DIRECTOR: Camilo José Cela Conde

DOCTORADO DE COGNICIÓN Y EVOLUCIÓN HUMANA
(Programa de Humanitats i ciències socials)

Departament de Filosofia i Treball Social
Departament de Pedagogia Aplicada i Psicologia de l'Educació
Departament de Psicologia

Universitat de les Illes Balears

2011

Agradezco a mi Director de tesis, Profesor Camilo José Cela Conde, quien, con extrema y virtuosa paciencia, me enseñó más sobre la naturaleza humana que cualquier otro filósofo hasta hoy. Sin su ayuda e incentivo la elaboración de esta tesis sencillamente no habría sido posible.

"Para que el mundo viva en orden es imprescindible que los comportamientos humanos puedan justificarse caballeramente y, con Freud o sin él, nadie está dispuesto a reconocer en público lo que quizás no niegue en la esfera de su intimidad. Puesto que el sistema político ha decidido que las sentencias se deducen de razonamientos lógicos, no es prudente abrir las puertas de la bodega para dejar que salgan los fantasmas de la irracionalidad o las alimañas del decisionismo."

A. NIETO

INDICE

RESUMEN TESIS

SUMMARY

INTRODUCCIÓN

I. DERECHO Y NEUROCIENCIA

- 1. Explicar el derecho: más allá del modelo episódico dominante**
 - 1.1. Explicar el derecho: concepto y función**
 - 1.2. Más allá del modelo episódico dominante**
- 2. Aportaciones para un estudio interdisciplinar del derecho**
- 3. Aspectos de la modularidad mental y el “órgano de la moral”**
- 4. Cerebro y neuroplasticidad: plasticidad sináptica neuronal**
 - 4.1. Cerebro y ambiente: una relación interactiva**
 - 4.2. Perspectiva evolucionista y los resultados de estudios empíricos**
- 5. Neurociencia, filosofía y neuroética**
- 6. Neurociencia y derecho: los laberintos neuronales del derecho**
- 7. Los límites de la neurociencia**
- 8. ¿La neurociencia no cambia nada para el derecho?**

II. BIOLOGÍA, EVOLUCIÓN, MORAL Y DERECHO

- 1. Enunciados descriptivos y enunciados valorativos: la falacia naturalista**
- 2. El problema del determinismo**
- 3. El sentimiento moral: racionalidad y el sentido de la justicia**
- 4. Raíces evolutivas de la capacidad ética: el instinto moral**
- 5. Efectos del paradigma evolucionista para la moral y el derecho**
- 6. Filogénesis humana y comportamiento moral**
- 7. La evolución de la inteligencia humana: inteligencia operativa e inteligencia social**

III. NORMA, DISCURSO E INTERPRETACIÓN JURÍDICA

- 1. Hombres y normas de conducta**
- 2. El universo natural del derecho**
- 3. El objeto del discurso jurídico: individuo y relación jurídica**
- 4. Derecho e interpretación: elementos de la teoría hermenéutica y argumentación jurídica**
 - 4.1. Ontología jurídica: problemas y teorías**
 - 4.1.1. El derecho como “algo” predeterminado**
 - 4.1.2. El derecho como *construido* en su praxis interpretativo-aplicativa**
- 5. Propósitos de la metodología de la interpretación jurídica**
- 6. La comprensión hermenéutica del método jurídico**
- 7. Hermenéutica y aplicación judicial del derecho**
 - 7.1. La problemática de la hermenéutica y de la argumentación jurisdiccional**
 - 7.2. Política judicial y la concepción del derecho como ciencia hermenéutica e “individualizadora”**
- 8. Límites de la interpretación en el derecho y la función de la dogmática jurídica**
- 9. Implicaciones ontológicas y metodológicas del discurso práctico-normativo**

IV. DERECHO JUDICIAL Y NEUROBIOLOGÍA

- 1. Iusnaturalismo, positivismo jurídico e interpretación jurídica**
- 2. Neurobiología, juicio normativo y proceso decisorio**
 - 2.1 Autonomía, irracionalidad y determinismo**
 - 2.2. Juicios utilitaristas y el sentido común**
 - 2.3. Moralidad y racionalidad**
 - 2.4. Implicaciones jurídicas**
- 3. La interpretación de la ley y las representaciones cerebrales**
- 4. Hermenéutica jurídica: mente, cerebro y prejuicio**
 - 4.1. Neurociencia y prejuicio**
 - 4.2. Interpretación jurídica y subjetividad: el prejuicio como condición humana**
- 5. Interpretación jurídica y decisiones judiciales: vinculación o autonomía en la praxis jurídica**

V. RACIONALIDADE JURÍDICA, EMOCIÓN Y ACTIVIDAD JURISDICCIONAL

1. El dilema de la racionalidad jurídica: teoría de la racionalidad, interpretación jurídica y creación del derecho

1.1. La teoría de la racionalidad absoluta

1.2. La teoría de la racionalidad limitada

1.3. Racionalidad limitada y el modelo de legislador racional

1.4. Racionalidad limitada e interpretación jurídica

2. Neurociencia, racionalidad e interpretación jurídica

3. El papel de las emociones y de la razón en el juicio moral

4. Inteligencia racional

4.1. El órgano de la inteligencia emocional y racional: procesadores de juicios

5. Sobre las causas de los juicios morales: cognición y/o emoción

5.1. Emotivismo y racionalismo: Hume y Kant

5.2. Filosofía y Psicología moral

6. La importancia de las emociones para el derecho: el problema de la distinción tajante entre razón práctica y emoción

7. Las emociones y la racionalidad. Sobre la contribución de la emoción a la “racionalidad” del juicio normativo

7.1. Las hipótesis de Joseph LeDoux y de Antonio Damasio: las emociones como condición de posibilidad de la acción racional a partir de concepciones fisiológicas no reduccionistas

7.2. La emoción en la toma de decisión

8. El Derecho Judicial, Derecho humano

8.1. Sentimiento y cognición

8.2. Impulsos personales e intuiciones morales

8.3. Sentimiento jurídico y sentimiento de injusticia

8.4. La personalidad del juez

9. Discurso jurídico: racionalidad y emoción

9.1. Discurso jurídico: emoción, memoria y equilibrio reflexivo

9.2. Discurso jurídico: racionalidad y consenso

9.3. Discurso jurídico: racionalidad jurídica revisada y neurociencia

10. Función judicial y ética de la virtud: prudencia y método

11. Control de la racionalidad y actividad jurisdiccional

12. La discreción judicial y el problema de la creatividad jurídica: el “ilícito legal” y la función del operador del derecho

12.1. El problema de la “crisis de la ley”

12.2. El “ilícito legal” y la función (creativa) del operador del derecho

12.3. “Justicia con toga” y racionalidad jurídica

CONCLUSIÓN

REFERENCIAS

INTERPRETACIÓN JURÍDICA, TOMA DE DECISIONES Y LA NEUROCIENCIA: EL PAPEL DE LA COGNICIÓN Y LA EMOCIÓN EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO

RESUMEN TESIS

INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años la ciencia ha logrado avances espectaculares en diferentes áreas del conocimiento. Particularmente en lo que respecta a nuestros conocimientos sobre el cerebro humano, la ciencia también ha progresado significativamente y hoy entendemos mejor cómo se producen el lenguaje, el reconocimiento del mundo, el pensamiento, la memoria, los sueños, las emociones y los sentimientos. Cada vez más los avances provenientes de la neurociencia nos enseñan que nuestra actividad "mental" y el comportamiento surgen de una parte especializada del cuerpo: nuestro cerebro.

El objetivo de la neurociencia es precisamente el estudio del cerebro y de la actividad cerebral. Estudia, analiza e investiga, a partir de la relación cerebro/mente/cuerpo las bases neuronales del pensamiento, de la percepción, del comportamiento y de la emoción o, lo que es lo mismo, de los mecanismos cerebrales que nos ayudan a entender la función de los genes en la configuración del cerebro, el papel de los sistemas neuronales en la percepción del entorno y la relevancia de la experiencia como principio de orientación en las acciones futuras.

Se trata de una área del conocimiento que está formada por un número de disciplinas interrelacionadas que estudian, por variados métodos, el funcionamiento del cerebro a distintos niveles y con distintos ramos de especialización. De forma muy general es posible dividir la neurociencia en dos ramos: neurociencia básica y neurociencia del comportamiento y/o cognitivas. Las neurociencias básicas estudian los aspectos biológicos de manera directa - por ejemplo, la neurobiología, la neurofisiología y la neuroquímica -, mientras que el enfoque de las neurociencias de la conducta y las neurociencias cognitivas es más integrativo y estudia la relación entre organización y el funcionamiento cerebral, los procesos cognitivos y la conducta humana.

Una de las consecuencias más inmediatas de los avances producidos por esa nueva ciencia parece ser la sustitución de la concepción dicotomía

mente/cerebro, del "alma" que entra en el óvulo fertilizado en el momento de la concepción, y la cual Francis Crick (2003) denominó "la hipótesis asombrosa": que todos los aspectos del pensamiento y el sentimiento humano son manifestaciones de la actividad fisiológica del cerebro o, lo que es lo mismo, que todos los pensamientos y las emociones humanas *surgen* de interconexiones de entidades físicas extremadamente complejas dentro del cerebro (Dawkins, 2007).

En otras palabras, la actividad mental es actividad cerebral, en especial el procesamiento de la información que este lleva a cabo: un "*continuum mente-cerebro*" que implica precisamente que no hay una separación radical entre lo mental y neural (Llinás e Churchland, 2006). Esto sugiere, en primer lugar, que la percepción, el pensamiento, la introspección y demás actividades mentales son actividades del cerebro; en segundo, que esa concepción implica la integración fluida de las propiedades funcionales en todos sus niveles de organización, desde las células, las redes neuronales y los sistemas hasta el comportamiento; y finalmente, que "*los cerebros humanos evolucionaron a partir de cerebros animales y que tienen mucho en común con ellos, tanto estructural como funcional y cognitivamente y que, por excepcional que sea el cerebro humano, es el producto de la evolución darwiniana, con todas las limitaciones que ello implica*". (Llinás e Churchland, 2006).

Lo que implica que toda forma de actividad mental – toda emoción, todo pensamiento o juicio de valor, toda percepción – produce señales eléctricas, magnéticas o metabólicas que las nuevas tecnologías como la tomografía por emisión positrónica, la resonancia magnética funcional, la electroencefalografía y la magnetoencefalografía son capaces de leer con creciente precisión y sensibilidad. Por más asombrosa que pueda resultar la inseparable vinculación mente/cerebro, las pruebas a su favor son cada vez más contundentes. Hoy ya se pueden establecer muchos vínculos de causa y efecto entre un suceso físico, por un lado, y un suceso mental, por otro (Pinker, 1999).

Así, desde esa perspectiva, la neurociencia es el área de conocimiento que permite una aproximación al conocimiento de cómo se han construido y que circuitos neuronales están implicados y participan en la elaboración de las decisiones que toma el ser humano, la memoria, la emoción y el sentimiento, e incluso los juicios y los pensamientos implicados en las conductas éticas. Se trata de una disciplina que experimentó un crecimiento espectacular en los últimos quince años. De su modesto comienzo como un ramo de la fisiología, el estudio de la relación cerebro/mente se ha expandido considerablemente en los años recientes, ahora destinado a convertirse en la reina de las ciencias.

De hecho, el número de artículos en revistas especializadas o destinadas al público en general ha crecido casi exponencialmente desde inicios de la pasada década (Illes *et al.*, 2003). Y este incremento en el número de estudios y el correspondiente aumento de los conocimientos sobre el cerebro y sus correlatos comportamentales no han pasado desapercibido. A tal punto que en un artículo publicado en *Nature Neuroscience* por destacados neurocientíficos de diversos países se hizo un llamamiento acerca de la importancia que los conocimientos aportados por la nueva disciplina, la neuroética, tienen para la sociedad (Illes *et al.*, 2005), logrando atraer la atención de un creciente número de investigadores de reconocido prestigio y removiendo los otrora apáticos cimientos de las diferentes disciplinas de las que emergió (esto es, de las múltiples interfaces entre medicina, biología, psicología y filosofía – para citar apenas las más destacadas).

Sin embargo, el actual esfuerzo científico realizado sobre las neurociencias, potencialmente loable, supone un problema porque, como suele ocurrir cuando un área de trabajo e investigación altera súbita y radicalmente su cara, al igual que un campo imantado de fascinación, acaba por generar un poco de desconcierto y desorientación: proliferan nuevos conceptos, hechos y argumentos hasta el punto que, por un lado, hace por momentos difíciles – si no imposible – mantener un panorama global, coherente y bien informado; y por otro, hacen flujos, débiles y vulnerables los criterios de evaluación general que permiten juzgar dichos conceptos, hechos y argumentos. El resultado de tales inconvenientes se puede ver, por ejemplo, en la desmedida producción de una masa indigesta de investigaciones publicadas en todos los niveles y por diferentes discursos (descriptivos y/o explicativos) que estas acaban por generar sobre la actividad mental y el cerebro (Bennett y Hacker, 2005).

Sea como sea, la localización de los correlatos cerebrales relacionados con el juicio moral, usando tanto técnicas de neuroimagen como por medio de los estudios sobre lesiones cerebrales, parece ser, sin duda, una de las grandes noticias de la historia de las ciencias sociales normativas. A medida en que la neurociencia permite un entendimiento cada vez más sofisticado del cerebro (el órgano esencial e indispensable de la consciencia, del pensamiento, de la memoria, de la identidad...), los resultados y consecuencias de estos avances acerca del conocimiento de nuestro sofisticado programa ontogenético cognitivo empiezan a ser seriamente analizados desde un punto de vista filosófico (y jurídico), favoreciendo la paulatina aparición de explicaciones coherentes e integradas según los criterios de una teoría científicamente verosímil.

El objetivo parece ser, en principio, el intento de aclarar la localización de funciones cognitivas elevadas entendidas como apomorfías del *Homo sapiens*, al

estilo de la capacidad para la elaboración de juicios morales. Es decir, desde la convicción de que, para comprender esa parte esencial del universo ético y jurídico, es necesario dirigirse para dentro del cerebro, para los sustratos cerebrales responsables por nuestros juicios morales, nuestras emociones, nuestros pensamientos y nuestras conductas.

Siendo así, del mismo modo que el cerebro de todos los animales, el cerebro humano evolucionó para hacer frente a problemas específicos de los entornos en los que deben operar. Pero lo cierto es que el cerebro humano, en comparación con el cerebro estándar de cualquier mamífero, tiene características únicas. Sus *inputs* sensoriales u *outputs* motores están tan extraordinariamente bien ajustados que somos capaces de tocar un arpegio en un piano. El sistema límbico permite algo prácticamente sin precedentes entre los mamíferos: las hembras, en lugar de ser sexualmente receptivas únicamente en el período de ovulación, lo son durante todo el ciclo reproductivo. La inmensa corteza crea sinfonías y es capaz de hacer cálculos y de filosofar, mientras que el atípico número de interconexiones entre la corteza y el sistema límbico permite a los humanos contar con el terrible atributo de formular juicios morales acerca de lo justo y de lo injusto, por ejemplo, y de pensar en si mismos hasta deprimirse - y por ahí podríamos seguir.

Después, como si eso no fuera lo bastante, el ambiente social, moral y lingüístico que co-evolucionaron con el cerebro del hombre da a los seres humanos poderes que ninguna otra especie disfruta, pero también crea problemas. Y el derecho y la moral, aparentemente, evolucionaron para resolverlos. La base neurológica de las prácticas jurídicas y morales, por lo tanto, puede ser explicada en los términos austeros de las investigaciones neurocientíficas y evolutivas. De ahí que la Moral y el Derecho se encuentren entre las más recientes áreas a ser invadidas por las ciencias cognitivas y la neurociencia, como consecuencia inevitable de los actuales descubrimientos sobre los secretos del cerebro (Zeki y Goodenough, 2006).

Así, de forma resumida, la relación entre neurociencia, ética y derecho puede ocurrir al menos en dos sentidos. El primero, que podríamos denominar la "ética de la neurociencia", consiste en una extensión de la bioética tradicional, un tema que escapa al análisis de este trabajo. El segundo, denominado neurociencia de la ética, se refiere propiamente a la neuroética. En este, la ética, como disciplina filosófica, empieza a prestar atención y despertar para los avances neurocientíficos, utilizándolos para arrojar nueva luz sobre antiguas cuestiones de interés filosófico, o incluso con menos frecuencia, estos avances parecen comenzar a sugerir nuevos problemas susceptibles de ser abordados por la ética.

Una breve taxonomía de los posibles aspectos de interés filosófico y jurídico incluiría: i) la preocupación por la mejora o potenciación de las capacidades cognitivas (*cognitive enhancement*) y los problemas potencialmente relacionados a estas; ii) los posibles usos jurídicos de los avances neurocientíficos, ya sea como medio de prueba, o mediante modificación, gracias a esos avances, de ciertas concepciones acerca del actual estatuto teórico y del modelo metodológico adoptado por la ciencia jurídica – por ejemplo, a partir de la exploración y detección de las bases neuronales de los prejuicios cognitivos en el jurado, en los testigos e incluso en los propios jueces, ayudando a crear entornos judiciales que disminuyan el efecto de esos prejuicios; e finalmente, iii) la utilización de las técnicas de imagen cerebral para investigar los correlatos neuronales de ciertos comportamientos, como, por ejemplo, el libre albedrío, la responsabilidad personal, la toma de decisiones morales y jurídicas, etc. (Roskies, 2000; Moll et al., 2005; Goodenough y Prehn, 2005; Greene et. al. 2003, 2004, 2005).

Estas concepciones o dimensiones no sólo marcan muchos de los límites de las investigaciones llevadas a cabo hasta el momento sino que entre ellas es posible entrever dos de los principales pilares o mundos de la neuroética: por un lado, aquel que trataría todo lo relacionado con los tratamientos, manipulación y experimentos relacionados con el cerebro humano, eso es, lo que sería propiamente la ética de la neurociencia; y, por otro, el estudio de los procesos o correlatos cerebrales que dan como producto el raciocinio, los juicios, el sentimiento y el comportamiento ético (y jurídico) humano, es decir, la neurociencia de la ética.

Las nuevas relaciones provocadas por esos avances, además de su extraordinaria relevancia científica, también implican importantes connotaciones filosóficas, jurídicas y morales, particularmente en lo que respecta a la comprensión de los procesos cognitivos superiores relacionados con el juicio ético-jurídico, entendidos como estados funcionales de procesos cerebrales. De hecho, parece posible conjeturar que la investigación neurocientífica sobre la cognición moral y jurídica pueda afectar nuestro entendimiento acerca de la naturaleza del pensamiento y de la conducta humana, con consecuencias profundas en el dominio propio (ontológico y metodológico) del fenómeno jurídico. Y porque no hay una institución humana más fundamental que la norma jurídica y, en el campo del progreso científico, algo más fascinante que el estudio del cerebro, la unión de estos dos elementos (norma/cerebro) acaba por representar una combinación naturalmente fascinante y estimulante, una vez que la norma jurídica y el comportamiento que procura regular son ambos productos de procesos mentales.

Así, a pesar de que las investigaciones de neurociencia cognitiva acerca del juicio moral y del juicio normativo en el derecho y en la justicia todavía se encuentran en fase muy temprana, su utilidad parece ser indubitable. Con una condición: que en un terreno tan delicado como el de la investigación neurocientífica habrá de tenerlas en cuenta con extrema prudencia. Porque la ciencia, que seguramente servirá para garantizar más conocimiento sobre la naturaleza humana, no podrá garantizar, por sí misma, valores morales como pueden ser un mayor respecto a la vida, a la igualdad, libertad y dignidad humanas.

En esta tesis nos centraremos en algunos aspectos de los sentidos antes mencionados. Concretamente, nos fijaremos en los modos en que los avances de la neurociencia pueden afectar la moral, la ley y al derecho, constituyendo una poderosa (y potencial) herramienta destinada a proporcionar medidas o métodos asociados a la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. En otro momento, nos interrogaremos acerca de algunas cuestiones relativas al derecho judicial, al discurso jurídico en su dimensión ontológica y metodológica, así como, y muy especialmente, al impacto que la neurociencia y las ciencias cognitivas pueden llegar a producir en el actual modelo de racionalidad jurídica, lo cual, dígase de paso, constituye el núcleo fundamental en torno al cual gira gran parte de las controversias relativas al problema de los múltiples factores e influencias, innatas y adquiridas, que condicionan el proceso de decisión jurídica.

Y con el objetivo de tornar más claras y coherentes las conclusiones y las consideraciones articuladas a lo largo de este trabajo – y convencida de que para comprender el cerebro y las mentes de hoy es imprescindible conocer y entender las presiones y restricciones evolutivas que contribuyeron para la configuración de sus respectivos diseños-, tratamos también de analizar el problema de la filogénesis humana y el comportamiento moral, la evolución de la inteligencia humana y el papel del derecho en la comprensión de la conducta moral humana. Aquí, lo que buscamos es defender la idea según la cual la arraigada concepción de naturaleza animal amoral contrapuesta a una cultura humana dotada de moralidad debe ser revisada a la luz de los recientes estudios destinados a entender nuestra naturaleza psicobiológica, a partir de los principios de la selección natural y de la comprensión del cerebro y su funcionamiento. Dicho de otro modo, porque, en cierto sentido, somos lo que fuimos, estoy convencida de que la única manera intelectualmente honesta e objetiva de abordar en que consiste nuestra naturaleza y nuestro comportamiento moral (es decir, todos los aspectos de la mente y la conducta, tanto individual como social) es siguiendo el hilo conductor del enfoque evolucionista, eso es, que *“sólo bajo el prisma de la*

evolución es posible entender lo que los humanos somos, de dónde venimos y las posibilidades que nos brinda el futuro” (Ayala,1999).

En efecto, a partir de las investigaciones llevadas a cabo por las llamadas ciencia de la vida y de la mente parece posible inferir que la moralidad humana está incrustada en nuestra naturaleza, en la forma como el conjunto mente/cerebro procesa los instintos y las predisposiciones que permiten crear y articular nuestros juicios morales (y ético-jurídicos), y cuya génesis y funcionamiento deberán pues ser analizados conjunta y indisolublemente con la historia evolutiva de nuestra especie y las funciones adaptativas propias de la mente humana. Quiero decir, que es perfectamente viable la pretensión de establecer determinadas implicaciones jurídicas a partir de una comprensión realista de la naturaleza humana, esto es, de una concepción de naturaleza humana considerada bajo una perspectiva más empírica y respetuosa con los métodos científicos actuales, acusadamente en lo que respecta al problema de la realización del derecho.

En resumen, partimos del principio de que una comprensión más profunda de las causas últimas, radicadas en nuestra naturaleza, del comportamiento moral y jurídico humano, nos permite saber cuales son los límites y las condiciones de posibilidad de la moral y del derecho en el contexto de las sociedades contemporáneas, esto es, en el contexto de una existencia humana esencialmente social, además de neuronal.

I. DERECHO Y NEUROCIENCIA

1. Explicar el Derecho: más allá del modelo episódico dominante

La doctrina jurídica tradicional, y en particular la filosofía del derecho, se interrogan desde siempre acerca del modo como las reglas sociales y las normas jurídicas surgen y se imponen en la sociedad, a lo que se acrecienta la cuestión relativa a la manera como esas reglas y normas se legitiman. También se mantuvo durante siglos la tesis de que el ser humano es sociable por naturaleza y, por lo tanto, sólo en la sociedad organizada alcanzaba el individuo humano su más plena y perfecta realización. Así, las normas y la organización socio-política serían una secuela necesaria del propio ser del hombre, la dimensión o componente inmanente de su naturaleza moral y racional.

Con la llegada de la época moderna entra en crisis esa justificación teleológica y metafísica del orden social y de sus normas. El ser humano deja de verse a sí mismo como puro autor racional de un guión preescrito y prescrito con

anterioridad y se convierte en el autor de su propia vida y sus realizaciones sociales. Se mantiene hasta nuestros días la idea común de que no hay sociedad sin normas, pero las normas ya no son la expresión de ningún fin (teleológico o trascendente) preestablecido, sino un producto propiamente humano, evolucionado, contingente y variable.

La correlación entre normas jurídicas y naturaleza humana se hace explícita y la cuestión del origen, evolución y naturaleza de esa naturaleza (humana) y de sus productos normativos (socio-adaptativos) se convierte en un problema teórico y central de las más modernas filosofías y teorías sociales normativas. Ante el tradicional desdoblamiento del sujeto en individuo moral (o casi divino) y ser genérico portador de una racionalidad casi absoluta, el sujeto moderno se concibe al mismo tiempo como el resultado de un proceso biológico de *hominización* y un proceso histórico de *humanización*.

Ya no somos portavoces de una racionalidad (o divinidad) de alguna forma trascendente que se nos impone y convierte nuestras vidas y agrupaciones en realización de un fin predeterminado, sino una especie que descubrió que determinados comportamientos y vínculos sociales son necesarios para resolver problemas adaptativos relativos a la supervivencia, al éxito reproductivo y a la vida en comunidad, y aceptó la necesidad de asegurarlos y controlarlos mediante un conjunto de normas y reglas de conducta. El sujeto moral ha dejado paso al ser humano producto de la evolución por selección natural: del hombre como resultado de todo aquello que aprende y memoriza no sólo a lo largo de su vida individual (cultura), sino también de lo que aprendió, memorizó y heredó en forma de códigos al largo del proceso evolutivo humano.

El problema de la tradición jurídico-filosófica y de la ciencia del derecho (todavía predominantes) es que trabajan muchas veces como si los humanos sólo tuviesen cultura, una variedad significativa y ninguna historia evolutiva. De hecho, en el ámbito jurídico casi siempre se relega a un segundo plano – o simplemente se desconsidera – la debida atención a la evolución de la naturaleza humana y a la estructura y funcionamiento material del cerebro humano como fuente de los instintos y predisposiciones que, de manera directa o indirecta, condicionan nuestra conducta y los vínculos sociales relacionales que establecemos. No hay que extrañarse, pues, de que el proceso de realización del derecho (de su elaboración, interpretación y aplicación) sea uno de los más problemáticos y contestados públicamente de todas las empresas jusfilosóficas. No está informado por nada que sea reconocible como auténtica teoría en las ciencias naturales: tanto el derecho como la ética carecen de bases de conocimiento verificable acerca de la condición humana, de la mente y del cerebro, indispensables para obtener

predicciones de causa y efecto y juicios justos basados en ellas. Es necesario, para componer el contenido y la función derecho, tratar de descubrir como podemos o debemos hacerlo a partir del establecimiento de vínculos con la naturaleza humana.

Por otra parte, dígame de paso, uno de los "fetiches" más comunes de la filosofía y de la dogmática jurídica es el de asegurar una concepción ontológica sustancial del derecho que reside, en última instancia, en "algo" predeterminado (o vinculado de forma absoluta) por una indefinida e indescifrable "naturaleza" considerada siempre igual, por un sistema universal e inmutable de principios y valores o, con más actualidad, por la expresión de la juridicidad ofrecida por un cuerpo de normas (o ordenamiento jurídico) hechas por el legislador, es decir, como un sistema autónomo de leyes elaboradas (con anterioridad) por el poder (ya sea este de cualquier naturaleza: religiosa, económica, militar, política, etc.).

Y no sólo eso. Cuando los operadores jurídicos abordan el estudio del comportamiento humano y del derecho tienen por costumbre sustentar la presencia de diversos tipos de explicaciones – como las sociológicas, antropológicas, normativas o axiológicas – limitadas y ajustadas a las perspectivas de cada una de las respectivas disciplinas y áreas del conocimiento. Es decir, sin considerar siquiera la (real) posibilidad de que exista sólo una clase de explicación para la comprensión de la juridicidad y de su proyección metodológica. Pero tal explicación unitaria de base existe. Desde el punto de vista teórico es posible imaginar una explicación que atravesase las escalas del espacio, del tiempo y de la complejidad, uniendo los hechos aparentemente inconciliables de lo *social* y lo *natural*, siempre y cuando se fundamente desde un escenario más creíble de la emergencia del fenómeno jurídico debidamente sustentado en un modelo darwiniano sensato sobre la naturaleza humana - que no es una construcción social postmoderna, sino una construcción natural muy antigua que recapitula la historia filogenética del linaje humano.

Dicho de otro modo – y en términos muy generales –, de que los grupos humanos actuales nacieron a partir de grupos de *Homo erectus*, y estos a partir de grupos de *Australopithecus*, y éstos, a su vez, de antepasados comunes a los humanos y chimpancés que eran, probablemente, animales con una cierta vida social, surgieron de un eslabón perdido entre simios y monos, hasta llegar al punto en que comenzamos, como una especie de animal esencialmente social, prioritariamente moral, particularmente cultural y decididamente diferente. En síntesis, que para una comprensión más adecuada del comportamiento humano normativo parece necesario ver la vida ética y social humana como un producto de la historia evolutiva que nos precede, con antecedentes en otras especies. Lejos

de ser una *tabula rasa* difusa, la arquitectura cognitiva humana, altamente diferenciada y especializada, es un mosaico de vestigios cognitivos de los estados antiguos de la evolución humana, previamente adquiridos por nuestros ancestrales homínidos.

Y aunque no hay una respuesta simple a la pregunta de si la moralidad (el derecho y la justicia) es un fenómeno cultural o un fenómeno biológico, lo cierto es que la importancia de la mutua relación entre evolución biológica y la emergencia de una conducta moral y jurídica más compleja, en los momentos en que la especie humana estaba desarrollando sus capacidades cognitivas y el lenguaje articulado, parece estar fuera de cualquier duda razonable: el proceso evolutivo proporcionó al ser humano la habilidad y los requisitos para desarrollar una moralidad (que por su vez dio origen a la juridicidad), así como un conjunto de necesidades, emociones y deseos básicos que, con el paso del tiempo, dieron lugar a nuestra actual y astronómicamente gran riqueza moral y jurídico-normativa.

Por tanto, si nos atenemos a los modelos estándar del actual discurso jurídico es posible inferir que éstos resultan insuficientes porque: a) descuidan o no tratan en absoluto aspectos muy importantes del problema de la legitimidad del derecho, a partir de una concepción previa acerca de la naturaleza humana y de su historia evolutiva; b) no ofrecen un método que permita, por un lado, analizar adecuadamente nuestras capacidades, habilidades y limitaciones al llevar a cabo las operaciones de los procesos racionales de argumentación jurídica y, por otro lado, evaluar sus resultados e impactos en lo que se refiere a nuestras intuiciones y emociones morales (tanto las culturalmente formadas como, y muy particularmente, las de raíz biológica); y c) tienen un interés muy limitado -si es que cuentan con alguno- en entender el contexto político de factibilidad o aplicabilidad de las propuestas que les sirven de fundamento, al mismo tiempo que resultan escasamente críticos, en relación a los modos de articulación y las consecuencias de los vínculos sociales relacionales por medio de los que los humanos construyen estilos aprobados de interacción y de estructura social – en fin, de los derechos y deberes que surgen de la ineludible vida comunitaria.

Así, ese parece ser el punto central a partir del cual se debe situar el debate entre la tendencia naturalista de la mejor ciencia contemporánea y la tradición de los filósofos y teóricos del derecho que, no obstante, insisten en sostener que es posible otorgar a la cultura la parte que corresponde a la naturaleza y, de esa manera, en no admitir la continuidad entre el reino animal y el mundo humano, entre el universo de la naturaleza y el de la cultura, es decir, esa parte de animalidad que hay en nosotros y que toda una tradición religiosa y

filosófica pretendió (y aún pretende) ocultar. En resumen, dejando de hablar de lo que realmente importa y que tanto gusta ocultarse bajo el manto perverso de eufemismos y abstracciones. La realidad siempre es más importante que los devaneos, las idiosincrasias y ficciones filosóficas: descendemos de animales que vivieron en comunidad durante millones de años; el mítico "contrato social" ya se había inventado mucho antes que la especie humana apareciera sobre el planeta, y ninguna referencia a la moral, al derecho o a la "naturaleza humana" puede silenciar estas raíces.

Y no se trata, después de todo, de un problema de poca importancia, de un mero ejercicio mental para los juristas y filósofos académicos. La elección de una de las dos formas de abordar el derecho supone una diferencia grande y relevante en el modo como nos vemos a nosotros mismos como especie, establece una medida para la legitimidad y la autoridad del derecho y de los enunciados normativos, y determina, en última instancia, la conducta y el sentido del raciocinio práctico ético-jurídico.

No hay duda que la sabiduría heredada de los juristas y jusfilósofos fieles a la "pureza del derecho" es asombrosa, fascinante e inteligente. Pero está basada principalmente en suposiciones y especulaciones, como sabemos por la información científica e histórica actual. A lo largo de la historia humana fueron varios los autores que elaboraron teorías de la moral y jurídicas, interpretaciones e historias sobre que significa ser humano, sobre que significa existir e sobre como debemos vivir. Todo ello forma parte de nuestro rico pasado.

Sin embargo, la cruda y dura realidad es que estas ideas fértiles, metafóricas y atractivas – ya sean filosóficas o religiosas – son meros relatos, aunque algunos más demostrables que otros. Lo que resulta realmente insólito es que se siga cuestionando la existencia de la naturaleza humana cuando los nuevos datos proporcionan bases científicas e históricas para fundamentar nuevas maneras de entender el ser humano y nuestro pasado evolutivo. Sabemos que existe algo que denominamos naturaleza humana, con cualidades físicas y manifestaciones innatas e inevitables en muchas y diversas situaciones. Sabemos que algunas propiedades fijas de la mente son innatas, que todos los seres humanos poseen ciertas destrezas y habilidades de las que carecen otros animales, y que todo eso constituye la condición humana. Hoy sabemos que somos el resultado de un proceso evolutivo que, para bien o para mal, formó nuestra especie. Somos animales éticos. El resto de las historias acerca de nuestros orígenes y de nuestra naturaleza no es más que eso: historias que consuelan, engañan y hasta motivan, pero historias al fin y al cabo.

Esta es la razón por la cual defendemos la idea de que ya es llegada la hora de volver a definir lo que es un ser humano, de recuperar y redefinir en que consiste la naturaleza humana o simplemente de aceptar que los humanos son mucho más que un mero producto de factores socio-culturales. Y aunque muchas preguntas sigan sin respuesta – y dada la resistencia para aceptar que las respuestas a ciertas preguntas de una disciplina pueden venir de otros campos de investigación –, podemos por lo menos aducir nuevas razones para sustentar o refutar explicaciones que hasta ahora permanecen en el limbo de la filosofía y de la ciencia del derecho. Lo que nos enseñan del mundo jurídico es minúsculo si se compara con la inmensidad de la realidad que todavía somos incapaces de percibir. Tal vez por ello no resulte ser una tarea fácil transcender las fronteras y las limitaciones de los “dogmas del momento” a los que, de una manera u otra, los juristas continúan atados y que los ciegan ante la evidencia de que el derecho no podrá seguir suportando, por mucho más tiempo, sus modelos teóricos elaborados sobre construcciones especulativas o por mera contemplación de la naturaleza humana.

El problema es que vivimos siempre gracias a una actividad fisiológica que podemos dirigir mediante contenidos que van más allá de la fisiología o la cultura. Pertenecemos a dos mundos: el mundo del cuerpo/cerebro (del que emerge la mente) y el mundo de las creaciones culturales fundadas en la actividad neuronal (una sincronía en red), pero que la trascienden. Esto somos. Además, disponemos de normas de conducta bien ajustadas que nos permiten maximizar nuestra capacidad de predecir, controlar y moldear el comportamiento social respecto a la reacción de los miembros de una determinada comunidad. Y nada de esto debería sorprender, una vez que son dos las capacidades humanas que funcionan como factores particularmente determinantes en la formación y transmisión de las normas jurídicas: la primera, probablemente compartida con otros animales, es la busca incesante de causas y efectos; la segunda, el raciocinio o juicio moral/social - insólitamente desarrollada en los humanos -, que consiste en la capacidad de pensar en las personas y en los motivos que les llevan a actuar (es lo que se denomina metacognición o capacidad de poseer una “teoría de la mente”).

La combinación de esas capacidades generó ciertas características de la función mental que forman parte de la creencia ético-jurídica: nuestra capacidad para hacer abstracciones y deducciones causales, y para inferir intenciones no percibidas. De esta manera, el derecho se hace posible cuando el impulso por encontrar e inferir explicaciones causales se combina con la capacidad – y la propensión – de nuestros cerebros de subministrar niveles avanzados de cognición

moral/social. Y una vez que la sociedad utiliza leyes para encorajar las personas a comportarse diferentemente de como se comportarían en ausencia de normas, ese propósito fundamental no sólo hace el derecho altamente dependiente de la comprensión de las múltiples causas del comportamiento humano, como, y en la misma medida, hace con que cuanto mejor sea este entendimiento de la naturaleza humana, mejor podrá el derecho lograr sus propósitos.

Así entendido, el problema vuelve a ser el de dar respuestas satisfactorias a las siguientes preguntas: ¿Cuál es la función del derecho en el contexto de la existencia humana? ¿Cuál es la razón de las normas jurídicas (y morales) y por qué son universales? ¿Cuál es la explicación sobre cómo es posible que tengamos invariablemente, como especie, reglas relativas a la manera cómo debemos comportarnos?

Empezaremos por argumentar, en primer lugar, sobre la necesidad de admitir que el derecho no es un fin en si mismo, sino un instrumento o artefacto cultural, una invención humana, que deberíamos procurar moldear y utilizar inteligentemente para alcanzar propósitos éticos-políticos que van más allá del propio derecho: un grado tolerable de libertad, igualdad y fraternidad, es decir, de esas tres virtudes que componen el contenido de la justicia y que, en su conjunto, constituyen diferentes aspectos de la misma actitud humanista fundamental destinada a garantizar el respecto incondicional de la dignidad humana.

El derecho no es más ni menos que una estrategia socio-adaptativa – cada vez más compleja, pero siempre notablemente deficiente – empleada para articular argumentativamente – de hecho, no siempre con justicia –, por medio de actos que son cualificados como valiosos, los vínculos sociales relacionales elementales a través de los que los hombres construyen estilos aprobados de interacción y estructura social. Un artefacto cultural que debería ser manipulado para diseñar un modelo normativo e institucional que evite, en un entorno social colmado de asimetrías y desigualdades, la dominación y la interferencia arbitraria recíprocas y, en la misma medida, garantizando una cierta igualdad material, permita, estimule y asegure la titularidad y el ejercicio de derechos (y el cumplimiento de deberes) de todo punto inalienables y que habilitan públicamente la existencia de los ciudadanos como individuos plenamente libres.

Por otro lado, diremos que el desarrollo de los sistemas normativos involucró no sólo procesos causales generados por las inevitables colisiones de intereses propios de la coexistencia social, sino también, en vista de la facultad humana para inferir los estados mentales de los demás, por la necesidad de controlar y de predecir el comportamiento de los individuos, esto es, de anticipar las consecuencias del comportamiento de sus coespecíficos en empresas que

requieren la competición o la cooperación de varios individuos. En otras palabras, creamos un sistema complejo de justicia y de normas de conducta para canalizar nuestra tendencia a la "agresión" decurrente de la falta de reciprocidad y de los defectos que emergen de los vínculos sociales relacionales que establecemos a lo largo de nuestra secular existencia.

Tales normas, por solucionaren determinados problemas socio-adaptativos prácticos, modelan y separan los campos en que los intereses individuales, siempre a partir de las reacciones del otro, pueden ser válidos, social y legítimamente ejercidos, esto es, plasman públicamente no sólo nuestra capacidad (y necesidad) de predecir y controlar el comportamiento de los demás sino también el de justificar y coordinar recíproca y mutuamente, en un determinado entorno socio-cultural, nuestras acciones e interacciones sociales. Estos artefactos, además de expresaren gran parte de nuestras intuiciones y emociones morales, no son construcciones arbitrarias, sino que sirven al importante propósito de, por medio de juicios de valor, hacer posible la acción colectiva.

Esa la razón por la cual las normas jurídicas no son simplemente un conjunto de reglas habladas, escritas o formalizadas destinadas a constituir una causa (determinante y/o moral) para el actuar de los individuos. En cambio, las normas representan la formalización de reglas de conductas sociales acerca de las que un alto porcentaje de personas concuerda, que reflejan las inclinaciones del comportamiento y ofrecen beneficios potenciales y eficientes a aquellos que las siguen: cuando las personas no reconocen o no creen en esos beneficios potenciales, las normas no sólo son ignoradas o desobedecidas – pues carecen de legitimidad y de contornos culturalmente aceptables en términos de una común, consensual e intuitiva concepción de la justicia -, sino que su cumplimiento queda condicionado a un criterio de autoridad que se impone de forma desagradable, brutal y descontrolada. En palabras más simples: la justicia, en tanto un instinto individual y relacional, parte de nuestros instintos morales, aunque tenga una codificación social en forma de leyes; esta cambia con mayor rapidez, pero sobre el sustrato instintivo que establece lo que es intuitivamente justo o injusto.

Claro que, de manera general, resulta imposible fijar un origen del derecho, ni siquiera si lo entendemos de la manera más amplia y flexible imaginable. Pero compartimos la idea de que ese origen tiene que ver con un desafío adaptativo que los seres humanos tuvieron que afrontar: un desafío que nació de la necesidad humana de entender y valorar el comportamiento de sus congéneres, de responder a él, de predecirlo y manipularlo y, a partir de eso, de establecer y regular las más complejas relaciones de la vida en grupo. Otras especies como la del chimpancé tienen presiones selectivas muy similares y, aun así, no

desarrollaron nuestros sistemas de normas establecidos a través de códigos explícitos. Caben pocas dudas, pues, acerca del carácter del derecho como herramienta destinada a resolver conflictos grupales y de mantener vivo un límite (aunque mínimo) de altruismo y cooperación entre los miembros de nuestra especie. Pero el carácter distintivo no significa que el derecho (así como la moral) se vea libre de cualquier tipo de factor o influencia que proviene de las circunstancias específicas en que se produjo la evolución coordinada del cerebro humano, de los grupos de homínidos y de sus soluciones culturales.

Desde esta perspectiva, parece razonable suponer que los perversos defectos teóricos que todavía padecen la filosofía y la ciencia del derecho derivan principalmente del desprecio al hecho de que el comportamiento individual se origina a partir de la intercesión de nuestro sofisticado programa ontogenético cognitivo y del entorno socio-cultural en el que movemos nuestra existencia, es decir, de que el comportamiento humano está guiado, fundamentalmente, por nuestra arquitectura cognitiva innata, cuya génesis y función deberá pues ser reintegrada en la historia evolutiva propia de nuestra especie.

Estas consideraciones pueden ayudar a comprender el fenómeno presente de la moralidad y juridicidad humana sin desvincularlo de sus orígenes y, sobretudo, sin hipostasiarlo como el elemento esencial de nuestra discontinuidad con el mundo animal. Los descubrimientos oriundos de otras áreas del conocimiento ofrecen razones poderosas que dan cuenta de la falsedad de la concepción común de la psicología (y de la racionalidad) humana y el alcance que eso puede llegar a tener para el actual edificio teórico y metodológico de la ciencia jurídica, para la concepción acerca del hombre como causa y fin del derecho, y consecuentemente, para la tarea del jurista-intérprete de dar "vida hermenéutica" al derecho positivo.

Eso tiene gran importancia para la filosofía y la ciencia del derecho pues, de no ser así, de no encontrarse restringido cognitivamente el dominio de las preferencias humanas (que impone constricciones significativas para la percepción y el almacenamiento discriminatorio de representaciones socioculturales y que conforma el repertorio de patrones de actividad de nuestro cerebro de los que emerge nuestra conducta), se puede perfectamente admitir la alteración de la naturaleza humana en cualquier sentido que se desee y, en igual medida, negar la primera y básica premisa de la contribución científica de que el *Homo sapiens* es una especie biológica cuya evolución fue forjada por las contingencias de la selección natural en un ambiente enriquecido por relaciones socio-culturales; de que tenemos un cerebro (heredado por vía del proceso evolutivo) generado para enfrentarse a realidades tangibles y equipado con las herramientas necesarias

para, como un verdadero motor semántico o una máquina de fabricar modelos de la mente de otras personas, manipular los significados y procesar las informaciones sociales relevantes para resolver los problemas de nuestro coexistir evolutivo.

También se pueden dar pasos hacia una comprensión de las condiciones de posibilidad y límites del fenómeno jurídico, buscando siempre llegar a soluciones menos injustas y moralmente aceptables si se tiene en cuenta al principio ético – extraído directamente de nuestras intuiciones y emociones morales más profundas – según el cual el derecho debe ser manipulado de tal manera que sus consecuencias sean siempre compatibles con la mayor posibilidad de evitar o disminuir la miseria y el sufrimiento humano (es decir, que no se produzca sufrimiento cuando sea posible prevenirlo, y que aquel que es inevitable se minimice o imponga con moderación a los miembros individuales de la sociedad, a los ciudadanos).

Comprender la naturaleza humana, su limitada racionalidad, sus emociones y sus sentimientos parece ser el mejor camino para que sea posible formular un diseño institucional y normativo que, reduciendo el sufrimiento humano, permita a cada uno vivir con el otro en la búsqueda de una humanidad común. Pese al hecho de que la tendencia a la separación entre material y espiritual ha llevado a que se absolutizen algunos de esos valores (desligándolos de sus orígenes y razones específicas que los vieron nacer y presentándolos como de esencia espiritual, como una transcendencia que ultrapasa el propio hombre), el derecho sólo adquiere una base segura cuando se vincula a nuestra arquitectura cognitiva altamente diferenciada, plástica y especializada, es decir, a partir de la naturaleza humana unificada y fundamentada en la herencia genética y desarrollada en un entorno cultural. Se podría decir, pues, que los códigos de la especie humana son una consecuencia peculiar de nuestra propia humanidad, y que esta, a su vez, constituye el fundamento de toda la unidad cultural.

En resumen: la moral (y consecuentemente el derecho), más que una invención reciente, es parte de la naturaleza humana y está evolutivamente enraizada en la sociabilidad de los mamíferos, aunque la tendencia a medir cuidadosamente nuestras acciones frente al que podríamos o deberíamos haber hecho en la "pasarela intersubjetiva" de nuestras vidas y nuestro diálogo interior que eleva el comportamiento moral a un nivel de abstracción y auto-reflexión sea una característica singularmente humana. Y aunque el proceso de selección natural no haya especificado nuestras normas y valores morales, nos ha dotado de una estructura neuronal psicológica con determinadas tendencias y habilidades necesarias para desarrollar una brújula interna que tenga en cuenta tanto

nuestros propios intereses como los intereses de la comunidad en su conjunto. En ese aspecto, el sentido de la moral y de la justicia no es antitético de la naturaleza humana, sino que forma una parte integrada de la misma.

De hecho, si se borrara el conjunto de cerebros humanos de la faz de la tierra, al mismo tiempo desaparecería la moral y el derecho. Las normas de conducta (morales o jurídicas) y teorías jurídicas seguirían plasmadas en libros guardados en estantes de bibliotecas abandonadas. Todas estas obras del genio humano no tendrían la oportunidad de vivir cada vez que una mirada humana recayera sobre ellas. La moral y el derecho no existen más que en el cerebro del hombre al que va dirigido y que solo él es capaz de producir y comprender. Solo los seres humanos tienen derecho o sentido de justicia y bondad, y las tienen precisamente en su cerebro, en la forma de representaciones plasmadas en sus conexiones neuronales. Toda nuestra conducta, nuestra cultura y nuestra vida social, todo cuanto hacemos, pensamos y sentimos depende de nuestro cerebro. El cerebro es la sede de nuestras ideas y emociones, de nuestros temores y esperanzas, del placer y del sufrimiento, del lenguaje, de la moral, del derecho y de la personalidad. Si en algún órgano se manifiesta la naturaleza humana en todo su esplendor es sin duda en nuestro voluminoso cerebro. El resto es mitología.

Y aunque la realidad, tal y como la conocemos, sea inevitablemente una realidad retratada por el cerebro, creemos que, dada nuestra herencia evolutiva (incluyendo nuestra capacidad de engendrar teorías, herramientas e instrumentos), es perfectamente posible que la representación de la realidad hecha por el cerebro logre mayor armonía con lo que en realidad se encuentra ahí fuera. Lo que pretendemos dejar claro es que una vez que la ciencia parece ser el mejor medio para percibir como esa realidad funciona, esa nueva "estructura de pensamiento", encaminada a una reconciliación epistemológica (a un marco conceptual común y integrador) y dirigida por estrategias que, aunque diferentes, se complementan entre sí, no sólo podrá poner en jaque gran parte de los logros teóricos tradicionales de la filosofía y de la ciencia del derecho, cómo, y muy particularmente, posibilitar una revisión de las bases ontológicas y metodológicas del fenómeno jurídico a partir de una concepción más empírica y robusta acerca de la naturaleza humana.

Es cierto que no conseguimos solucionar el problema de la mutua relación entre lo *natural* y lo *cultural*, es decir, los medios por los que la evolución biológica y la cultura influyeron sobre la naturaleza humana, y viceversa. Pero para comprender la condición humana – y el derecho es parte de esa condición y su idea (la idea de derecho) es el resultado de la idea del hombre – hay que comprender al mismo tiempo los genes, la mente y la cultura, y no por separado

la manera tradicional de la ciencia y las humanidades: la dinámica, en conjunto, entre los genes y el entorno es lo que constituye y configura el ser humano; y es el cerebro el que nos permite analizar, raciocinar, formular teorías y juicios de valor, interactuar con los demás y adaptarnos a todos los contextos.

Algo pasa con las ciencias sociales y, en particular, con la ciencia del derecho. Y es un tanto ridículo, en este momento, seguir hablando de su "inmadurez", porque ya no hay motivos para este tipo de argumentación: ni son más jóvenes que las ciencias naturales, ni tampoco se puede decir que sus cultivadores hayan sido espíritus menos refinados o sofisticados que los que se dedicaron a cultivar las ciencias naturales. La filosofía y la ciencia del derecho no pueden ofrecer una explicación o una descripción del "derecho real", del fenómeno jurídico o de la racionalidad jurídica, ni mucho menos agotarse en ellas, porque su perspectiva no es primordialmente explicativa o descriptiva, sino normativa. Pueden y deben aprender cosas de las ciencias de la vida y de la mente, en la medida en que sólo una comprensión realista de la naturaleza humana, considerada bajo una óptica mucho más empírica y compatible con los métodos científicos podrá llevarnos a reconstruir las mejores y más profundas teorías acerca del derecho y de su función en la constitución de la sociedad.

En otras palabras, el derecho adquirirá un mayor grado de rigor mientras se reconozcan y se exploren sus relaciones naturales con un panorama científico más amplio (un nuevo panorama intelectual que antes parecía distante, extraño y poco pertinente). La naturaleza humana es el resultado de adaptaciones accidentales que se han producido a lo largo de la evolución a través del funcionamiento de la selección natural y que adquirió formas particulares para solucionar problemas adaptativos de larga duración relacionados con la complejidad de una existencia, de una vida, esencialmente social. Conocernos a nosotros mismos es el mayor logro de nuestra especie. Y entendernos a nosotros mismos – de qué estamos hechos, qué motivos nos impulsan y con qué objetivos – implica, en primer lugar, comprender nuestro pasado evolutivo. Sólo a partir de esta base podremos crear y/o realizar las elecciones adecuadas que conduzcan a un derecho justo, estable y con sentido.

Por consiguiente, ya no parece lícito y razonable construir castillos normativos "en el aire" acerca de la buena ontología, de la buena metodología, de la buena sociedad o del derecho justo. Porque una teoría jurídica (el mismo que una teoría normativa de la sociedad justa o una teoría normativa y/o metodológica de la adecuada realización del derecho), para que sus propuestas programáticas y pragmáticas sean reputadas "aceptables", tienen antes que conseguir el *nihil obstat*, el certificado de legitimidad, de las ciencias más sólidas dedicadas a

aportar una explicación científica de la mente, del cerebro y de la naturaleza humana que los mitos a los que están llamadas (y destinadas) a sustituir. Ya es hora de reconocer que el mayor enemigo de la justicia es "una mentalidad dogmática". Lo más curioso de todo es el hecho de que sabemos que eso, aunque inconveniente, es verdadero, pero insistimos en archivar en aquella pasta mental en que todos nosotros guardamos las verdades innegables que no se ajustan a nuestros sistemas de creencia.

Y porque el derecho es demasiado complejo para poder ser forzado a ir para el lecho procustiano de teorías herméticas y desconectadas, mi tesis es la de que los nuevos avances de la ciencia cognitiva, de la neurociencia cognitiva, de la primatología, de la antropología evolutiva, de la genética del comportamiento y de la psicología evolucionista – en suma, de las ciencias de la vida y de la mente – permitirán una mejor comprensión de la mente, del cerebro y de la naturaleza humana y traerán consigo la promesa de cruciales aplicaciones prácticas en el ámbito de la comprensión del fenómeno jurídico, de su evolución, función, interpretación y aplicación práctico-concreta: constituyen una oportunidad para refinar nuestros valores y juicios ético-jurídicos, así como establecer nuevos parámetros ontológicos y criterios metodológicos sobre cimientos más firmes y consistentes.

Ha llegado el momento de trasladar el problema del derecho a un ámbito distinto y más fructífero. Y aunque una perspectiva naturalista no pueda determinar si el cambio es adecuado ni que medidas deben ser adoptadas para crear, caso se opte por ella, un deseado cambio, seguramente podrá servir para informar sobre una cuestión de fundamental relevancia práctico-concreta: quien aplica el derecho puede tratar de actuar en consonancia con la naturaleza humana o bien contra ella, pero es más probable que alcance soluciones eficaces (consentidas y controlables) modificando el entorno en que se desarrolla la naturaleza humana, que empeñándose en la imposible tarea de alterar por esa vía nuestra naturaleza.

El objetivo de una buena teoría jurídica (tanto en su dimensión ontológica como metodológica) debería ser el de fomentar la virtud de comprender mejor la naturaleza humana y, a partir de esto, tratar de promover la elaboración de un diseño institucional, normativo y hermenéutico que permita a cada uno convivir con el otro en la búsqueda de nuestra propia humanidad, que, en última instancia, *"es el producto de un diseño (cerebral) accidental, limitado por la evolución"* (Linden, 2010): el modo como se cultiven determinados rasgos de nuestra naturaleza y la forma como se ajusten a la realidad configuran naturalmente el gran secreto del fenómeno jurídico, de la justicia, del hombre como causa,

principio y fin del derecho y, consecuentemente, para la dimensión esencialmente humana de la tarea de elaborar, interpretar, justificar y aplicar el derecho. Por último, de un derecho que debe de servir a la naturaleza humana y no al contrario.

Después de todo, lejos de ser enemiga de las teorías tradicionales, esa nueva postura naturalista es un aliado indispensable de las mismas. No se trata de subestimar el abundante trabajo realizado hasta el momento en el campo del pensamiento jurídico y de su realización practico-concreta en pro de una *alternativa* naturalista, sino más bien de asentar este trabajo sobre los cimientos que merecen: una visión realista, naturalista, no meramente contemplativa y potencialmente unificada del lugar que ocupamos en la naturaleza.

2. Cerebro, ambiente y neuroplasticidad: una relación interactiva

A finales del siglo XX e inicio del XXI, los avances en las neurociencias mostraron evidencias favorables a la plasticidad neural, esto es, la capacidad que el cerebro tiene para ser modelado por la experiencia (Linden, 2010). Indicaron la neurogénesis en el cerebro adulto, las bases moleculares de la memoria y del aprendizaje y la existencia de miles de sistemas trabajando de forma integrada (Jones, 2000). Actualmente, cada vez más se busca identificar en las estructuras cerebrales lo que se observa en términos del comportamiento. Sin embargo, cuestiones sobre cómo las redes sinápticas están organizadas y cómo exactamente funcionan aún se está lejos de comprenderlas totalmente.

Estudios sobre el desarrollo formulan preguntas sobre cómo las estructuras cerebrales iniciales y las conexiones sinápticas que se vienen estableciendo con las experiencias posibilitan los comportamientos y procesos cognitivos humanos (Karmiloff-Smith, Plunkett, Johnson, Elman, & Bates, 1998; Lametti & Mattar, 2006; Quartz & Sejnowski, 1997, entre otros). Ellos indican que las interacciones humanas crean las conexiones neuronales de las que la mente emergería. Sin esa experiencia crucial de relacionamiento con los demás el desarrollo quedaría seriamente comprometido (Rochat & Striano, 1999; Rovee-Collier, 2000). Las interacciones sociales son de naturaleza simbólica, como destaca Mead (1934) y modifican las estructuras cerebrales (LeDoux, 2002).

La cuestión de cómo la mente emerge del cerebro en desarrollo incluye otros innumerables problemas (Ramachandran, 2004). ¿Cómo la consciencia surge en medio a las redes neuronales? ¿Cómo la actividad neuronal origina el sentido de que seamos seres conscientes? ¿Cuál sería la naturaleza de la moral y cuál la relación de esta con el cerebro? ¿Tenemos acceso a nuestros estados mentales y

en qué medida eso difiere del que podemos "leer" sobre el estado mental de los otros? ¿Cómo un impulso eléctrico activa proteínas y neurotransmisores configurando una acción intencional? ¿Cómo pensar la relación entre actividad cerebral, modularidad, plasticidad y ambiente? Esta última cuestión ha sido bastante discutida desde diferentes perspectivas.

Por ejemplo, para la psicología evolucionista el cerebro humano es un aparato computacional complejo en el cual diversos dispositivos especializados funcionan de manera integrada (Duchaine, Cosmides, & Tooby, 2001). Las investigaciones de enfoque evolucionista procuran mapear los programas cognitivos - el circuito neuronal - seleccionados a lo largo de la historia evolutiva. Eso correspondería a identificar, en algunos comportamientos, el sustrato de la "naturaleza humana", aquí entendida como la arquitectura neuronal y computacional típica de nuestra especie y que caracteriza la mente y el cerebro de los seres humanos con las reglas de procesamiento de informaciones (Cosmides & Tooby, 2000).

Esos estudios plantean hipótesis sobre el funcionamiento de la arquitectura mental, pero no responden las preguntas sobre cómo factores genéticos y ambientales interactúan en la organización cerebral. En otras palabras, no se sabe como la plasticidad de las estructuras neuronales o un preestablecimiento genético de las mismas pueden explicar la configuración del sistema cerebral a lo largo del desarrollo. En los circuitos sinápticos se integra la información entre estímulos ambientales y respuestas del organismo. La plasticidad cerebral, cuyo grado varía según la región del cerebro y en función del estado de desarrollo, permite adaptaciones en los variados contextos sociales y es parte de la arquitectura neuronal de la especie (Doidge, 2009). Esa característica biológica no significa inflexibilidad en el ámbito social sino que posibilita los intercambios sociales.

a) Formación del cerebro: aspectos biológicos

El cerebro humano está compuesto por más de cien billones de neuronas intrínsecamente conectados que permiten desde la regulación de funciones básicas, como la respiración, hasta tareas elaboradas, tales como creer en una idea (LeDoux, 2002). Todas las conductas humanas, sean ellas explícitas o implícitas, son posibilitadas por esas redes neuronales. Sin embargo, las neuronas apenas no son suficientes para explicar esas conductas. La experiencia de cada uno parece unir las dimensiones social y biológica. Psicólogos y biólogos están buscando una manera más integrada de abordar esa cuestión.

En los seres humanos, gran parte de las neuronas está formada en un período que antecede el nacimiento. El pico de producción puede llegar a aproximadamente 250.000 neuronas por minuto (Cowan, 1979). Ese proceso es controlado por diversos factores que se difunden en el tubo neuronal. Los genes actúan en la producción de proteínas que, por su vez, regulan la producción de esas células. Descrito de esa manera, puede parecer que el desarrollo embrionario depende únicamente de un comando genético. Sin embargo, factores epigenéticos desempeñan un papel crucial en ese proceso (LeDoux, 2002; Linden, 2010).

Uno de los objetivos de los estudios psicobiológicos en curso es destacar la importancia de entender cómo procesos que obedecen a mecanismos físicos y químicos de dimensión molecular microscópica interactúan con dinámicas sociales, culturales e históricas, de dimensión macroscópica; cómo esos fenómenos integrados a partir de estudios en seres humanos y en modelos animales apuntan para diferentes papeles de la experiencia a lo largo del desarrollo de una persona. Esa influencia parece ser crucial en los llamados *períodos sensibles*, en los que los circuitos neuronales estarían más vulnerables o sensibles a cambios. Otro punto que algunos teóricos (Johnston, 2004; Kandel, 2000; Ledoux, 2002) defienden, a partir de evidencias empíricas, es que para que sea posible la ocurrencia de un comportamiento, varias estructuras deben participar de manera integrada. Una habilidad parece depender de un conjunto de estructuras articuladas y eso puede funcionar como una forma de protección y adaptación (Johnston, 2004). Según este autor, si una estructura viniera a ser lesionada, la función puede ser mantenida por otras que también participan, en diferentes grados, de la tarea. Si apenas una estructura pudiera posibilitar una función, el riesgo de pérdida sería mayor para el sistema cerebral (Doidge, 2009).

b) Formación del cerebro: la búsqueda de integración entre los planes biológico y social

En la actualidad existen pocas evidencias de que el cerebro humano de un recién-nacido pueda ser comparado a una *tabula rasa* a la espera de ser rellenado por la experiencia (Cosmides & Tooby, 2000; Pinker, 2002; Hauser, 2006). Hay comportamientos en bebés que parecen resultar de elaborados programas establecidos por la evolución. Esos programas serían automáticos, no aprendidos y posibilitarían respuestas complejas, rápidas y eficientes, lo que sustenta la hipótesis de la especificidad neuronal y de los módulos mentales esculpidos por la selección natural.

Sin embargo, no parece defendible la posición de que los comportamientos serían apenas genéticamente determinados, resultantes exclusivamente de mecanismos o programas biológicos que nos impelen a agir, pensar y sentir de un modo particular. Tampoco es eso lo que los defensores de módulos mentales preprogramados alegan. Al contrario, la tendencia actual, que ha recibido contribuciones importantes de las neurociencias, sustenta que los circuitos cerebrales emergen y son moldados a partir de una combinación de influencias genéticas y ambientales (LeDoux, 2002; Ridley, 2004).

El antiguo debate naturaleza y cultura ha sido sustituido por la cuestión de cómo ambos - interaccionando en las experiencias de los sujetos - contribuyen para la construcción del cerebro y para el establecimiento de sinapsis (LeDoux, 2002; Ridley, 2004). Los seres humanos tienen la capacidad biológica (naturaleza) de construir y comunicar a sus coespecíficos las cosas que aprendieron en el ámbito social (cultura). Hay que considerar tanto la huella que la experiencia deja en nuestro cerebro cuanto la herencia ancestral cargada por los genes que influyen la organización funcional y estructural de nuestro cerebro (LeDoux, 2002). El modelaje de las conexiones sinápticas depende tanto de los genes cuanto de la experiencia (LeDoux, 2002).

La construcción de la intersubjetividad, el desarrollo del *self*, la consciencia propia y de los otros, el conocimiento social, la capacidad de entender las intenciones ajenas, de formular juicios de valor, entre tantas otras capacidades, solo se constituyen en la interacción y por la interacción con los demás (Ramachandran, 2004). No sería posible un ser humano desarrollarse como tal si hubiese sido criado en aislamiento social (Rochat & Striano, 1999; Rovee-Collier, 2000). Se puede decir, a partir de esos estudios, que la condición de posibilidad es biológica y la condición material o la forma específica de tornarnos personas de un modo particular es modulada por la dimensión social.

Si los organismos no son una *tabula rasa*, es decir, si existen programas que predisponen a actuar de ciertas maneras, tenemos la posibilidad teórica de el cerebro presentar módulos específicos. Con ello nos deparamos con el problema de explicar la gran adaptabilidad del cerebro frente a los variados ambientes sociales y culturales a lo largo de la historia. ¿Cómo es posible la plasticidad en un sistema compuesto por programas que llevan el organismo a actuar de determinado modo?

c) Plasticidad Sináptica y el desarrollo del cerebro

El término plasticidad sináptica (un proceso en que interconexión del cerebro a una escala más sutil y fina viene guiada por padrones de actividad, que permiten que la experiencia moldee la fuerza y la pauta de las conexiones sinápticas) se refiere - como ya indicado antes - a las respuestas adaptativas del sistema nervioso frente a los estímulos percibidos. La mayoría de los sistemas en el cerebro son plásticos, es decir, son modificados por la experiencia, lo que significa que las sinapsis implicadas son alteradas por estímulos ambientales captados por alguna modalidad de percepción sensorial.

El concepto de plasticidad sináptica fue definido hace más de un siglo por el fisiólogo Charles Sherrington y es una propiedad esencial del desarrollo y una de las principales funciones cerebrales. En concordancia con el concepto de plasticidad, LeDoux (2002) sostiene que el cerebro es muy sensible al ambiente, y eso no es incompatible con un funcionamiento posibilitado (pero no determinado) por los genes. La experiencia permite la adquisición de conocimientos y de informaciones por el sistema nervioso provocando alteraciones anatómicas en diversas ubicaciones del encéfalo y esas alteraciones modifican la intensidad de las conexiones entre las células.

Las modificaciones sinápticas no se restringen a algún período del desarrollo y ocurren en todos los momentos en los que hay aprendizaje (Kandel, 2000). El cerebro adulto se adapta constantemente a los estímulos y esa plasticidad no se manifiesta apenas en comportamientos del aprendizaje y memoria que indican la base biológica de la individualidad. Esos cambios dinámicos son visibles en el procesamiento del sistema nervioso y pueden ser estudiadas de manera más consistente en el principal área que incluye el cambio de informaciones en el cerebro: la sinapsis.

Como explica Linden (2010) acerca del modo como la actividad eléctrica contribuye a la fina estructura de la interconexión cerebral: *"el cerebro en desarrollo es un campo de batalla. Existe una lucha por la supervivencia entre las neuronas que resume a la perfección la frase popular "o lo usas o lo pierdes", y esto significa que durante el desarrollo se crean más neuronas de las que en realidad se utilizan y, en general, también que las neuronas que sobreviven son las activas desde un punto de vista eléctrico. Una neurona se convierte en eléctricamente activa a través de la recepción de sinapsis que liberan neurotransmisores, y con ello hacen que la neurona descargue impulsos eléctricos. De este modo, considerada de una manera más detallada, la batalla se libra no entre todas las neuronas, sino en una escala menor, en el nivel de las sinapsis.*

Recordemos que las sinapsis que no se utilizan tienden a atrofiarse, como sucede con las sinapsis que transmiten información auditiva en el caso de las personas sordas de nacimiento, mientras que se conservan las sinapsis que continúan siendo activas. Esto abarca en parte la idea de la competición sináptica, pero no lo resume todo. Una sinapsis puede «perder» y acabar eliminada aunque se mantenga en cierto grado activa si su vecina es mucho más activa. La fuerte activación de una sinapsis no sólo la preserva y la fortalece, sino que hace que sus vecinas sean más débiles y en última instancia acaben siendo eliminadas”.

Así, el comportamiento dependería esencialmente de la forma por la cual las neuronas están conectadas unas a otras en circuitos (LeDoux, 2002). Las varias etapas del desarrollo del cerebro humano llevan un tiempo considerable para suceder y los diferentes circuitos siguen eventos interactivos en diferentes momentos, construyendo nuestras respuestas y nuestro repertorio mental de manera gradual y única desde la infancia (Jessell & Sanes, 2000). Nuestro yo es fruto de las experiencias sociales y del legado genético (LeDoux, 2002; Linden, 2010) y todas las capacidades cognitivas y comportamentales del organismo dependen de las propiedades de las neuronas y de la manera como estas se unifican en circuitos neuronales (Hickmott y Constantine-Paton, 2006).

d) Darwinismo neuronal

En los más diversos sistemas neuronales, las conexiones precisas emergen de padrones inicialmente imprecisos de los contactos sinápticos (Quartz & Sejnowski, 1997). La complejidad de los circuitos se genera durante el desarrollo, inicialmente por un proceso genético y, en seguida, se elabora a partir de una intensa interacción con el ambiente (Quartz & Sejnowski, 1997). Entender la actuación del ambiente en la configuración de los circuitos sinápticos es fundamental para una comprensión de la cognición en términos neuronales, que puede ser traducida por dos hipótesis en el debate naturaleza y cultura: la hipótesis de la selección y de la instrucción.

Una de las vertientes que busca responder a las hipótesis sobre el papel de la actividad neuronal iniciada por el ambiente se denomina seleccionismo neuronal (LeDoux, 2002). Tal perspectiva supone un conjunto preexistente de conexiones sobre el cual las experiencias actuarían. El resultado de eso sería una selección de circuitos que atenderían a las demandas ambientales. Para sustentar esa hipótesis es necesario suponer tres principios básicos: (a) exuberancia; (b) uso y (c) sustracción. El principio de la exuberancia postula que el sistema inicialmente presenta un número superior de sinapsis del que las que serán mantenidas en las

etapas del desarrollo. Sustraer las conexiones no seleccionadas (o no activadas por la experiencia) de las que fueron activadas resultaría en aquello que somos. El segundo principio se refiere al uso: apenas sinapsis activas son mantenidas. El tercer principio defiende que las conexiones inactivas son eliminadas. Edelman (2003) es uno de los principales defensores contemporáneos de la hipótesis de que el desarrollo y la organización de las funciones cerebrales superiores pueden ser explicados en términos de la selección de agrupamientos neuronales, creando el término Darwinismo Neural (Edelman y Tononi, 2005).

Esa perspectiva se ajusta con las contribuciones de autores de la psicología evolucionista (Cosmides & Tooby, 2000; Pinker, 2002), que presuponen la existencia de programas mentales establecidos en la evolución. El darwinismo neural necesita contar con la emergencia de un número muy grande de conexiones que surgen en diferentes períodos del desarrollo para darse cuenta de la diversidad ambiental.

La otra vertiente que busca explicar el papel de la actividad neuronal iniciada por el ambiente, defiende una posición diametralmente opuesta a la anterior. A diferencia del seleccionismo, la instrucción se constituye como un enfoque constructivista del crecimiento neuronal. La cuestión de cómo ocurre el desarrollo del cerebro y de cómo este hace emerger representaciones mentales se basa en la idea de que las representaciones corticales son construidas a partir de la interacción entre mecanismos de crecimiento y actividad neuronales estimuladas por el ambiente (Quartz & Sejnowski, 1997). Mientras las propuestas del seleccionismo neuronal defienden la idea de que habría en el cerebro un potencial para las capacidades humanas a partir del cual los procesos cognitivos emergerían como resultantes de la selección de conexiones sinápticas, el llamado constructivismo neuronal enfatiza bastante la plasticidad cortical.

Para esa perspectiva, la neocorteza de los mamíferos no obedecería a un programa de organización preestablecido. El enfoque enfatiza la capacidad del organismo de adaptarse flexiblemente (o plásticamente) a los diferentes ambientes y alega que un programa preestablecido implicaría en el problema de explicar cómo la plasticidad sería posible. En este contexto, las estructuras representacionales son progresivamente adicionadas al aparato cognitivo, conforme el organismo interactúa con el medio (Quartz & Sejnowski, 1997).

e) La hipótesis de modularización

Todo ese debate ha servido para poner en foco cuestiones que pueden contribuir para la comprensión de la mente. No hay consenso entre los autores

con relación al problema de considerar el cerebro como un órgano completamente plástico (Johnston, 2004; Quartz & Sejnowski, 1997) o preformado en términos de estructuras funcionales (Edelman, 2003; Pinker, 2002). Hay lagunas sobre como sería el proceso de especialización de las estructuras neuronales. Una contribución importante para entender esa cuestión es la suposición formulada por Karmiloff-Smith (1992) – además, evidentemente, de la teoría de Chomsky. Para ella, al principio del desarrollo, sería admitido un número mínimo de estructuras preespecificadas, el menor posible para hacer el sistema mental funcionar e interactuar con el ambiente.

Lo que propone es un mecanismo de creciente modularización, un proceso gradual, que proviene del aprendizaje y del desarrollo y que culmina en estructuras altamente especializadas. Uno de los puntos que resalta es que la completa ausencia de especificaciones tropezaría con el problema de "lo que se debe asimilar" frente a una infinidad de estímulos ambientales. Al mismo tiempo, una gran cantidad de estructuras mentales previamente especificadas llevaría al impasse de cómo nos podríamos adaptar a las diferentes circunstancias. Para la citada autora, los seleccionistas necesitan explicar cómo es posible la plasticidad en un sistema con sesgo de fuerte especificación.

De todos modos, cuando se trata de plasticidad neuronal, el debate entre la modularidad y la función distribuida parece ser, actualmente, tan desafortunado como el debate entre naturaleza y cultura; de acuerdo con (a) la situación, (b) la edad del individuo, (c) la función en cuestión y (d) la escala a que se hace la observación, las funciones pueden parecer modulares o distribuidas.

En resumen, el punto clave de ese debate, como ya fue destacado, es si la actividad neuronal tiene la función de ayudar a crear las conexiones (constructivismo) o de seleccionar, a partir de un conjunto inicial, conexiones establecidas intrínsecamente (seleccionismo).

Esa discusión se relaciona con los límites y el alcance de las explicaciones basadas en los principios de la plasticidad cerebral o aquellas fundamentadas en sistemas mentales específicos y preestablecidos para la especie. Estudios empíricos corroboran las dos visiones. Hay tanto evidencias favorables a la plasticidad cuanto a los programas previos. ¿Qué puede y qué no puede ser explicado por esos principios? ¿Qué se gana en términos de comprensión al suponerse la coexistencia de plasticidad y programas previamente establecidos? El cerebro, por ser un órgano extremadamente complejo, podría funcionar de acuerdo con esos dos principios, no de manera que uno anule al otro, pero de modo que uno actúe donde el otro no pueda hacerlo con eficiencia y economía.

Esto estaría en consonancia con perspectivas más contemporáneas (Lamprecht & LeDoux 2004), que indican que funcionamos de manera diferente en función de los ambientes y estímulos a los que somos sometidos. Hay momentos en los que acciones más automáticas precisan ocurrir y los sistemas responsables por eso parecen funcionar de acuerdo con mecanismos preestablecidos. Sin embargo, un sistema menos automático y más preciso entraría a continuación en acción para corregir eventuales respuestas no adaptativas a los contextos.

2.1. Perspectiva evolucionista y los resultados de estudios empíricos

La construcción de redes sinápticas ocurre de manera semejante para todos los sujetos de la especie. Este patrón, que desde el origen es interactivo, puede ser explicado como resultado de un largo proceso evolutivo. La suposición evolucionista es la de que las respuestas que solucionaron problemas de sobrevivencia y de reproducción en los ancestrales cazadores-recolectores dejaron marcas en nuestros cerebros. Esa hipótesis ha sido testada, indirectamente, a través de estudios con bebés muy pequeños (Duchaine et al., 2001). Investigaciones sobre competencias iniciales en recién nacidos sirven de evidencia empírica para fundamentar hipótesis sobre mecanismos de refinamiento del cerebro a través de la selección natural (Duchaine et al., 2001; Spelke, 2000; Bloom, 2010).

Innumerables capacidades de bebés son registradas en la literatura y estos mismos estudios empíricos sugieren que ellas no parecen proceder de mecanismos tradicionales de aprendizaje, tal su complejidad. Recién nacidos miran por más tiempo para figuras que se asemejan a la faz humana (Turati, Simion, Milani, & Umiltà, 2002); entre cuatro y seis meses observan por un período mayor de tiempo los eventos que contrarían ciertos fenómenos físicos o eventos imposibles de suceder en condiciones naturales. Los bebés miran por más tiempo una pelota en movimiento que traspasa una barrera sólida que una pelota que se detiene delante de la misma, caracterizando un evento físico posible (Baillargeon, 1995; Spelke, 2000); perciben profundidad (Baillargeon, 1995); discriminan entre los fonemas (Dupoux, Pallier, Kakehi, & Mehler, 2001) y alrededor del octavo mes pierden parte de esa capacidad que se ajusta a los fonemas utilizados y a la lengua la cual el bebé está expuesto, asemejándose a la discriminación fonética mostrada por el adulto.

Distinguen, con pocas horas de vida, el toque proveniente de la propia estimulación y el toque proveniente de los demás (Rochat & Striano, 1999). Bebés

de seis semanas imitan expresiones faciales que observan en un modelo (Meltzoff & Moore, 1994), incluso después de un intervalo de 24 horas. Bebés de dos meses miran por más tiempo caras consideradas atractivas (Slater et al., 1998). Presentan preferencia por la voz materna (Rovee-Collier, 2000). Aproximadamente a los dos meses reaccionan emocionalmente cuando expectativas sobre las reacciones de los otros son rotas (Rochat & Striano, 1999).

Más recientemente, investigadores norteamericanos descubrieron que criaturas de tan sólo seis meses ya son capaces de hacer juicios morales. Además, creen que los seres humanos ya nacen con un código ético "formateado" en el cerebro. La investigación, llevada a cabo por el equipo de Paul Bloom, psicólogo en el *Infant Cognition Center* de la Universidad de Yale en Connecticut (USA), un centro que estudia la evolución, las habilidades y el aprendizaje de niños, utilizó la capacidad para diferenciar entre comportamiento útil e inútil como indicador del juicio moral. Paul Bloom estudió las capacidades cognitivas de los pequeños y llegó a la conclusión de que es falsa la idea de pensar que la mente de los bebés es una caja vacía que se va llenando poco a poco. Lo mismo ocurre en lo que se refiere a la moralidad: los bebés serían indiferentes al bien, al que solamente podrían distinguir del mal con los instrumentos que les va suministrando la cultura entre cuentos, premios y castigos. Los experimentos que hizo Bloom sugieren que, antes de cumplir un año, los bebés son capaces de distinguir las conductas buenas de las malas. Antes que se desarrollen ideas propias de la moralidad, en los bebés aparecen *emociones* morales intensas. De ahí que la conclusión de Bloom es en el sentido de que "*la moralidad es una síntesis de lo biológico y lo cultural; de lo congénito, lo descubierto y lo inventado. Los bebés tienen una base moral, la capacidad y el impulso de juzgar las acciones de otros, eso es, cierto sentido de justicia*".

Las investigaciones sobre el desarrollo inicial descubren esas y otras habilidades, aunque las investigaciones empíricas siguen siendo realizadas en el sentido de ampliar y refinar los resultados ya obtenidos sobre esos comportamientos iniciales. Teniendo en consideración los argumentos de Spelke (2000), se resalta que la enorme capacidad que los bebés exhiben para aprender depende fundamentalmente de estructuras cerebrales preexistentes para percibir el mundo.

Teóricos evolucionistas como Tooby y Cosmides (1995) consideran que la manera por la cual los niños presentan ciertas capacidades cognitivas precoces se explica por la existencia de una naturaleza humana universal, constituida por mecanismos psicológicos, productos de la evolución. Esos mecanismos serían adaptaciones resultantes de un proceso de selección natural a lo largo del tiempo

evolutivo. Tareas extremadamente complejas, como el reconocimiento de caras, son ejecutadas fácilmente por bebés, sin necesidad de instrucción formal. ¿Cómo explicar esas habilidades sin auxilio de mecanismos previamente configurados en el cerebro? Al mismo tiempo, ¿cómo considerar las posibilidades de la plasticidad en un cerebro diseñado y especificado por la evolución?

Como se puede ver hay muchas preguntas formuladas por las ciencias de la vida y de la mente que permanecen todavía sin una respuesta satisfactoria. Aún se desconoce cual es la parcela de influencia de los componentes genéticos y ambientales en el refinamiento del sistema nervioso. No se conocen los mecanismos que llevan la estimulación ambiental a interactuar con el crecimiento exuberante del sistema nervioso ni los eventos que seleccionan determinados circuitos en detrimento de otros. También se está tratando de saber cómo nuestros comportamientos cognitivos y emocionales pueden ser explicados en función de la actividad de los circuitos y cómo estos pueden ser dinámicamente modificados, aún en estadio adulto.

La condición humana es bastante compleja e implica la integración de diferentes áreas y/o redes neuronales. Los estudios actuales no paran de ofrecer evidencias favorables a una comprensión de un cerebro plástico, altamente sensible al ambiente (físico, social y cultural). Esta parece ser la principal función del cerebro en cuanto órgano de estructura múltiple y adaptable: las relaciones humanas y adaptación al medio. De lo que resulta más nítida la comprensión de cómo las interacciones con el contexto, especialmente con "las restantes personas, modelan directamente el desarrollo de la estructura y función del cerebro" (Siegel, 2007: 15). En otras palabras: de cómo la mente (o el *self*) surge de la actividad cerebral, cuya estructura y función están directamente modeladas por la experiencia interpersonal.

La construcción del *self* parece seguir una ruta ancestral de evolución, pero no puede prescindir, para su efectivo desarrollo a lo largo del ciclo vital, de un contexto, socio-cultural e histórico, en medio a condiciones materiales específicas. Por consiguiente, parece razonable inferir que nuestros comportamientos, pensamientos y sentimientos son posibilitados por las sinapsis que surgen durante la "historicidad constitutiva del cerebro", cambiando el curso de nuestras vidas y teniendo en la estimulación socio-ambiental una parte crucial de ese proceso.

A partir de ahí, es posible formular las siguientes preguntas: ¿Qué es precisamente lo que debemos hacer con nuestros cerebros? ¿Por qué mientras la actividad del sistema nervioso central, tal como aparece hoy en día a la luz de los descubrimientos científicos, propone como algo evidente a nuestra consideración y reflexión una nueva idea de transformación, tenemos a pesar de ello la sensación

de que nada se transforma? ¿Por qué entonces, si está claro que no puede haber, en adelante, aproximación filosófica, ética, jurídica, científica de la historia que no pase por un análisis detallado del fenómeno neuronal, tenemos, no obstante, insistido en seguir un camino contrario a una integración interdisciplinar necesaria que, bajo toda evidencia, seguramente contribuirá más a la comprensión de lo que nos hace humanos en el escenario de la naturaleza y de la cultura? ¿De qué nos vale tener un cerebro, qué podemos hacer?

En resumen, interrogarse sobre la conexión entre lo neuronal y lo mental viene a ser lo mismo que indagarse, en el propio interior del funcionamiento cerebral, de la subjetividad lanzada al "desafío plástico", por el paso de lo biológico a lo cultural, de la base estrictamente natural del espíritu a su dimensión histórica y, por lo tanto, necesariamente (neuro-...) política, ética, social y jurídica.

3. Neurociencia, Filosofía y Neuroética

Los estudios de la naturaleza de la mente y del funcionamiento del cerebro empiezan a llegar a la filosofía moral y al derecho de manera cada vez más contundente; de forma directa o indirecta, no paran de lanzar nuevas luces sobre antiguas cuestiones acerca de la racionalidad humana, de la moralidad, del bien y del mal, de lo justo y lo injusto, del libre albedrío, de la "*rule of law*" y las relaciones entre los individuos.

Gracias a las investigaciones llevadas a cabo por la neurociencia, el diseño del cerebro que está apareciendo apunta ya algunas pistas dignas de mención. En primer lugar, la confirmación de aquellas hipótesis lanzadas por Crick y Koch (1990) acerca de la consciencia como una actividad sincronizada de neuronas que se encuentran situados en lugares distintos de la corteza cerebral. Sabemos ya que en la tarea de realización de juicios morales (así como de juicios normativos en el derecho y en la justicia) es esencial la conexión fronto-límbica (Damasio, 1994; Adolphs et al, 1998; Greene et al., 2001 y 2002; Moll et al., 2002 y 2003; Goodenough & Prehn, 2005; Hauser, 2006). Sabemos que la percepción estética implica la activación de la corteza prefrontal dorsolateral izquierdo (Cela-Conde et al. 2004) y que la capacidad para apreciar la belleza difiere entre hombres y mujeres por lo que se refiere al cerebro – es decir, que cuando las mujeres evalúan diferentes estímulos con relación a la belleza de los mismos, se activan regiones en el lóbulo parietal de los dos hemisferios cerebrales, mientras que en el caso de los hombres esa activación se da preferentemente en el hemisferio derecho (Cela-Conde et al, 2009). Sabemos como se realiza el procesamiento de

los colores a partir de los centros visuales primarios de la corteza occipital (Zeki & Marini, 1998; Bartels & Zeki, 1999), así como la activación neuronal relacionada con la identificación de objetos percibidos mediante la visión (Heekeren, Marrett, Bandettini & Ungerleider, 2004).

También sabemos del sistema de las "neuronas espejo" que, lejos de ser una mera curiosidad, parece ser muy importante para comprender la mayoría de los aspectos de la naturaleza humana, como la evaluación de los actos e intenciones de los demás (teoría de la mente), para comunicar nuestras intenciones y sentimientos, para comprender y prever el comportamiento, las intenciones y sentimientos de nuestros congéneres... (Rizzolatti et al., 2001 y 2006; Ramanachandran, 2008; Iacoboni, 2009). En términos generales va apareciendo un panorama en que la corteza prefrontal juega un papel de primer orden respecto a los procesos cognitivos superiores, cosa que, por otra parte, ya había sido sugerida, aunque fuese a título de hipótesis especulativa, por los paleoantropólogos (Deacon, 1996 y 1997).

Por otro lado, la caracterización neurológica de la moral empieza a parecer compatible con una psicología evolucionista que entienda que unos mismos procesos cognitivos intervengan en diferentes tareas o para solucionar diferentes problemas (Shapiro & Epstein, 1998). Particularmente con relación al derecho, ya adelantamos, los avances neurocientíficos ya empiezan a apuntar en algunas direcciones igualmente dignas de ser mencionadas: en primer lugar, en un sentido directo y explícito, algunas técnicas pueden constituirse en elementos de prueba, mientras que otras técnicas o neurofármacos pueden venir a ser usados como medidas asociadas a la pena o para la rehabilitación de los transgresores; en segundo lugar, y de un modo más difuso, pero no menos profundo, los nuevos conocimientos pueden llegar a influir en las intuiciones morales de la sociedad así como en las obligaciones percibidas, estimulados por la utilización de las técnicas modernas de imagen cerebral para investigar los correlatos neuronales de ciertos comportamientos, como, por ejemplo, el libre albedrío, la responsabilidad personal, la toma de decisiones morales y jurídicas, etc.

Y si bien es cierto que aún estamos lejos de contar con un mapa preciso de las activaciones y correlatos neuronales relacionados con nuestros comportamientos y/o los procesos cognitivos y emocionales que nos llevan a actuar, no menos correcta es la constatación de que vamos trillando un buen camino para empezar a hacerlo y comprenderlo. Pero desde luego sí que hay algo de obvio y de extremadamente positivo que se puede inferir de todos esos progresos neurocientíficos: la constatación de que la mente es un estado funcional del cerebro, de que todo lo que pasa en la mente (la actividad mental) se debe a

(o al menos depende de la) actividad del cerebro; esto es, que toda nuestra actividad mental (de la percepción a la consciencia) no es más que una dimensión particularmente sofisticada de la vida biológica.

Patricia S. Churchland fue probablemente quien primero introdujo el término neurofilosofía en su libro de mismo título publicado en 1986. En él, *Neurophilosophy*, su autora ya argumenta si no habrá llegado el momento de cuestionarnos que filosofar sobre la mente, el yo y la consciencia humana pueda hacerse sin el concurso de la ciencia del cerebro. Ahora, cuando ya ha pasado más de dos décadas, se refuerzan los argumentos de Churchland (Llinás y Churchland, 2006). Y es que la neurociencia, en tan corto espacio de tiempo, ha avanzado mucho y ha profundizado lo suficiente como para, a la luz del proceso evolutivo, invitarnos a pensar sobre el ser humano, sobre nosotros mismos, desde una perspectiva completamente distinta a la de como hemos estado haciendo hasta ahora.

Es decir, un salto desde la pura introspección, el menoscabo de las emociones y la razón sin experimentación alguna hasta los fundamentos científicos de como el hombre realiza esas operaciones con su cerebro. Dicho más directamente, hacer hoy filosofía sobre el hombre, desconociendo los fundamentos básicos de como funciona su cerebro, puede dejar relegada esa filosofía, más temprano que tarde, a un abstracto intelectual, a la mera contemplación, incapaz de dar respuesta a las grandes o pequeñas preguntas que embargan al ser humano.

De ahí que la neurofilosofía haya nacido del reconocimiento de que, por fin, las ciencias del cerebro y su tecnología están suficientemente avanzadas como para haber logrado un avance real en nuestra comprensión del problema cerebromente (memoria, aprendizaje, consciencia, libre albedrío, etc.). Más claramente, eso nos lleva a inferir y a predecir que la filosofía desarrollada sin un entendimiento de las neuronas y el cerebro humano es altamente posible que se vuelva estéril. Así, pues, la neurofilosofía, como resultado y como una filosofía sobre el hombre que se sustenta sobre los pilares sólidos del conocimiento que aporta la neurociencia actual, se centra en problemas que tienen que ver con la intersección de una naciente neurociencia y una envejecida filosofía.

Se trata de una nueva área del conocimiento que tiene como objetivo usar lo que sabemos sobre el funcionamiento del cerebro para definir mejor lo que significa ser humano y como debemos actuar o interactuar socialmente: es el cerebro el que sustenta, gestiona y genera el sentido de la identidad y de la personalidad, la percepción del otro y la esencia humana (Gazzaniga, 2005). Y a partir de esta nueva filosofía de vida con un fundamento cerebral, el

funcionamiento del cerebro revela un impresionante grado de complejidad : más de 100.000 millones de células nerviosas (las neuronas, a que Ramón y Cajal llamó "las mariposas del alma") y una infinidad de puntos de contacto (de interconexiones sinápticas) a través de los cuales la información entre las neuronas puede ser transmitida, que se asentan sobre un cerebro emocional que necesitó centenas de millones de años de selección natural para tomar forma -, algo que entra en plena consonancia con la igualmente alarmante y fascinante complejidad del pensamiento, del comportamiento y de la experiencia humana.

Hay un consenso generalizado en el sentido de que el término *neuroética* se debe a William Safire (2003), un periodista que lo utilizó para designar "el ámbito de la filosofía que trata sobre los aspectos buenos y malos del tratamiento o la potencialización del cerebro humano". Pero la neuroética es algo más que una bioética del cerebro. De hecho, en la medida en que se desarrolle ese campo del conocimiento humano se hace cada vez más necesario ampliar sus objetivos y su ámbito de análisis. De ahí porque la neuroética es, hoy, concebida y definida como el análisis de como queremos abordar los aspectos sociales de la enfermedad, la normalidad, la mortalidad, los estilos de vida y la filosofía de la vida de acuerdo con nuestro conocimiento de como funciona el cerebro (una comprensión de los mecanismos cerebrales subyacentes) y con eso poder ayudar a entender mejor y más propiamente el significado, las condiciones de posibilidad y los límites de una vida digna. Por tanto, esta disciplina no solo se dedica a la búsqueda de recursos para la cura médica, sino que sitúa la responsabilidad personal en un contexto social y biológico más amplio. Es - o debería ser - un esfuerzo de como alcanzar una filosofía de la vida con un fundamento cerebral, es decir, basada en el cerebro (Gazzaniga, 2005).

En este aspecto, la neurociencia de la ética sería el núcleo duro de lo que entendemos por neuroética. El estudio de la estructura y función cerebral relacionado con algunos de los profundos interrogantes que preocupan la humanidad desde el inicio de la historia: ¿Qué es el libre albedrío? ¿En qué consiste la imagen corporal? ¿Cuál es el origen de la moral? ¿De donde provienen nuestros juicios morales? ¿Por qué nos comportamos de forma irracional? ¿Qué son las emociones?; cuestiones que hasta hace poco pertenecían al ámbito (casi exclusivo) de la filosofía (Ramachandran, 2008). En sus raíces, la neuroética tiene su pilar básico, más robusto, en la aceptación de que lo que hoy llamamos ética depende, en toda su dimensión, del funcionamiento del cerebro y, en particular, de ciertos sistemas cerebrales o correlatos neuronales trabajando en un determinado contexto social.

En síntesis, dentro del campo de la neuroética tiene gran importancia el estudio de como los avances en neurociencia, en particular los conocimientos de las bases o correlatos neurobiológicos de la consciencia, personalidad y conducta, afecta nuestra concepción del hombre y de sus relaciones sociales, siendo que uno de los desarrollos científicos con mayores implicaciones para la neuroética son los avances en la comprensión de los comportamientos morales, conocimientos que permiten, por ejemplo, tomar mejores decisiones al momento de juzgar, premiar y/o penalizar los individuos por sus conductas.

Pero, ¿qué conocemos hoy de la relación entre la ética y el cerebro? Para empezar, sabemos que el cerebro no parece contener centros ni circuitos neuronales "éticos" o "morales", es decir, módulos cuyo funcionamiento esté dedicado, exclusivamente, a producir los pensamientos, los juicios morales y la conducta ética. La conducta moral es la elaboración mental de un producto que requiere la participación de múltiples sistemas neuronales ampliamente distribuidos en el cerebro y que algunas veces elaboran conductas "morales" y, otras, distintos tipos de conductas. Dicho de modo más directo, la conducta moral es una construcción cerebral que no tiene una estructura definida en el cerebro.

Por consiguiente, la elaboración de un raciocinio o juicio moral, y su consecuencia en la conducta, requiere la actividad de ciertos circuitos neuronales en un reclutamiento que sigue patrones de tiempo y en el cual participan muchas y diferentes áreas del cerebro, desde el sistema límbico, con las emociones, los sentimientos y la memoria en contextos específicos (hipocampo y corteza cerebral), hasta las áreas de asociación de esa misma corteza cerebral (la denominada corteza de asociación, cuyas funciones no son de forma estricta ni sensoriales ni motoras y se encuentran de manera más abundante en la parte frontal del cerebro, es decir, en la corteza temporal, parietal y frontal y que, responsables por mediar las funciones cognitivas del cerebro – e igualmente responsables por nuestras ventajas cognitivas –, sólo se encuentran en humanos), con la toma de decisiones, la responsabilidad y la propia y final cognición moral.

Todo eso, sin embargo, no quiere decir que en esos sistemas neuronales no existan nodos clave cuya lesión o alteración por drogas u otras manipulaciones pueda influir y alterar las conductas éticas. Uno de esos nodos, por ejemplo, es precisamente la corteza prefrontal. El caso más paradigmático sobre las consecuencias de una lesión en esta área del cerebro es el de Phineas Gage, cuyo daño cerebral transformó a una persona modélica en un ser con una conducta reprobable, grosera y poco respetuosa con las normas éticas más elementales (Damasio, 1994; Gazzaniga, 2002), además de incapaz de planificar, anticipar o pensar en el futuro (Gilbert, 2006).

En este particular, la historia de Phineas Gage nos recuerda que gran parte de lo que hacemos en el contexto social son actos equilibrados que penden precariamente al borde del desastre social. Que la mayoría de los humanos puede mantenerse en el lado de la cohesión social se debe a la corteza frontal de nuestros cerebros – lo cual, en las palabras de Linden (2010), *"es el sustrato de nuestra individualidad y determina nuestras interacciones sociales, el aspecto que tenemos y quizá también nuestro sentido moral [...] No sólo las capacidades cognitivas sino también nuestro carácter y nuestra personalidad"*. En fin, de que cualesquiera que sean los procesos psicológicos implicados, tiene que ser consecuencia de la actividad cerebral.

La consciencia, tal como la experimentamos, no es más que una propiedad emergente de la actividad eléctrica del cerebro de interconectar neuronas que se encuentran en sitios distintos de la corteza cerebral (de forma sincronizada) y que intercambian mensajes electroquímicas. Podemos reflexionar sobre esta actividad cerebral (el fenómeno al que llamamos "autoconsciencia") porque tenemos teoría de la mente y podemos tomar distancia de nuestras experiencias inmediatas y preguntarnos qué se siente al pensar en algo. Todo eso indica que hay algo especial en esta parte del cerebro que juega un papel fundamental en suavizar nuestros comportamientos con respecto a los variados caprichos de nuestro mundo social.

También ya se conoce la historia, bien documentada, de casos claros de violación de las normas éticas y la localización de los danos cerebrales obtenidos por técnicas de neuroimagen. Personas, por ejemplo, que conociendo bien las consecuencias, a veces dramáticas, que puede tener su conducta antisocial, son incapaces de evitarla. De hecho, hay muchas y diferentes áreas del cerebro cuya actividad ya fue implicada en la elaboración de la conducta moral y de los juicios éticos. Y a todo eso se acumula, diariamente, datos de la neuropsicología (que describe la dependencia de las facultades mentales relativamente a determinadas regiones cerebrales concretas) que nos permiten acrecentar nuevas piezas al puzzle.

Es cierto que caminamos muy poco por el camino que lleva a una comprensión fundamental del cerebro, que no sabemos (y eso es mucho no saber) como codifican la información las neuronas y que la neurociencia está aún muy lejos de poder trazar o discriminar con precisión los circuitos neuronales que subyacen a la elaboración de la emoción, del raciocinio o del juicio moral. Sin embargo, parece no constituir ningún disparate admitir ser también verdad que ya se empieza a conocer algunas piezas que componen el diseño de la moralidad en el cerebro humano. Es evidente – y este es precisamente un tema de fundamental

importancia en esa conjunción de esfuerzos entre neurocientíficos, filósofos, juristas, etc., que requiere la neuroética- que investigar en el cerebro los mecanismos o correlatos neuronales que elaboran la conducta moral (y aquellos que la alteran) implica delimitar muy bien las preguntas que hay que hacer para obtener en las correspondientes investigaciones las respuestas más adecuadas.

Y aunque eso sea, obviamente, muy complejo, lo cierto es que, trozo a trozo experimental, la neurociencia va conformando nuestra concepción de lo que somos. El peso de la evidencia nos lleva cada vez más a aceptar que es el cerebro, en vez de cualquier otra sustancia no física, el siente, valora, piensa y decide. Así que estoy convencida de que la maduración de la moralidad humana (una reevaluación de nuestros valores morales y de nuestras concepciones de la ética y del derecho) ocurrirá como consecuencia de los nuevos conocimientos que nos aporte la ciencia del cerebro. Y, desde luego, de esa convergencia entre neurociencia y humanidades, es decir, de lo que se ha venido a designar de neuroética.

Estoy convencida, además, que, incluso cuando impredecible en el resultado, solo a través de la investigación experimental del cerebro humano, de la comprensión y del desciframiento de su funcionamiento, podremos ser capaces de encontrar la existencia de una naturaleza humana universalmente compartida y, consecuentemente, de una ética más (o verdaderamente) universal. Ética universal que dependerá, después de todo, y en gran medida, de la sabiduría con que nuestro cerebro sabrá leer, interpretar y comprender los códigos de su propio funcionamiento.

Dicho de otro modo, el punto más seguro y firme es el de desvelar los procesos cerebrales subyacentes a nuestras capacidades cognitivas y, mediante una perspectiva evolucionista y neurocientífica, necesariamente interdisciplinar, proponernos después de que forma llegamos a ser como somos, de donde venimos, como funcionamos y cuáles son las posibilidades que nos brinda el futuro. Como recuerda Churchland (2006), *"para comprender lo que somos y cómo actuamos, debemos comprender el cerebro y su funcionamiento"*.

4. Neurociencia y Derecho

La organización social tiene que ver con la forma con que el derecho es capaz de controlar la conducta humana y regular las relaciones interpersonales que son generadas y establecidas en su interior. Pero también tiene que ver lógicamente con un tipo de neurobiología interpersonal (Siegel, 2007) respecto a los cerebros de los hombres que las constituyen. Ese panorama social complejo,

tan variado como diferente, es reflejo de los distintos, indeterminados e imprevisibles que pueden llegar a ser los cerebros de las personas y del modo como está conectado con el mundo exterior y con las mentes de otros individuos (esto es, con la interacción entre cerebros humanos, de como el cerebro dirige el comportamiento social y, por su vez, de como nuestro mundo social influye en nuestro cerebro y en nuestra biología). Nuestras sociedades actuales, e inclusive las primitivas, están constituidas por personas cuyos cerebros y su funcionamiento corre un arco tan amplio y variado que alcanza desde aquello que entendemos por "normal" – sin saber propiamente lo que esto significa - hasta todo un espectro de "defectos" - desde los más sutiles y disimulados hasta los más groseros y aparentes.

Esta circunstancia, sumada a los avances procedentes de las investigaciones neurocientíficas, nos tienen empujado, cada vez con más intensidad, a buscar redefinir lo que debemos entender por naturaleza humana basándose, ya ahora, no tanto en la conducta y en la psicología sino sobre parámetros medibles y objetivos del funcionamiento del cerebro. Y a medida que eso se va alcanzando, posiblemente con la disponibilidad de nuevas tecnologías de registro e imagen cerebral, surgen nuevas preguntas: ¿Cómo vamos operar jurídicamente delante de toda esa amalgama de seres humanos que violan y deshumanizan el humano? ¿Qué circuitos de nuestro cerebro elaboran las conductas antisociales? Y ¿cómo estas pueden ser modificadas o controladas una vez conocidos cuales son dichos circuitos? ¿Hay correlatos neuronales "responsables" tanto por la normalidad como por los defectos que emergen de los vínculos sociales relacionales (y de las relaciones jurídicas) que el ser humano establece a lo largo de su existencia? ¿Con que sentido y cómo el cerebro dirige el comportamiento moral y social y a su vez cómo el mundo social influye en nuestro cerebro y en nuestra biología? ¿Nueva medicina, nueva política, nueva jurisprudencia, nueva sociedad o nuevo derecho? Vayamos por partes.

El derecho es un artefacto cultural relacional, dinámico e histórico, con un carácter esencialmente instrumental y pragmático. Está compuesto tanto por las normas que lo expresan como por su interpretación y aplicación contextualizadas en el seno de una práctica jurídica, humana, moral, política y social más amplia de la que toma su sentido. Se destina a la consecución de la justicia mediante las diversas formas por medio de las que se articulan los vínculos sociales relacionales y tiene por finalidad la solución de determinados problemas prácticos relativos a la conducta en interferencia subjetiva de los individuos, es decir, a las relaciones jurídicas (Kaufmann, 1999; Atienza, 2003).

De la misma manera que hasta hoy se ha servido de múltiples disciplinas científicas para alcanzar ese objetivo, ahora empieza a hacerlo con la neurociencia. Neurociencia y derecho constituyen, sin duda, un tema novo. Un tema con implicaciones sociales, ontológicas y metodológicas de una dimensión no comparable con ningún otro, pues se refiere específicamente a la relación entre los mecanismos que generan la conducta humana, el cerebro, y las consecuencias, en sociedad, de esa conducta.

Y aún cuando la neurociencia y el derecho parecen tener distintos objetivos e intereses, en el sentido de que la primera busca entender la conducta humana (pensamiento, emoción, etc.) y el segundo juzgarla (intencionalidad, culpabilidad, etc.), resulta evidente que ambas disciplinas también pueden ayudarse mutuamente. A pesar de que entender y juzgar son actividades diferentes, los esfuerzos por entender el comportamiento humano, sus causas, motivaciones, límites y factores condicionantes, pueden ser de gran apoyo, no solo en los juicios sobre culpabilidad o inocencia, sino también en el propio proceso de realización práctico-concreta (interpretación, justificación y aplicación) del derecho.

Estos son tiempos emocionantes porque los misterios del cerebro empiezan a ser comprendidos. Para las ciencias sociales, que crean modelos de comportamiento humano, los resultados de las investigaciones neurocientíficas tienen un valor de enorme potencial teórico y práctico. Para los estudiosos del derecho que tratan de encontrar una manera de interpretar y aplicar la ley para maximizar los efectos benéficos y/o útiles del derecho, la evolución de la neurociencia parece traer consigo la promesa de resultados igualmente importantes.

En otras palabras, las ciencias de la conducta, en su aspecto amplio, está impactando de tal manera nuestro entendimiento del comportamiento humano que ya parece urgente incorporar esos nuevos conocimientos a las disciplinas cuyo correcto desempeño requiere una adecuada comprensión de los determinantes y condicionantes, innatos y adquiridos, del comportamiento. De hecho, no deja de sorprender la forma como la neurociencia está entrando rápidamente en los sistemas legales del mundo occidental. El resultado de esa interferencia es que, al menos desde una perspectiva teórica, el trabajo de los neurocientíficos está siendo cada vez más valorado, discutido y aplicado en varios contextos jurídicos (Garland y Glimcher, 2006).

Por ejemplo, en 2004, el Diario de Munich *Süddeutsche Zeitung* invitó al forum "Medio Ambiente-Ciencia", entre otros, al neurocientífico Gerhard Roth, al profesor de derecho penal de la Universidad Goethe de Frankfurt, Klaus Lüderssen, al historiador Johannes Fried y al filósofo Wilhelm Vossenkuhl. En esta

discusión, Roth mantuvo que dos fundamentos esenciales del concepto de libertad ya habían sido rebatidos. El primero es la creencia de que *"yo soy el que actúa"*; el segundo, la sensación subjetiva de la posibilidad de elección: *"yo podría haber actuado de otra manera si hubiese querido"*. El yo no se encontró en ningún lugar en el cerebro, pero sí los mecanismos inconscientes que determinan los supuestos actos de voluntad libre.

El filósofo Vossenkuhl, a pesar de no haber discutido los resultados experimentales procedentes de la neurociencia, señaló, con todo, que los mismos son limitados porque investigan acciones mínimas, pero no decisiones complejas. Por su parte, Lüderssen ponderó que los resultados de la investigación cerebral eran dramáticos, ya que no sólo el derecho penal se fundamenta en la culpabilidad del sujeto y, por tanto, en su capacidad y responsabilidad en la toma de decisiones, sino que el derecho civil también se ve afectado. Lüderssen comparó este cambio que debiera plantearse nuestro sistema jurídico con la revolución copernicana, y confesó no saber cuándo deberían modificarse los códigos penales, pues todavía nos falta mucho por investigar al respecto.

En resumen, si no existe libertad, si la libertad es una ilusión, no se concibe la culpabilidad ni la imputabilidad, de manera que no se debe castigar a aquellos miembros de la sociedad que transgreden las leyes que nosotros mismos hemos creado para permitir una convivencia pacífica. Y aunque parezca razonable suponer que ningún nuevo conocimiento podrá cambiar este hecho (pues caerían los pilares de nuestra civilización: la responsabilidad, la culpabilidad, la imputabilidad, el pecado...), pero sí cambiará la imagen que tenemos del mundo y de nosotros mismos, después de rebajar una vez más el orgullo humano que nos ha hecho (y aún nos hace) creer "tener fe" en tantas falsedades a respecto de la condición humana. (Rubia, 2009)

A pesar de eso, parece cierto que los conocimientos que aporta la neurociencia todavía no se pueden colocar sobre la mesa de una forma contundente y con ellos influir en las decisiones judiciales; pero sí es cierto que pueden proporcionar valiosa información a ser debidamente considerada en el acto de juzgar y decidir. La consideración y la adecuada evaluación de esos datos científicos bien pueden llevar los tribunales a alcanzar una conclusión más próxima de la justicia concreta. En cualquier caso, está claro que estamos adentrando en un sendero que nos está conduciendo, más rápido de lo imaginado, a una transformación del derecho, con cambios profundos en su estructura y en el proceso de realización práctico-concreta de las normas jurídicas.

De ahí que parezca razonable considerar, desde ya, la necesidad de diseñar un modelo normativo e institucional que, en un futuro no tan lejano, trate no

solamente de viabilizar el acceso de todos por igual a los beneficios provenientes de la revolución neurocientífica, como, y muy especialmente, de evitar que algunos (o muchos) pueden salir enormemente perjudicados por un particular uso y aplicación de esos nuevos avances. Es decir, de un modelo normativo e institucional que, asegurando la equidad de la distribución de beneficios y cargas como una cuestión de justicia social, trate de disciplinar éticamente esas investigaciones en la busca de encontrar puntos de equilibrio para acomodar las expectativas (culturales, biológicas, de validez jurídico-social y de legitimidad substancial) de una comunidad de individuos delante de la cual la cualidad de sus normas (y su consecuente aplicación) será medida por su humanidad, por la precisión de su adhesión a las necesidades humanas (individuales y colectivas).

En síntesis: es innegable el potencial de los nuevos conocimientos neurocientíficos, sobre todo en lo que se refiere a la tarea de realización del derecho, al libre albedrío, al problema de la responsabilidad personal... En sede de interpretación y aplicación de las leyes, por ejemplo, en la medida en que el conocimiento de la relación cerebro/moral, razón/emoción, innato/adquirido, avanza, será posible el desarrollo de modelos metodológicos que permitan promover, a través de las aproximaciones neurocognitivas, discursos jurídicos más ajustados al bienestar individual y colectivo, al margen de las antiguas certezas equivocadas. Así mismo, hay un conjunto de disciplinas que se ven afectadas directamente por las temáticas aquí abordadas, especialmente el ramo forense de la neurología, la psiquiatría y la neuropsicología.

Somos objetos físicos (cuerpo y cerebro) de los cuales las mentes emergen; y, de algún modo, de nuestras mentes se forman las sociedades y las culturas. Para entendernos completamente, tenemos que estudiar y comprender todos esos tres niveles: físico, psicológico y sociocultural. Hace mucho tiempo que existe una división del trabajo académico: los biólogos y neurocientíficos estudian el cerebro como un objeto físico; los psicólogos estudian la mente; los sociólogos, filósofos, antropólogos y juristas estudian las normas de conducta y los movimientos construidos socialmente dentro de los cuales las mentes se desarrollan y funcionan. Pero la división de trabajo sólo es (y será realmente) productiva cuando las tareas se tornen coherentes; cuando todas las líneas de trabajo se acaben combinando para crear algo mayor que la suma de sus partes.

Durante casi todo el siglo XX eso no ocurrió – un campo ignoraba los otros y se concentraba en sus propias cuestiones. Sin embargo, hoy en día, el trabajo interdisciplinar está floreciendo y expandiéndose. Las ciencias empiezan a estar asociadas, lo que genera la coherencia en varios niveles cruzados. Como magia, empiezan a surgir nuevas grandes ideas, particularmente en lo que respecta al

surgimiento de una nueva visión de las disciplinas humanísticas clásicas. Y si la realización completa de este camino emprendido se cumple, lo cual puede depender de muchos factores aleatorios, no nos cabe ninguna duda que nos encontraremos con cambios importantes en el conocimiento de nosotros mismos - como seres libres, separados y autónomos - y de la sociedad en la que nos tocará vivir en el futuro.

Después de todo, un objetivo de esa naturaleza se fundamenta precisamente en la premisa de que, si deseamos comprender como nos comportamos, pensamos y tomamos decisiones, el conocimiento de los mecanismos neurobiológicos no es algo ornamental sino una necesidad. Llegar a entender los fenómenos mentales en el contexto de la relación neurociencia/derecho no deja de ser una tarea potencialmente revolucionaria y estimulante. A medida que se descubran las propiedades de los circuitos y sistemas cerebrales y como estos logran sus macro efectos, sin duda se reconfigurarán algunas de las muy respetables premisas tradicionales acerca de nuestra propia naturaleza.

En un sentido más general, es probable que las ideas comúnmente admitidas sobre la racionalidad, el libre albedrío, el *self*, la consciencia, la percepción y la conducta humana, no conserven tanta identidad como las ideas precientíficas sobre la sustancia, el fuego, el movimiento, la vida, el espacio y el tiempo. Todavía nos falta un largo camino que recorrer, pero la nueva convergencia investigativa entre la neurociencia, la psicología, la filosofía, la antropología, el derecho (...) y los modelos experimentales ofrece la promesa de que, al menos, se comprenderán algunos de sus principios básicos (Churchland, 2006).

5. Los límites de la neurociencia

¿Están los científicos creando un mundo ambicioso que resultará en la imposición de una revolución lenta, silenciosa, destructiva y subversiva de los "valores humanos" hasta ahora anclados en la tradición? ¿Se avecina una nueva manera de pensar y entender la conducta humana? ¿Qué códigos posee el cerebro que modelan la ética, la responsabilidad personal, los vínculos sociales relacionales, las transacciones sociales, económicas y jurídicas, e incluso el "arte" de interpretar? ¿Dónde se ubican en el cerebro las emociones sociales, el libre albedrío, los juicios y la cognición moral? ¿Qué tiene que ver la neurociencia con el Derecho y la Jurisprudencia?

El diseño del cerebro que está apareciendo gracias a los estudios de imagen cerebral indica avances espectaculares en lo que se refiere a la comprensión del cerebro y su funcionamiento. Por ejemplo, lo relativo a la confirmación de que la consciencia surge de la actividad sincronizada de neuronas que están situadas en distintos lugares de la corteza cerebral, algo que acaba por poner en jaque algunas de las ideas más firmes del funcionalismo computacional y de la concepción estricta del supuesto de la modularidad de los procesos cognitivos (Fodor, 1983), como por ejemplo: el de un procesador central y un progreso *bottom-up* de la percepción hasta llegar a los procesos superiores.

En lo que llamamos caracterización neurobiológica de nuestra concepción moral la neurociencia contemporánea ya da por sentado que los fenómenos o procesos mentales relacionados con los correlatos neuronales de nuestras conductas o juicios morales son propiedades emergentes de la actividad cerebral. Como indicado antes, a cada día que pasa, surgen nuevas tecnologías para la obtención de imágenes detalladas del cerebro en funcionamiento. Los neurocientíficos intentan hacer visibles aspectos de la condición humana mediante procedimientos de imágenes cerebrales que permitan retratar, por así decir, el pensamiento, los correlatos de activación neuronal que se producen cuando el sujeto de experimentación piensa o formula juicios morales.

Con relación al derecho, la investigación neurocientífica sobre la cognición moral y jurídica podría venir a revolucionar nuestro entendimiento acerca de la naturaleza del pensamiento y de la conducta humana, con consecuencias profundas en el dominio propio de la "racionalidad" jurídica y del actual modelo (ontológico y metodológico) del fenómeno jurídico. Y, si como dijimos antes, no parece haber una institución humana más fundamental que la norma jurídica y, en el ámbito científico, algo más estimulante que el estudio del cerebro, la unión de estos dos elementos representa, seguramente, una combinación naturalmente fascinante y estimulante, una vez que tanto la norma jurídica (su interpretación y aplicación) como el comportamiento que procura regular son, después de todo, productos de la actividad cerebral.

A pesar de eso, será igualmente importante que se tenga el debido cuidado a la hora de expresar tal idea, evitando asumir que el cerebro (o los genes) prescribe y determina el comportamiento humano de una manera simple, de uno sobre el otro. Ojala fuese la cosa tan simple. Así como el creacionismo ingenuo puede condenar a los humanos a una minoría de edad permanente, así también pensar que la relación cerebro/moral/derecho es todo puede llevarnos a olvidar que, en este momento de la historia, la medida del derecho, la propia idea y esencia del derecho, es el humano, cuya naturaleza resulta no sólo de una mezcla

complicadísima de genes y de neuronas sino también de experiencias, valores, aprendizajes, e influencias procedentes de nuestro entorno.

Conviene actuar con mucha cautela cuando un salto técnico así permite llevar a cabo análisis y detecciones imposibles con anterioridad. Y en que pese al hecho de que los procedimientos actuales de neuroimagen funcional se limitan a detectar cambios en la actividad neuronal o en la circulación sanguínea cerebral, no resulta difícil dejarse llevar por la euforia, sacando conclusiones precipitadas o exageradas. Pero lo cierto es que la actual investigación neurobiológica de nuestras conductas, de nuestros juicios morales, de nuestro conocimiento del bien y del mal, presenta importantes limitaciones.

Por ejemplo, la descripción de determinados centros de actividad y la atribución a esas áreas de determinadas funciones o actividades apenas nos ayudan, una vez que el hecho de que todo suceda en un lugar determinado del cerebro no explica nada. Y los métodos actuales no dicen nada acerca de "cómo" funciona, pues simplemente miden y, de manera indirecta, señalan donde hay una mayor necesidad energética entre centenas de miles de neuronas. La localización exacta en el cerebro, que hoy conocemos gracias a las técnicas de imagen cerebral, no explica como las funciones cognitivas y afectivas pueden describirse por mecanismos neuronales (Rubia, 2009).

Además, desde Charles Darwin sabemos que el hombre es un producto de la historia de la evolución. Los momentos biológicos y culturales se encuentran estrictamente entrelazados en el proceso que condujo al ser humano. El hombre es un ser natural y cultural. Cuando el hombre empezó a dar nombre y significado a las cosas del mundo en un lenguaje recíprocamente utilizable, surgió el pensamiento, discurso o mente. Sólo en este terreno es posible hablar de normas y prohibiciones. Sólo entonces se abrió el campo de actuación de la comunidad humana en la que los derechos y los deberes desempeñan un papel significativo, esto es, sólo a partir de la capacidad de darse respuestas a si mismo y a los demás que el hombre se convirtió en un ser responsable.

Por eso no resulta sorprendente y ni definitivo el hecho de que ahora, por medio de la neurobiología cognitiva, se descubran correlatos y condicionamientos biológicos de la conducta humana y de los juicios morales. La circunstancia de que las concepciones de valor, fijadas en la moral, son en parte de procedencia natural y en parte de origen convencional, es algo indiscutible. Ya Aristóteles lo señaló: las preferencias morales surgen o por fuerza natural o contra la naturaleza. Y es mucho más propio de la naturaleza humana asumir estas últimas. En consecuencia, no teorizamos o filosofamos sobre el derecho para llegar a saber lo que es la justicia o la virtud, sino para llegar a ser hombres virtuosos y justos,

capacidades que surgen de la actividad cerebral, cuya estructura y función están directamente influenciadas por nuestra experiencia individual e interpersonal.

En todos los experimentos llevados a cabo los científicos se encuentran ante una amalgama de biología y cultura, pero los métodos que ellos emplean, además de limitados, sólo exploran la faceta biológica. Hasta los procedimientos últimos de neuroimagen funcional se limitan a detectar cambios en la actividad neuronal o en la circulación sanguínea cerebral. Para la indagación de las influencias culturales o la aclaración de la relevancia cultural de los acontecimientos biológicos, no existe, hasta el momento, ningún procedimiento científico-natural. Como recuerda Dupré (2006), la mente humana se desarrolla bajo continuas influencias que interactúan desde el exterior y desde el interior. De hecho, aún resulta muy difícil especificar relaciones directas entre los descubrimientos de las neurociencias (o los elementos del genoma) y los diferentes aspectos de la mente. Y el intento de hacerlo podría venir a conformar un camino desviado e inútil para la comprensión de la mente humana.

Resulta ingenuo pensar que un conocimiento exhaustivo de los correlatos neuronales de los humanos nos proporcione automáticamente una completa comprensión acerca de la complejidad de todas nuestras experiencias subjetivas, de nuestros juicios morales, de nuestras conductas o de nuestra condición humana. Aunque algún día lleguemos a comprender profundamente nuestra naturaleza, todos los procesos neuronales que subyacen a la empatía humana, al altruismo, al egoísmo, al conocimiento, a la memoria, al aprendizaje, al libre albedrío, al sentido de justicia o a la responsabilidad moral, continuará intacta nuestra "perspectiva interna".

A pesar del intento de los neurocientíficos en la búsqueda de las raíces biológicas de la moral, en hacer visible la "sede de la moral" mediante procedimientos de neuroimagen, cuando nos encontramos sumergidos en algún dilema moral, los métodos científico-naturales no bastan por si solos para decidir lo que es noble, bueno y justo. No parece definitivamente razonable suponer que la intuición "respecto de lo que corresponde hacer en un caso imaginario fabricado en laboratorios proviene del mismo mecanismo (neuronal) que nos impulsaría a actuar en la vida real" (Appiah, 2010). Es preciso poner en cuarentena la idoneidad de los dilemas para llevar a cabo una investigación científica. Los dilemas son construcciones artificiales de laboratorio, que seleccionan un número reducido de variables, cuando en la vida cotidiana las gentes nos encontramos con *problemas*, no con dilemas, y cualquier variable puede llevar a la persona concreta a adoptar una actitud completamente distinta. (Cortina, 2010) En realidad, la vida moral no consiste en enfrentarse a dilemas, sino en proyectar una vida buena, la

riqueza experiencial de la vida humana no se deja encorsetar en dilemas (Conill, 2006, Cortina, 2010).

El correlato neuronal de nuestras conductas e intuiciones morales es apenas un punto de partida de nuestros compromisos plurales, una vez que los contextos socioculturales y la forma como interactúan las relaciones interpersonales y el cerebro configuran nuestra psique básica de diferentes maneras en diferentes épocas y lugares. Como recuerda Hustvedt (2010), cada vez que creamos una fórmula simple y fácil para entender cómo son las cosas pasa lo mismo: nos equivocamos. El comportamiento moral humano es más complicado y no podemos aislar las variables del mundo, todo influye.

Sin la información complementaria procedente de las demás áreas de las ciencias humanas y sociales seguirá abierto el significado de los mapas, escenarios o imágenes cerebrales obtenidos. Es un equívoco pensar que hay algo de especial y exclusivo en las neurociencias. Los métodos neurocientíficos no bastan por sí solo para decidir sobre la naturaleza de nuestra capacidad para construir juicios con los que categorizamos la acción y omisión humana como buena o mala, justa o injusta, permisible, obligatoria o prohibida (huelga decir que los resultados obtenidos por las investigaciones neurocientíficas no se autointerpretan, sino que es preciso interpretarlos – Appiah, 2010). También los genetistas, antropólogos, psicólogos, paleontólogos, primatólogos, juristas, etc., en la medida en que se ocupan de la naturaleza humana, están cambiando la concepción que tenemos del mundo y de nuestra propia naturaleza. Como recuerda Adela Cortina (2010), hoy por hoy, la única forma de diseñar la ética exige trascender los límites de lo neuronal.

Pensar que únicamente los neurobiólogos tienen algo más importante que decir es un error que puede conducir a graves equívocos. Dicho de otro modo, es necesario diseñar una imagen de ser humano que se ajuste a una visión del mundo en la cual nuestras intuiciones y nuestros comportamientos no sean solo productos de la cognición y emoción que emergen de nuestro cerebro, sino también respuestas a las exigencias normativas, culturales y interpersonales. Y eso por la sencilla razón de que la construcción de una vida es una actividad, un logro por medio del cual deberíamos esperar aprender más de nuestras experiencias que de los experimentos neurobiológicos o filosóficos.

Sin las instrucciones aportadas por otras áreas de conocimiento dedicadas a proporcionar una explicación científica acerca de las peculiaridades de la naturaleza humana y las contribuciones (en primera persona) aportadas por los propios voluntarios participantes en los experimentos (Varela et al., 2001), los datos obtenidos de las imágenes cerebrales carecen de valor informativo (y

principalmente normativo). Sin una interpretación interdisciplinar (o información complementaria procedente del campo de las ciencias humanas e sociales) de las diferencias en las señales obtenidas en los registros de las resonancias magnéticas o de otro tipo, los hallazgos empíricos de la investigación cerebral no son otra cosa que imágenes de colores. Para no olvidar que la revolución provocada por la neuroplasticidad tiene implicaciones en lo que se refiere a los mapas cerebrales, esto es, de que estos no son inmutables dentro de un solo cerebro y ni tampoco universales, sino que, siendo el cerebro un sistema dinámico y no-lineal, los "mapas" pueden variar constantemente dependiendo de lo que hacemos a lo largo de nuestras vidas. Tal como explicó entonces Harvard Edward G. Boring: "el mapa de un día dejaría de ser válido al siguiente".

En palabras de Linden (2010): *"La localización de una función es sencilla en el caso de los reflejos básicos subconscientes como, por ejemplo, el acto de vomitar, y es bastante sencilla en el caso de los estadios iniciales de la sensación (conocemos el lugar de la corteza al que primero llegan las señales de la visión, del oído, del olfato y demás sentidos). Pero la localización de una función es mucho más difícil si se trata de fenómenos más complejos, como la memoria de hechos y acontecimientos, y es en realidad muy difícil cuando se trata de funciones superiores, como la toma de decisiones. En algunos casos es complicado porque la localización de una función en el cerebro no permanece fija en el tiempo: los recuerdos sobre sucesos pasados parecen almacenarse en el hipocampo y algunas regiones adyacentes inmediatas durante uno o dos años, pero luego son exportados a otras ubicaciones en la corteza. La toma de decisiones, en general, es una función tan amplia y requiere de la convergencia de tanta información que puede ser descompuesta en tareas más sencillas y distribuida por toda una serie de lugares situados en la corteza"*.

Pero como dijimos antes, una vez asumidas las actuales deficiencias y limitaciones de la investigación neurobiológica, los nuevos conocimientos relativos a la comprensión de la naturaleza humana seguramente permitirá una mejor comprensión de la mente y del cerebro y traerán consigo la promesa de cruciales aplicaciones prácticas en el ámbito de la comprensión del fenómeno jurídico, de su interpretación y aplicación práctico-concreta: constituirán una oportunidad para refinar nuestros valores y juicios ético-jurídicos, así como establecer o reinventar nuevos parámetros ontológicos y criterios metodológicos a partir de la construcción conjunta de alternativas reales y factibles, debidamente asentadas sobre cimientos más firmes y consistentes.

Por otro lado, si los nuevos desarrollos en el área de la neurociencia son muy interesantes, extremadamente innovadores y en cierta medida distantes o

perturbadores, el diálogo que empezó entre neurocientíficos, científicos cognitivos, filósofos y juristas es aún más estimulante y revolucionario. Por primera vez, se oyen diálogos consistentes entre aquellos que están conduciendo la investigación y los filósofos y operadores del derecho que están tratando de aplicar los resultados de esas investigaciones en sus respectivas áreas de conocimiento. La información sobre el cerebro y sobre el modo como este funciona no es solo interesante, sino que es y constituye un elemento esencial de los fundamentos sobre los que deberíamos basar nuestras decisiones individuales, políticas, morales y jurídicas.

El cerebro tiene importancia porque nuestra existencia tiene importancia, y cualquier cambio en nuestra manera de entender el cerebro afecta por fuerza nuestra concepción de la naturaleza humana.

II. NORMAS, DISCURSO E INTERPRETACIÓN JURÍDICA

1. Derecho e interpretación. Ontología jurídica: problemas y teorías

Para Arthur Kaufmann (1999), todo el problema relacionado con el fenómeno jurídico está destinado a servir la tarea de separar el derecho del "no derecho", es decir, la justicia de la injusticia. De ahí resulta dos cuestiones fundamentales para la filosofía del derecho: 1. ¿"qué es el derecho correcto?" 2. ¿"Cómo reconocemos o realizamos el derecho correcto?". Estas dos preguntas juntas conducen a la pregunta acerca de la *justicia* como criterio valorativo para el derecho positivo y, como tal, la pregunta sobre la validez y la legitimidad substancial del derecho.

Durante mucho tiempo se creyó – y no pocos creen todavía hoy – que la pregunta sobre el "qué" de la justicia y la pregunta acerca del "cómo" del conocimiento de la justicia podían ser tratadas y contestadas de forma completamente independiente una de la otra. El "derecho correcto" o la justicia son concebidos como objetos substanciales que se confronta con nuestro pensamiento; es, por tanto, un "objeto", un "dato", que debe ser comprendido por el "sujeto" en su pura objetividad, eso es, sin la contaminación de cualesquier elementos subjetivos. En el conocimiento nada accede del sujeto cognoscente. Este es el ideal científico de la Modernidad orientado por el modelo de las ciencias naturales exactas. Consecuentemente, se enseñan y escriben, hasta hoy, por un lado "dogmática jurídica" y, por otro lado, "teorías del método", que permanecen lado a lado, casi sin que entre ellas se establezca algún contacto.

En la misma medida, todavía sorprende a muchos que alguien pretenda establecer algún vínculo fuerte entre las ciencias sociales normativas, la psicología evolucionista, la antropología y biología evolutiva, la primatología y la neurociencia, siendo tan común como es la aceptación de que en la Ciencia lo *social* y lo *natural* recorren por caminos de desencuentro, más aún se cabe en una era de perversa (súper)especialización que aparentemente torna imposible no ya salvar el hiato entre ámbitos tan distintos sino inclusive la tentativa de evitar la creciente fragmentación en islas autárquicas de disciplinas tradicionalmente unificadas.

Sin embargo, llegados ahora al auge de la Modernidad, la teoría de las ciencias reconoció que el mundo no puede ser observado y juzgado exclusivamente según criterios y categorías de las ciencias naturales y que las posibles relaciones entre la ciencia cognitiva y la sociología, la ciencia cognitiva y la filosofía social normativa, la ciencia cognitiva y la evolución cultural, o la biología evolutiva con todas ellas, poden venir a poner en un serio aprieto la defensa teórica de una inexorable fragmentación del territorio de la Ciencia y de que no existe una realidad independiente de causas sociales, sino que toda ella está socialmente construida. Se descubrió, inclusive, que hasta en el campo de las ciencias naturales explicativas ni siempre son posibles conocimientos libres de subjetividad.

El esquema teórico-cognoscitivo sujeto-objeto pasó hacer parte del pasado, pues falló desde el punto de partida. En la ciencia del derecho, no solo no existen conocimientos que no sean marcados por el investigador del derecho, sino que una nueva realidad interdisciplinar empieza a poner en jaque una gran parte de los logros teóricos tradicionales, como, y muy particularmente, a posibilitar la proposición de nuevos criterios de control de racionalidad de la tarea hermenéutica y argumentativa llevada a cabo por los operadores jurídicos.

Aquí está siempre presente cierto momento creativo relacionado con la siempre problemática "racionalidad" humana, es decir, de que el "conocimiento" del derecho importa siempre un poco de "construcción" humana del jurídico. Más claramente: el derecho en su forma concreta de existencia (especialmente, tal como es "proferido" por los tribunales) surge siempre y solo en el *proceso de realización del derecho*. Por esa razón se viene afirmando cada vez más, en los tiempos más recientes, *teorías procesales de la justicia*, que conciben el "derecho correcto", el "derecho justo", como producto del proceso de creación jurídica o de descubierta del derecho aplicable. Dicho de otro modo, que ya no resulta más adecuado o posible hablar del "derecho correcto" sin cuidar del "método del derecho correcto", hablar del "qué" sin una referencia al "cómo".

No obstante, dentro del panorama actual de la hermenéutica jurídica, todavía es posible dividir las concepciones sobre el ser del derecho en dos grupos: las que lo conciben como objeto dado y acabado en todo lo que para su realidad última cuenta, y las que lo contemplan como en permanente porvenir, en continua (auto) recreación, en dependencia de la actividad de un operador que es, al mismo tiempo, (re) constructor del mismo.

Para los primeros, el derecho es objeto que antecede la actividad de su manejo; para los segundos, el derecho es (en todo o en parte) el resultado de esa actividad de manejo interpretativo-aplicativo del mismo. Para los primeros, el derecho está hecho antes de que entre en juego quien lo interpreta y lo aplica a los casos concretos; para los demás, la interpretación/aplicación es parte de la producción misma del objeto llamado derecho, de su realidad constitutiva. Para simplificar, denominaremos a estas dos concepciones, respectivamente, derecho como "*algo*" *predeterminado* y derecho como *construido*, en el sentido de que con este último queremos decir construido en todo o en parte en el acto mismo de su interpretación/aplicación.

1.1. El derecho como "*algo*" *predeterminado*

Esta concepción ontológica del jurídico nos interesa aquí solo como elemento de contraste con lo que representa la ontología jurídica opuesta, que es la que resulta afín con las doctrinas de la hermenéutica filosófica y con la postura que adoptamos al largo de nuestra tesis.

De un modo general, podemos ver la ontología del derecho como objeto dado representada en la atribución al derecho de muchas y distintas naturalezas. No obstante, para cualquier de los tipos pertenecientes a este tipo de ontología lo que cuenta no es la respuesta acerca de en que consisten los materiales del jurídico (normas, hechos sociales, hechos psicológicos, valores...), sino lo que con cualesquier de esos materiales el derecho se presenta delante de nuestra mirada como una realidad acabada, como un objeto predefinido al nuestro (y al de los operadores del derecho en particular) conocer o al uso que por ventura podamos hacer del mismo. Que sea una realidad acabada significa que el ciudadano o el operador jurídico no pueden condicionar su esencia ni determinar sus contenidos, sino, todo el contrario, precisarlos o concretarlos en aspectos secundarios.

Pues bien, podemos ejemplificar este tipo de ontologías con el jusnaturalismo, el imperativismo y el normativismo, tomados los tres en una versión escasa en matices y a sabiendas del mucho que se puede debatir sobre los pormenores y las variantes de cada caso. A del jusnaturalismo es una ontología

jurídica idealista, al menos en lo que tiene que ver con esa parte más alta del Derecho que serían las normas de derecho natural. En efecto, la cúspide de todo Derecho posible estaría ocupada por normas que no fueran creadas por ninguna persona, ni resultado de ninguna precisa circunstancia histórica o social y cuya validez y obligatoriedad no dependen de que sean conocidas o acatadas, o no, por los individuos o las sociedades.

Esas normas, que son parte de un orden natural de la creación del mundo, constituyen lo que podríamos llamar un deber descarnado, inmaterial, ideal, pues sus contenidos, así ideales, valen al margen de los hechos y de las opiniones, y, en tal condición obligan siempre y en todo lugar y son suficientemente precisos para guiar al operador del derecho y al ciudadano, sin que, en absoluto, sea la interpretación de estos la que determina su núcleo duro de significación o de valor. Hay algo, pues, un núcleo de normación concreta, que antecede a toda interpretación/aplicación (aunque en el accesorio sea también interpretable).

Por su parte, el imperativismo sitúa la esencia del jurídico en componentes volitivos. La materia del derecho es materia psicológica. Norma jurídica, parte del que llamamos de derecho, es aquel mandato que expresa una voluntad o deseo de una persona que ostenta la posición de soberano. Y una tal posición de soberanía depende de otro dato psicológico, esta vez de los ciudadanos y súbditos, como es la especial consideración que da lugar al hábito de obediencia a los mandatos precisamente de esa persona o personas. El ejemplo más claro, inclusive en su elementalidad, de esas propuestas lo proporciona John Austin, el famoso jurista inglés del siglo XIX. Basta con aquí señalar que el derecho, bajo esta perspectiva, viene dado y se agota en los precisos contenidos de voluntad del emisor de la norma.

La ontología normativista es una categoría algo más compleja. Aunque sea caricaturamente, podemos caracterizarla como la propia de aquellas teorías que conciben la esencia del jurídico en un terreno ontológico independiente (aunque no carente de relación, es cierto) de los puros hechos (fuerza, voluntad, sensaciones...) y de los valores (justicia, seguridad, paz...) y consistente en una peculiar forma de ser que es la forma de ser del normativo, del *Sollen*. El derecho, como objeto dado, cobra así su autonomía conceptual, ontológica y epistemológica, en el sentido de que lo que hace con que una norma sea parte del derecho no es ningún hecho en sí mismo (que alguien lo mande o lo acate), ni ningún juicio sobre su contenido, sino su relación con otras normas del mismo sistema jurídico que le transmiten ese especial sello o carácter definitorio de la validez jurídica, del ser derecho y no (meramente) otra cosa.

Por tanto, lo que el derecho es, y que una norma sea derecho, no depende en nada esencial (y salvo casos extremos) de lo que el intérprete haga o de como el juez la aplique, por mucho que esa interpretación y aplicación puedan verse como muy relevantes a efectos del juicio moral o político sobre la práctica del derecho. Se hubiese que atribuir un nombre a esta concepción deberíamos mencionar a Hans Kelsen.

En resumen, esta concepción ontológica del derecho se basa en la aplicación de la superstición del "único significado verdadero" a la comprensión, específicamente, del que es el derecho. De lo que se trata, en realidad, es de encontrar unas normas que de alguna manera – no preguntemos cual – se encuentran *preestablecida*, con seguridad y precisión, en los textos del derecho positivo; o hasta más allá de esos, en un "cielo" de los conceptos jurídicos (e.g., unas "*naturalezas jurídicas*").

Difícilmente se podría ofrecer una mejor caracterización sumaria sobre lo que constituye la actitud intelectual clave para ese tipo de ontología, que la siguiente: "*L. O. THAYER escribió (en 1898) sobre "aquel paraíso de los juristas en que todas las palabras tienen un sentido preciso y firmemente establecido; en que los hombres pueden expresar sus intenciones no solo con exactitud, sino también con plenitud; y donde, si el escritor ha sido cuidadoso, el jurista, con el documento en cuestión delante suyo, puede, sentado en su mesa, inspeccionar el texto y responder a todas las cuestiones sin levantar los ojos"*" (Frank, 1970).

Esas normas, el jurista piensa que las *descubre* simplemente. Descubre una norma jurídica como se descubre una estrella, solo que en otro lado: "*esta, en el firmamento - aquella, en unos papeles. No menos la una que la otra son, para él, algo que «está ahí», no hay más que «verlas» ... O más bien, por lo habitual, lo que así se re-conoce es simplemente determinada estrella/norma percibida antes por tales o cuales juristas eminentes, que nos lo hacen saber así*"(Haba, 2006).

Semejante descubrimiento se efectúa por ciertas vías de pensamiento que apenas consisten – se supone – en un "darse cuenta", mediante la inteligencia profesional, de aquello que la letra dice por sí misma, o de "la voluntad del legislador"; o bien, en todo caso, de la "naturaleza jurídica" del instituto en juego u otras categorías de su dogmática profesional. Cada una de estas perspectivas, o determinada combinación de ellas, no puede implicar – se supone – más que *una solo y única* respuesta verdaderamente "correcta" para cada caso, en función de la disposición jurídica aplicable. Desde esa perspectiva, una vez que llego a conocer bien esas normas, ya sé todo lo que tenía que saber, en cuanto al "propiaamente" *jurídico*. Ahí mi detengo, no mi resta ya nada más que averiguar como jurista. En mi cualidad de tal, mi mundo intelectual se agota en saber desarrollar un

pensamiento que es de orden simplemente *hermenéutico-intelectual*, con respecto a normas cuyo contenido y alcance estaría fijado ya de antemano. Se llega a tomar en cuenta unos accidentes de la realidad, es apenas en la medida en que también esos puedan encararse como implicados, de alguna manera, por tales normas en sí mismas; sea como sea, siempre son *ellas* lo que se considera como decisivo en definitiva.

De esa forma, la concepción ontológica del derecho como objeto dado impone una perversa reducción del conocimiento, deformación profesional que amputa de antemano los posibles (y ineludibles) contactos entre pensamiento jurídico, personalidad del sujeto-intérprete y realidad, imaginando que – o, en todo caso, formulando sus teorías *como se* – los jueces son, o pueda hacerse que lleguen a ser, algo así como unos espíritus puramente razonadores, amarrados por un mundo de “lógica” jurídica no menos firme que en general suficiente para aplicar normas que fueran dictadas por otros *primates* – al que Radbruch (1970), con palabras difícilmente superables en concisión y acierto – y refiriéndose a la principal actividad “científica” de los juristas –, calificó de “...una **mezcolanza indisoluble** de elementos teóricos y prácticos, cognoscitivos y creativos, reproductivos y productivos, científicos y supracientíficos, objetivos y subjetivos”.

Así es, quiérase o no. El derecho está constituido por semejante conglomerado de heterogeneidades, ni más ni menos: a *mezcolanza indisoluble* de toda clase de componentes, racionales y no-racionales, elementos normativos y elementos no-normativos. Quien se proponga intervenir ahí, no tendrá más remedio que tomar en cuenta todo eso, o virar las espaldas a la realidad. O consagrarse a disimularla mediante alguna teorización todo lo convenientemente abstracta y pedante para asegurarse de no perturbar *la galérie...*

1.2. El derecho como *construido* en su praxis interpretativo-aplicativa

Al largo del siglo XX se fueron acrecentando las concepciones del derecho que podríamos llamar desubstancializadoras, negadoras de que el jurídico tenga una esencia consistente preestablecida al tratamiento práctico de los casos que en sede jurídica se deciden. El derecho, por tanto, ya no se corresponde con lo que se considera derecho “predeterminado” antes de la decisión, sino que es la suma del así “predeterminado” más lo “construido” en la ocasión y como resultado del propio proceso decisorio.

Lo que varía entre doctrina y doctrina es la proporción que respectivamente se señale al “dado” y lo “construido”. La propuesta más radical es la de algunos de

los autores del llamado realismo jurídico, para quien el nombre de derecho lo merece solo lo que los jueces deciden, mientras que la ley, lo enunciado legal previo a esa decisión, nada es y, se acaso, cuenta solo cuando psicológicamente influya en el juez que decida el caso concreto individual.

Otra forma de dar cuenta gráficamente de este tipo de ontología jurídica consiste en presentar el texto legal, la norma legislada, como mero bosquejo de decisiones judiciales futuras, como simple propósito genérico y altamente indeterminado que necesita concreción para tornarse derecho efectivamente operativo. Es decir, como modelo que, todo lo demás, delimita con amplitud las fronteras dentro de las que acontecerá ulteriormente, y en cada caso, la opción judicial, pero sin proporcionar todavía una autentica pauta decisoria.

Entre lo enunciado legal y la sentencia que resuelve en derecho habría un extenso espacio intermedio, en lo cual el juez manobra con amplio margen para sus opciones, y en tal maniobrar dentro de ese espacio tiene el operador del derecho un papel central en la tarea interpretativa. La interpretación media siempre, por tanto, entre lo enunciado legal y lo concreto patrón decisorio que al caso se aplique. La interpretación deja de verse como excepción y pasa a convertirse en regla. Y el intérprete ya no es contemplado como pasivo servidor de la norma que le precede, sino como quien la transforma en regla decisoria al optar por una u otra interpretación de la misma.

Semejante idea del derecho como la suma, variable, de lo predeterminado y lo construido conduce, como se puede observar, a una concepción del jurídico como praxis social, como actividad productiva del propio objeto que rige esa praxis. Ahora bien, lo que varía es la concreta clasificación de esa praxis, el modelo explicativo o la analogía que de ella se haga. Para lo que aquí nos interesa, restringiremos nuestro análisis apenas a dos de los modelos más representativos: el derecho como *praxis hermenéutica* y como *praxis argumentativa*.

En el modelo hermenéutico la interpretación, en sentido amplio, prácticamente agota el alcance del jurídico. Pero bien entendido que por interpretación se entenderá en todo caso algo bastante más complejo que la mera atribución de significado lingüístico a un texto. Interpretación es la denominación que se da a una operación en que se pone en relación y obtiene su síntesis en una fórmula superior y abarcadora toda una serie de datos contrapuestos: a norma abstrata (el enunciado normativo) y el caso concreto, el supuesto de hecho genérico de la norma y el hecho preciso en que se juzga, el sujeto general ("el que...") al que el enunciado legal refiere un derecho o una obligación y el individuo de carne y hueso a quien se le imputa el comportamiento valorado, los propósitos

legislativos, el orden general y las exigencias particulares de una circunstancia determinada, la búsqueda de la justicia en abstracto y los requerimientos de la equidad para el caso, la pretensión de vigencia ilimitada de la norma y los requisitos de su adecuación a las cambiantes circunstancias sociales y históricas, etc.

Es en esa síntesis de los opuestos que algunos autores encuentran la característica definitoria del derecho, de un derecho que es, a partes iguales, praxis prudencial y labor cognoscitivo, pero siempre como conocimiento guiado por la ponderación del caso concreto y de algo que no está exactamente en el texto legal, sino más allá de él, en una relación de vida, eso es, de un contenido normativo abierto a las interpretaciones que determine la pre-comprensión social.

El modelo argumentativo consiste en considerar al derecho como un intento, una técnica, para la solución de determinados problemas prácticos. Se trata de una visión eminentemente instrumental, pragmática y dinámica del derecho, que presupone, utiliza y, en cierto modo, da sentido a las perspectivas sociológica, normativa y axiológica del derecho y que conduce, en definitivo, a considerar el derecho como argumentación. Es, podría decirse, la perspectiva de alguien que no se limita a contemplar un edificio desde fuera o a proyectarlo prescindiendo de los problemas que levanta su ejecución, sino que participa activamente en la construcción del mismo y se siente comprometido con esta tarea (Atienza, 1997).

En este último modelo se parte del presupuesto de que nuestras sociedades tienen que hacer frente a una serie de problemas, de conflictos sociales e individuales, que exigen la intervención del derecho mediante el uso racional de instrumentos jurídicos. Y como los operadores del derecho deben motivar sus decisiones en la solución de los conflictos, eso es, deben mostrar las razones que permiten justificar sus decisiones en términos jurídicos (mostrar el carácter aceptable o correcto de cada decisión), deben, pues, argumentar. Y embarcarse en una actividad argumentativa significa aceptar que el problema de que se trata (el problema que hace surgir la argumentación) hay que resolverse por razones que se hacen presentes a través del lenguaje.

El modelo argumentativo supone, pues, la consideración de que el derecho no es un fin en sí mismo, que no tiene carácter natural, sino que es más bien un instrumento, un mecanismo para la resolución de los conflictos sociales, que el operador del derecho debe procurar modelar y utilizar inteligente y racionalmente para alcanzar propósitos que van más allá del propio derecho.

En resumen, los modelos anteriormente discriminados expresan, en conjunto, la idea de que el derecho no es una norma, no es un valor y no es

tampoco un conjunto de procesos o hechos sociales, sino que es una praxis socio-institucional, una empresa común específica del obrar humano que precede y confiere significado a los enunciados normativos, y que precisamente por eso son considerados "jurídicos".

2. La comprensión hermenéutica del método jurídico

Particularmente en la Filosofía del Derecho, la aceptación más consciente de este modelo de racionalidad y la percepción más aguda de la noción hermenéutica de "*applicatio*" se debe a la doctrina de Arthur Kaufmann (1999). De hecho, la propia ontología del derecho fue fijada por Kaufmann (1999), en una última revisión de su pensamiento, en la relación entre el caso y la norma: el derecho es, tal como ahora formulado, "la correspondencia del ser y el deber-ser"; no es, por tanto, sustancia, sino algo totalmente diferente de la sustancia: es *relación*. Y relación es *persona*, el caso básico de relación, la relación original: persona es el hombre no por su sustancia, sino un conjunto de relaciones en que se encuentra con respecto a su mundo y a sus semejantes. En ese sentido, lo concepto de persona pasa a ser concebido en su dimensión relacional, dinámica y histórica.

Y una vez que los hombres adquieren la cualidad de persona a la medida que *se reconocen recíprocamente como personas*, el hombre como persona determina el discurso jurídico, no solo en su proceder, sino también en lo que se refiere a su contenido. Para esa concepción ontológica, el derecho no reside ni exclusivamente en la norma ni exclusivamente en el caso, sino en su relación recíproca: ni es predeterminado (o está vinculado de forma absoluta) por una "naturaleza" considerada siempre igual o por un sistema universal y inmutable de principios y valores, ni por el puro "hecho social" ni tampoco por la expresión de la juridicidad ofrecida por un cuerpo de normas puestas por el legislador – o sea, como sistema de leyes (im-) puestas (antes) por el poder.

Su historicidad es ahora la dimensión decisiva que lo hace un "derecho" puramente humano, un material "en bruto", o sea, un conjunto de posibilidades interpretativas o de normas potenciales (Zagrebel'sky, 1995) de los que en un *acto de conformación y producción* posterior (en general, el prudente "*obrar justo*") tiene de salir el derecho concreto, es decir, de que apenas en la solución concreta hay derecho, o de que toda norma solo vigora o se constituye en la interpretación que le atribuye el aplicador institucionalmente legitimado a decir el derecho.

Dicho de otro modo, de la misma forma que la "belleza" no existe realmente sino cuando se plasma en una concreta obra de arte, no parece

prudente disponer acabadamente de meras "posibilidades" o "potencialidades", al margen de la misma tarea interpretativa en que afloran las normas del caso concreto.

Siendo así, tal (y aquí adoptada) perspectiva implica, desde luego, en la suposición de tres consideraciones irremediabilmente convergentes:

a) *primera*, que en una comunidad ética mínimamente desarrollada la determinación del sentido y alcance del derecho está encomendada a los jueces, cuyo origen y diseño es necesariamente institucional (positivo), o sea, que es imposible pensar un derecho desproveído de su dimensión humana, histórica, cultural e institucional;

b) *segunda*, que se rechaza por completo la tesis de la exclusión de la interpretación toda vez que la fuente interpretada se exprese en un texto claro e inequívoco (*in claris non fit interpretatio*, como enunciaban los juristas medievales): con abstracción de todos los factores cognitivos, lingüísticos, exegéticos y normativos que aquí concurren, la "clareza" es ella propia un resultado interpretativo y no es la obscuridad del texto que justifica la interpretación, sino la *concreta realización* del derecho que no la puede nunca dispensar; y

c) *tercera*, que todo acto de interpretación/aplicación jurídica no posee naturaleza meramente cognoscitiva o hermenéutica, sino también *normativa*, una vez que el problema del pensamiento jurídico en general no es solo lo de un *correcto comprender*, sino lo de un *justo decidir* : su punto de vista decisivo no es un punto de vista gnoseológico para una función cognitiva o descriptiva, sino un punto de vista práctico para una función normativa; su valor último no es la "verdad", pero lo "justo" (concreto, igualitario, imparcial, controlable y aceptable) articular de las relaciones jurídicas – únicamente el positivismo legalista y normativista, encerrado en una analítica sistemático-deductiva, fue capaz de pensar que juzgaba y decidía jurídicamente limitándose a reproducir (a conocer) la ley y su sistema.

Esa, en síntesis, la razón por la cual, en el proceso interpretativo/aplicativo del derecho, además de la pre-comprensión (dato pasado a influir nen el resultado de la comprensión del texto), existe también un componente de *prognosis*. De ahí que los jueces tienen un poder inmenso en sus manos, y sus decisiones pueden

hacer enorme diferencia para el bien estar social: juzgar es antes de todo una responsabilidad ética, porque, en el plan de las ideas, los efectos de una interpretación/decisión sobrepasan las intenciones de quien la lleva a cabo.

En efecto, lo que importa guardar es que la voluntad del legislador no produce, en definitivo, el contenido material de la norma y que el derecho ya no es algo que nos viene dado sino algo que hay que ir constituyendo incesantemente a través de la aplicación de sus normas, entendidas estas como pautas que tornan posible esta búsqueda (López Moreno, 1999). Se puede decir, así, que la comprensión jurídica es siempre nueva porque es distinta la situación del (e de cada) intérprete: por eso en el proceso de realización del derecho es absolutamente central el papel del sujeto-intérprete que selecciona activamente los materiales jurídicos que se le han confiado y verifica en cada caso concreto su significación normativa para la vida jurídica. La justicia, la virtud más propia de la vida pública (Cortina, 2010), no puede estar preconstituída, como se fuese una "cosa", sino que hay de ser "encontrada" y "consumada" gracias la mediación del operador del derecho. Desde este punto de vista el derecho siempre es hermenéutica porque necesita una mediación argumentativa, ya que carece de inmediatez.

Esta mediación argumentativa, por otro lado, es el lugar auténtico de la hermenéutica. La experiencia del intérprete está viva porque es esencialmente valorativa y selectiva. El acto hermenéutico, profundamente unido a la tradición es, por un lado, custodia de valores humanos, de intuiciones y emociones morales y de modelos de comportamiento que contribuirán a la formación y a la consolidación institucional de la tradición jurídica; por otro, constituye su desarrollo continuo como momento de un proceso activo de regulación y de articulación de las relaciones sociales sobre las que incide la orden jurídica. Todo esto confiere al derecho características propias de un ámbito marcado por incesantes procesos de mutación y evolución y por el carácter imprevisible de las soluciones que hay que aplicar, esto es, de que el derecho no es "cosa", no es una entidad que existe una vez y para siempre y que se pueda usar como un objeto: más bien, su sentido *acontece* continuamente y siempre "en situación".

Significa decir, en síntesis, que también nosotros no escapamos al involucramiento de la tela cuyo sentido anteriormente se descifró: el *derecho radica en la práctica*, presentando, como esta, una incontornable historicidad que define el carácter nuclearmente circular, dialéctico, dialógico y problemático de la reconstitución de cualquier de sus horizontes.

Por otro lado, entendemos que la racionalidad característica del pensamiento jurídico implica la hermenéutica (comprensión), la propia concepción

ontológica del derecho, la argumentación y la interpretación, y que el valor de una propuesta metodológica debe ser valorada por lo grado con que los criterios metodológicos propuestos pueden ser puestos en práctica, en que cabe efectuar por medio de ellos cambios para el bien de una comunidad ética de individuos en constante proceso de construcción. Es decir, de que en tema de interpretación jurídica el mejor camino a seguir será siempre el de proponer un modelo de discurso jurídico que implique el método hermenéutico de la comprensión y la contribución analítica de la técnica argumentativa, asumiendo sus respectivas tensiones, pero procurando establecer un juego armonioso entre la argumentación y la hermenéutica jurídica.

Nuestra creencia, como ya anticipamos, es la de que la tesis de la ontología del derecho como realidad en permanente proceso de construcción y reconstrucción (y no como algo dado de antemano) debe estar reforzada por la necesidad de se diseñar una metodología normativa de la interpretación/aplicación del derecho que trate de establecer reglas y criterios de un correcto interpretar.

3. Límites de la interpretación en el derecho y la función de la dogmática jurídica

Analizar el problema de la dogmática jurídica supone la necesidad de considerar, en primero lugar, que si vale la pena insistir en el tema de su estudio y caracterización es para subrayar que se trata de un saber que tiene, sobre todo, una finalidad práctica, destinada a dirigir y corregir el funcionamiento del sistema jurídico en el momento de la aplicación, de la interpretación y de la producción del derecho. En segundo lugar, que el atrincheramiento de la dogmática en el ámbito exclusivo de la "ciencia del derecho" representa siempre el riesgo de ofrecer una visión excesivamente reduccionista del fenómeno jurídico.

Acusadamente en lo que se refiere a su finalidad práctica, el problema principal consiste en responder a la cuestión de si la dogmática ejerce un papel significativo en las decisiones de los tribunales de justicia (controlando posibles fuentes de arbitrariedad e irracionalidad) o si, por lo contrario, tal como denuncian algunos críticos, representa una actividad estéril para la práctica jurisdiccional. La mejor respuesta a esa pregunta parece dar la impresión de que la inmensa mayoría de los trabajos de dogmática que se llevan a cabo en la actualidad adolece de una especie de alianza impía tácita entre la verborrea relativista posmoderna y posestructuralista, anticientífica y antirracionalista, y una retórica autocomplaciente, pretendidamente muy "científica", dominada, sobre todo, por un positivismo y/o jusnaturalismo substancial ontológico y por la teoría de la elección racional: en cuanto los posmodernos huyen de la realidad social, científica

y política con delirantes imposturas ("todo es texto" y truanices parecidas), los otros, los "científicos", los "filósofos del derecho" y los "teóricos de la hermenéutica" huyen de la realidad social y científica construyendo triviales pseudo-modelos teóricos que no pasan, con frecuencia, de grotescas parodias argumentativas sin cualquier escrutinio empírico mínimamente serio, sino carentes de la menor autoconsciencia respecto de la realidad biológica que nos constituye, de los problemas filosóficos y neuropsicológicos profundos que implica cualquier teoría de la acción intencional humana, y en particular, de una "teoría de la racionalidad" igualmente compatible con un modelo darwiniano sensato sobre la naturaleza humana (Rose, 2000; Gigerenzer, 2008; Jones y Goldsmith, 2004; Jones, 2001; Sutherland, 1992). En fin, por una completa falta de precisión relativa a adhesión de sus respectivos discursos a la naturaleza humana.

De hecho, la dogmática (y la metodología) contemporánea del derecho se parece – para utilizar una expresión fuerte, pero gráfica – a *un cementerio de ideas muertas*. Allí crecen, se reproducen y mueren a diario distintas y muy heterogéneas concepciones sobre lo que *es*, sobre lo que *debería ser* y sobre *como* aplicar el derecho. Cada una de las corrientes, cada uno de los autores, defiende su propio concepto de interpretación y aplicación del derecho, de argumentación jurídica, de racionalidad, de justicia... Y surgen así las Escuelas, con sus discípulos y maestros (y no pocas veces con sus lacayos y mentores).

No sin razón ya se dice – con ironía – que la disciplina jurídica es un templo con sacerdotes y Biblias muy distintas y con credos contradictorios. Es en este templo, donde los sacerdotes formulan sus teorías proponiendo fórmulas y técnicas, criterios y recetas para hacer del derecho una disciplina más justa y racional. Dentro de estas propuestas existe, es cierto, una gran variedad de opiniones, encontrándose desde aquellos que postulan incondicionalmente la racionalidad de los discursos jurídicos, hasta aquellos que reniegan de tal posibilidad restringiéndose más bien a las doctrinas del escepticismo y del desencanto (Salas, 2007).

Es en ese paisaje teóricamente anfibológico, herméticamente cerrado y cognitivamente hostil a la realidad por parte de la dogmática jurídica que los juristas fieles a la "pureza del derecho" parecen estar siempre inmunes a toda argumentación que no se ajuste a su dogmático y casi místico sistema de creencias. Un tipo de resistencia construida durante años de condicionamiento y cuyo resultado es la incapacidad de ver también lo que no están acostumbrados a ver o que no tienen de antemano en la cabeza, esto es, de recordar, insistir y notar solo los hechos que confirman sus respectivas creencias y olvidar aquellos que las desafían.

Como se ve, las cosas no son tan fáciles (ni tan milagrosas). Puesto que las opiniones y los métodos interpretativos que se esgrimen en la doctrina no pertenecen a las fuentes vinculantes del derecho, hay que reconocer, abiertamente y sin mucho disfraz, que el empleo de esas opiniones, así como la apelación a ciertos modelos, métodos o teorías de la dogmática, opera de una manera altamente *selectiva* e inclusive *oportunistamente*. Es decir, en el supuesto de que los jueces tengan que enfrentarse con un caso difícil, en lo cual no existe una derivación evidente de la respuesta, sea a partir de la ley propiamente o a partir de lo que dijeran otros tribunales superiores, entonces se acudirá a alguna de las teorías y/o métodos de interpretación que ya se encuentran expuestos en la doctrina (esto es, en algún comentario, manual, monografía o revista especializada) para fundamentar «científicamente» una determinada solución que ya se había adoptado *a priori*.

Como consecuencia de todo eso, los escritos de dogmática, lejos de ser un factor de humanización y de adecuada dinamización de la cultura jurídica, contribuyen a mantener las cosas como están. Para decirlo brevemente, la dogmática jurídica no solo persiste en oscilar entre un posmodernismo "sin sentido" y/o un acusado formalismo que se corresponde con una fase ya periclitada de la cultura jurídica, sino que también persevera en formular construcciones doctrinarias cuya principal característica y "utilidad" es la de servir como mero mecanismo de legitimación posterior a la decisión. Se limita a otorgar a las decisiones de los jueces un aspecto de "*cientificidad*", de "*racionalidad*", de "*objetividad*" y valor epistemológico que de lo contrario, se supone, no tendrían. En las acertadas palabras de Rüdiger Lautmann (1972): "*As citações literárias nos escritos das sentenças cumprem essencialmente, uma função de persuasão; ditas citações buscam outorgar à sentença a aparência de correção e de dignidade científica*".

Rüthers (1999) habla, por su parte, de una "función de oferta" de la dogmática, poniendo en evidencia *como* el uso de una determinada construcción depende de si esta le sirve a alguien para justificar "racionalmente" su decisión (aunque sea arbitraria y completamente irracional). Parafraseando a Erich Kaufmann se podría decir, con una frase ciertamente un poco fuerte, que "*la dogmática es la puta del derecho*". Presta sus servicios aquellos que la necesite para satisfacer sus pretensiones pseudo-científicas. Se vende impudicamente a lo mejor pagador. Entregase en los brazos de quien (por vanidad o por dinero) le hace propaganda a su «saber». La dogmática se encarga, pues, de otorgar a los jueces, sea en los casos fáciles o en los casos difíciles y controvertidos, un catálogo de argumentos y opiniones de distinto orden, para que escojan la que

mejor les parezca y fundamenten de esa forma la decisión que deseen tomar. Esta selectividad en el uso de los argumentos ya fue críticamente puesta sobre la mesa: *"A literatura [dogmática] é selecionada com uma meta totalmente específica, a saber: para legitimar uma decisão firmemente desejada"*. (Lautmann, 1972).

Luego, atribuir a la dogmática un papel esencial en la vida jurídica en el sentido de que a ella cabe tornar posible la determinación de límites y la definición de conceptos, una aplicación segura y calculable del derecho, le sustrayendo la irracionalidad, la arbitrariedad y la improvisación, es un argumento tremendamente engañoso y falaz. Reducir el funcionamiento, el orden, la aplicación "segura, racional y calculable" de las normas jurídicas al actual papel desempeñado por la dogmática es atribuir a esta facultades de decisión e influencia que en la práctica no tiene y ni tendrá jamás. Es predicar, sin más, una inocente "concepción misionera" del "que hacer" jurídico. La dogmática constituye, como mucho, algo así como una "partitura" (muy trágica, por cierto) que puede orientar, en mayor o menor medida, la ejecución de la "pieza musical". Pero jamás hay que olvidar que la cualidad de esa pieza depende, finalmente, de los músicos y no del papel.

Sea como sea, lo cierto es que comienza a surgir un cierto consenso (crítico y poco popular) en el sentido de que el actual modelo de la dogmática jurídica ya no más atiende a las actuales exigencias de justicia provocadas por la creciente "onda expansionista" del derecho. Es decir, de que el actual modelo, a pesar de las garantías procesales, no parece disponer de mecanismos aptos para resolver el problema de como responder a pregunta central de la interpretación jurídica: la de cómo debe proceder el sujeto-intérprete (en el caso, los magistrados) para que los frutos de su interpretación/aplicación, aunque no se puedan decir rigurosa y objetivamente correctos, sean no obstante razonables, satisfactorios y que gocen de una cierta aceptabilidad social, o, al menos, para que no puedan reputarse intolerantemente subjetivos y caprichosos, lo cual, en derecho, se asemeja a una peligrosísima arbitrariedad que pone en cuestión nuestra propia seguridad en cuanto ciudadanos bajo el imperio de la ley.

Y una vez que los operadores jurídicos aún proceden en relación a este problema de una forma un tanto arbitraria e inusitada, en que entre el actual modelo dogmático y las exigencias de una justicia razonable, satisfactoria y racionalmente aceptable todavía media un abismo que ni siquiera los gurús de la hermenéutica y de la argumentación jurídica parecen capaces de superar, lo que trataremos de hacer a seguir es fornecer algunas ideas en torno a la utilidad del trabajo dogmático, no ya como una actividad puramente teórico-cognitiva, sino

como una *praxis social*, y cuyo valor - repetimos - debe ser valorado por el grado con que sus formulaciones pueden ser puestas en práctica, en que cabe efectuar por medio de ellas mudanzas para el bien de una comunidad ética de individuos en constante proceso de construcción.

Comenzaremos por admitir que un paso importante para este tipo de discusión gira en torno a la pregunta sobre qué es la dogmática jurídica y cuál es (o debería ser) su función real en el universo judicial. Toda disciplina representa no solo un conjunto de postulados lógicos unidos más o menos intrasistemáticamente, sino también un conjunto de actividades de algunas personas; es decir, una "forma de vida" (Wittgenstein), cuyo sustrato básico está dado, irreductiblemente, por experiencias vitales, prejuicios, intereses, convicciones, creencias y preferencias de sus miembros.

Cuando definimos la dogmática como una "forma de vida" no nos referimos, por supuesto, al que realizan los operadores del derecho en su esfera personal o íntima, sino en lo que hacen en cuanto miembros de una comunidad ética y jurídica. Esto tiene que ver con métodos de trabajo, formas de aplicación del derecho, controle intersubjetivo de sus discursos jurídicos, pertenencia a ciertas instituciones, formación religiosa, adscripción a ciertos partidos e ideologías políticas, etc. El hecho de comprender que la dogmática es también una actividad *práctica y gremial* ayuda a incurrir en menos errores e ingenuidades y a entender la actividad interpretativa como una actividad humana y no mecánica, dinámica y no estática, vital y no muerta.

Así, caemos en cuenta de que los aspectos que conforman el derecho, sus posibilidades de desarrollo, su estructura interna, no presentan solo la forma ascética e inmaculada que revelan los discursos jurídicos dominantes, sino que en su formación, en su génesis, en su estructura, en su producción y reproducción, yace siempre una lucha de intereses, de creencias, deseos, etc., es decir, de factores no-lógicos e irracionales, en una incesante dialéctica del cambio. Todo eso conforma la *naturaleza oculta* de la dogmática jurídica, la cual no existe, por tanto, como entidad ontológica e ideológicamente neutral, sino que siempre permanece sujeta a las más diversas ideologías y visiones de mundo particulares y dominantes en un determinado momento y contexto histórico-social particular.

Si conceptualizamos la dogmática como una "forma de vida" de los operadores jurídicos, entonces muchas cosas cambian su perfil. Se comprenden así las luchas intestinas entre las teorías y sus autores, los conflictos entre escuelas de pensamientos, las luchas de poder y otras muchas variables que tergiversan su utilización práctico-concreta. La "ciencia del derecho" cae así postrada ante el lodo que le da base a sus magníficos castillos y palacetes

epistemológicos. Los grandes gurús de la dogmática se presentan así en su condición humana, es decir, en su condición de hombres (y mujeres) que viven y sobreviven de una actividad con escasa repercusión en la *praxis judicial* y cuyo núcleo básico de existencia es la mera *satisfacción lúdica* que trae aparejada su creación y utilización. Los discursos jurídicos nos muestran su perfil de divertimientos académicos, de "disimuladores" de los múltiples factores e influencias, conscientes e inconscientes, innatos y adquiridos, que condicionan y limitan todo y cualquier proceso de decisión.

Todo eso contribuye, indudablemente, a *desmitificar*, pero también a *humanizar*, el proceso de interpretación, justificación y aplicación del derecho, particularmente en lo que se refiere a la problemática de la "racionalidad jurídica", esto es, el problema relativo al hecho de que toda la construcción hermenéutica y la propia unidad de la realización del derecho elaboradas por las teorías contemporáneas están basadas, en la actualidad, en el modo de explicación dominante de la teoría de la elección racional.

Pues bien, durante siglos el mundo de los sentimientos y el mundo de la inteligencia se había separado, porque, demasiado precipitadamente, se identificó inteligencia con razón. Es cierto que las emociones no deben inmiscuirse en una demostración matemática o en la manipulación de las estructuras lógicas, pero ya no podemos simplemente desconsiderar el hecho de que interviene en toda la conducta humana, inclusive en la actividad del matemático, que se siente impulsado por su trabajo por la curiosidad o por el deseo de conocimiento. Todo lo que hacemos lo hacemos para mantener un estado de ánimo o para cambiarlo, lo que supone que el mundo emocional está en el centro de nuestra vida. Cuando decimos que nuestra acción está dirigida por valores que pretendemos alcanzar o realizar – estéticos, económicos, jurídicos, hedónicos, éticos – estamos haciendo referencia a sentimientos, porque son ellos los que nos proporcionan a experiencia valorativa. De ahí que no tardó en surgir el interés por el estudio de la relevancia de las experiencias afectivas en el proceso de toma de decisiones, con las jurídicas incluidas y para las que se dirige el enfoque de esta tesis.

¿Qué hacer a la vista de esas realidades? Nada más que posicionarse a favor de una "racionalidad jurídica revisada", de un modo de pensar, interpretar y decidir que tome en consideración una racionalidad que hable explícitamente del pensamiento fundado en emociones y discuta sus efectos. Es decir, de que aunque no existan garantías de que se delibere de manera realmente racional y de que las decisiones ni siempre parezcan las más acertadas, por lo menos debe haber siempre una *intención de sensatez*.

La capacidad de interpretar (de raciocinar y valorar) a todo y a todos es lo correlato y lo correctivo de nuestra condición humana, que sin ningún tipo de correctivo podría lanzarnos en direcciones letales. Solo nosotros ejercemos el agridulce privilegio de esa racionalidad (aunque no absoluta) y solo nosotros somos capaces de por una nota valor, de justicia y de injusticia en nuestras interpretaciones, en medio de un universo indiferente y desalmado. No obstante, a pesar del hecho de que la evolución nos ha brindado con las herramientas para deliberar y raciocinar de forma racional, no nos ha dado ninguna garantía de que podemos emplearlas sin interferencias (innatas y/o adquiridas). Tenemos la sensación de que aquello en que creemos, juzgamos o valoramos se basa en hechos puros y duros (una ilusión de objetividad), pero con frecuencia tiene sido moldado por la influencia de nuestro sistema ancestral (reflejo, rápido, automático y, en gran medida, inconsciente) de maneras tan sutiles que ni siquiera somos conscientes de ello (Marcus, 2010; Chabris y Simmons, 2010).

Comprender eso, no obstante, solo será posible a partir del entendimiento acerca de la verdadera naturaleza del pensamiento, para lograr lo cual resulta indispensable una postura crítica y honrada. Se es cierto que la elección moral no puede existir sin la razón (preferencias individuales y razón instrumental), no menos cierto es la "intuición" (para no decir la "evidencia empírica") de que es la gama característicamente humana de emociones que produce los propósitos, metas, objetivos, voluntades, necesidades, deseos, medos, empatías, aversiones y la capacidad de sentir el dolor y el sufrimiento de otro. Juzgamos y decidimos no solo porque somos capaces de razón (como expresan la teoría de los juegos y la teoría de la interpretación jurídica) sino porque estamos dotados de ciertas intuiciones morales y de determinados estímulos emocionales que caracterizan a sensibilidad humana y que permiten que nos conectemos potencialmente con todos los otros seres humanos.

Dicho de otro modo, si el factor último de individualización de la respuesta o conclusión del raciocinio jurídico no procede del sistema jurídico (aunque deba resultar compatible con él), parece obvio que debe proceder de las convicciones personales del operador del derecho. Por consiguiente, la contaminación subjetiva del dato es un hecho inevitable, aunque positivo y oportuno: el saber, y (de manera preliminar y vaga) lo que quiero saber, es la condición que me permite comprender la respuesta; mis prejuicios son el *a priori* de lo cual me sirvo para ver la realidad y sin los cuales la realidad misma me parecería privada de sentido.

Y el único modo de poseer una comprensión lo más objetiva posible es ser consciente de los propios prejuicios y reflexionar sobre los mismos. La pretensión (dogmática) de una racionalidad absoluta y de neutralidad es el factor principal

que "ciega" la visión de la realidad. En resumen, el cerebro experimenta la tarea interpretativa fundamentalmente como una mezcla de cognición y emoción, y la formación de emociones tiene lugar mediante el fortalecimiento de determinadas sinapsis dentro de redes neurales, fenómeno que los neurocientíficos llaman "reclutamiento neuronal". La cognición está íntimamente unida a la emoción: no es que el raciocinio se torne irrelevante, sino que las personas tienden a seleccionar la información que favorece aquella decisión que se sienten inclinados a tomar.

Así que la frenética búsqueda de una metodología que marque los criterios de una "correcta" o "óptima" determinación de los enunciados normativos parece constituir, en esencia, una pretensión incompatible con los conocimientos que la realidad ya nos aporta: la de diseñar un modelo de extrema racionalidad de algo que se configura esencialmente como una actividad con acentuados componentes irracionales, esto es, de construir un imagen o ilusión racional de lo que parece ser, en sí mismo, irracional.

Lo inadecuado de esa pretensión se pone de manifiesto al analizar como funciona el cerebro cuando formulamos juicios morales acerca de lo justo o injusto. A causa de los procesos cerebrales asociados es preciso aceptar la ineludible presencia de elementos no-lógicos y, en general, la intrusión de lo valorativo y emocional en el raciocinio jurídico. A partir de ahí, ya no resulta aceptable ni legítimo seguir considerando la tarea hermenéutico-interpretativa como una operación o conjunto de operaciones regidas exclusivamente por un formalismo carente de toda evidencia empírica: la mente humana parece estar cargada de rasgos y defectos de diseño que empañan nuestro legado biológico en lo que se refiere a la plena objetividad, neutralidad y racionalidad cognitiva.

Es definitivamente contra-intuitivo e ilusorio suponer que la tarea interpretativa sea concebida como "extracraneal", mientras la cognición y la emoción no lo son. Son productos de nuestra maquinaria cerebral, tanto como son productos de nuestro entorno cultural (esto es, relacionados con una red de neuronas disparando potenciales de acción, neurotransmisores cruzando sinapsis e interaccionando con receptores proteicos o regiones cerebrales especializadas, debidamente estimulados y condicionados por el medio circundante). El permanecer de espaldas a los espectaculares logros de las recientes investigaciones provenientes de las ciencias cognitivas y de la neurociencia implica en dejar sin respuesta (o sin sentido) preguntas determinantes que tienen que ver, siempre, con la búsqueda de patrones cognitivos y emocionales que funcionan como factores condicionantes de la "racionalidad" humana en la tarea de interpretar y

aplicar el derecho, esto es, en ignorar que existen causas naturales que afectan a la toma de decisión.

Las emociones disparadas por las hormonas y los neurotransmisores modelan y/o condicionan (pero ni siempre determinan) de modo absoluto nuestro proceso de decisión. Por su vez, nuestras capacidades intuitivas nos apuntan una fuerte sensación de certeza sobre cuál será la mejor decisión a tomar y las capacidades analíticas nos permiten comprender el porqué de nuestras emociones y apoyar la decisión intuitiva o, por lo contrario, inhibirla o modificarla lo antes posible – esto es, la intuición no es más que una información que está en el inconsciente (en la memoria inconsciente, contextual o implícita) y que sirve de base para un juicio moral (o ético-jurídico) y la consecuente toma de posición respecto a una determinada decisión.

Aquí está siempre presente (aunque no exclusivamente, es cierto) cierto momento personal y creativo relacionado con la siempre problemática “racionalidad” humana, de que el “conocimiento” del derecho importa siempre una parcela de “construcción” humana del jurídico. Más claramente: el derecho en su forma concreta de existencia (especialmente, tal como es “proferido” por los tribunales) surge siempre y solo en el *proceso de realización del derecho*, con la participación integral de la personalidad del sujeto que comprende (del intérprete). En palabras de D. Kennedy (2010), los jueces ya *“no pueden invocar compulsión de ‘la ley’ para justificar sus decisiones: ellos son siempre parte de la decisión. Dios ha muerto”*.

Las emociones son, así, el humano en la aplicación del derecho y no hay ninguna técnica o dogmática, por más sofisticada que se presente, que sea capaz de eliminarla. La asunción de este elemento natural de la psicología humana en la realización del derecho lo torna transparente, en lugar de ocultarse detrás de los “impersonales” fundamentos de la decisión o de una irreal racionalidad. De ahí que la interpretación no implica un proceso de reproducción (de copia) de la norma o de la realidad externa, sino que comprende elementos subjetivos donde el intérprete se encuentra condicionado por el medio y las circunstancias concretas que envuelven el caso, así como por la experiencia adquirida en el proceso de comprensión. En este proceso, de asociación e integración de informaciones percibidas directa o indirectamente del caso, se establece una relación entre los elementos subjetivos del intérprete que realiza la tarea interpretativa (y que ni siempre siguen unas reglas prefijadas) y las sucesivas combinaciones objetivas de las normas, de los valores y de los hechos.

Dicho de otro modo, el intérprete reinterpreta lo real y realiza una construcción subjetiva de ideas y conceptos. No descubre las características que

conforman la norma, los valores, los principios y los hechos de manera objetiva, sino que – en la elaboración/producción que realiza – los recrea de manera subjetiva para hacerlos más apto a la utilización y a la finalidad que les otorga, clasificar mediante categorías lo que le resulta aceptable y lo que rechaza, poner en marcha estructuras intencionales-causales de actuación con sus correspondientes consecuencias, producir un determinado juicio ético-jurídico concreto (lícito, obligatorio, prohibido...) y, por fin, delimitar lo que considera como justo para el caso concreto. Como consecuencia, el resultado de la actividad interpretativa no se adquiere pasivamente, sino que se construye activamente por el sujeto que lo elabora, sobre la base de la experiencia subjetiva.

Tal tarea se completa en la capacidad y flexibilidad cognitiva (de percibir, sentir, imaginar y pensar) propia del proceso interpretativo de las normas y del caso concreto, como resultado de una peculiar racionalidad plasmada en el diálogo y en la comprensión intersubjetiva de los conceptos y términos fijados en la norma positiva escrita, y, *ultima ratio*, en la realidad "viva" - a la que adhieren, como notas valorativas, los principios y las reglas de tutela vigentes. Esta forma de entender el derecho y su realización práctico-concreta parece estar íntimamente comprometida con la naturaleza del sujeto-intérprete como ser humano que, a la vez, resulta incompatible con el proclamado estado neutral entre las distintas concepciones de justicia: la función judicial plasmada en la tarea de interpretación y aplicación jurídica es una actividad comprometida con una determinada forma de vida e incompatible con la tolerancia neutral entre las distintas concepciones de lo justo.

Se trata de una evidencia que ya no más debería constituir ninguna sorpresa o amenaza a los dogmáticos, hermeneutas o analíticos de plantón. Si el poder de la metodología jurídica consiste precisamente en su capacidad de verificar objetivamente la consistencia de muchas subjetividades individuales, descifrar o entender el problema del intrincado pasaje de la ineludible y provisoria anticipación del resultado (de la pre-comprensión) a su definitiva motivación puede suministrar evidencias acerca de los factores implicados en el proceso de interpretar y decidir, sobre el grado de involucramiento personal de los juzgadores y los condicionantes culturales en cada caso concreto, así como sobre los límites de la racionalidad, de la creatividad y el grado de influencia de las emociones y de los sentimientos humanos en la formulación y concepción acerca de la "mejor decisión".

Esto, por sí solo, debería bastar para mostrar que la aclaración del vínculo entre interpretación/aplicación del derecho y racionalidad exige, por parte de una dogmática jurídica como "forma de vida", el diseño de nuevos criterios

metodológicos para la tarea de realización del derecho, todo con vistas a poner el derecho y la justicia al servicio de la actividad hermenéutica y de la argumentación jurídica, acusadamente en lo que se refiere a las emociones imperfectas y a los factores de irracionalidad que condicionan el proceso de decisión.

Y no se trata de un objetivo infructuoso o desafortunado, dado que parece intuitiva la necesidad de que los discursos jurídicos (con validez intersubjetiva y potencial capacidad de consenso) estén racionalmente justificados y coherentes con el sistema jurídico global, es decir, que en favor de los mismos se aporten argumentos que hagan con que, siendo producto de una (limitada) racionalidad plasmada en el diálogo de reconocimiento y comprensión recíproca, puedan ser discutidos y controlados, y, en igual medida, traten de impedir que el operador jurídico (especialmente del juez) se precipite en una violencia o en un arbitrio visceralmente insensato.

Esto implica, después de todo, que una interpretación que no se someta a reglas y no se preocupe por establecer una coherencia respecto a modelos de decisión estabilizados y ya argumentativamente ponderados corre siempre el riesgo, precisamente por ser infundada, de precipitarse en un desvariado subjetivismo. A tal punto que la actividad del jurista-intérprete acabaría despojada de toda objetividad y asumiría astutamente y definitivamente a ineludible irracionalidad del juego interpretativo.

Es cierto que una ponderación más cuidadosa llévanos a inferir que – se bien valiosos los fines de la racionalidad del proceder interpretativo – los vínculos constituidos por las reglas y métodos de interpretación de los textos normativos, la dogmática jurídica, la comunidad de los intérpretes y de los juristas, y la propia dimensión de la comunidad ética y de la textualidad, son siempre límites de naturaleza relativa. Es decir, no pueden jamás eliminar totalmente la naturaleza del juego interpretativo (esto es, de discrecionalidad y de los espacios de libertad del intérprete), sino que solo contribuyen, con su función normativo-prescriptiva, a estructurarlos y a contenerlos. En todo caso, se el objetivo es la racionalidad del interpretar, son siempre preferibles vínculos y límites parciales y imperfectos, expresión de culturas jurídicas y sociedades históricas específicas, antes que ningún vínculo o límite. Dicho de modo más simple, la insuficiencia del vínculo no implica, en definitivo, la supresión de los límites por él diseñados.

Todo el intento de separar, especialmente en sede de interpretación jurídica, la racionalidad de la personalidad que comprende está fatal y trágicamente condenada al fracaso: el imagen del intérprete enteramente neutral, imparcial, por completo objetivo, despersonalizado, pasa por alto de la realidad;

todas las interpretaciones y decisiones sobre el derecho se inspiran en el punto de vista de alguien, en la perspectiva de un ser humano único cuya recopilación de experiencias pasadas le sirve como contexto, lente y trayectoria para valorar su experiencia presente y, de esa forma, alterar el texto interpretado. Pese a mucho que se pueda desear, no existe un punto de vista "neutral", y la mera posibilidad de que se pueda "recuperar" (o "institucionalizar") la neutralidad es tan remota que resulta deprimente y tremendamente contraria a nuestra marcada disposición para proyectar la propia subjetividad en el mundo: somos, definitivamente, una idiosincrasia con patas.

Esa, en realidad, parece ser la razón por la cual algunos autores afirman que no existe norma jurídica, sino norma jurídica interpretada y que interpretar un acto normativo nada más es de lo que colocarlo en el tiempo y contextualizarlo en el espacio, en fin, de integrarlo en el mundo de la vida vivida. De que es el operador jurídico que produce la realidad del derecho y la edifica enunciando lo que este mismo es. Hay derecho donde sujetos diferentes pre-comprenden, discuten, modifican y desarrollan, sumergiéndose en la praxis, proposiciones y enunciados normativos pertenecientes a esa práctica interpretativa que, sobre la base de su unidad de sentido, llamamos de fenómeno jurídico: el objetivo de la buena interpretación no es conseguir que los intérpretes admiren, justifiquen y reproduzcan una legislación ya hecha, sino de valorarla y de corregirla; interpretar/aplicar el derecho es antes de todo una virtuosa responsabilidad ética: podemos admirar el estilo de un discurso jurídico o la habilidad del sujeto-intérprete, pero aún así debemos juzgar tanto a un como al otro por los resultados de su actividad.

Debemos comprender que el deseo de proporcionar una justificación exhaustivamente racional de la manera en que vamos conducir nuestras interpretaciones es descabellado. La fantasía hiper-racionalista de demostrar que todas nuestras acciones (e interpretaciones) se basan en premisas exclusivamente racionales es incoherente y debemos abandonarla (H. Frankfurt, 2004). Nuestros deseos, nuestros prejuicios y nuestras emociones intervienen siempre en mayor o menor medida en todo el proceso de interpretación y de toma de decisión en concreto, o, para ser más preciso, la articulación co-constitutiva de la afectividad y de la razón intervienen en toda la interpretación (comprensión), justificación y aplicación de una voluntad ajena, sobre todo en aquellos dominios en que el "caso concreto", el "caso de la vida real", surge al intérprete con una variedad y una multiplicidad desconcertantes.

En esos dominios en que el acento recae en la peculiaridad, en la especificidad del caso concreto, debe el operador del derecho convencerse de

cuanto sería nefasta la eventual pretensión del legislador de regular él propio todo, prendiendo el intérprete de pies y manos, haciendo de él una pura máquina subsuntiva o “descubridor de significados inherentes”, al cabo de cuyo funcionamiento se estaría en frente de una interpretación o solución que a todas las luces mal cuadraría al caso considerado – eso apenas para decir lo mínimo. La asunción responsable de que el intérprete goza de cierto margen de autonomía es, pues, en nuestro caso (en el caso de la interpretación/aplicación jurídica), una actitud necesaria y una solución demasiado fecunda. En verdad, es en el autónomo proceso de interpretación de los códigos morales y jurídicos de la sociedad que la conducta del intérprete, siempre personal, productiva y constitutiva, garantizará la condición de ciudadanía plena, o sea, su debida prioridad frente a cualquier otro fenómeno socio-cultural y existencial.

Así que la interpretación no puede prescindir de la insustituible actividad e iniciativa del sujeto. La interpretación es, en efecto, un espacio de juego entre vínculo y libertad, entre rigidez y flexibilidad, entre lógica de lo probable y de lo razonable por un lado, y lógica de lo necesario y de lo constrictivo por otro, es decir, un espacio dentro de lo cual es ciertamente posible una pluralidad de soluciones alternativas, aún que eso no signifique en absoluto que todas las interpretaciones sean igualmente legítimas. Y una vez que no existe certezas demostrativas ni verdades empíricas, solo la argumentación, entre las distintas hipótesis interpretativas posibles, puede orientar en el sentido de una interpretación satisfactoria y razonable, en el sentido de elecciones prudentes y responsables, guiadas por “buenas razones”, que sirvan a nuestras intuiciones y emociones morales y a la justicia, y no las traicione.

Como dicho anteriormente, el esquema teórico-cognoscitivo sujeto-objeto pasó a hacer parte del pasado, pues falla desde el punto de partida: un intérprete que cree que recibe sus criterios de interpretación solo del texto, del significado inherente a las palabras de la norma, sucumbe a un equívoco fatal, pues (inconscientemente) permanece dependiente de su propia irracionalidad. Por tanto, reinventar la dogmática y la metodología jurídica no solo constituirá la mejor alternativa para refinar nuestros juicios ético-jurídicos y establecer nuevos patrones y criterios metodológicos sobre cementos más realistas, firmes y consistentes, sino que traerá una mayor contribución para el diseño y la elaboración de decisiones más justas que la ilusión sobre la racionalidad o las “emociones ideales” que nos gustaría que motivara el comportamiento humano en lo que se refiere a la actividad interpretativa.

El desconocimiento y la desconsideración de esas condiciones de la tarea interpretativa, cuya observación resulta simple en la realidad de la práctica

jurisdiccional, enflaquecen la confianza de la dogmática no solo en el Derecho, sino en el conjunto del Estado de Derecho.

III. DERECHO JUDICIAL Y NEUROBIOLOGÍA

1. Neurobiología, juicio normativo y proceso decisorio

Con razón decía Oliver Wendell Holmes (1993) hace más de cien años: *"La vida del derecho no ha sido la lógica, sino la experiencia. Las necesidades sentidas del tiempo, las teorías morales y políticas dominantes, las intuiciones de la vida pública, permitidas o inconscientes, incluso las preconcepciones que los jueces tienen en común con sus conciudadanos... han influido mucho más en la determinación de las reglas del Derecho a través de las cuales se gobierna a los hombres, que las deducciones del silogismo"*.

Hoy no parece haber dudas de que el análisis tradicional de la disciplina jurídica (tanto a de carácter positivista como jusnaturalista) comienza a sufrir el impacto de las nuevas investigaciones acerca del papel y utilidad atribuidos a las intuiciones y a las emociones en los procesos de toma de decisión jurídica. Paul Gewirtz (1996), por ejemplo, reaccionando con excesivo énfasis sobre los procedimientos racionales en el juicio normativo, afirmó: *"Demasiadas vezes os juízes e estudiosos que escrevem sobre direito afirmam uma inapropriadamente nítida distinção entre o racional e o não racional, especialmente entre razão e emoção - invocando um conceito muito estrito de razão e colocando em contraste a razão e a emoção de uma forma excessivamente simplificada. A discussão ocorre, nestes mesmos termos, no contexto de um argumento normativo tradicional, ou seja, que a aplicação do direito seja um domínio da razão, não da emoção"*.

De hecho, el estudio de los procesos de decisión llevados a cabo por los magistrados, acusadamente en lo que se refiere a la incapacidad de aplicación racional y de raciocínio claro en la tarea interpretativa, tiene proporcionado la base empírica para los argumentos en favor de la intuición, compasión, emoción y de la heurística en la aplicación de la ley (Feigenson 1997, 2000; Charman et al. 2001), esto es, de que factores inconscientes, subjetivos y/o valorativos producen influencias sobre nuestro comportamiento y nuestras decisiones debido a la interacción entre distintos procesos cognitivos y afectivos que, directa o indirectamente, condicionan nuestros juicios ético-jurídicos. La visión del ser humano como agente racional, implícita en el principio de la autonomía que fundamenta la interpretación jurídica, no corresponde a una descripción fidedigna

del comportamiento humano. Los datos empíricos contradicen el principal elemento que fundamenta el esqueleto teórico, práctico y argumentativo del derecho: el de la plena racionalidad del sujeto-intérprete para interpretar una norma jurídica y, a partir de ahí, extraer una decisión.

1.1. Implicaciones jurídicas

Los estudios provenientes de otras áreas de conocimiento no solo tiene representado un cambio en el imagen que tenemos del mundo y de nosotros mismos, sino que también nos a llevado a descubrir que en sede de realización del derecho (esto es, de interpretación, justificación y aplicación) en el cerebro humano participan procesos neuronales que están íntimamente vinculados a estados mentales-psíquicos conscientemente vividos y que, de la misma forma y en igual medida, procesos inconscientes anteceden y afectan a los conscientes de manera determinada.

La circunstancia de que los valores, principios y normas jurídicas demandan un proceso deliberativo casuístico, complejo e intuitivo en su aplicación a situaciones concretas implica una revisión de la idea de un sujeto-intérprete racional, una especie de *homo oeconomicus*, no confirmado por la psicología y neurociencia contemporáneas. La operacionalización del principio de la autonomía del operador del derecho por la ciencia jurídica (sea juspositivista o jusnaturalista) está fundamentada en una concepción normativa del ser humano como agente racional, que entra en conflicto con los datos empíricos. Los juicios y decisiones en la vida real de personas normales muchas veces se apartan del modelo económico racional.

Los individuos tienen dificultades para percibir los riesgos y trabajar con probabilidades. Muchas decisiones importantes son tomadas con base en heurísticas, seleccionadas por su adaptabilidad en el ambiente ancestral. Limitaciones de procesamiento de información, bien como factores motivacionales y emocionales no-conscientes influyen, de forma importante, el proceso de toma de decisión en el ámbito del derecho. Los avances de las ciencias comportamentales y neurociencias están mudando radicalmente las intuiciones que las personas tienen sobre los conceptos fundamentales de las teorías de interpretación y argumentación jurídica, tales como racionalidad, autonomía, intencionalidad, etc. Un después otro, tales supuestos están siendo invalidados. Es como si tuviéramos nociones intuitivas, formuladas a partir del sentido común y que constituyen la piedra fundamental de las teorías de la interpretación y argumentación jurídica contemporáneas.

Como el referencial científico es incompatible con el intuitivo y como no podemos vivir indefinidamente en una situación de disonancia cognitiva, es posible predecir que, gradualmente, el referencial intuitivo será modificado. Sin embargo, lo mismo ocurrió cuando el mundo dejó de ser una superficie plana... Las emociones e intuiciones que contaminan todo y cualquier proceso de toma de decisión en humanos deben ser consideradas en la normatización de los procedimientos propios de la tarea interpretativo-argumentativa. Además de las limitaciones inherentes a la arquitectura del sistema cognitivo ha innúmeros otros factores no controlables que limitan y condicionan la capacidad decisoria, realizada prioritariamente de forma intuitiva y subjetiva.

Asimismo, los datos revisados indican que los propios factores y/o valores más ínfimos pueden comprometer la capacidad decisoria de un individuo. De ahí la importancia de no caer en la tentación de creer que esas dificultades prácticas y limitaciones puedan ser solucionadas apenas por reglas o procedimientos más rigurosos. Una normatización metodológica adecuada es un paso importante, pero teorías procesales puras del discurso normativo, guiadas por rigurosa lógica, llevarían a renunciar a la experiencia humana en su elaboración, trayendo consigo el riesgo de un formalismo y racionalismo extremos.

Una teoría de la interpretación o argumentación jurídica desarrollada desde un enfoque puramente formal-procesal abandona, de forma irreal y no factible, la evidencia de que la naturaleza humana no solo genera y limita las condiciones de posibilidad de nuestras interpretaciones sino que también guía y pone límites al conjunto normativo y metodológico que debe regular y guiar los procesos de toma de decisión. Tan vital cuanto los modelos ideales de interpretación y argumentación jurídica es la toma de consciencia de los operadores del derecho (especialmente de los magistrados) acerca de la complejidad de los factores, innatos y adquiridos, implicados en la actividad interpretativa.

Por muy precisas o definidas que puedan ser las reglas jurídicas formales, por mucho que sea posible descubrir uniformidades detrás de esas reglas formales, aún con todo eso es imposible, y siempre será imposible, establecer un modelo fundado en la teoría de la racionalidad absoluta, debido al carácter limitado de la capacidad cognitiva del sujeto-intérprete a partir de la cual las decisiones son generadas. Por mucho que pueda precisarse el contenido de las normas o las reglas de procedimiento del discurso normativo, sea mediante argumentos semánticos, lógicos o puramente dogmáticos, lo cierto es que el proceso de decisión es, en un alto grado, influenciado por factores que huyen completamente al control consciente y racional del operador del derecho. Sobre

esos no puede existir certeza, pues siempre son reconstruidos sobre bases precarias y contingentes (emociones, deseos, preferencias, memorias, etc.).

El problema, sin embargo, es que las distintas corrientes metodológicas de la actualidad – no importa si se trata de la exégesis hermenéutica, del principlialismo, de la retórica, de la lógica jurídica, del formalismo o de las más modernas teorías de la argumentación –, tratan, por todos los medios a su alcance y de maneras explícitas o implícitas, de combatir el fantasma de la irracionalidad. Si quisiéramos proponer una hipótesis de trabajo un tanto extrema, podría decirse que toda la historia de la metodología jurídica se reduce a una *lucha* constante y a muerte contra esta forma básica de subjetivismo jurídico. La totalidad del arsenal metodológico y del instrumental conceptual (desde los antiguos cánones de la interpretación de Savigny, pasando por los *topoi* de Vieweg, por la lógica fundacional de Klug, por el tribunal de la razón de Toulmin hasta las más modernas construcciones de Alexy, MacCormick, Aarnio y Atienza), no es otra cosa que una forma de enfrentar los problemas que levantan o subjetivismo ante las reglas y ante los hechos.

Y más, nos atreveríamos a decir que, se fuera posible tomar en cuenta todos los componentes que ha propuesto la metodología jurídica en el último siglo, tendría buenos elementos para decir que todas las formas de la supuesta racionalidad absoluta del sujeto-intérprete fueran finalmente derrotadas. Sin embargo – y *aquí viene el fundamental de nuestra posición* – el problema central *no* radica en las normas (positivismo/normativismo), ni en los valores (jusnaturalismo) y ni en los hechos (sociologismo jurídico), sino en las personas. De nada sirve ser racionalista frente a las normas, a los valores o a los hechos, si no se tiene en cuenta el elemento fundacional: a los seres humanos que trabajan sobre esas normas y esos hechos. Por eso, resulta conveniente acuñar una nueva forma de racionalidad jurídica que sea más amigable con las investigaciones procedentes de otras ciencias. Según estas, toda y cualquier construcción teórica y/o metodológica (independientemente de cuanto rigurosa, lógica o “verdadera” sea) se encuentra determinada, condicionada y limitada a las conductas humanas que les dan origen.

La materia prima, la sustancia, el elemento *sine qua non* de las construcciones científico-rationales es la persona que está detrás de ellas. Son los individuos (con sus virtudes, pero también con sus prejuicios, memoria, emociones e intuiciones) los que determinan, en última instancia, la solución satisfactoria y la eficacia operativa de las normas jurídicas. En todos esos estadios habrá que considerar el *factor humano* como la variable realmente decisiva. Las normas podrán ser precisas, los valores y principios indiscutibles, los hechos

demostrables, pero si no hay una disposición anímico-personal activa para su interpretación, cumplimiento y aprehensión, entonces los logros alcanzados serán siempre débiles, precarios e inseguros. Desde aquí se puede extraer una máxima metodológica de acción: mirar siempre a la actividad interpretativa a partir de su dimensión humana y en la totalidad de sus intrincadas manifestaciones.

En resumen: los cultores de la metodología jurídica podrán continuar realizando todas las precisiones conceptuales y los desarrollos epistemológicos que quieran, pero siempre subsistirá el *ser humano* encargado de su implementación práctica y vital. Y como la historia demuestra – inclusive con ejemplos brutales – que en la aventura humana entran toda clase de consideraciones en juego, lo más conveniente será ser prudente y no dar jamás rienda suelta a la imaginación : como el “asno de Buridan” y la posibilidad de ponderar toda decisión a través de la razón.

2. La interpretación de la ley y las representaciones cerebrales

¿Como lo hacen? ¿Como se puede analizar la actividad interpretativa tomando como referencia su dimensión propiamente humana? Para lo que aquí nos interesa, comenzaremos por recordar que el problema de la realización del derecho levanta al menos tres cuestiones fundamentales: de orden epistemológica, de orden axiológico-política y de orden subjetivo-individual del jurista-intérprete. Y porque para la hermenéutica el modelo sujeto-objeto no es viable en el ámbito de las ciencias humanas, la subjetividad presente en todo acto de comprensión, interpretación y aplicación jurídica debería abordarse por medio del análisis de los procesos cerebrales llevados a cabo por el operador del derecho.

Dicho de otro modo, ese contexto establece que los operadores del derecho viven de las representaciones y significados que se pasan en la mente, esto es, que son procesados en sus estructuras cerebrales. De ahí que, como dijimos antes – y no nos parece ningún exagero repetir –, el juicio ético-jurídico basado no solo en raciocinios sino también en emociones y sentimientos morales producidos por el cerebro, no puede ser considerado como totalmente independiente de la constitución y del funcionamiento de ese órgano que, en una primera aproximación, parece no disponer de una sede única y diferenciada relacionada con la cognición moral y el juicio normativo que dicha el sentido del derecho y de la justicia.

El concepto de representación procede de la teoría kantiana del conocimiento según lo cual la realidad existe para cada un en particular solo en su imaginación. Por tanto, es solo su representación. El mundo que vemos es un

mundo concebido a través de la construcción hecha a partir de estímulos físicos por una maquinaria que es nuestro cerebro: la realidad objetiva es "realidad" en tanto que realidad humana percibida por el cerebro humano.

En neurociencia se viene usando el término representación de forma sistemática para aludir al conjunto de correlatos (o mapas) neuronales que se dan en nuestro cerebro del mundo exterior. En este marco parece posible no solo aceptar la equivalencia entre representación y patrón de actividad cerebral sino también, y muy particularmente, intentar avanzar en el significado del concepto de representación con base en el paradigma admitido por la neurociencia. Esto es importante porque nos conduce al concepto de estabilidad en la actividad cerebral como factor determinante de la evolución de los patrones, por ejemplo, en el acto de comprensión, interpretación y aplicación del derecho.

Para seguir en esta dirección es útil imaginar un simple experimento que podríamos hacer con unos cuantos operadores del derecho, con semejante preparo intelectual y formación profesional, interpretando una ley. Supongamos que les mostramos a todos un mismo texto legal (que implique un dilema moral o ético-jurídico), les pedimos que traten de interpretar y comprender sus matices y que después les pedimos que expresen en detalle sus posiciones acerca de la posición personal de cada uno sobre el referido enunciado normativo.

Se verdaderamente estos operadores tienen semejante preparación intelectual y formaciones profesionales nos podrían dar opiniones prácticamente iguales, a menos que el texto legal (o dilema) contenga detalles difíciles de interpretar. Por tanto, estos operadores tuvieran acceso a una realidad tangible y objetiva del mundo exterior que se habrá almacenado como representación en sus cerebros en forma de patrones de actividad de distintas regiones cerebrales. Sin embargo, no hay ninguna razón para pensar que las zonas cerebrales activadas serán idénticas en los distintos intérpretes. En la misma medida, se bien la experiencia sea la misma, el registro a nivel cerebral – la marca sináptica – será diferente, lo que los llevará seguramente a tomar decisiones de cariz muy diverso.

Con toda seguridad habrá un alto grado de correspondencia en el trabajo realizado por regiones cerebrales. Por ejemplo, con toda seguridad se habrá activado la corteza cerebral occipital cuando los sujetos visualizaban el texto legal, así como la corteza frontal y el sistema límbico para poder llevar a cabo una conducta relacionada con el proceso de toma de decisión. Pero se descendemos al nivel de los neurotransmisores y los potenciales sinápticos, que constituyen el lenguaje de comunicación de las neuronas (de modo que mayores cantidades de neurotransmisores liberados producen mayores potenciales sinápticos), no hay ninguna razón para esperar que existan neuronas (o redes neuronales) idénticas

respondiendo idénticamente en el momento de la tarea interpretativa. La demostración más simple de esto es la reducción al absurdo basada en el hecho de que no es previsible que existan dos cerebros con el mismo número de neuronas y conexiones sinápticas que generan y determinan los procesos cerebrales asociados con la percepción, los patrones de pensamiento y el sentido de acción (en el caso, con el proceso de observar, valorar y decidir).

Un de nuestros operadores puede ser joven y otro más mayor, circunstancia en que la forma como las redes de unidades de tipo neuronal, con conexiones de tipo sináptico y una organización paralela, realizan ciertas tareas complejas (como la memoria asociativa y el reconocimiento de patrones) sea distinta. Cada uno tendrá su representación resultante de su propio patrón de actividad cerebral y de las interacciones sinápticas producidas por la experiencia y por la historia particular de cada cerebro (esta característica de cambios que se conoce con el nombre genérico de plasticidad neuronal y que puede estar en la base de la individualidad asociada a la experiencia, dissociada del determinismo genético). Lo que no quiere decir que la realidad no exista objetivamente y que solo exista en nuestra imaginación, sino que son nuestras experiencias personales (e interpersonales) que influyen y condicionan directamente sobre el modo en que construimos (en que nuestro cerebro construye) la realidad.

De hecho, el problema filosófico sigue vigente porque no se trata tanto de si existe una realidad sino de los criterios de fundamentación de esa misma realidad - una vez que las percepciones son el resultado de un proceso psicológico que combina lo que los ojos ven con lo que ya pensamos, sentimos, sabemos, queremos y acreditamos, y acto continuo utiliza esa combinación de información sensorial y conocimiento ya existente para construir nuestra percepción de la realidad. Y porque nadie puede vivir su realidad (ni, por cierto, interpretarla) sin el concurso irrenunciable de su actividad mental, detrás de dos cerebros distintos pueden esconderse mundos y formas de concebir y de sentir la realidad de manera completamente diferente.

Dicho de modo más simple (y jurídico): porque no hay dos cerebros que sean iguales (ni siquiera los de gemelos idénticos), porque cada cerebro construye el mundo de manera ligeramente distinta de los demás cerebros, no hay una interpretación definitiva de lo que expresa la "norma", sino simplemente una interpretación dentro de nuestras cabezas (una construcción personal), interpretación que se desencadena a través de los elementos externos que mejor estamos preparados para registrar. Después, el problema que tiene que afrontar el cerebro aquí es que los señales procedentes del mundo (en nuestro caso, de la norma) no suelen representar un mensaje codificado, sino que son potencialmente

ambiguos y dependientes del contexto, y no viene necesariamente acompañado de juicios previos sobre su significado (Edelman, 1987).

De ahí la razón por la cual leer un texto necesariamente implica interpretarlo. Sin embargo, suponemos que muchos aún fomenten una concepción muy poco elaborada acerca de lo proceso de realización del derecho, a saber, que el objetivo de interpretar un texto es, simplemente, dejar que este "hable por sí mismo" para descubrir el significado inherente a sus palabras. La verdad, con todo, es que el significado no es inherente y que los textos no hablan por sí mismos. Las normas jurídicas no poseen representación de valor. Las normas poseen solo palabras. Cuáles son los valores y significados que deben ser ligados a estas palabras es un problema vinculado a la tarea de los intérpretes. Y él establecerá siempre aquello en que él mismo cree (D. Simon, 2006): ninguna ley es fruto de una verdad establecida sino expresión de la "voluntad pública", siempre sujeta a la interpretación.

Los textos se interpretan y quien los interpretan (así como quien los escriben) son seres humanos de carne y hueso, que solo pueden comprenderlos a la luz de sus prejuicios y otros conocimientos, que es lo que hacen al intentar desentrañar sus significados colocando sus palabras "en otras palabras" - como recuerda Rose (2006), nuestras mentes funcionan con (y reaccionan a los) significados, y no solo con informaciones. El intérprete-lector, inyectando elementos de subjetividad, altera las palabras originales del texto, buscando, en un *continuum* de ese proceso unitario, encontrar para el resultado de su interpretación una fundamentación/justificación racionalmente convincente.

Esto, dígame de paso, no es algo opcional en el proceso de lectura/interpretación; no es algo que sea posible elegir no hacer cuando examinamos seria y cuidadosamente un texto. El único modo de entender un texto es leyéndolo, y el único modo de leerlo es interpretándolo, a saber, poniendo sus palabras en otras palabras, y el único modo en que es posible hacer tal cosa es teniendo otras palabras que colocar en lugar de las originales, y el único modo de tener esas otras palabras es habiendo vivido, es decir, teniendo prejuicios, deseos, necesidades, aspiraciones, creencias, perspectivas, visiones del mundo, opiniones, preferencias, aversiones y todos los demás rasgos que hacen humanos a los seres humanos. Y tenemos, así, que leer es interpretar un texto; es, necesariamente, prejuzgado: siempre buscamos entender lo que sus autores dicen al mismo tiempo que nos esforzamos por conocer el significado que esos textos tienen para nosotros, como pueden ayudarnos a comprender nuestra propia situación y dar sentido a los propios ideales y valores que conforman nuestras vidas.

El problema es que aunque nuestras representaciones tengan un substrato material que son los correlatos cerebrales o patrones de actividad neuronal que se establecen individualmente, todavía no hay una respuesta clara acerca de cómo tiene lugar este proceso, una vez que, para tanto, habríamos de ser capaces de determinar, se es que es posible, el límite entre percepción, emoción, memoria y cognición. Para tratar de aclarar la complejidad del problema podemos recurrir al ejemplo de nuestros intérpretes.

Cuando vieron el texto legal se pusieron en marcha sus circuitos visuales, lo que significa que una serie de señales navegó desde sus ojos a través de las vías nerviosas correspondientes hasta la corteza cerebral activando, en la misma medida, el sistema límbico. Con toda seguridad todos identificaron que se trataba de una ley porque previamente habían visto objetos parecidos; y porque la memoria es la principal causa de la idiosincrasia cognitiva humana, el modo en que piensan en la ley invariablemente configura lo que recuerdan, y lo que recuerdan incidirá en las soluciones a las que llegarán. Además, disponían de interacciones sinápticas modificadas al efecto. Cuando trataron de comprender los detalles de esa ley en concreto tuvieron que producirse nuevas modificaciones sinápticas – o nuevas ramificaciones, o refuerzo de las ya existentes; en cualquier de los casos, sus respectivas percepciones de la realidad y sus características desvelarán el rasgo o puntos de vista de cada intérprete de igual forma que reflejarán las cosas que representa. Y parece ser este el momento en que la dimensión humana del potencial de subjetividad impone sus pautas.

Ahora: ¿Cuándo fue suficiente? ¿En qué nivel el procesamiento de información se torna significado, conocimiento, consciencia? ¿Cuanto tuvo que modificar las interacciones sinápticas para que se estableciese la representación de esa ley? ¿Cómo se decidió que era suficiente? ¿Tiene estos presuntos procesos o series de procesos algún aspecto de carácter universal, en el sentido de que cuentan con algún componente nuclear común capaz de determinar en cada individuo su particular valoración de lo que es o deja de ser justo? ¿Será posible algún día describir ese proceso o procesos (o los componentes clave) en términos más objetivos? ¿Cabe buscar su origen en algún patrón idiosincrásico de actividad neural que contenga al menos alguna secuencia espacio-temporal identificable compartida por todos los individuos? ¿A la diferencia de lo que parece ocurrir en la base neural de las facultades artísticas (Changeux,1994; Vigouroux,1992), existen algunas áreas neuronales cuya intervención específica sea en cierto modo crítica y universal en el marco de la actividad ampliamente distribuida que muy probablemente subyace – como en todos los procesos cognitivos superiores (Vigouroux,1992) – al fenómeno de la experiencia moral? ¿En qué medida

contribuyen la herencia y la historia de aprendizaje de cada individuo en el poner en marcha o en la activación de ese supuesto patrón funcional? ¿Pueden ser de utilidad las modernas técnicas de neuroimagen no tanto para la localización estricta de la sede cerebral de tal rasgo de actividad, sino, más bien, para la identificación de la implicación diferencial de ciertos circuitos distribuidos?

Simplemente no lo sabemos. Parece no existir en el cerebro ninguna área específica (y se hubiera la neurociencia todavía no consiguió descubrirla) en que la neurofisiología misteriosamente se torna psicología. Lo que hay es un patrón de activación cerebral que puede implicar un número considerable de estructuras cerebrales y que en algún momento es suficiente como para que el sujeto-intérprete pueda comprender el objeto interpretado: un trabajo que envuelve múltiples y distintas regiones del cerebro (no necesariamente conectadas por simples trayectos sinápticos o sinápticamente distantes) contribuyendo armoniosamente para el todo (o implicados en aspectos complementares de la misma tarea: de cada región, de acuerdo con sus posibilidades, para cada una, de acuerdo con sus necesidades – Rose, 2006).

Sea como sea, conocer como se realizan las conexiones de las neuronas al establecer las redes que llevan a los juicios morales es necesario para se tener una idea, aunque limitada, acerca del procesamiento mental, del real alcance de la racionalidad humana y de nuestra innata predisposición para formular un conocimiento previo (generar expectativas) acerca de los demás y de los fenómenos que nos rodean – esto es, para prejuizar.

3. Hermenéutica jurídica: mente, cerebro y “pre-juicio”

3.1. Neurociencia y “pre-juicio”

Cuando miramos dentro del cerebro vemos que nuestras acciones derivan de nuestras percepciones y nuestras percepciones (así como nuestra consciencia) son un producto o son construidas por la actividad del cerebro. Esa actividad, a su vez, es dictada por una estructura neuronal formada por la interacción de nuestros genes con el entorno. No hay ningún rastro de una antena cartesiana que sintonice con otro mundo, no hay ningún fantasma en nuestro suelo, no ha monstruos en las profundidades, no hay tierras regidas por dragones, ni otros mundos, ni espíritus, ni extrañas fuerzas aún por desvelar, como la asociada a la gravedad cuántica (Penrose 1989 y 1994). Lo que los viajeros de la mente están descubriendo es un sistema biológico de asombrosa complejidad. No tenemos la necesidad de satisfacer nuestra ansia de asombro conjurando fantasmas: el

mundo que hay dentro de nuestras cabezas es más maravilloso - y misterioso - que cualquier cosa que podamos inventar en sueños (Carter, 2002). Somos el resultado de dos mundos: el mundo del cuerpo/cerebro - de los cuales emerge la mente - y el mundo de las creaciones culturales (aquí incluido, por cierto, el derecho) fundadas en la actividad neuronal (una sincronía en rede), pero que la trascienden.

Y si nos situamos en el ámbito propiamente del jurídico, nada de eso debería sorprender, una vez que, como ya hemos dicho, son dos las capacidades humanas que funcionan como factores particularmente determinantes en la formación e interpretación de las normas jurídicas: la primera, probablemente compartida con otros animales, es la búsqueda incesante de causas y efectos; la segunda, el raciocinio o juicio social - insólitamente desarrollada en los humanos -, que consiste en la capacidad de pensar en las personas y en los motivos que les llevan a actuar.

La combinación de esas capacidades generó ciertas características de la función mental que forman parte de la creencia ético-jurídica: nuestra capacidad para hacer conjeturas, abstracciones y deducciones causales y para inferir intenciones no percibidas. De esa forma, la aplicación del derecho se torna posible cuando el impulso de encontrar e inferir explicaciones causales se combina con la capacidad - la propensión o predisposición - de nuestros cerebros para "prejuizar" y suministrar niveles avanzados de cognición social (entendida como el conjunto de habilidades que nos permiten dar sentido al mundo de nuestras interacciones sociales: implica procesos, personales e interpersonales, como el reconocimiento y procesamiento de emociones, la capacidad de inferir y discriminar intenciones, disposiciones y creencias, de reflexionar sobre nuestra experiencia subjetiva y de los demás, etc.). Juntas, estas dos capacidades nos permiten generar complejas ideas jurídicas que van desde punir un conductor por haber cruzado con el semáforo en rojo hasta la elaboración de sofisticadas teorías acerca del derecho justo, desde un jusnaturalismo de carácter teológico hasta un positivismo más sosegado.

Y porque estamos inseridos en el mundo mental de otros, igual que lo estamos en el mundo físico y cultural, no solo la dinámica y las estructuras neuronales que hacen posible la interpretación y aplicación de las normas jurídicas están condicionadas por el entorno, sino también que nuestra predisposición para hacer suposiciones y conjeturas sobre como son las personas y como funciona el mundo hace con que nuestros prejuicios (conocimientos previos o "pre-comprensión", para usar la terminología empleada por Esser) nos faciliten el acceso a lo que hay que comprender.

Por más doloroso que nos resulte, lo cierto es que estamos llenos de prejuicios. Estos (los prejuicios) son el fruto de una conducta adaptativa diseñada al largo de nuestra historia evolutiva: la selección natural favoreció el desarrollo de una sofisticada maquinaria cerebral para elaborar un juicio rápido, una respuesta mental automática que permite protegernos de posibles peligros en nuestras experiencias de vida. Hacemos predicciones y formulamos prejuicios constantemente y respecto a todo con que, directa o indirectamente, nos encontramos implicados. Y aunque no nos demos cuenta de eso, hoy sabemos que el cerebro funciona así continuamente. Como recuerda Siegel (2007): *“El cerebro puede ser considerado como una “máquina de anticipación”, escaneando constantemente el entorno y tratando de determinar qué sucederá a continuación”*.

Por tanto, mucho antes que los neurocientíficos diesen por asentada la crucial e ineludible presencia del prejuicio para que nuestro cerebro funcione, este ya había sido rehabilitado por Gadamer en su desarrollo de la hermenéutica.

3.2. Interpretación jurídica y subjetividad: el “pre-juicio” como condición humana

Dentro de este cuadro que acabamos de diseñar, veamos lo que ocurre con la interpretación jurídica, esto es, cuales las operaciones mentales efectivas llevadas a cabo en la tarea de interpretar y aplicar el derecho.

En el vasto e importante debate que en las últimas décadas se abrió en torno al problema de la interpretación jurídica, ninguna teoría específica de la interpretación logró reivindicar para sí un papel exclusivo. Sin embargo, con su tesis de la inseparabilidad del conocer y del interpretar y del interpretar y del aplicar, y de la incidencia de la interpretación en la realidad misma que habrá de interpretarse, o sea, de la constructividad del interpretar, la hermenéutica acabó por abrir camino a una amplia gama de ricas y originales consideraciones teóricas acerca de los temas del comprender, del interpretar, del aplicar, del significado y del lenguaje, aproximando ámbitos distintos del saber.

Muchos e importantísimos son los problemas levantados y discutidos en el ámbito de esta apertura de nuevos itinerarios intelectuales propiciados por la centralidad del tema interpretación, en lo cual, a su vez, la interpretación jurídica – inclusive gracias a un nuevo despertar de la consciencia hermenéutica de los juristas, después de que durante todo el siglo XIX y buena parte del XX el modelo del *buen legislador* había prevalecido claramente sobre el modelo del *buen*

intérprete – fue convertida en el punto central de la filosofía y de la ciencia jurídica.

De hecho, no sería ningún exagero afirmar que la teoría hermenéutica del derecho ha dado pasos de gigante en el siglo XX, propiciando una indudable aproximación entre momento normativo y momento interpretativo-aplicativo. Pero si hay un en particular, y que parece haber despertado mayor interés y cuidadosa atención, ciertamente este está representado por la presencia del “pre-juicio” o la “pre-comprensión” en la actividad interpretativa y en los procesos de toma de decisión.

El problema, por tanto, está en saber *como* comenzamos a hacer suposiciones, a pre-comprender, a formular prejuicios o tener conocimiento previo. Hacer suposiciones o conjeturas sobre como son las personas (o fenómenos del mundo) antes de tener alguna información sobre ellas es prejuzgarlas. Y aunque la palabra “pre-juicio” por veces parezca mal, lo cierto es que se trata de un elemento crucial para que nuestro cerebro funcione. Los prejuicios nos permiten empezar a conjeturar, siendo indiferente lo atinada que pueda ser la conjetura siempre y cuando ajustemos la próxima en respuesta al error. Por ejemplo, cuando percibimos objetos del mundo físico, el cerebro siempre espera que la luz venga desde arriba. Se trata de un prejuicio incorporado al largo de la evolución. Del mismo modo, cuando el cerebro observa personas en movimiento espera que estas alcancen sus objetivos con un mínimo de esfuerzo (recordemos, por ejemplo, los innúmeros estudios llevados a cabo sobre la imitación). Esto también es un prejuicio innato (Frith, 2007). Esos prejuicios nos permiten iniciar el ciclo de hipótesis y predicciones en virtud del cual nuestro modelo del mundo es cada vez más preciso.

Estamos predispuestos de manera innata a prejuzgar. Todas nuestras interacciones sociales y nuestras relaciones con el mundo físico comienzan con prejuicios, cuyo contenido nos permiten hacer conjeturas iniciales sobre las intenciones de nuestros congéneres así como conjeturas, abstracciones y deducciones causales de los fenómenos que nos rodean. Esto también no es algo opcional, no es algo que podemos elegir no hacer cuando actuamos en el mundo físico y social en que plasmamos nuestra vida. Necesitamos hacerlo para poder actuar en consecuencia. Además, para ser completo, cualquier conocimiento previo, representación o simulación interna debe contener no solo modelos de la mente de otras personas, sino también un modelo de sí misma, de sus propios atributos estables, sus rasgos de personalidad y los límites de sus capacidades; lo que puede hacer y lo que no.

Es de la naturaleza del existir humano que cuando observamos el comportamiento de nuestros congéneres, raras veces, y es posible hasta que nunca, observamos un mero mosaico de actos incidentales. Lo que (pre-)vemos detrás de ellos es una estructura causal más profunda, la presencia oculta de planes, intenciones, emociones, recuerdos, etc., y partiendo de esa base, podemos tratar de comprender lo que hacen los demás. Estamos diseñados por la selección natural para tener una capacidad de prever o de tener una imagen previa (un pre-juicio), una especie de modelo conceptual de la mente humana, sin lo cual una especie esencialmente social como la nuestra no habría conseguido prosperar en el entorno socio-cultural en que mueve su existencia. No hay un minuto en que no intentemos leer la mente, elaborar un conocimiento previo o imaginar las intenciones de los demás.

De hecho, un de los mayores inconvenientes del ser humano es la dificultad que supone contemplarnos unos a los otros sin prejuicios; somos, de hecho, seres diseñados para (pre)comprender las personas y los fenómenos que nos cercan. De ahí que no nos resta otra opción – además de oportuna – que la de observar que la hermenéutica de Gadamer, particularmente en lo que se refiere a la comprensión previa (o pre-juicio), captó adecuadamente el núcleo de nuestras intuiciones cognitivas (esto es, de lo que viene de las intuiciones ancladas en nuestra arquitectura cognitiva y que nos proporciona o determina el repertorio de nuestras primeras conjeturas y hipótesis) sobre la innata capacidad para interpretar (pre-comprender) los otros, para leer sus mentes, para entenderlos y para entender a nosotros mismos como seres intencionales, es decir, para leer lo que hay bajo la superficie, anticipar acontecimientos y dar sentido al que vemos.

Nuestros cerebros son básicamente máquinas de fabricar modelos de la mente de otras personas, manipular los significados y formular conjeturas o prejuicios acerca de los fenómenos físicos y sociales que conforman y condicionan nuestra existencia. El cerebro humano es una “máquina de anticipación”, y “crear futuro” no solo es lo más importante que hace sino que parece ser el rasgo definitorio de nuestra humanidad (Roberts, 2002; Dennett, 1997): el ser humano es el único animal capaz de imaginar objetos, comportamientos y acontecimientos que no existen en el reino de la realidad, y esta habilidad es la que nos permite anticipar, prever, imaginar o pensar en el futuro; nuestro cerebro está diseñado para anticipar (pre-comprender), y eso es lo que hace (Gilbert, 2006).

Y es precisamente el lóbulo frontal la pieza fundamental de la maquinaria cerebral que permite a los adultos humanos normales y modernos a proyectarse a sí mismos en el futuro, a abandonar el presente y experimentar el mañana antes de que ocurra; sin él, estamos atrapados en el momento, incapaces de imaginar lo

que “vendrá después”, a pensar en la existencia a largo plazo, encerrados en el espacio y tiempo inmediato, en fin, ligados a los estímulos del presente o destinados a vivir en un presente permanente.

Este es el cometido (regular y espontáneo) de nuestro lóbulo frontal y que ocupa hasta el último rincón de nuestra existencia mental: ningún otro ser vivo tiene un lóbulo frontal como el nuestro, que es la razón por la cual somos el único animal que imagina, anticipa, elabora conocimiento previo o piensa en el futuro tal como lo hacemos (Gilbert, 2006). Resumiendo, son las diversas regiones de la corteza prefrontal que producen, operando en conjunto, todas aquellas cualidades que consideramos más esencialmente humanas: la capacidad de hacer planes y anticipar, de prejuzgar, de anticipar conocimiento, de formular juicios morales, de sentir emoción, de controlar nuestros impulsos, de elegir y de dotar de significado nuestro mundo...

En términos propiamente jurídicos, la “pre-comprensión” (como ineludible condición de posibilidad de la comprensión) implica que el intérprete-aplicador, cuando confeccione y maneje los modelos de decisión, tenga ya una previsión del problema, una anticipación del futuro, fruto de su experiencia, de sus conocimientos, de sus convicciones y del propio lenguaje. La “pre-comprensión” constituye, así, un momento esencial del fenómeno hermenéutico y es imposible al intérprete desprenderse de la circularidad de la comprensión: por medio del análisis de los factores preasignados de la decisión, y asumiéndose la dimensión dialéctica y práctico-normativa del derecho, hay de integrar, en la medida de lo posible, el propio preentendimiento en los modelos de decisión, limando aristas y valorizando los factores normativos, fácticos, axiológicos y sistemáticos que por ventura venga a incluir.

Especialmente para lo que aquí nos interesa, ya ahora podemos reafirmar, con Gadamer, que la pre-comprensión (puesta por la tradición hermenéutica como punto de partida del círculo o “espiral” hermenéutico) es, de hecho, algo inevitablemente dado por la ontología evolucionada del “ser en el mundo”, y no una plataforma de interpretación en la cual debe situarse el intérprete. Como hemos dicho antes, mucho antes de que la neurociencia empezara a dar la debida importancia al conocimiento previo, el pre-juicio ya había sido rehabilitado por Gadamer en su teoría hermenéutica: en vez de suponer un obstáculo, nuestros prejuicios nos facilitan el – o constituyen el primero medio al – acceso al que hay que comprender.

En este particular, y a título meramente ilustrativo, una breve reflexión paralela acerca de la cuestión de la ineludible presencia de la pre-comprensión en el proceso de realización del derecho puede ser ilustrada de la siguiente manera:

¿cómo puede un juez decidir, sin prejuicio, un caso completamente desconocido para él? ¿Cómo puede hacerlo? ¿Es posible que desconozca *este* caso concreto; pero si desconoce también *tales* casos, en que dirección hay de practicar pruebas e interpretar la ley, si él no tiene idea alguna acerca de lo que este trata? ¿Cómo habría de emitir un juicio justo, si no pudiera comparar este caso con los otros muchos casos de que ya tiene noticia (principio de igualdad)? Crear derecho es un reconocimiento de algo en cierta forma conocido con anticipación; no significa, en absoluto, ingresar en terreno desconocido (Kaufmann, 1999).

En cualquier caso, siempre se produce un choque entre la norma interpretada y las preferencias personales del operador del derecho, lo que no es sino otro modo de decir que todo juicio del sujeto-intérprete hay de estar inevitablemente precedido, lo sepa y quiera o no, de un prejuicio que contribuye para ponerlo *en situación*. El operador del derecho que no es consciente de su prejuicio es, en realidad, lo más dependiente, acrático e imprudente. Tan solo el prejuicio, la pre-comprensión o el conocimiento previo le muestran lo que tiene de interpretar en la norma y lo que hay de cualificar normativamente en el caso. De lo contrario tendría de proceder en la incerteza, en el desconocido. Dos actos separados de esa manera, un, la norma legal abstracta, lo otro, el caso amorfo, no producen derecho algún, ni cada un por separado ni ambos al mismo tiempo (Kaufmann, 1999).

Desde una perspectiva práctico-filosófica, la interposición de prejuicios identifica una "*condición necesaria de todo el comprender*" - que, por su vez, condiciona todo el proceso de realizar en términos metodológicamente adecuado su relación con lo hacer valer una norma jurídica en la práctica. Y más aún: de esa misma capacidad humana de anticipar, de "*crear futuro*", es que surge la preocupación de *pensar en consecuencias* que, como componente igualmente relevante de la tarea interpretativa, permite al sujeto-intérprete el conocimiento, la ponderación y la responsabilidad por los efectos éticos y sociales de sus discursos o decisiones. Vale decir, de la consideración, por el operador del derecho, de los efectos futuros de la interpretación que adoptará delante del caso concreto, de la norma interpretada y de los principios y valores correspondientes.

El juez, más de lo que cualquier otro intérprete del derecho, tiene elevada a la máxima potencia esa exigencia de prudencia con el contenido de sus decisiones. El derecho, como instancia de la realidad, tiene innegable función de promover la estabilidad social: la *anticipación de las consecuencias* no solo influye directamente sobre los efectos que la decisión jurídica provocará en el futuro sino que también manifiesta la virtuosa prudencia en el acto de juzgar. La pre-comprensión, que engloba tanto el dato pasado (creencias, deseos, emociones,

sentimientos, etc.) como la *anticipación de consecuencias* (dato futuro), no solo constituye una condición necesaria de la tarea interpretativa sino que delimita los significados normativos que el intérprete atribuye y construye para solución de la controversia circunstancialmente en causa. Esto es, al pre-comprender, anticipamos el valor emocionalmente positivo o negativo de las diferentes opciones que estamos considerando cuando debemos decidir algo. Por eso se dice que las emociones influyen sobre la razón en la toma de decisiones. Razón y emoción se complementan, pues, en la toma de decisiones.

La "buena interpretación", la interpretación "satisfactoria", entendida como la interpretación cuyo componente de justicia no afecta la estabilidad social y la seguridad jurídica, es aquella que considera de forma equilibrada todas las dimensiones del proceso interpretativo: pasado, presente y futuro (en este particular, lo realmente revolucionario es el hecho de la neuropsicología haber descubierto que, sin memoria, tampoco ha futuro: cuando imaginamos el futuro, curiosamente se activan las mismas partes del cerebro que cuando recordamos el pasado; y ambas incluyen el hipocampo - Schacter, 2007).

Los prejuicios son, así, el humano en la aplicación del derecho y no ha ninguna técnica, por más sofisticada que se presente, que sea capaz de eliminarlos. La asunción de este elemento natural de la psicología humana en la realización del derecho lo torna transparente, en vez de ocultarse detrás de los "impersonales" fundamentos de la decisión. Todo aquel que desee comprender un sentido trae necesariamente su pre-comprensión (condición de posibilidad de la comprensión de los fenómenos del mundo) y, por medio de ella, introduce su evidencia en el proceso de comprensión; una comprensión semejante no es empíricamente objetivable, pero tampoco descaradamente subjetiva: es más bien subjetivo-objetiva al mismo tiempo.

De ahí haber una diferencia significativa entre lo que Haidt (2001) - a partir del "Social Intuitionist Model" que caracteriza sus investigaciones científicas acerca del juicio moral - define como *intuición moral* y *raciocinio* o *justificación moral*. El primero (el momento de la intuición), se trata de la aparición repentina, rápida y intuitiva de un juicio moral que inclui una valoración afectiva (cierto-errado, bueno-malo) sin ninguna consciencia de haber pasado por los estadios de busca, ponderación de la evidencia o inferencia de una conclusión...un proceso similar al juicio estético (Cela Conde et. al., 2004): un individuo ve o oye acerca de un acontecimiento social e instantáneamente siente aprobación o desaprobación. El segundo, el de la justificación, es una construcción *ex post facto*, una construcción o composición de razones después del hecho, con la cual pretendemos justificar o dar razones para nuestras intuiciones morales automáticas.

Trasladada al campo de la argumentación jurídica (de la justificación de las decisiones judiciales - Wassestrom, 1961; Golding, 1987; Wróblewski, 1974 y 1988; Nino, 1985; Atienza, 1993; Aarnio, 1991 y Alexy, 1997), esta distinción, que procede del ámbito de la filosofía de la ciencia (especialmente de la epistemología neopositivista), tiene sido utilizada para establecer que una cosa es el procedimiento por medio del cual se alcanza determinada decisión y otra el procedimiento mediante lo cual se justifica dicha decisión. Se trata de una distinción utilizada para oponerse a ciertos teóricos del derecho que consideran que las decisiones jurídicas – las decisiones judiciales – no pueden ser justificadas, una vez que los jueces toman esas decisiones de forma irracional; la motivación de las sentencias no sería más que una “racionalización” de una operación que no obedece en absoluto al esquema de la lógica, al silogismo judicial. Quien sustenta este último aspecto, se dice, estaría confundiendo el contexto de descubrimiento con el contexto de justificación.

Sin embargo, si admitimos como cierto que el raciocinio moral y las emociones morales trabajan junto para producir juicios ético-jurídicos, parece razonable suponer que las apelaciones a una multitud de motivos que interfieren, condicionan y explican la decisión judicial no configuran, en absoluto, ningún argumento a favor de un presumible escepticismo jurídico-argumentativo. En este particular sentido, no se nos parece razonable desconsiderar de todo el denominado “irracionalismo” propuesto por Alf Ross (1970), en el sentido de que el aplicador del derecho toma su decisión en base a intuiciones emocionales y a consideraciones prácticas; y una vez establecida la conclusión, el mismo aplicador desarrolla una argumentación jurídico-ideológica para justificar su decisión: no se trata ya de un acto puramente cognoscitivo que conduzca a una toma de decisión (a una solución automática o exclusivamente racional), sino que ha una decisión que posteriormente recurre a un procedimiento argumentativo a efectos de justificación.

Dicho de otro modo, en el conjunto de este escenario por medio del cual se revela la argumentación en el juego de la escena jurídica (y, en particular, de la jurisdiccional), consideramos que se debe atribuir igual importancia tanto a consideración del contexto de *descubrimiento*, o sea, del proceso mental por medio del cual se llega a establecer determinada premisa o conclusión, como la del contexto de *justificación*, esto es, la necesidad de motivación de la decisión, de la cuestión de cómo los operadores del derecho fundamentan sus decisiones o, lo que es lo mismo, del procedimiento consistente en justificar dicha premisa o conclusión. Además, la pre-comprensión no es un elemento accidental o eventual de la tarea interpretativa, sino un elemento que la determina desde el principio y

en su conjunto: *descubrimiento y justificación*, en la práctica, no son dos actos separados y estanques, sino que constituyen un proceso unitario, un *continuum*, componiendo una indivisible y solidaria unidad metodológica.

Y por más insólito que eso pueda parecer, ya no más debería constituir ninguna sorpresa o amenaza a los positivistas, hermeneutas o analíticos de plantón. Si el poder de la ciencia (y particularmente de la neurociencia) consiste precisamente en su capacidad de verificar objetivamente la consistencia de muchas subjetividades individuales, descifrar o entender el problema de la intrincada pasaje de la ineludible y provisoria anticipación del resultado (de la pre-comprensión) a su definitiva motivación puede suministrar las evidencias necesarias sobre la naturaleza de las zonas cerebrales activadas y de los estímulos cerebrales implicados en el proceso de interpretar y decidir, sobre el grado de involucramiento personal de los juzgadores y los condicionantes culturales en cada caso concreto, así como sobre los límites de la racionalidad, de la creatividad y el grado de influencia de las emociones y de los sentimientos humanos en la formulación y concepción acerca de la "mejor decisión" .

IV. RACIONALIDAD JURÍDICA, EMOCIÓN y ACTIVIDAD JURISDICCIONAL

1. El dilema de la racionalidad jurídica: teoría de la racionalidad, interpretación jurídica y creación del derecho

Desde cualquier punto de vista que se analice el problema de la racionalidad jurídica, el tema siempre presupone una duda: sobre el papel y la función del operador jurídico en el proceso de realización (interpretación, justificación y aplicación) del derecho que es, quizá con la teología, la disciplina más enteramente volcada à interpretación, más mediada en su labor y sus resultados por una constitutiva, permanente e inexcusable *hermeneusis*.

En este último capítulo tratamos de los mecanismos racionales de elección en el ámbito del proceso de toma de decisiones jurídicas, del papel de las emociones y de la razón en el juicio moral y de las características de la actuación jurisdiccional respecto al problema de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Para tanto, comenzamos por analizar las dos escuelas de pensamiento que, aunque semejantes en lo que respecta al punto de partida de la cuestión relativa a la teoría del comportamiento racional, divergen en lo que se refiere a las conclusiones a que llegan: la teoría de la racionalidad absoluta (TRA) y la teoría de la racionalidad limitada (TRL).

La TRA adopta un abordaje normativo que prescribe el comportamiento que debe tener los agentes organizados de forma a atinjar las metas prefijadas en determinadas condiciones. La TRL, al contrario, adopta un abordaje de tipo descriptivo y cuyo objetivo consiste en describir como, efectivamente, los agentes se comportan. En el primer abordaje, todas las condiciones y restricciones están relacionadas con el ambiente, o sea, *fuera* del agente racional; diversamente, en el caso de la TRL, "las restricciones suceden, sobre todo, de las limitaciones del propio agente en el procesamiento de las informaciones". (H. A. Simon, 1985).

En términos generales, la racionalidad limitada "puede ser definida como una forma de realización aproximada por defecto de la racionalidad absoluta. [...] Las teorías que incluyen limitaciones en la capacidad de procesar informaciones por parte del agente pueden ser denominadas de teoría de la racionalidad limitada." (H. A. Simon, 1985). De esta forma Herbert A. Simon (1982, 1977 y 1959), un economista de la Universidad Carnegie Mellon, introdujo el concepto de racionalidad limitada, habiendo sido el primero a formalizar todas aquellas ideas de origen cognitiva relativas al problema de la toma de decisión de los agentes (precedentemente de exclusivo interés en el ámbito de la investigación de la sociología y de la psicología). A partir de una lógica deductiva y prescriptiva propia de la TRA para representar el comportamiento individual, Simon pasa para una lógica inductiva y descriptiva, centrando su atención sobre la conducta individual del agente "real", sin caer en las rigurosas restricciones impuestas por la TRA.

En este particular sentido, Simon argumenta que nuestra racionalidad se encuentra limitada cuando es referida a las acciones humanas. Desde la perspectiva de la economía, la explicación de la conducta humana depende de la identificación de los objetivos y la forma en que se dan en su entorno. Sin embargo, a medida que crece el entorno en complejidad, y el conocimiento de este no es exhaustivo sino limitado, la conducta no es el resultado de un cálculo racional, sino más bien lo es de una destreza o habilidad de seguir intuitivamente un curso de acción. Y acrecienta afirmando que en los procesos de elección involucramos gustos, preferencias y maneras de sentir y enfocar la realidad que, sin duda, dejan para tras la vieja idea de una racionalidad pura.

En palabras de Simon (1982: 53), "*el hombre no es capaz de alcanzar una representación completa de la realidad, ni de conocer todos los objetivos posibles de sus acciones, ni, en fin, de elaborar una representación de todos los medios posibles para alcanzarlos o de las consecuencias de cada acción.*" Y las causas de que eso no ocurra son debidas, según Simon: a) a la objetiva complejidad del ambiente (debido a la presencia de la no-linealidad o del fenómeno de bifurcación); b) la incapacidad del sujeto para reunir, procesar, almacenar o

memorizar todos los detalles del mundo real; y c) la incapacidad del sujeto para representar o prever anticipadamente las estrategias de los demás. Se trata, en síntesis, de una forma "semi-fuerte" de racionalidad, y que parte del presupuesto de que los agentes son racionales en la intención, pero *de hecho* solo limitadamente.

Actualmente la TRL no corresponde (todavía) a un extenso cuerpo de teoría, consistente y coherente, pero sí a un complejo mosaico de resultados y esquemas parciales y un sentimiento general, este sí realmente compartido, de inadecuación del paradigma racional.

No obstante este estado todavía parcialmente nebuloso de la teoría de la racionalidad limitada, es posible identificar algunos principios generales subyacentes a esta visión y que son por lo general admitidos por los estudiosos que de ella se ocupan. Por ejemplo, de que los agentes reales están dotados de una capacidad cognitiva limitada; esto es, de que las restricciones son representadas por la limitada capacidad de atención, de percepción y de memoria frecuentemente subjetiva, parcial, distorsionada y tendenciosa, tanto al nivel de almacenamiento como de transformación, y, finalmente, de procesamiento de información; de que los problemas y el ambiente que los agentes tienen de enfrentar son muchas veces demasiado complejos para que una supuesta racionalidad ilimitada pueda hacerles frente; de que, en fin, las leyes del mundo real son desconcertadamente distintas de las del idealizado mundo lógico de la TRA.

Además, considerando la circunstancia de que las informaciones pertinentes y útiles para la resolución de problemas son incompletas y mezcladas con una gran cantidad de informaciones inútiles, el procesamiento y la transformación de la información (constituido por datos puros, esto es, por informaciones estructuradas que permiten la interpretación y la acción sobre el ambiente) en conocimiento se encuentran sujetos a una serie de limitaciones impuestas por la propia naturaleza de la capacidad cognitiva de los agentes.

Debido también a la limitada potencialidad cognitiva disponible, los agentes desarrollan una serie de estrategias, procedimientos y heurísticas para lidiar con la complejidad del ambiente, a fin de simplificar la información a ser recogida y procesada y conseguir resultados satisfactorios (Simon, 1985): centrar la atención sobre algunas variables importantes, transformar en conocimiento solo partes de las informaciones disponibles, efectuar análisis parciales y adoptar ("reciclar") reglas de comportamiento que tuvieron suceso en el pasado (por eso estamos condicionados e influenciados por elecciones anteriores, la que denominamos

"rutina"), sin la necesidad de realizar o efectuar "racionalmente" siempre nuevos cálculos cuando confrontados con nuevos problemas.

En resumen, cuanto mayor es la complejidad del ambiente que ultrapase las capacidades cognitivas de los agentes, más el comportamiento adoptado se distancia de la perfecta racionalidad, esto es, de la ilusión de que quien lo ejecuta es un agente dotado con información perfecta e ilimitada capacidad de cálculo y procesamiento.

2. Los problemas de una abstracción insuficiente y la necesidad de revisión del concepto de racionalidad

La noción de racionalidad absoluta adoptada por la dogmática jurídica supone una concepción de individuo que requiere una adecuada revisión para que pueda adecuarse a la realidad, una vez que, en última instancia, pretende dar cuenta, explicar y normatizar fenómenos en que intervienen sujetos reales y no abstracciones ficticias.

Resulta patente la inadecuación empírica del intérprete racional de acuerdo con el modelo de racionalidad absoluta por muchos motivos. Primero, ya hemos visto, porque nos encontramos con una serie de factores e influencias, innatas y adquiridas, que condicionan nuestro proceso de decisión (Gigerenzer, 2008), así como múltiples mecanismos de conformación adaptativa de nuestras preferencias. En segundo lugar, porque se trata de un modelo que no contempla adecuadamente la presencia de incertidumbres. En tercer lugar, porque existen conductas jurídicas que en nada se ajustan, ni mucho ni poco, a los cánones de racionalidad. En cuarto lugar, porque hay razones más que abundantes para destacar el papel que las emociones ejercen en el ámbito del derecho – tanto en el campo de la elaboración de las normas jurídicas como en el dominio de su interpretación y aplicación (Nussbaum, 2006, 2008).

Así que este desajuste empírico exige, cada vez con más intensidad, una revisión del modelo de racionalidad por lo cual se pretende explicar el comportamiento del legislador desde el derecho, a partir de la noción de racionalidad limitada. Esta racionalidad hace referencia a que en la conformación de nuestras creencias y de nuestros fines pueden estar actuando fenómenos infra y suprainstanciales, causas internas y externas, que no tornan viable la adopción

de una racionalidad absoluta que nos instala en una sosegada y circunstanciada distancia con relación a la influencia del instinto en nuestras creencias, deseos, preferencias y decisiones. Después, la racionalidad limitada se relaciona con nuestra preocupación por dar sentido al mundo, por hacer inteligible y factible nuestras elecciones y decisiones, de manera que podamos actuar sobre él tal y como (realmente) estamos diseñados por nuestra historia evolutiva.

Por último, la racionalidad limitada tiene que ver con una reducción de la exigencia de optimización y con la consecuente aceptación de normas que permitan actuar de acuerdo con el conjunto de materiales disponibles; que no solo atiende a la posibilidad de desarrollar los cálculos individuales de una ficticia optimización procedente del modelo estándar de racionalidad absoluta, sino que también a la presencia de intuiciones y emociones morales, normas sociales y hábitos culturales. Además, la noción de racionalidad limitada goza de una mayor correspondencia empírica, lleva necesariamente a la acción política, o cuando menos a la razón práctica, al abrir la posibilidad de interpretaciones jurídicas creativas, críticas y/o constructivas.

3. Racionalidad limitada e interpretación jurídica.

Los estudios sobre racionalidad individual representan el campo de batalla entre partidarios y opositores de la certeza jurídica y de la objetividad en el ámbito de la interpretación jurídica. Aquellos que defienden la aplicabilidad de los presupuestos de la racionalidad perfecta a los problemas jurídicos han visto emerger, en tiempos más recientes, una corriente de pensamiento opuesta que reputa irrealista el modelo de comportamiento formulado por los economistas. La principal objeción dice respecto a la ilimitada capacidad cognitiva que los individuos deben disponer para atender los presupuestos de la elección racional. En realidad, se tornó habitual la referencia a las evidencias empíricas y experimentales que demuestran la sistemática violación de tales supuestos.

En este paso, parécenos razonable hacer algunas reflexiones sobre el hecho de que el problema de la interpretación jurídica está sufriendo un radical cambio de perspectiva en el actual contexto metodológico. Dejó de concebirse tan solo y estrictamente como "interpretación de la ley", para ser pensada como "actus" o "praxis" de la realización del derecho. Y esto significa, por un lado, que la realización del derecho no se identifica ya con la interpretación de la ley, ni en ella se agota; por otro lado, que no será en función de la interpretación de la ley, tomada abstractamente o en sí, que habremos de comprender la realización del derecho – en términos de se decir que esta será lo que sea aquella –, sino que la

interpretación jurídica deberá ser lo que la realización del derecho, comprendida en su sentido problemático-normativo autónomo, específico y como su momento metodológico-normativo, implique lo que ella deba ser. En síntesis, una pura técnica interpretativa, indiferente o autónoma al problema de la realización del derecho, será, en última instancia, la negación del propio derecho.

Y una vez admitido los resultados procedentes de las investigaciones cuyo objetivo se centran en la búsqueda de los factores limitativos de la racionalidad humana, lo que se cuestiona ahora es hasta que punto se puede considerar la interpretación jurídica como una actividad deliberada, consciente, esencialmente racional y guiada por las leyes de la lógica, una vez que en el desempeño de la tarea interpretativa se ofrecen al intérprete espacios de libertad y de creatividad, a saber: *a)* en la elección de la norma pertinente; *b)* en su interpretación jurídica propiamente dicha – o sea, en la determinación del significado normativo de cada una de las normas que tiene de ser individualizada; y, por último, *c)* en la aplicación de la norma elegida, individualizada, interpretada y aplicada a la circunstancia de un determinado hecho en particular. Dicho de otro modo, en el manipular y articular los datos jurídicos, valorativos y fácticos que se le presentan, el operador del derecho (especialmente el juez) es, en el ámbito de la actividad decisoria que produce, un activo “creador” de derecho.

Se recupera, de esa forma, la plausibilidad de la idea de los notables juristas de la antigua Roma, en el sentido de que el proceso de realización del derecho es, ante todo, la *ars boni et aequi*, donde la participación creativa del intérprete es, en gran medida, un arte. ¿Por qué?

Porque se intencional y normativamente el derecho dejó de identificarse con la ley, también metodológicamente la realización del derecho dejó de ser mera aplicación de las normas legales, o sea, no es la interpretación jurídica simplemente hermenéutica y cognitiva, pero práctico-normativa, una vez que el problema con lo cual se enfrenta el operador jurídico ya no es el de un correcto comprender, sino el de un “justo decidir”; su punto de vista decisivo ya no es un punto de vista gnoseológico para una función cognitiva, sino un punto de vista práctico para una función normativa; su valor último no es la “verdad” sino un decidir de forma justa los inevitables conflictos que surgen de los vínculos sociales relacionales (de las relaciones jurídicas).

Se puede decir, en estos términos, que el pensamiento jurídico recuperó el “concreto” que va en la esencial vocación del derecho, después que el positivismo legalista, cerrado en su normativismo analítico-deductivo, ha sido capaz de pensar que ajuiciaba y decidía jurídicamente limitándose a interpretar-conocer la ley y su sistema, a refugiarse en una dimensión alienante y puramente abstracta. En el

manufacturar de la norma judicial (de la decisión) lo que importa para el juez, como agente mediador y en el ejercicio de su institucional y activo papel "productor", es el discernimiento preciso de los múltiples ángulos comprometidos con la controversia. Su actuación conformadora (productora, creativa) y reguladora, fijando la circulación de los valores, de los principios, de las normas y de los hechos, tiene como principal objetivo una adecuada articulación de los vínculos jurídicos relacionales en él (en el caso) implicados, con vistas a la producción de un resultado satisfactorio.

De ahí que la cuestión de la racionalidad jurídica parece estar en el centro de la hermenéutica y de las teorías de la interpretación y argumentación jurídica contemporáneas. Y las razones parecen ser bastante obvias. Una de ellas reside en el carácter genérico y altamente indeterminado que se reconoce a las normas jurídicas (reglas y principios) que necesitan concreción para tornarse derecho efectivamente operativo y, por tanto, incompatibles con una lectura y aplicación unívoca: la necesidad de extraer los contenidos implícitos en las reglas, principios, valores y hechos que se debe tomar en cuenta hace con que la interpretación comparezca siempre antes que un enunciado jurídico pueda convertirse en norma aplicable al caso; o, dicho de otro modo, la esencial textura abierta del lenguaje jurídico, unida al carácter necesariamente mediador, valorativo, creativo e institucional de la tarea interpretativa, marca los límites de posibilidades de la aplicación racional de las normas a las circunstancias de cada caso concreto.

La otra razón deriva de la peculiaridad que tiene las normas jurídicas en el sentido de que traen siempre implícita una ineludible presencia de criterios no lógicos y de factores que introducen elementos de irracionalidad (valores, ideologías, intuiciones, prejuicios, etc.) que se invocan con una alta carga emotiva, y los cuales no solo exigen una tarea que puede considerarse propiamente como constructiva, creativa en cierta medida - aunque no como absolutamente libre o desprovista de vínculos para el juzgador -, sino que también hace con que, en nuestros días, ya no más resulte aceptable seguir considerando el proceso de realización del derecho como una operación o conjunto de operaciones regidas exclusivamente por la silogística deductiva.

En resumen, la actividad interpretativa deja de ser un presupuesto e indiscutible proceso racional o una técnica guiada exclusivamente por las leyes de la lógica formal a que normalmente se puede recurrir para ser un acto (una tarea, una praxis social) que se basa (en gran medida) en procesos ajenos a la lógica y dirigidos problemáticamente a la búsqueda humana del "mejor resultado" (en términos comparativos y no superlativo).

Por otro lado, no se puede olvidar el hecho de que el ser humano parece disponer de una mente especialmente diseñada para dejarse engañar. Nuestro cerebro presenta una capacidad increíble para unir acontecimientos inconexos y tirar conclusiones de dichas asociaciones, bajo la ilusión de un procesamiento racional de informaciones. Esa capacidad asociativa aplicamos también para explicar y justificar las cosas que interpretamos, porque el cerebro humano no puede permitirse vivir con un bagaje de informaciones que no comprende en su totalidad y/o que no es capaz de explicar fácilmente.

Nuestras decisiones racionales y conscientes se ven afectadas inadvertida e indefectiblemente por consideraciones que están más allá de las que desfilan por el teatro cartesiano de la consciencia. Entre bastidores, una voz tenue, pero clara y firme, dirige a los actores, ordena el cambio de los decorados emocionales que balizan las valoraciones y las decisiones, y, en definitiva, dirige la función cognitiva. Esa voz es la traducción a procesos cerebrales de las instrucciones que fueran escritas en los genes e, indirectamente, en la arquitectura del cerebro por nuestras experiencias personales y emocionales. La racionalidad pura no existe. Sin el sustento del motivador esencial que son nuestras emociones e intuiciones, los conceptos y las lógicas colapsarían como un edificio que se asentara sobre arenas movedizas. Además, no tenemos siquiera un acceso directo a la (y perfectamente racional de la) realidad, sino que nuestra mente crea la realidad mediante mecanismos cerebrales que incluyen muchos procesos inconscientes que condicionan nuestra forma de interpretar lo que experimentamos.

Pues bien, a partir de las consideraciones precedentes es posible, ahora, situar el problema que directamente nos interesa: porque el significado de una norma, como ya mencionado, no es directamente atribuible a la voluntad de quien la emite sino que está dirigido a la subjetividad y capacidad cognitiva de quien la interpreta, son muchos los factores e influencias que, directa o indirectamente, condicionan el proceso de realización del derecho.

En ese sentido, basta con decir que en los últimos años una gran parte de la doctrina jurídica tiene procurado superar la crítica a la teoría de la elección racional incorporando en su análisis los estudios sobre la racionalidad que se efectúan en otros campos distintos del derecho. Así que el problema pasó a ser la constatación (o evidencia) de que el intérprete jurídico, sea él quien sea, no es perfectamente racional.

Son muchas las teorías sobre el comportamiento jurídico racional: mientras algunas afirman que las reglas del discurso racional son únicamente constituidas por las reglas de la lógica formal, otras incluyen *"un conjunto de reglas relativas a la actividad discursiva realizada dialogicamente, válido tanto para un discurso*

teórico - o sea, para un discurso en lo cual un conjunto de hablantes trata de responder a cuestiones relativas al objeto o modo en como las cosas están - , como para un discurso práctico - o sea, para discurso en lo cual un conjunto de hablantes trata de responder a cuestiones relativas al objeto y modo de como un o más individuos deben comportarse" (Diciotti, 1988).

Una de las contribuciones más importante para el discurso jurídico racional se debe a las recientes teorías de la argumentación jurídica, especialmente las elaboradas por Chàim Perelman, Toulmin, Neil MacCormick y Robert Alexy. Dentro de estas propuestas existe una gran variedad de opiniones: desde aquellos que postulan incondicionalmente la racionalidad de los discursos jurídicos hasta los que reniegan de tal posibilidad restringiéndose más bien, explícita o implícitamente, a las doctrinas del escepticismo y del desencanto.

Pero se nos centramos en las teorías estándar (actual) de la argumentación jurídica, es posible inferir, como ya se ha dicho antes, que estas resultan insuficientes, una vez que, entre otras cosas, no ofrecen una orientación útil que permita: por un lado, analizar adecuadamente nuestras capacidades, habilidades y limitaciones al llevar a cabo las operaciones de los procesos racionales en las tareas de producir, interpretar y aplicar el derecho; por otro lado, evaluar de forma apropiada el impacto que nuestras intuiciones y emociones morales (tanto las culturalmente formadas como las de raíz biológica) cumplen en el ámbito de la argumentación jurídica (de carácter esencialmente instrumental, dirigida tanto a los prácticos del derecho como a los cultivadores de la dogmática jurídica); y, por fin, ofrecer un método que permita reconstruir el proceso real de la argumentación que sea compatible con las restricciones propias (internas) de las capacidades cognitivas del operador jurídico.

Sin embargo, gracias a los resultados de las investigaciones procedentes de otras ciencias, la argumentación jurídica podrá, a partir de ahora, adquirir nuevo atractivo, tornando transparente la ineludible dimensión, personal, valorativa y subjetivo-individual (neuronal) del proceso de realización del derecho, en lugar de ocultarse detrás de una supuesta y hipotética racionalidad absoluta, de aspectos meramente formales o procedimentales del discurso. Si varias soluciones o respuestas correctas son posibles para un mismo problema jurídico, la elección final, necesariamente única, se presenta como resultado de una tarea cognitivo-afectiva de ponderación del sujeto-intérprete acerca del caso concreto y no de algo dependiente exclusivamente de una formalidad, hipótesis y/o procedimiento; decir, de una relación de vida cuya valoración depende únicamente de la capacidad cognitiva y de las intuiciones del intérprete.

Seguramente a muchos analíticos y dogmáticos esta fría valoración de la racionalidad y de los defectos de la psicología humana, en especial en lo que respecta a las limitaciones de su capacidad cognitiva, les resultará un disparate. Pero la verdad es que nuestros mecanismos de decisión ultrapasan en gran medida el umbral de la racionalidad: decidimos en función de lo que creemos y no de lo que vemos; del mismo modo que los primates sociales más evolucionados, decidimos de forma instintiva y motivados por nuestras intuiciones y emociones morales; no solo somos incapaces de predecir con exactitud, sino que tendemos a imaginar el futuro en torno al pasado; y resistimos aceptar la idea de que las intuiciones son una fuente de conocimiento tan válida como la razón.

Por consiguiente, parece fuera de toda duda razonable que en la interpretación jurídica no nos encontramos en el terreno exclusivo de la TRA. Y una vez que la tarea interpretativa solo es viable con otros factores que no apenas el texto normativo que se interpreta o el procedimiento por medio del cual se lo interpreta, la tarea interpretativa está abarrotada de factores e influencias (físicas, personales, emocionales...) que la condicionan. Por envolver el horizonte referencial subjetivo del jurista, permítele alcanzar soluciones a las que no llegaría si se mantuviera en los estrictos límites de la TRA.

Es por la vía del abandono de las referencias puramente formales, ajenas a las leyes del mundo real, que la vinculación entre el jurídico y el humano, en términos de funcionalidad e interdisciplinaridad, se revela y gana forma. El momento es de redescubierta y de renovación de paradigmas. El momento es de repensar el proceso de realización del derecho, su estudio y su efectividad. Es tiempo de procurar para el jurídico contribuciones oriundas del resto de las ciencias, acusadamente de los resultados de las investigaciones acerca de las características (cognitivas y emocionales) que proceden de la admirable naturaleza humana.

Caben pocas dudas de que las contribuciones de los actuales modelos de argumentación jurídica son importantes para el estudio de la racionalidad en tema de interpretación del derecho, pero para demostrar empíricamente que las premisas de la TRL están presentes es necesario analizar mejor y priorizar en igual medida todos los factores (cognitivos y ambientales) envueltos en la construcción de un modelo jurídico racional.

Dicho de otro modo, a pesar de que en un discurso racional el respeto a las reglas de la lógica y al procedimiento es indispensable y esencial para sustentar un argumento racional, no se puede ignorar todas las actividades discursivas, emocionales y cognitivas que el intérprete jurídico lleva a cabo en el proceso de decisión. Y es precisamente en este punto que surge la necesidad de relacionar los

conceptos de TRL y TRA con el problema de la racionalidad jurídica antes mencionado. Pero, para eso, es necesario dar un paso atrás y recordar algunos de los conceptos a que hicimos referencia en el inicio de este capítulo.

Por ejemplo, definimos como limitadamente racional un agente que dispone de informaciones limitadas y limitada capacidad cognitiva para recuperar y procesar informaciones. En la concepción formalista el intérprete, respetando el principio de la metodología formal, retira el significado del enunciado normativo recurriendo a artificios legales y al muy limitado esquema de silogismo interpretativo o de coherencia lógico-formal. Su tarea interpretativa se limita a una actividad puramente cognoscitiva o "de conocimiento", lo que hace con que el abordaje formalista esté situada en la esfera de la investigación de la TRA.

Diverso es lo que ocurre en el abordaje de la TRL. El intérprete pragmático, de hecho, deberá elegir entre los diversos significados atribuibles al texto normativo aquel más idóneo para atingir los objetivos dictados por su sentido de justicia. Esta (la norma) es un mero juicio de valor que condiciona la elección final del intérprete. Las emociones e intuiciones del intérprete están intrínsecamente ligadas a un conjunto de normas, objetivos y valores mentalmente representados a que llamamos estructura de valor. Quiere eso decir que, siendo el texto de la norma abstracto, es al intérprete que cabe la determinación de su sentido, alcance y finalidad real. Y una vez que todo intérprete, como todo ser humano, tiene su propia visión subjetiva de la realidad y del justo, su elección final siempre estará condicionada por sus experiencias, valores, aprendizajes y demás influencias procedentes de la inextricable mezcla de genes, neuronas y cultura que lo define como *in-dividuo* separado y autónomo. También resulta evidente que cada intérprete - como cada un de nosotros - disfruta o tiene acceso a una cantidad muy limitada de informaciones sobre el ambiente que le rodea y que esas diferencias y/o lagunas de información influyen e interfieren sobremanera en su actividad interpretativa.

Además, los resultados procedentes de las investigaciones neurocientíficas apoyan plenamente la tesis sobre la racionalidad limitada descrita antes. Hoy, con la progresiva comprensión de los correlatos cerebrales y/o mecanismos neuronales que subyacen a los procesos de decisión, ya es posible verificar y analizar la capacidad de procesamiento limitada de los agentes, apoyando la tesis sobre los factores e influencias, innatas y adquiridas, que ponen en duda la hipótesis de una supuesta racionalidad "absoluta".

Desempeña un papel prioritario, para los estudiosos del derecho y para la teoría de la interpretación, en particular, el estudio de la elección de los criterios de interpretación jurídica que permita obtener un nivel satisfactorio de objetividad

(seguridad) y justicia, esto es, que permita encontrar una solución que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral. De hecho, frente a las actuales investigaciones, parece evidente que la racionalidad limitada representa el modelo de comportamiento más plausible para comprender el proceso de realización (interpretación, justificación y aplicación) del derecho.

Y una vez acreditada que la racionalidad limitada caracteriza y distingue el actuar individual, el objetivo del análisis será la identificación de procesos decisorios que reducen la probabilidad de desvíos de objetivos. La alternativa, por tanto, no más residirá en la ilusión de un individuo dotado con una perfecta racionalidad. Es necesario reconocer que cada individuo está dotado de rasgos propios que condicionan, limitan y le tornan idóneo para solucionar de forma satisfactoria determinada clase de problemas, actuando siempre en condiciones de TRL. En tema de interpretación jurídica, ya es llegada la hora de abrir las puertas de la razón para dejar que salgan los fantasmas de la irracionalidad.

4. Neurociencia, racionalidad e interpretación jurídica

Recordemos que los supuestos o simplificaciones “racionales” que tiene alimentado las predicciones económicas durante bastante tiempo no permiten y no son suficientes para explicar de forma satisfactoria muchos de los comportamientos genuinamente humanos. Para lo que aquí nos importa, partiremos de la premisa de que en cuestión de racionalidad humana hay siempre dos componentes que se entrelazan: las limitaciones de la mente humana y la estructura de los ambientes en los que la mente funciona. Esto es, de que al modelo de juicio humano y a los procesos de toma de decisiones debería ser agregado lo que en realidad sabemos sobre el funcionamiento y las capacidades de la mente humana más bien que sobre presunciones o capacidades ficticias.

Se trata, como vimos antes, de un modelo muy distinto del modelo tradicional de racionalidad ilimitada y de optimización en ciencia cognitiva (transportada para las ciencias sociales normativas) que ve la mente humana como dotada de poderes sobrenaturales o de poderes demoníacos de razón: de un conocimiento ilimitado de la realidad y del ambiente, así como de toda la infinita eternidad para tomar decisiones. Lo que en realidad la denominada “bounded rationality” toma en consideración es el entendimiento del proceso de toma de decisiones en un mundo verdadero, donde la mente humana, funcionando como una caja de herramientas adaptable (“adaptive toolbox”), toma decisiones con los

recursos realistas mentales de que dispone y que se encuentra condicionada por las ineludibles limitaciones de tiempo, de información y de conocimiento.

El proceso de toma de decisión a que nos referimos fue analizado, como ya se ha dicho antes, por H. A. Simon y denominado *satisficing* ("satisfacer de manera suficiente", obteniendo un resultado y conformándose con él): una manera de tomar decisiones sobre un abanico de alternativas que respetan las limitaciones de tiempo, de información y de conocimiento humano disponibles. Introducido en psicología, "satisfacer" o "ser suficiente" significa que se tomó la primera elección satisfactoria encontrada de todas las que se perciben y son razonablemente alcanzables en corto plazo, en contraposición a imaginar por adelantado la elección óptima y buscarla hasta que se la encuentre (Gigerenzer y Todd, 1999). Según el modelo satisfactorio, es más probable que un joven que desee casarse proponga matrimonio a la candidata más atractiva entre las jóvenes casamenteras conocidas y que no busque durante mucho tiempo una compañera ideal preconcebida. En contraste con la *optimización* – obtener el mejor resultado – se trata de obtener un resultado que sea bastante bueno, es decir, que sea *satisfactorio*.

En efecto, las afirmaciones de "otimicidad" tienen un modo de desvanecerse: no es necesario ningún descaro para admitir modestamente que, dadas nuestras limitaciones y las características ubicuas de la toma de decisión en tiempo real, aquella que era considerada la mejor solución que podríamos encontrar es, por veces, prácticamente inalcanzable. Del mismo modo, a veces se comete el error de suponer que hay, o debe haber, una perspectiva única (mejor o más elevada) desde la cual se pueda evaluar la racionalidad ideal: de ser así, sufriría interminablemente el "intérprete ideal" el problema demasiado humano de no ser capaz de recordar y procesar ciertas consideraciones cruciales cuando estas serían las más reveladoras y efectivas para resolver un caso concreto de forma "óptima". Por consiguiente, las ideas sobre la racionalidad limitada, sobre la cual se puede afirmar que no existe una teoría unificada, ponen en jaque la propia idea de "optimizar" (o buscar la mejor solución posible), una vez que para buscar la mejor solución, entre las posibles, es necesario tener al menos una idea firme de aquello que se desea (tener mínimamente claro el "objetivo" que buscamos), y esto ni siempre funciona de esa manera.

Así que la noción de "racionalidad" habitual en ciencias sociales (y particularmente en la teoría económica) no solo está siendo objeto de revisiones drásticas, sino que la idea de que la ciencia es el crisol de la racionalidad (epistémica) viene siendo asaltada nos últimos lustros desde las más variadas direcciones: desde luego, a partir de algunas tendencias de la filosofía de la

ciencia misma, pero también, y acaso más incisiva y contundente, por parte de los científicos cognitivos y de los filósofos de la mente. Y aunque alguna noción de "racionalidad" parezca ineludible en ciencias sociales (tratar de prescindir de la idea de agentes intencionales es tarea condenada de antemano al fracaso), la cuestión acerca de que noción de racionalidad sea fértil y viable es asunto que está lejos de haber sido no ya concluyente, sino siquiera incoativamente dirimido por los científicos sociales.

Por ejemplo, en el ámbito del derecho (Jones y Goldsmith, 2004) y en la ciencia económica positiva, viene siendo objeto, en los últimos veinte años, de un sin fin de escrutinios críticos: psicólogos de la decisión como Kahneman y Tversky (1982) han demostrado su inadecuación empírica; lógicos y científicos cognitivos como Cherniak(1986) han evidenciado su indocilidad computacional y su inconsistencia formal; filósofos tan distintos como Paul Churchland (1993) y Alex Rosenberg(1992) han apuntado su escaso valor informativo y predictivo; filósofos como Dennett (1996,1998 y 2000), Kenny (2000) y Searle (1992 y 2000) la critican de una perspectiva propiamente filosófica de la mente; y un buen número de economistas de primera línea, desde Herbert Simon(1982) hasta Ken Binmore (1982) tratan de enmendarla más o menos constructivamente.

Según la psicología cognitiva evolucionista de Herbert Simon, Amos Tversky, Daniel Kahneman, Gerd Gigerenzer y Paul Slovic el pensamiento y la toma de decisiones en los humanos son adaptaciones biológicas y no mecanismos de pura racionalidad. Esos sistemas mentales funcionan con cantidades limitadas de información, tienen de llegar a las decisiones en un período de tiempo finito y, en último instancia, sirven a objetivos evolutivos como status y seguridad.

En resumen, dentro de este concepto de racionalidad limitada lo que se pretende es dar cabida a esa otra realidad en la cual los individuos, al tomar decisiones, no muestran una completa racionalidad tal como era hasta entonces concebida por los economistas, sino que hay que admitir la presencia de comportamientos "irracionales". Es decir, que a diferencia del ser "racional", los economistas acabaran por aceptar en sus "considerandos" predictivos y matemáticos que los seres humanos toman continuamente decisiones sobre problemas con variables desconocidas que no llegan a comprender por completo. Y más, admitir que la influencia de todo lo que nos rodea, incluidos los demás, puede ser determinante. Con eso dieran cabida a esa otra realidad "más real" en la que los individuos toman decisiones que mudan con el tiempo (por ejemplo, en función del aprendizaje), que los gustos y las preferencias, por tanto, no son estables, sino que se modifican a golpe de "intuiciones", y otra serie de múltiples

variables que encajan mucho mejor con el comportamiento humano considerado más normal.

Particularmente con relación al tema de la racionalidad jurídica (de la cuestión metodológica de la interpretación y aplicación del derecho), el problema de la localización de los correlatos cerebrales que dictan el sentido de la justicia parece suscitar algunas dudas relevantes: ¿cuál la relación existente entre los resultados de la investigación neurocientífica sobre la cognición moral y jurídica y las perspectivas teóricas y metodológicas del derecho? ¿En qué puntos se pueden enlazar de modo presumidamente tan decisivo para que la neurociencia cognitiva ponga en cuestión los actuales modelos y resultados de la comprensión y de la realización jurídica? ¿De qué forma un modelo neurocientífico del juicio normativo en el derecho y en la justicia ofrece razones poderosas que podrán venir a dar cuenta de la falsedad subyacente a las concepciones comunes de la psicología (y de la racionalidad) humana? ¿En qué medida es posible saber donde termina la cognición y comienza la emoción en el proceso de realización del derecho? ¿Qué alcance puede llegar a tener esa perspectiva neurocientífica para el actual edificio teórico y metodológico de la ciencia jurídica? O, ya que estamos, ¿de qué manera cambiará nuestra concepción acerca del hombre como causa y fin del derecho y, consecuentemente, para la tarea del jurista-intérprete de dar "vida hermenéutica" al derecho positivo en su relación en la práctica?

Es precisamente a partir de tales cuestionamientos que el proceso de interpretación y aplicación jurídica (convertido en el punto cardinal de la racionalidad jurídica) aparece como un mecanismo apto (y quizá el mejor medio posible) y con capacidad necesaria y suficiente para poner en evidencia a natural combinación cerebro/norma. Y esto porque, en realidad, ni principios ni reglas regulan por sí mismos su aplicación en el ámbito del comportamiento humano. Ellos representan apenas los pilares pasivos del sistema jurídico. Si se quiere obtener un modelo completo se debe agregar a los pilares pasivos un activo, es decir, un procedimiento de interpretación, de justificación y de aplicación de las reglas, valores y principios jurídicos. Por tanto, los niveles de las reglas, de los principios y del comportamiento humano tienen que ser completado por un cuarto: el de un proceso de concreta realización del derecho y la respectiva (e ineludible) dimensión subjetivo-individual (neuronal) del jurista-intérprete. Dicho de otro modo, sea con Gadamer, Esser, Zaccaria o Dworkin, porque derecho es interpretación (y delante de la inseparabilidad del conocer y el interpretar y del interpretar y el aplicar), no ha derecho que no sea, dentro de un parámetro de control de la corrección de la interpretación, derecho aplicado para este nuevo despertar de la consciencia hermenéutica de los juristas.

La idea pasa a ser la de discutir las cuestiones relativas al impacto que la neurociencia cognitiva puede llegar a tener para el actual edificio teórico y metodológico de la ciencia jurídica, una vez que, se el factor último de individualización de la respuesta o conclusión del raciocinio jurídico no procede del sistema jurídico (aún que deba resultar compatible con él), parece obvio que debe proceder de las convicciones personales del operador jurídico, o sea, la subjetividad presente en todo acto de comprensión, interpretación y aplicación jurídica deberá abordarse por medio del análisis de los procesos cerebrales del operador del derecho.

De hecho, tenemos todas las razones para creer que la toma de decisión surge de la actividad electroquímica de redes-neuronales en el cerebro. La experiencia de decidir no es una ficción, sino una consecuencia causada por la actividad fisiológica de un cerebro (producto de sistemas cognitivos y emocionales en el cerebro) moldado genéticamente al largo de la historia evolutiva de nuestra especie y diseñado para pensar de cierta manera. Se trata de un proceso neuronal, con la obvia función de seleccionar la "mejor solución" (en términos comparativos y no superlativo) según sus consecuencias previsibles, además de debidamente fundamentada.

Esto implica decir que, para poder interpretar una información, el cerebro tiene que llegar a una coalición de grandes conjuntos de neuronas cuya activación e interacción representan la mejor interpretación de un determinado fenómeno, con frecuencia en competición con otras interpretaciones posibles, pero menos probables. En términos generales: las neuronas activadas evalúan la información percibida y la cotejan inmediatamente con la experiencia y, con base en eso, deciden para bien o para mal con sus respectivas consecuencias. Estas neuronas, según Romo (2003), reflejan la toma de decisiones y están situadas en los dos hemisferios – es decir, no solo es una región del cerebro la implicada en la toma de decisiones, sino que están envueltas neuronas ubicadas en diferentes partes del encéfalo.

Por cierto que la solución elegida puede no ser la mejor de todas las concebibles, pero seguramente será potencialmente la mejor de todas las posibles y disponibles. Es en ese sentido que la interpretación y aplicación del derecho es, en última instancia, un proceso panglossiano. Después, insistimos, no parece razonable suponer que la tarea interpretativa y los modelos metodológicos sean concebidos como extracraneales, en cuanto la cognición y la emoción (productoras de la subjetividad) no lo son. Son productos de nuestra maquinaria cerebral, tanto como son productos de nuestro entorno cultural. Dicho de modo más simple: se *interpreta con el cerebro*; y se de algo no hay duda es que tenemos un cerebro

heredado por vía del proceso evolutivo, o, como hemos dicho antes, de que los cerebros humanos evolucionaran a partir de cerebros animales y que tienen mucho en común con ellos, tanto estructural como funcional y cognitivamente, y que, por excepcional que sea el cerebro humano, es el producto de la evolución darwiniana, con todas las limitaciones que esto implica. (Llinás y Churchland, 2006).

Como recuerda Pinker (2002), se la mente es un sistema con muchas partes, una tendencia o predisposición innata es apenas un componente entre otros. Algunas facultades pueden dotarnos de codicia, lujuria o malignidad, pero otras pueden dotarnos de solidaridad, empatía, ponderación, amor-propio, deseo de ser respetado y capacidad de aprender con nuestras experiencias y las de nuestros semejantes. Esos son circuitos físicos situados en la corteza prefrontal y en otras partes del cerebro, y no poderes ocultos de un *Poltergeist*, y tienen base genética e historia evolutiva tanto cuanto los impulsos primarios. Es apenas la tabula rasa que hace con que las personas creen que los impulsos son "biológicos" pero que el pensamiento y la toma de decisión son alguna otra cosa.

Pues bien, un de los dogmas más comunes de la ciencia jurídica actual, heredado de la concepción tradicional del método jurídico que busca resguardar los valores de orden, verdad y seguridad jurídica, es lo de asegurar que los jueces deben limitarse a aplicar a los casos individuales las normas generales dictadas por el legislador, según un proceso de deducción formal lógico-deductivo y subsuntivo. Se trata de una operación meramente descriptiva, cognoscitiva de una norma previamente establecida y "reproductiva" de la voluntad del legislador (a quien cabe la exclusiva responsabilidad de las intenciones axiológico-normativas plasmadas en las leyes). Tal operación, partiendo del supuesto de la neutralidad emocional, de la racionalidad y de la objetividad del intérprete, reduce el juez a un puro técnico de aplicación mecánica de las leyes, como el responsable por la búsqueda (o el simple conocimiento) de su voluntad, como la descripción, que puede ser verdadera o falsa, de su auténtico significado previo y preexistente a la propia actividad interpretativa.

Lo que de hecho resulta curioso es la circunstancia de que toda la construcción hermenéutica y la propia unidad de la realización del derecho elaboradas por las teorías contemporáneas están basadas, en la actualidad, en el modo de explicación dominante de la teoría de la elección racional, construyendo una imagen sobre la racionalidad o emociones ideales que los operadores jurídicos tienen en el proceso de toma de decisión, esto es, construyendo una imagen racional de lo que parece ser, en sí mismo, irracional – parafraseando E. O. Wilson (1999) acerca de su veredicto sobre el marxismo: "*Teoría maravillosa. Especie*

errada". Su concepto fundamental es lo de que, antes de todo, los jueces son esencialmente racionales y objetivos en sus juicios de valor acerca de la justicia de la decisión: examinan tan bien como pueden todos los factores pertinentes al caso y ponderan, siempre de forma neutra y no emocional, el resultado probable que se sigue a cada una de las elecciones potenciales. La opción preferida ("justa") es aquella que mejor se adecua a los criterios de racionalidad y objetividad por medio de la cual fue generada. Y 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 el imaginario de nuestra cultura-". (D. Kennedy, 2010)

Pero el proceso de análisis indicado contiene, en esencia, una operación incompatible con los conocimientos que la neurociencia nos aporta. La de construir un modelo de extrema racionalidad (de la decisión de los jueces) de algo que se configura esencialmente como una actividad con acentuados componentes irracionales. Lo inadecuado de la imagen se pone de manifiesto al analizar como funciona el cerebro cuando formulamos juicios morales acerca de lo justo o lo injusto. A causa de los procesos cerebrales asociados, es preciso aceptar la insoslayable presencia de elementos no-lógicos y, en general, la intrusión del valorativo en el raciocinio jurídico. A partir de ahí, no resulta aceptable ni legítimo el seguir considerando la tarea hermenéutica como una operación o conjunto de operaciones regidas exclusivamente por la silogística deductiva o cognoscitiva. De hecho, la mente humana parece estar cargada de rasgos y defectos de diseño que empañan nuestro legado biológico en lo que se refiere a la plena objetividad y racionalidad cognitiva.

Como recuerda Linden (2010): *"El cerebro no ha sido diseñado de manera elegante ni mucho menos: es un revoltijo improvisado e incomprensible que, sorprendentemente y pese a sus cortocircuitos, logra realizar una serie muy impresionante de funciones – o sea, que funciona sorprendentemente bien. Pero si bien la función general es impresionante, no cabe decir lo mismo de su diseño. Y lo que es más importante, el extravagante, ineficaz y singular plano de construcción del cerebro y sus partes constitutivas es fundamental para nuestra experiencia humana. La textura particular de nuestros sentimientos, percepciones y actos se deriva en una amplia medida del hecho de que el cerebro no sea una máquina optimizada que 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”.

De hecho, los teóricos del derecho (positivista) más influyentes del siglo que acaba de concluir (sobre todo Kelsen, pero también Hart, con los necesarios matices) no nos ofrecieron por su parte una teoría de la aplicación del derecho. Se limitaron a considerar que donde no existe una aplicación mecánica o subsunción debe hablarse de discrecionalidad en sentido fuerte, es decir, de actividad creadora del derecho, entendiendo por tal un acto de voluntad discrecional en que la razón supone una condición meramente instrumental. Para Kelsen, por ejemplo, todo acto de interpretación es de naturaleza volitiva, y no cognoscitiva. De ello se desprende que el acto de “aplicación” del derecho constituye en realidad una auténtica decisión, un acto constitutivo y no meramente declarativo, análogamente al que sucede con los actos del legislador.

Por añadidura, no solo la mayoría de las decisiones judiciales son tomadas con bastante rapidez, en escenarios complejos y con información parcial e incompleta – incluso, en condiciones de incertidumbre. Quienes, en el proceso de realización del derecho, llevan a cabo la tarea de juzgar, no dejan de ser personas con sus preocupaciones éticas y sus valores, preferencias e intuiciones morales. El resultado lleva a no parezca legítimo ni razonable el levantar, en la aplicación del derecho, una barrera insuperable entre la anhelada objetividad y la subjetividad emocional del intérprete. El proceso de realización del derecho por parte del juez implica, en último término, una tarea que puede considerarse propiamente constructiva y emocional, propia, en cierto sentido, de la ingeniería, pero en absoluto libre o desprovista de vínculos.

De hecho, el que no pueda hablarse de una solución única, de una única respuesta correcta, significa precisamente que quien aplica el derecho puede elegir entre varias soluciones posibles, todas ellas correctas (es decir, todas ellas derivables de las normas que integran el sistema jurídico y según el procedimiento en él establecido). Si eso es así, si varias soluciones o respuestas correctas son posibles para un mismo problema jurídico, la elección final, necesariamente única, se presenta entonces como no derivada exclusivamente del sistema. Esa conclusión implica, entre otras cosas, que se debe tomar con la debida atención y

seriedad el problema de los procesos mentales que se ponen en marcha en la tarea de interpretar y aplicar (de construir) el derecho (Troper, 2003).

Es esa constatación la que hace con que no sólo la noción de racionalidad habitual en ciencia jurídica también esté siendo objeto de revisiones drásticas, sino que la idea misma de que la ciencia jurídica está fundada en la objetividad, neutralidad y racionalidad del operador del derecho ha sido criticada y puesta en duda desde las más variadas direcciones. Desde luego, a partir de algunas tendencias de la filosofía y de la filosofía del derecho pero también, y acaso de forma más incisiva y contundente, por parte de los científicos cognitivos, de los filósofos de la mente y de la propia neurociencia. Y con el resultado de que, aún cuando alguna noción de racionalidad en el proceso de realización del derecho también parece ineludible, el proceso de derivación de valores no es de naturaleza fundamentalmente neutra, objetiva y racional.

Si es cierto que la elección moral no puede existir sin la razón (preferencias individuales y razón instrumental), no menos correcta es la "intuición" (y ya ahora evidencia empírica) de que es la propia gama característicamente humana de emociones que produce los propósitos, las metas, los objetivos, las voluntades, las necesidades, los deseos, los miedos, las empatías, las aversiones y la capacidad de sentir el dolor y el sufrimiento del otro. Formulamos juicios de valor sobre lo justo y lo injusto no sólo por que somos capaces de razonar (como expresan la teoría de los juegos y la teoría de la interpretación jurídica) sino, además, por que estamos dotados de ciertas intuiciones morales innatas y de determinados estímulos emocionales que caracterizan la sensibilidad humana permitiendo el que nos conectemos potencialmente con todos los demás seres humanos.

En definitiva, y debido al hecho de que la presión evolutiva no incrementó (de forma "óptima") la racionalidad humana, cualquier construcción de una teoría jurídica de realización del derecho debe (o por lo menos debería, coherente y prudentemente) implicar un redimensionamiento de la comprensión *psicobiológica* del propio acceso de la razón y sobre todo de la propia idea de racionalidad. Diciendo de manera menos generosa, debería partir del rechazo de cualquier concepción acerca de la racionalidad, objetividad y neutralidad causada por el desconocimiento del funcionamiento de nuestro cerebro y de nuestro pasado evolutivo (muy especialmente en lo que se refiere a las evidencias experimentales relacionadas con los correlatos cerebrales que intervienen en el proceso cognitivo de formular juicios morales): no podemos deliberar según un sistema puramente racional que evalúe costes y beneficios porque las capacidades racionales, tanto en la evolución del cerebro al largo de millones de años como en su desarrollo en el seno materno, parecen haber sido construidas sobre las capacidades

emocionales – es decir, primero fue la emoción y después la razón; y la evolución es, además de miope y oportunista, conservadora (Mamelí, 2004; Morgado, 2007).

De ahí que el juicio ético-jurídico basado no solo en raciocinios sino también en emociones y sentimientos morales producidos por el cerebro, no pueda ser considerado como totalmente independiente de la constitución y del funcionamiento de ese órgano que, como hemos mencionado antes, parece no disponer de una sede única y diferenciada relacionada con la cognición moral. Como insiste Damasio (1994), no hay un centro de la moral en el cerebro, pues esta bien puede ser un efecto colateral del funcionamiento de los sistemas que evolucionaran para regular otros aspectos más primarios del organismo.

En este particular, por ejemplo, Grafman y colaboradores (2005), refiriéndose a la moral como el consenso de maneras y costumbres de un grupo social o la inclinación a comportarse de una determinada manera y no de otras, entienden que el comportamiento ético emerge de una integración de conocimiento social y semántico, representado en regiones prefrontales y temporales de la corteza cerebral y de estados motivacionales y emocionales que dependen de estructuras subcorticales como la amígdala. De hecho, el mejor modelo neurocientífico del juicio normativo disponible hoy establece que el operador del derecho ético-cerebral cuenta, en sus sistemas evaluativo-afectivos neuronales, con una permanente presencia de exigencias, obligaciones y estrategias, con un “deber-ser” que incorpora internamente motivos racionales y emocionales, y que se integra constitutivamente en todas las actividades de los niveles práctico, teórico y normativo de todo proceso de realización del derecho.

Más específicamente, el actual modelo neurocientífico del juicio ético-normativo en el derecho y en la justicia obtenido por técnica de neuroimagen parece sugerir que el razonamiento jurídico implica un amplio empleo de diferentes sistemas de habilidades mentales (relacionados tanto con el pensamiento racional como emocional) y fuentes de información diversas (Goodenough & Prehn, 2005). Es la actividad coordinada e integrada de las redes neurales la que hace posible la conducta moral humana, o sea, de que el juicio moral integra las regiones frontales del cerebro con otros centros, en un proceso que implica la emoción y la intuición como componentes fundamentales. Es más, en que cada una de estas funciones cerebrales interviene una gran diversidad de operaciones cognitivas, unas relacionadas con la inteligencia social y otras no (Greene et al., 2001, 2002 y 2005; Moll et al., 2002 y 2003 y 2005).

Parece fuera de dudas que las investigaciones en neurociencia cognitiva de la moral, y muy particularmente del juicio normativo en el derecho y en la justicia,

pueden ofrecer una enorme y rica contribución para la comprensión en detalle del funcionamiento interno del cerebro humano en el acto de juzgar – de formular juicios acerca de lo justo y de lo injusto. Como hemos dicho antes, la neurociencia puede suministrar las evidencias necesarias sobre la naturaleza de las zonas cerebrales activadas y de los estímulos cerebrales implicados en el proceso de decidir, sobre el grado de involucramiento personal de los juzgadores y los condicionantes culturales en cada caso concreto, sobre los límites de la racionalidad y el grado de influencia de las emociones y de los sentimientos humanos en la formulación y concepción acerca de la “mejor decisión”.

Sin olvidarnos, claro está, de otros aspectos distintivos de la naturaleza del comportamiento humano a la hora de interpretar y decidir sobre el sentido de la justicia concreta y la existencia de universales morales determinados por la naturaleza biológica de nuestra arquitectura cognitiva (neuronal). Al fin es el cerebro que nos permite disponer de un sentido moral, el que nos proporciona las habilidades necesarias para vivir en sociedad, para interpretar, tomar decisiones, solucionar conflictos sociales y el que sirve de base para las discusiones y reflexiones filosóficas más sofisticadas sobre derechos, deberes, justicia y moralidad. Como recuerda Ramachandran (2008), ninguna empresa humana es más vital que esta (la neurociencia) para el bien estar y la supervivencia de la raza humana. Recordemos que la política, la moral, la justicia y el derecho también tienen sus raíces en el cerebro humano.

Estas parecen ser algunas de las razones por las que las ciencias cognitivas y la neurociencia parecen ser claramente las disciplinas que, a largo plazo, nos permitirán encontrar vías altamente sofisticadas para entender las aptitudes psicológicas específicas del ser humano a la hora de formular juicios de valor, interpretar, justificar y decidir. Es definitivamente necesario darse cuenta de que en todos los casos la interpretación y la aplicación del derecho son causadas por eventos cerebrales. Y es precisamente por tales motivos que estoy firmemente convencida de haber llegado el momento de comenzar a operar con lo que ya sabemos sobre el cerebro y como eso puede venir a influenciar el actual modelo teórico y metodológico de la ciencia del derecho, particularmente en lo que se refiere al problema de la interpretación y argumentación jurídica. Para dirigirse a este, parece razonable admitir que debemos partir de la premisa de que la capacidad moral y ético-jurídica es (o debe ser) contemplada como un atributo del cerebro humano, circunstancia esta directamente relacionada con el problema del proceso de toma de decisión en todas sus dimensiones.

Después de todo, si es cierto que las normas jurídicas y los acontecimientos del mundo nos afectan solo por medio de la interpretación que de ellos hacemos,

no parece demasiado afirmar que si pudiéramos controlar adecuadamente nuestras interpretaciones, podríamos controlar y direccionar el proceso de aplicación o de realización práctico-concreta del derecho para la construcción de una sociedad razonablemente más justa.

5. La importancia de las emociones para el derecho: el problema de la distinción taxativa entre razón práctica y emoción

Tres de los diversos modelos propuestos para explicar las relaciones emoción/raciocinio y acciones/juicios morales son particularmente relevantes por sus implicaciones para el derecho. En el primero modelo, inspirado en la filosofía kantiana y defendido por Piaget y Kohlberg, se postula como centro de las conductas morales los procesos de reflexión y de deducción: ante una situación o acción moralmente relevante, el hombre explora consciente y racionalmente diferentes principios para generar un juicio moral.

En el segundo modelo, inspirado en Hume, se enfatiza el rol de las emociones y de la intuición moral. La percepción de una situación dispara y/o implica una emoción, la cual se traduce en un juicio sobre si la acción con la cual se responde a esa situación es moralmente buena o mala. El punto de vista es apoyado por estudios que sugieren que nuestros juicios sobre lo que es bueno y malo son influenciados por reacciones emocionales tales como la empatía y el disgusto. Todo esto deja poco lugar a la deliberación racional como forma de moldear nuestra visión moral. En efecto, muchos psicólogos piensan que los razonamientos que hacemos de porqué creemos ciertas cosas son en su mayoría justificaciones post-hoc de reacciones viscerales.

Es decir, *“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). Tal como lo expresa Jonathan Haidt, aunque nos gusta vernos como jueces, razonando las situaciones gracias a principios profundamente arraigados, en realidad somos más que todo como abogados, argumentando sobre posiciones que ya tenemos establecidas. Esto implicaría que tenemos poco control consciente sobre nuestro sentido del bien y el mal.

Un tercero modelo, basado en los escritos de John Rawls sobre la justicia, postula que se realizaría una evaluación inconsciente y automática de las acciones con implicaciones morales: la percepción de un evento con implicaciones morales dispararía y/o implicaría un análisis inconsciente de las causas, intenciones y consecuencias de las acciones asociadas a él, conduciendo a un juicio moral que se expresaría en una emoción y raciocinio consciente. A la diferencia del modelo anterior (de inspiración humeana), aquí las emociones no intervendrían en la generación del juicio moral. El modelo rawlsiano de juicio moral, defendido por Marc Hauser, puede resumirse de la siguiente manera: primero, la percepción de un evento moralmente significativo produce un análisis de las acciones implicadas. Este análisis, aunque rápido e inconsciente, es un proceso cognitivo complejo en que se debe considerar muchos factores. En un sentido importante, es un proceso de *raciocinio*, aunque no sea consciente. El análisis, a su vez, es usado para formar un juicio de aprobación o desaprobación. Las emociones se disparan solo después de que este juicio haya ocurrido, y son relevantes principalmente para controlar nuestra respuesta conductual al acto percibido. Como en el modelo (intuicionista) de Haidt, los juicios morales están basados primariamente en la intuición, aunque, contrario a Haidt, Hauser niegue que estas intuiciones sean de tipo afectivo: podemos encontrar algunas reglas universales abstractas – como la reciprocidad en justicia y la regla de oro – e una disposición a aprender otras, a las que la cultura dará la expresión o forma final.

En sede de interpretación y aplicación del derecho parece no haber dudas de que el juicio normativo es producto tanto de las emociones como de la razón, siendo que las experiencias sensoriales de carácter emocional contribuyen de manera decisiva al proceso de toma de decisión – aunque los teóricos y filósofos del derecho, siempre inmunes o resistentes a la idea de que la ciencia contemporánea afecte nuestra “inmaculada” noción de racionalidad (que sin duda está vinculada con el problema de la interpretación y aplicación jurídica), no sepan o se nieguen a saber exactamente “por qué” eso ocurre. En ese sentido, al encontrarse el sujeto intérprete en interacción con los valores, principios, reglas y hechos, sus estados afectivos se tornan también capaces de revelar sus creencias y juicios en relación a los factores desencadenadores de tales sensaciones. Por tanto, las emociones – que para Denton (2009) son “*qualia esenciales para la consciencia*” – mantienen una relación privilegiada con el proceso de realización (interpretación y aplicación) del derecho en la medida en que, por medio de ellas, el juez percibe y comprende el contenido y la configuración de las normas, hechos y situaciones del mundo. Reaccionar emotivamente significa no solo conferir un valor al elemento desencadenador de la emoción, sino también, en muchos casos,

manifestar un comportamiento compatible con el contenido de esa evaluación. (Haidt, 2006; Damasio, 1994, 2010; Gazzaniga, 2005, 2010; LeDoux, 1998; Perna, 2004; Ramachandran, 2008;...).

Además, es posible identificar una relación íntima de correspondencia entre las emociones y el derecho, en la medida en que innumerables intuiciones y/o emociones morales son capaces de orientar el juicio axiológico y de determinar la tarea interpretativa del operador jurídico. Es en ese sentido que para Solomon (1976), Lyons, (1980) y Greespan (1988) las emociones se constituyen como actitudes cognitivas vinculadas a juicios normativos o valorativos, o sea, ellas fornecen los medios necesarios a una deliberación racional. Sin embargo, a pesar de ser importantes en la formación de nuestras creencias y en nuestra toma de decisión, conviene recordar que las emociones, inversamente, pueden afectar nuestras elecciones racionales de diversas maneras. Tal como explica Haidt (2003), las emociones morales no solo nos hacen ser buenas personas: *“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’”*.

De hecho, las emociones – como el miedo, la alegría, la tristeza, la ira, el amor, el odio, la envidia, la vergüenza, la indignación, la compasión, la culpa, el orgullo, la admiración, los celos, la esperanza, el remordimiento, la sorpresa, la gratitud, el resentimiento, la repugnancia, el arrepentimiento, el rencor, el desdén, la ilusión, la desilusión, la desesperación, el entusiasmo, el asco, etc. – ocupan un lugar central en la vida del hombre. Influyen en su manera de pensar, de percibir e interpretar el mundo, de elegir objetivos, de actuar... Influyen inclusive en su salud (como muestran los estudios sobre la relación entre las emociones y las afecciones cardíacas o ciertas enfermedades mentales) (Lazarus, 2000; Sapolsky, 2008). También – y esta es una de las razones por las que interesan a los juristas – en el grado de responsabilidad decurrente de las propias acciones, en el reproche que nos merece la conducta de los demás y en la naturaleza de la supuesta racionalidad del sujeto-intérprete en el ejercicio de su tarea interpretativo-argumentativa.

Como se sabe, las emociones han sido objeto de estudio de diversos campos del conocimiento: la filosofía de la mente, la filosofía de la acción, la filosofía del lenguaje, la epistemología, la psicología, la sociología, la biología, la antropología, la retórica, la ética, la estética, la pedagogía, la neurociencia, etc. Y no solo han merecido la atención de la literatura especializada: basta con visitar cualquier librería para constatar lo fácil que es concluir que las emociones están de moda. Siempre y cuando, claro está, no se trate de una librería jurídica, porque las emociones han sido casi totalmente descuidadas por los filósofos y dogmáticos del derecho y, en general, por los juristas de tradición continental (no se puede decir lo mismo de los juristas del ámbito anglosajón, donde ha surgido ya el movimiento *Law and Emotion* - Little, 2000).

Pero las relaciones entre las emociones y el derecho son más estrechas, fundamentales, numerosas y variadas de lo que se acostumbra advertir, una vez que se trata de un componente esencial de las motivaciones del hombre para actuar e influyen, de forma ineludible, en su capacidad para controlar el comportamiento, elaborar juicios de valor, su libertad de elección, etc. Así que, en que pese el marcado y casi exclusivo interés de la teoría y de la ciencia del derecho a los temas más vinculados con las nociones de norma, sistema normativo y los procesos *racionales* de interpretación y aplicación de las leyes - en detrimento de otros temas como el concepto de intuición, de emoción, de racionalidad limitada, etc.- parece posible discriminar algunas de esas relaciones.

En primero lugar, las emociones son un de los motivos más importantes de las acciones humanas y, por tanto, son fundamentales para su comprensión. Al derecho no le interesa exclusivamente el aspecto externo y formal de las acciones, y sí también las intenciones del agente, sus deseos, creencias y motivos. Al derecho - especialmente al derecho penal - le interesa, en definitiva, comprender la acción. Esto es así, básicamente, porque el derecho - como muchos filósofos y dogmáticos - traza una distinción fuerte entre los acontecimientos (lo que nos ocurre) y las acciones (lo que hacemos), y hace depender esta distinción de la noción de intención. Solo aquello que hacemos intencionalmente, con un propósito, dan lugar a una acción (aunque luego se individualice por sus consecuencias no queridas). Y que se trate de una acción es fundamental para enlazarle o atribuirle responsabilidad.

Por tanto, para probar que determinado hecho es una acción, necesitamos comprenderla, reconstruirla como un acontecimiento orientado por la voluntad del agente y explicable a la luz de sus intenciones. De hecho, podría sustentarse que la prueba de las acciones es un tipo de inferencia muy semejante a su explicación intencional. Pues bien, para conocer la intención de un agente las emociones

constituyen una ayuda inestimable y un elemento inerradicable de la conducta humana: en primero lugar, porque es un de los determinantes de la intención, esto es, un de los factores que inciden en su formación; en segundo lugar, porque las emociones – al menos las emociones primarias, como el miedo, la sorpresa o la repugnancia – son universales, constituyen patrones de respuesta característicos delante de determinadas circunstancias, lo que nos ayuda a atribuir emociones a los demás y, por esta vía, tratar de inferir sus intenciones.

Además de su papel para la comprensión de la acción, como ya adelantamos, las emociones interesan al derecho en la medida en que este acoge la práctica social de modular la responsabilidad de nuestras acciones en función de su motivación emocional. La madre que mata al violador de su hija de pocos años se mueve por una emoción que podemos comprender y con la cual podemos identificarnos. Además, sentimos compasión (otra emoción) por lo que ocurrió a esta madre. Podemos inclusive pensar que su furia le cegaba, le impedía controlar sus acciones, de ser plenamente consciente de sus actos. Todo eso atenúa nuestra censura por su acción. El derecho, como es sabido, prevé un catálogo de circunstancias que modifican la responsabilidad penal ante la intervención de las emociones, como las circunstancias de furia y obsesión, el miedo insuperable, el arrepentimiento espontáneo, la circunstancia mixta de parentesco, etc. Algunas veces estas circunstancias (como la existencia de una relación de parentesco en algunos supuestos, los motivos propios de la violencia de género o los móviles racistas) no atenúan, y sí agravan la responsabilidad. ¿Cuál es el fundamento de estas circunstancias modificadoras de la responsabilidad? ¿Porqué las emociones a veces atenúan y a veces agravan la censura? ¿Y cómo podemos saber si la emoción del sujeto que juzgamos fue suficiente para una u otra cosa?

Pero este no es el único tema relacionado con las emociones del lado de quien juzga: por ejemplo, la psicología del testigo estudia las diferencias entre la memoria de los testigos en una situación emocional y en una situación neutra (al parecer, la principal diferencia negativa es que los testigos en situaciones emocionales acostumbra, a la diferencia de lo que ocurre con los testigos en situaciones neutras, a aceptar información probable, pero falsa, con gran seguridad; sin embargo, parece haber menos diferencias de las esperadas en cuanto a la fiabilidad de los recuerdos de un u otro tipo de testigos). Por otro lado, un autor especialista en el análisis de las emociones, Paul Thagard (2003), estudió el papel de lo que llama la "coherencia emocional" en las inferencias de la prueba judicial, lo que nos lleva a recordar también la relación entre las emociones y la argumentación jurídica.

Existen también dos conexiones más básicas entre las emociones y el derecho: por un lado, de acuerdo con Elster (2001), la vergüenza (y su emoción correlativa, el desprecio) sirve de apoyo a las normas sociales, lo que les confiere mayor eficacia (y lo mismo podría decirse probablemente de la culpa y del arrepentimiento). Tal vez se pueda sustentar algo semejante a respecto de las normas jurídicas, que en gran medida se interiorizan como normas sociales. Por otro lado, algunas emociones pueden servir de explicación (o parte de la misma) de ciertas normas jurídicas. Por ejemplo, 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, otra conexión entre el derecho y las emociones ocurre, no ya del lado del infractor de la norma, sino del lado del juez. ¿Son útiles ciertas emociones a la hora de juzgar y aplicar el derecho o, por lo contrario, jueces y jurados deben despojarse de ellas? Un titular del periódico El País, de 15 de diciembre de 2007, dijo: *"El juez pide al jurado que olvide sus emociones en el crimen de Liverpool"* (en que dos niños de once años mataran a otros dos). Podemos leer en el periódico que el juez del caso, el juez Morland, concluyó sus instrucciones al jurado diciéndoles: *"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"*. ¿Son adecuadas estas recomendaciones? ¿Parece posible realizarlas? De toda evidencia que no. Por lo contrario, es muy probable que sean incoherentes con la exigencia de que se tenga en cuenta las circunstancias emocionales del infractor y que eventualmente puedan venir a constituir atenuantes o agravantes de su responsabilidad.

Para establecer esto quizá sea necesario tomar como guía, como sugirió Nussbaum (1995) en su libro *Justicia poética* (en lo cual intenta rescatar y dar un nuevo valor a las emociones como elementos enriquecedores del discurso público), la compasión empática del juez: *"La compasión empática que está vinculada con las pruebas, institucionalmente acotada y libre de referencias a nuestra situación personal, parece no solo 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"*. En definitiva, ¿cómo podemos entender y valorar las emociones del sujeto procesado

se no nos preguntamos cuáles podrían haber sido nuestras emociones en su situación?

A los anteriores temas habría que acrecentar las ya mencionadas relaciones entre las emociones y la moral, lo que abriría otro amplísimo abanico de cuestiones relativas al problema de los dilemas morales en el derecho, empezando con la distinción entre las tradiciones que ponen una fuerte reticencia a tomar las emociones como una guía fiable en materia ético-jurídica frente aquellas que, por lo contrario, consideran que las emociones tienen un papel muy relevante en el comportamiento moral de los agentes. En resumen, algunos de los principales puntos de contacto entre las emociones y el derecho serían los siguientes: i) la comprensión de la acción y la reconstrucción de sus elementos internos (psicológicos); ii) el impacto de las emociones en la responsabilidad; iii) las emociones como reforzadoras de la eficacia de las normas sociales y como explicación de la existencia de ciertas normas jurídicas; iv) y, por fin, la importancia de las emociones en la tarea interpretativa llevada a cabo por el juez.

Precisamente esta última observación (iv) sirve para recordarnos otro punto clave de contacto entre las emociones y el derecho: el de juzgar las posibilidades *prácticas* de cualquier metodología con vistas a la práctica del derecho. Ese punto no es otro, por más vueltas que cualquier teórico pretenda darle, que las i"cabeczas" de los jueces!. Es decir: aquí, en la circunstancia de no parar mientes en dicha trivialidad al transitar por el camino de la interpretación jurídica – como esas que tan abundantemente pueblan las actuales teorías de la argumentación jurídica –, reside el eje motor que lleva a precipitarse hacia visiones poco realistas sobre posibilidades y orientaciones en cuanto a los métodos jurídicos.

Dicho de otro modo, como el discurso jurídico es principalmente un pensamiento de tipo hermenéutico, pues consiste en interpretaciones acerca de leyes y otros textos, hay que concentrar la actividad interpretativa en las propias cabezas de los sujetos-intérpretes y preguntarse: ¿qué influencias, y cómo, pueden tener los *métodos* jurídicos sobre lo que pasa en las mentes de los intérpretes autorizados? Desde luego, corresponde descartar, como sabemos, que sea dable hallar unas soluciones puramente racionales o razonables, y que eso pueda alcanzarse por la vía de ciertos "métodos-recetas". No puede haber tales órdenes de respuestas a las cuestiones jurídicas en general. No solo porque semejante receta no las ha descubierto todavía nadie, ni es probable que se lleguen a elaborar, sino porque, aunque alguien las presentara, nada sería menos seguro que lograr, en la práctica, hacerlas aplicar tal cual por los intérpretes

autorizados, en casos sobre los cuales los operadores del derecho contienden en la vida real (Haba, 2006).

Recordemos, antes que nada y por encima de todo, que la "consciencia" ("cabeza") del intérprete, con la que necesitamos contar, no se compone solo del "módulo" *conocimiento*, sino también del "módulo" *emotivo-afectivo*: sentimientos, intuiciones, ideologías, experiencias personales, memoria y demás. Los métodos, sean cuales fueren, se dirigen a las facultades racionales de los hombres. Pero por más correctos que unos métodos sean (supongamos que sí) desde el punto de vista intelectual, ello no basta para presumir o decidir si serán adecuados aquellos – la vida emocional y en general las precomprensiones ideológicas – quienes estén llamados a aplicar esos métodos. Para que determinados métodos sean seguidos, tienen que darse una de las dos condiciones siguientes: i) o que el conocimiento y la práctica metódicos sirvan también para promover determinados fines anclados en la vida emocional del sujeto en cuestión, y que este sea consciente de eso; ii) o que, en todo caso, esos métodos no se opongan a dichos fines si no es para favorecer otros que el propio sujeto considere igualmente importantes. En cualquier de los dos casos, la vida emocional del intérprete dispone, en última instancia, de una especie de "veto" sobre el pensamiento metódico.

No hay ninguna filosofía, dogmática o metodología jurídica, por perfecta que sea, capaz de eliminar tal condicionamiento. Es así, quiérase o no, simplemente por lo hecho más trivial en lo que se refiere al pensamiento jurídico en la práctica: los operadores del derecho no son menos personas de carne y hueso que cualquier otro ser humano. Sobre esta verdad, que no puede ser más elemental, pasa simplemente por encima la manera corriente en que las cuestiones del discurso jurídico son planteadas por parte de su doctrina profesional y/o "oficial". En efecto, esta se refiere – o, más habitualmente, ni siquiera se refiere – a los protagonistas del pensamiento jurídico, especialmente a los jueces, de una manera tal "como se estos fuesen personas distintas a los conductores de taxi, fabricantes o profesores..." (Simon, 1985).

Sin embargo, y en que pese tal evidencia, lo cierto es que los filósofos y teóricos del derecho continúan a practicar distinciones taxativas entre racionalidad y emoción, reproduciendo la visión kantiana – anti-humana – del raciocinio práctico jurídico. La práctica jurídica no acostumbra tomar en consideración las influencias de la vida emocional en los juicios de sus protagonistas, especialmente en lo que se refiere a la tarea hermenéutica que llevan a cabo. Pero tanto la emoción parece ser el *motor* de la argumentación (Hume) que muchas de las investigaciones contemporáneas retomaran el rol de las emociones no solo en el

dominio de la psicología cognitiva sino también en el propio ámbito de la argumentación práctica. Las emociones, las intuiciones morales, las memorias, las percepciones, las sensaciones y las experiencias personales de cada individuo no son vistas como "ciegas oleadas de afecto" sino como piezas que otorgan "razones para interpretar", y que sirven como elementos condicionantes de la aplicación del derecho. De hecho, es precisamente a partir de la evidencia de que nuestros pensamientos y evaluaciones tienen nexo con nuestras emociones que ya no más resulta aceptable déjalas al margen de la frontera de las modernas teorías de la interpretación y de la argumentación jurídica.

Hoy, lo que se debe tratar de hacer es incorporar, cuando menos, una reflexión ligada a la discusión contemporánea sobre el papel de las emociones en los procesos de decisión judicial. Pero, además, una reflexión y toma de posición más esclarecida de cara con las investigaciones llevadas a cabo por las ciencias cognitivas y por la neurociencia, así como al complejo debate metaético entre humanos y anti-humanos acerca del status de la razón práctica jurídica y su vinculación con las emociones en el terreno de la interpretación, justificación y aplicación jurídica.

La idea básica consiste en sostener que emoción y razón no están separadas, sino que la emoción tiene que integrarse al modelo de racionalidad para que sea posible, a través de la construcción conjunta de alternativas metodológicas reales y factibles, acercarse con justeza a la dimensión esencialmente humana de la tarea de elaborar, interpretar, justificar y aplicar el derecho.

6. El Derecho Judicial, Derecho humano

La práctica del derecho necesita de dos puntos de referencia: la norma y un ser humano al que imputar las consecuencias previstas en aquélla. Esta imputación es realizada en caso de discordia por otro ser humano de intermediación: el juez. La intermediación humana es imprescindible – al menos hasta ahora – en la vida del derecho, puesto que las leyes son trozos de papel (o textos lingüísticos si se quiere) que necesitan de un impulsor exterior para ser operativas. En un pasado remoto tal impulso provenía en ocasiones directamente de la mano de Dios (ordalías, duelo) y también es imaginable un impulso automático, mecanicista, que en algunos ámbitos será realizado fácilmente, y a no tardar, por ordenadores.

Pero de momento la tarea de intermediación judicial está encomendada a seres humanos individuales o en actuación colegiada. Por eso puede afirmarse

con énfasis que el Derecho Judicial es un derecho humano que descansa en la persona del juez que obra de intermediario entre la norma jurídica y la realidad concreta y que, como resultado de la conexión de estos dos elementos, mediada por una actividad neuronal interpretativa, produce un acto jurídico nuevo – la sentencia – de que es autor individualizado aunque formalmente se atribuya a un órgano del Poder Judicial.

Estas circunstancias magnifican la relevancia de la persona singular de cada juez, que siempre es subjetivamente distinta, individual y única, surgida gradualmente como resultado de la interacción entre las experiencias interpersonales, el medio en que se desarrolla y la estructura y función de un cerebro esencialmente plástico - y, por ende, imprevisible en lo que respecta a la forma como cada cerebro construye la realidad en que vive.

7. Impulsos personales e intuiciones morales

Los motivos de una decisión se abocan en una cadena causal de eslabones prácticamente indefinidos, ya que cada causa es, a su vez, efecto de otra causa anterior. Lo que significa que por prudencia – y para ser operativos – hay que cortar alguna vez esta cadena sin remontarse demasiado a datos remotos, ya que eso supondría un apartamiento excesivo de la parte dispositiva (normativa).

Lo más importante, con todo, es percatarse de la naturaleza psicológica de estas causas porque, aunque en su mayor parte procedan del exterior del procedimiento judicial y sean objetivamente ajenas al discurso jurídico, han de ser internalizadas (consciente o inconscientemente) para influir sobre la sentencia. Las complicaciones, sin embargo, no terminan aquí porque hay también, independientemente de las causas externas internalizadas, otras causas de origen interna, anímicas, y que son, de ordinario, las más difíciles de identificar, una vez que el juez no las refleja en la sentencia, aunque solo sea porque en la mayor parte de los casos no tiene consciencia de ellas (no se percata, por ejemplo, que tiende a interpretar restrictivamente las causas legales del aborto debido a su rígida formación católica) y, cuando la tiene, la oculta intencional y cuidadosamente.

En general, los jueces no solo no toleran que se les imputen estas causas explicativas sino que reaccionan con indignación ante ellas, negándolas en términos sospechosamente apasionados, como si se tratara de una agresión a su honestidad profesional. En las palabras de Wróblesky (1989), "*explicar lo que hace*

el juez es tan importante como analizar lo que el juez dice que ha hecho”; o en las de Esser (1961), según lo cual el juez propende a “ocultar la motivación real de su comportamiento, hasta tal punto que esos motivos, impulsos y objetivos primarios se niegan en buena conciencia y se rechazan con indignación ... (es fácil) camuflar profesionalmente la motivación (real) con motivos que se llaman jurídicos”.

Al operador del derecho le ayudan mucho la psicología, las ciencias cognitivas y la neurociencia, que son armas formidables para romper la coraza con que el juez envuelve sus verdaderas motivaciones internas. Incluso sin necesidad de conocer esas disciplinas ni haber profundizado en los resultados de las investigaciones recientes acerca de los procesos de toma de decisión, los operadores jurídicos saben de sobra a qué decisión llegará un determinado juez entre las varias alternativas interpretativas posibles, y que, después de todo, son varios los factores y circunstancias, personales e impersonales, que condicionarán su decisión final. Circunstancias e influencias, es cierto, muy difíciles de explicar a la opinión pública cuando al mismo tiempo se da oficialmente por indiscutible que para nada influyen el temperamento individual de un magistrado. Los jueces llevan en la frente marcada su destino, sus preferencias, sus manías, etc., y, cabalmente por llevarlas en la frente, son los únicos que no las ven; pero los operadores del derecho sin toga saben de antemano quién va a estar temperamentalmente a favor o en contra de sus intereses.

Las influencias e las manipulaciones psicológicas son inevitables, pero, por lo mismo, no constituyen en sí mismas razones para el reproche e la desconfianza y, mucho menos, para la descalificación. Hay que aceptar las cosas como son. El juez tiene que ser consciente de su vulnerabilidad psicológica e de sus condicionamientos innatos e adquiridos (sociales e profesionales) porque, si sabe que es así, tiene más posibilidades de superar tales dependencias e de escapar a los caprichos de su personalidad para poder afirmar sus decisiones en la razón objetiva.

La institución del proceso está diseñada para que el juez tome la decisión por sí mismo e no como consecuencia de influencias internas y/o externas – como la presión política, el miedo, la venalidad...-. Cuando resuelve por sí mismo (que es lo que aquí nos interesa) puede llegar a la decisión, o bien a través de un tentado proceso intelectual racional o bien a través de un impulso emocional, en los términos de los modelos antes explicados. Como los jueces creen que el camino correcto es el primero, de ordinario afirman que es lo que siguen, e más tratándose de una operación interna, que, por su propia naturaleza, hace imposible verificar si ello es cierto. Pero no faltan casos en los que los jueces confiesan que su decisión inicial está provocada por una intuición, por un

sentimiento, emoción, corazonada o simple palpito (*Gefahl, Hunch*). En palabras de Cardozo (*Paradojas, II*): *"Preguntado un juez americano excelentemente reputado por su laboriosidad e imparcialidad sobre cómo llegaban él y sus colegas a la sentencia, contestó riendo que le apedrearían si se supiese que, después de valorar concienzudamente la prueba y de escuchar con atención las alegaciones de los abogados, tenía que esperar a sentir lo que era correcto"*.

La existencia de una alternativa al razonamiento legal es, pues, indudable y ya fue constatada con precisión en 1913 por Erich Jung (*Das Problem des natürlichen Rechts*) al advertir que hay dos caminos para llegar al derecho concreto: el "deducido" de las normas objetivas y el "inducido" del sentimiento jurídico. Y también por Gény (1925: 135), para quien la equidad *"es una especie de instinto que, sin invocar el razonamiento ve por sí mismo perfectamente la solución mejor... En cuanto sentimiento inconsciente y no razonado, la equidad no difiere esencialmente, por su naturaleza, de las revelaciones de la conciencia moral propiamente dicha ... La solución justa se alcanza por sentimiento intuitivo más que por razonamiento"*. En la actualidad, la existencia de estos dos caminos forma parte ya del acervo jurídico común y solo es negada (quizá de labios afuera) por quienes rechazan el impulso al entender que supone una traición a las obligaciones legales del juzgador.

Desde nuestro punto de vista, afirmamos que las sentencias se dictan de ambas formas, sin que naturalmente nos atrevamos a conjeturar proporciones, ya que no parece posible y/o razonable pretender entrarse en el foro interno de cada juez, ni cabe intentarlo. De hecho, los seres humanos (y muy especialmente los que ejercen la función/deber institucional de juzgar) se resisten a admitir que toman decisiones de acuerdo a procesos inconscientes, sobre todo porque quieren considerarse racionales. Quieren explicar todo, pensar que dirigen conscientemente su propio destino y de los demás, que cada una de sus decisiones se basan en una evaluación estrictamente racional de las normas, de los valores y de los hechos.

Y lo más sorprendente es, todavía, la seriedad con que muchos jueces afirman carecer de sentimientos o intuiciones, asegurando que jamás les han guiado en el examen de un caso. Casi todos aseguran que únicamente se mueven por la razón jurídica y que actúan como máquinas de pensar, considerando traición institucional el uso de los sentimientos, como se de algo nefando se tratara. Hablando así ignoran una radical y bien conocida formulación de Strindberg: *"piensas con tu estómago, tu garganta, tus impulsos sexuales, con tus piernas e intereses, con tus odios y simpatías; cuando estás deseando, crees estar pensando"*.

Estas máquinas de razonar – como buenas máquinas que pretenden ser – nada (salvo memorizar y razonar) han aprendido en la universidad y nada les han enseñado, al parecer, sus años de experiencia. No se percatan – o no quieren percatarse – de que a un magistrado maduro le basta mirar un instante en los ojos de un testigo para saber si está declarando la verdad y que difícilmente le escapan los trucos, las mentiras y las manías de los litigantes. Con todos los riesgos que el exceso de confianza lleva consigo, no hay que avergonzarse de tales sentimientos; al contrario, de lo que habría que avergonzarse es de esa insensibilidad de la que tantos pregonan, que por sí misma descalificaría la seriedad de la tarea institucional que llevan a cabo. Porque para hacer un silogismo bastan las máquinas, que hoy subsumen mucho mejor que los seres humanos; pero las máquinas no aprenden nada. ¿Es este el ideal de juez que queremos?

A este propósito cuenta Recasens-Siches (1991) que a mediados del siglo se llevó a cabo una encuesta entre jueces de todo el mundo, a los que se pedía que expusiesen de qué modo funcionaba su mente al administrar justicia. Pues bien, las respuestas fueron, al parecer, sorprendentemente análogas, ya que la inmensa mayoría de los encuestados reconocieron que, al cabo de algún tiempo de meditaciones confusas, la decisión surgía en un instante de súbita iluminación. Con la advertencia de que en ese instante aparecía, *"no solo la decisión sino también los hechos probados y jurídicamente calificados, a la vez que la consideración de los mismos a la luz de la norma jurídica pertinente. Es decir, lo que acaecía no era un proceso mental que empezase con la constatación de la norma pertinente, que fuese seguido después por la enunciación de los hechos y que terminase con la conclusión, con el fallo. Por el contrario, primero no había nada; después súbitamente lo había todo: el fallo integrado por tres dimensiones inseparables, cada una de ellas solidaria con las otras"*.

Esta iluminación súbita – que los realistas jurídicos norteamericanos califican de *hunch* – es para el autor español *"una clara intuición intelectual en la que no hay componentes fortuitos, en la que no hay factores de azar, en la que no interviene ningún impulso ajeno a la razón... Así, la sentencia constituye un acto mental indiviso, un todo conjunto con tres caras o tres lados. Pero cada uno de estos lados está recíprocamente ligado a los otros dos, de manera que ninguno de ellos tiene sentido por sí mismo separado de los otros"*. (Siches, 1991: 81)

En la actualidad, el empleo de los resultados de las investigaciones llevadas a cabo en otras áreas de conocimiento está facilitando mucho el conocimiento de las emociones y, consecuentemente, de los sentimientos jurídicos. La neurociencia nos obliga a reconocer que los procesos inconscientes (las emociones, las

intuiciones, la memoria, etc.) tienen un impacto mucho mayor en nuestras decisiones de lo que nos gustaría admitir. Pero esto no debería frustrarnos ni asustarnos, ya que *"el inconsciente forma parte de cada uno de nosotros y hasta podría considerarse nuestra mismísima esencia"*. (Ansermet y Magistretti, 2006).

Los jueces prudentes, y que tienen confianza en sí mismo, no desmienten la emergencia de sentimientos, intuiciones y palpitos premonitorios; otra cosa es que se dejen llevar por ellos y, desde luego, que nunca los aluden en las sentencias, dado que – como ya se ha explicado con algún detalle – las motivaciones/justificaciones de las mismas han de ser siempre jurídicas, racionales, objetivas, satisfactorias y no psicológicas.

8. La personalidad del juez

Si en la decisión, como acaba de verse, no interviene solo la ley sino también factores rigurosamente subjetivos del juez, ya no puede seguir prescindiéndose de la personalidad de éste ni considerarse que todos los juzgadores son fungibles y que es indiferente que actúe un u otro. De hecho, a principios del siglo XX ya se había tomado plena consciencia de la importancia de la personalidad individual del juez, considerándose que no era un autómatasino el protagonista de la vida del derecho.

Dejando a un lado las presiones externas y, por tanto, las más visibles, el juez es, como todos los humanos, un ser estrictamente "condicionado" aunque no llegue a ser un autómatas "determinado". Todos nos sentimos libres y nos creemos responsables de nuestras decisiones y comportamientos. Vana ilusión. Porque en gran parte – sin llegar al determinismo absoluto – no hacemos sino responder a unos condicionamientos internos de los que no somos conscientes. De ordinario, aunque no siempre, conocemos las presiones políticas, mediáticas o económicas las que estamos sometidos; pero ignoramos la existencia de otras mucho más importantes que laten en nuestro interior. Somos el resultado de varios procesos concurrentes: unos biológicos, que parecen los más significativos, y otros sociales y culturales. Creemos actuar, en otras palabras, guiados por la razón y de hecho son los genes, el cerebro, la educación, la cultura y el contexto social los que nos mueven.

Aunque solo fuese por esto, así se explicaría que si las leyes son las mismas, las sentencias sean diferentes porque diferentes son sus autores. Para entender la actividad judicial no basta con el análisis de las leyes ni de las presiones políticas: hay que estudiar la personalidad del juez, que es donde conducen y desde donde se reelaboran todas las informaciones y presiones,

externas e internas, que terminan en los actos de aplicación del derecho. Esto es algo que nunca aceptarán los operadores jurídicos, pero llegará un tiempo en que se dedicará más atención a la psicología, a las ciencias cognitivas, la psicología evolucionista, a la primatología y a la neurociencia que al estudio de las normas jurídicas; y de hecho así lo están haciendo ya muchos juristas pragmáticos.

La atención que hoy se está prestando a la personalidad individual del juez es consecuencia necesaria del abandono del dogma de la sujeción mecánica del juzgador a la ley y de la aceptación de la presencia de interferencias en la relación entre un (el juez) y otra (la norma). En la persona del juez concurren informaciones procedentes del caso concreto y de las normas, principios y valores, pero también de determinados impulsos internos, que son los que cabalmente integran su personalidad. En otras palabras, la función del juez va perdiendo abstracción y automatismo en lo que gana de la singularidad (cerebral) y humanidad. Quien decide no es una máquina sino un hombre y, además, un hombre singular distinto de los demás humanos.

Pero no basta con establecer estas afirmaciones, que cualquier profesional con experiencia percibe de inmediato. Lo que ha sucedido como nuevo en las últimas décadas ha sido el intentar estudiar científicamente este fenómeno, situándolo en la arquitectura cerebral humana (en las actividades que transcurren en el cerebro de una persona cuando esta está interpretando y formulando juicios de valor) y objetivándolo lo posible con los siguientes propósitos: a) para establecer una metodología lo más amigable para con las limitaciones propias de la capacidad cognitiva del sujeto-intérprete; b) para analizar las causas reales de cada decisión; y c) para limitar y predecir el contenido y las consecuencias de las decisiones futuras.

Y precisamente en este particular las ciencias de la vida y de la mente, aún cuando van unidas a un programa reduccionista (Churchland, 2006), pueden efectuar contribuciones ricas y esclarecedoras a la comprensión de las emociones, de su intencionalidad e intensidad, y del papel que efectivamente desempeñan en la activa y comprometida tarea interpretativa llevada a cabo en los procesos de toma de decisión jurídica: podemos tentar ser terriblemente objetivos, pero lo que no podemos es olvidar de algo muy importante acerca de lo que es ser un ser humano. Como seres humanos, todos sabemos que se *siente* de cierto modo y desde dentro. Y el juez, como cualquier bestia biológica de nuestra especie, está dotado de sensaciones, pensamientos y sentimientos (a veces inefables) que tienen lugar de algún modo en su cerebro.

De hecho, existe una inexorable e ineludible relación entre lo que sentimos y lo que pensamos. Es decir, la regla es que resulta muy difícil, sino imposible,

envolvemos en una actividad cognitiva en la cual no intervengan las emociones. Cuando un operador del derecho (particularmente el juez) procesa lo que es (o debería ser) material emocional como se no tuviese connotación alguna, su conducta se asemeja mucho a de un individuo psicópata: su actividad se caracterizaría por una activación insuficiente de las regiones cerebrales asociadas a la emoción, y por una integración deficiente de los procesos cognitivos y emocionales. Para un operador de ese tipo, en que las regiones cerebrales que intervienen en el procesamiento y en la producción de material emocional (especialmente el sistema límbico) no se activa en la misma medida que en el resto de los individuos, lo que debería ser necesariamente una experiencia cognitiva/emocional, no pasa de ser un hecho exclusivamente cognitivo o intelectual: un psicópata con toga. En palabras más simples: no podemos convertirnos en seres que anulan o aparcen sus emociones o sentimientos; solo la inmadurez cerebral o la enfermedad pueden originar seres o comportamientos puramente emotivos o puramente racionales.

Después de todo, evolutivamente hablando, en el ámbito humano del jurídico solo hay dos tipos de primates: primates que usan toga y primates que no las usan. El juez es un primate con toga a quien cabe, a partir de la letra fría, estática y fija de las normas como generadoras de expectativas seguras, humanizar el sistema jurídico, tornándolo compasivo.

CONCLUSIÓN

La moral y el derecho no existen más que en el cerebro del hombre al que va dirigido y que solo él es capaz de producir y comprender. Solo los seres humanos tienen derecho o sentido de justicia y bondad, y las tienen precisamente en su cerebro, en la forma de representaciones plasmadas en sus conexiones neuronales. Toda nuestra conducta, nuestra cultura y nuestra vida social, todo cuanto hacemos, pensamos y sentimos, depende de nuestro cerebro. El cerebro es la sede de nuestras ideas y emociones, de nuestros temores y esperanzas, del placer y del sufrimiento, del lenguaje, de la memoria, de la moral, del derecho y de la personalidad.

La correcta comprensión de la moral y del derecho debe formularse a partir de una posición antropológica y neuronal que pone en juego la fenomenología del actuar humano. Esto implica que para entendernos completamente tenemos que tomar en consideración el físico, el psicológico y el sociocultural, a partir de una perspectiva naturalista o evolucionista. Para entender la condición humana – y el derecho es parte de esa condición y su idea (idea de derecho) es el resultado de la

idea del hombre – hay de comprender al mismo tiempo los genes, la mente y la cultura, y no por separado a la manera tradicional de la ciencia y las humanidades: la dinámica, en conjunto, entre genes, cerebro y entorno es lo que constituye y configura el ser humano.

Además, si es el cerebro que nos permite disponer de un sentido moral, lo que nos proporciona las habilidades necesarias para actuar y vivir en sociedad, para tomar decisiones y solucionar determinados conflictos sociales, y lo que sirve de base para las discusiones y reflexiones filosóficas más sofisticadas sobre derechos, deberes, justicia y moralidad, debemos comprender su estructura y funcionamiento para poder comprender lo que somos y como actuamos. De hecho, cualquier cambio en nuestra manera de entender el cerebro afecta por fuerza nuestra concepción de la naturaleza humana.

El modo cómo se cultiven determinados rasgos de nuestra naturaleza y la forma como se ajusten a la realidad configura naturalmente el gran secreto del fenómeno jurídico y de la justicia y, consecuentemente, para la dimensión esencialmente humana de la tarea de elaborar, interpretar, justificar y aplicar el derecho. Sólo situándose desde el punto de vista del ser humano y de su naturaleza le será posible al juez representar el sentido y la función del derecho como unidad de un contexto vital, ético y cultural. Ese contexto establece que los seres humanos viven de las representaciones y significados diseñados para la cooperación, el diálogo y la argumentación y que son procesados en sus estructuras cerebrales. Que en su "existir con" y situados en un determinado horizonte histórico-existencial, los miembros de la humanidad reclaman continuamente a los otros que justifiquen sus elecciones aportando las emociones, los sentimientos y las razones que las subyacen.

En resumen, mi tesis es que los nuevos avances de la neurociencia cognitiva permitirá una mejor comprensión de la mente y del cerebro y traerá consigo la promesa de cruciales aplicaciones prácticas en el ámbito de la interpretación y aplicación jurídica: constituyen una oportunidad para refinar nuestros razonamientos ético-jurídicos y establecer nuevos patrones y criterios metodológicos destinados a reinventar un Derecho que ha de servir a la naturaleza humana y no al contrario.

Y aunque no sepamos gran cosa sobre el funcionamiento de nuestro cerebro, convertir el mar de especulaciones en certeza es la tarea que se espera de la ciencia actual. Una comprensión más profunda de las causas últimas (radicadas en nuestra naturaleza) del comportamiento moral y jurídico humano podrá ser de gran utilidad para averiguar cuáles son los límites y las condiciones

de posibilidad de la ética y del derecho en el contexto de las sociedades contemporáneas.

JUDICIAL DECISION-MAKING AND NEUROSCIENCE: THE ROLE OF COGNITION AND EMOTION IN LEGAL REASONING

SUMMARY

Localizing the brain correlates related to moral judgments, using neuroimage techniques (and also studies on brain lesions), seems to be, without doubt, one of the big events in the history of the normative social sciences. Indeed as neuroscience allows an ever more sophisticated understanding of the brain, the possible moral, juridical and social implications of these advances in the knowledge of our sophisticated ontogenetic cognitive program begin to be seriously considered under a much more empirical light and with respect for scientific methods. The object would be, in principle, the intention to clarify the location of high cognitive functions understood as *Homo sapiens* apomorphisms of the capacity to elaborate moral judgments.

But there is no doubt that, from the evidence obtained, we can go much further. These advances, however, in addition to their extraordinary scientific relevance, also carry important philosophical, juridical and moral connotations,

particularly regarding the understanding of the superior cognitive processes related to ethical juridical judgments, which are understood as functional states of brain processes. It starts from the conviction that, to understand this essential part of the ethical juridical universe, it is necessary to go inside the brain, to the brain substrates responsible for our moral judgment and whose genesis and functioning should then be reintegrated in the evolutionary history of our species.

And although cognitive neuroscience research into moral judgments and normative judgment in law and in justice is still at a very early stage, its use seems to be undoubted. With one condition: that in an area as delicate as that of neuroscientific investigation, results should be considered with great caution. Because science, that certainly will serve to ensure more knowledge about human nature, will not be able to guarantee, by itself, moral values as they can be a greater respect to human life, equality and liberty.

In philosophy, one of the questions that has been most discussed is that of whether moral judgments have emotion or reason as their primordial cause. Responses given by Hume and Kant to this question have served as a starting point of one of the most outstanding philosophical doctrines: emotivism and rationalism. These currents, even today, permeate discussion on the nature of moral judgments. Understanding morality presupposes understanding why and how it came to exist, why we approve or disapprove people or actions we perceive and why we take the determined moral attitudes that we take. The objective here is to set the base for an understanding and explanation of moral judgment.

Both the proposals by Hume and Kant had a great impact on contemporary philosophy. This impact has meant that the discussion on what is the cause that motivates moral judgment, even in our times, walks in the modern manner, between 'rationalists' and 'emotivists'. It could be said that most of the proposals that intend to account for the predominant motivation of moral judgment lean to superiority of reason over the emotions, or vice versa, and what distinguishes the results of the current studies destined to identify the neuronal correlates of moral judgment are the experimental designs and the procedures carried out and the type of argumentation that each one develops in its favor.

Currently there are three key theories and we intend to use them to reply to the question what is the cause of moral judgment and to identify, understand and explain the higher cognitive processes related to its production.

1. According to the 'social institutionist' model by Jonathan Haidt, the emotional capacities involve affections and intuitions that do almost all the work in generating moral judgments (Haidt 2001: 817). Reason, on the other hand, is relegated to the role of advocate or public relations agent, whose main job is

offering the audience justifications for the judgments after they have been expressed. According to Haidt, affection and not reason is the first cause of moral judgment.

The first step in the process that leads to moral judgment, in the model by Haidt, is a perception of a morally relevant event. Thus the 'moral intuitions' rapidly and spontaneously appear in the conscience in response to the moral situation perceived. Normally the person is not fully conscious of these intuitions, that is, he does not arrive at them through a reasoning process. On the contrary, Haidt characterizes these intuitions (that he sustains are fundamentally determinant in moral judgments) as affective reactions; for example, sudden sensations of repugnance or rage. Generally, the entire process cumulates because the intuition produces a judgment. However, when circumstances require that the person gives reasons in favor of his judgment, he makes use of conscious reasoning to give a justification. This later reasoning process usually serves as support for the affective intuition, although on occasion it can nullify the first effective judgment and can even affect the system responsible for the affective intuitions.

2. Joshua Greene and collaborators proposed an explanation of moral judgment that shows that emotion plays the key role. But in many cases the explanation given by Green and collaborators also concedes an important role to reasoning. Greene et al. (2001) used a functional magnetic resonance imaging technique (fMRI) to observe the change in brain functioning in the participants while they made judgments about how people should behave when they face different moral dilemmas. They developed some hypothetical scenarios in which they presented the patients with these moral dilemmas, which were divided into two groups (cf. Greene et al. 2001; Greene et al. 2004).

The first group was made up of 'impersonal' moral situations, such as the classic problem of the train in which one should choose whether to pull the emergency chain to deviate a train that will kill five individuals on one track to another track where only one will be killed. In this case, moral impersonal dilemma, the participant in the experiment is placed before the following situation: **trolley type dilemma** – a runaway train will kill five people if it continues on the same track. One subject, situated in a location far from the facts, can, by simply moving a lever, detour the train to the other tracks where there is only one person, who the vehicle will kill without a doubt. Is it correct to action the lever?

The second group of dilemmas, the 'personal' moral situations, includes cases such as the problem of the **footbridge type dilemma**. This is a variation of the train problem where, instead of pulling the emergency chain, one has to

decide whether to push a very heavy man off the bridge to stop a train that will kill five persons if it is not stopped. Is it correct to act in this way?.

The fMIR technique showed that the areas of the brain associated with emotion were very active during the contemplation of the personal moral dilemmas. Furthermore, most people judged that the actions described in the personal moral dilemmas were less permissible and those that judged them permissible took much longer to express their judgment. Green et al. believe that this last discovery is a type of effect of interference in which the participants should suppress their tendency to judge the prohibited action.

In this model the 'personal' moral dilemmas activate the systems of the emotions that, in continuation, judge the preponderant causing role in the production of the moral judgment. The 'impersonal' moral dilemmas leave the decision to the reasoning systems. In contrast, the role of reasoning in the personal dilemmas is minimal or completely absent.

3. In spite of the discoveries by Green and Haidt, many reject the idea of giving a secondary role to the reasoning processes when referring to the motivation of moral judgments. Marc Hauser has argued that the emotional response cannot be the main means by which we produce moral judgments. His proposal is that we possess a tacit innate capacity (rational in nature) for moral judgments that is, in many senses, parallel to the capacity that we have for language.

Hauser sustains that we are given an innate *moral grammar*, similar to the universal linguistic grammar suggested by Noam Chomsky (cf. Hauser 2009). Similarly to the development of language, this innate moral grammar provides information regarding the main principles common to all the moral systems. This information allows children to use the signals in their environment to extract and internalize the specific moral rules present in any culture and in that in which they were born. This happens even when they receive very weak stimuli. Furthermore, as in the language faculty, the innate moral faculty works unconsciously, quickly and automatically.

Hauser's proposal was inspired on a passage from *A Theory of Justice* (1971) where John Rawls suggested the use of the analogy of language for morality (cf. Rawls 1971:46). Hauser proposes, using the cases of the 'train problem' developed by Mikhail (2000), that we are 'Rawlsian creatures'. The Rawlsian model of moral judgment by Hauser can be summarized as follows: first, the perception of a morally significant event produces an analysis of the implied actions. This analysis, although quick and unconscious, is a complete cognitive process where many factors should be considered. In an important sense, it is a

reasoning process, although unconscious. The analysis is used in turn to form an approval or disapproval judgment. The emotions only enter after this moral judgment has occurred, and they are relevant mainly to control our behavioral response to the perceived act. As in the Haidt model, the moral judgments are based primarily on intuition although, different from Haidt, Hauser denies that these intuitions are of the affective type.

However, questions and philosophic and moral doubts abound in the crossover area between neuroscience and moral philosophy: we are in the case of moral judgment or other similar perceptive phenomena, before much more unitary and discreet cognitive processes, or are they only phenomena that emerged from many psychological mechanisms articulated in time and space? Are these dead processes or a series of processes that have some aspect of universal character, in the sense that they have some common nuclear component capable of determining in each individual his particular valorization of what is or is not just? Will it be possible some day to describe this process or processes (or their key components) in more objective terms? Should their origin be sought in some idiosyncratic pattern of neuroactivity that contains at least some identifiable time sequences shared by all the individuals? Unlike what seems to occur in the neural base of the artistic faculties (Changeux, 1994; Vigouroux, 1992) , there are some neural areas whose specific intervention is in a certain way critical and universal in the mark of the widely distributed activity that a very probably subjugates – as in all the and superior cognitive program services (Vigouroux, 1992) – to the phenomenon of the moral experience? How much do the heredity and learning history of each individual contribute to starting or activating of this supposed functional pattern? Can the modern neuroimage techniques be useful not only to locate the brain seat of such an activity trait, if only, but also, to identify the differential implication of certain distributed circuits?

Especially regarding the juridical phenomenon the problem of localizing the brain correlates that dictate the sense of justice raises the following questions: What should be done in the face of this evidence? What is the relationship between the results of the neuroscientific investigation of moral cognition and the interpretation process of juridical norms? How can a neuroscientific model of normative judgment in the law and justice offer powerful reasons to account for falsities underlying the common conceptions of human psychology (and rationality)? Are judgments formulated by judges preponderantly because of reason, emotion or are they primarily a product of a reasoning process founded on unconscious and inaccessible principles? How far can it be known, in the judicial decision taking processes, whether the judges act as Humeans, Kantians or

Rawlsians? How far can this current neuroscientific perspective about the moral judgments impact the current theoretical and methodological construction of juridical science? Or, as we are, how will it change our conception about Man regarding the cause and purpose of law and, consequently regarding the task of the jurist-interpreter to give "hermeneutic life" to positive law?

Well, one of the most common fetishes of current juridical science, inherited from the traditional concept of the juridical method that aims to rescue the values of juridical order, truth and security, is to ensure that the judges should limit themselves to applying to individual cases the general norms to cases dictated by the legislator, following a formal process of logical and subjective deduction. It is a merely descriptive operation, cognoscitive of a previously established and "reproductive" norm of the legislator's will (who has the exclusive responsibilities of the axiological and normative intentions established in the laws). Such an operation, starting from the supposition of emotional neutrality, of the rationality and objectivity of the interpreter, reduces the judge to a mere technician in applying the mechanisms of the law, as the responsible for the search (or simple knowledge) of his will, as the description, that can be true or false, of its prior and pre-existing authentic significance to the interpretive activity itself.

Indeed, all the hermeneutic construction and the unit itself of the realization of the law elaborated by the contemporary theories assume, nowadays, the dominant way of explanation of the theory of rational choice, constructing a rational image from what seems to be, in itself, irrational. Its fundamental concept is that, above all else, the judges are essentially rational and objective in their value judgments about the justice of the decision: they examine as well as they can the facts pertinent to the case and ponder, always neutrally and without emotion, the probable results that would follow from each of the potential choices. The preferred ("just") option is that the best fits the criteria of rationality and objectivity by which it was generated.

The indicated analysis process contains, in essence, an operation incompatible with the knowledge accrued by neuroscience. That is constructing a model of extreme rationality (of the judge's decision) from something that is configured essentially as an activity with accentuated irrational components.

But this does not seem to be an adequate image of how the brain functions when we formulate moral judgments about the just or unjust, such as the acceptance of the undoubted presence of illogical elements and, in general, from the values in juridical reasoning meaning that, nowadays, they already do not consider acceptable or legitimate the fact of continuing considering the

hermeneutic task as an operation or set of operations ruled exclusively by deductive or cognitive syllogism. Indeed, the human mind seems to be full of traits and defects in design that cover up our biological inheritance regarding full objectivity and cognitive rationality.

The most influential theorists of positive law from the last century (especially Kelsen, but also Hart, with the necessary backgrounds) do not offer us a theory of application of the law, but rather limit themselves to considering that where there is no mechanical application or subjection we should speak discretion in a strong sense, in other words, of the creative activity of the law, understanding this to be an act of discretionary will in which reason appears in a merely instrumental condition. For Kelsen, for example, every act of interpretation is of voluntary, and not cognitive, nature. From this one understands that the active "application" of the law consists in reality of an authentic decision, a constructive act and not merely a declarative act, similarly to what happens with the acts of the legislator.

Furthermore, not only are the majority of judicial decisions taken with relative speed, in complex scenarios and with partial and incomplete information and even under conditions of uncertainty - as the judges - in the process of exercising the law, do not stop being human beings imbued with every ethical concern, with certain values, preferences and moral intuitions, so that it does not seem legitimate or reasonable to interpose, in the application of the law, an impassable barrier between the desired objectivity and the emotional subjectivity of the interpreter. The process of exercise the law on the part of the judge implies, in the last analysis, a task that can be considered constructive and emotional, personal and creative in a certain sense, although not absolutely free or without links to the judge.

Indeed, a single solution cannot be spoken of, a single correct response, meaning precisely that who applies the law can choose among various possible solutions, all of them correct, in other words, all of them derivable from the norms that integrate the juridical system and following the procedure established in it. And if it is thus, if several correct solutions or responses are possible for the same juridical problem, the final choice, necessarily unique, is then presented as not derived exclusively from the system, circumstance that immediately raises at least three basic questions: of epistemological order, of axiological-political order and of subjective-individual order of the jurist interpreter.

And it is this finding that makes not only the notion of habitual rationality in juridical science the objective of drastic revisions, but the same idea that juridical science is founded on objectivity, neutrality and rationality of the operator of the

law has been assaulted recently from all directions. Soon, starting from some tendencies in philosophy and in philosophy of law, but also, and maybe more incisively and strongly, on the part of the cognitive scientists, of the philosophers of the mind and the advances from cognitive neuroscience. And with the result that, although when some notion of rationality in the process of exercising the law seem undoubtful (to accept the idea that intentionality is not required a task previously condemned to failure), the process of value derivation is not of a basically neutral, objective or rational nature.

If it is certain that moral choice cannot exist without reason (individual preferences and instrumental reason), it is no less certain that "intuition" is the characteristic human range of emotions that produces the proposals, goals, objectives, wants, needs, desires, fears, empathy, aversions and the ability to feel other people's pain and suffering. We formulate moral judgments on the just and unjust not only because we are capable of reason (as expressed in the game theory and the juridical interpretation theory) but, rather, because we are equipped with certain innate moral intuitions and emotional stimuli that characterize human sensitivity and allow us to connect potentially with all other human beings.

Definitely, due to the fact that the evolutionary pressure did not increase (in an "optimal" way) human rationality, any construction of a juridical theory of exercising the law should imply a re-dimensioning of the psycho-biological understanding of the access to reason itself. In particular, it should start by rejecting of any conception about rationality objectivity and neutrality caused by ignorance of the functioning of our brain, especially those related to the brain correlates that intervene in the cognitive process of forming moral judgments to decide between the just or the unjust.

In other words, if the last factor of individualization of the response or conclusion of the juridical reasoning does not proceed from the juridical system (although it should be compatible with it), it seems obvious that the personal convictions of the operator of the law must take precedence. And because for hermeneutics the subject-object model is not viable in the human science ambience, the subjectivity present in every act of understanding, interpretation and juridical application should be approached by analysis of the brain processes of the law operator. Paraphrasing the warning by Philip Tobias (1997) regarding language, judgement is a brain activity.

Thus the ethical juridical judgment based not only on reasoning but also on emotions and moral sentiments produced by the brain cannot be considered as totally independent from the constitution and functioning of this organ that, in a

first analyses, seems not to have a single and differentiated head centers for moral cognition. The best neuroscientific model of normative judgment available today establishes that the ethical-cerebral law operator counts on, in his neural evaluative-affective systems, a permanent presence of requirements, obligations and strategies, with a "should be" that incorporates internally rational and emotional reasons, that are constitutively integrated in all the activities at the practical, theoretical and normal levels of every process of exercising the law.

The neuroscientific model of normative judgment in the law and justice seems to suggest that juridical reasoning implies a wide recruiting and use of different systems of mental skills (related both to rational and emotional thought) and various information sources (Goodenough & Prehn, 2005). It is the coordinated and integrated activity of various brain structures that makes human moral conduct possible, that is, that moral judgment integrates the frontal regions of the brain with other centers, in a processes that implies emotion and intuition as fundamental components. And further, that each one of these brain functions intervenes in a wide diversity of cognitive operations, some related with social intelligence and others not (Green et alii 2001 and 2002; Moll et alii, 2002 and 2003).

It seems beyond doubt the fact that the investigations in cognitive neuroscience of the moral, and a very especially of the normative judgment in Law and Justice, may provide an enormous and rich contribution to the detailed understanding of the internal functioning of the human brain in the act of judging – of forming moral judgments about the just and the unjust. Neuroscience may subminister the necessary evidence about the nature of the brain zones activated and the brain stimuli implied in the decision process, on the degree of personal involvement of the judges and the cultural conditioning in each concrete case, and also on the limits of rationality and the degree of influence of the emotions and the human sentiments in the formulation and conception about the "best decision".

Without forgetting of course, other distinctive aspects of the nature of human behavior at the time of deciding on the sense of concrete justice and the existence of a moral universe determined by the biological nature of our cognitive (neuronal) architecture. After all it is the brain that allows us to have a moral sense, that gives us the necessary skills to live in society and solve certain social conflicts and that serves as a base for the most sophisticated philosophical discussions and reflections on rights, duties, injustice and morality.

Looking at the present

The design of the brain that is appearing thanks to studies of cerebral engineering points to some ideas worth mentioning. Firstly, the confirmation of those hypothesis proposed by Crick and Koch (1990) about conscience as a synchronized activity of neurons that are found situated in different places in the cerebral cortex, that puts in doubt some of the more firm ideas of computational functionalism and the strict concept of the supposed modularity of the cognitive processes (Fodor, 1983), as for example: of one central processor and a bottom-up progress of perception until it reaches the superior processes. In what we call "knowledge", complex activation sequences intervene whose spatial and above all temporal dimensions could not be shown until the development of techniques as precise as magnetic encephalography, capable of detecting the neuron activation in lapses of hundredths of a second.

Especially regarding the law, the neuroscientific investigation of moral and juridical cognition has, in a certain way, revolutionized our understanding about the nature of thought and human behavior, with profound consequences that may affect the domain itself (ontological and methodological) of the juridical phenomenon. And as there seems to be no human institution more fundamental than the juridical norm and, in the field of scientific process, nothing more fascinating than the study of the brain, the union as these two elements (norm/brain) ends up representing a naturally fascinating and stimulating combination, since the juridical norm (its interpretation and application) and the behavior that seeks to regulate it are both products of mental processes.

But it is precipitated think that the first neuroscientific researches about moral and normative judgment already open the door to a better humanity. I fear that this would be to simplify things to extremes. Thus as ingenious creationism can condemn human beings to a permanent minority age, thus also an incomplete neuroscientific model can lead us to conceive incorrect illusions. Because it is not absolutely certain that more and better knowledge of the neuronal conditioners of humans will automatically give us a more dignified human life. If only things were so simple!

To think that the brain/moral/law relationship is everthing can lead us to forget that the measure of the law, the idea in essence of the law, is human whose nature results not only from a very complicated mix of genes and neurons but also from experiences, values, learning and influences from our equally complicated social and cultural life.

The mystery of man consists precisely in warning that each person is a secret to himself. Neuroscience will help us to understand a series of elements

that form the mystery, but they will not completely eliminate it. Thus, assuming the mystery will always remain, science may lead us to understand better that the search for an adequate methodological criterion to understand and realize the law can be considered, above all, as the archeology of these structures and brain correlates related to the processing of ethical juridical information.

It could even help us to understand that the hermeneutic activity is formulated precisely from an anthropological position and triggers the phenomenal energy of human action; that only from the point of view of the human being and from his nature can the judge represent the sense and the function of the law as a unit in a vital, ethical and cultural context. This context establishes that human beings live the representations and meanings designed for corporation, dialogue and argumentation and processed in their brain structures. That in their "exist with" and situated on a certain historical existential horizon, members of humanity continuously complain about others, whose changeability is accepted, that justifies their choices bringing the reasons that subject and motivate them.

We are still far from a precise map of the spatial temporal activations related to the cognitive processes but it seems that we are on the right track to begin to map and understand them. We know already, for example, that in the task of accomplishment of moral judgments it is essential the connection between the frontal cortex and the limbic system (Damasio,1994; Adolphs et al, 1998; Greene et alii,2001 e 2002; Moll et alii, 2002 e 2003; Goodenough & Prehn,2005). We know that the aesthetic perception implies the activation of the left prefrontal cortex (Cela-Conde et al, 2004) . We know how the processing of the color is realized from the visual primary centers of the occipital cortex (Zeki & Marini, 1998; Bartels & Zeki, 1999), as well as the neuronal activation related to the identification of objects perceived by means of the sight (Heekeren, Marrett, Bandettini & Ungerleider, 2004) .In general terms, a panorama is appearing where the prefrontal cortex plays a primary role regarding the superior cognitive processes, something that had already been suggested, although its was a speculative hypothesis, by the pale anthropologists (Deacon, 1996; 1997).

Whatever it may be, and even if we do not know much about the functioning of the brain, and very especially the brain correlates that dictate the sense of moral and justice, converting this sea of speculations into certainty is definitely a task that is expected of science, in the precise sense that a deeper understanding of the ultimate causes (rooted in our nature) of human moral and juridical behavior could be very useful to ascertain what are the possible limits and conditions of ethics and the law in the context of contemporary societies, as well

of the evolutionary way that has given place to the nature and to the human morality.

INTRODUÇÃO

Durante os últimos anos a ciência há logrado avanços espetaculares em diferentes áreas do conhecimento. Particularmente no que se refere ao nosso conhecimento sobre o cérebro humano, a ciência também há progressado significativamente e hoje entendemos melhor como se produzem a linguagem, o reconhecimento do mundo, o pensamento, a memória, os sonhos e a tristeza. Cada vez mais os progressos provenientes da neurociência nos têm ensinado que nossa atividade “mental” e o comportamento surgem de uma parte especializada do corpo: nosso cérebro.

O objetivo da neurociência é precisamente o estudo do cérebro e da atividade cerebral. Estuda, analisa e investiga, a partir da relação cérebro/mente/corpo as bases neuronais do pensamento, da percepção, do comportamento e da emoção ou, o que é o mesmo, dos mecanismos cerebrais que nos ajudam a entender a função dos genes na configuração do cérebro, o papel dos sistemas neuronais na percepção do entorno e a relevância da experiência como princípio de orientação nas ações futuras. O enfoque de seu estudo pode ser o nível molecular intra e interneuronal e/ou o nível integrativo ou global no que se analisam conexões, redes neuronais e comportamentos. Também é possível visualizar a atividade mental como os eventos que ocorrem em um tempo tão

breve como milissegundos, que é o tempo que transcorre quando um neurônio se comunica com outro, ou tão longo como o que sucede através de toda uma vida.

Trata-se, ademais, de uma área do conhecimento (a neurociência ou neurociências) que está conformada por um número de disciplinas inter-relacionadas que estudam, pelos mais variados métodos, o funcionamento do cérebro a distintos níveis e com distintos ramos de especialização. De forma muito geral é possível dividir a neurociência em dois ramos: neurociência básica e neurociência das condutas e/ou cognitivas. As neurociências básicas estudam os aspectos biológicos de forma direta - por exemplo, a neurobiologia, a neurofisiologia e a neuroquímica -, enquanto que o enfoque das neurociências da conduta e as neurociências cognitivas é mais integrativo e estudam a relação entre a organização e o funcionamento cerebral, os processos cognitivos e a conduta humana.

Uma das consequências mais imediatas dos avanços produzidos por essa nova ciência parece ser a substituição da concepção dicotômica mente/cérebro, da “alma” que entra no óvulo fertilizado no momento da concepção e à qual Francis Crick (2003) denominou de “a hipótese assombrosa”: que todos os aspectos do pensamento e o sentimento humano são manifestações da atividade fisiológica do cérebro ou, o que é o mesmo, que todos os pensamentos e as emoções humanas *surgem* de interconexões de entidades físicas extremamente complexas dentro do cérebro (Dawkins, 2007).

Em outras palavras, a atividade mental é atividade cerebral, e em especial o processamento da informação que este leva a cabo: um “*continuum mente-cerebro*” que implica precisamente que não há uma separação radical entre o mental e o neural (Llinás e Churchland, 2006). Isto sugere, primeiro, que a percepção, o pensamento, a introspecção e demais atividades mentais são atividades do cérebro; segundo, que essa concepção implica a integração fluída das propriedades funcionais em todos os seus níveis de organização, desde as células, as redes neuronais e os sistemas até o comportamento; finalmente, que “*los cerebros humanos evolucionaron a partir de cerebros animales y que tienen mucho en común con ellos, tanto estructural como funcional y cognitivamente y que, por excepcional que sea el cerebro humano, es el producto de la evolución darwiniana, con todas las limitaciones que ello implica*”. (Llinás e Churchland, 2006: xiii).

Do que resulta que toda forma de atividade mental – toda emoção, todo pensamento ou juízo de valor, toda percepção – produz sinais elétricos, magnéticos ou metabólicos que as novas tecnologias como a tomografia de emissão positrônica, a

ressonância magnética funcional, a eletroencefalografia e a magnetoencefalografia são capazes de ler com crescente precisão e sensibilidade. Por mais assombrosa que possa resultar a inseparável vinculação mente/cérebro, as provas em seu favor são cada vez mais contundentes. Hoje já se podem estabelecer muitos laços de causa e efeito entre um sucesso físico, por um lado, e um sucesso mental, por outro (Pinker, 1999).

Assim, pois - e sob essa perspectiva -, a neurociência é a área de conhecimento que permite uma aproximação ao conhecimento de como se hão construído e que circuitos neuronais estão envolvidos e participam na elaboração das decisões que toma o ser humano, a memória, emoção e o sentimento, e até mesmo os juízos e os pensamentos envolvidos nas condutas éticas. Trata-se de uma disciplina que experimentou um crescimento espetacular nos últimos quinze anos. De seu modesto começo como um ramo da fisiologia, o estudo da relação cérebro/mente – também chamado de neurociência – se expandiu consideravelmente em anos recentes, agora fadado a se tornar a rainha das ciências.

De fato, o número de artigos em revistas especializadas ou destinadas ao público em geral cresceu quase exponencialmente desde inícios da passada década (Illes *et al.*, 2003). E este incremento no número de estudos e o correspondente aumento dos conhecimentos sobre o cérebro e seus correlatos comportamentais não passou despercebido. A tal ponto que em um artigo publicado em *Nature Neuroscience* por destacados neurocientistas de vários países se fez um chamamento acerca da importância que os conhecimentos aportados pela nova disciplina, a neuroética, tem para a sociedade (Illes *et al.*, 2005), logrando atrair a atenção de um número crescente de investigadores de reconhecido prestígio e removendo os outrora apáticos cimentos das distintas disciplinas das quais emergiu (isto é, das múltiplas interfaces entre medicina, biologia, psicologia e filosofia – para citar apenas as mais destacadas).

Mas o atual esforço científico realizado sobre as neurociências, potencialmente louvável, supõe um problema porque, como soe ocorrer quando uma área de trabalho e investigação altera súbita e radicalmente sua face, ao igual que um campo imantado de fascinação, acaba por gerar um pouco de desconcerto e desorientação: proliferam novos conceitos, fatos e argumentos a tal ponto que, de um lado, tornam por momentos difíceis – senão impossível – manter um panorama global, coerente e bem informado; do outro, tornam fluxos, débeis e vulneráveis os critérios de avaliação gerais que permitem julgar ditos conceitos, fatos e argumentos. O resultado de tais inconvenientes pode ver-se, por exemplo, na desmedida produção de uma massa indigesta de

investigações publicadas em todos os níveis e pelos diferentes discursos (descritivos e/ou explicativos) que estas acabam por gerar sobre a atividade mental e o cérebro (Bennett e Hacker, 2005).

Seja como for, a localização dos correlatos cerebrais relacionados com o juízo moral, usando tanto técnicas de neuroimagem como por meio dos estudos sobre lesões cerebrais, parece ser, sem dúvida, uma das grandes notícias da história das ciências sociais normativas. E na medida em que a neurociência permite um entendimento cada vez mais sofisticado do cérebro (o órgão essencial e indispensável da consciência, do pensamento, da memória, da identidade...), os resultados e consequências destes avanços acerca do conhecimento de nosso sofisticado programa ontogenético cognitivo começam a ser seriamente analisados desde um ponto de vista filosófico (e jurídico), favorecendo a paulatina aparição de explicações coerentes e integradas segundo os critérios de uma teoria cientificamente verossímil.

O objetivo parece ser, em princípio, o intento de aclarar a localização de funções cognitivas elevadas entendidas como apomorfias do *Homo sapiens*, ao estilo da capacidade para a elaboração de juízos morais. Parte-se da convicção de que, para compreender essa parte essencial do universo ético e jurídico, é preciso dirigir-se para dentro do cérebro, para os substratos cerebrais responsáveis por nossos juízos morais e cuja gênese e funcionamento deverão então ser reintegrados na história evolutiva própria de nossa espécie.

Afinal, do mesmo modo que o cérebro de todos os animais, o cérebro humano evoluiu para lidar com problemas específicos dos ambientes nos quais devem operar. Mas o certo é que o cérebro humano, em comparação com o cérebro standard de qualquer mamífero, tem características únicas. Seus *inputs* sensoriais e *outputs* motores estão tão extraordinariamente bem ajustados que somos capazes de tocar um arpeggio em um piano. O sistema límbico permite algo praticamente sem precedentes entre os mamíferos: as fêmeas, em lugar de ser sexualmente receptivas unicamente no período da ovulação, o são durante todo o ciclo reprodutivo. O imenso córtex cria sinfonias, e é capaz de fazer cálculos e de filosofar, enquanto que o atípico número de interconexões entre o córtex e o sistema límbico permite aos humanos contar com o terrível atributo de formular juízos morais acerca do justo e do injusto, por exemplo, e de pensar em si mesmos até deprimir-se - e por aí poderíamos seguir.

Depois, e como se não bastasse, o ambiente social, moral e linguístico que co-evoluiu com o cérebro do homem dá aos seres humanos poderes que nenhuma outra

espécie desfruta, mas também cria problemas. E o direito e a moral, aparentemente, evoluíram para resolvê-los. A base neurológica das práticas jurídicas e morais, portanto, pode ser explicada nos termos austeros das investigações neurocientíficas e evolucionárias. Daí que a Moral e o Direito se encontrem entre as mais recentes áreas a serem invadidas pelas ciências cognitivas e a neurociência, como consequência inevitável dos correntes descobrimentos sobre os segredos do cérebro (Zeki e Goodenough, 2006).

Pois bem, de forma resumida, a relação entre neurociência, ética e direito pode dar-se ao menos em dois sentidos. O primeiro, que poderíamos chamar a “ética da neurociência”, consiste em uma extensão da bioética tradicional, assunto que escapa à análise deste trabalho¹. O segundo, denominado de neurociência da ética, refere-se à neuroética propriamente dita. Neste, a ética, como disciplina filosófica, começa a atentar e a despertar para os avanços neurocientíficos, utilizando-os para arrojara nova luz sobre antigas questões de interesse filosófico, ou, ainda com menos frequência, estes avanços parecem começar a sugerir novos problemas suscetíveis de ser abordados pela ética.

Uma breve taxonomia dos possíveis aspectos de interesse filosófico e jurídico incluiria: i) a preocupação pela melhora ou potenciação das capacidades cognitivas (*cognitive enhancement*) e os problemas potencialmente relacionados a estas; ii) os possíveis usos jurídicos dos avanços neurocientíficos, já seja como meio de prova, ou mediante a modificação, graças a esses avanços, de certas concepções acerca do atual estatuto teórico e do modelo metodológico adotados pela ciência jurídica – por exemplo, a partir da exploração e detecção das bases neuronais dos prejuízos cognitivos no jurado, nas testemunhas e inclusive nos próprios juízes, ajudando a criar entornos judiciais que reduzam o efeito desses prejuízos; e finalmente, iii) a utilização das técnicas de imagem cerebral para investigar os correlatos neuronais de certos

¹ Estamo-nos referindo aos problemas éticos que muito concretamente apresenta todo experimento em neurociência, desde o desenho na experimentação animal até os estudos em seres humanos, o que inclui os direitos do homem e, por certo, também dos animais; o desenho de experimentos alternativos que evitem a dor, o uso de fetos ou células tronco para o tratamento de enfermidades neurodegenerativas, etc.; também se refere às consequências éticas e morais que podem derivar-se tanto de patologias ou alterações achadas nos cérebros humanos como de manipulações ou tratamentos do cérebro, quer sejam cirúrgicos ou farmacológicos. Para uma análise acerca das ameaças e promessas produzidas pela neurociência e neurotecnologia, seus efeitos e desafios éticos, com a correspondente sugestão de uma proposta de institucionalização da “neuroética” (isto é, das questões e aspectos éticos, médicos, jurídicos e sociais levantados pelas neurotecnologias emergentes), cf. Rose, 2006.

comportamentos, como, por exemplo, o livre-arbítrio, a responsabilidade pessoal, a tomada de decisões morais e jurídicas, etc. (Roskies, 2000; Moll et al., 2005; Goodenough e Prehn, 2005; Greene et. al. 2003, 2004, 2005).

Estas concepções ou dimensões não somente marcam muitos dos limites das investigações levadas a cabo até o momento senão que entre elas é possível entrever dois dos principais pilares ou mundos da neuroética: por um lado, aquele que trataria tudo aquilo relacionado com os tratamentos, manipulação e experimentos relacionados com o cérebro humano, isto é, o que seria propriamente a ética da neurociência; e, por outro, o estudo dos processos ou correlatos cerebrais que dão como produto o raciocínio, os juízos, o sentimento e o comportamento ético (e jurídico) humano, quer dizer, a neurociência da ética.

As novas relações provocadas por esses avanços, para além de sua extraordinária relevância científica, também carregam consigo importantes conotações filosóficas, jurídicas e morais, particularmente no que se refere à compreensão dos processos cognitivos superiores relacionados com o juízo ético-jurídico, entendidos estes como estados funcionais de processos cerebrais. De fato, já parece possível conjecturar que a investigação neurocientífica sobre a cognição moral e jurídica possa vir a afetar nosso entendimento acerca da natureza do pensamento e da conduta humana, com consequências profundas no domínio próprio (ontológico e metodológico) do fenômeno jurídico. E porque não há uma instituição humana mais fundamental que a norma jurídica e, no campo do progresso científico, algo mais instigante que o estudo do cérebro, a união destes dois elementos (norma/cérebro) acaba por representar uma combinação naturalmente fascinante e estimulante, uma vez que a norma jurídica e o comportamento que procura regular são ambos produtos de processos mentais.

Assim que, em que pese à circunstância de que as pesquisas de neurociência cognitiva acerca do juízo moral e do juízo normativo no direito e na justiça ainda se encontram em uma fase muito precoce, sua utilidade parece ser indubitável. Com uma condição: que em um terreno tão delicado como o da investigação neurocientífica haverá de tomá-las em conta com muita prudência. Porque a ciência, que seguramente servirá para garantir mais conhecimento sobre a natureza humana, não poderá garantir, por si mesma, valores morais como podem ser um maior respeito à vida, à igualdade, à liberdade e à dignidade humanas.

Nesta tese vamos a centrar-nos em alguns aspectos dos sentidos antes mencionados. Concretamente, nos fixaremos nos modos em que os avanços da neurociência podem afetar a moral, a lei e ao direito, constituindo uma poderosa (e potencial) ferramenta destinada a prover medidas ou métodos associados à interpretação e aplicação das normas jurídicas. Em outro momento, nos interrogaremos acerca de algumas questões relativas ao direito judicial, ao discurso jurídico em sua dimensão ontológica e metodológica, assim como, e muito especialmente, ao impacto que a neurociência e as ciências cognitivas podem chegar a produzir no atual modelo de racionalidade jurídica, o qual, diga-se de passo, constitui o núcleo fundamental em torno do qual giram grande parte das controvérsias relativas ao problema dos múltiplos fatores e influências, inatas e adquiridas, que condicionam o processo de decisão jurídica.

E com o objetivo de tornar mais claras e coerentes as conclusões e as considerações articuladas ao longo deste trabalho – e convencida de que para compreender o cérebro e as mentes de hoje, é imprescindível conhecer e entender as pressões e restrições evolutivas que contribuíram para a configuração de seus respectivos desenhos-, tratamos também de analisar o problema da filogênese humana e o comportamento moral, a evolução da inteligência humana e o papel do direito na compreensão da conduta moral humana. Aqui, o que buscamos é defender a idéia segundo a qual a arraigada concepção de natureza animal amoral contraposta a uma cultura humana dotada de moralidade deve ser revisada à luz dos recentes estudos destinados a entender nossa natureza psicobiológica, a partir dos princípios da seleção natural e da compreensão do cérebro e seu funcionamento. Dito de outro modo, porque, em certo sentido, somos o que fomos, estou convencida de que a única maneira intelectualmente honesta e objetiva de abordar em que consiste nossa natureza e nosso comportamento moral (ou seja, todos os aspectos da mente e a conduta, individual assim como social) é seguindo o fio condutor do enfoque evolucionista, isto é, de que *“sólo bajo el prisma de la evolución es posible entender lo que los humanos somos, de dónde venimos y las posibilidades que nos brinda el futuro”* (Ayala,1999).

Com efeito, a partir das investigações levadas a cabo pelas chamadas ciência da vida e da mente parece possível inferir que a moralidade humana está incrustada em nossa natureza, na forma como o conjunto mente/cérebro processa os instintos e as predisposições que permitem criar e articular nossos juízos morais (e ético-jurídicos) e cuja gênese e funcionamento deverão então ser analisados conjunta e

indissociavelmente com a história filogenética de nossa espécie e as funções adaptativas próprias da mente humana. Quero dizer, de que é perfeitamente viável a pretensão de estabelecer determinadas implicações jurídicas a partir de uma compreensão realista da natureza humana, isto é, de uma concepção de natureza humana considerada sob uma ótica mais empírica e respeitosa com os métodos científicos atuais, acusadamente no que se refere ao problema da realização do direito.

Em resumo, partimos do princípio de que uma compreensão mais profunda das causas últimas, radicadas em nossa natureza, do comportamento moral e jurídico humano, permite-nos saber quais são os limites e as condições de possibilidade da moral e do direito no contexto das sociedades contemporâneas, isto é, no contexto de uma existência humana essencialmente social, ademais de neuronal.

I. DIREITO E NEUROCIÊNCIA

1. Explicar o Direito: para além do modelo episódico dominante

1.1. Explicar o Direito: conceito e função

A doutrina jurídica tradicional, e em particular a filosofia do direito, se interrogam desde sempre acerca do modo como as regras sociais e as normas jurídicas surgem e se impõe na sociedade, ao que se acrescenta a questão relativa à maneira como essas regras e normas se legitimam. Também se manteve durante séculos a tese de que o ser humano é sociável por natureza e, portanto, somente na sociedade organizada alcançava o indivíduo humano sua mais plena e perfeita realização. Assim, as normas e a organização sócio-política seriam uma seqüela necessária do próprio ser do homem, a dimensão ou componente imanente de sua natureza moral e racional.

Com a chegada da época moderna entra em crise essa justificação teleológica e metafísica da ordem social e de suas normas. O ser humano deixa de ver-se como puro autor racional de um guião pré-escrito e prescrito com anterioridade e se torna autor de

sua própria vida e suas realizações sociais. Manter-se-á até nossos dias a idéia comum de que não há sociedade sem normas, mas as normas já não são mais a expressão de nenhum fim (teleológico ou transcendente) pré-estabelecido, senão um produto propriamente humano, evolucionado, contingente e variável.

A correlação entre normas jurídicas e natureza humana se torna explícita e a questão da origem, evolução e natureza dessa natureza (humana) e de seus produtos normativos (sócio-adaptativos) passa a constituir um problema teórico e central das mais modernas filosofias e teorias sociais normativas. Frente ao tradicional desdobramento do sujeito em indivíduo moral (ou quase divino) e ser genérico portador de uma racionalidade quase que absoluta, o sujeito moderno se concebe ao mesmo tempo como o resultado de um processo biológico de *hominização* e um processo histórico de *humanização*².

² Parece já inegável aceitar o fato de que somos o resultado de dois processos diferentes, cuja confluência, se pode dizê-lo assim, nos constitui como humanos: um processo biológico de *hominização* (a soma de mutações, recombinações e seleção natural pelo qual o *Homo sapiens* se distingue progressivamente das espécies de que descende) e um processo histórico de *humanização* (pelo qual se somam outros fatores diferentes aos puramente biológicos: regras, moral, linguagem, cultura, civilização...). Esses dois processos existem evidentemente. Não obstante, compartimos da idéia de que a *hominização* é primeira: a *humanização*, sem ser um simples resultado (os indivíduos também têm seu papel, com o que isso supõe de contingência e criatividade), depende dela. De início, e embora o aparecimento da humanidade à vista e o conhecimento da história tenha devolvido às trevas a animalidade que lhe precedeu, é afinal a natureza humana unificada e fundamentada na herança o que faz a diferença. Dito de outro modo, cada indivíduo humano tem sua própria natureza individual, que é uma variedade particular da natureza humana. A natureza individual, determinada pelo próprio genoma, inclui tanto as características standard da espécie humana como os traços individuais próprios, induzidos pelos alelos que não caíram em sorte ao indivíduo. Essa natureza está constituída pelos traços permanentes do indivíduo e não muda ao longo de sua vida. De todos os modos, não há que confundir a natureza individual com o indivíduo mesmo. O organismo individual é o fenótipo concreto, resultante tanto de sua natureza individual, inscrita em seu genoma, como de seu desenvolvimento embrionário, de sua educação, de sua cultura, de suas interações sociais, das enfermidades e experiências que teve e, em definitivo, da história completa de sua vida. O que somos em um momento dado não somente depende de nossa natureza, senão também de nossa biografia até esse momento. Ademais, o cérebro conserva sempre certa plasticidade, e suas experiências influem em sua conformação: por exemplo, cada vez que aprendemos algo, nosso cérebro muda. Estas diferenças são a base da personalidade. Sem embargo, ainda que tenhamos certa margem de manobra para inventar e construir nossa vida em sentido biográfico, nossa natureza nos vem imposta, dada, herdada de nossos ancestrais. Em resumo: a estrutura genômica impõe limites gerais à diversidade; mas o desenvolvimento individual introduz tantos graus de liberdade no processo que a natureza humana pode ser e é muito diversa. Sobre a plasticidade cerebral (e o problema do inconsciente) a partir de uma perspectiva conjunta entre psicanálise e neurociências, cf. Ansermet e Magistretti, 2006. Já sobre a especificidade estrutural e funcional dos cérebros feminino e masculino – distintos, segundo Carter, 2002 e Linden, 2010 -, especialmente com relação às funções cerebrais relacionadas com as emoções vinculadas ao sistema endócrino, cf. Brizendine, 2007 e 2010, que recopila os últimos achados da ciência para mostrar não somente que a estrutura peculiar

Já não somos porta-vozes de uma racionalidade (ou divindade) de alguma forma transcendente que se nos impõe e converte nossas vidas e agrupações em realização de um fim predeterminado, senão uma espécie que descobriu que determinados comportamentos e vínculos sociais são necessários para resolver problemas adaptativos relativos à sobrevivência, ao êxito reprodutivo e à vida em comunidade, e aceitou a necessidade de assegurá-los e controlá-los mediante um conjunto de normas e regras de conduta. O sujeito moral deixou seu lugar ao ser humano produto da evolução por seleção natural: do homem como resultado de tudo aquilo que aprende e memoriza não somente ao longo de sua vida individual (cultura), senão também do que aprendeu, memorizou e herdou em forma de códigos ao largo do processo evolutivo humano (2-3 milhões de anos) e ainda antes disso como mamífero (200 milhões de anos como mínimo).

O problema da tradição jurídica filosófica e da ciência do direito (ainda predominantes) é o de que trabalham muitas vezes como se os humanos só tivessem cultura, uma variedade significativa e nenhuma história evolutiva. De fato, no âmbito do jurídico quase sempre se relega a um segundo plano – ou simplesmente se desconsidera - a devida atenção à evolução da natureza humana e à estrutura e ao funcionamento material do cérebro humano como fonte dos instintos e predisposições que, de forma direta ou indireta, condicionam nossa conduta e os vínculos sociais relacionais que estabelecemos. Não há que estranhar-se, pois, de que o processo de realização do direito (de elaboração, interpretação e aplicação) seja um dos mais problemáticos e contestados publicamente de todas as empresas jusfilosóficas. E uma vez que tanto o direito como a ética carecem das bases de conhecimento verificável acerca da condição humana, indispensáveis para obter predições de causa e efeito e juízos justos baseados nelas, necessitamos, para compor o conteúdo e a função direito, tratar de descobrir como podemos ou devemos fazê-lo a partir do estabelecimento de vínculos com a natureza humana.

Aliás, diga-se de passo, um dos “fetiches” mais comuns da filosofia e da dogmática jurídica é o de assegurar uma concepção ontológica substancial do direito

de cada cérebro determina como pensam as mulheres e homens respectivamente, senão também que todo cérebro começa como cérebro feminino, e que somente se volta masculino oito semanas depois da concepção (isto é, de que a “forma biológica por defeito” na natureza é a feminina), quando o excesso de testosterona diminui o centro de comunicação, reduz o córtex da audição e faz duas vezes maior a parte do cérebro que processa o sexo.

que reside, em última instância, em “algo” predeterminado (ou vinculado de forma absoluta) por uma indefinida e indecifrável “natureza” considerada sempre igual, por um sistema universal e imutável de princípios e valores ou, com mais atualidade, pela expressão da juridicidade oferecida por um corpo de normas (o ordenamento jurídico) postas pelo legislador, isto é, como um sistema autônomo de leis (im-) postas (com anterioridade) pelo poder (seja este de que natureza for: religiosa, econômica, militar, política, etc.).

E não somente isso. Os operadores jurídicos, quando abordam o estudo do comportamento humano e do direito, têm o costume de sustentar a presença de diversos tipos de explicações – como as sociológicas, antropológicas, normativas ou axiológicas – limitadas e ajustadas às perspectivas de cada uma das respectivas disciplinas e áreas de conhecimento; quer dizer, sem sequer considerarem a (real) possibilidade de que exista somente uma classe de explicação para a compreensão da juridicidade e de sua projeção metodológica. Mas tal explicação unitária de base existe. Desde o ponto de vista teórico é possível imaginar uma explicação que atravesse as escalas do espaço, do tempo e da complexidade unindo os fatos aparentemente inconciliáveis do *social* e do *natural*, sempre e quando se parta de um cenário mais credível da emergência do fenômeno jurídico devidamente sustentado em um modelo darwiniano sensato sobre a natureza humana - que não é uma construção social pós-moderna, senão uma construção natural muito antiga que recapitula a história filogenética da linhagem humana³.

³ Avaliar o problema do fenômeno jurídico sob a perspectiva do programa naturalista iniciado por Charles Darwin na segunda metade do séc. XIX pressupõe algumas dúvidas: Por que existe o direito? Qual a função do direito no contexto da existência humana? Como explicar a evidência de que tenhamos invariavelmente, enquanto espécie, regras respeitantes à maneira de como devemos conduzir nossas condutas? De não ser possível responder a estas questões, a presença do direito no universo do existir humano seguirá sendo um enigma, sempre aberto as mais disparatadas suposições acadêmicas ou um incômodo repertório de incompreensíveis e caprichosos valores, princípios, normas e crenças. Nesse sentido, a herança que recebemos de Darwin pode ser mensurada, facilmente, considerando-se a influência atual da teoria da evolução. Que o homem é um animal, uma parte indistinguível da natureza orgânica, edificado de acordo com os mesmos princípios genéticos que qualquer outro ser vivo, não é somente uma evidência científica indiscutível, senão também um lugar comum na literatura científico-natural, social e humanística. Mas Darwin não nos ensinou somente o caminho da compreensão da evolução dos seres vivos. Sua teoria da evolução através da seleção natural serve também para compreender por que nos comportamos de forma moral e o que é a ética. De fato, é precisamente o programa naturalista iniciado por Charles Darwin na segunda metade do séc. XIX com sua teoria da evolução que pode proporcionar-nos argumentos a favor da existência de universais éticos, desses que John Rawls considerava princípios essenciais da justiça. Não obstante, a introdução do saber acerca de nossa natureza biológica no discurso das humanidades e as ciências sociais resultou (e ainda resulta) complexa e incômoda – para não

Dito de outro modo – e em termos muito gerais –, de que os grupos humanos atuais nasceram a partir de grupos de *Homo erectus*, e estes a partir de grupos de *Australopithecus*, e estes, por sua vez, de antepassados comuns aos humanos e chimpanzés que, não obstante serem de maneira provável uns animais com certa vida social, surgiram a partir de um elo perdido entre símios e macacos, e assim por diante, até chegar ao ponto em que começamos, como uma espécie de animal essencialmente social, prioritariamente moral, particularmente cultural e decididamente diferente. Em síntese, de que para uma compreensão mais adequada do comportamento humano normativo é necessário ver a vida ética e social humana como um produto da história evolutiva que nos precede, com antecedentes em outras espécies. Longe de ser uma *tabula rasa* difusa, a arquitetura cognitiva humana, altamente diferenciada e especializada, é um mosaico de vestígios cognitivos dos estágios antigos da evolução humana, previamente adquiridos por nossos ancestrais hominídeos.

dizer impossível -, na medida em que sua legitimidade se concebe como limitada aos territórios alheios à influência da cultura. Natureza e cultura têm convivido como reinos separados durante séculos, ao amparo dos dualismos legitimadores de suas origens míticas. Daí que ainda surpreenda a muitos o argumento de que resulta inaceitável toda e qualquer ciência social normativa que não tenha em conta o substrato animal da sociedade humana, isto é, de que os homens vivem em sociedade não porque são homens (ou anjos), senão porque são animais. O darwinismo, portanto, nos ensina muito sobre a nossa forma de ser. E é provável que o aspecto mais importante de sua mensagem seja aquele que minimiza as barreiras existentes entre natureza e cultura e entre espírito e cérebro. Quando Newton reconheceu que havia chegado muito longe na compreensão de algumas das leis mais importantes da natureza, admitiu que o sucesso se devia ao fato de ele ter se erguido sobre os ombros de gigantes. Mas Newton esqueceu um pequeno e fundamental detalhe: o fato de que os gigantes que o precederam - assim como ele próprio- só (e somente só) conseguiram manter-se em pé porque uma multidão de mulheres e homens de tamanho comum os ajudou a crescer e a se desenvolver, graças a seus genes, seus cuidados e sua inata faculdade/sentimento moral. Poucas filosofias da moral e do direito poderão ignorar este fato. E tê-lo descoberto é um mérito especial das ciências da vida que se ergueram sobre os ombros de Darwin. Em resumo: apesar da larga aceitação da “pureza” das ciências jurídicas, não existe o menor indício de que o assombro do entendimento não seja mais desejável frente ao assombro da “desatenção cega”. Uma filosofia ou ciência jurídica desenvolvida desde um enfoque naturalista permite enfrentar-se, de forma real e factível, à evidência de que a natureza humana não somente gera e limita as condições de possibilidade de nossas sociedades senão que, e muito particularmente, guia e põe limites ao conjunto institucional e normativo que regula as relações sociais. Sobre a relação entre darwinismo e justiça, e darwinismo e criminologia, cf., respectivamente: D’Agostino et al., 2008; Marchetti, 2004; já acerca de uma abordagem entre cérebro, direito e evolucionismo (entre pré-história e história) , cf. Colorio, 2007; sobre a relação entre biologia evolutiva, metafísica e ciências sociais, cf. Castro Nogueira et al., 2008; sobre psicologia evolucionista e justiça criminal, nomeadamente no que se refere a uma proposta revisionista do castigo e reconciliação desde um enfoque adaptacionista, cf. Peterson, Sell, Tooby e Cosmides, 2010: 72-131.

E embora não haja uma resposta simples à pergunta de se a moralidade (o direito e a justiça) é um fenômeno cultural ou um fenômeno biológico, o certo é que a importância da mútua relação entre evolução biológica e a emergência de uma conduta moral e jurídica mais complexa, nos momentos em que a espécie humana estava desenvolvendo suas capacidades cognitivas e a linguagem articulada, parece estar fora de qualquer dúvida razoável: o processo evolutivo proporcionou ao ser humano a habilidade e os requisitos para desenvolver uma moralidade (que por sua vez deu origem a juridicidade), assim como um conjunto de necessidades, de emoções e de desejos básicos que, com o passo do tempo, deram lugar a nossa atual e astronômica grande riqueza moral e jurídico-normativa.

Daí que se nos atemos aos modelos standard do atual discurso jurídico é possível inferir que estes resultam insuficientes, enquanto que: *a)* descuidam ou não tratam em absoluto de aspectos muito importantes do problema da legitimação do direito a partir de uma prévia concepção acerca da natureza humana e de sua história evolutiva ; *b)* não oferecem um método que permita, por um lado, analisar adequadamente nossas capacidades, habilidades e limitações ao levar a cabo a operacionalização dos processos racionais de argumentação jurídica e, por outro lado, avaliar seus resultados e impactos no que se refere às nossas intuições e emoções morais (tanto as culturalmente formadas como, e principalmente, as de raiz biológica); e *c)* têm um interesse muito limitado (se é que contam com algum) para o contexto humano de factibilidade ou aplicabilidade das propostas que lhes servem de fundamento, ao tempo que resultam escassamente críticos em relação aos modos de articulação e as respectivas consequências dos vínculos sociais relacionais (de autoridade, de comunidade, de igualdade e de proporcionalidade) por meio dos quais os humanos estabelecem estilos aprovados de interação e de estrutura social.

Pois bem, esse parece ser o ponto central a partir do qual se deve situar o debate entre a tendência naturalista da melhor ciência contemporânea e a tradição dos filósofos e teóricos do direito que, não obstante, insistem em sustentar que é possível outorgar à cultura a parte que corresponde a natureza e, dessa forma, em não admitir a continuidade entre o reino animal e o mundo humano, entre o universo da natureza e o da cultura, isto é, essa parte de animalidade que há em nós e que toda uma tradição religiosa e filosófica pretendeu (e continua pretendendo) ocultar. Em resumo, deixando de falar do que realmente importa e que tanto gosta de ocultar-se sob o manto perverso de eufemismos e abstrações. O real é sempre mais importante que os devaneios, as

idiossincrasias e as ficções filosóficas: descendemos de animais que viveram em comunidade durante milhões de anos; o mítico “contrato social” estava já inventado muito antes que a espécie humana aparecesse sobre o planeta, e nenhuma referência à moral, ao direito ou à “natureza humana” pode silenciar estas raízes.

E não se trata, depois de tudo, de um problema de pouca importância, de um mero exercício mental para os juristas e os filósofos acadêmicos. A eleição de uma das duas formas de abordar o direito supõe uma grande e relevante diferença no modo como nos vemos a nós mesmos como espécie, estabelece uma medida para a legitimidade e a autoridade do direito e dos enunciados normativos, e determina, em última instância, a conduta e o sentido do raciocínio prático ético-jurídico.

Não há dúvida de que a sabedoria herdada dos juristas e jusfilósofos fiéis à “pureza do direito” é assombrosa, fascinante e inteligente. Mas se baseia principalmente em suposições, como sabemos pela informação científica e histórica atual. Ao longo da história humana, vários foram os autores que elaboraram teorias morais e jurídicas, interpretações e histórias sobre o que significa ser humano, sobre o que significa existir e sobre como devemos viver. Tudo isso forma parte de nosso rico passado.

Contudo, a crua e dura realidade é que essas idéias férteis, metafóricas e atrativas – já sejam filosóficas ou religiosas – são meros relatos, se bem alguns mais demonstráveis que outros. O que realmente resulta insólito é que se siga questionando a existência da natureza humana, quando os novos dados proporcionam bases científicas e históricas para fundamentar novos modos de entender o ser humano e nosso passado evolutivo. Sabemos que existe algo que denominamos natureza humana, com qualidades físicas e manifestações inatas e inevitáveis em muitas e diversas situações. Sabemos que algumas propriedades fixas da mente são inatas, que todos os seres humanos possuem certas destrezas e habilidades das que carecem outros animais, e que tudo isso conforma a condição humana. E hoje sabemos que somos o resultado de um processo evolutivo que, para bem ou para mal, modelou nossa espécie. Somos animais éticos. O resto das histórias acerca de nossas origens e de nossa natureza não é mais que isso: histórias que consolam, enganam e até motivam, mas histórias ao fim e ao cabo.

Essa a razão pela qual defendemos a idéia de que já é chegada a hora de voltar a definir o que é um ser humano, de recuperar e redefinir em que consiste a natureza humana ou simplesmente de aceitar que os humanos são muito mais do que um mero

produto de fatores sócio-culturais. E ainda que muitas perguntas sigam sem resposta – e dada à resistência a aceitar que as respostas a certas perguntas de uma disciplina possam vir de outros campos de investigação -, podemos pelo menos aduzir novas razões para sustentar ou refutar explicações que até agora permanecem no limbo da filosofia e da ciência do direito. O que nos ensinam do mundo jurídico é minúsculo em comparação com a imensidade do real que ainda somos incapazes de perceber. Talvez por isso não resulte ser uma tarefa fácil transcender as fronteiras e as limitações dos “dogmas do momento” aos quais, de uma maneira ou outra, os juristas continuam atados e que os cegam ante a evidência de que direito não poderá seguir suportando, por muito mais tempo, seus modelos teóricos elaborados sobre construções especulativas ou por mera contemplação da natureza humana. Afinal, as idéias que soem prosperar são as que contribuem a conservar os sistemas que lhes permitem ser transmitidas.

O problema é que vivemos sempre graças a uma atividade fisiológica que podemos dirigir mediante conteúdos que vão mais além da fisiologia ou da cultura. Pertencemos a dois mundos: o mundo do corpo/cérebro (dos quais emerge a mente) e o mundo das criações culturais fundadas na atividade neuronal (uma sincronia em rede), mas que a transcendem. Isso somos. Depois, dispomos de normas de conduta bem afinadas porque nos permitem maximizar nossa capacidade de predizer, controlar e modelar o comportamento social respeito à reação dos membros de uma determinada comunidade. E nada disso deveria surpreender uma vez que são duas as capacidades humanas que funcionam como fatores particularmente determinantes na formação e transmissão das normas jurídicas: a primeira, provavelmente compartilhada com outros animais, é a busca incessante de causas e efeitos; a segunda, o raciocínio ou juízo moral/social - insolitamente desenvolvida nos humanos -, que consiste na capacidade de pensar nas pessoas e nos motivos que lhes levam a atuar (é o que se denomina metacognição ou capacidade de possuir uma “teoria da mente”⁴).

⁴ Observe-se que para Iacoboni (2009), contudo, e em oposição à “teoria da teoria” ou “teoria da mente”, o cérebro é capaz de aceder à outra mente mediante os mecanismos neuronais do reflexo especular e a simulação. Em suas próprias palavras: quando a teoria da mente era o modelo dominante no campo da psicologia do desenvolvimento – muito antes que se descobrissem as neuronas espelho – surgiu uma minoria de acadêmicos que propuseram uma alternativa denominada teoria da simulação. Dita teoria sustenta que entendemos os estados mentais dos outros simulando, literalmente, estar na situação do outro. Existem duas variações desta idéia, uma mais radical que a outra. A versão moderada sustenta que a simulação de estar na situação de outra pessoa é um processo cognitivo, deliberado e que requer esforço, enquanto que a variação mais radical afirma que simulamos o que fazem os demais de uma

A combinação dessas capacidades gerou certas características da função mental que formam parte da crença ético-jurídica: nossa capacidade para fazer abstrações e deduções causais e para inferir intenções não percebidas. Dessa forma, o direito se torna possível quando o impulso de encontrar e inferir explicações causais se combina com a capacidade – e a propensão – de nossos cérebros de subministrar níveis avançados de cognição moral/social. Juntas, estas duas capacidades nos permitem gerar complexas idéias culturais que vão desde pôr multas aos condutores por haver cruzado com o semáforo em vermelho até a justiça. E uma vez que a sociedade usa leis para encorajar as pessoas a se comportar diferentemente do que elas se comportariam na falta de normas, esse propósito fundamental não somente torna o direito altamente dependente da compreensão das múltiplas causas do comportamento humano, como, e na mesma medida, faz com que quanto melhor for esse entendimento da natureza humana, melhor o direito poderá atingir seus propósitos.

Assim entendido, o problema passa a ser o de dar respostas satisfatórias às seguintes perguntas: Qual é a função do direito no contexto da existência humana? Qual a razão das normas jurídicas (e morais) e por que são universais? Qual é a explicação acerca de como é possível que tenhamos invariavelmente, enquanto espécie, regras respeitantes à maneira como nos devemos conduzir?

Pois bem, começaremos por argumentar, em primeiro lugar, sobre a necessidade de se admitir que o direito não é um fim em si mesmo, senão um instrumento ou artefato cultural, uma invenção humana, que deveríamos procurar modelar e utilizar inteligentemente para alcançar propósitos éticos-políticos que vão

maneira automática e bastante inconsciente. Neste particular, o mencionado autor se declara radical, dado que a forma automática e inconsciente de simulação é coerente com o que sabemos sobre as neuronas espelho. Nesse sentido, os resultados das investigações sobre neuronas espelho, sustentam com clareza o modelo de simulação ao que responde nossa capacidade de entender as intenções de outras pessoas. As células cerebrais que se ativam ao conseguir nossas próprias intenções também se ativam quando distinguimos entre diferentes intenções associadas com as ações dos demais. A forma de simulação que permitem as neuronas espelho é talvez a variação mais automática do modelo, a que exige mínimo esforço. As neuronas espelho se encontram na parte do cérebro que é importante para o comportamento motor, perto do córtex motor primário, que envia sinais elétricos diretamente aos músculos. Este tipo de célula parece não ter nada que ver com a pantomima deliberada, laboriosa e cognitiva de se colocar na situação de outra pessoa – isto é, a teoria da mente. Como adverte Gazzaniga (2010: 171-), “*muchos de los datos acumulados apuntan cada vez más en la dirección de que simulamos automáticamente las experiencias internas de los demás, y de que esta simulación contribuye a la capacidad de sentir empatía y de tener una teoría de la mente*”. No mesmo sentido, cf.: Gallese e Goldman, 1998: 493-501; Carruthers e Smith, 1966; Goldman, 2005: 79-94; Goldman, 2006.

mais além do próprio direito: um grau tolerável de liberdade, igualdade e fraternidade, isto é, dessas três virtudes que compõem o conteúdo da justiça e que, em seu conjunto, constituem diferentes aspectos da mesma atitude humanista fundamental destinada a garantir o respeito incondicional da dignidade humana.

O direito não é mais nem menos que uma estratégia sócio-adaptativa – cada vez mais complexa, mas sempre notavelmente deficiente – empregada para articular argumentativamente – de fato, nem sempre com justiça –, por meio de atos que são considerados qualificados de valiosos, os vínculos sociais relacionais elementares através dos quais os homens constroem estilos aprovados de interação e estrutura social. Um artefato cultural que deve ser manipulado para desenhar um modelo normativo e institucional que evite, em um entorno social repleto de assimetrias e desigualdades, a dominação e a interferência arbitrária recíprocas e, na mesma medida, garantindo certa igualdade material, permita, estimule e assegure a titularidade e o exercício de direitos (e o cumprimento de deveres) de todo ponto inalienáveis e que habilitam publicamente a existência dos cidadãos como indivíduos plenamente livres.

Por outro lado, diremos que o desenvolvimento dos sistemas normativos implicou processos causais gerados pelas inevitáveis colisões de interesses próprios da coexistência social e em vista da necessidade de inferir os estados mentais, de controlar e de prever o comportamento dos indivíduos, isto é, de antecipar as consequências do comportamento dos demais em empresas que requerem a competição ou a cooperação de vários indivíduos. Dito de outro modo, criamos um sistema complexo de justiça e de normas de conduta para canalizar nossa tendência à “agressão” decorrente da falta de reciprocidade e dos defeitos que emergem dos vínculos sociais relacionais que estabelecemos ao longo de nossa secular existência.

Tais normas, por resolverem determinados problemas sócio-adaptativos práticos, modelam e separam os campos em que os interesses individuais, sempre a partir das reações do outro, podem ser válidos, social e legitimamente exercidos, isto é, plasman publicamente não somente nossa capacidade (e necessidade) de prever e controlar o comportamento dos demais senão também o de justificar e coordenar recíproca e mutuamente, em um determinado entorno sócio-cultural, nossas ações e interações sociais. Estes artefatos, ademais de expressarem grande parte de nossas intuições e emoções morais, não são construções arbitrárias, senão que servem ao importante propósito de, por meio de juízos de valor, tornar a ação coletiva possível; o que, em certa medida, vem a ser confirmado pela descoberta das chamadas “neuronas

espelho”, isto é, neurônios que se ativam seletivamente ao perceber-se determinados movimentos biológicos intencionais em outros, e ao realizar os mesmos o observador, em seu papel de ator, e que, por poderem estar na base de nossa sofisticada cognição social, permitem (segundo alguns investigadores) entender o sustento neurológico da natureza humana - uma vez que parece desempenhar um papel fundamental na compreensão das intenções dos demais, na comunicação de nossas intenções e nossos sentimentos e na determinação do comportamento social (p.e., a linguagem, a moralidade, a empatia...). (Iacoboni, 2009).

Daí o motivo pelo qual as normas jurídicas não são simplesmente um conjunto de regras faladas, escritas ou formalizadas destinadas a constituir uma razão (determinante e/ou moral) para o atuar dos indivíduos. Em vez disso, as normas representam a formalização de regras de condutas sociais sobre as quais uma alta porcentagem de pessoas concorda, que refletem as inclinações comportamentais e oferecem benefícios potenciais e eficientes àqueles que as seguem: quando as pessoas não reconhecem ou não acreditam nesses benefícios potenciais, as normas são, com frequência, não somente ignoradas ou desobedecidas – pois carecem de legitimidade e de contornos culturalmente aceitáveis em termos de uma comum, consensual e intuitiva concepção de justiça -, senão que seu cumprimento fica condicionado a um critério de autoridade que se lhes impõem de forma desagradável, brutal e descontrolada. Em palavras mais simples: a justiça, entanto um instinto individual e relacional, parte de nossos instintos morais, embora tenha uma codificação social em forma de leis; esta muda mais rapidamente, mas sobre o substrato instintivo, que estabelece o que é intuitivamente justo ou injusto.

Claro que, de uma maneira geral, resulta impossível fixar uma origem do direito, nem mesmo se o entendemos da maneira mais ampla e flexível imaginável. Mas compartilhamos da idéia de que essa origem tem que ver com um desafio adaptativo que os seres humanos tiveram que afrontar: um desafio que nasceu da necessidade humana de entender e valorar o comportamento de seus congêneres, de responder a ele, de predizê-lo e de manipulá-lo e, a partir disso, de estabelecer e regular as mais complexas relações da vida em grupo. Outras espécies como a do chimpanzé tem pressões seletivas muito similares e, ainda assim, não desenvolveram nossos sistemas de normas estabelecidos através de códigos explícitos. Cabem poucas dúvidas, pois, acerca do caráter do direito como ferramenta destinada a resolver conflitos grupais e de manter vivo um limite (ainda que mínimo) de altruísmo e cooperação entre os

membros de nossa espécie. Mas o caráter distintivo não significa que o direito (assim como a moral) se veja livre de qualquer tipo de fator ou influência que provêm das circunstâncias específicas em que se produziu a evolução coordenada do cérebro humano, dos grupos de hominídeos e de suas soluções culturais.

Sob esta perspectiva, parece razoável supor que os perversos defeitos teóricos de que ainda padecem a filosofia e a ciência do direito decorre principalmente do desprezo ao fato de que o comportamento individual se origina a partir da intercessão de nosso sofisticado programa ontogenético cognitivo e do entorno sócio-cultural em que movemos nossa existência, ou seja, de que o comportamento humano está guiado, fundamentalmente, por nossa arquitetura cognitiva inata, cuja gênese e função deverá então ser reintegrada na história evolutiva própria de nossa espécie.

Estas considerações podem ajudar a compreender o fenômeno presente da moralidade e juridicidade humana sem desligá-lo de suas origens e, sobretudo, sem hipostasiá-lo como o elemento essencial de nossa descontinuidade com o mundo animal. As descobertas oriundas de outras áreas do conhecimento oferecem razões poderosas que dão conta da falsidade da concepção comum da psicologia (e da racionalidade) humana e o alcance que isso pode chegar a ter para o atual edifício teórico e metodológico da ciência jurídica, para a concepção acerca do homem como causa e fim do direito, e conseqüentemente, para a tarefa do jurista-intérprete de dar “vida hermenêutica” ao direito positivo.

E isso tem grande importância para a filosofia e a ciência do direito pois, de não ser assim, de não se encontrar restringido cognitivo-causalmente o domínio das preferências humanas (que impõe restrições significativas para a percepção e o armazenamento discriminatório de representações sócio-culturais e que conforma o repertório de padrões de atividade de nosso cérebro dos quais emerge nossa conduta), se pode perfeitamente admitir a alteração da natureza humana em qualquer sentido que se deseje e, em igual medida, negar a primeira e básica premissa da contribuição científica de que o *Homo sapiens* é uma espécie biológica cuja evolução foi forjada pelas contingências da seleção natural em um ambiente enriquecido por relações sócio-culturais e de que temos um cérebro (herdado por via do processo evolutivo) gerado para enfrentar-se a realidades tangíveis e equipado com as ferramentas necessárias para, como um verdadeiro motor semântico ou uma máquina de fabricar modelos da mente de outras pessoas, manipular os significados e processar as

informações sociais relevantes para resolver os problemas de nosso coexistir evolutivo.

Também se podem dar passos para uma compreensão das condições de possibilidade e limites do fenômeno jurídico, procurando sempre chegar a soluções menos injustas e moralmente aceitáveis se se atende ao princípio ético – extraído diretamente de nossas intuições e emoções morais mais profundas – segundo o qual o direito deve ser manipulado de tal maneira que suas consequências sejam sempre compatíveis com a maior possibilidade de evitar ou diminuir a miséria e o sofrimento humano (ou seja, que não se produza sofrimento quando seja possível preveni-lo, e que aquele que é inevitável se minimize e grave com moderação aos membros individuais da sociedade, aos cidadãos).

Compreender a natureza humana, sua limitada racionalidade, suas emoções e seus sentimentos parecem ser o melhor caminho para que se possa formular um desenho institucional e normativo que, reduzindo o sofrimento humano, permita a cada um viver com o outro na busca de uma humanidade comum. E em que pese o fato de que a tendência para a separação entre o material e o espiritual tem levado, todavia, a que se absolutizem alguns desses valores – desligando-os das suas origens e das razões específicas que os viram nascer e apresentando-os como de essência espiritual, como uma transcendência que ultrapassa o próprio homem -, o direito somente adquire uma base segura quando se vincula à nossa arquitetura cognitiva altamente diferenciada, plástica e especializada, quer dizer, a partir da natureza humana unificada e fundamentada na herança genética e desenvolvida em um entorno cultural. Poder-se-ia dizer, pois, que os códigos da espécie humana são uma consequência peculiar de nossa própria humanidade, e que esta, por sua vez, constitui o fundamento de toda a unidade cultural.

Em resumo: a moral (e conseqüentemente o direito), mais que uma invenção recente, é parte da natureza humana e está evolutivamente enraizada na sociabilidade dos mamíferos, ainda que a tendência a medir cuidadosamente nossas ações frente ao que poderíamos ou deveríamos haver feito na “passarela intersubjetiva” de nossas vidas e nosso diálogo interior que eleva o comportamento moral a um nível de abstração e auto-reflexão seja uma característica singularmente humana. E embora o processo de seleção natural não tenha especificado nossas normas e valores morais, nos há dotado de uma estrutura neuronal psicológica com determinadas tendências e

habilidades necessárias para desenvolver uma bússola interna que tenha em conta tanto nossos próprios interesses como os interesses da comunidade em seu conjunto.

De fato, se se borrasse o conjunto de cérebros humanos da face da terra, a moral e o direito desapareceriam ao mesmo tempo. As normas de conduta (morais ou jurídicas) e teorias jurídicas seguiriam plasmadas em livros guardados em estantes de bibliotecas abandonadas. Todas estas obras do gênio humano não teriam já a oportunidade de viver cada vez que uma mirada humana recai sobre elas. A moral e o direito não existem mais que no cérebro do homem ao que vai dirigido e que somente ele é capaz de produzir e compreender. Somente os seres humanos têm direito ou sentido de justiça e bondade, e as têm precisamente em seu cérebro, na forma de representações plasmadas em suas conexões neuronais. Toda nossa conduta, nossa cultura e nossa vida social, tudo quanto fazemos, pensamos e sentimos depende de nosso cérebro. O cérebro é a sede de nossas idéias e emoções, de nossos temores e esperanças, do prazer e do sofrimento, da linguagem, da moral, do direito e da personalidade. Se em algum órgão se manifesta a natureza humana em todo o seu esplendor, é sem dúvida em nosso volumoso cérebro. O resto é mitologia.

E ainda que a realidade, tal como a conhecemos, seja inevitavelmente uma realidade retratada pelo cérebro, acreditamos que, dada a nossa herança evolutiva, incluída nossa capacidade de engendrar teorias, ferramentas e instrumentos, é perfeitamente possível que a representação da realidade feita pelo cérebro logre uma maior harmonia com o que em realidade se encontra aí fora. O que pretendemos deixar claro é que uma vez que a ciência parece ser o melhor meio para perceber como essa realidade funciona, essa nova “estrutura de pensamento”, encaminhada a uma reconciliação epistemológica (a um marco conceitual comum e integrador) e dirigida por estratégias que, ainda que diferentes, se complementam, não somente poderá por em cheque uma grande porção dos logros teóricos tradicionais da filosofia e da ciência do direito, como, e muito particularmente, possibilitar uma revisão das bases ontológicas e metodológicas do fenômeno jurídico a partir de uma concepção mais empírica e robusta acerca da natureza humana.

1.2. Para além do modelo episódico dominante

É certo que ainda não conseguimos resolver o problema da mútua relação entre o *natural* e o *cultural*, ou seja, os meios pelos qual a evolução biológica e a cultura influíram sobre a natureza humana, e vice-versa. Mas para entender a condição humana – e o direito é parte dessa condição e a sua idéia (idéia de direito) é o resultado da idéia do homem – há de compreender ao mesmo tempo os genes, a mente e a cultura, e não por separado a maneira tradicional da ciência e as humanidades: a dinâmica, em conjunto, entre os genes e o entorno é o que constitui e configura o ser humano; e é o cérebro o que nos permite analisar, raciocinar, formular teorias e juízos de valor, interagir com os demais e adaptar-nos a todos os contextos.

Algo passa com as ciências sociais e, nomeadamente, com a ciência do direito. E é já um tanto ridículo a esta altura seguir falando de sua “imaturidade”, porquanto já não há motivos para este tipo de argumentação: nem são mais jovens que as ciências naturais, nem pode dizer-se tampouco que seus cultivadores tenham sido espíritos menos refinados ou avisados que os que se dedicaram a cultivar as ciências naturais. A filosofia e a ciência do direito não podem oferecer uma explicação ou uma descrição

do “direito real”, do fenômeno jurídico ou da racionalidade jurídica, nem menos esgotar-se nelas, porque sua perspectiva não é primordialmente explicativa nem descritiva, senão normativa. Podem e devem aprender coisas das ciências da vida e da mente, na medida em que somente uma compreensão realista da natureza humana, considerada sob uma ótica muito mais empírica e compatível com os métodos científicos, poderá levar-nos a reconstruir as melhores e mais profundas teorias acerca do direito e de sua função na constituição da sociedade.

Dito de outro modo, o direito adquirirá um grau maior de rigor enquanto se reconheçam e se explorem suas relações naturais com um panorama científico mais amplo (um novo panorama intelectual que antes parecia distante, estranho e pouco pertinente). A natureza humana é resultado de adaptações acidentais que se produziram ao longo da evolução através do funcionamento da seleção natural e que adquiriu formas particulares para solucionar problemas adaptativos de longa duração relacionados com a complexidade de uma existência, de uma vida, essencialmente social. Conhecer-nos a nós mesmos é o maior logro de nossa espécie. E compreender-nos a nós mesmos – de que estamos feitos, que motivos nos impulsionam e com que objetivos – implica, em primeiro lugar, compreender nosso passado evolutivo. Somente a partir desta base poderemos criar e/ou realizar as eleições adequadas que conduzam a um direito justo, estável e com sentido.

Por conseguinte, já não mais parece lícito e razoável construir-se castelos normativos “no ar” acerca da boa ontologia, da boa metodologia, da boa sociedade ou do direito justo. Porque uma teoria jurídica (o mesmo que uma teoria normativa da sociedade justa, ou uma teoria normativa e metodológica da adequada realização do direito), para que suas propostas programáticas e pragmáticas sejam reputadas “aceitáveis”, têm antes que conseguir o *nihil obstat*, o certificado de legitimidade, das ciências mais sólidas dedicadas a aportar uma explicação científica da mente, do cérebro e da natureza humana que os mitos aos que estão chamadas (e destinadas) a substituir. E o mais curioso de tudo é o fato de que sabemos que isso, embora inconveniente, é verdadeiro, mas insistimos em arquivar naquela pasta mental em que todos nós guardamos as verdades inegáveis que não se ajustam aos nossos sistemas de crenças.

Einstein disse certa vez que uma motivação importante para se construir novas teorias é um “esforço em direção à unificação e à simplificação”. E porque o direito é complexo demais para poder ser forçado a ir para o leito procustiano de teorias

herméticas e desconectadas, nossa tese é a de que os novos avanços da ciência cognitiva, da neurociência cognitiva, da primatologia, da antropologia evolutiva, da genética do comportamento e da psicologia evolucionista - enfim, das ciências da vida e da mente - permitirá uma melhor compreensão da mente, do cérebro e da natureza humana e trará consigo a promessa de cruciais aplicações práticas no âmbito da compreensão do fenômeno jurídico, de sua interpretação e aplicação prático-concreta: constituem uma oportunidade para refinar nossos valores e juízos ético-jurídicos, assim como estabelecer novos parâmetros ontológicos e critérios metodológicos sobre cimentos mais firmes e consistentes.

Já é chegado o momento de transladar o problema do direito a um plano distinto e mais frutífero. E ainda que uma perspectiva naturalista não possa determinar se o câmbio é adequado nem que medidas devem ser adotadas para criar, em caso de optar por ela, um desejado câmbio, seguramente poderá servir para informar sobre uma questão de fundamental relevância prático-concreta: quem operacionaliza o direito pode procurar atuar em consonância com a natureza humana ou bem em contra essa natureza, mas é mais provável que alcance soluções eficazes (consentidas e controláveis) modificando o ambiente em que se desenvolve a natureza humana do que empenhando-se na impossível tarefa de alterar a própria natureza humana.

O objetivo de uma boa teoria jurídica (tanto em sua dimensão ontológica como metodológica) deveria ser o de fomentar a virtude de compreender melhor a natureza humana e, a partir daí, tratar de promover a elaboração de um desenho institucional, normativo e hermenêutico que permita a cada um conviver (a viver) com o outro na busca de nossa própria humanidade, que, em última instância, “*es el producto de un diseño (cerebral) accidental, limitado por la evolución*” (Linden, 2010: 157): o modo como se cultivem determinados traços de nossa natureza e a forma como se ajustem à realidade configuram naturalmente o grande segredo do fenômeno jurídico, da justiça, do homem como causa, princípio e fim do direito e, conseqüentemente, para a dimensão essencialmente humana da tarefa de elaborar, interpretar, justificar e aplicar o direito. Enfim, de um direito que há de servir à natureza humana e não ao contrário.

Depois de tudo, longe de ser inimiga das teorias tradicionais, essa nova postura naturalista é um aliado indispensável das mesmas. Não se trata de subestimar o abundante trabalho realizado até o momento no campo do pensamento jurídico e de sua realização prático-concreta em prol de uma *alternativa* naturalista, senão mais bem assentar dito trabalho sobre os cimentos que merece: uma visão realista, naturalista,

não meramente contemplativa e potencialmente unificada do lugar que ocupamos na natureza.

2. Aportações para um estudo interdisciplinar do direito

Por certo que os argumentos acima articulados implicam a adoção de uma perspectiva interdisciplinar cuja idéia básica, transcendendo os estritos limites de uma interdisciplinaridade restrita às ciências humanas, consiste em propor que várias disciplinas contidas nas ciências sociais e do comportamento tornem-se mutuamente coerentes e compatíveis com o que é conhecido nas ciências naturais, ou seja, um leque de explicações que se complementem nos diversos níveis de análise e que sejam todas reciprocamente compatíveis.

O problema, contudo, é que o direito tem vivido os últimos decênios de costas aos espetaculares logros dos recentes estudos procedentes da ciência cognitiva, da psicologia evolucionista⁵, da antropologia, da genética do comportamento⁶, da primatologia, da neurociência cognitiva, entre muitas outras.

⁵ A final do ano de 1980 surge uma série de trabalhos que marcam o início do que se denominou psicologia evolucionista, o estudo da história filogenética e as funções adaptativas da mente na busca de aportar uma explicação científica da mente e da natureza humana. Neles se define dita psicologia como a que integra o conhecimento da biologia evolutiva, assumindo que entender o processo que levou à formação da mente humana permite compreender seus

mecanismos. Este enfoque - que insiste nas coisas que temos em comum como espécie, e não nas diferenças - parte de quatro premissas essenciais: a) há uma natureza e uma conduta humana universal mais além das diferenças culturais; b) os mecanismos psicológicos que definem dita natureza se desenvolveram ao igual que em outras espécies, por seleção natural; c) os fatores ambientais que condicionaram dita seleção natural ocorreram no Pleistoceno e não em circunstâncias atuais; d) a mente funciona de forma modular. De forma mais esquemática, pode-se dizer que são quatro os pilares sobre os quais descansa a psicologia evolucionista, adaptados da biologia evolucionista (Tooby y Cosmides, 1992): (i) *modularidade*, ao assumir que a conduta humana está guiada por mecanismos cognitivos que realizam tarefas especializadas e não por mecanismos de propósito geral que participam em distintos domínios do conhecimento; (ii) *historicidade*, entendendo-se que a seleção natural modelou estes mecanismos cognitivos modulares dando lugar a comportamentos adaptativos em ambientes ancestrais relativamente estáveis e baixo pressões seletivas constantes; (iii) *especificidade adaptativa*, segundo o qual se entende que os mecanismos cognitivos modulares, produto da historia evolutiva de nossa linhagem, haveriam sido otimizados para resolver uns problemas adaptativos muito concretos; (iv) *novidade adaptativa*, que consiste na suposição de que, devido ao fato de que os ambientes modernos - aqueles posteriores ao paleolítico - se caracterizam por uma velocidade de câmbio sem precedentes - produto das transformações culturais ocorridas depois do abandono da vida nômade - , na atualidade as estratégias adquiridas pela espécie em ambientes ancestrais podem precipitar-se em situações distintas as originais, chegando em alguns casos a ser “desadaptativas” (Smith, 2000). Desta forma, a psicologia evolucionista concebe a mente humana como um conjunto de mecanismos de processamento de informação independentes, implementados no sistema nervoso humano. Estes mecanismos são considerados como adaptações, traços fixados por seleção natural ao longo de um período evolutivo em ambientes ancestrais, diferentes ao ambiente atual. Ademais, estão funcionalmente especializados para produzir condutas rápidas, específicas e automáticas que solucionem problemas adaptativos particulares, tais como a eleição de par, aquisição da linguagem, relações familiares, e cooperação. Isto significa que cada um dos mecanismos produz respostas a um só tipo de problema adaptativo, e não a outros (Tooby y Cosmides, 1992). Uma observação mais: a visão que hoje se esboça sobre a evolução da capacidade moral humana, compatível com os conhecimentos derivados do estudo dos processos cognitivos e afetivos implicados nos juízos morais, de seus correlatos neuronais, do estudo comparado do cérebro, assim como do registro arqueológico, parece ser incompatível com as propostas baseadas nos supostos básicos da psicologia evolucionista. Em primeiro lugar, porque se costuma considerar a capacidade/faculdade moral como um módulo autônomo. Por exemplo, a psicologia evolucionista propõe que a aparição de um detector de mentira – um módulo – leva a cabo uma função determinada na solução de um problema adaptativo específico e partindo somente de certo tipo de informação. Sem embargo, estudos cognitivos e de neuroimagem demonstram que a capacidade/faculdade moral é o resultado de um variado conjunto de processos, desde os relacionados com a percepção das características mais básicas até os relacionados com a deliberação e tomada de decisões. Hoje em dia, a idéia de que estes processos cognitivos, e as regiões cerebrais com as que estão relacionados, participam de maneira exclusiva na elaboração de juízos morais é praticamente insustentável. Todos eles estão implicados em diversas tarefas cognitivas e experiências humanas e se influem mutuamente. Como assinalaram Shapiro e Epstein (1998), uma visão filogenética da cognição humana não requer necessariamente a adoção de uma concepção modular da mente, argumentando que é errado identificar determinados processos cognitivos com as tarefas ou objetivos para os que servem, como fazem os psicólogos evolucionistas. A seleção natural não tem por que fixar necessariamente distintos processos cognitivos para a resolução de diferentes problemas adaptativos. É muito mais provável, e coerente com os dados de neuroimagem atuais, que diversos processos cognitivos estejam implicados na solução de cada um dos problemas adaptativos assinalados pelos psicólogos evolucionistas, e que cada um desses processos pode resultar útil para resolver vários problemas adaptativos. De tal maneira, na formulação de juízos morais intervêm processos perceptivos, afetivos, mnemônicos,

semânticos e de tomada de decisões, entre outros, ao mesmo tempo em que cada um deles intervém em outras funções cognitivas e experiências humanas. Em segundo lugar, porque se costuma assumir que para explicar a origem e evolução dos processos cognitivos do ser humano basta com estudar os problemas adaptativos aos que se enfrentaram nossos antepassados do pleistoceno. Em nossa opinião, esta visão ignora um dos fatos mais fundamentais da evolução: a herança com modificação. As capacidades mentais do ser humano, assim como seus correlatos neuronais, não emergiram do vazio e do nada. São o resultado, com toda segurança, de modificações sofridas por mecanismos herdados de nossos antepassados, incluindo os homínidos do plioceno e os primatas anteriores. É indubitável que o entorno do pleistoceno exerceu notáveis pressões seletivas sobre nossos antepassados em relação à capacidade moral, entre muitos outros traços cognitivos e físicos. Mas o certo é que estas pressões atuavam sobre umas estruturas cerebrais e processos herdados de antepassados mais antigos. Assim, nossa atual capacidade para formular juízos morais descansa sobre processos antigos, compartilhados com outros primatas, e recentes, exclusivos do ser humano.

⁶ Segundo a genética do comportamento, todo o potencial para o aprendizado e a experiência complexa que distingue aos humanos de outros animais reside no material genético que contém o óvulo fertilizado. Começamos a dar-nos conta de que o desenho a nível de espécie do intelecto e a personalidade humana, assim como muitos dos detalhes que distinguem a uma pessoa de outra, têm importantes raízes genéticas. Os últimos anos também viram os descobrimentos de marcadores genéticos, genes e às vezes produtos genéticos para certos aspectos da inteligência, a cognição espacial, o controle da fala e traços de personalidade como a busca de sensações ou o excesso de ansiedade. Em síntese, trata-se de uma postura científica segundo a qual nossos genes nos proporcionam as *matérias-primas* a partir das quais podemos erigir nossos comportamentos e nossas emoções: são eles que definem, em última instância, o tipo de sistema nervoso que vamos ter, os modos de funcionamento mental que este poderá desenvolver e os tipos de funções corporais que ele poderá controlar. O objetivo, portanto, é buscar definir quais são as bases biológicas de suas contribuições únicas para a personalidade, o comportamento e as emoções humanas – enfim, para a caracterização da natureza humana. Já com relação à ciência cognitiva, um de seus principais objetivos é o de identificar os algoritmos de aprendizagem que subjazem à linguagem e a outros logros cognitivos (Pinker, 2005). Trata-se de um estudo interdisciplinar de como a informação é representada e transformada na mente/cérebro, ocupando-se fundamentalmente do estudo científico dos mecanismos biológicos subjacentes à cognição, com um enfoque específico nos substratos neuronais dos processos mentais e suas manifestações condutuais; investiga acerca de como as funções mentais são produzidas pelos circuitos e redes neurais, esforçando-se por compreender o funcionamento do cérebro e aportar novos dados sobre suas capacidades cognitivas. É, ademais, um ramo de conhecimento vinculado não somente com a psicologia, senão também com a neurociência, além de interconectado com várias outras sub-disciplinas tais como a psicologia cognitiva, neurobiologia, psicobiologia, psiquiatria, lingüística e filosofia. Note-se que muitos pensadores acreditam que existe uma distinção fundamental entre o comportamento humano e outros eventos físicos. Enquanto que o comportamento físico tem *causas*, dizem, o comportamento humano tem *razões*. Sem embargo, na década de 1950 a “revolução cognitiva” unificou a psicologia, a lingüística, a informática e a filosofia da mente em torno de uma nova e poderosa idéia: a de que a vida mental podia explicar-se em termos físicos a partir dos conceitos de informação, computação e retro alimentação, isto é, como manifestação da atividade fisiológica do cérebro. Dito claramente: nossas crenças, pensamentos, desejos, sentimentos e recordações não são outra coisa que informação, a qual reside em certas estruturas e padrões de atividade cerebral (Pinker, 1999). Para uma análise sobre a origem e evolução da ciência cognitiva até o reconhecimento científico atual da importância de explorar a natureza inconsciente dos processos cognitivos e emocionais, assim como da necessidade de insistir na hipótese acerca da integração harmoniosa entre cognição e emoção nessa máquina assombrosa que é o nosso cérebro – reunindo cognição e emoção no conjunto mente/cérebro e compreendidas como funções mentais interativas mas distintas, mediadas por sistemas (módulos, circuitos ou redes) cerebrais interativos mas distintos -, cf.

De fato, uma dificuldade no momento de argumentar sobre a suposta falsidade dos fundamentos articulados pela concepção tradicional e comum da psicologia e da natureza humana reside na pergunta sobre até que ponto o que digam estas ciências da vida e da mente pode pôr em dúvida, por exemplo, o que afirme a ciência do direito. É necessário, neste passo, observar que, no caso equivalente de nos acharmos no universo das ciências naturais, esta seria, pelo menos, uma pergunta insólita, pois as ciências naturais aspiram a ser mutuamente consistentes, ou seja, a não sustentar coisas logicamente contraditórias.

A nenhum químico em seu sano juízo poderia ocorrer defender teorias que violassem o princípio elementar da conservação de energia; mas, ao contrário, partiria desse princípio elementar para a inferência de qualquer processo químico. Assim, não parece cientificamente muito prudente a atitude de se posicionar a favor da defesa de teorias em qualquer âmbito do conhecimento que sejam incompatíveis com os resultados e as teorias de outros campos cientificamente relevantes.

Surpreendentemente, algo que parece tão óbvio não sucede nas ciências sociais e especialmente no âmbito do direito. O que nas ciências naturais seria considerado inadmissível ignorância dos princípios fundamentais de cada uma das ciências, nas ciências sociais e nomeadamente nas jurídicas é o normal. Parece que os cientistas sociais e os operadores do direito ainda não se deram conta de que pressupor uma natureza humana ou um modelo psicológico que seja incompatível com a biologia evolutiva, a ciência cognitiva, a neurociência cognitiva, a psicologia evolucionista..., é tão problemático como propor uma reação química que violasse as leis da física; melhor dito: qualquer teoria das ciências sociais normativas que seja incompatível, por exemplo, com os avanços da ciência cognitiva, da genética do comportamento, da psicologia evolucionista, da primatologia, da neurociência cognitiva, etc., no campo do conhecimento acerca da psicologia e da natureza humana resulta tão duvidosa como uma teoria neurofisiológica que se fundamente em uma bioquímica impossível.

É fato que as teorias construídas no âmbito do direito raramente são avaliadas a partir de um enfoque ou diálogo interdisciplinar. Daí que muitas vezes, em razão da ciência e do estudo do direito ainda viverem em grave e brutal isolamento, algumas explicações ou construções jurídicas estão baseadas em uma realidade, psicologia ou

LeDoux, 1998. No mesmo sentido: Gardner, 1996; Thagard, 2008; Baer, 1998; Damasio, 1994; Gazzaniga et al., 2002 ; Gazzaniga e Heatherton, 2003; Buss & Larsen, 2005; entre outros.

natureza humana impossível. E o que verdadeiramente surpreende é que ainda tenhamos de insistir nisso.

Esta é a questão ou, ao menos, este é o ponto central a partir do qual se deve estabelecer o debate (ou o diálogo) interdisciplinar entre as tendências materialistas⁷ e interacionistas da ciência contemporânea e a tradição dos filósofos e teóricos do direito que, a partir de agora, deveriam tratar de perseguir o trabalho de secularização do pensamento empreendido pelos filósofos do século XVIII, já agora comprometidos com a evidência de que as ciências e as humanidades, embora continuem tendo suas próprias e separadas preocupações, são geradas através de um desenho “computacional” comum: o cérebro humano – seguramente uma das estruturas mais notáveis e complicadas que há produzido a evolução.

E a postura favorável ao câmbio de paradigma aceita a hipótese de que as ciências jurídicas, sociais e humanas obterão mais benefícios se partem de uma visão

⁷ Para um materialismo dessa natureza é nossa estrutura genética, especialmente a neuronal, a que determina, em última instância, o que essencialmente somos. É interacionista, por outro lado, no sentido de que embora conceda um espaço considerável ao meio cultural e à educação, tende a conceber que dito espaço, ainda que crucial, é relativamente secundário frente ao peso específico que no ser humano tem a naturalidade. Este novo argumento para uma perspectiva materialista da natureza humana representa um reto à liberdade e com ele um ataque aos tradicionais sistemas de crenças produzidos pelo modelo standard das ciências sociais. Em suma, como veremos mais adiante, a maneira pela qual deveríamos viver é um tema que não pode separar-se completamente dos fatos, de como são as coisas – no nosso caso específico, de como é a natureza humana (Dupré, 2006): o homem conhece o *dever ser* pelo conhecimento que tem de si - isto é, “sabe” que deve realizar-se como homem e é *bom* o que contribui a sua realização, a sua liberdade e a de seus semelhantes (Ruiz-Gallardón, 2007). Apenas para ilustrar ao que estamos nos referindo, suponhamos, como estamos dispostos a sustentar aqui, que a Ética e o Direito baseiam suas explicações em certos supostos sobre a natureza psicológica dos indivíduos. Isto quer dizer que, seja qual for o campo de análise, pelo mero fato de estudar a ação humana e suas consequências sempre subjazem supostos sobre a racionalidade, a afetividade, a propensão à sociabilidade, a motivação ou, em geral, as dotações cognitivas (neurais) dos humanos. Pois bem, neste particular aspecto, ou bem supomos a existência de um acordo universal na comunidade científica sobre a disponibilidade de uma teoria acerca da psique ou da natureza humana suficientemente boa (isto é, robusta e informativa), o qual permitiria tomá-la como suposto de partida; ou bem consideramos que a Ética e o Direito constituem um âmbito gnoseológico auto-suficiente que não requer fazer explícitos ou incorporar os princípios nem a metodologia de investigação procedentes de outras disciplinas (uma sorte de reino causalmente isolado), por exemplo da neurociência. A primeira opção pressupõe um reconhecimento da necessidade de se ter em boa conta as aportações provenientes das ciências adjacentes; a segunda interpretação nega de plano a bondade de um *continuum* epistêmico e afirma a Ética e o Direito como reinos autárquicos. Optamos pela primeira interpretação, porque do que se trata é de resgatar para a Ética e o Direito a complexidade da natureza humana e de explicar seu incrível potencial de criação e limitação da diversidade sócio-cultural e normativa, para o qual já não resultam suficientes as estratégias teóricas e metodológicas provenientes exclusivamente das ciências sociais, senão as que realisticamente aceitam essa complexidade (por meio do estudo do desenho evolucionado do cérebro e da mente humana) como ponto de partida.

vinculada à natureza biológica humana, seguindo os passos da transformação da filosofia da mente como parte das ciências cognitivas, do que se permanecem incólumes dentro do seu isolamento teórico e metodológico desde o qual os operadores jurídicos prestam pouca atenção aos fundamentos da natureza humana e nenhum interesse, na prática, por suas origens mais profundas⁸.

Dito de outro modo, de que os perversos defeitos teóricos de que ainda padecem os operadores do direito, encerrados em seus guetos de hiper-especialização, decorrem do desprezo ao fato de que o comportamento individual se origina a partir da sucessiva intercessão de nosso sofisticado programa ontogenético cognitivo com o entorno sócio-cultural em que movemos nossa existência, ou seja, de que o comportamento moral e social inclui um elemento irreduzível de naturalismo, porque é nossa arquitetura cognitiva inata e modular que, em última instância, seleciona os comportamentos que são objetivamente valiosos e criativos.

Daí a razão pela qual defendemos a utilização de um modelo vertical de *integração conceitual* entre as ciências do comportamento, como justificativa para o emprego da ciência cognitiva, da neurociência cognitiva e da psicologia no contexto de uma teoria acerca da criatividade no processo de realização do direito. A idéia básica consiste em propor que várias disciplinas contidas nas ciências sociais e do comportamento tornem-se mutuamente coerentes e compatíveis com o que é conhecido nas ciências naturais, ou seja, uma explicação verticalmente integrada dos fenômenos. Nas palavras de Jerome Barkow (1996), essas explicações (“verticalmente integradas”) que, em ciências humanas, são simultaneamente cruciais e raras, querem significar que o que é exigido é sempre um leque de explicações que se complementem nos diversos níveis de análise e que sejam todas mutuamente compatíveis.

⁸ Na advertência de Jones e Goldsmith (2004: 21): “*It is avoidable, in part, because there is gathering momentum within universities for interdisciplinary work, including that which explores the human mind. And it is avoidable, in particular, because the important melding of perspectives and techniques now occurring in the behavioral sciences is increasingly accessible to legal scholars. Just as exploring the moon or Mars requires the integrated efforts of physicists, astronomers, geologists, engineers, chemists, and physiologists, it is increasingly clear that exploring and understanding the human mind requires the integrated, interdisciplinary efforts of cognitive scientists, neuroscientists, and evolutionary biologists as well as social scientists in psychology, anthropology, economics, and related disciplines. Empirical finding from different disciplines increasingly point toward similar conclusions that reflect a converging understanding of behavior. In principle, this synergy is valuable because it enables us to synthesize a coherent whole greater than the sum of its parts. It can help us to understand realities underlying behavior in a more subtle, comprehensive, and, sophisticated way*”.

Coloca-se como exigência que qualquer explicação jurídica, sociológica ou filosófica seja compatível com as teorias psicológicas, e que estas sejam compatíveis tanto com a ciência cognitiva, a neurociência cognitiva, a psicologia evolucionista como com a biologia da evolução. A regra da compatibilidade é geralmente aceita nas ciências naturais, mas, por ser quase desconhecida nas disciplinas sócio comportamentais, nunca é inútil insistir no seu uso. Isto se verifica, sobretudo, na doutrina jurídica, onde cada autor, quase que completamente alheio aos estudos que se efetuam em outros campos distintos do direito e das ciências humanas, aborda um tema comum a partir de um ponto de vista disciplinar e teórico específico, ademais de exclusivamente jurídico.

Resulta evidente, desde logo, que essa postura interdisciplinar não exige que todos digam as mesmas coisas, mas que digam coisas compatíveis entre si e com outras áreas de conhecimento, ou que, pelo menos, tornem explícitas as incompatibilidades. Depois, da mesma forma como em filosofia não se trata de estabelecer uma orientação analítica e uma orientação hermenêutica opostas entre si senão de um “ir e vir” de uma a outra mutuamente enriquecedora, o mesmo sucede na epistemologia, na qual o conhecimento hermenêutico não “*se opõe ao*” senão que “*se compõe do*” conhecimento metodológico-científico – quer dizer, é parte dele – segundo uma relação complexa (de continuidade-descontinuidade) entre ciências humanas e ciências naturais. Assim que, sem lugar a dúvidas, somente através de um diálogo com as chamadas ciências “duras” como a filosofia, e também as ciências humanas, lograrão elaborar uma reflexão mais fecunda sobre a natureza humana e, no que aqui particularmente nos interessa, sobre a denominada racionalidade do sujeito-intérprete na tarefa argumentativa de realização prático-concreta do direito.

Por outro lado, esse diálogo (perspectiva ou postura) interdisciplinar pressupõe simultaneamente uma reforma das estruturas do pensamento - para usar a expressão de Edgar Morin (2000): o verdadeiramente importante não é justapor os aportes das diversas ciências, senão o de enlaçá-los, de saber mover-se entre saberes compartimentados e uma vontade de integrá-los, de contextualizá-los ou globalizá-los. Somente uma nova estrutura de pensamento (porque – como alguma vez se disse - o principal órgão da visão é o pensamento, isto é, de que vemos o mundo com nossas idéias) pode permitir-nos conceber as ciências como conjunção, como implicação

mútua, o que se costuma ver como disjuntiva: o ser humano considerado simultaneamente como um ser biológico, cultural, psicológico e social⁹.

E já existem numerosos modelos procedentes das ciências da vida que integram os comportamentos sociais como consequência de determinados traços derivados do ser humano. O objetivo consiste em detectar a presença em nossa espécie — essencialmente social e relacional — de certas estratégias sócio-adaptativas que apareceram graças a que contribuíram à sobrevivência e ao êxito reprodutivo. É mais: sem tais estratégias surgidas durante o longo período de nossa história evolutiva para resolver problemas evolutivos, nossa espécie não poderia haver conseguido prosperar.

Pois bem, o núcleo duro desta nova perspectiva interdisciplinar reside, precisamente, no objetivo de demonstrar de que modo a psicologia, as ciências cognitivas e a neurociência cognitiva oferecem razões poderosas que dão conta da falsidade desta concepção comum da racionalidade humana e que alcance pode isso chegar a ter para o atual edifício teórico e metodológico da filosofia e da ciência do direito, para a concepção acerca da função não meramente declarativa (objetiva e racional) do operador jurídico, e consequentemente, para a dimensão essencialmente humana (construtiva e criadora) da atividade de interpretar, justificar e aplicar o direito.

⁹ A epistemologia evolucionista – termo cunhado por Donald Campbell em 1974 - é uma abordagem naturalista à epistemologia que enfatiza a importância da seleção natural em dois papéis principais. No primeiro papel, a seleção é o que gera e mantém a confiabilidade dos nossos sentidos e dos nossos mecanismos cognitivos, assim como o "ajuste" entre esses mecanismos e o mundo. No segundo papel, o aprendizado por tentativa e erro e a evolução das teorias científicas são interpretados como processos da seleção. A epistemologia evolucionista refere-se, fundamentalmente, a tentativa de tratar questões da teoria do conhecimento a partir de um ponto de vista evolucionista. Envolve, em parte, o desdobramento de modelos e metáforas extraídos da biologia evolucionista (uma subdivisão da biologia que estuda a origem e a descendência das espécies, bem como suas mudanças ao longo do tempo, ou seja, sua evolução) numa tentativa de caracterizar e resolver questões que surgem da epistemologia e da mudança conceitual. Enquanto as disciplinas co-evoluem, os modelos são movimentados de um lado para outro. Nesse sentido, a epistemologia evolucionista envolve também tentativas de compreender como funciona a evolução biológica interpretando-a através de modelos extraídos de nossa compreensão da mudança conceitual e do desenvolvimento de teorias. Para uma análise acerca do “naturalistic turn” na filosofia e teoria do direito, com destaque ao modelo de epistemologia naturalizada proposto por Quine (1969, 1987) e sustentando que a análise conceitual resulta já inadequada para a teoria analítica do direito e que deve ser abandonada por uma metodologia mais naturalista (isto é, mais empírica e científica), cf. Leiter, 1997, 1998 e 2002; Kitcher, 1992; Grimaltos et al., 2005 (nomeadamente no que se refere aos problemas e limites da naturalização da filosofia). Já para uma proposta acerca da necessidade de “naturalizar” a epistemologia com base na biologia, e especialmente na neurociência e na teoria da consciência (considerada como condição *sine qua non* dos atos mentais) que, por sua vez, inclui a psicologia (mas não somente pela via única da psicologia condutista – Komblith, 1994), cf. Edelman, 1987, 1989; Edelman e Tononi, 2000.

Mas, qual a relação dos avanços das ciências da vida e da mente com as pesquisas teóricas do direito? Em que medida um enfoque naturalista poderá vir a resgatar a filosofia e a ciência do direito do insulamento teórico, do hermetismo dogmático e/ou do anacronismo metodológico a que estas chegaram? Poderão os resultados das investigações científicas sobre a natureza humana provenientes de outros campos cientificamente relevantes virem a servir de fonte de informação para a filosofia e a ciência do direito, nomeadamente no que se refere à elaboração (ou reinvenção) de critérios ontológicos e metodológicos que se afastem das falsidades subjacentes às atuais concepções comuns da psicologia (e da racionalidade) humana? Duvidamos por três razões.

A primeira é que os juristas distam muito de estar preparados para que os dados científicos guiem suas teorias e práticas jurídicas – em especial por pressuporem, pelo menos em sua grande maioria, que o ser humano é tão especial que a vida mental humana transcende por completo o conhecimento científico ou, ao menos, que se acha fora do alcance da neurociência. A segunda razão pela qual existe resistência à idéia de que a ciência contemporânea afete ao direito tem que ver com a ameaça percebida à nossa “imaculada” noção de racionalidade que sem dúvida está vinculada com o problema da interpretação e aplicação jurídica. A terceira e última reside na aversão dos juristas em comprometerem-se com a evidência de que as ciências e as humanidades, embora continuem tendo suas próprias e separadas preocupações, são geradas por meio de um elemento material comum: o cérebro humano.

Seja como for, não restam dúvidas que as consequências dessas investigações científicas são importantes para a ciência jurídica. Trazem à baila, em última instância, questões fundamentais acerca do fato de que a natureza humana não somente gera e limita as condições de possibilidade de nossas sociedades senão que também, e muito particularmente, guia e põe limites ao conjunto institucional e normativo que regula as relações sociais¹⁰. Sem olvidarmos, claro está, de outros aspectos distintivos da natureza do comportamento humano à hora de decidir sobre o sentido da justiça

¹⁰ Isaiah Berlin, por exemplo, aventura com astúcia que a objetividade dos valores se vincula ao fato objetivo de que “los hombres son hombres y las mujeres son mujeres, y no gatos, ni perros, ni mesas ni sillas”; posto que somos seres humanos, só há certos valores que podemos reivindicar de forma inteligível. Muitos desses valores serão; alguns devem ser comuns a todos, ou cessaríamos de ser humanos. Insistir em que a validade e a autoridade de nossos valores está minada por sua origem na natureza humana equivale a negar a humanidade de nossa humanidade. (Appiah, 2010:231)

concreta e a existência de universais morais determinados pela natureza biológica de nossa arquitetura cognitiva (neuronal).

Afinal, o ser humano é o único meio através do qual os valores chegam ao mundo. E é precisamente o cérebro, como uma “máquina causal” (Churchland, 1989), que nos permite dispor de um sentido moral, o que nos proporciona as habilidades necessárias para viver em sociedade, para interpretar, tomar decisões e solucionar determinados conflitos sociais, e o que serve de base para as discussões e reflexões filosóficas mais sofisticadas sobre direitos, deveres, justiça e moralidade. Daí que para compreender “*lo que somos y cómo actuamos, debemos comprender el cerebro y su funcionamiento*” (Churchland, 2006: 317). Como recorda Ramachandran (2008), nenhuma empresa humana é mais vital que esta para o bem estar e a sobrevivência da raça humana. Recordemos que a política, a moral, a justiça e o próprio direito também têm suas raízes no cérebro humano.

Pode-se argumentar, é verdade, que esta situação é episódica ou excepcional e não deve, por isto, ser tomada em consideração. Mas engana-se quem assim pondera. A ciência despenca do normal para o excepcional com mais facilidade do que se pensa e com maior rapidez do que seria imaginável. E a história (e as ciências da vida e da mente) está aí para demonstrar a necessidade de uma adequada concepção acerca da natureza humana para tratar com valores, normas e princípios jurídicos e, muito especialmente, para fazer face ao emocional e ao imprevisto decorrentes de nosso entorno sócio-cultural.

A atual e inegável desvinculação com relação às outras áreas de conhecimento, à natureza humana e à realidade social e suas práticas tem gerado como consequência o reforço da crise de legitimação do próprio direito. Pode-se dizer, inclusive, que o direito vai anunciando um ponto crítico de que ele poderá sair subvertido ou resgatado. Ou conserva o isolamento teórico e o racionalismo formalizante que sempre o tem vindo a constituir, e dele não restará mais do que uma carcaça ressequida e fria de um dispositivo serventuário da autoridade estatal; ou ouve e faz seu o apelo de afirmação e/ou recuperação de uma concepção empírica de natureza humana, e será também dele o futuro, pois neste caso o direito mais não será que o direito que ao homem compete cumprir e reconhecer a sua humanidade na “multidão dos homens”.

E precisamente neste momento em que o velho está morto ou morrendo e o novo ainda não pôde nascer ou impor-se em sua integralidade, vem surgindo uma variedade de sintomas mórbidos, decorrentes, fundamentalmente, da quase completa

desconexão do direito com o resto das ciências e o seu inconsequente e mais displicente descaso com as características (cognitivas, morais e emocionais) que procedem da admirável, complexa e complicada natureza humana.

Daí a razão pela qual, se é irrefutável a constatação de que as propostas morais e jurídicas necessitam de determinados mecanismos cerebrais para ser processadas, resulta igualmente indiscutível a necessidade de explicar qual é a razão da existência de ditos mecanismos. O comportamento moral, jurídico e social está guiado, em termos profundos, por nossa arquitetura cognitiva integrada funcionalmente em módulos ou domínios específicos (funcionalmente independentes, especializados e integrados), sempre que entendamos estes como redes neuronais que enlaçam zonas diversas do cérebro. Em grande medida dita arquitetura é inata, mas necessita dos estímulos ambientais – procedentes em primeiro termo do entorno social e lingüístico – para completar-se durante o amadurecimento ontogenético do indivíduo¹¹.

De tal modo, somente uns modelos interacionistas entre substrato inato e meio ambiente podem descrever de maneira adequada o fenômeno da obtenção das estruturas neurológicas cujo comportamento funcional se traduz em fatos como os juízos morais, os valores assumidos pelo indivíduo, o livre-arbítrio e a tomada de decisões, com as jurídicas em primeiro termo e para as quais dedicamos o enfoque desta tese. Ademais, dado por inequívoco que o adquirido se plasma nos circuitos cerebrais, já não tem demasiado sentido falar de inato e adquirido por separado: o inato e o adquirido estão tão inextricavelmente unidos que são em realidade o mesmo. Toda conduta procede do cérebro. E o entorno, assim como os câmbios no adquirido, se codificam em realidade nas células do cérebro humano, cuja complexidade é, em si mesma, a prova suprema do que pode lograr-se mediante a interação entre natureza e ambiente.

¹¹ Como explica Gazzaniga (2010:138-139): “*En el pasado se creía – y algunas personas, aunque cada vez menos, todavía lo creen actualmente – que el cerebro es un órgano generalista que puede trabajar en cualquier problema con igual habilidad.[...] Resulta que nuestro cerebro tiene circuitos neuronales, desarrollados a lo largo del tiempo evolutivo, que realizan tareas específicas. El concepto de un cerebro con circuitos especializados en problemas específicos se denomina “teoría del cerebro modular”.[...] No obstante, al considerar la documentación en neurología, resulta evidente que los módulos no son como cubos aislados perfectamente encajados en el cerebro. Los estudios actuales de neuroimágenes cerebrales han demostrado que los circuitos correspondientes a estos módulos pueden estar muy diseminados. Y los módulos se definen por lo que hacen con la información, no por la información que reciben (la aferencia o estímulo que los activa). Está claro que estos módulos evolucionaron, a lo largo del tiempo evolutivo, para responder de modos específicos a estímulos específicos del entorno*”.

Somente criamos um sentido do bem e do mal, do justo e do injusto, e normas de comportamento consciencioso, a partir do momento em que tomamos conhecimento de nossa própria natureza e de outros como nós. A própria racionalidade – a habilidade para gerar novas idéias e artefatos – requer mais do que a consciência pode fornecer. Requer uma memória fecunda para fatos e habilidades, uma sofisticada memória operacional, excelente capacidade de raciocínio e linguagem. Mas a mente - como estado funcional do cérebro - está sempre presente, não somente porque sua luz é indispensável, senão porque a natureza de nossas revelações (e os correlatos neuronais que a subjazem) guia o processo de interpretação, de um modo ou de outro, com maior ou menor intensidade. Assim que tudo o que percebemos e interpretamos - seja o que for, de normas éticas e jurídicas à música e literatura, ciência e tecnologia -, é diretamente determinado ou inspirado pelas revelações dos correlatos cerebrais que nossa natureza nos proporciona. (Damasio, 2002).

Resumindo: aqueles que supõem que ciência e humanismo estão divorciados tendem a ver as novas teorias neurobiológico-psicológicas como uma irreparável perda de nossa humanidade. Mas também se pode ver de outra forma. Pode ser certamente uma perda, mas não de algo necessário para nossa humanidade, senão de algo meramente familiar e bem conhecido. Pode ser a perda de algo que, ainda quando de segunda natureza, burla nossa familiar compreensão e irrita nossa intimidade. O ganho em câmbio pode ser, sem embargo, de um profundo aumento na compreensão de nós mesmos, o qual contribuirá a aumentar em vez de diminuir nossa humanidade. Em qualquer caso, é um erro mirar a ciência como proposta em oposição ao humanismo. (Churchland, 2002).

3. Aspectos da modularidade mental e o “órgão da moral”

A carga metafísica de uma mente alheia ao cérebro é, desde o ponto de vista imperante hoje, um erro derivado da descrição do mundo levada a cabo pela mecânica cartesiana. Como se sabe, Descartes postulou a existência da “*res cogitans*” ou mente como entidade separada da “*res extensa*” ou mundo físico. Mas chegou a essa conclusão através de seu intento de demonstrar a existência de um mundo físico por completo determinista e distante do animismo. Para isso, Descartes situou no mundo do mental as ações que, de forma introspectiva, intuímos que não estão sujeitas a nenhuma determinação externa.

Hoje entendemos — se é que Descartes não o entendeu também assim— que a mente não é alheia ao cérebro: aparece como resultado das propriedades de certos mecanismos físicos (a maioria deles desconhecidos, recordemos). Mas esse resultado, sustenta Chomsky, não é redutível aos próprios mecanismos físicos. O cérebro, composto de órgãos mentais, leva a cabo processos para dar lugar ao conhecimento, e

esse conhecimento não é nenhum órgão mental, nem tão pouco a soma de todos eles, senão o resultado de uma interação.

Essa descrição implica uma postura precisa frente ao chamado "problema mente/corpo" ou "problema mente/cérebro"¹²: não existe uma entidade ontológica "mente" alheia ao cérebro, que é o mecanismo físico que a gera, mas a entidade abstrata "mente" tampouco é redutível, de acordo com Chomsky, à atividade funcional do cérebro.

Ninguém discute hoje, que nós saibamos, o fato de que a mente é um conjunto sistemático do pensamento que tem seu suporte físico no cérebro humano. Inclusive quem mantém, mais bem metaforicamente, que a mente está " na interação entre a sociedade e o indivíduo " (Fischer, 1990), a necessidade do suporte cerebral é absoluta.

¹² Na advertência de Searle (2005): a solução do problema filosófico mente-corpo não parece demasiado difícil. Basta rechaçar como um *erro categorial* (tal como o qualificaria Ryle) toda linguagem dualista que contraponha *matéria* e *consciência*, o que permite reconhecer que todos nossos estados mentais estão causados por processos neurobiológicos que tem lugar no cérebro, realizando-se nele como traços seus de ordem superior ou sistêmico (Searle compara a relação existente entre cérebro e mente com a que se dá entre estômago e digestão: igual que a digestão não é uma entidade separável do estômago, senão uma função inseparável deste, assim também é a mente com relação ao cérebro). Dito de outro modo, o cérebro é simplesmente um órgão mais, ainda que muito elaborado, e seu funcionamento é inseparável de sua existência dentro do corpo. Como disse Damasio: "A mente está encarnada no corpo... não somente no cérebro" (Sapolsky, 2007); "El cuerpo y el cerebro *se adhieren*" (Damasio 2010). De fato, esta interrelação de nossos cérebros e corpos, sua capacidade mútua de regular-se, é atualmente um conceito central da neurobiologia moderna: uma síntese entre o cérebro, a mente e o corpo, cuja essência é a mesma. Em ocasiões, basta com que mude algo no interior de nosso corpo – como os níveis de um determinado hormônio, um tipo de nutriente ou de fator imunológico – para que altere a forma em que nosso cérebro pensa e sinta; do mesmo modo, as formas pelas quais o cérebro modifica cada função do corpo (e da mente) são igualmente múltiplas. Daí a hipótese de Damasio de que dispomos, em nossa dotação de série evolutiva, de um marcador somático, de um mecanismo através do qual nossas funções superiores refletem sutilmente o que sucede a uma escala bioquímica, fisiológica e visceral. Nas palavras de Rose (2006), desmantelando a dicotômica distinção "cérebro/corpo": nenhuma descrição do desenvolvimento do cérebro pode ficar completa sem a compreensão de que o que precisamos interpretar não é apenas um órgão, mas de um organismo do qual o órgão em questão – importante como é o cérebro – não pode ser compreendido isoladamente. E apenas para que se tenha uma idéia acerca do que nos estamos referindo, aqui vai um exemplo relacionado com a prática de delitos violentos: em novembro de 1978 Dan White, um aspirante a funcionário à Prefeitura de São Francisco, assassinou a George Moscone e a Harvey Milk, o prefeito e o supervisor/ícono político homossexual de São Francisco, respectivamente. Entre os argumentos que durante o juízo se esgrimiram em sua defesa estava o de que um drástico câmbio nos níveis de açúcar de White, a causa do consumo de lanches rápidos ("*junk food*") - quer dizer, a famosa "Defesa Twinkie"- , lhe impediu manter o controle voluntário de seus atos. Pois bem, ainda que tenha sido declarado culpado pelos assassinatos, em geral se considera que White teve uma condenação surpreendentemente curta. No mais, para uma compreensão acerca das características próprias de cada uma das técnicas modernas de imagiologia cerebral (os chamados *brain imaging*) cf.: Maestú Unturbe *et al.* , 2007; Gazzaniga *et.al.* 2002; Mora *et al.*, 2004; Carter, 2002,; Greenfield, 2007.

Se poderá sustentar, pois, que a mente é algo mais que o cérebro, que não é redutível ao suporte físico e nem sequer, talvez, à atividade funcional deste, mas nem os dualistas mais radicais relacionam hoje a mente com a atividade funcional do coração ou do fígado, como coube imaginar em um tempo. Então, qual a razão de proclamar sua condição transcendente?

A resposta dada por Chomsky através de distintos artigos nos quais se propõe precisamente essa pergunta (Chomsky, 1992; 1994; 1995; 1998a) tem que ver com os meios existentes para explicar os fenômenos observáveis. Desde o ponto de vista ontológico, a mente é um objeto natural, tão natural como um ser humano ou um átomo de hidrogênio. Mas de acordo com uma postura epistemológica que caberia qualificar talvez mais próxima a Hillary Putnam que a Descartes, Chomsky propõe que os objetos naturais não são acessíveis por igual. Os átomos de hidrogênio são explicáveis em termos técnicos ou, se se preferir, científicos. Não obstante, quando falamos do “ser humano” não basta com descrevê-lo em termos físicos, químicos ou inclusive anatômicos. Há algo mais, um “plus” que escapa às aproximações científicas e que somente pode ser explicado em termos de sentido comum.

A distinção entre aproximações naturalistas e aproximações de sentido comum, não naturalistas, é básica na epistemologia chomskiana e de todo imprescindível para entender sua teoria da mente. Mas o fato de que exista uma aproximação somente de sentido comum, não naturalista, à entidade natural “ser humano” não quer dizer que *todos* os aspectos de um ser humano sejam inabordáveis para a investigação científica. Os braços ou o fígado de um ser humano são de todas as entidades naturais ao estilo do “átomo de hidrogênio”. Que dizer da mente? Pertence ao abordável de forma naturalista ou ao abordável somente em termos de sentido comum?

Se considerarmos “mente” de forma holista, como correlato de “ser humano” (e quase como seu equivalente), Chomsky entende que não há forma de realizar uma aproximação naturalista à mente. Em seguida veremos com maior detalhe por que. Mas os aspectos parciais da “mente” sim constituem programas legítimos, para Chomsky, do estudo científico. Dificilmente podia ser de outra maneira, tendo em conta a maneira como estabelece ao longo de toda sua obra o que é o órgão mental da linguagem.

Para Chomsky a relação mente/corpo não é um problema em si mesmo, senão tão somente o resultado de um inadequado enfoque que tem que ver com a maneira como a mecânica cartesiana descreveu o mundo (quer dizer, um falso problema). Se

abordarmos adequadamente a forma como funciona o conjunto mente/cérebro, a melhor maneira de responder à pergunta acerca de se "o pensamento do ser humano" é ou não uma entidade natural é o de perguntar-nos, por sua vez, se existem aspectos parciais do pensamento humano que podem ser descritíveis de forma naturalista.

A resposta é afirmativa.

O "pensamento humano" entendido de forma holista não será nunca abordável de forma naturalista. Como diz Chomsky (1994): "Simplesmente, um enfoque naturalista não exclui outros modos de tratar de compreender o mundo. Quem o adota pode crer consistentemente (comigo) que aprendemos muitas mais coisas de interesse humano sobre como pensa, sente e atua a gente lendo novelas ou estudando a história ou as atividades da vida ordinária, que com toda a psicologia naturalista; quiçá isto vá a ocorrer sempre. Do mesmo modo, a arte pode oferecer uma apreciação do céu a que a astrofísica não aspira". Mas isso não impede o fato de que se possam detectar e explicar de forma naturalista alguns aspectos parciais do que é o pensamento.

Até onde chegariam esses aspectos parciais?

Como havíamos apontado antes, o que distingue a concepção de Chomsky é a condição do mental como um sistema de sistemas distintos. É esse o sentido da mente chomskiana, oposto ao de todos os que, desde Skinner a Piaget, sustentam que a mente é um todo único e indiferenciado. Ainda quando se aceite que existem diferentes faculdades mentais (memória, imaginação, entendimento, vontade), a idéia da uniformidade manteria que as diferentes capacidades cognitivas se desenvolvem de maneira uniforme, que existem princípios gerais do conhecimento ("estratégias de aprendizagem") subjacentes a todas as distintas capacidades mentais (Chomsky, 1980). Chomsky discute de maneira explícita essa pretendida "uniformidade" (Chomsky, 1980), invocando, com toda razão, as evidências enormes em seu contra que procedem dos trabalhos experimentais, em concreto dos de David Hubel sobre a percepção visual nos mamíferos.

Pois bem, um dos aspectos mais complexos e por sua vez mais interessantes para qualquer investigação que se proponha ao estudo das funções do cérebro humano é o carácter modular deste¹³. A idéia de que uma mente é modular implica que os

¹³ Nas últimas décadas, desde distintas disciplinas se produziu um notável desafio a ampla e acriticamente aceita visão da mente humana de etiologia skinneriana. De acordo com esta visão predominante durante largo tempo, os seres humanos estariam dotados de um conjunto geral de capacidades de raciocínio que nos permitiriam realizar qualquer tarefa cognitiva (ou mental), seja qual for o seu conteúdo específico. Seria algo assim como um conjunto de

processos mentais estão de alguma forma compartimentados já desde o momento do nascimento, quer dizer, que existem estruturas inatas que definem certos domínios especializados no cérebro por meio dos quais o conhecimento passa a ser produzido¹⁴.

processos comuns aplicáveis a qualquer pensamento, tanto se envolve a resolução de problemas matemáticos como se se trata do aprendizado de uma língua natural, a parte de que se ocupa de calcular o significado das relações de parentesco. Em contraste com esta visão, hoje se sabe que muitas habilidades cognitivas estão especializadas em manejar tipos específicos de informação, ou seja, que grande parte da cognição humana é domínio-específica. A idéia de “especificidade de domínio” supõe que os conceitos não são todos iguais e que a estrutura do conhecimento difere em vários aspectos, segundo as áreas de conteúdo às que se refere, isto é, de que a mente não é um dispositivo único e indiferenciado, senão um conjunto de subsistemas persistentes e independentes, especializados para desempenhar tarefas delimitadas. Isto equivale à tese de que nossas intuições morais inatas (como nossa arquitetura cognitiva inata) têm uma estrutura relativamente homogênea e funcionalmente integrada, a par de regimentada em módulos ou domínios específicos. Significa dizer, em síntese, que a compreensão de que a mente humana inclui um importante número de processos cognitivos domínio-específico evolucionados complexos altera de um modo substancial a visão que se pode ter da “cultura” acumulada e transmitida, assim como da origem e da natureza de nossos conteúdos mentais. Segundo Cosmides e Tooby (Barkow,1992), os cientistas sociais tendem a considerar a mente humana como um mecanismo extremamente flexível, sem conteúdo e de aprendizagem geral. Ao nascer, a mente passa a ser considerada como uma tábua de matéria em branco infinitamente modelável, capaz de apreender qualquer tipo de cultura e, conseqüentemente, quase independente por completo da biologia e da genética: enquanto os animais estão rigidamente controlados por sua biologia, os seres humanos estão determinados pela cultura, um sistema autônomo de símbolos e valores; e livres de limitações biológicas, as culturas podem variar arbitrariamente de uma a outra e sem limite - a aprendizagem é um processo com um propósito geral, utilizado em todos os domínios do conhecimento (Dennett,1995; Pinker,2000). A esta forma clássica de considerar a mente os mencionados autores qualificaram como “Standard Social Science Model”. Com bastante razão (segundo nos parece) rechaçaram, em essência, os supostos da concepção tradicional de que a mente deve ser considerada como um computador de uso geral ou *tabula rasa*, com toda a sua estrutura derivada dos mecanismos de domínio geral que operam com conteúdos gerados pelo ambiente ou pela sociedade: para se dizer lisa e lhanamente, de que o mundo externo (o contexto cultural) está pensado para impor seu conteúdo no mundo interno (cérebro). Assim que, em lugar de considerar que todos os conteúdos mentais são um produto social, em muitos casos se faz necessário reverter esta causalidade. A estrutura evolucionada da mente é a que muitas vezes impõe seus conteúdos ao mundo social. O desenho de nossos mecanismos domínio-específico, surgidos da evolução, determinará o que se transmite ou se pode transmitir socialmente (Sperber, 1985,1990). Certas representações podem subsistir dentro dos mecanismos individuais domínio-específicos e a programação destes mecanismos regulará o modo em que as representações específicas passam de indivíduo a indivíduo, distribuindo-se entre a população como resposta a diferentes condições ecológicas e sociais: o “triunfo cultural” de algumas representações se deve a que concordam com aquelas capacidades cognitivas inatas de interação social que guardam relação com a moralidade, a identidade de grupo, determinados rituais e a emoção. (Boyer, 1990; Sperber, 1990). Em um nível mais profundo, a existência de mecanismos domínio-específicos também implica que existe um nível de conteúdo mental humano universal, isto é, que, para certas coisas, existe uma só “cultura” humana universal (por exemplo: a gramática universal, a lógica do intercâmbio social, a permanência dos objetos, a teoria da mente, etc.). Sobre “especificidade de domínio”, cf. Hirschfeld e Gelman, 2002; Gazzaniga, 2010.

¹⁴ A noção de especificidade de domínio não é nova. Em realidade já aparecem interessantes (ainda que suscitados) esboços a respeito nas epistemologias de Descartes e Kant e nas

psicologias de Thorndike, Vygotsky e De Groot. A idéia básica da modularidade é a de que a mente não é tanto um dispositivo para resolver problemas de qualquer tipo, senão mais bem um conjunto de subsistemas persistentes e independentes desenhados para desempenhar tarefas delimitadas, habitualmente ambientais. Um módulo cognitivo é um dispositivo computacional geneticamente especificado da mente/cérebro que trabalha de maneira bastante independente sobre *inputs* de algum domínio cognitivo específico, que são provistos por outras partes do sistema nervoso. Os módulos cognitivos são domínio-específicos, mecanismos evolucionados com uma história filogenética particular e determinados de maneira inata, caracterizando-se por serem independentes, autônomos, especializados, automáticos, etc. Por exemplo, postula-se que a compreensão comum que tem as pessoas acerca dos movimentos dos objetos sólidos inertes, do aspecto de um organismo e das ações de uma pessoa se baseia em três mecanismos diferentes: uma física intuitiva, uma biologia intuitiva e uma psicologia intuitiva. Postula-se fundamentalmente que estes mecanismos não são conhecimentos adquiridos, senão que, ao menos de maneira rudimentária, são partes do equipamento que torna possível a aquisição do conhecimento. Pois bem, particularmente com relação à existência de mecanismos cognitivos domínio-específicos, o grito de advertência dos macacos verdes (“vervet monkeys”) ilustra claramente este ponto. Estes monos se enfrentam a três predadores principais: os leopardos, as águias e as serpentes. Cada um desses predadores torna necessária uma ação evasiva diferente: subir em uma árvore (leopardo), observar o céu ou saltar para os arbustos (águia), ou estar de pé sobre as patas traseiras e observar o pasto (serpente). Em consequência, estes macacos têm mecanismos cognitivos resultado de sua evolução que produzem (e respondem a) distintos gritos de advertência, um para cada predador. Se contassem com uma só chamada (ou alarme) e um só sistema de resposta de uso geral, estes seriam menos eficazes porque os receptores dos sinais de advertência não poderiam discriminar entre as três distintas e incompatíveis ações evasivas a empreender (Cheney e Seyfarth, 1990). Para sobreviver e reproduzirem-se, nossos ancestrais do Pleistoceno tiveram que ser eficientes na resolução de uma grande quantidade de problemas adaptativos. Uma pequena amostra deveria incluir tarefas como a provisão de comida, a orientação espacial, a seleção sexual, a familiar, a realização de intercâmbio e controle social, a convivência com a ameaça agressiva, a evitação da contaminação patógena, assim como a dos predadores, as toxinas naturais das plantas, o incesto e tantas outras. Uma mulher que utilizasse os *mesmos* mecanismos para a compartilhar comida nutritiva (por meio dos quais tendemos a eleger os parentes mais próximos) e para eleger um companheiro sexual (por meio dos quais tendemos a eleger os indivíduos mais distantes de nosso grau de parentesco) seguramente estaria elegendo um companheiro – para dizê-lo com certo eufemismo – algo estranho, o que faria com que esses mecanismos pronto fossem descartados, uma vez que implicaria uma penalização em termos de seleção natural. Os diferentes problemas adaptativos costumam ser incomensuráveis e não podem resolver-se a partir de um só mecanismo (Sherry e Schacter, 1987). Ainda uma amostra restringida das tarefas do caçador-recoletor sugere que é impossível que um único sistema computacional geral pudesse ajudar a resolvê-las todas no contexto ancestral (aquí incluídas as “cognições sociais” que, da mesma forma, parece não corresponder a um único domínio: as regras que fazem com que alguém detecte a quem o engana em uma situação de intercâmbio social, por exemplo, não são as regras que se utilizam para a inferência de cálculos proposicionais, como tampouco têm que ver com as regras que se usam para detectar ameaças agressivas). Em realidade, resulta difícil imaginar que um único sistema computacional possa resolver *alguma* delas. Segundo Cosmides e Tooby (1994) – cujos trabalhos acerca da natureza da especificidade de domínios e de sua contraposição com relação a arquitetura domínio geral é de leitura obrigatória -, sabemos o suficiente tanto da evolução por um lado e da cognição por outro como para ter presunções bem motivadas (ainda que, por suposto, tentativas) acerca do que esperar da modularidade, quais poderiam ser as propriedades dos módulos e que módulos poderiam existir. Para uma interessante proposta acerca da existência de um módulo cognitivo inconsciente como unidade funcional própria da arquitetura da mente humana - isto é, de um módulo mental especializado na percepção interpessoal que se caracteriza pela habilidade inata e inconsciente para ler e deduzir o estado mental dos outros (suas crenças, seus desejos e

A modularidade mental implica, assim, uma estrutura na qual se integram diferentes sistemas do pensamento ou redes neuronais correspondentes a determinados módulos que podem estar muito disseminados em diversas zonas do cérebro¹⁵. Em

objetivos) a fim de monitorar e manipular seus comportamentos em “trocas sociais maquiavélicas” (o denominado “módulo maquiavélico”, cuja tarefa principal “é ajudar-nos a correr atrás de nossos interesses e evitar que sejamos explorados no traiçoeiro jogo da vida”) -, cf. David L. Smith, 2006. Para mais detalhes sobre algumas das mais destacadas teorias acerca do estudo da mente (modularidade e fluidez cognitiva; filogênese e ontogênese), cf.: Barkow et al., 1992; Mithen, 1996; Karmiloff-Smith, 1994; Keller, 2000.

¹⁵ Note-se que muitas teorias mais antigas caem em dois campos antagônicos – modularidade e holismo- e, nos últimos 300 anos, o pêndulo tem oscilado de um lado e outro desses dois pontos de vista extremos. Numa ponta do espectro estão os modularistas, que sustentam que diferentes partes do cérebro são altamente especializadas para capacidades mentais. Assim, há um módulo para linguagem, outro para memória, outro para habilidade matemática, um para reconhecimento de fisionomias e talvez até um para detectar pessoas que trapaceiam. Além disso, estes módulos ou regiões são em grande parte autônomos: o cérebro não é uma estrutura unificada; se compõe de vários módulos que fazem seus cálculos por separado, nas chamadas redes neuronais (p.e., Gazzaniga, 2005). Cada um executa sua própria tarefa, série de cálculos, ou qualquer coisa, e depois – como uma brigada de bombeiros trabalhando com baldes – passa seu produto ao próximo módulo da fila, sem “falar” muito com outras regiões. Na outra extremidade do espectro, temos o “holismo”, uma abordagem teórica que se sobrepõe ao que nos dias atuais é chamado de “conexionismo”. Esta escola de pensamento sustenta que o cérebro funciona como um todo e que nelas uma parte é tão boa quanto qualquer outra. A visão holística é justificada pelo fato de que muitas áreas, especialmente as regiões corticais, podem ser recrutadas para múltiplas tarefas. Tudo é conectado com todo o resto, segundo os holistas, e assim a busca por módulos distintos é uma perda de tempo (Ramachandran e Blakeslee, 2002). É verdade que, como vêm insistindo nos últimos dez anos os psicólogos cognitivos “conexionistas”, nossa arquitetura neurofisiológica sugere que não processamos a informação serialmente (uma peça de informação após outra), como os computadores tradicionais, senão mediante um grande número de processos distribuídos paralelamente, processos que interatuam e competem entre si. Há já um bom número de trabalhos de epistemologia que, apoiando-se no enfoque conexionista em psicologia e em inteligência artificial, apresentam sérias objeções à idéia de que se possa captar com normas e regras processos massivamente paralelos de tal complexidade: mais bem as regras ou as normas que usamos seriam o resultado – não o guia- desses processos (Churchland, 1989). Nos enfoques conexionistas, os processos mentais se descrevem em termos de padrões de ativação definidos sobre módulos em uma rede muito bem interconectada. Os módulos mesmos são unidades elementares que não se traduzem diretamente em conceitos que tenham significado. A informação é transportada não pelas particulares unidades individuais, senão pelas propriedades estatísticas dos padrões de atividade de inteiras coleções de unidade. Uma unidade individual jogará normalmente um papel na representação de muitas peças distintas de conhecimento. A representação do conhecimento será então paralela e estará distribuída em múltiplas unidades. Em um modelo conexionista o papel que desempenhe uma unidade no processamento de dados da mente está definido pela *força* de suas conexões –excitatórias e inibitórias – com outras unidades: “o conhecimento está nas conexões”. Os conexionistas tendem, então, a sustentar que as regras, os princípios explícitos para a crença racional surgem como resultado da sucessiva designação de pesos que reforçam ou inibem a força das conexões entre unidades, e não necessitam ser representados simbolicamente entanto que tais. Uma boa objeção ao conexionismo extremo, segundo o qual pode prescindir-se completamente das normas orientativas e da serialidade no estudo do conhecimento humano, pode encontrar-se em Clark, 1989 e 1990. Por outra parte, o mais inteligente e brilhante esforço psicológico-computacional realizado até a presente data para estudar nossos processos de conhecimento

outras palavras, o cérebro como um todo não é um órgão único, mas uma adição de estruturas evoluídas mais ou menos recentes, organizadas em módulos distintos (Rose, 2006). Chomsky fala de vários "órgãos mentais" que se desenvolvem cada um de maneira específica de acordo com o programa genético, da mesma forma como o que ocorre com o desenvolvimento dos demais órgãos do corpo (Chomsky, 1980). Não existem princípios gerais do crescimento dos órgãos que sejam responsáveis da forma e funções do fígado, o pulmão, o coração, etc., mais além do nível da biologia celular. O mesmo deve ser certo para os órgãos mentais (Chomsky, 1980). Trata-se de um primeiro passo no traslado da especulação à anatomia porque, sendo assim, quiçá caberia indicar quais são os correlatos anatômicos desses "órgãos mentais". E nesse particular, a proposta hipotética mais decidida e acabada acerca da existência de módulos cerebrais encarregados do processamento de determinadas funções mentais foi realizada dentro do denominado "funcionalismo cognitivo" de Fodor e Chomsky.

Pese as grandes diferenças que levanta a teoria modular de um e outro autor (Cela Conde & Marty, 1998), os principais pontos comuns que cabe considerar para os efeitos desta tese são: (1) a mente é um estado funcional do cérebro (coisa que implica negar qualquer dualismo que, como o cartesiano, outorgue à mente um estatuto ontológico separado do biológico próprio do cérebro e independente dele); (2) os acontecimentos cerebrais que conduzem às funções mentais o fazem mediante processos computacionais (se baseiam, pois, no estado "ativado" ou "desativado" dos elementos básicos que se interconectam: os neurônios); (3) cada função cognitiva pode considerar-se um "módulo" de nossa arquitetura mental (o equivalente de um "órgão" cujo domínio é específico: linguagem, capacidade numérica, etc.); (4) os módulos funcionam a partir de componentes cerebrais em grande medida inatos (ainda que

combina habilmente o enfoque serialista das normas com o enfoque do massivo processamento em paralelo da informação, ao conceder pesos revisáveis às próprias regras: *"nosso marco conceitual difere do conexionismo em vários aspectos importantes. (...) Nosso sistema baseado em regras dispõe de dois processos indutivos fundamentais : revisão dos pesos das regras existentes e produção de regras novas. (...) para os conexionistas, em câmbio, toda aprendizagem consiste na revisão dos pesos das conexões existentes, não na construção de conexões novas"*(Holland *et al.*, 1986: 27). Seja como for, Ramachandran e Blakeslee (2002) sugerem, a partir de seus trabalhos com pacientes, que estes dois pontos de vista não são mutuamente excludentes – que o cérebro é uma estrutura dinâmica que emprega ambos os "modos" numa influência recíproca maravilhosamente complexa. A grandeza do potencial humano, afirmam, só é visível quando levamos em conta todas as possibilidades, resistindo à tentação de cair em campos polarizados ou de perguntar se determinada função é localizada ou não localizada. Para uma pertinente apreciação do debate entre conexionismo e cognição, cf. Cabos Cano (2005).

necessitem de elementos ambientais para chegar, durante a ontogênese do indivíduo, à maturidade dos órgãos mentais).

A modularidade mental tem sido entendida de maneira muito diversa, como dissemos, pelos distintos autores do funcionalismo computacional. A proposta mais interessante aos efeitos do que aqui se aborda é a de Noam Chomsky, por duas razões. A primeira, que sua arquitetura cognitiva é compatível em boa medida com os descobrimentos das neurociências. A segunda, muito relacionada com a anterior, que se dispõe de algumas descrições empíricas acerca dos componentes neurológicos de tais órgãos mentais. Mas antes de entrar neles parece interessante deter-nos a considerar um aspecto crucial: o da interação entre os processos cerebrais e o entorno formado, pelo que a nossa espécie se refere, por um grupo em estreita convivência social.

Detenhamo-nos na consideração de uma função mental muito bem conhecida: a da linguagem¹⁶. O modelo chomskiano de desenvolvimento da competência lingüística

¹⁶ Como se dá com tantas idéias na ciência social, a centralidade da linguagem é levada a extremos no desconstrucionismo, no pós-modernismo e em outras doutrinas relativistas e analíticas. Os textos de oráculos como Derrida são crivados de aforismos como “Não é possível escapar da linguagem”, “O texto é auto-referente”, “Linguagem é poder” e “Não existe nada fora do texto”. O prêmio para a afirmação mais extrema tem de ser para Roland Barthes, por sua declaração: “O homem não existe anteriormente à linguagem, seja como espécie, seja como indivíduo”. Sofismas intelectuais. De fato, se bem pensado, a língua não poderia funcionar se não se assentasse sobre uma vasta infraestrutura de conhecimento tácito sobre o mundo e sobre as intenções de outras pessoas, isto é, as palavras sempre são interpretadas no contexto de uma compreensão mais profunda das pessoas e suas relações. No nosso caso, por exemplo, a própria existência de normas ambíguas, nas quais uma série de palavras expressa pelo menos dois pensamentos, prova que pensamentos não são a mesma coisa que séries de palavras e que somos equipados com faculdades cognitivas complexas que nos mantêm em contato com a realidade. A linguagem, assim entendida, é a magnífica faculdade que usamos para transmitir pensamentos e informação de um cérebro para outro, e podemos cooptá-la de muitos modos para ajudar nossos pensamentos a fluir. Mas linguagem não é o mesmo que pensamento, nem a única coisa que separa os humanos dos outros animais, a base de toda cultura, a morada do ser onde reside o homem, uma prisão inescapável, um acordo obrigatório, os limites de nosso mundo ou o determinante do que é imaginável (Pinker, 2002). A idéia de que o pensamento é o mesmo que a linguagem constitui um bom exemplo da que poderia denominar-se uma estupidez convencional, ou seja, uma afirmação que se opõe ao mais elementar sentido comum e que, não obstante, todo mundo se crê porque recorda vagamente havê-la ouvido mencionar (Pinker, 1994). Mais recentemente se há visto as limitações insalváveis de afirmações do tipo que o “ser que pode ser compreendido é linguagem” e até mesmo a relação estabelecida nos textos aristotélicos entre a linguagem e o sentido do justo e do injusto: certas observações e experimentos indicam que já outros primatas reagem como se tivessem algo parecido a um sentido de justiça, ainda que careçam de linguagem; sem linguagem pode haver compaixão, cooperação e quiçá algo assim como um sentido de justiça. Da mesma forma, nem toda cultura é lingüística. Uma grande parte da cultura é independente da linguagem e se transmite por imitação não mediada por palavras: por exemplo, a cultura de diversos primatas que carecem de linguagem - como os chimpanzés ou

passa pela presença nos componentes genéticos da natureza humana de umas capacidades que outorgam a qualquer recém-nascido à possibilidade de desenvolver uma língua determinada. Esses componentes têm que ser tão potentes e completos como para permitir que a linguagem criadora de grande precisão sintática e semântica se logre em um tempo muito breve – uns poucos anos – e sem um programa específico de ensino. Mas os componentes inatos não podem ser tão amplos como para impor a gramática de uma língua em particular. Qualquer criança, da etnia que seja, aprenderá a língua do grupo em cujo seio cresce. Todo ser humano nascido com um cérebro normal está equipado com a capacidade e o desejo de aprender uma língua: o meio apenas determina *qual* será a língua aprendida . A dimensão social da linguagem impõe, pois, suas pautas.

Assim que enquanto a faculdade da linguagem é um dos órgãos mentais mais *imediatos* (e mais ainda se estamos falando de Chomsky), os demais não resultam tão claros. E os termos em que Chomsky fala de “linguagem” são conhecidos: trata-se de uma característica ligada a nossa espécie, de ordem, pois, universal, baseada na existência de uma capacidade inata que, durante a ontogênese — e graças aos *inputs* recebidos do entorno idiomático—, dá lugar à gramática profunda correspondente à língua materna. São inabordáveis os estudos destinados a delimitar as características

os macacos (de Waal, 1993, 1996 e 2001) -, assim como a transmissão de determinados ofícios e a propagação das modas entre os humanos (Mosterín, 2006). Dito de outro modo, a linguagem é simplesmente o conduto através do qual as pessoas compartilham seus pensamentos e intenções, suas experiências de prazer e de sofrimento - enfim, a que permite o reparto (sócio-afetivo) da subjetividade -, e, com isso, adquirem o conhecimento, os costumes e os valores daqueles que as cercam e no contexto da realidade em que plasmam suas respectivas existências. Nas palavras de Derek Bickerton (1995): não é (a linguagem) somente um meio de comunicação senão uma maneira de organizar o mundo, e cuja finalidade é pôr pensamentos nas mentes das outras pessoas e extrair pensamentos das mentes das outras pessoas. E não somente isso. No que diz respeito propriamente a sua origem, por exemplo, Tomasello (1999) rechaça a idéia de que uma mutação tenha criado a linguagem. Para ele, a chave radica em que nos humanos evoluiu biologicamente uma nova maneira intencional de identificar-se e de entender-se com membros da mesma espécie. A continuação do processo, a partir desta única adaptação cognitiva que permite reconhecer aos outros como seres intencionais, teria tido um caráter inteiramente cultural e produziu o desenvolvimento de formas simbólicas de comunicação. Este desenvolvimento, sustenta Tomasello, transcorre a uma velocidade que nenhum processo de evolução biológica pode igualar. De fato, como lembra Dunbar (2004), o trabalho verdadeiramente intelectual do discurso radica em nossa capacidade de antecipar como entenderá o ouvinte – ou como não entenderá!- o que queremos dizer. Em outras palavras, para que haja uma conversação, temos que participar em jogos mentais, embarcando em uma leitura profunda da mente que vai mais além da simples teoria da mente (segundo grau de intencionalidade); sem a teoria da mente – sem os graus mais altos da teoria da mente – , a transmissão de informação levada a cabo pela linguagem e a maior das interações sociais resultariam impossíveis e viveríamos em um mundo intelectualmente empobrecido.

dessa gramática generativo-transformacional responsável da condição criadora da linguagem. Mas, ademais desse aspecto estritamente sintático, a gramática generativa tem um componente antropológico: supõe uma determinada forma de processar, desde o ponto de vista cognitivo, as informações procedentes do meio dotando-as — mediante um processo *top down* no qual os esquemas de pensamento prévios são cruciais— de sentido. A linguagem não somente permite *falar* do mundo; permite, ademais, *entendê-lo*.

Em definitiva, a linguagem é um “órgão mental”. Agora: é possível, a partir daí, conjecturar se existem mais? E a resposta que dá o próprio Chomsky é, com todas as reticências que se queiram acrescentar, afirmativa. Outro órgão mental parece ser a faculdade numérica, quer dizer, o conceito de adição indefinida de elementos discretos que conduz ao infinito (Chomsky, 1980). Outro poderia ser a capacidade de manejar propriedades abstratas do espaço (Chomsky, 1980). Outro mais, a capacidade (sugerida por Piaget, como reconhece Chomsky) de desenvolver um conhecimento científico em determinados domínios (Chomsky, 1980). Ainda temos outro: a capacidade de reconhecimento de rostos (Chomsky, 1980)¹⁷.

¹⁷ A percepção de caras é seguramente a habilidade visual mais desenvolvida nos seres humanos, e é evidente que desempenha um importante papel nas interações sociais. Acreditou-se durante muito tempo que a percepção de caras estava controlada por um sistema especializado no cérebro humano, mas hoje já se sabe que diferentes partes do cérebro controlam diferentes tipos de percepção de caras. Os circuitos que percebem a identidade são distintos dos que percebem o movimento e as expressões (Gazzaniga, 2010:114-115). Note-se, por oportuno, que a capacidade de formar grupos de cooperantes que se prestam ajuda mútua é, no mundo da antropologia, a explicação melhor de que se dispõe para entender qual foi o mecanismo evolutivo que levou, dentro da linhagem humana, as vantagens adaptativas de uns seres tão indefesos desde o ponto de vista das armas naturais –colmilho, garras– como são os de nossa espécie. Acreditava-se que a chave para essa formação de grupos estáveis e cooperantes estava na capacidade humana para reconhecer rostos, fundamento mesmo da familiaridade. Ao saber quem é e quem não é membro do grupo, este conta com um mecanismo excelente de coesão. Pois bem, Frans de Waal e Jennifer Pokorny (2009) indicaram de maneira bem convincente como os monos capuchinos contam também com a capacidade para identificar rostos familiares. Averiguaram mostrando aos capuchinos fotografias diante das quais a tarefa de reconhecimento se lograva inclusive se às imagens se suprimiam a cor deixando os tons na escala de cor cinza. Os capuchinos –*Cebus apella*– são monos do Novo Mundo, distantes dos humanos por dezenas de milhões de anos de evolução separada. Mas sua conduta é em ocasiões propriamente humana. São capazes de apreciar o trato injusto e de rechaçar compromissos que o impliquem, inclusive se sacam mais vantagem aceitando um intercâmbio em inferioridade de condições que se negando a ele. Como se verá mais adiante foi também a equipe de Frans de Waal, em um experimento dirigido por Sarah Brosnan, quem colocou este dado de manifesto há cinco anos. Agora aparece outro signo de humanidade ou, melhor dito, o que os humanos são se há alcançado por uma via na qual também se encontra outros símios, que só necessitam para alcançar o grau do pensamento humano algo mais de cérebro.

Contudo, salvo que a metodologia e, quiçá, as evidências obtidas do estudo do órgão da linguagem sejam transpassáveis aos demais órgãos mentais, nos encontraríamos com que — de acordo com Chomsky— essas outras faculdades somente podem abordar-se em termos de sentido comum. A idéia um tanto intuitiva de que as estruturas da linguagem são específicas e proporcionam pouca luz sobre os demais órgãos mentais a mantém Chomsky ao longo de toda sua obra. Markson e Bloom (1997) têm estudado o *fast mapping* —aprendizagem de aspectos do significado de novas palavras em função de umas poucas exposições incidentais e retenção do conhecimento adquirido durante um período longo— em crianças, sacando a conclusão de que essa faculdade talvez não se limite ao aprendizado lingüístico. A capacidade de aprender e reter novas palavras poderia formar parte de possibilidades de aprendizado e memória que não são específicas da linguagem.

Por sua vez, a detecção por parte de Vandenberghe e colaboradores (1996) de um sistema semântico comum para palavras e imagens aponta no mesmo sentido. Como indica Caramazza (1996), isso não significa por força que a região encarregada de um “órgão” seja funcionalmente homogênea; talvez uma mesma área seja capaz de manejar distintas formas de conhecimento de maneira diferente, tal como sugerem os estudos de lesões cerebrais. Mas a identificação dessas áreas “multi-órgão” propõe, em todo caso, uma relação mais estreita da que caberia imaginar entre a semântica visual e a verbal.

Em contra do esperado, alguns dos “órgãos da mente” mencionados por Chomsky (1980) contam hoje com interpretações científicas incipientes. Assim, a faculdade numérica (Dehaene et al, 1999) ou o reconhecimento de rostos (Ó Scalaidhe, Wilson, & Goldman-Rakic, 1997). Mas seria injusto retratar a Chomsky como um autor empenhado em sustentar umas posturas que a ciência logo refuta. Em seu artigo "Explaining Language Use" (Chomsky, 1992), e ao desqualificar a possibilidade de uma investigação naturalista da intencionalidade, Chomsky já advertia que no terreno do estudo dos sistemas C-R (computacional—representacionais) se havia logrado notáveis êxitos de explicação de alguns aspectos da "semântica interna" (internalist semantics) graças às técnicas de detecção de potenciais elétricos ERP.

Cabe recordar ainda que dentro da teoria chomskiana era a sintaxe a que podia ser estudada de forma científica; a semântica somente parecia abordável por meio de explicações de sentido comum. Isso significa, pois, que mediante as técnicas modernas de detecção da atividade funcional do cérebro é possível obter explicações naturalistas

e, portanto parciais, do pensamento em parcelas antes ocultas. O próprio Chomsky chegou a propor mais tarde a necessidade de distinguir entre o sentido estrito e amplo da linguagem, incluindo neste último certas capacidades que vão mais além das considerações gramaticais rigorosas (Hauser, Chomsky, & Fitch, 2002)¹⁸.

Seja como for, para mostrar que existem módulos específicos que governam o sentido da vista, ou inclusive que a linguagem também é constitutivamente modular, parece algo no qual as ciências neurocognitivas vão trilhando o caminho do êxito. Agora: cabe estender o mesmo modelo de desenvolvimento de competências a outros módulos/órgãos mentais? Dito de outro modo: é possível entender que nossa mente também está dotada de um módulo específico para algo que tem um componente tão aparentemente difícil de manejar como, por exemplo, os juízos morais e /ou as relações sociais (e, conseqüentemente, as relações jurídicas) ou, indo mais além, as normas ou princípios morais - isto é, se há correlatos cerebrais específicos que ditam o sentido da justiça e/ou da moral?¹⁹

¹⁸ Sobre a função da linguagem, Humberto Maturana (1985) recorda que a humanidade se separou de seus ancestrais primatas pelo desenvolvimento da comunicação muito mais que pelo desenvolvimento do intelecto, já que este último é consequência daquele e não ao contrário como costuma pensar-se. Agrega que dado que nada evolui caprichosamente, este avanço em direção de uma maior linguagem deve ter também uma razão, quer dizer, devia haver “algo” que necessitava ser comunicado, algo tão importante como para produzir o salto evolutivo e, portanto, verdadeiramente responsável de que sejamos hoje quem somos. Assim que Maturana propõe que a linguagem surgiu fundamentalmente para poder comunicar afeto: a vontade de ajuda e de acompanhamento, o desejo de compartilhar conhecimento e apoio mútuo, etc. Ademais, uma vez que a linguagem significa que nos entendemos uns a outros, esse entendimento só (e somente só) se faz efetivamente em relação aos demais. A partir desta linha de pensamento não resulta difícil inferir que o homem primitivo evoluiu, perdura e se expande, quando aparece nele um verdadeiro interesse por outros, uma capacidade de vincular-se de maneira transcendente e uma conseqüente necessidade de comunicá-lo. De fato, parece razoável intuir que privados de vínculos com os demais o ser humano que hoje somos não houvesse sequer existido. Dito de outro modo, o que define um indivíduo, o que é capaz de por limite ao seu ser para separá-lo do que não é, é precisamente a presença do outro. Voltaremos a este tema mais adiante.

¹⁹ O método para descobrir o sistema de regras que subjaz aos juízos morais intuitivos pode ser comparado – tal como realizou John Rawls – com o método da lingüística moderna. Como se sabe, as regras gramaticais são tão complexas que não podem ser aprendidas em um período de tempo tão breve por um bebê que utilize algoritmos de aprendizagem geral. Em seu lugar, deve haver restrições inatas de aprendizagem que permitam a aquisição lingüística. Tais restrições implicariam que a gama de gramáticas que lhe é possível aprender resumem-se a um pequeno e altamente estruturado subconjunto de um conjunto de gramáticas logicamente possíveis. Todas as gramáticas das linguagens existentes, naturalmente, caem dentro deste subconjunto (Pinker, 1994). O interessante para o que aqui nos interessa é que a analogia nos permite compreender que deve haver restrições inatas no pensamento moral que restringem de forma similar o conjunto dos sistemas morais (e jurídicos) *humanamente possíveis* a um subconjunto relativamente pequeno de sistemas lógicos possíveis. Note-se que, como é deveras sabido, Rawls (1971) constrói uma espécie de metáfora conceitual (ou

A resposta parece ser afirmativa. O cérebro alcança sua maturidade durante a ontogenia também pelo que respeita a qualquer outro módulo ou “órgão” mental, e não somente o da linguagem. Parece razoável admitir, portanto, que nossas valorações são, em boa medida, o resultado de dois domínios em permanente estado de interação: (A) um conjunto de determinações genéticas que nos estimulam a manter atitudes morais, a avaliar e preferir, e que pertence ao genoma comum de nossa espécie; e (B) um conjunto de valores morais do grupo que é uma construção cultural, de tal forma que dita construção (e a transmissão) dos valores tem lugar de maneira histórica em cada sociedade e em cada época²⁰.

“gerador de intuição”, para usar a terminologia empregada por Dennett/2000) para expressar sua teoria da justiça: a metáfora da “posição original” na qual uns agentes - que atuam como nossos representantes - elegem a sociedade mais justa sob o véo de ignorância que lhes permite conhecer a natureza das preferências, dos gostos e dos talentos próprios e alheios - mas não dispor de determinadas noções morais gerais de pessoa e de sociedade como sistema de cooperação social; uma forma mais simples de expressar este pensamento de Rawls seria algo como isto: “Concebe sempre tuas regras como se não souberas se estás ao princípio ou ao final da ordem hierárquica” (por exemplo, um presumível sistema dos inuit -esquimós- para repartir a comida é um exemplo prático deste princípio de Rawls: o indivíduo que corta a comida é quem fica com o último troço). Nessa situação de incerteza radical, Rawls conjectura que os representantes, restringidos pelas noções morais consignadas, optariam razoável e racionalmente - guiados por uma regra *maximin* de eleição em condições de incerteza - por seu critério *leximin* de justiça. E como o igualitarismo e os bens primários de Rawls podem entender-se como um compromisso entre as liberdades, a igualdade e a eficiência econômica (quer dizer, no esquema rawlsiano, a liberdade e a eficiência econômica são valores que competem com a nivelção igualitária), a única forma de agregar magnitudes tão heterogêneas até construir um índice de bens primários é a de impor para eles uma ordem de prioridades *lexicográficas*, ou seja, como a ordem com que se armazenam as palavras em um dicionário. Isso implica, aproximadamente, que embora os bens heterogêneos não possam comparar-se entre si, pode-se estabelecer uma hierarquia entre eles pelo estilo de: primeiro as liberdades públicas iguais para todos, logo a *equitativa igualdade de oportunidades*, e finalmente, a distribuição de ingressos de acordo com um princípio *maximin*. Entre duas sociedades que respeitem por igual aos dois primeiros princípios (liberdades e igualdade equitativa de oportunidades), preferiremos aquela na qual os mais pobres vivam melhor; entre duas sociedades que respeitem por igual os dois primeiros princípios e nas quais os mais pobres tenham o mesmo nível de ingressos, preferiremos aquela na qual os segundos mais pobres vivam melhor; entre duas sociedades que respeitem os dois primeiros princípios e nas quais os mais pobres e os segundos mais pobres tenham o mesmo nível de ingressos, preferiremos aquela na qual os terceiros mais pobres tenham melhores ingressos; e assim sucessivamente. Dizendo de outro modo, por grandes que sejam os ingressos, em um índice lexicográfico de bens primários, nunca poderiam compensar umas minguadas oportunidades de conseguir um tratamento igualitário, e por folgadas que possam ser estas últimas, nunca poderiam compensar a falta de liberdades públicas básicas.

²⁰ Como recorda Camilo J. Cela-Conde (1999), esses dois patrimônios coletivos (genes/cultura) também têm uma expressão individual: eles confluem em um ser humano particular. Parece, assim, necessário acrescentar aos dois domínios acima indicados um terceiro domínio denominado de “atualização” ética, cujo sentido ontológico é diferente dos dois precedentes e que pode vir a tornar viável uma concepção ética universalista e, dessa forma, evitar a bancarrota dos chamados direitos humanos. O novo domínio de atualização

Da interação resulta um universo de preferências que não é livre de tomar qualquer caminho. Nossas valorações resultam determinadas a grandes traços pela tendência inata a determinadas condutas, que pode considerar-se a verdadeira fonte dos valores humanos. E parece importante ter esta circunstância em boa conta, na medida do possível, porque as valorações morais e jurídicas compartilhadas são as que têm mais probabilidades de êxito no contexto de uma existência essencialmente social. E convém aproveitar o melhor delas, muito particularmente, à hora de criar e adequar os preceitos éticos e normativos a sua sólida realidade se queremos que funcionem, mais do que extrair-lhes de voláteis e contingentes ideologias ou utopias.

Como sustenta Damasio (2001), os valores éticos constituem estratégias adquiridas para a sobrevivência dos indivíduos de nossa espécie, mas tais habilidades adquiridas encontram um apoio neurofisiológico nos sistemas neuronais de base que executam as condutas instintivas. Os processos cerebrais que têm uma relação com as emoções estão profundamente articulados com os que realizam cálculos de avaliação, mediante o estabelecimento de redes neuronais que conectam o lobo frontal com o sistema límbico²¹. Assim que se o juízo moral e ético-jurídico está baseado em

ética é totalmente individual: ele toma corpo em uma combinação duplamente única de alelos, por um lado; e de valores, por outro, que confluem no cérebro de cada indivíduo, ou se preferirmos, em seu espírito. A atualização de todas as combinações genéticas e ideológicas possíveis se realiza, em cada um de nós, de forma individual e única. E não se poderá compreender como se articulam as duas dimensões (da motivação da ação moral e os critérios éticos), sem compreender a forma pela qual se realiza o processo do conhecimento em nosso espírito – ou seja, sem entender a importância do cérebro na compreensão dos fenômenos mentais. Em realidade, ainda não se pode dizer grande coisa sobre este processo. Mas parece razoável supor que a chave para compreender as relações entre natureza humana e construção cultural, entre indivíduo e sociedade, consiste em evitar os dois tipos de dualismo: o que separa o indivíduo de seu grupo social e o que distingue o espírito do corpo. Daí que, se existe alguma esperança, ainda que remota, será, uma vez mais, nossa natureza humana a responsável em fornecê-la; ou, talvez, seria melhor dizer, a neurobiologia, uma vez que ela será medida por sua adesão ao que há de comum em nossa inerente e compartilhada humanidade. Ela é a que pode dar argumentos a favor da existência de universais éticos e jurídicos, desses que John Rawls considerava princípios essenciais da justiça. Afinal, uma vez que todos os homens têm um cérebro cujos grandes princípios de organização e funcionalidade são os mesmos para o conjunto da humanidade, os valores de “vida justa”, “o ideal de vida justa”, “com e para os outros” de acordo com os termos de Paul Ricoeur, que cada um concebe, podem perfeitamente ser compartilhados, em detrimento das diferenças culturais e de opinião a primeira vista inconciliáveis.

²¹ O termo *sistema límbico*, introduzido a meados do século XX, implica uma unidade funcional entre certas estruturas cerebrais, como o córtex órbito-frontal, o córtex cingulado, a amígdala e o hipocampo, assim como as conexões entre elas (também se incluem as vezes certos núcleos talâmicos e hipotalâmicos). E não obstante ao fato de que as investigações mais recentes estejam pondo em dúvida esta unidade funcional, o termo *sistema límbico* segue utilizando-se por uma questão de tradição. Já a amígdala (que desempenha um papel central nas emoções) é uma estrutura subcortical que forma parte do “sistema límbico” e é

raciocínios que provocam cálculos de avaliação, mas também em emoções e sentimentos morais produzidos pelo cérebro, não pode ser considerado como totalmente independente da constituição e do funcionamento deste órgão adquirido na história evolutiva própria de nossa espécie²²- quer dizer, são nossas emoções, e não

filogeneticamente antiga, o que sugere que os mecanismos das emoções começaram a emergir em estágios relativamente adiantados da evolução. Em contraste, durante anos a suposição tácita era que a parte mais jovem do cérebro, o neocórtex, estava implicada na deliberação desapassionada, racional e emocionalmente neutra. Isto implicava uma clara dicotomia em nosso mundo interior: o mundo interior da emoção, governado pelas “cálidas” e irracionais estruturas límbicas subcorticais, e o mundo interior do pensamento racional, governado pelo “frio” e “emocionalmente indiferente” neocórtex. Sem embargo, esta dicotomia era demasiado bonita para ser certa, e, com efeito, não o era. Hoje já se sabe, com acentuado grau de precisão, que a experiência emocional e a expressão emocional claramente implicam o neocórtex: a cognição e a emoção são inseparáveis e se acham necessariamente entrelaçadas e reciprocamente implicadas em todo processo de tomada de decisão, sendo que nesta união estão implicados também os dois hemisférios cerebrais. Significa dizer que, ademais da interconexão fronto-límbica, a representação cortical das emoções também está dividida: o hemisfério esquerdo (quase sempre o hemisfério dominante, responsável pela linguagem, a fala e a resolução de problemas importantes e tem a rara tendência a interpretar o comportamento e inventar histórias) está implicado nas emoções positivas e o hemisfério direito (que geralmente tem a vantagem nas tarefas viso-espaciais, o reconhecimento de caras, o seguimento atencional e que somente é capaz de expressar-se através de reações não verbais) , nas emoções negativas. E o que é mais, não somente tudo o que fazemos está marcado pelo colorido das emoções (que em boa medida são subconscientes) como as diferenças nos estilos emocionais e sua relação com os dois hemisférios parecem ser inatas, ou ao menos aparecem muito cedo na vida: se há observado que a ativação frontal esquerda é especialmente forte nas crianças de dez meses de temperamento alegre, enquanto que a ativação frontal direita é especialmente forte em crianças choronas e tristes de idade parecida (Goldberg, 2006; Haidt, 2006 ; Norman, 2004). Um papel importante nessa relação entre emoção/razão é exercido pelo córtex cingulado anterior, área do sistema cerebral que se ativa quando não há equilíbrio entre emoção e razão, isto é, uma região do cérebro especializada em detectar erros e decisões que vão contra as tendências gerais da conduta das pessoas. Esta região funciona como um árbitro detector de conflitos entre respostas predominantemente racionais baseadas no córtex pré-frontal e respostas emocionais baseadas na amígdala. E como é ademais uma região muito conectada com os sistemas motores, pode controlar a conduta em curso e incitar a modificá-la quando detecta um erro, uma incongruência ou um conflito no estado mental da pessoa: à diferença do córtex orbitofrontal, que seria mais importante para modificar condutas e atitudes respeito a considerações futuras, o córtex cingulado anterior está mais pendente do que passa em cada momento e pode ativar-se, portanto, quando a conduta em curso deva ser modificada imediatamente. Para um pormenorizado estudo sobre a neurociência das emoções (particularmente da identificação e funcionamento dos diferentes módulos ou sistemas cerebrais subjacentes às distintas classes de comportamento emocional – ou seja, das bases biológicas de nossas emoções e memórias), cf.: LeDoux, 1998; Perna, 2004; Morgado, 2007. Já para uma análise crítica e filosófica acerca do impacto que o rol das emoções (nomeadamente a vergonha e a repugnância) tem em nossas vidas individuais e sociais e, em particular, na aplicação do direito, ver Maroney, 2006 e Nussbaum, 2006, 1995; desde uma perspectiva estritamente filosófica, Solomon, 1999.

²² O cérebro humano não caiu do céu, nem é um artefato inescrutável de origem desconhecida e já não há nenhuma razão sensata para estudá-lo deixando de lado o processo causal que lhe deu origem. Os mecanismos cognitivos em desenvolvimento que constituem coletivamente a arquitetura da mente humana adquiriram sua organização funcional particular a partir do

somente a razão, a garantia de nossos compromissos e comportamentos morais: as frequentes interações sociais ao longo de nossa evolução deixaram marcas na mente humana que favorecem nossas intuições e emoções morais, levando ao desenvolvimento de sentimentos que tem que ver com nossas relações com os demais, e ao que chamamos de sentido de justiça.

De ser assim, nos encontramos com um papel importantíssimo da convivência social: o de dirigir o componente inato humano até certos domínios particulares. Cabe imaginar numerosos guiões evolutivos nos quais um esquema assim, de interação entre a natureza individual de seres que vivem em grupos e a presença de valores culturais coletivos, proporciona vantagens adaptativas ingentes. Mas dentro dessa multitude de hipóteses há uma que estamos obrigados a considerar de imediato: a do direito como parte desse entorno cultural. A “segurança” e a “certeza” jurídica podem ser entendidas muito bem dentro do modelo como expressão sócio-cultural da solução aos problemas adaptativos relacionados com a capacidade e necessidade de predizer as ações dos membros do grupo e suas consequências.

A origem e evolução de nosso “comportamento contratual”, quer dizer, do direito como artefato da cultura, não é um produto cultural que responde muito direta e racionalmente às condições totalmente recentes, senão um aspecto intrinsecamente humano e tão próprio de nossa espécie que, expandidos múltiplas vezes a uma

processo de evolução: os mecanismos domínio-específicos ou módulos cognitivos são adaptações produzidas pelo processo evolucionário que atuou sobre nossos ancestrais caçadores e coletores (Cosmides e Tooby, 1994). Dito de outro modo, a mente é o cérebro, ou, mais especificamente, um sistema ou organização dentro do cérebro que evoluiu bastante do mesmo jeito que nosso sistema imunológico ou sistema respiratório ou sistema digestivo. Nas palavras de Allman (2003), o cérebro evoluiu como um amortecedor das variações ambientais, quer dizer, como um órgão que faz possível os câmbios necessários na fisiologia e o comportamento para compensar ou contra-arrestar os câmbios ambientais negativos e manter aos organismos adaptados a seu meio externo, garantindo desse modo sua sobrevivência e perpetuação reprodutiva. Como tantas outras maravilhas naturais, o cérebro e a mente humana é uma espécie de saco de mágicas, reunidas ao longo das eras pelos processos sem previsões da evolução por seleção natural. (Dennett, 2006; Marcus, 2010; Linden, 2010; Chabris e Simmons, 2010). Como recorda Gazzaniga (2010: 139-140), muitos investigadores que *“actualmente estudian la moral y la ética sugieren que tenemos módulos que han evolucionado para afrontar circunstancias específicas comunes a nuestros ancestros cazadores-recolectores. Nuestros ancestros vivían en un mundo social compuesto de grupos de individuos en su mayoría emparentados. De vez en cuando, se encontraban con otras bandas de individuos, entre ellos parientes más próximos y parientes más lejanos, si bien todos debían enfrentarse con los problemas de la supervivencia, incluidos los de comer y no ser comidos. Se trataba de un mundo social; por consiguiente, las circunstancias específicas a las que tenían que enfrentarse a menudo conllevaban lo que hoy consideraríamos problemas morales o éticos. Estos módulos producen conceptos intuitivos específicos que nos han permitido crear las sociedades en las que vivimos”*.

dimensão coletiva, evoluíram em preceitos morais e normas jurídicas. E se é correta a inferência de que estes preceitos e normas necessitam de determinados mecanismos cerebrais para ser processados, é preciso explicar qual é a razão da existência e a forma de funcionamento de ditos mecanismos.

Isto permite entender que os preceitos morais e as normas jurídicas não somente estão guiados, em última instância, por nossa arquitetura cognitiva integrada funcionalmente em módulos ou domínios específicos (funcionalmente independentes)- sempre que, repetimos, entendamos estes como redes neuronais que enlaçam zonas diversas do cérebro -, que em grande medida dita arquitetura é inata (embora necessite dos estímulos ambientais – procedentes em primeiro termo do entorno social e lingüístico – para completar-se durante o amadurecimento ontogenético do indivíduo), senão também que são o resultado de um longo caminho de adaptação ao largo do tempo transcorrido desde o aparecimento de nossa espécie²³.

Por outro lado, e na mesma medida, tal como sustenta Sperber (1985), também acaba por explicar, como mínimo, que o suposto implícito em muitas teorias da transmissão cultural de que a mente é um processador de informação equipotencial – o suposto de que as representações mentais com distintos conteúdos são igualmente fáceis de ser transmitidas – é falso: as representações cujo conteúdo encaixa em um domínio para o qual temos mecanismos especializados serão transmitidas de modo muito distinto daquelas que não encaixam nesse domínio; em segundo lugar, acaba com a grande dúvida sobre se o indivíduo é um receptor passivo da transmissão cultural (tal como defendido pelo relativismo cultural, no sentido de que todos os aspectos da conduta humana se aprendem, diferem e podem diferir por completo em distintas culturas), o que, de fato, não o é: *é a mente humana a que impõe restrições significativas para a percepção, a transmissão e o armazenamento discriminatório de representações culturais*. Em palavras de Pinker (1994: 94), “ *a complexidade da mente não se deve à aprendizagem, senão que o aprendizado se deve à complexidade (modular) da mente humana*”.

²³Note-se que a acumulação e a transmissão cultural é, por sua vez, adaptativa desde sua própria origem ao permitir que os indivíduos diminuam o tempo e os custos necessários para o aprendizado (individual e social) de uma conduta em termos de eficácia evolutiva (Boyd e Richerson, 1985, 1995; Castro Nogueira et al., 2008). E relativamente ao artefato cultural denominado “direito” caberia dizer o mesmo.

Sigamos, pois, por essa linha apontada. Os traços que, ademais da linguagem, distinguem melhor aos seres humanos dos outros primatas são o juízo moral, a estética e as crenças religiosas – para deixar de lado outros também notórios como o sentido musical – sendo que os dois primeiros já contam com evidências experimentais acerca de quais são os correlatos cerebrais dos processos cognitivos que subjazem à ética e a estética. Pois bem, do que trataremos aqui diz respeito aos correlatos que no cérebro parecem ditar o sentido do comportamento moral e da justiça, tratando de relacionar e delimitar as possíveis implicações dessas evidências com o atual problema metodológico da interpretação jurídica.

4. Cérebro e neuroplasticidade: plasticidade sináptica neuronal

No final do século XX e início do XXI, os avanços nas neurociências mostraram evidências favoráveis à plasticidade neural²⁴, isto é, a capacidade que o

²⁴ Parece haver sido William James, o pai da psicologia experimental em Estados Unidos, o primeiro a introduzir o termo *plasticidade* na ciência do cérebro quando postulou, em 1890, que a “*matéria orgânica*”, especialmente o tecido nervoso, “*parece estar dotado de um grau extraordinário de plasticidade*”. A plasticidade, conceito que se opõe diretamente ao de rigidez, significa que as neuronas mantêm em todo momento sua capacidade para modificar a eficácia com a que se transmite a informação. É exatamente o antônimo de rigidez: demonstra que o cérebro é maleável, designa comumente sua capacidade/faculdade de adaptação, sua aptidão para evoluir. Em efeito, segundo sua etimologia – do grego *plassein*, modelar -, a palavra “plasticidade” tem dois significados fundamentais: a capacidade de *receber forma* e a capacidade de *dar forma*. Falar de plasticidade do cérebro leva-nos, pois, a considerar o cérebro como “*una instancia a la vez modificable, ‘formable’ e formadora*” (Malabou,2007). A plasticidade cerebral parece operar em três níveis: a) o modelado das conexões neuronais - plasticidade no desenvolvimento do embrião e do bebê- ; b) a modificação de conexões neuronais – plasticidade de modulação do efeito sináptico durante toda a vida-; c) a capacidade de reparação – plasticidade depois de determinadas lesões. Dito de outro modo, a plasticidade neuronal gira em torno de uma comprovação comum: a experiência deixa uma marca. Esta afirmação foi confirmada de modo experimental por aportes recentes da neurobiologia, que mostram como a plasticidade da rede neuronal permite a inscrição da experiência (Kandel, 2000). Dita plasticidade, considerada hoje na base dos mecanismos da memória e da aprendizagem (Malenka, 2003), é fundamental para a neurobiologia, já que possibilitou sair da visão estática do sistema nervoso. Atualmente, se sabe que os elementos mais finos do processo de transferência de informação entre os neurônios, ou seja, as sinapses, sofrem uma remodelação permanente em função da experiência vivida (quer dizer: que a experiência pode modelar as conexões neuronais e a estrutura fina a medida que determinados padrões de atividade elétrica dão lugar à expressão de certos genes – Linden, 2010: 171). Os mecanismos de plasticidade operam ao largo de toda a vida do indivíduo e determinam de maneira

cérebro tem para ser modelado pela experiência (Linden, 2010). Indicaram a neurogênese no cérebro adulto, as bases moleculares da memória e da aprendizagem e a existência de milhares de sistemas trabalhando de forma integrada (Jones, 2000). Atualmente, cada vez mais se busca identificar nas estruturas cerebrais o que se observa em termos comportamentais. Contudo, questões sobre como as redes sinápticas estão organizadas e como exatamente funcionam ainda estão longe de serem totalmente compreendidas.

Estudos sobre o desenvolvimento formulam perguntas sobre como as estruturas cerebrais iniciais e as conexões sinápticas que vão sendo estabelecidas com as experiências possibilitam os inúmeros comportamentos e processos cognitivos humanos (Karmiloff-Smith, Plunkett, Johnson, Elman, & Bates, 1998; Lametti & Mattar, 2006; Quartz & Sejnowski, 1997, entre outros). Eles indicam que as interações humanas criam as conexões neurais a partir das quais a mente emergiria. Sem essa experiência crucial de relacionamento com os outros o desenvolvimento ficaria seriamente comprometido (Rochat & Striano, 1999; Rovee-Collier, 2000). As

significativa seu devier. E embora estes mecanismos de plasticidade neuronal tenham sido estudados especialmente no contexto dos processos de aprendizagem e de memória, cabe pensar que podem envolver qualquer experiência vivida por um indivíduo e, especialmente, o que as neurociências contemporâneas chamam de memória emocional (LeDoux, 1996; Ansermet e Magistretti, 2006). Em resumidas contas, as investigações sobre plasticidade sugerem que o cérebro está bem preparado para a aprendizagem permanente e a adaptação ao meio, que esta propriedade essencial do cérebro consiste na habilitação de sinapses e que depende criticamente de quanto se as use. Seja como for, o certo é que o conceito de plasticidade neuronal é muito complexo e se continua aprendendo constantemente sobre ela. Parece que diferentes funções cognitivas mostram diferentes tipos de plasticidade. A língua materna, por exemplo, permanece conosco toda a vida. Com raras exceções, teremos sotaque em qualquer segunda língua que aprendamos após a infância. Este é um exemplo de plasticidade precoce na vida. Este tipo de plasticidade é como uma porta que se abre e logo se fecha. Em qualquer caso, outras habilidades que aprendemos sugerem outras metáforas, quiçá a de uma bola de goma. Este tipo de plasticidade está associado com a aprendizagem de destrezas. Praticar uma destreza literalmente cambia o cérebro, e o mesmo sucede com a falta de prática! Este processo não é menos forte na maturidade que na infância. O cérebro, como o corpo, tem poderes de auto-curação e os faz aflorar quando há dano cerebral. Sem embargo, em muitas desordens do desenvolvimento não há dano cerebral. Em câmbio o cérebro se desenvolve de forma anormal, talvez somente em termos de conexões entre regiões cerebrais. Também neste caso a aprendizagem compensatória é possível e o desenvolvimento pode ser reorientado. Algumas funções cognitivas, em caso de dano ou defeito, resultam não obstante mais difíceis de reorientar que outras. Certamente, os fatos que ocorreram em idade precoce podem afetar-nos profundamente durante toda nossa vida. Um exemplo é a má nutrição inclusive antes de nascer. Mas ainda não sabemos se isto é mais certo para alguns fatos que para outros. Em síntese, a idéia fundamental é que, depois de tudo, o cérebro se passa todo o tempo reorganizando-se, redistribuindo recursos, regenerando-se em alguns casos, ou seja, de que parece ser iniludível a idéia da plasticidade dinâmica do cérebro (Linden, 2010).

interações sociais são de natureza simbólica, como destaca Mead (1934) e modificam as estruturas cerebrais (LeDoux, 2002).

A questão de como a mente emerge do cérebro em desenvolvimento envolve inúmeros outros problemas (cf. Ramachandran, 2004). Como a consciência surge em meio às redes neurais? Como a atividade neural origina o sentido de sermos seres conscientes? A experiência do *self* seria resultante do funcionamento cerebral global ou seria resultante da atividade de determinados circuitos cerebrais interligados? Qual seria a natureza do *self* e qual a relação deste com o cérebro? Temos acesso aos nossos estados mentais e em que medida isso difere do que podemos "ler" sobre o estado mental dos outros? Como um impulso elétrico ativa proteínas e neurotransmissores configurando uma ação intencional? Como pensar a relação entre plasticidade cerebral e modularidade? Esta última questão tem sido bastante discutida por diferentes perspectivas.

Recentes estudos nas neurociências possibilitam um entendimento cada vez mais preciso sobre como os circuitos neurais incorporam e consolidam experiências passageiras em eventos duradouros de nossa memória (Kandel, 2001). A importância dessas investigações tem sido a de indicar a complexa relação que existe entre a organização de estruturas supramoleculares envolvidas com as sinapses e os repertórios comportamentais. Estudos envolvendo a neurobiologia do desenvolvimento apresentaram um avanço considerável nas últimas décadas em várias áreas relacionadas com a geração, proliferação, sobrevivência e organização de neurônios (Carlén, Meletis, Barnabé-Heider, & Frisé, 2006; Jessell & Sanes, 2000, Zito & Svoboda, 2002). Resta compreender como estão relacionados com aspectos cognitivos e comportamentais, considerando a múltipla interação dos planos biológico e social. Ou seja, como as experiências individuais permitem a constituição da experiência de *self* no mundo social.

O *self* pode ser definido, de maneira geral, como a representação mental da experiência pessoal consciente, que inclui processos de pensamento e um corpo físico (Gazzaniga & Heatherton, 2005), isto é, que os componentes centrais de seu conceito têm que ver com a estrutura do corpo, os estados viscerais e os mecanismos neuronais que representam e regulam os processos biológicos básicos, assim como com os fundamentos da própria identidade - quer dizer, que sendo o agente chave no processo cérebro-mente que gera estados de subjetividade, está constituído pela estrutura neuronal e os estados neurobiológicos que, prescindindo de inferências lingüísticas,

nos permitem saber que as imagens que percebemos são nossas e não de outro (Damasio e Damasio, 2006: 23-32). Possuímos o sentido de termos nossas próprias experiências em uma continuidade integrada ao longo do tempo e da história. Sabemos quem somos, o que nos caracteriza como indivíduos e nos diferenciamos dos outros. Por volta dos dezoito meses, desenvolve-se o senso inicial de *self*, como mostra o estudo clássico de Lewis e Brooks-Gunn (1979) sobre auto-reconhecimento diante de um espelho.

Sedikides e Skowronski, (1997) distinguem alguns níveis de *self*, sendo que a maioria dos animais experienciarão o *self* mínimo. Destacam esses autores que o *self* simbólico (*self* narrativo) seria uma adaptação relativamente recente das pressões evolutivas e seria único para os humanos. James (1890/1950) e Mead (1934) diferenciaram o *self* como o "eu" que conhece, escolhe, planeja e o *self* como o objeto que é conhecido ou objeto de atenção que é conhecido como autoconsciência. Para esses autores, o bebê nasce com um senso mínimo de *self* que se desenvolve por intermédio das interações sociais. Autores (Gazzaniga & Heatherton, 2005; Sedikides & Skowronski, 1997) destacam crescente número de evidências empíricas que apontam para o papel dos lobos frontais na autoconsciência. Essas estruturas seriam importantes para a memória e para a interpretação de eventos, além de ser compatível com o fato de que os lobos frontais seriam uma adaptação evolutiva recente e estariam pouco desenvolvidos no nascimento (Rapoport & Gogtay, 2008). Ponderam que a ausência de autoconsciência simbólica em animais não-humanos e bebês pequenos poderia ser devido ao fato de o *self* se desenvolver com os lobos frontais.

Assume-se aqui uma perspectiva interacionista, pois se supõe que a individualidade é construída a partir da interação de uma identidade genética com experiências sensoriais e cognitivas. James (1890/1950) destaca que o *self* de cada um modifica-se de acordo com o contexto social. Estudos nas neurociências (LeDoux, 2002) vêm tentando conectar o social e o biológico nas explicações sobre os processos humanos. O foco das visões que buscam essa integração é saber como o nosso cérebro registra, organiza e interpreta as experiências que são integradas em um processo dinâmico e coeso, no qual passado, presente e futuro coexistem. Esse entendimento pode contribuir para explicar características de personalidade, formas de interagir com os outros, modos de construir, transmitir e internalizar valores sociais.

4.1. Cérebro e ambiente: uma relação interativa

Para a psicologia evolucionista, o cérebro humano é um aparato computacional complexo no qual diversos dispositivos especializados funcionam de maneira integrada (Duchaine, Cosmides, & Tooby, 2001). As investigações da abordagem evolucionista procuram mapear os programas cognitivos - a circuitaria neural - selecionados ao longo da história evolutiva. Isso corresponderia a identificar, em alguns comportamentos, o substrato da "natureza humana", aqui entendida como a arquitetura neural e computacional típica da nossa espécie e que caracteriza a mente e o cérebro dos seres humanos com as regras de processamento de informações (Cosmides & Tooby, 2000).

Esses estudos lançam hipóteses sobre o funcionamento da arquitetura mental, mas não respondem a perguntas sobre como fatores genéticos e ambientais interagem na organização cerebral. Em outras palavras, não se sabe como a plasticidade das estruturas neurais ou um pré-estabelecimento genético das mesmas podem explicar a configuração do sistema cerebral ao longo do desenvolvimento. Nos circuitos sinápticos é integrada a informação entre estímulos ambientais e respostas do organismo. A plasticidade cerebral, cujo grau varia segundo a região do cérebro e em função do estado de desenvolvimento, permite adaptações nos variados contextos sociais e faz parte da arquitetura neural da espécie (Doidge, 2009)²⁵. Essa característica biológica não significa inflexibilidade no âmbito social, ao contrário, é o que possibilita os intercâmbios sociais.

a) Formação do cérebro: aspectos biológicos

O cérebro humano é composto por mais de cem bilhões de neurônios intrinsecamente conectados que permitem desde a regulação de funções básicas, como

²⁵ Note-se, por oportuno, que essa habilidade para adaptar-nos às circunstâncias cambiantes do mundo no qual vivemos (mediante variações nos parâmetros biológicos, “precabeables para ser maleables”), “ocorre sólo dentro de límites claramente definidos [...]: la plasticidad y el aprendizaje permiten que la organización intrínseca de los sistemas nerviosos se enriquezca, pero sólo dentro de límites predeterminados” (Llinás, 2003: 64).

a respiração, até tarefas elaboradas, tais como acreditar em uma idéia (LeDoux, 2002). Todas as condutas humanas, sejam elas explícitas ou implícitas, são possibilitadas por essas redes neurais. Contudo, os neurônios apenas não são suficientes para explicar essas condutas. A experiência de cada um parece unir as dimensões social e biológica. Psicólogos e biólogos têm procurado uma forma mais integrada de abordar essa questão.

Nos seres humanos, grande parte dos neurônios é formada em um período que antecede o nascimento. O pico de produção pode chegar a aproximadamente 250.000 neurônios por minuto (Cowan, 1979). Esse processo é controlado por diversos fatores que se difundem no tubo neural. Os genes atuam na produção de proteínas que, por sua vez, regulam a produção dessas células. Descrito dessa forma, pode parecer que o desenvolvimento embrionário depende unicamente de um comando genético. Entretanto, fatores epigenéticos desempenham um papel crucial nesse processo (LeDoux, 2002; Linden, 2010)²⁶.

Um dos objetivos dos estudos psicobiológicos em curso é destacar a importância de entender como processos que obedecem a mecanismos físicos e químicos de dimensão molecular microscópica interagem com dinâmicas sociais, culturais e históricas, de dimensão macroscópica; como esses fenômenos integrados a partir de estudos em seres humanos e em modelos animais apontam para diferentes papéis da experiência ao longo do desenvolvimento de uma pessoa. Essa influência parece ser crucial nos chamados *períodos sensíveis*, nos quais os circuitos neurais estariam mais vulneráveis ou sensíveis a mudanças. Outro ponto que alguns teóricos (Johnston, 2004; Kandel, 2000; Ledoux, 2002) têm defendido, a partir de evidências empíricas, é que para que seja possível a ocorrência de um comportamento, várias estruturas devem participar de maneira integrada. Uma habilidade parece depender de um conjunto de estruturas articuladas e isso pode funcionar como uma forma de proteção (Johnston, 2004). Segundo este autor, se uma estrutura for lesionada, a função pode ser mantida por outras que também participam, em graus diferentes, da tarefa. Se apenas uma estrutura possibilitasse uma função, o risco de perda seria maior para o sistema cerebral (Doidge, 2009).

²⁶ Por exemplo, em determinados casos de ingestão de álcool, drogas (Kotch & Sulik, 1992) ou agentes antidepressivos (Leonardo & Hen, 2006) no período inicial da gestação, a produção neural sofre alterações e podem ocorrer quadros de anencefalia, espinha bífida ou comportamentos de ansiedade nos filhos (Leonardo & Hen, 2006).

b) Formação do cérebro: a busca de integração entre os planos biológico e social

Na atualidade existem poucas evidências de que o cérebro humano de um recém-nascido possa ser comparado a uma *tabula rasa* à espera de ser preenchido pela experiência (Cosmides & Tooby, 2000; Pinker, 2002; Hauser, 2006). Há comportamentos em bebês que parecem resultar de elaborados programas estabelecidos pela evolução. Esses programas seriam automáticos, não aprendidos e possibilitariam respostas complexas, rápidas e eficientes, o que sustenta a hipótese da especificidade neural e dos módulos mentais esculpidos pela seleção natural.

No entanto, não parece defensável a posição de que os comportamentos seriam apenas geneticamente determinados, resultantes exclusivamente de mecanismos ou programas biológicos que nos impelem a agir, pensar e sentir de um modo particular. Nem é isso que os defensores de módulos mentais pré-programados alegam. Ao contrário, a tendência atual, que tem recebido contribuições importantes das neurociências, sustenta que os circuitos cerebrais emergem e são moldados a partir de uma combinação de influências genéticas e ambientais (LeDoux, 2002; Ridley, 2004). O antigo debate natureza e cultura tem sido substituído pela questão de como ambos - interagindo nas experiências dos sujeitos - contribuem para a construção do cérebro e para o estabelecimento de sinapses (LeDoux, 2002; Ridley, 2004). Os seres humanos têm a capacidade biológica (natureza) de construir e comunicar para os outros as coisas que aprenderam no âmbito social (cultura). Deve-se considerar tanto a marca que a experiência deixa em nosso cérebro quanto a herança ancestral carregada pelos genes que influenciam a organização funcional e estrutural de nosso cérebro (LeDoux, 2002). A modelagem das conexões sinápticas depende tanto dos genes quanto da experiência (LeDoux, 2002).

A construção da intersubjetividade, o desenvolvimento do *self*, a consciência de si e dos outros, o conhecimento social, a capacidade de entender as intenções alheias, de formular juízos de valor, entre tantas outras capacidades, só se constituem na interação e pela interação com os outros (Ramachandran, 2004). Não seria possível um ser humano se desenvolver como tal se fosse criado em isolamento social (Rochat & Striano, 1999; Rovee-Collier, 2000). Pode-se dizer, a partir desses estudos, que a

condição de possibilidade é biológica e a condição material ou a forma específica de nos tornarmos pessoas de um modo particular é modulada pela dimensão social.

Se os organismos não são uma *tabula rasa*, ou seja, se existem programas que predispõem a agir de certas maneiras, temos a possibilidade teórica de o cérebro apresentar módulos especificados. Com isso deparamo-nos com o problema de explicar a grande adaptabilidade do cérebro frente aos variados ambientes sociais e culturais ao longo da história. Como é possível a plasticidade em um sistema composto por programas que levam o organismo a agir de determinado modo?

c) Plasticidade Sináptica e o desenvolvimento do cérebro

O termo plasticidade sináptica (um processo em que interconexão do cérebro a uma escala mais sutil e fina vem guiada por padrões de atividade, que permitem que a experiência modele a força e a pauta das conexões sinápticas) refere-se - como já indicado antes - às respostas adaptativas do sistema nervoso frente aos estímulos percebidos. A maioria dos sistemas no cérebro são plásticos, ou seja, são modificados com a experiência, o que significa que as sinapses envolvidas são alteradas por estímulos ambientais captados por alguma modalidade de percepção sensorial. O conceito de plasticidade sináptica foi definido há mais de um século pelo fisiologista Charles Sherrington e é uma propriedade essencial do desenvolvimento e uma das principais funções cerebrais. Em concordância com o conceito de plasticidade, LeDoux (2002) sustenta que o cérebro é muito sensível ao ambiente, e isso não é incompatível com um funcionamento possibilitado (mas não determinado) pelos genes. A experiência permite a aquisição de conhecimentos e de informações pelo sistema nervoso provocando alterações anatômicas em diversos locais do encéfalo e essas alterações modificam a intensidade das conexões entre as células.

As modificações sinápticas não se restringem a algum período do desenvolvimento e ocorrem em todos os momentos em que há aprendizagem (Kandel, 2000). O cérebro adulto se adapta constantemente aos estímulos e essa plasticidade não se manifesta apenas em comportamentos de aprendizagem e memória que indicam

a base biológica da individualidade. Essas mudanças dinâmicas são visíveis no processamento do sistema nervoso e podem ser estudadas de forma mais consistente no principal local que envolve a troca de informações no cérebro: a sinapse.

d) Sinapse e plasticidade

Depois de um século de descobertas, as sinapses foram inicialmente agrupadas em elétricas e químicas, caracterizadas tanto pelo fluxo de correntes elétricas quanto pela liberação de mediadores químicos chamados de neurotransmissores (Kandel, 2000). Há também sinapses eletro-químicas, onde coexistem diversos tipos de moléculas sinalizadoras. A sinapse pode ser fisicamente representada por uma fenda nanométrica separando duas estruturas especializadas num terminal pré-sináptico que irá influenciar (e poderá ser influenciado por) uma região pós-sináptica. Estima-se que cada um dos bilhões de neurônios que formam o sistema nervoso é capaz de formar milhares de sinapses individuais, excitatórias, inibitórias ou regulatórias, aumentando a complexidade do sistema nervoso (Kandel, 2000). Santiago Ramón y Cajal²⁷, em 1896, foi o responsável pela introdução do conceito de polarização dinâmica, sugerindo que os neurônios apresentavam-se assimétricos em sua estrutura, envolvidos com o fluxo diferenciado de informação de circuitos funcionais no cérebro.

Hebb (1949) previu uma forma de plasticidade sináptica decorrente da sincronia dos neurônios pré e pós-sinápticos. O disparo elétrico em alta frequência levaria, por associação, ao fortalecimento das respostas sinápticas, caracterizando o processo de aprendizagem²⁸. Essa previsão foi constatada algumas décadas após com a

²⁷ Note-se que não obstante o fato de que os resultados experimentais que demonstram a existência de plasticidade neuronal sejam recentes, a hipótese já havia sido formulada por Ramón y Cajal (1909-1911) há mais de um século: “*Las conexiones nerviosas son, pues, ni definitivas ni inmutables, ya que se crean, por decirlo de algún modo, asociaciones de prueba destinadas a subsistir o a destruirse según circunstancias indeterminadas, hecho que demuestra, entre paréntesis, la gran movilidad inicial de las expansiones de la neurona*”.(cf. Ansermet y Magistretti, 2007: 64).

²⁸ Sobre o modo como a atividade elétrica contribui à fina estrutura da interconexão cerebral, explica Linden (2010: 88) que, no fundamental, “*el cerebro en desarrollo es un campo de batalla. Existe una lucha por la supervivencia entre las neuronas que resume a la perfección la frase popular “o lo usas o lo pides”, y esto significa que durante el desarrollo se crean más neuronas de las que en realidad se utilizan y, en general, también que las neuronas que sobreviven son las activas desde un punto de vista eléctrico. Una neurona se convierte en*

descoberta do fenômeno de potenciação de longo prazo, LTP (*Long Term Potentiation*) descrita em sinapses hipocâmpais de coelhos no estudo de Bliss e Lomo (1973). O fenômeno de LTP é um processo fisiológico no qual o fortalecimento das conexões sinápticas é observado entre os neurônios de várias regiões do cérebro após uma ativação intensa (estímulo tetânico). Suas propriedades são associação, cooperação e especificidade, que são fundamentais para os processos de codificação, armazenamento, consolidação e recuperação da memória (Kandel, 2000). Hebb (1949) não acreditava que as associações fossem restritas a sinapses, mas sim que os neurônios fizessem parte de uma rede (*ensemble*) de células capaz de propagar para outros sistemas a informação captada por essas conexões sinápticas. Assim, o comportamento dependeria essencialmente da forma pela qual os neurônios estão conectados uns aos outros em circuitos (LeDoux, 2002). As várias etapas do desenvolvimento do cérebro humano levam um tempo considerável para acontecer e os diferentes circuitos seguem eventos interativos em diferentes momentos, construindo nossas respostas e o nosso repertório mental de forma gradual e única desde a infância (Jessell & Sanes, 2000). Nosso *self* é fruto das experiências sociais e do legado genético (LeDoux, 2002; Linden, 2010) e todas as capacidades cognitivas e comportamentais do organismo dependem das propriedades dos neurônios e da forma como estes se unificam em circuitos neuronais (Hickmott e Constantine-Paton, 2006)²⁹.

eléctricamente activa a través de la recepción de sinapsis que liberan neurotransmisores, y con ello hacen que la neurona descargue impulsos eléctricos. De este modo, considerada de una manera más detallada, la batalla se libra no entre todas las neuronas, sino en una escala menor, en el nivel de las sinapsis. Recordemos que las sinapsis que no se utilizan tienden a atrofiarse, como sucede con las sinapsis que transmiten información auditiva en el caso de las personas sordas de nacimiento, mientras que se conservan las sinapsis que continúan siendo activas. Esto abarca en parte la idea de la competición sináptica, pero no lo resume todo. Una sinapsis puede «perder» y acabar eliminada aunque se mantenga en cierto grado activa si su vecina es mucho más activa. La fuerte activación de una sinapsis no sólo la preserva y la fortalece, sino que hace que sus vecinas sean más débiles y en última instancia acaben siendo eliminadas”.

²⁹ Com novas técnicas de imagem Matsuzaki, Honkura, Ellis-Davies e Kasai (2004) estudaram a indução de LTP em pequenas estruturas compartimentalizadas denominadas espinhas dendríticas. De acordo com esses autores, as espinhas estão localizadas nos dendritos de neurônios excitatórios do hipocampo e do córtex e são elementos-chave para referendar mecanismos de aprendizagem. Nessas estruturas ocorrem as características fundamentais da LTP e da memória: especificidade, associação, detecção coincidente hebbiana e dependência de uma atividade pré-pós sináptica, convergindo informação nas células piramidais do hipocampo e do córtex (Matsuzaki et al., 2004). Essas pequenas estruturas assumem diversas morfologias que muitas vezes refletem o grau de amadurecimento e de interação com alvos

e) Darwinismo neural

Nos mais diversos sistemas neurais, as conexões precisas emergem de padrões inicialmente imprecisos dos contatos sinápticos (Quartz & Sejnowski, 1997). A complexidade dos circuitos é gerada durante o desenvolvimento, inicialmente por um processo genético e, em seguida, é elaborada a partir de uma intensa interação com o ambiente (Quartz & Sejnowski, 1997). Entender a atuação do ambiente na configuração dos circuitos sinápticos é fundamental para uma compreensão da cognição em termos neurais, que pode ser traduzida por duas hipóteses no debate natureza e cultura: a hipótese da seleção e a da instrução.

Uma das vertentes que busca responder às hipóteses sobre o papel da atividade neural iniciada pelo ambiente é denominada selecionismo neural (LeDoux, 2002). Tal perspectiva supõe um conjunto pré-existente de conexões sobre o qual as experiências atuam. O resultado disso seria uma seleção de circuitos que atenderiam às demandas ambientais. Para sustentar essa hipótese é necessário supor três princípios básicos: (a) exuberância; (b) uso e (c) subtração. O princípio da exuberância postula que o sistema inicialmente apresenta um número superior de sinapses do que as que serão mantidas nas etapas do desenvolvimento. Subtrair as conexões não selecionadas (ou não ativadas pela experiência) das que foram ativadas resultaria naquilo que somos. O segundo princípio diz respeito ao uso: apenas sinapses ativas são mantidas. O terceiro

neurais (Matus, 2000). O estudo de Matsuzaki et al. (2004), indica ainda que o fenômeno da LTP pode induzir mudanças físicas nas espinhas dendríticas. Os autores utilizaram neurônios do hipocampo de roedores com o auxílio de um microscópio multi-fotônico para revelar mudanças sutis no volume das espinhas dendríticas. Mediante estímulos que geravam pulsos tetânicos de alta frequência (tais quais os necessários para gerar a LTP), os resultados indicaram que as espinhas individuais seguem o postulado de Hebb em paradigmas de aprendizagem. Os autores concluíram ainda que as pequenas espinhas constituem os locais preferenciais para a indução da LTP, enquanto as espinhas maiores representam traços físicos de memórias já registradas. Existem diversos locais no cérebro para armazenamento de memórias. As espinhas dendríticas são encontradas não apenas no hipocampo e no córtex, locais associados com memórias explícitas (para fatos e eventos), mas também em alguns circuitos envolvendo a amígdala e os gânglios da base (LeDoux, 2002). Essas regiões estão envolvidas com memórias implícitas (respostas emocionais e alguns reflexos) e têm recebido uma enorme atenção nos últimos anos (LeDoux, 2002; Linden, 2010).

princípio defende que as conexões inativas são eliminadas. Edelman (2003) é um dos principais defensores contemporâneos da hipótese de que o desenvolvimento e a organização das funções superiores cerebrais podem ser explicados em termos da seleção de grupamentos neurais, criando o termo Darwinismo Neural (Edelman e Tononi, 2005)³⁰.

Essa perspectiva afina-se com as contribuições de autores da psicologia evolucionista (Cosmides & Tooby, 2000; Pinker, 2002), que pressupõem a existência de programas mentais estabelecidos na evolução. O darwinismo neural precisa contar

³⁰ Especificamente, a teoria da seleção de grupos neuronais (TSGN) ou darwinismo neuronal parte da idéia de Darwin de que a variação ou diversidade entre os indivíduos de uma população proporciona a base para a competência durante a seleção natural, e seus defensores propõem aplicar estes princípios seletivos ao funcionamento do cérebro. Esperam que o resultado seja poder dar resposta a perguntas sobre a integração da atividade neuronal para dar lugar à consciência apesar da diferenciação das áreas do cérebro (Edelman e Tononi, 2002). Analisando os argumentos esgrimidos por Edelman e Tononi respeito ao darwinismo neuronal, verifica-se que a evidência empírica sugere que a experiência consciente não se encontra associada a uma única área do cérebro senão a câmbios nos padrões de atividade que se produzem simultaneamente em muitas regiões do cérebro; agora bem: que mais faz falta para que haja experiência consciente? A questão é que a teoria do cérebro é compatível com os padrões de atividade neuronal distribuídos e integrados, mas continuamente cambiantes, que podem gerar uma fenomenologia da experiência consciente, que é unitária, mas, ao mesmo tempo, imensamente diferenciada. Uma possível resposta a estes interrogantes é que o cérebro é um sistema seletivo, ou darwinista, que precisa a variabilidade. A TSGN se assenta em uns princípios fundamentais. O primeiro se refere à seleção no desenvolvimento do cérebro dos indivíduos de uma espécie durante o qual a neuroanatomia estabelece um repertório de grupos neuronais altamente variáveis. O segundo estabelece como através da experiência se produz um processo de seleção sináptica dentro do repertório de grupos neuronais. Este processo de seleção tem restrições devidas aos sinais do cérebro que emergem a consequência da atividade dos sistemas de valores de projeção difusa. O terceiro princípio se refere ao mecanismo, denominado de «reentrada», que tem a função de coordenar, espaço-temporalmente, os diversos eventos sensoriais e motores. Este mecanismo é muito importante porque permite explicar as respostas coerentes a partir da sincronização da atividade de grupos de neurônios que ficam vinculados formando circuitos, sem ter que recorrer a um homúnculo ou a um programa de computador. De fato, Edelman e Tononi (2002, 131) consideram que a reentrada é mental para a TSGN porque é o mecanismo integrador mais importante dos cérebros superiores e, em consequência, o que garante a criação de cenas na consciência primária. Em resumo, a base teórica que sustenta a TSGN são os princípios darwinistas: uma teoria que abarca os princípios da seleção natural e os aplica à evolução, desenvolvimento, estrutura e funcionamento do cérebro – o qual, em cada indivíduo, se encontra em um processo de contínuo câmbio; não somente as variações se estendem por todos os níveis de organização cerebral, da bioquímica à macromorfologia, senão que também a força da miríade de sinapses individuais é continuamente modificada pela experiência - com as devidas limitações impostas pelos valores ou fatores herdados determinados pela evolução. Daí, uma vez mais, a relevância da teoria da evolução na explicação, inclusive, da mente e do cérebro. Por conseguinte, pode-se ver que a importância de Darwin se há plasmado em aproximações desde ângulos distintos, não contraditórios, mas simplesmente diferenciados e com consequências diferentes. Para uma análise acerca da denominada teoria da seleção de grupos neuronais, ou darwinismo neuronal, cf.: Edelman e Tononi, 2000; Edelman, 1987; Sporns e Tononi, 1994.

com a emergência de um número muito grande de conexões que surgem em diferentes períodos do desenvolvimento para dar conta da diversidade ambiental.

f) Construtivismo Neural e tabula plástica: a hipótese da instrução neural

A outra vertente que busca explicar o papel da atividade neural iniciada pelo ambiente, defende uma posição diametralmente oposta à anterior. Ao contrário do selecionismo, a instrução constitui-se como uma abordagem construtivista do crescimento neural. A questão de como ocorre o desenvolvimento do cérebro e de como este faz emergir representações mentais baseia-se na idéia de que as representações corticais são construídas a partir da interação entre mecanismos de crescimento e atividade neurais estimulada pelo ambiente (Quartz & Sejnowski, 1997). Enquanto as propostas do selecionismo neural defendem a idéia de que haveria no cérebro um potencial para as capacidades humanas a partir do qual os processos cognitivos emergiriam como resultantes da seleção de conexões sinápticas, o chamado construtivismo neural enfatiza bastante a plasticidade cortical.

Para essa perspectiva, o neocórtex dos mamíferos não obedeceria a um programa de organização pré-estabelecido. A abordagem enfatiza a capacidade do organismo de adaptar-se flexivelmente (ou plasticamente) aos diferentes ambientes e alega que um programa pré-estabelecido implicaria no problema de explicar como a plasticidade seria possível. Neste contexto, as estruturas representacionais são progressivamente adicionadas ao aparato cognitivo, conforme o organismo interage com o meio (Quartz & Sejnowski, 1997). Um estudo de Johnston (2004) mostra que lesões em áreas envolvidas no processamento da linguagem causam um pequeno prejuízo no cérebro de uma criança, mas severos problemas no uso da linguagem em um adulto. Para esse autor, isso seria indicativo de plasticidade cortical e estaria em concordância com os princípios construtivistas. Ao que parece, no início da vida, antes que os circuitos estejam estruturados, áreas primariamente não envolvidas no processamento lingüístico poderiam assumir tal função.

g) A hipótese de modularização

Todo esse debate tem servido para colocar em foco questões que podem contribuir para o entendimento da mente. Não há consenso entre os autores em relação ao problema de considerar o cérebro como um órgão completamente plástico (Johnston, 2004; Quartz & Sejnowski, 1997) ou pré-formado em termos de estruturas funcionais (Edelman, 2003; Pinker, 2002). Há lacunas sobre como seria o processo de especialização das estruturas neurais. Uma contribuição importante para entender essa questão é a suposição formulada por Karmiloff-Smith (1992) – ademais, evidentemente, da teoria de Chomsky, antes analisada. Para ela, no início do desenvolvimento, seria admitido um número mínimo de estruturas pré-especificadas, o menor possível para fazer o sistema mental funcionar e interagir com o ambiente.

O que propõe é um mecanismo de crescente modularização, um processo gradual, decorrente da aprendizagem e do desenvolvimento e que culmina em estruturas altamente especializadas. Um dos pontos que ressalta é que a completa ausência de especificações esbarraria no problema de "o que se deve assimilar" diante de uma infinidade de estímulos ambientais. Ao mesmo tempo, uma grande quantidade de estruturas mentais previamente especificadas levaria ao impasse de como poderíamos nos adaptar às diferentes circunstâncias. Para a autora, os selecionistas precisam explicar como é possível a plasticidade em um sistema com viés de forte especificação.

Seja como for, quando se trata de plasticidade neuronal, o debate entre a modularidade e a função distribuída parece ser, na atualidade, tão desafortunado como o debate entre natureza e cultura; segundo (a) a situação, (b) a idade do indivíduo, (c) a função em questão e (d) a escala a que se faz a observação, as funções podem parecer modulares ou distribuídas.

h) Atividade neural e plasticidade

O papel da atividade elétrica é essencial para a regulação do desenvolvimento neural e ocorre pela ativação de receptores sensoriais especializados por meio de estímulos físicos e pela ativação espontânea das células neurais, observada em estágio

precoce no qual os sistemas sensoriais ainda não estão desenvolvidos. O refinamento das conexões sinápticas parece depender dessas formas de atividade. Katz e Shatz (1996) demonstraram a presença de atividade espontânea em várias partes da retina e do tálamo embrionários de ratos, mesmo na ausência de qualquer experiência visual. Mostraram ainda que alterações genéticas que impedem essa atividade anterior à experiência resultam em perdas visuais permanentes.

O papel exato da atividade elétrica é algo ainda debatido, mas parece ter efeitos diferenciados no desenvolvimento. Durante o período crítico, por exemplo, consolida circuitos e sua ausência pode ter efeitos irreversíveis. O cerne dessa discussão, como já foi salientado, é se a atividade neural tem a função de ajudar a criar as conexões (construtivismo) ou de selecionar, a partir de um conjunto inicial, conexões estabelecidas intrinsecamente (selecionismo).

Essa discussão relaciona-se com os limites e o alcance das explicações baseadas nos princípios da plasticidade cerebral ou aquelas fundamentadas em sistemas mentais específicos e pré-estabelecidos para a espécie. Estudos empíricos corroboram as duas visões. Há tanto evidências favoráveis à plasticidade quanto aos programas prévios. O que pode e o que não pode ser explicado por esses princípios? O que se ganha em termos de compreensão ao se supor a coexistência de plasticidade e programas previamente estabelecidos? O cérebro, por ser um órgão extremamente complexo, poderia funcionar de acordo com esses dois princípios, não de maneira a um anular o outro, mas de modo que um atue onde o outro não possa fazê-lo com eficiência e economia.

Isso ficaria consoante com perspectivas mais contemporâneas (Lamprecht & LeDoux 2004), que indicam que funcionamos de maneiras diferentes em função dos ambientes e estímulos aos quais somos submetidos. Há momentos nos quais ações mais automáticas precisam ocorrer e os sistemas responsáveis por isso parecem funcionar de acordo com mecanismos preestabelecidos. Contudo, um sistema menos automático e mais preciso entraria em ação a seguir para corrigir eventuais respostas não adaptativas aos contextos.

4.2. Perspectiva evolucionista e os resultados de estudos empíricos

A construção de redes sinápticas ocorre de maneira semelhante para todos os sujeitos da espécie. Esse padrão, que desde a origem é interativo, pode ser explicado como decorrente de um longo processo evolutivo. A suposição evolucionista é a de que as respostas que solucionaram problemas de sobrevivência e de reprodução nos ancestrais caçadores-coletores deixaram marcas em nossos cérebros. Essa hipótese tem sido testada, indiretamente, através de estudos com bebês bem pequenos (Duchaine et al., 2001). Pesquisas sobre competências iniciais em recém-nascidos servem de evidência empírica para fundamentar hipóteses sobre mecanismos de refinamento do cérebro através da seleção natural (Duchaine et al., 2001; Spelke, 2000; Bloom, 2010).

Inúmeras capacidades de bebês são registradas na literatura e estes mesmos estudos empíricos sugerem que elas não parecem ser decorrentes de mecanismos tradicionais de aprendizagem, tal a sua complexidade. Recém-nascidos olham por mais tempo para figuras que se assemelham à face humana (Turati, Simion, Milani, & Umiltà, 2002); entre quatro e seis meses observam por período de tempo maior os eventos que contrariam certos fenômenos físicos ou eventos impossíveis de ocorrer em condições naturais. Os bebês olham por mais tempo uma bola em movimento que transpõe um anteparo sólido do que a bola que pára diante do mesmo, caracterizando um evento físico possível (Baillargeon, 1995; Spelke, 2000); percebem profundidade (Baillargeon, 1995); discriminam entre os fonemas (Dupoux, Pallier, Kakehi, &

Mehler, 2001) e por volta do oitavo mês perdem parte dessa capacidade que se ajusta aos fonemas utilizados à língua na qual o bebê está exposto, assemelhando-se à discriminação fonética exibida pelo adulto.

Distinguem, com poucas horas de vida, o toque proveniente de própria estimulação e o toque proveniente de outrem (Rochat & Striano, 1999). Bebês de seis semanas imitam expressões faciais que observam em um modelo (Meltzoff & Moore, 1994), mesmo após um intervalo de 24 horas. Bebês de dois meses olham por mais tempo faces consideradas atraentes (Slater et al., 1998). Apresentam preferência pela voz materna (Rovee-Collier, 2000). Por volta dos dois meses reagem emocionalmente quando expectativas sobre as reações dos outros são quebradas (Rochat & Striano, 1999).

Mais recentemente, investigadores norte-americanos descobriram que criaturas de tão só seis meses já são capazes de fazer juízos morais. Ademais, crêem que os seres humanos já nascem com um código ético “formatado” no cérebro. A investigação, levada a cabo pela equipe de Paul Bloom, psicólogo no *Infant Cognition Center* da Universidade de Yale em Connecticut (USA), um centro que estuda a evolução, as habilidades e a aprendizagem de crianças, utilizou a capacidade para diferenciar entre comportamento útil e inútil como indicador do juízo moral. Paul Bloom estudou as capacidades cognitivas dos pequenos e chegou à conclusão de que é falsa a idéia de pensar-se que a mente dos bebês é uma caixa vazia que vai enchendo-se pouco a pouco. O mesmo ocorre no que se refere à moralidade: os bebês seriam indiferentes ao bem, ao que somente poderiam distinguir do mal com os instrumentos que lhes vá subministrando a cultura entre contos, prêmios e castigos. Pois bem, os experimentos que fez Bloom sugerem que, antes de cumprir um ano, os bebês são capazes de distinguir as condutas boas das más. Antes que se desenvolvam idéias próprias da moralidade, nos bebês aparecem *emoções* morais intensas. Daí que a conclusão de Bloom é no sentido de que "*la moralidad es una síntesis de lo biológico y lo cultural; de lo congénito, lo descubierto y lo inventado. Los bebés tienen una base moral, la capacidad y el impulso de juzgar las acciones de otros, eso es, cierto sentido de justicia*"³¹.

³¹ <http://www.yale.edu/infantlab/Welcome.html>; Bloom, 2010. No mesmo sentido e analisando o desenvolvimento da mente dos bebês desde uma perspectiva psicológica, neurocientífica e filosófica, cf. Gopnik, 2010.

As pesquisas sobre o desenvolvimento inicial descortinam essas e outras habilidades, ainda que as investigações empíricas continuem sendo realizadas no sentido de ampliar e refinar os resultados já obtidos sobre esses comportamentos iniciais. Levando em consideração os argumentos de Spelke (2000), ressalta-se que a enorme capacidade que os bebês exibem para aprender depende fundamentalmente de estruturas cerebrais pré-existentes para perceber o mundo.

Teóricos evolucionistas tais como, Tooby e Cosmides (1995) consideram que a maneira pela qual as crianças apresentam certas capacidades cognitivas precoces se explica pela existência de uma natureza humana universal, constituída de mecanismos psicológicos, produtos da evolução. Esses mecanismos seriam adaptações resultantes de um processo de seleção natural ao longo do tempo evolutivo. Tarefas extremamente complexas, tais como o reconhecimento de faces, são executadas facilmente por bebês, sem necessidade de instrução formal. Como explicar essas habilidades sem auxílio de mecanismos previamente configurados no cérebro? Ao mesmo tempo, como considerar as possibilidades da plasticidade em um cérebro pré-especificado pela evolução?

Como se pode observar há muitas perguntas formuladas pelas ciências da vida e da mente que permanecem ainda sem uma resposta satisfatória. Ainda se desconhece qual a parcela de influência dos componentes genéticos e ambientais no refinamento do sistema nervoso. Não são conhecidos quais os mecanismos que levam a estimulação ambiental a interagir com o crescimento exuberante do sistema nervoso e quais os eventos que selecionam determinados circuitos em detrimento de outros. Também se está buscando saber como os nossos comportamentos cognitivos e emocionais podem ser explicados em função da atividade dos circuitos e como estes podem ser dinamicamente modificados, mesmo no estágio adulto.

A condição humana é bastante complexa e implica a integração de diferentes áreas e/ou redes neuronais. Os estudos atuais não param de oferecer evidências favoráveis a um entendimento de um cérebro plástico, altamente sensível ao ambiente (físico, social e cultural). Esta parece ser a principal função do cérebro enquanto órgão de estrutura múltiplas e adaptáveis: as relações humanas e adaptação ao meio. Do que resulta mais nítida a compreensão de como as interações com o contexto, especialmente com “las restantes personas, modelan directamente el desarrollo de la estructura y función del cerebro” (Siegel, 2007: 15). Dito de outro modo: de como a

mente (ou o *self*) surge da atividade cerebral, cuja estrutura e função estão diretamente modeladas pela experiência interpessoal.

A construção do *self* parece seguir uma rota ancestral de evolução, mas não pode prescindir, para seu efetivo desenvolvimento ao largo do ciclo vital, de um contexto, sócio-cultural e histórico, em meio a condições materiais específicas. E assim entendido, parece razoável inferir que nossos comportamentos, pensamentos e sentimentos são possibilitados pelas sinapses que surgem durante a “historicidade constitutiva do cérebro”, mudando o curso das nossas vidas e tendo na estimulação sócio-ambiental uma parte crucial desse processo.

A partir daí, é possível formular as seguintes perguntas: o que precisamente devemos fazer com nossos cérebros? Por que enquanto a atividade do sistema nervoso central, tal como aparece hoje em dia à luz dos descobrimentos científicos, propõe sem lugar a dúvidas a nossa consideração e reflexão uma idéia completamente nova de transformação, nos recusamos tenaz e taxativamente a rechaçar a sensação de que nada se transforma? Por que então, se está claro que não pode haver, em adiante, aproximação filosófica, ética, jurídica, etc., que não passe por uma análise detalhada do fenômeno neuronal, temos, não obstante, insistido por seguir um caminho contrário a uma integração interdisciplinar necessária que, a toda evidência, seguramente contribuirá mais para a compreensão do que nos torna humanos, no palco da natureza e da cultura?

Em resumo, interrogar-se sobre a conexão entre o neuronal e o mental vem a ser o mesmo que indagar-se, no próprio interior do funcionamento cerebral, da subjetividade lançada ao “desafio plástico”, pela passagem do biológico ao cultural, da base estritamente natural do espírito à sua dimensão histórica e, portanto, necessariamente (neuro-...) política, ética, social e jurídica³².

³² Como ponderam Merzenich e DeCharms (2006: 89) acerca dos princípios biológicos da aprendizagem e da plasticidade cortical: *“La actividad funcional y la plasticidad son inseparables y sólo pueden comprenderse a cabalidad si se exploran en conjunto. Muchos enfoques actuales tratan estos procesos como si fueran fundamentalmente autónomos y efectúan los experimentos conforme a tal principio. Creemos que los temas acerca del cambio y de la función se relacionan tan estrechamente, que no pueden dissociarse. La conectividad lleva a la actividad y viceversa. Por fortuna, en los enfoques modernos estos dos aspectos se integran cada vez más. Pensamos que la mente es el producto de un entorno expresado en el sistema nervioso y manifestado por el cerebro mediante acciones; se trata de una interacción circular y relacional entre un mundo que irrumpe, un contexto de experiencias y una actividad que sale hacia el exterior. En gran medida, escogemos lo que deseamos vivenciar, a continuación elegimos los detalles a los que prestaremos atención, posteriormente elegimos cómo reaccionaremos con base en nuestras expectativas, planes y sentimientos y luego*

5. Neurociência, Filosofia e Neuroética

Os estudos da natureza da mente e do funcionamento do cérebro começam a chegar à filosofia moral e ao direito de uma maneira cada vez mais contundente; de forma direta ou indireta, não param de lançar novas luzes sobre questões antigas acerca da racionalidade humana, da moralidade, do bem e do mal, do justo e do injusto, do livre-arbítrio, da "rule of law" e das relações entre os indivíduos.

Graças às investigações levadas a cabo pela neurociência, o desenho do cérebro que está aparecendo aponta já algumas pistas dignas de menção. Em primeiro lugar, a confirmação daquelas hipóteses lançadas por Crick e Koch (1990) acerca da consciência como uma atividade sincronizada de neurônios que se encontram situados em lugares distintos do córtex cerebral. Já sabemos que na tarefa de realização de juízos morais (assim como de juízos normativos no direito e na justiça) é essencial a conexão fronto-límbica (Damasio, 1994; Adolphs et al, 1998; Greene et al., 2001 e 2002; Moll et al., 2002 e 2003; Goodenough & Prehn, 2005; Hauser, 2006). Sabemos que a percepção estética implica a ativação do córtex pré-frontal dorsolateral esquerdo (Cela-Conde et al. 2004) e que a capacidade para apreciar a beleza difere entre homens e mulheres pelo que se refere ao cérebro – isto é, que quando as mulheres avaliam diferentes estímulos em relação à beleza dos mesmos, se ativam regiões no lobo

escogemos lo que haremos como resultado de lo anterior. Este elemento de elección junto con la naturaleza relacional de la conciencia en general, casi nunca se ha tenido en cuenta en experimentos neurofisiológicos. Hoy os hemos percatado de que la experiencia, junto con la atención originan los cambios físicos en la estructura y en el futuro funcionamiento del sistema nervioso. De lo anterior, nos queda claro un hecho fisiológico, un hecho que no es sino la confirmación mecanicista de lo que ya sabíamos por vía experimental: en cada momento elegimos y esculpimos cómo funcionarán nuestras mentes siempre cambiantes, literalmente elegimos quiénes vamos a ser en el momento siguiente y estas elecciones quedan estampadas físicamente en nuestros selfs materiales. Hemos llegado a un punto en la neurociencia experimental en que se debería incorporar más directamente dicho aspecto vivencial de nuestras mentes a los estudios de las operaciones cerebrales. Debemos comenzar por explorar de manera más específica cómo opera el cerebro en la vida real, imponiendo al comportamiento menos límites artificiales de los que se imponen en casi todos los experimentos neurofisiológicos, pero que rara vez ocurren en nuestra existencia humana”.

parietal dos dois hemisférios cerebrais, enquanto que no caso dos homens essa ativação se dá preferentemente no hemisfério direito (Cela-Conde et al, 2009). Sabemos como se realiza o processamento das cores a partir dos centros visuais primários do córtex occipital (Zeki & Marini, 1998; Bartels & Zeki, 1999), assim como a ativação neuronal relacionada com a identificação de objetos percebidos mediante a visão (Heekeren, Marrett, Bandettini & Ungerleider, 2004).

Também sabemos dos “neurônios espelho” que, longe de ser uma mera curiosidade, parecem ser muito importantes para compreender a maioria dos aspectos da natureza humana, como a avaliação dos atos e intenções dos demais decorrente de nossa capacidade de elaborar uma “teoria da mente”, para comunicar nossas intenções e sentimentos e para compreender e prever o comportamento, as intenções e sentimentos de nossos congêneres (Rizzolatti et al., 2001 e 2006; Ramachandran, 2008; Iacoboni, 2009). Em termos gerais, vai aparecendo um panorama em que o córtex pré-frontal joga um papel de primeira ordem a respeito do que são os processos cognitivos superiores, coisa que, por outra parte, havia sido já sugerida, ainda que fosse a título de hipóteses especulativa, pelos paleoantropólogos (Deacon, 1996 e 1997).

Por outro lado, a caracterização neurológica da moral começa a parecer compatível com uma psicologia evolucionista que entenda que uns mesmos processos cognitivos intervenham em diferentes tarefas ou para resolver diferentes problemas (Shapiro & Epstein, 1998). Particularmente com relação ao direito, já adiantamos, os avanços neurocientíficos já começam a apontar em algumas direções igualmente dignas de menção: em primeiro lugar, em um sentido direto e explícito, algumas técnicas podem constituir-se em elementos de prova, enquanto outras técnicas ou neurofármacos podem vir a ser usadas como medidas associadas à pena ou para a reabilitação dos transgressores; em segundo lugar, e de um modo mais difuso, mas não menos profundo, os novos conhecimentos podem vir a influir nas intuições morais da sociedade assim como nas obrigações percebidas, estimulados pela utilização das técnicas modernas de imagem cerebral para investigar os correlatos neuronais de certos comportamentos, como, por exemplo, o livre-arbítrio, a responsabilidade pessoal, a tomada de decisões morais e jurídicas, etc.

E embora seja certo que ainda estamos longe de contar com um mapa preciso das ativações e correlatos neuronais relacionados com nossos comportamentos e/ou os processos cognitivos e emocionais que nos levam a atuar, não menos correta é a

constatação de que vamos trilhando um bom caminho para começar a fazê-lo e a compreendê-lo. Mas, desde logo, sim que há algo de óbvio e de extremamente positivo que se pode inferir de todos esses progressos neurocientíficos: a constatação de que a mente é um estado funcional do cérebro, de que tudo o que passa na mente (a atividade mental) se deve a (ou ao menos depende da) atividade do cérebro; isto é, toda nossa atividade mental (da percepção à consciência) não é mais que uma dimensão particularmente sofisticada da vida biológica.

Patricia S. Churchland foi provavelmente quem primeiro introduziu o termo neurofilosofia em seu livro do mesmo título publicado em 1986. Nele, *Neurophilosophy*, sua autora já argumenta se não haverá chegado o momento de questionar-nos que filosofar sobre a mente, o eu e a consciência humana possa fazer-se sem o concurso da ciência do cérebro. Agora, quando já se passaram mais de duas décadas, se reforçam os argumentos de Churchland (Llinás e Churchland, 2006). E é que a neurociência, em tão curto espaço de tempo, há avançado muito e há aprofundado o suficiente como para, à luz do processo evolutivo, convidar-nos a pensar sobre o ser humano, sobre nós mesmos, desde uma perspectiva completamente diferente a de como temos vindo fazendo até agora.

Quer dizer, um salto desde a pura introspecção, o menoscabo das emoções e a razão sem experimentação alguma até os fundamentos científicos de como o homem realiza essas operações com seu cérebro. Dito mais diretamente, fazer hoje filosofia sobre o homem, desconhecendo os fundamentos básicos de como funciona seu cérebro, pode deixar relegada essa filosofia, mais cedo que tarde, a um abstrato intelectual, à mera contemplação, incapaz de dar resposta às grandes ou pequenas perguntas que embargam ao ser humano.

Daí que a neurofilosofia tenha nascido do reconhecimento de que, por fim, as ciências do cérebro e sua tecnologia estão suficientemente avançadas como para haver logrado um avanço real em nossa compreensão do problema cérebro-mente (memória, aprendizagem, consciência, livre-arbítrio, etc.). Mais claramente, isso nos leva a inferir e a prever que a filosofia desenvolvida sem um entendimento das neuronas e o cérebro humano é altamente possível que se volte estéril. Assim, pois, a neurofilosofia, como resultado e como uma filosofia sobre o homem que se sustenta sobre os pilares sólidos do conhecimento que aporta a neurociência atual, se centra em problemas que tem que ver com a interseção de uma nascente neurociência e uma envelhecida filosofia.

Trata-se, em síntese, de uma nova área do conhecimento que tem como objetivo recorrer ao que sabemos sobre o funcionamento do cérebro para definir melhor o que significa ser humano e como devemos (inter) atuar ou interagir socialmente: é o cérebro o que sustenta, gestiona e gera o sentido da identidade e da personalidade, a percepção do outro e a essência humana (Gazzaniga, 2005, 2010). E a partir desta nova filosofia de vida com um fundamento cerebral, o funcionamento do cérebro revela um impressionante grau de complexidade – mais de 100 bilhões de células nervosas (os neurônios, a que Ramón y Cajal chamou “las mariposas del alma”) e uma infinidade de pontos de contato (aproximadamente 100 trilhões de interconexões sinápticas) através dos quais a informação entre os neurônios pode ser transmitida, que se assentam sobre um cérebro emocional que precisou de centenas de milhões de anos de seleção natural para tomar forma -, algo que entra em plena consonância com a igualmente alarmante e fascinante complexidade do pensamento, do comportamento e da experiência humana.

Pois bem, há um consenso generalizado no sentido de que o termo *neuroética* se deve a William Safire (2003), um jornalista que o utilizou para designar “o âmbito da filosofia que trata sobre os aspectos bons e maus do tratamento ou a potencialização do cérebro humano”³³. Nesse preciso sentido, a neuroética é uma derivação da bioética, cujo interesse e posterior desenvolvimento surgiram e se definiram com o fim de ampliar a ética médica, isto é, à medida que os descobrimentos científicos eram cada vez mais avançados e requeriam uma reflexão filosófica especializada sobre o que é aceitável e inaceitável em áreas como, por exemplo, a engenharia genética, a ciência reprodutiva ou a definição de morte cerebral. Muitos desses temas bioéticos podem ser analisados desde a perspectiva da neuroética, uma vez que seu principal foco de interesse reside precisamente no fato de que, cada vez que um tema bioético guarde relação com o cérebro ou o sistema nervoso central, a neuroética deve intervir para manifestar sua opinião e expressar seus argumentos a respeito da dimensão e consequências morais do problema em questão³⁴.

³³ Note-se, contudo, que há muitas definições da Neuroética que nem sempre coincidem entre si. De fato, nem todo mundo está de acordo com uma definição universalmente válida, em parte, porque as inclusões éticas do entorno neurocientífico não tem para todos o mesmo significado e/ou perspectiva. Para mais detalhes sobre a relação entre neurociência e ética, cf. Gimenez Amaya e Sánchez-Migallón, 2010; Boella, 2008; Cortina, 2007.

³⁴ Um aspecto concreto em que a neurociência está intervindo nas decisões judiciais é o da definição do momento da morte, já irremediavelmente ligada ao fim das funções cerebrais. Dois exemplos ilustrativos constituem os casos de Terri Schiavo nos Estados Unidos e de

Mas a neuroética é algo mais que uma bioética do cérebro. De fato, na medida em que se desenvolve esse campo do conhecimento humano, se faz cada vez mais necessário ampliar seus objetivos e seu âmbito de análise. Daí porque a neuroética é, hoje, concebida e definida como a análise de como queremos abordar os aspectos sociais da enfermidade, a normalidade, a mortalidade, os estilos de vida e a filosofia da vida de acordo com nosso conhecimento de como funciona o cérebro (uma compreensão dos mecanismos cerebrais subjacentes) e com isso poder ajudar a entender melhor e mais propriamente o significado, as condições de possibilidade e os limites de uma vida digna. Portanto, esta disciplina não se dedica à busca de recursos para a cura médica, senão que situa a responsabilidade pessoal em um contexto social e biológico mais amplo. É – ou deveria ser – um esforço de como alcançar uma filosofia da vida com um fundamento cerebral, isto é, baseada no cérebro. (Gazzaniga, 2005).

Neste aspecto, a neurociência da ética seria o núcleo duro do que entendemos por neuroética. Quer dizer, o estudo da estrutura e função cerebral relacionado com alguns dos profundos interrogantes que preocupam a humanidade desde o início da história: o que é o livre-arbítrio? Em que consiste a imagem corporal? Qual é a origem da moral? De onde provêm nossos juízos morais? Por que nos comportamos de forma irracional? Que são as emoções?; questões que até pouco tempo pertenciam ao âmbito (quase exclusivo) da filosofia. (Ramachandran, 2008). Em suas raízes, a neuroética tem seu pilar básico, mais robusto, na aceitação de que o que hoje chamamos ética depende, em toda sua dimensão, do funcionamento do cérebro e, em particular, de certos sistemas cerebrais ou correlatos neuronais trabalhando em um determinado contexto social.

Em síntese, dentro do campo da neuroética tem grande importância o estudo de como os avanços em neurociência, em particular os conhecimentos das bases ou correlatos neurobiológicos da consciência, personalidade e conduta, afeta nossa concepção do homem e das relações sociais, sendo que um dos desenvolvimentos científicos com maiores implicações para a neuroética são os avanços na compreensão dos comportamentos morais, conhecimentos que permitem, por exemplo, tomar

Eluana Englaro na Itália. Os seus foram os casos de morte cerebral que mais repercussão mediática teve em tempos recentes.

melhores decisões ao momento de julgar, premiar e/ou penalizar os indivíduos por suas condutas.

Mas o que conhecemos hoje da relação entre a ética e o cérebro? Para começar, sabemos que o cérebro não parece conter centros nem circuitos neuronais “éticos” ou “morais”, quer dizer, módulos cujo funcionamento esteja dedicado, exclusivamente, a produzir os pensamentos, juízos e a conduta ética. A conduta moral é a elaboração mental de um produto que requer a participação de múltiplos sistemas neuronais amplamente distribuídos no cérebro e que algumas vezes elaboram condutas “morais” e, outras, distintos tipos de condutas. Dito de modo mais direto, a conduta moral é uma construção cerebral que não tem uma estrutura definida no cérebro.

Por conseguinte, a elaboração de um raciocínio ou juízo moral, e sua consequência na conduta, requer a atividade de certos circuitos neuronais em um recrutamento que segue padrões de tempo e no qual participam muitas e diferentes áreas do cérebro, desde o sistema límbico, com as emoções, os sentimentos e a memória em contextos específicos (hipocampo e córtex cerebral), até as áreas de associação desse mesmo córtex cerebral (o denominado córtex de associação, cujas funções não são de forma estrita nem sensoriais nem motoras e se encontram de maneira mais abundantes na parte frontal do cérebro, isto é, no córtex temporal, parietal e frontal e que, responsáveis por mediar as funções cognitivas do cérebro – e igualmente responsáveis por nossas vantagens cognitivas -, só se encontram em humanos), com a tomada de decisões, a responsabilidade e a própria e final cognição moral.

Tudo isso, sem embargo, não quer dizer que nesses sistemas neuronais não haja nodos clave cuja lesão ou alteração por drogas ou outras manipulações possa influir e alterar as condutas éticas. Um desses nodos, por exemplo, é precisamente o córtex pré-frontal – nosso “córtex humanitas”, o epicentro neurológico de nossa humanidade (Siegel, 2010: 249). O caso mais paradigmático sobre as consequências de uma lesão nesta área do cérebro é o de Phineas Gage, cujo dano cerebral transformou a uma pessoa modélica em um ser com uma conduta reprovável, grosseira e pouco respeitosa com as normas éticas mais elementares (Damasio, 1994; Gazzaniga, 2002), ademais de incapaz de planificar, antecipar ou pensar no futuro (Gilbert, 2006).

Também já há muitas provas clínicas para defender a hipótese de que o lobo frontal do cérebro deve jogar um papel crucial na leitura da mente. Pacientes que sofreram lesões no córtex frontal como resultado de golpes ou acidentes, por exemplo,

perdem invariavelmente suas habilidades sociais. Em alguns casos, simplesmente carecem da capacidade de utilizar os códigos sociais mais correntes e se comportam como pessoas com síndrome de Asperger (indivíduos que não compreendem as sutilezas da interação social normal, a despeito de apresentarem um coeficiente intelectual normal e inclusive mais alto do normal- Dunbar, 2004), pisoteando inconscientemente a sensibilidade social dos demais sem vergonha alguma; em outros casos, como no do desafortunado Phineas Gage, sua personalidade muda por completo e se tornam mais agressivos e menos considerados com os interesses dos demais.

Estudos sobre o cérebro em atividade indicam que diversas áreas superiores do córtex frontal se encontram particularmente ativas quando estão resolvendo provas de cognição social, mas não quando estão dedicadas a tarefas mais simples como o reconhecimento de formas ou a leitura. Neste particular, a triste história de Phineas Gage nos recorda que grande parte do que fazemos no contexto social são atos equilibrados que pendem precariamente ao borde do desastre social. Que a maioria dos humanos pode manter-se do lado da coesão social se deve ao córtex frontal de nossos cérebros – o qual, nas palavras de Linden (2010: 34), *“es el sustrato de nuestra individualidad y determina nuestras interacciones sociales, el aspecto que tenemos y quizá también nuestro sentido moral [...] No sólo las capacidades cognitivas sino también nuestro carácter y nuestra personalidad”*. Em fim, de que quaisquer que sejam os processos psicológicos implicados, têm que ser consequência da atividade cerebral.

A consciência, tal como a experimentamos, não é mais que uma propriedade emergente da atividade elétrica do cérebro de interconectar neurônios que se encontram em sítios distintos do córtex cerebral (de forma sincronizada) e que intercambiam mensagens eletroquímicas. Podemos reflexionar sobre esta atividade cerebral (o fenômeno ao que chamamos “autoconsciência”) porque temos teoria da mente e podemos tomar distância de nossas experiências imediatas e perguntar-nos o que se sente ao pensar algo. Tudo isso indica que há algo especial nesta parte do cérebro que joga um papel fundamental em suavizar nossos comportamentos com respeito aos variados caprichos de nosso mundo social.

Também já se conhece a história, bem documentada, de casos claros de violação das normas éticas e a localização dos danos cerebrais obtidos por técnicas de neuroimagem. Pessoas, por exemplo, que conhecendo bem as consequências, às vezes dramáticas, que pode ter sua conduta anti-social, são incapazes de evitá-la. É

interessante, e o veremos mais adiante, o fato de que estas pessoas não tenham alterado ou destruído seu poder cognitivo, porque sabem o que é correto ou incorreto, bom e mau, no contexto social em que vivem, mas que, sem embargo, são incapazes de e/ou não podem evitar comportar-se (ou conduzir-se) do modo em que o fazem. (Anderson et. al. 1999; Eslinger et. al., 2004)

De fato, há muitas e diferentes áreas do cérebro cuja atividade já foi implicada na elaboração da conduta moral e dos juízos éticos. Inicialmente foram as autópsias *post mortem* as que revelaram lesões cerebrais nos indivíduos com condutas anti-sociais ou psicopáticas e moralmente perversas. Depois, e essa é a situação no momento atual, foram os estudos com técnicas de imagem funcional os que revelaram que, em efeito, muitas daquelas áreas lesionadas são ativadas em pessoas normais quando se lhes põe na situação de tomar decisões com um conteúdo moral.

Uma dessas áreas cerebrais, já mencionamos, é precisamente o córtex pré-frontal, que desempenha importante função na supressão ou inibição dos impulsos comportamentais, faz possível o pensamento racional e com ele a busca de soluções aos problemas, a tomada de decisões e a planificação do futuro. Trata-se, dito seja de passo, de uma região que se localiza no lobo frontal, a parte mais anterior do cérebro, imediatamente por detrás da frente, e somente alcança um tamanho considerável nos seres humanos. Ademais, foi precisamente o córtex pré-frontal que, no passado ancestral, converteu os hominídeos em seres inteligentes e sociais, capazes de cooperar para adaptar-se às condições de seu entorno. E nenhum outro animal dispõe de um córtex pré-frontal do tamanho e com uma organização interna semelhante a do ser humano, com neurônios especializados, morfologia e propriedades funcionais não observadas em outras espécies e críticas para desempenhar as mais altas funções do cérebro humano.

Na verdade, se distinguem diferentes subáreas dessa área do cérebro (o córtex), cada uma das quais aporta funções e matizes diferentes no que se refere ao comportamento moral, como a parte mais anterior do pólo pré-frontal, a parte mais medial e lateral do córtex orbitofrontal, o córtex pré-frontal dorsolateral (principalmente no hemisfério direito) e as partes ventromediais desse córtex pré-frontal. Também já se observou que participam na elaboração da conduta moral as partes mais anteriores do lobo temporal, a região do surco temporal superior e o córtex cingulado anterior, assim como áreas sub-corticais, principalmente do sistema límbico, tais como a amígdala, o hipotálamo ventromedial, os núcleos septais, estriado

ventral (núcleo accumbens) e globus pallidus, zonas arredor do terceiro ventrículo e partes do tronco cerebral em sua parte mais anterior (Moll et. al., 2005) - note-se que quase todas as estruturas ou partes do cérebro são duplas, pois temos uma em cada hemisfério: assim, por exemplo, temos duas amígdalas, a direita e a esquerda, quer dizer, uma em cada hemisfério cerebral.

Creemos que merece a pena destacar as funções atribuídas a algumas dessas áreas cerebrais em sua relação específica com a conduta moral. Por exemplo, lesões da parte mais anterior do córtex pré-frontal produzem nas pessoas uma perda do sentimento de culpa. Tais lesões lhes impedem de poder valorar as consequências de suas condutas a largo prazo. Lesões das áreas ventrais do córtex pré-frontal dariam lugar a câmbios severos da conduta social ao romper o indivíduo todo vínculo com os valores e as normas éticas pré-estabelecidas (v. g., condutas sexuais aberrantes).

É importante observar que quando as lesões desta área do cérebro, seja por traumatismos ou outras causas, se produzem a idades muito curtas (crianças) os defeitos produzidos são mais dramáticos que os encontrados em pessoas adultas. Acredita-se que isso se deve ao fato de que, como consequência da lesão, as crianças nunca haviam aprendido, “interiorizado”, estes valores e normas, e portanto não os conhecem. Pelo contrário, o adulto, cuja lesão se produz após haver aprendido estas normas gerais, sim que as conhece (estão gravadas em circuitos de outras áreas do cérebro). Isto justifica que essas pessoas, que padeceram ou padecem destas lesões quando adultas, sabem perfeitamente que estão transgredindo as normas mas afirmam “não poder evitá-lo”. Assim, pois, as crianças com lesões dessa natureza não são conscientes, não sabem que transgridem normas; os adultos, pelo contrário, sim que o sabem.

Pessoas com lesões das partes ventromediais do córtex pré-frontal (o centro de controle emocional do cérebro, implicadas no processamento de emoções e da conduta social) mostraram consistentemente sua incapacidade para a tomada de decisões morais (Saver e Damasio, 1991; Bechara et. al., 1994; Anderson et. al., 1999; Goldberg, 2002). Por exemplo, quando a esses indivíduos se lhes mostram fotografias ou desenhos representando cenas de conteúdo emocional moral, sobre os que têm que tomar uma decisão, não se mostram capazes de ter ou adotar uma resposta adequada. Em outras palavras, esses pacientes não parecem ter ressonância emocional com os demais e demonstram haver perdido o guia que lhes orienta em seus raciocínios e juízos morais. Assim, diante de uma criança ferida esses pacientes não reagem

prestando-lhe ajuda. E esses dados são reforçados por outros nos quais, utilizando ressonância magnética, foi possível observar que em pessoas normais que vêem cenas, desenhos ou fotografias que tenham um conteúdo emocional moral se ativa em seu cérebro essas mesmas áreas ventromediais do córtex pré-frontal (Moll et. al., 2002).

Por último, o córtex orbitofrontal, uma região única do cérebro humano, privilegiada por suas múltiplas e recíprocas conexões com quase todo o resto do cérebro e que desempenha função central quando se avaliam as possibilidades de recompensa e punição de dada situação; os neurônios dessa parte do cérebro disparam quando existe possibilidade imediata de prazer ou dor, perda ou ganho (Rolls, 1999). Assim que quando uma pessoa sente atração por uma refeição, paisagem ou pessoa, ou quando sente repulsa por um animal morto, uma música de mau gosto ou um encontro às escuras, seu córtex orbitofrontal está se esforçando ao máximo para lhe proporcionar a sensação emocional de querer se aproximar ou se afastar (Haidt, 2006). Lesões desta área provocam uma incapacidade para as condutas que requerem desconexão nas relações emocionais-sociais já estabelecidas. Por exemplo, deixar de visitar a uma pessoa com a qual teve um vínculo afetivo e emocional forte mas que já não existe, ou não deixar de visitar ao médico ainda quando se lhe há indicado reiteradamente que já está curado e que não tem mais que voltar à consulta. Esta área cerebral parece, assim, necessária para guiar uma conduta moral e social apropriada na idade adulta.

É igualmente interessante atentar ao fato de que, da mesma forma que ocorre com as lesões que descrevemos antes, uma lesão nesta área do córtex orbitofrontal em crianças também tem consequências patológicas diferentes às encontradas em adultos. Efetivamente, testes adequados já demonstraram a pobreza moral de jovens vítimas de danos nessa área cerebral quando pequenos, os quais, a medida que cumprem anos, mantêm uma conduta pobre e egoísta similar à de uma criança de curta idade; quer dizer, diversamente do que ocorre quando os danos se produzem em pessoas já adultas, essas lesões não somente provocam alterações nos testes levados a cabo em laboratórios, senão também, e muito particularmente, câmbios de sua conduta moral na vida real (posto que as pessoas adultas, em seu momento, já aprenderam valores e normas, e as recordam).

Note-se que a importância do córtex orbitofrontal para as emoções foi mais bem demonstrada por meio de investigações sobre danos cerebrais. Antonio Damasio, por exemplo, descobriu que quando determinadas partes do córtex orbitofrontal são

lesionadas, os pacientes perdem a maior parte de sua vida emocional. Eles relatam que quando deveriam sentir alguma emoção, nada sentem, e os estudos de suas reações anatômicas (como as usadas nos testes com detectores de mentira - um artefato que em realidade não mede se o sujeito mente ou não, senão se se emociona quando responde às perguntas que se lhe fazem) confirmam que eles carecem da reação orgânica normal que sentimos ao observar cenas de horror ou beleza. Entretanto, sua capacidade lógica e de argumentação permanece intacta. Saem-se normalmente nos testes de inteligência e conhecimento de regras sociais e princípios morais. (Damasio, 1994; Damasio et. al. 1990; Haidt, 2006).

A tudo isso se acumula, dia a dia, dados da neuropsicologia (que descreve a dependência das faculdades mentais relativamente a determinadas regiões cerebrais concretas) que nos permitem acrescentar novas peças ao puzzle. Neste particular, já foi possível comprovar, utilizando testes adequados, que uma lesão muito concreta da parte mais anterior do lobo temporal produz uma incapacidade na apreciação e reação emocional diante de situações que envolvam conceitos sociais específicos, como, por exemplo, “honra” ou “inveja”. E por aí poderíamos seguir.

Por certo que andamos muito pouco no caminho que leva a uma compreensão fundamental do cérebro, que não sabemos (e isso é muito não saber) como codificam a informação as neuronas e que a neurociência está ainda muito longe de poder traçar ou discriminar com precisão os circuitos neuronais que subjazem à elaboração da emoção, do raciocínio ou do juízo moral. Sem embargo, não se nos afigura constituir nenhum despautério admitir ser também verdade que já se começa a conhecer, como tivemos oportunidade de ver, algumas peças que parecem compor o desenho da moralidade no cérebro humano. É evidente – e este é precisamente um tema de fundamental importância nessa conjunção de esforços entre neurocientistas, filósofos, juristas, etc., que requer a neuroética- que investigar no cérebro os mecanismos ou correlatos neuronais que elaboram a conduta moral (e aqueles que a alteram) implica delimitar muito bem as perguntas que há que fazer para obter nas correspondentes investigações as respostas mais adequadas.

E embora isso seja, obviamente, muito complexo, o certo é que, troço a troço experimental, a neurociência vai conformando nossa concepção do que somos. O peso da evidência nos leva cada vez mais a aceitar que é o cérebro, em vez de qualquer outra substância não física, o que sente, valora, pensa e decide. Assim que estou convencida de que o amadurecimento da moralidade humana (uma reavaliação de

nossos valores morais e de nossas concepções da ética e do direito) ocorrerá como consequência dos novos conhecimentos que nos aporte a ciência do cérebro. E, desde logo, dessa convergência entre neurociência e humanidades, isto é, do que se tem vindo a designar de neuroética.

Estou segura, ademais, que, ainda quando imprezível no resultado, somente através da investigação experimental do cérebro humano, da compreensão e do deciframento de seu funcionamento, poderemos ser capazes de encontrar a existência de uma natureza humana universalmente compartilhada e, conseqüentemente, de uma ética mais (ou verdadeiramente) universal. Ética universal que dependerá, depois de tudo, e em grande medida, da sabedoria com que saibamos ler e interpretar esses códigos de funcionamento do cérebro humano.

Dito de outro modo, o ponto mais seguro e firme, portanto, é o de desvelar os processos cerebrais subjacentes as nossas capacidades cognitivas e, mediante uma perspectiva evolucionista e neurocientífica, necessariamente interdisciplinar, propor-nos depois de que forma chegamos a ser como somos, de onde viemos, como funcionamos e quais são as possibilidades que nos brinda o futuro. Afinal, como recorda Churchland (2006:317), *“para comprender lo que somos y cómo actuamos, debemos comprender el cerebro y su funcionamiento”*.

6. Neurociência e Direito: os laberintos neuronais do direito

A organização social tem que ver com a forma com que o direito é capaz de controlar a conduta humana e regular as relações interpessoais que são geradas e estabelecidas em seu interior. Mas também tem que ver logicamente com um tipo de neurobiologia interpessoal³⁵ respeito aos cérebros dos homens que as constituem. Esse panorama social complexo, tão variado como diferente, é reflexo dos distintos, indeterminados e imprevisíveis que podem chegar a ser os cérebros das pessoas e do modo como está conectado com o mundo exterior e com as mentes de outros indivíduos (isto é, com a interação entre cérebros humanos, de como o cérebro dirige o comportamento social e, por sua vez, de como nosso mundo social influi em nosso cérebro e em nossa biologia). Nossas sociedades atuais, e inclusive as primitivas, estão constituídas por pessoas cujos cérebros e seu funcionamento abarca um arco tão amplo e variado que alcança desde aquilo que entendemos por “normal” – sem saber propriamente o que isto significa - até todo um espectro de “defeitos” - desde os mais sutis e dissimulados até os mais grosseiros e aparentes³⁶.

³⁵ Denominação utilizada por Siegel (2007) e cuja idéia básica se organiza ao redor de três princípios fundamentais: 1) a mente humana emerge a partir de padrões no fluxo de energia e informação dentro do cérebro e entre cérebros; 2) a mente se cria desde a interação dos processos neurofisiológicos internos e as experiências interpessoais; 3) a estrutura e a função do cérebro em desenvolvimento estão determinadas pelo modo em que as experiências, especialmente nas relações interpessoais, modelam a maturação geneticamente programada do sistema nervoso. Em síntese, que a mente surge da atividade cerebral, cuja estrutura e função estão diretamente modeladas pelo entorno (físico e cultural), pela experiência individual e pelas relações interpessoais.

³⁶ O cérebro é um sistema dinâmico não-linear e complexo, quer dizer, sistema regido pelas matemáticas do contínuo, e sua conduta é extremamente sensível a diferenças infinitamente pequenas. De modo que dois cérebros que estejam quase exatamente no mesmo estado pronto mudarão a estados enormemente distintos. Isto significa que o cérebro de um ser humano, ou inclusive o de um rato, é um sistema cuja conduta é essencialmente imprevisível; quer dizer: como qualquer experiência afeta o cérebro alterando as forças das conexões sinápticas, pequenos câmbios nos micro-componentes do sistema cerebral podem gerar grandes câmbios na macro-conduta do organismo. Isto implica que somos enormemente imprevisíveis salvo no que se refere a tendências e pautas gerais. Vamo-nos à cama pela noite, nos levantamos pela manhã, costumamos estabelecer conversações (e relações) com pessoas de nosso entorno várias vezes ao dia, mas quando o faremos exatamente, com que intensidade ou que palavras sairão de nossa boca..., isso é absolutamente imprevisível (cf. Churchland, *apud* Blackmore, 2010: 75 e ss.; Linden, 2010 - nomeadamente no que se refere à constituição e ao funcionamento das sinapses no cérebro humano). Sobre o cérebro como sistema dinâmico não-linear e complexo, cf. Siegel, 1999: 297 e ss. Duas outras observações necessárias, de partida: no que cabe, ao usarmos o termo “desenho” ao longo desta tese não nos referimos a qualquer tipo de postura “criacionista” ou de “desenho inteligente”, senão, e sempre, a algo *desenhado pela seleção natural*. De fato, as coisas viventes não estão desenhadas, embora a seleção natural darwinista autorize para elas uma versão da postura de desenho, isto é, de que é

Esta circunstância, somada aos avanços procedentes das investigações neurocientíficas, tem nos empurrado, cada vez com mais intensidade, a buscar redefinir o que devemos entender por natureza humana baseando-se, já agora, não tanto na conduta e na psicologia senão sobre parâmetros medíveis e objetivos do funcionamento do cérebro. E à medida que isso se vá alcançando, possivelmente com a disponibilidade de novas tecnologias de registro e imagem cerebral, como vamos operar juridicamente diante de todo esse amálgama de seres humanos que violam e desumanizam o humano? Que circuitos de nosso cérebro elaboram as condutas anti-sociais? E como estas podem ser modificadas ou controladas uma vez conhecidos quais são ditos circuitos? Há correlatos neuronais “responsáveis” tanto pela normalidade como pelos defeitos que emergem dos vínculos sociais relacionais (e das relações jurídicas) que o ser humano estabelece ao longo de sua existência? Com que sentido e como o cérebro dirige o comportamento moral e social e a sua vez como o mundo social influi em nosso cérebro e em nossa biologia? Nova medicina, nova política, nova jurisprudência, nova sociedade ou novo direito? Vejamos por parte.

O direito é um artefato cultural relacional, dinâmico e histórico, tendo um caráter essencialmente instrumental e pragmático. Está composto tanto pelas normas que o expressam como por sua interpretação e aplicação contextualizadas no seio de uma prática jurídica, humana, moral, política e social mais ampla da que toma seu sentido. Destina-se à consecução da justiça mediante as diversas formas por meio das quais se articulam as (quatro) formas de vínculos sociais relacionais arraigados na

perfeitamente possível traduzir a postura de desenho aos termos darwinistas adequados (Dawkins, 2007; Dennett, 1987). A segunda observação refere-se ao uso do termo “complexo” ou “complexidade”: em que pese tratar-se de um termo do qual se abusa consideravelmente e que raramente se explicita de que modo se estabelece, há, sem embargo, ao menos dois aspectos sobre os que todos os especialistas em complexidade se mostram de acordo. O primeiro é que para que algo seja considerado complexo, deve estar composto por muitas partes que interatuem de forma heterogênea. Este aspecto corresponde ao uso comum do termo, ou seja, como um todo que compreende várias partes unidas ou conectadas entre si (*Oxford English Dictionary*). Em segundo lugar, costuma-se aceitar que o que é completamente aleatório não é complexo, como não o é algo que seja completamente regular. Por exemplo, nem um gás ideal nem um cristal perfeito se consideram complexos; da mesma forma, não se considera complexo o jogar uma moeda para “cara ou coroa” (aleatoriedade absoluta) ou o funcionamento de um relógio (regularidade total). Somente aquilo que parece ser ao mesmo tempo ordenado e desordenado, regular e irregular, variável e invariável, constante e cambiante, estável e inestável merecem o qualificativo de complexo. Os sistemas biológicos, das células aos cérebros e dos organismos às sociedades, são, portanto, exemplos paradigmáticos de organizações complexas (Edelman e Tononi, 2000).

complexa estrutura da mente humana e irreduzíveis entre si, articulação esta que tem por finalidade a solução de determinados problemas práticos relativos à conduta em interferência subjetiva dos indivíduos, isto é, às relações jurídicas (Kaufmann, 1999; Atienza, 2003).

Da mesma forma que até hoje se tem servido de múltiplas disciplinas científicas para alcançar esse objetivo, agora começa a fazê-lo com a neurociência. Neurociência e direito constituem, sem dúvida, um tema novo. Um tema com implicações sociais, ontológicas e metodológicas de uma dimensão não comparável com nenhum outro, pois se refere especificamente à relação entre os mecanismos que geram a conduta humana, o cérebro, e as consequências, em sociedade, dessa conduta.

E ainda quando a neurociência e o direito parecem ter distintos objetivos e interesses, no sentido de que a primeira busca entender a conduta humana (pensamento, emoção, etc.) e o segundo julgá-la (intencionalidade, culpabilidade, responsabilidade, etc.), resulta evidente que ambas as disciplinas também podem ajudar-se mutuamente. Apesar de que entender e julgar são atividades diferentes, os esforços por entender o comportamento humano, suas causas, motivações, limites e fatores condicionantes, podem ser de grande apoio, não somente nos juízos sobre culpabilidade ou inocência³⁷, senão também no próprio processo de realização prático-concreta (interpretação, justificação e aplicação) do direito³⁸.

³⁷ Por exemplo, sabe-se que cada tribunal é um laboratório da natureza humana, onde juristas, clinicamente, questionam a nossa memória, comportamento, sanidade e senso de responsabilidade. Explorando a anatomia da justiça, no entanto, pesquisadores já começam a tomar o testemunho do cérebro propriamente dito para compreender melhor a origem de uma decisão justa. Ninguém realmente sabe como milhões de microscópicas células cerebrais podem sopesar noções objetivas jurídicas do que é certo e do que é errado. Neste particular, pesquisadores da Vanderbilt University, dirigidos por Owen Jones (*Neuron*, 12/2008), identificaram variedades distintas do tecido neural que ficam ativas quando, estando no lugar de juiz ou jurado, pensamos sobre crime e castigo. Em um experimento na fronteira entre o direito e a filosofia, os pesquisadores usaram um scanner cerebral para analisar as decisões imparciais que estão no cerne do nosso sistema jurídico, gravando como as células cerebrais se comportam quando avaliam a responsabilidade penal e determinam sentenças no processo de tomada de decisões jurídicas. Partindo da idéia de que desejar um mundo em que as decisões judiciais sejam justas, imparciais, sensatas e razoáveis implica compreender como isso realmente acontece, os investigadores mediram, em um primeiro momento, como as células do nosso cérebro se comportam quando temos que decidir punir alguém acusado de um crime se não temos interesse pessoal na condenação. Os pesquisadores testaram 16 voluntários em uma máquina de ressonância magnética funcional. A fMRI monitorou o fluxo sanguíneo e de oxigênio associados à atividade neural quando cada indivíduo tomou duas decisões judiciais diferentes sobre culpa e punição, em 50 cenários hipotéticos que vão desde um simples furto de um CD de música a estupro e assassinato. Descobriram que nenhuma região do cérebro sozinha faz o julgamento de terceiros. Em vez disso, pelo menos duas áreas do cérebro avaliam e atribuem uma sanção adequada. Um espaço associado ao raciocínio analítico, o chamado

Estes são tempos emocionantes porque os mistérios do cérebro começam a ser entendido. Para as ciências sociais, que criam modelos de comportamento humano, os resultados das investigações neurocientíficas têm um valor de enorme potencial teórico, metodológico e prático. Para os estudiosos do direito que tratam de encontrar uma forma de interpretar e aplicar a lei para maximizar os efeitos benéficos e/ou úteis do direito, a evolução da neurociência parece trazer consigo a promessa de resultados igualmente importantes.

Dito de outro modo, as ciências da conduta, em seu aspecto amplo, estão impactando de tal maneira nosso entendimento acerca da natureza humana que já parece urgente a necessidade de incorporar esses novos conhecimentos às disciplinas cujo correto desempenho requer uma adequada compreensão dos determinantes e condicionantes, inatos e adquiridos, do comportamento (humano). A revisão aqui apresentada, restrita ao âmbito do direito, tem por objetivo abordar algumas das inumeráveis maneiras em que os conhecimentos neurocientíficos poderiam ser capazes de afetar nossos atuais modelos de conduta jurídico-normativa, através do conhecimento empírico destinado a avançar na compreensão da conduta humana.

córtex pré-frontal dorsolateral direito, tornou-se muito ativo. Mas o processo de decisão também ativou os circuitos emocionais (amígdala, córtex pré-frontal medial e o córtex cingulado posterior; acusadamente nos casos em que havia uma dúvida razoável ou em que as provas não eram concludentes). Em resumo, de que parecem ser distintas as áreas ativadas no cérebro no momento da decisão tomada pelo juiz: as áreas ativadas à hora de condenar alguém, quando o delito está provado mais além de toda dúvida razoável, são distintas das empregadas para condenar alguém baseando-se em provas débeis ou quando há uma dúvida razoável de que o indivíduo seja culpado; ou seja, de que parece existir uma diferença em condenar uma pessoa por puro impulso emocional ou por um verdadeiro processo racional apoiado em provas sólidas. O que de fato surpreendeu os investigadores foi a grande e acentuada quantidade de atividade emocional durante uma decisão judicial “imparcial”, muito especialmente nos casos de provas débeis ou de dúvida razoável. O raciocínio analítico, concluíram, não pode ser separado da parte emocional.

³⁸ Consideramos, neste passo, perfeitamente aceitável e pertinente a ponderação de Zeki e Goodenough (2006: 39) no sentido de que: *“While current and future brain studies are thus likely to be of particular interest in criminal law, it is also likely that other branches of law will come under the spell of new discoveries. The law of property and possession, contract, trust, inheritance, marriage, evidence and many of the other sub-branches of the legal system will all receive detailed scrutiny as neurobiology begins to probe the determining way in which the human brain organizes its decisions and preferences. Above all, perhaps, the law itself will come under more intense scrutiny when neurobiologists begin to probe the brain’s sense of justice. Theoretically, it would be difficult for any legal system to enact laws and dispense judgements that most citizens in society can be demonstrated by objective neurobiological evidence to consider unjust. It is indeed possible that, in a ‘millennial’ future, perhaps only decades away, a good knowledge of the brain’s system of justice and of how the brain reacts to conflicts may provide critical tools in resolving international political and economic conflicts”*.

Por exemplo, um tema concreto dessa relação neurociência-direito constitui um dos debates levados a cabo pela Corte Suprema dos Estados Unidos acerca dos adolescentes, menores de dezoito anos, que sem patologia cerebral alguma – quer dizer, indivíduos cerebralmente normais - , tenham cometido atos brutais de assassinato. Devem ou não poder ser sentenciados à pena de morte? O tribunal escutou por primeira vez argumentos que não provém da psicologia, nem da psiquiatria, nem de interpretações psicanalíticas, nem de justificações socioeconômicas, senão diretamente dos conhecimentos atuais que tem a neurociência acerca de como se desenvolve e funciona o cérebro humano (Feigenson, 2006; Baird e Fugelsang, 2004; Science, 07/2004).

Esta situação foi disparada pelo caso concreto de um adolescente que cometeu um brutal assassinato quando tinha dezesseis anos e que agora, com vinte e sete, poderia ser sentenciado à pena capital. Seus advogados argumentaram no sentido de pedir clemência ou atenuação da pena sob o fundamento de que o cérebro de um adolescente não alcançou o nível de desenvolvimento cerebral de uma pessoa adulta e que, portanto, não pode processar a informação social da mesma forma como fazem os adultos. De tal argumentação se deduz que as capacidades dos adolescentes são diferentes e, como tal, não se lhes pode aplicar a mesma responsabilidade penal que aos adultos. (Morse, 2004).

De fato, durante o desenvolvimento do ser humano o córtex pré-frontal - que é considerada uma área fundamental no controle das emoções e processos cognitivos (tanto morais como sociais), desempenhando importante função na supressão ou inibição dos impulsos comportamentais, assim como um papel central na capacidade de autodisciplina (Solms e Turnbull, 2004) - sofre um atraso de amadurecimento considerável com relação a outras áreas do cérebro. Esta parte do cérebro é basicamente a última parte do cérebro em madurar por completo e tarda décadas em conectar-se por completo, isto é, não termina de amadurecer até os 25-27 anos de idade - que é exatamente quando já apareceram certos neurotransmissores e se terminaram de isolar os cabos de conexão das neuronas que é o que permite obter uma informação nítida e precisa nos circuitos responsáveis pela codificação destas funções mentais específicas que acabamos de mencionar. Precisamente, e abundando nesse tema, é esta área (o córtex pré-frontal orbitário em particular) a que quando resulta lesionada durante o parto ou por um traumatismo ou um tumor, e em qualquer idade, pode levar

ao indivíduo a transgredir os valores morais e éticos mais elementares que tem assumidos uma sociedade.

É com estes dados biológicos, constatáveis e objetivos, com os que se argumenta sobre a capacidade reduzida dos adolescentes para avaliar as situações sociais e para que não sejam considerados completamente responsáveis de seus atos. Algo similar a esses argumentos “cerebrais” utilizou este mesmo Tribunal Supremo dos Estados Unidos, em 2002, para abolir a pena de morte dos indivíduos que padeciam de atrasos mentais. Em outro aspecto, por exemplo, Adam Raine (1998), um psicólogo especialista nos correlatos neurobiológicos do crime violento, defende a idéia de que um indivíduo cuja natureza biológica lhe predispõe até a conduta criminal, ou em todo caso, a uma falta de consciência, não pode ser considerado culpável por suas ações do mesmo modo que aquele outro que não conta com essa desvantagem. Raine considera que esses indivíduos têm um “livre-arbítrio parcial”. Sem embargo, na atualidade, a psicopatia não é um atenuante em nenhum dos sistemas penais de que temos notícia³⁹. Daí porque alguns juristas consideram que a influência que estes

³⁹ No século XIX, o termo “psicopata” foi cunhado para descrever pessoas que pareciam dispostas a tirar vantagem dos outros e magoá-los sem qualquer evidência de preocupação ou remorso (Koch, 1891). O DSM abandonou esse termo pejorativo e adotou a expressão *transtorno da personalidade anti-social*. Esse transtorno se distingue não tanto por comportamentos específicos como por uma abordagem à vida cuja característica mais saliente é a ausência de remorso. As pessoas com transtorno de personalidade anti-social tendem a ser hedonistas, buscando a gratificação imediata dos desejos e necessidades, sem qualquer pensamento dedicado aos outros. Devido à inexistência de empatia, seus relacionamentos interpessoais tendem a ser superficiais, no melhor dos casos. De fato, entre as características do psicopata destacam a falta de empatia- são incapazes de colocar-se no lugar de outra pessoa – e a carência de remordimentos – não tem consciência. E porque essa ausência de empatia é mais emocional do que intelectual, um psicopata pode entrar em teu cérebro e intentar imaginar o que pensas; sem embargo, jamais poderá compreender como te sentes. Pois bem, tudo aponta a que essa falta de emoções decorreria de uma característica diferencial no sistema nervoso: uma falta de conexão entre o sistema límbico – a amígdala, em particular, relacionada com as emoções e a agressividade – e o córtex pré-frontal – que controla os impulsos emocionais do sistema límbico. A origem de tal desconexão pode ser uma lesão durante o desenvolvimento, a causa de acidente ou maltrato, ou por alterações genéticas. Estudos levados a cabo por Hare sugerem que os transtornos característicos da psicopatia podem dever-se ao mau funcionamento da amígdala (hipoatividade), particularmente a do hemisfério direito; a amígdala normal se ativa intensamente em presença de estímulos emocionais; em câmbio, a dos psicopatas demonstra pouca ou nenhuma resposta ante estes. Os scanners cerebrais mostram, também, que enquanto na maioria das pessoas o hemisfério direito se ilumina em situações emocionais, nos psicopatas estão igualmente ativos os dois hemisférios, o que lhes livra de sentimento de culpa, remordimento e necessidade de castigo. Nos Estados Unidos, a solução política e judicial tem consistido basicamente em prisão ou internamento. Como não está claro que o comportamento de um psicopata se deve a uma enfermidade ou a um problema fisiológico, se entende que são simplesmente perversos, e se lhes condena de por vida: em um júízo, se os peritos determinam que uma pessoa é um psicopata, será difícil que se

novos conhecimentos científicos exercerão sobre as leis não será importante, posto que conceitos como o de “capacidade diminuída”, em geral já previstos nestas, serão suficientes também para, mais adiante, acomodar qualquer progresso científico imaginável.

Assim que, no futuro, o debate possivelmente se estabeleça, por um lado, a partir da consideração de que os dados obtidos pela neurociência acerca da estrutura e funcionamento do cérebro humano constituem o fundamento e o modelo de progresso de uma sociedade civilizada; e, por outro, que esses dados não escusam uma conduta criminosa violenta ainda que seja um importante fator a ser considerado pelos tribunais de justiça.

De momento, os estudos de neuroimagem são capazes de pôr de manifesto os correlatos neuronais de certas enfermidades ou de certos processos associados a determinadas tarefas comparando entre grupos de sujeitos (por exemplo, um grupo com uma determinada patologia frente a sujeitos “normais” como grupo controle) ou comparando entre os correlatos neuronais de algumas tarefas específicas, já seja com outras ou com uma “linha base” de atividade mínima. Habitualmente, contudo, esses estudos não são o suficientemente precisos como para permitir um diagnóstico individual. Pese a isso, esta é uma direção na qual se está trabalhando. Estudos recentes (Canli *et al.*, 2002), por exemplo, encontraram correlatos neuronais de dimensões clássicas de personalidade tais como a extroversão ou a neurose que permitem uma classificação correta em termos clínicos de, ao menos, um amplo subconjunto dos sujeitos examinados.

Também nos Estados Unidos já se utilizam técnicas extraídas da neurociência com a finalidade de identificar o engano intencionado. Estas técnicas constituem uma área de investigação muito atrativa e cada vez mais sofisticada e eficiente. Uma destas técnicas em particular, utilizada no sistema legal americano, se conhece entre os

lhe conceda a liberdade condicional ou outras vantagens do gênero, e será raro que lhe incluam em programas de reabilitação. O psicopata sabe o que faz e, ademais, é muito inteligente e sabe por que o faz. Isto o diferencia do psicótico: o psicótico é o indivíduo que está fora de si, o indivíduo que perdeu o sentido da realidade. Às pessoas com enfermidades mentais ou psicose se lhes oferecem outras vias, mas o psicopata geralmente é condenado. E são condenados porque se considera que atuam com pleno conhecimento e com plena vontade. O psicopata é consciente e essa é a razão pela qual resulta extremamente complexo considerá-lo um enfermo e deixar de estabelecer condenações cuja finalidade é a de proteger a sociedade. Para uma caracterização da psicopatia cf., por exemplo, Blair, 1995; Hare, 1984 e 2003; já sobre psicopatia, neurociência e conduta criminosa, cf: Nature, vol. 464, 2/2010, vol. 450, 12/2007 e vol. 410,3/2001.

juristas como “a marca digital do cérebro” e está baseada em registros eletroencefalográficos. Em essência, consiste em que um eletrodo é colocado sobre o crânio (na região parietal) pode detectar uma determinada variação de voltagem, que se conhece como a onda P300. Já se demonstrou que, ao menos em condições de laboratório, alguns tipos de informação que se pretendem ocultar podem ser detectados utilizando desenhos psicológicos e testes adequados com a análise desta onda P300 (Farwell e Donchin, 1991; Moenssens, 2002).

Concretamente, detectam um “rastros de memória” que se acha presente quando, por exemplo, se reconhece um determinado objeto. Podemos imaginar uma situação na qual, ao apresentar a um conjunto de indivíduos suspeitos de praticar um crime determinado objeto, do qual somente o culpado pode ter conhecimento (p.e., a arma do crime), aquele sujeito que apresente o “vestígio de memória” será em quem devam centrar-se as investigações. Também se estão realizando avanços neste sentido com a Ressonância Magnética Funcional (fMRI) (Langleben *et al.*, 2002).

Esta “leitura cerebral” não está isenta em modo algum de importantes aspectos éticos a considerar, entre eles, como veremos mais adiante, o da intimidade ou privacidade. Até o presente, o âmbito da consciência há permanecido como um reduto inexpugnável, ao menos para o direito⁴⁰. É uma incógnita se a situação se manterá

⁴⁰ Pese a existência de “soros da verdade”, estes não são admitidos como técnica apropriada para obter provas válidas ante um tribunal. Note-se, por oportuno, que a consciência e a atividade mental são propriedades desenvolvidas, a que se chegou por processos de seleção natural: elas evoluíram por conta de seu valor de sobrevivência para aqueles que as possuem, isto é, estão desenhadas para acentuar a aptidão. E nem poderia ser de outra maneira: a consciência e a atividade mental emergem do cérebro, cuja função principal é manter vivo e em condições de reproduzir-se ao organismo do qual forma parte. Todas suas outras virtudes – a capacidade de apreciar a música, de enamorar-se, de formular juízos de valor, de cooperar, de planejar, de elaborar uma sofisticada teoria da justiça, etc.- partem dessa singular e avassaladora ambição. (Carter, 2002). Para um detalhado estudo (com enfoque científico-experimental) sobre a consciência como resultado de um tipo particular de processos neuronais – um *processo* privado, seletivo, coerente e contínuo, mas em constante câmbio, ao mesmo tempo altamente unificado (ou integrado), altamente informativo (como redutor da incerteza entre várias alternativas possíveis) e altamente complexo (ou diferenciado) - e das interações entre o cérebro, o corpo e o mundo (isto é, no sentido de que a consciência em toda sua plenitude não surge unicamente do cérebro, senão que as funções superiores do cérebro precisam tanto da atividade de substratos neuronais específicos (em especial os do sistema tálamo-cortical)– amplamente dispersos ou distribuídos simultaneamente entre vários grupos de neurônios de distintas regiões do cérebro - como da interação com o mundo e com outras pessoas), cf. Edelman e Tononi, 2000; Llinás e Churchland, 2006. Sobre uma nova e robusta teoria neurocientífica acerca da consciência, baseada no argumento de que, desde os primeiros estágios da vida natural, as *emoções primárias* foram fundamentais para a evolução da consciência dos organismos superiores e geraram o abanico de sentimentos e emoções, muito mais sutis, que caracterizam a espécie humana, cf. Denton, 2009, cujo livro, ademais, traça

deste modo, pois recordemos que o polígrafo é uma técnica usada em âmbitos diversos, normalmente com caráter de voluntariedade, mas que pode constituir-se em um elemento com caráter probatório segundo determinados tipos de legislações. Ademais, o uso destas modernas técnicas pode proporcionar, pese ao rigor dos conhecimentos de que se derivam e de uma aplicação correta das mesmas, uma aparência exagerada de exatidão, precisão e objetividade respeito a resultados que em ocasiões só adquirem pleno sentido estatisticamente.

Seja como for, parece razoável admitir que a neurociência pode vir a contribuir decididamente à tarefa de encontrar respostas mais certas sobre a responsabilidade pessoal e, com isso, aproximar-se com mais justiça aos juízos acerca dos castigos, tratamentos e/ou a própria liberdade dos indivíduos suspeitos ou culpados da prática de um delito. Na mesma medida, seguramente também contribuirá, mais cedo que tarde, para a adequada compreensão das condutas agressivas e violentas⁴¹.

uma interessante e completa análise acerca da biologia da emoção (definição, tipos, características neurofisiológicas, conceitos, natureza, etc.). A título de divulgação sobre as diversas teorias acerca do problema (fácil e difícil) científico e filosófico da consciência, cf.: Blackmore, 2010; Bennett *et al.*, 2007. Particularmente sobre “o problema difícil” da consciência, em contraste com os “problemas fáceis” da mesma, cf. Chalmers, 1999.

⁴¹ Por exemplo, hoje há poucas dúvidas científicas de que os genes desempenham papel significativo no comportamento anti-social. Contudo, o importante desafio para os estudos genéticos sobre comportamento anti-social não é simplesmente identificar quais genes estão associados ao comportamento anti-social, senão também quais destes genes codificam transtornos cerebrais em grupos anti-sociais. Usando a MAOA (gene da monoamina-oxidase A) como ilustração, esta proteína metaboliza, entre outros, a serotonina, um neurotransmissor que está em níveis baixos em indivíduos anti-sociais. Homens com um polimorfismo comum (variante) no gene da MAOA apresentam uma redução de 8% do volume da amígdala, giro do cíngulo anterior e córtex orbitofrontal (pré-frontal ventral). Essas estruturas cerebrais estão envolvidas na emoção e encontram-se comprometidas em indivíduos anti-sociais. Consequentemente, um dos genes associados ao comportamento anti-social resulta em alterações estruturais em áreas cerebrais comprometidas nesses indivíduos. Mas saber como se dá essa passagem dos genes ao cérebro e ao comportamento anti-social implica um sem número de hipóteses. Uma delas é de que as anormalidades genéticas resultem em anormalidades estruturais no cérebro, que resultam em anormalidades emocionais/cognitivas/comportamentais, as quais, por sua vez, predis põem ao comportamento anti-social. Há um número crescente de evidências para alterações cerebrais em grupos anti-sociais, com fortes evidências principalmente para o córtex pré-frontal. Pacientes com transtornos neurológicos com danos no córtex pré-frontal ventral exibem comportamento desinibido, do tipo psicopático, embotamento emocional e autônomo e tomada de decisão inadequada. Pesquisas com ressonância magnética mostraram que indivíduos com transtornos de personalidade apresentam redução de 11% na substância cinzenta pré-frontal, junto com uma atividade reduzida durante um estressor social, provocando emoções “secundárias” de vergonha, constrangimento e culpa. Indivíduos anti-sociais com menor quantidade de substância cinzenta também mostraram menor responsividade autônoma ao estresse. Diferentes paradigmas clínicos da neurociência estão começando a convergir para a mesma conclusão de que há uma significativa base cerebral no comportamento anti-social, e que esses processos neurocomportamentais são relevantes para entender a violência na sociedade

Neste particular, Morse (2004: 49) é categórico ao afirmar que a neurociência pode vir a participar nas concepções mais básicas do direito, apresentando, entre outros, o seguinte argumento: *“Que é a responsabilidade? A responsabilidade é o que lhe atribui uma pessoa a outra acerca de uma ação realizada. E quando digo ação o que quero dizer aqui é dar-lhes três critérios para apreciar a responsabilidade no Direito. Primeira, basicamente deve haver uma ação. Segundo deve haver um estado mental culpável que acompanhe a ação. E terceiro o culpável deve ser um agente moral responsável, sendo o critério básico para este último que o indivíduo tenha a capacidade para raciocinar e atuar livremente. Sem dúvida que a neurociência pode ajudar e muito acerca de estabelecer estes parâmetros no ser humano desde a perspectiva de nossos conhecimentos sobre como funciona o cérebro humano”*.

E isso porque, efetivamente, Morse refere-se à neurociência partindo da premissa de que esta já possui conhecimentos suficientes acerca de como, no cérebro, se organizam as ações, como certas áreas cerebrais operam para organizar as emoções, os raciocínios e os pensamentos éticos e como, ademais, se adentra em conhecer a dinâmica cerebral em relação com a culpabilidade, o controle cognitivo e a intencionalidade (Miller, 2000; Eagleman, 2004; Churchland, 2002).

cotidiana. Danos estruturais na área pré-frontal correspondem a prejuízos funcionais na área pré-frontal (ou seja, funcionamento reduzido) em uma ampla variedade de indivíduos anti-sociais. Verificou-se que assassinos mostram redução no metabolismo da glicose no córtex pré-frontal. Essa disfunção também caracteriza especificamente infratores impulsivamente violentos, sugerindo que o córtex pré-frontal age como um “freio de emergência” para emoções desenfreadas geradas por estruturas límbicas. Estudos de neuroimagem são corroborados por achados de estudos neuropsicológicos, neurológicos e psicofisiológicos, indicando a robustez dos achados. O problema, contudo, é que continua aberta a discussão sobre se essas disfunções cerebrais são causadas (exclusivamente, alternativamente ou concomitantemente) por fatores ambientais ou por fatores genéticos. Outra preocupação adicional é a que trata da responsabilidade pessoal e da punição. Se um assassino sofre disfunções cerebrais que o predispõem a cometer violência impulsiva, deveremos responsabilizá-lo inteiramente por seu comportamento? Pesquisas pioneiras estão elucidando o mecanismo neural que auxilia na tomada de decisão moral. Desde uma perspectiva de julgamento moral, dadas as evidências de que os circuitos neurais subjacentes ao sentimento moral e tomada de decisão estão prejudicados nas populações anti-sociais, esses indivíduos parecem não dispor de plena capacidade para saber – e fazer – o que é certo e/ou para poder discernir a diferença legal entre o lícito e o ilícito, ou entre o permitido, o proibido e o obrigatório. Neste contexto, a tensão reside no fato de saber até que ponto é moral punir esses indivíduos e quais os potenciais perigos para a sociedade decorrente de um eventual afrouxamento do conceito de responsabilidade pessoal. Como se vê, a questão relativa ao problema “dos genes ao cérebro e ao comportamento anti-social” suscita importantes questões neuroéticas que precisam ser (urgentes e seriamente) discutidas para que a ciência possa progredir e enfrentar-se de forma adequada aos enigmas que vão surgindo acerca do comportamento anti-social. Voltaremos a este tema mais adiante.

Agora: Pode a neurociência, ademais do já assinalado, ajudar na predição de um perigo ou risco potencial, o qual, entre outras coisas, pode significar declarar inocente a um indivíduo que tentou matar, mas que pode vir a cometer novos crimes no futuro? Pode a neurociência ajudar ao direito a entender estas “dificuldades” que muitas pessoas têm de controlar-se a si mesmas? Poderiam os scanners do cérebro, que medem determinadas características pessoais que se correlacionam, ainda que seja muito debilmente, com certa propensão à violência, influir na forma em como um jurado sentencia a um criminoso convicto? Se um cérebro estudado por técnicas de neuroimagem se considera anormal e isto se associa a uma personalidade violenta, poderá esta anormalidade ser considerada uma base adequada sobre a qual se possa estabelecer uma detenção preventiva com vistas a preservar e proteger o interesse público ou social?

Embora a maioria dos neurobiólogos esteja de acordo com que estas são perguntas (interessantes e intrigantes) com que os juristas deverão enfrentar-se em um futuro não tão distante, a verdade é que a evidência neurocientífica atual está ainda muito longe de alcançar esses objetivos, entre outras coisas porque a violência pode ser muitas vezes e, salvo casos de claras lesões cerebrais ou psicopatia, uma combinação de “normalidade” (ou “anormalidade”) e circunstâncias do meio ambiente e social. Mas a realidade é que a neurociência está entrando rapidamente nos sistemas legais do mundo ocidental. E o resultado dessa interferência é que, ao menos desde uma perspectiva teórica, o trabalho dos neurocientistas está sendo cada vez mais valorado, discutido e aplicado em vários contextos jurídicos (Garland e Glimcher, 2006).

Por exemplo, em 2004, o jornal de Munich *Süddeutsche Zeitung* convidou ao fórum “Meio Ambiente-Ciência”, entre outros, ao neurocientífico Gerhard Roth, ao professor de direito penal da Universidade Goethe de Frankfurt, Klaus Lüderssen, ao historiador Johannes Fried e ao filósofo Wilhelm Vossenkuhl. Nesta discussão, Roth manteve que dois fundamentos essenciais do conceito de liberdade já haviam sido rebatidos. O primeiro é a crença de que “*eu sou o que atua*”; o segundo, a sensação subjetiva da possibilidade de eleição: “*eu poderia haver atuado de outra maneira se houvesse querido*”. O *eu* não se encontrou em nenhum lugar no cérebro, mas sim os mecanismos inconscientes que determinam os supostos atos de vontade livre.

O filósofo Vossenkuhl, apesar de não haver discutido os resultados experimentais procedentes da neurociência, assinalou, contudo, que os mesmos são limitados porque investigam ações mínimas, mas não decisões complexas. Por sua

parte, Lüderssen ponderou que os resultados da investigação cerebral eram dramáticos, já que não somente o direito penal se fundamenta na culpabilidade do sujeito e, portanto, em sua capacidade e responsabilidade na tomada de decisões, senão que o próprio ordenamento jurídico como um todo se veria igualmente afetado. Lüderssen comparou este câmbio, que deve ser seriamente considerado pelo sistema jurídico, com a revolução copernicana, e confessou não saber quando deveriam modificar-se os códigos penais, uma vez que ainda nos falta muito por investigar a respeito.

Em resumo, se não existe liberdade, se a liberdade é uma ilusão, não se concebe a culpabilidade nem a imputabilidade, de maneira que não se devem castigar aqueles membros da sociedade que transgridem as leis que nós mesmos criamos para permitir uma convivência pacífica. E embora pareça razoável supor que nenhum novo conhecimento poderá modificar esse fato (pois cairiam os pilares de nossa civilização: a responsabilidade, a culpabilidade, a imputabilidade, o pecado...), seguramente cambiará a imagem que temos do mundo e de nós mesmos, depois de rebaixar uma vez mais o orgulho humano que nos fez (e ainda nos faz) confiar e “ter fé” em tantas falsidades a respeito da condição humana.

Não obstante, conquanto as novas tecnologias que estão aportando as ciências do cérebro ainda não sirvam para exculpar a ninguém em juízo, já estão, contudo, ajudando a distinguir claramente os danos sutis do cérebro ocorridos durante o nascimento ou durante o desenvolvimento por traumatismo ou por drogas e com isso ajudando, na mesma medida, a encontrar a causa de suas condutas. O que também já está fazendo a neurociência é ajudar a detectar aspectos funcionais do cérebro antes impossíveis de detectar, que bem podem ser a “causa” de certas condutas anti-sociais. Por exemplo, imagens funcionais do cérebro de muitas pessoas convictas de haver cometido um crime sugerem que nesses indivíduos existe uma disfunção dos lobos frontais e temporais.

Em tomografias por emissão de pósitrons (PET) já se demonstrou uma clara associação entre o metabolismo reduzido no córtex pré-frontal e uma história de conduta violenta repetitiva, agressão e assassinato. Esta hipofunção pré-frontal foi reproduzida utilizando outras técnicas de imagem como, por exemplo, imagens de ressonância magnética nuclear. Também se estão acumulando dados que mostram a atividade anormal do lobo temporal em psicopatas (Kiehl et. al., 2004; Rorie e Newsome, 2005). Assim, os estudos de neuroimagem estão aportando muita informação acerca de câmbios no cérebro de indivíduos com condutas anti-sociais aos

que, junto aos já assinalados, se podem acrescentar um aumento do corpo caloso (a banda curva de tecido branco que une os dois hemisférios cerebrais e que serve de ponte de comunicação contínua e recíproca entre eles), um descenso do volume da substância cinzenta pré-frontal ou um descenso do volume do hipocampo posterior.

Apesar disso, parece certo que em determinados momentos os conhecimentos que aporta a neurociência não se podem colocar sobre a mesa de uma forma contundente e com eles influir nas decisões judiciais; mas sim é certo que podem proporcionar valiosa informação a ser devidamente considerada no ato de julgar e decidir. A consideração e a adequada avaliação desses dados científicos bem podem levar os tribunais a alcançar uma conclusão mais próxima da justiça concreta, como no caso descrito mais acima, de que os adolescentes funcionam de modo essencialmente diferente aos adultos e que isto se deve a seus cérebros. Em qualquer caso, está claro que estamos adentrando em uma senda que está nos conduzindo, mais rápido do que o imaginado, a uma reviravolta do direito, com câmbios profundos em sua estrutura e no processo de realização prático-concreta das normas jurídicas.

Depois, é curiosa a larga e difícil história que há detrás da aceitação por parte dos tribunais de provas aportadas por técnicas científicas (Golan, 2004; Faigman, 2004). Desde os raios X em 1896 até o primeiro detector de mentiras em 1922 e, ao longo dessa história, a multitude de provas científicas que foram rechaçadas pelos magistrados sob o argumento de “ não haver obtido a suficiente aceitação no campo de investigação ao que pertencem”. E assim propriamente acabaram por não haverem sido admitidas durante a maior parte do século XX. Isso inclui não somente o detector de mentiras já assinalado, senão também evidências sólidas, como as obtidas por análise de DNA em casos criminais ou cíveis (Golan, 2004).

Em 1993, a Suprema Corte dos Estados Unidos colocou uma série de exigências aos juízes à hora de admitir nos processos judiciais os informes elaborados por expertos cientistas. A primeira é que a técnica utilizada para obter os resultados que se aportam, a favor ou em contra de um determinado argumento seja reproduzível, ou, se se prefere, que já tenha sido utilizada e validada (quer dizer, que não seja puramente experimental). Segunda, que tenha sido criticada, revisada e avaliada e, de acordo com isso, publicada. Terceira, que se conheçam bem as margens das medições que se obtenham com essas técnicas. E quarta, que seja uma técnica de aceitação geral na comunidade científica que corresponda.

Tudo isso não quer dizer que um teste neurobiológico deva alcançar cotas de significação estatística, tal qual as utilizam os cientistas em seus trabalhos, para poder ser apreciadas e aplicadas ante um tribunal. As regras da evidência não requerem tanta perfeição; somente relevância definida como “*qualquer tendência que faça com que a existência de qualquer fato seja mais provável ou menos provável de que houvesse ocorrido*” (Garland e Glimcher, 2006: 125). Tomemos um breve exemplo: se alguém pudesse demonstrar que a função das áreas cerebrais que participam e elaboram a tomada de decisões é “anormal” em uma pessoa, a despeito do fato de se os cientistas não estão de acordo sobre o que se quer dizer exatamente com isso de “anormal”; evidências deste tipo poderiam muito bem influir na sentença de um júri por assassinato.

É assim como a neurociência se adentra cada vez mais nesse labor de auxiliar os tribunais de justiça em suas deliberações. E poderíamos ir ainda mais longe: suponhamos, por exemplo, o caso em que ser viciado em drogas ou havê-lo sido durante a realização de um crime pudesse servir de excludente ou atenuante da pena. Pois bem, hoje as técnicas de imagem cerebral já se mostram bastantes resolutivas ao respeito, uma vez que analisando os registros de ressonância magnética funcional é possível detectar ou conhecer se alguém é ou há sido viciado em drogas, por muito que o negue. “Sinais” desta atividade se podem detectar com técnicas de PET em amígdala, córtex cingulado anterior e córtex orbitofrontal (Farah, 2002).

Os dados cerebrais objetivos, como aqueles da hipofuncionalidade pré-frontal que mencionamos antes, não somente poderiam utilizar-se como uma prova mais em apoio de uma causa excludente de responsabilidade em pessoas que tenham realizado certo tipo de condutas delitivas, senão que inclusive poderiam usar-se como índice de que uma determinada terapia tenha sido benéfica sobre a base da demonstração de uma reversão na hipoatividade pré-frontal e com isso considerar a reinserção de um determinado indivíduo na sociedade.

Outro capítulo novo dos possíveis usos dos conhecimentos neurocientíficos é a possibilidade do que se há dado em chamar “leitura cerebral” (*brain reading*), que devemos diferenciar da “leitura de mentes” (*mind reading*). Ler o pensamento tem sido, até agora, um tema de ficção científica. E ainda quando há pessoas capazes de inferir o estado de ânimo de outras somente pela aparência de sua face e a expressão corporal (e a partir daí entender alguns de seus aspectos psicológicos), não há prova científica alguma que mostre que alguém possa conhecer os pensamentos de nenhuma

pessoa a menos que esta os manifeste explicitamente por meio da linguagem (verbal e/ou não verbal).

A denominada “leitura cerebral” diz respeito, precisamente, a capacidade técnica e os conhecimentos científicos capazes para chegar a conhecer, a partir dos registros da atividade cerebral, o que pensa uma pessoa sem que ela o manifeste ou o declare (Haynes e Rees, 2006). De fato, já se está às portas destes descobrimentos. Hoje já é possível saber, utilizando registros de ressonância magnética funcional muito sensíveis, se um indivíduo está pensando, por exemplo, em pessoas e faces ou em casas e edifícios. E também se pode conhecer, com certa aproximação muito significativa, se essas faces ou esses edifícios lhes gostam ou desgostam.

Por exemplo, o giro fusiforme no sistema visual é uma região cerebral que responde quase exclusivamente à visão de faces e muito pouco a outra classe de formas ou objetos. De modo similar, uma parte do giro para-hipocampal responde bastante seletivamente a imagens que referem a casas ou edifícios e muito pouco a outro tipo de objetos ou faces ou pessoas (Tsao et. al. 2006; Kanwisher, 2006). E isto somente no que se refere ao sistema sensorial. No referente ao sistema motor já conhecíamos, com somente mirar os registros de imagem do cérebro, que parte do corpo está movendo um indivíduo e inclusive que dedo da mão e se é da direita ou da esquerda.

Em um futuro próximo a problemática que se avizinha com esses conhecimentos é de calado social, ético e jurídico muito importante, particularmente no que se refere à violação da intimidade ou privacidade da pessoa. O problema que arranca de todos esses desenvolvimentos científicos é a privacidade, quer dizer, romper ou entrar na privacidade das mentes das pessoas (Farah, 2002), aspecto logicamente proibido pelas normas jurídicas e comitês éticos atuais. É mais: convém recordar que na maioria dos Estados de Direito modernos a intimidade ou a privacidade é um direito fundamental e, portanto, está protegida de forma quase incondicional.

E não pode ser menos, dado que a intimidade (o conhecimento desse “eu mesmo”, das angústias e esperanças, dos medos e pensamentos sobre os “demais”, as estratégias de relação com esses “outros”, etc.) constitui a essência da sobrevivência social. O conhecer os demais a intimidade de uma pessoa significa o fracasso de sua própria existência social. A raiz sobre a que se alimentam as interações pessoais se nutre com as intuições sobre o que os outros estão pensando ou sentindo (teoria da

mente). A perda da intimidade é a perda da essência humana e sua dignidade tal como hoje a entendemos, deixando ao ser humano diluído e perdido a mercê dos demais. Realmente se pode dizer, parafraseando Ortega y Gasset, que eu sou eu em minha intimidade, e se não me faço nela não me faço eu.

E de utilizar-se estas técnicas em meios jurídicos, será inevitável que surjam dúvidas e perguntas do tipo: Em que casos se poderiam utilizar a informação eticamente? Quais seriam os temas privados do indivíduo (de seu pensamento) não passíveis de utilização ético-jurídica? E outra: poderiam, por exemplo, as técnicas de imagem cerebral que permitam detectar as mentiras de suspeitosos de crimes violentos e bárbaros (como o terrorismo) ser consideradas uma forma de tortura ou ao menos uma forma de forçar uma auto incriminação? (Roskies, 2002). Em qualquer caso, e ainda sendo hoje um tema de ciência ficção o logro de uma “máquina leitora do pensamento”, a realidade é que caminhamos até uma tecnologia que eventualmente poderá tornar-se capaz de fazer um *bypass* às vias clássicas de comunicação, como a expressão oral ou a linguagem corporal que controla voluntariamente uma pessoa, e saber que está pensando através da pura leitura da atividade cerebral.

Está claro que conhecer os estados mentais de indivíduos suspeitosos de haver praticado uma atividade criminosa seria de grande valor em um juízo penal. Também teria um inestimável valor para as atuais teorias da interpretação e argumentação jurídica saber onde termina a cognição e começa a emoção no processo de realização do direito levado a cabo pelos juízes. Com efeito, existe uma demanda cada vez mais imperiosa por parte dos sistemas de justiça e operadores do direito no sentido de encontrar métodos capazes de aportar um modelo de argumentação jurídica o suficientemente adequado para limitar (racional e objetivamente) a atividade interpretativa, sem dissimular, ignorar ou jugular a iniludível subjetividade que a caracteriza e, em igual medida, de encontrar mecanismos capazes de aportar provas que incriminem de uma maneira mais objetiva, segura e justa aqueles que violam as normas estabelecidas pela sociedade.

O fato é que à medida que avançam as técnicas neurocientíficas somos capazes de obter melhores resultados mediante imagem cerebral, com o que se há incrementado o número de correlatos neuronais conhecidos de uma grande quantidade de traços e estados psicológicos. Ademais, a crescente demanda de informação acerca de medidas “científicas” da personalidade, atitudes e disposições de conduta em nossa sociedade, de técnicas capazes de assegurar a veracidade das declarações, a

objetividade na aplicação das normas jurídicas e de conhecimento a respeito de determinadas atitudes condutuais de alguns indivíduos, uma demanda com finalidades diversas, garante que o número e o interesse por estes estudos e medidas não deixará de incrementar-se. Também o fará o rol de suas possíveis aplicações.

Daí que se nos afigure razoável considerar, desde já, a necessidade de se desenhar um modelo normativo e institucional que, num futuro não tão distante, trate não somente de viabilizar o acesso de todos por igual aos benefícios provenientes da revolução neurocientífica (p.e. , em “leitura cerebral”), como, e muito especialmente, de evitar que alguns (ou muitos) possam sair enormemente prejudicados por um particular uso e aplicação desses novos avanços. Isto é, de um modelo normativo e institucional que, assegurando a equidade da distribuição de benefícios e cargas como uma questão de justiça social, trate de disciplinar eticamente essas investigações na busca de encontrar pontos de equilíbrio para acomodar as expectativas (culturais , biológicas, de validade jurídico-social e de legitimidade substancial) de uma comunidade de indivíduos diante da qual a qualidade de suas normas (e sua consequente aplicação) será medida por sua humanidade, pela precisão de sua adesão às necessidades humanas (individuais e coletivas).

Mas, se como vimos, o direito pode usar determinados avanços neurocientíficos, assimilando suas conclusões ou admitindo algumas técnicas como meio de prova, pode a neurociência exercer alguma influência perdurável no direito ou no sistema judicial?

Suponha – seguindo o raciocínio de Gazzaniga (2005) - que um determinado indivíduo forme parte de um tribunal do júri em um caso de assassinato. Como membro do jurado este hipotético indivíduo sabe, ou deve saber, certas coisas sobre a estrutura e o funcionamento do sistema judicial. Pois bem, quando ocupa um lugar no tribunal do júri, este indivíduo sabe também que terá que dirimir o caso junto com alguns companheiros, que provavelmente não estarão informados acerca dos últimos descobrimentos científicos sobre o cérebro, a mente e a conduta humana. Sabe que a maior parte dos jurados não está ali voluntariamente e que não aceitam escusas, dados exculpatórios para o acusado. Os membros do jurado são pessoas práticas e pouco transigentes.

De uma maneira geral, tal parece ser o perfil do sistema do tribunal do júri: nada fora do comum, somente alguns indivíduos que intentam compreender um acontecimento terrível. A maioria dos membros provavelmente nunca ouviu falar da

palavra neurociência e certamente nunca parou para refletir sobre o conceito de livre-arbítrio. Estão ali para averiguar se o acusado cometeu o crime e, se decidem que é culpado, seguramente o castigarão com dureza. Raras vezes se exige ao jurado que contemple a possibilidade de exculpar ao acusado por motivos de saúde mental, e quando ouvem esse argumento da defesa, não costumam aceitá-lo.

Frente a este telão de fundo que é o sistema judicial, aparece um novo problema em forma de perene questão: nossa espécie possui “livre-arbítrio”? O acusado cometeu aquele crime horrível livremente e por eleição, ou foi algo inevitável a causa da natureza de seu cérebro e suas experiências passadas? Como sucede em muitos âmbitos donde o pensamento científico moderno contrasta com as realidades cotidianas, os membros do tribunal do júri não costumam levantar, propor ou colocar esta questão em discussão. Ainda assim, não parece irrazoável sustentar que até os jurados mais estritos acabarão cedendo, porque algum dia este assunto acabará por dominar todo o sistema judicial.

Já se estão explorando, como vimos antes, os mecanismos cerebrais que nos ajudam a entender a função dos genes na configuração do cérebro, os correlatos neuronais responsáveis por nossos juízos morais e ético-jurídicos, o papel dos sistemas neuronais na percepção do entorno e a relevância da experiência como princípio de orientação nas ações futuras. Agora sabemos que os câmbios do cérebro são necessários e suficientes para induzir câmbios na mente - nos últimos anos surgiu um ramo da neurociência, chamada neurociência cognitiva, que estuda precisamente os mecanismos desta relação. (Gazzaniga, 2005).

Ademais, ante as novas perspectivas que se abre com a neurociência do século XXI, muita gente começou a preocupar-se pelas velhas questões do livre-arbítrio e a responsabilidade pessoal. A lógica é a seguinte: o cérebro determina a mente e é uma entidade física, sujeita a todas as regras do mundo físico. O mundo físico está determinado, de modo que o cérebro também o está. Se o cérebro está determinado, e é o órgão necessário e suficiente para desenvolver a mente, se nos colocam as seguintes questões: estão determinados também os pensamentos que surgem da mente? O livre-arbítrio que acreditamos ter é somente uma ilusão? E, se é uma ilusão, devemos revisar os conceitos relativos à responsabilidade pessoal nas ações?

Estes dilemas tem sido objeto de estudo e reflexão por parte dos filósofos durante décadas. Mas com o surgimento dos sistemas de imagem cerebral, os neurocientistas começaram a explorar estas questões e, cada vez de modo mais

urgente, o mundo jurídico começa a exigir respostas⁴². Há indícios, por exemplo, de que alguns cérebros são mais agressivos que outros. Tanto por desequilíbrios neuroquímicos como por lesões, a função cerebral pode ver-se distorcida, o qual explica certas condutas violentas ou criminosas⁴³.

⁴² Para uma interessante defesa do livre-arbítrio como uma ilusão - uma mais de todas as ilusões que o cérebro gera, e em que sempre estamos dispostos a crer - a partir dos dados da revolução neurocientífica, cf. Rubia, 2009; Blackmore, 2010; Searle, 2005; Dennett, 2004.

⁴³ Com relação a este assunto resultam de sumo interesse os achados de Caspi e colaboradores (2002). Em suas investigações puderam relacionar uma determinada variante de um gene que codifica uma enzima encarregada de metabolizar certos neurotransmissores, a monoamina oxidase A (MAOA), com a violência em varões, com a particularidade de que o comportamento violento unicamente aparece naqueles indivíduos que por sua vez foram maltratados na infância. Quer dizer, certa combinação de genes e ambiente pode resultar determinante enquanto às pautas de comportamento futuro dos indivíduos. Agora: há um “órgão cerebral” ou “mental”, um “órgão da moral” que pudesse converter-se por culpa das anomalias em um “órgão da violência”? A conduta violenta pode ser considerada como uma anomalia produzida por acidentes que alteram as conexões “normais” dos circuitos cerebrais. Mas, por que se produzem tais “anomalias”? Estamos em condições de indicar quais são suas causas? A primeira vez que se propôs a existência de uma rede neuronal desse estilo relacionada com os processos cognitivos de juízo moral, que temos notícia, foi através da hipótese do marcador somático de Antonio Damasio (1994). Desde então a equipe de Hanna e Antonio Damasio há proporcionado evidências diversas acerca de como a interrupção das conexões entre o córtex frontal e a amígdala conduz a distintas alterações na capacidade de juízo moral (Adolphs et al, 1998, por exemplo). Se deixarmos de lado as lesões de tipo traumático — que são, por outra parte, as abordadas nos estudos de redes neuronais mencionados — entramos no que caberia denominar o núcleo duro dos modelos causais que pretendem achar correlações entre a presença de determinadas alterações genéticas e a conduta violenta. O indício mais promissor, a que já nos referimos antes, apareceu quando se detectou a presença de alelos cujas mutações alteravam a monoamina oxidase (MAOA), uma proteína que cumpre um papel essencial no funcionamento de distintos neurotransmissores como a serotonina, a norepinefrina ou a dopamina. Hans Brunner e colaboradores (1993) relacionaram a posse do alelo mutante com os transtornos bipolares e, mais tarde, como vimos, Avshalon Caspi e sua equipe (2002) estenderam a relação à conduta anti-social, dentro da qual se englobam a tendência persistente às brigas, a mentira, o roubo, a desobediência ou a intimidação, mas com uma particularidade: as cifras de correlação entre o alelo MAO alterado e a conduta violenta se disparavam no caso de que se tratasse de pessoas maltratadas em sua infância. Pois bem, neste particular, sabe-se que a sociologia fenomenológica, pelas mãos dos professores alemães que seguiram para os Estados Unidos fugindo da barbárie nazista, propôs uma interpretação de nossa tendência humana para racionalizar as coisas como último recurso ante uma alternativa pior: a de que o mundo careça de sentido, que seja puro caos onde tudo, absolutamente tudo, seja permitido. Depois dos incessantes golpes que, dia após dia, estamos sofrendo por conta de uma criminalidade desenfreada e descontrolada, começa a aparecer nos Estados Unidos e Europa uma iniciativa similar: pretender entender e explicar o que ocorre no cérebro de um criminoso, ou seja, de entender porque agem de tal maneira, em completo desprezo pelo sofrimento do “outro”. Em uma palavra, que circunstâncias lhes levam a habitar no primeiro círculo do inferno de Dante: o da *indifferenza*, o reino do puro e insensível interesse próprio egoísta. Foi Patricia Churchland, pesquisadora no Salk Institute californiano de investigações em neurociência cognitiva, quem apontou uma possível interpretação ligada ao gene que regula a enzima monoamina oxidase, MAOA. De fato, os laços genéticos da enzima MAOA são estudados desde princípios dos anos 80 do século passado. Suas possíveis anomalias se relacionaram não somente com a conduta anti-social, mas também com o

A neurociência nos diz também que, no momento em que o indivíduo experimenta algo conscientemente, o cérebro já fez seu trabalho. Quando somos conscientes de que tomamos uma decisão, o cérebro já induziu esse processo. Tudo isso levanta a questão de se as ações escapam a nosso controle. Uma coisa é preocupar-se pelos atenuantes da responsabilidade a causa de uma demência senil ou enfermidade cerebral, e algo muito distinto é que a conduta de toda pessoa normal

alcoholismo e inclusive com a esquizofrenia. Mas os estudos a respeito, contudo, não são concludentes: enquanto alguns investigadores encontram correlações entre variantes genéticas da codificação da MAOA e essas patologias, outros as descartam. Em 2004, por exemplo, Jaffee, Caspi, Moffitt e Taylor, da mesma equipe que levantou a pólvora da associação entre a genética e a conduta agressiva, concluíram que para que se dêem alguns dos traços de personalidade que denominamos patológicos tanto influem o herdar anomalias como o fato de haver sido maltratado quando criança. Mas, que relação existe entre a conduta agressiva provenha de onde provenha, e a responsabilidade? O aparato de justiça americano está dando voltas à possibilidade de introduzir-se no cérebro dos suspeitos de um crime para saber se foram eles ou não os culpados. Parece que algo já se avançou desde os tempos em que o Dr. Lombroso sugeria somente medir-lhes o crânio. Contudo, nos encontramos ainda em uma parecida incapacidade para entender o que é a culpa, quais são suas razões e o que medeia entre os impulsos para o crime e a vontade. Assim que, diante da atual situação, cabe duvidar acerca da eficácia de um modelo causal preciso. Em realidade, o pouco que se sabe ao respeito não vai muito mais além do que poderiam estabelecer as intuições de sentido comum, razão pela qual os estudos de Adrian Raine (2002, por exemplo) propõem que o risco de conduta anti-social e violenta conta com fatores tanto sociais como genéticos que interagem mutuamente, embora ainda não se saiba exatamente como. As pessoas que reúnem tanto um historial de maltrato em sua infância como alterações genéticas nos alelos *MAOA* mostram uma clara tendência a levar a cabo condutas mais agressivas do que aquelas que somente contam com um desses dois fatores por separado. Certamente uma conclusão decepcionante para os que querem ver nas alterações genéticas uma “causa” suficiente para a conduta anti-social, mas o bastante indicativa como para ter que abandonar os modelos roussonianos do “bom selvagem”. Depois, um tanto significativo à hora de reclamar estudos mais cuidadosos é que Huang e colaboradores (2004) relacionassem essa confluência de alterações genéticas, maltrato na infância e conduta anti-social agressiva nos varões, mas não nas mulheres. A partir daí, será necessário muito trabalho de investigação para precisar o alcance de umas interações que, com toda probabilidade, levarão a modelos complexos de confluência genética ao estilo dos QTL (*quantitative trait loci*) que estão dando conta de quase qualquer anomalia patológica das comuns. A das condutas violentas e anti-sociais entra nesse terreno do mais corrente. Também entra, por desgraça, no rol das alterações de conduta que causam grandes transtornos na convivência. Daí que a vertente puramente ética (a da pergunta kantiana, “que fazer?”) levante quase tantas dúvidas como as que chegam da mão das dificuldades existentes à hora de obter modelos científicos da conduta violenta. Como já apontaram autores do estilo de Wasserman (2004), nem sequer resulta claro para que serviriam essas explicações científicas, se dispuséramos de modelos fiáveis acerca das “causas” da conduta anti-social. Talvez o detectar *a priori* a tendência a determinados comportamentos pudesse levar, como sustenta Wasserman, a um remédio pior que a própria enfermidade. Bem vindos sejam todos os avanços que nos permitam conhecer melhor o mal e suas causas. Mas ainda que os avanços da ciência nos permitam descobrir que alguns indivíduos têm alterado sua capacidade genética para a prática de comportamentos patológicos e anti-sociais, nada, absolutamente nada, virá a substituir a responsabilidade do Estado, em grau de tolerância zero, de adotar todos os meios necessários para que possamos formar parte de uma sociedade na qual impere a segurança e a liberdade, sem ter que temer sequer os que “nasceram para matar”. Para um comentário crítico sobre as possibilidades que abre este tipo de conhecimento cf. Wasserman, 2004.

esteja também determinada. Devemos, então, abandonar o conceito de responsabilidade pessoal?⁴⁴ Não cremos. Consideramos que devemos distinguir entre

⁴⁴ Suponhamos por um momento que em um determinado tempo e lugar um grupo de cientistas foi capaz de criar um indivíduo ao que lhe dão o nome Charles e quem, devido a seu “desenho”, cometeu certos atos criminais sangrentos pelos quais está sendo julgado. Imaginemos que o chefe da equipe de cientistas que o desenhou é chamado a declarar por parte da defesa e que este pronuncia um discurso como o seguinte: “... se trata de algo muito simples: minha equipe desenhou a Charles selecionando os genes mais apropriados para a conduta que buscávamos nele. Ademais, ajustamos o meio ambiente em que cresceu para que os estímulos que recebera estivessem em consonância com nossos objetivos. Como consequência, conseguimos obter um 95% de fiabilidade nas previsões sobre seu comportamento e, por suposto, dentro destas previsões se encontra o ato pelo qual se lhe julga agora”. Deixando de lado as possibilidades concretas de um caso assim, que deveríamos fazer com Charles? Segundo a lei, com toda probabilidade cumpre com os requisitos mínimos de *racionalidade* para ser julgado como responsável de seus atos, mas, por outro lado, intuitivamente podemos apreciar que não é de todo justo que se lhe atribua a responsabilidade de seus atos, posto que Charles é em grande medida “vítima de suas circunstâncias”. Forças mais além de seu controle não jogaram um peso absolutamente relevante na produção de sua conduta. Mas avançando por este caminho: qual é a diferença entre Charles e muitos outros acusados de crimes similares? Segundo o discurso Greene e Cohen (2004: 46): “*Eu o projetei. Cuidadosamente selecionei cada gene em seu corpo e projetei cada evento significativo em sua vida, de forma a torná-lo, exatamente, o que ele é hoje. Selecionei sua mãe, sabendo que ela o deixaria chorar por horas, antes de pegá-lo no colo. Selecionei, cuidadosamente, cada um dos parentes, professores, amigos, inimigos etc., e os disse, exatamente, o que dizer a ele e como tratá-lo. As coisas, de um modo geral, aconteceram como o planejado, mas não sempre. Por exemplo, as cartas iradas escritas ao seu falecido pai não estavam planejadas até que ele tivesse catorze anos, mas antes do seu décimo terceiro ano de vida, ele já tinha escrito quatro delas. Em retrospecto, penso que isso é devido a algumas poucas substituições que fiz em seu oitavo cromossomo.*” E a conclusão a que chegam é a seguinte: “*Qual é a diferença entre o Sr. Marionete e qualquer acusado de um crime? Afinal, temos poucas razões para duvidar que (i) o estado do universo 10.000 anos atrás, (ii) as leis físicas e (iii) os resultados dos eventos quânticos aleatórios são, juntos, suficientes para determinar tudo que acontece hoje, incluindo nossas próprias ações. Essas coisas estão, claramente, além de nosso controle. Então, qual é a real diferença entre nós e o Sr. Marionete? ... num sentido muito real, somos todos marionetes. Os efeitos combinados dos genes e do ambiente determinam todas as nossas ações. O Sr. Marionete é excepcional apenas na medida em que as intenções de outros seres humanos estão por trás de seus genes e de seu ambiente. Mas, isso não importa, uma vez que seus genes e seu ambiente são, intrinsecamente, comparáveis àqueles das pessoas comuns. Não somos mais livres que ele.*” (Greene e Cohen, 2004:49). Um interessante exemplo (possível de argumentação jurídica e válido ao menos enquanto ao seu espírito ou potencial argumentativo), proposto por Ledoux (in Brockman, 2004), refere-se ao que ele denomina “a defesa da amígdala” que, ao igual que muitas outras regiões cerebrais, realiza sua função à margem de nossa consciência. Segundo Ledoux (para quem, registre-se, a reconsideração da natureza e os limites da responsabilidade humana dependerá dos futuros descobrimentos acerca do equilíbrio entre controle consciente e inconsciente do comportamento pelo cérebro), “a defesa da amígdala”, diferentemente da defesa fundamentada em alguma patologia cerebral (argumento que consiste em que uma pessoa há cometido um crime devido a determinada alteração física presente em seu cérebro), se baseia na idéia de que a amígdala pelo geral controla o comportamento emocional de uma maneira inconsciente, em consequência do qual é possível a comissão de um crime por parte da amígdala com total independência do pensamento consciente, isto é, de que é muito provável que a amígdala controle um ato agressivo à margem do controle consciente em certas circunstâncias especialmente provocadoras: nesses casos, surge a possibilidade de que a amígdala possa cometer

cérebro, mente e personalidade: as pessoas são livres e, portanto, responsáveis de suas ações; os cérebros não são responsáveis.

E aqui é preciso aclarar um ponto importante. As explicações evolutivas e neurocientíficas sobre o comportamento humano seguem tendo uma compreensão equivocada e desvirtuada. Muitos críticos contemporâneos parecem pensar que as explicações evolutivas e neurocientíficas são explicações expressadas em termos de determinação genética do comportamento. Desafortunadamente, aqueles que apóiam este ponto de vista, sem dar-se conta, confundem dois tipos muito distintos das explicações que por vezes dão os biólogos. Estes últimos costumam marcar uma clara distinção entre as questões relativas à função (por que sucede algo, o propósito ao que serve na vida do indivíduo), ao mecanismo (que maquinaria corporal, incluídos os sistemas motivacionais, produzem o efeito), à ontogenia (como se produz o efeito durante o processo de desenvolvimento) e à história (quando se dá o efeito na história evolutiva da espécie). Estas questões (agora conhecidas como “os quatro interrogantes de Tinbergen”, chamadas assim pelo etólogo e prêmio Nobel Niko Tinbergen) são bastantes independentes umas das outras. Confundi-las conduz a equívocos que podem levar a conclusões gravemente enganosas. (Dunbar, 2004).

E a confusão mais comum (da qual temos que servir-nos aqui) é a que se produz entre a função e a ontogenia, quer dizer, entre o objetivo que tem que alcançar o animal (na análise biológica, este objetivo é sempre a saúde genética, a contribuição genética que deixará às gerações futuras) e a razão pela qual pode comportar-se como o faz (o qual é resultado da combinação da herança genética, os efeitos meio ambientais e o aprendizado da experiência, incluindo, no caso dos humanos, a transmissão cultural). A diferença crucial se encontra entre o desenvolvimento das causas de comportamento e suas consequências evolutivas.

Que o objetivo do comportamento seja maximizar o estado de saúde genética não quer dizer que as origens desse comportamento (em termos de seu desenvolvimento no indivíduo) sejam genéticas. A capacidade de poder tomar a decisão de comportar-se de uma determinada maneira pode ser genética , mas isso não

inconscientemente um delito que uma pessoa consciente, que se encontra em uma situação em que perde a cordura, jamais cometeria de bom grado – ou seja, um crime provocado por uma resposta cerebral relativamente simples, exclusivamente emocional, inata, estereotipada, executada ao instante e sem premeditação (por exemplo, faz algum tempo que o sistema legal reconhece os chamados “crimes passionais”).

significa que a decisão de atuar de certo modo esteja em si mesmo determinada geneticamente. É a capacidade (enquanto a todas as intenções e os objetivos, o cérebro) a que permite que o organismo avalie os custos e os benefícios de comportamentos alternativos e a que faz possível a eleição sobre uma decisão livre depois de sopesar as opções – quer dizer, uma vez que constantemente tomamos decisões, fazer eleições é algo que deve estar no núcleo de qualquer definição de livre-arbítrio: todas as vidas vistas desde dentro são questão de eleições, de selecionar um caminho entre muitas possibilidades contrafactuais, de abrir-se caminho através de muitos mundos possíveis (Gopnik, 2010).

O essencial é entender o fato de que o comportamento esteja determinado completamente pelos genes pode estar bem para uma ameba, mas não funciona assim para um organismo muito mais complicado e complexo: como a estratégia ótima dependerá do equilíbrio de custos e benefícios criados pelas circunstâncias concretas, os resultados sempre serão contingentes. Nunca há uma maneira absolutamente “correta” e “determinada” de comportar-se, senão meras eleições entre alternativas que serão mais ou menos proveitosas (se as avaliamos em função da liberdade de eleição e de suas consequências – nomeadamente no que se refere à saúde genética) para um indivíduo particular em umas circunstâncias particulares.

A neurociência nos aportará novos modos de entender a conduta, mas em última instância devemos compreender que, ainda que a causa de um ato (criminoso ou de outra ordem) seja explicável em termos de funções cerebrais, isto não significa que a pessoa que leva a cabo a ação seja inculpável. A partir dos conhecimentos atuais da neurociência e os princípios em que se baseiam os conceitos legais e os postulados da ciência jurídica, acreditamos – seguindo ainda a Gazzaniga (2005) - no seguinte axioma: os cérebros são mecanismos automáticos, regulados, determinados, enquanto que os indivíduos são agentes com responsabilidade pessoal por seus atos, livres para tomar suas próprias decisões - isto é, com a faculdade de criar e recriar os seus mundos, embora sob determinadas circunstâncias e condições que não são de sua escolha .

Não há dúvida de que certo determinismo parece ameaçar assim as intuições de livre-arbítrio e responsabilidade. A neurociência, iluminando o conteúdo do que anteriormente se teve por uma “caixa negra”, converte ao cérebro em “algo” cada vez mais transparente e em que confluem desde os genes até nossas circunstâncias particulares e as influências recebidas no processo de educação.

No entanto - e nunca é demais insistir neste ponto-, a neurociência jamais encontrará o correlato cerebral da responsabilidade, porque é algo que atribuímos aos humanos – às pessoas -, não aos cérebros. Os psiquiatras e neurocientistas podem descrever um determinado estado mental ou cerebral, mas não podem dizer-nos (sem arbitrariedade) em que momento se deve exonerar a alguém de uma responsabilidade porque não tem controle suficiente de seus atos. Ao igual que o tráfego é o que ocorre quando interatuam os carros fisicamente determinados, a responsabilidade é o que ocorre quando interagem as pessoas. A questão da responsabilidade pessoal é uma decisão social e/ou um conceito público. Existe dentro de um grupo, não no contexto de um indivíduo. Se só houvesse uma única pessoa na Terra, não seria pertinente e sequer teria qualquer sentido o conceito de responsabilidade pessoal. A responsabilidade é um conceito que cada um se forma em torno às ações próprias e alheias. Os cérebros estão determinados; a gente (mais que um ser humano) se rege por um sistema de regras quando (con-) vive com outras pessoas, e dessa interação surge o conceito de liberdade de ação.

Em termos neurocientíficos, ninguém é mais ou menos responsável que outra pessoa de determinadas ações. Formamos parte de um sistema determinista que algum dia lograremos compreender plenamente em teoria. Mas a idéia da responsabilidade, constructo social que existe nas regras de uma sociedade, não existe nas estruturas neuronais do cérebro⁴⁵ (Gazzaniga, 2005).

⁴⁵ E este parece ser o ponto crucial: a responsabilidade é um constructo humano que existe somente no mundo social, donde há mais de uma pessoa; é uma regra, construída socialmente, que existe somente no contexto da interação humana. Aqui é donde começa a pendente resvaladiça, porque, para dizer a verdade, a neurociência tem pouco que aportar à compreensão da responsabilidade: nenhum píxel de uma imagem cerebral poderá manifestar culpabilidade ou não culpabilidade. Dito de outro modo, a neurociência nunca encontrará o correlato cerebral da responsabilidade, porque é algo que atribuímos aos humanos – às pessoas -, não aos cérebros. É um valor moral que exigimos às pessoas de nosso entorno, os seres humanos que se regem por regras.(Gazzaniga, 2005). Se, como vimos antes, a presença de uma variante particularmente anormal do gene MAOA predispõe uma pessoa a um temperamento violento e a atos agressivos, é possível admitir que a posse desse gene por um indivíduo condenado por homicídio possa ser usada como um argumento da defesa para a atenuação da pena? Se Adrian Raine (1993) tiver razão, e as imagens do cérebro podem predizer a psicopatia, é possível admitir que uma pessoa que mostre um padrão cerebral desses possa alegar em sua defesa não ser responsável por seus atos? É possível que um sujeito que cometa um homicídio sob a influência de uma droga legalmente prescrita, como o Prozac, possa alegar que não foi ele mas a droga a responsável pela sua conduta? (Rose, 2006; note-se que defesas desse tipo podem ter sido tentadas e até mesmo usadas nos Estados Unidos, e no mínimo admitidas como discutíveis por algum tribunal norte americano, mas, pelo que temos notícia, não ainda em outros países). Pois bem, são argumentos como esses (genéticos e bioquímicos) que parecem ir ao cerne do entendimento acerca da responsabilidade humana. Se somos seres neuroquímicos,

Daí que, para a solução desse complicado problema, o melhor caminho parece ser o de entender que a noção de liberdade anda junto com a noção de responsabilidade, o que, desde logo, nos impede de erigir uma ou outra em absoluto. É como em um processo, onde a questão principal está em compreender como esses dois pontos de vista podem funcionar juntos. E é precisamente isso, parece-nos, que a idéia de liberdade *desnaturada* e relativa (uma liberdade não subtraída ao espaço e ao tempo, a nossa história e a nossa natureza, como pretendia Kant, mas inscrita e oriunda deles, embora com uma margem – relativa – de jogo, de indeterminação, de iniciativa, possível) permite perceber. Essa idéia permite compreender que somos responsáveis por nossos atos (já que os escolhemos), mas não em absoluto (já que não temos a escolha de nós mesmos, isto é, não elegemos as consequências dos azares biológicos, da “loteria cortical”⁴⁶ ou socioeconômicos de que somos “vítimas”).

se todos os nossos atos e nossas intenções estão inscritos em nossos genes, nas nossas conexões neuronais e neuromoduladores circulantes, como podemos ser livres? Onde fica nossa atuação? E aqui, neste particular, parece-nos deveras instrutivo o outro lado do argumento apresentado por Rose (2006): nos anos 1950 ficou de moda argumentar que muitos atos criminosos eram consequências de uma infância sofrida e empobrecida. Existe alguma diferença lógica – pondera Rose - entre argumentar “não era eu, eram os meus genes” e “não era eu, era meu ambiente”? Se achamos que existe, é porque temos um compromisso (ou prejuízo) não declarado com a opinião de que causas “biológicas” são mais importantes, de algum modo mais determinantes, em um sentido, que as “sociais”. Essa é a armadilha do determinismo biológico que, de alguma maneira, torna pouco inteligível o fato de que nós, seres humanos, somos radicalmente indeterminados no que se refere a nossa liberdade.

⁴⁶ Por exemplo, a felicidade é um dos aspectos mais hereditários da personalidade. Estudos realizados com gêmeos idênticos mostram que 50 a 80% de toda a variação entre as pessoas e seus níveis médios de felicidade podem ser explicados por diferenças em seus genes, e não por suas experiências de vida - Lykken e Tellegen, 1996 (episódios específicos de alegria ou depressão, entretanto, normalmente precisam ser entendidos analisando-se a interação dos eventos e condições da vida com a predisposição emocional da pessoa). O nível médio de felicidade de uma pessoa típica constitui o “estilo afetivo” da pessoa. Seu estilo afetivo reflete o equilíbrio diário de poder entre nosso sistema de aproximação (o sistema de motivação do comportamento humano que provoca emoções positivas e o faz querer se aproximar de determinadas coisas) e o sistema de retração (o sistema de motivação do comportamento humano que provoca emoções negativas e nos faz querer evitar determinadas coisas), e esse estilo está praticamente escrito em nossa testa. Há muito se sabe, através de estudos de ondas cerebrais, que a maioria das pessoas apresenta uma assimetria: mais atividade no córtex frontal direito ou no córtex frontal esquerdo. No final da década de 1980, Richard Davidson, da Universidade de Wisconsin, descobriu que essas assimetrias estavam relacionadas com as tendências gerais da pessoa a vivenciar emoções positivas ou negativas. As pessoas que apresentavam maior quantidade de determinado tipo de onda cerebral vinda pelo lado esquerdo da testa relataram sentir-se mais felizes na vida cotidiana e sentir menos medo, ansiedade e vergonha do que as pessoas que apresentavam maior atividade do lado direito. Pesquisas realizadas posteriormente mostraram que as pessoas com maior atividade no lado esquerdo têm menos tendência à depressão e se recuperam mais rapidamente de experiências negativas (Davidson, 1998). A diferença entre as pessoas com maior atividade cortical do lado direito e do lado esquerdo pode ser observada até mesmo em bebês. Bebês de 10 meses de idade que

apresentam mais atividade do lado direito têm mais tendência a chorar quando separados brevemente das mães (Davidson e Fox, 1989). E essa diferença na infância parece refletir um aspecto da personalidade que é estável na maior parte das pessoas, em toda vida adulta (Kagan, 1994 e 2003). Os bebês que apresentam mais atividade do lado direito da testa tornam-se crianças mais ansiosas em relação a novas situações; quando adolescentes têm mais probabilidade de ser medrosas nos namoros e nas atividades sociais; e, por fim, quando adultos têm mais probabilidade de precisar de tratamento psicológico para relaxar. Tendo perdido na loteria cortical, e inocentes de si mesmas, elas lutam a vida inteira para atenuar o controle de um sistema de retração excessivamente ativo. Já para as pessoas que ganharam na loteria cortical, seus cérebros foram pré-configurados para ver o mundo pelo lado positivo (Haidt, 2006). O curioso é que há provas recentes que põe tudo isso sob uma perspectiva ainda mais interessante. Um estudo realizado sobre pacientes com danos cerebrais de distintos tipos revelou que uma área particular do lobo frontal direito é crucial para a apreciação do humor. Um indivíduo poderia perder quase qualquer outra parte do cérebro, inclusive troços da parte esquerda, e ainda assim ter sentido de humor. Mais extraordinário ainda é o fato de que isto inclui a apreciação não só de desenhos animados, estorieta ou outros tipos de humor “visual”, senão também do humor verbal, o qual pensaríamos que é tarefa das áreas da linguagem, radicadas no hemisfério esquerdo, donde se localizam os centros do discurso. A gente que carece desta zona crucial do hemisfério direito mostra uma importante redução na capacidade de sorrir, que parece ser boa para liberar endorfinas (que são parte de um sistema de controle neuronal da dor e cuja principal área cerebral responsável por sua liberação é o hipotálamo: quanto maior seja a quantidade de endorfinas que segregue o organismo, maior será a quantidade de dor que este possa suportar, e que em grandes quantidades pode fazer-nos sentir relaxados e/ou cheios de energia, produzir alegria e otimismo, aumentar a sensação de bem estar e estimular os sentimentos de gratidão e satisfação existencial). E neste particular, como parece ser que o riso dá ânimos para continuar com a interação com outros indivíduos, inunda o cérebro de endorfinas e faz com que um indivíduo se sinta bem predisposto em relação a outra pessoa, a perda dessa capacidade pode resultar extremamente danosa para a criação de vínculos sociais (Dunbar, 2004). Ademais, esta parte do hemisfério direito tem conexões neuronais diretas com a amígdala, no sistema límbico, que, como vimos, é a parte do cérebro que se ocupa de processar emoções e sinais emotivos. Em resumo, as endorfinas, a vasopresina e muito especialmente a oxitocina cumprem uma função essencial para o “estado de felicidade” pessoal e o estilo de socialização (Panksepp, 1998, Haidt, 2006) – e sabe-se, p.e., que o que estimula a emissão da oxitocina (cujos receptores são diferentes no homem e na mulher) é fundamentalmente uma relação humana: a relação sexual, a sucção do bebê no ato da amamentação, o parto, etc. (McNeilly et al., 1983; Haidt, 2006; Cyrulnik, 2006). Também já se descobriu que algumas pessoas (assim como entre os monos) possuem um gene que facilita o transporte de serotonina, um neuromediador, uma substância que luta contra as emoções depressivas. Trata-se de uma região localizada no cromossomo 17 donde os alelos permitem a associação de dois genes que tem posições idênticas em cada cromossomo. Os alelos modelam as proteínas celulares que os rodeiam, despregando-as ou retorcendo-as, com o qual lhes dão uma forma particular. Disso se segue que certos genes, ao modelar proteínas largas, lhes permitem transportar muita serotonina (5-HTT largo) enquanto que outras serão pequenas portadoras de serotonina (5-HTT curto). Sabemos que a serotonina desempenha uma função essencial no humor alegre ou depressivo. Em quantidade suficiente, favorece a transmissão sináptica e estimula os desejos, a motricidade, o uso das funções cognitivas, a vivacidade das aprendizagens e a capacidade de lidar com a adversidade, de superar tragédias ou períodos de dor emocional, afastar os prejuízos e retornar ao funcionamento normal da vida (“resiliência”). Pode modificar o apetite, regular os estados do sono lento e aumentar as secreções neuroendócrinas. Quando um organismo transporta e utiliza a serotonina, a pessoa diz que “se sente bem” – as drogas conhecidas como inibidores seletivos da recaptção de serotonina (ISRS) apontam a melhorar esta função. (Lesch et al. 1996; Lesch et al. 1997; Cyrulnik, 2006; Haidt, 2006). Seja como for, o certo é que há um princípio geral que surge do estudo evolutivo da felicidade e da sempre presente ralação natureza/ambiente: sempre que as

Nesse particular sentido, quem diz liberdade relativa diz responsabilidade relativa: que é por sermos todos relativamente culpados e relativamente inocentes que temos, todos, direito a um tratamento digno e que a sociedade tem o direito de castigar e a um sistema de justiça, sempre no contexto de instituições legítimas e justas. Ou, para dizer de outro modo: porque cada um é responsável por seus atos, mas inocente de si, que a justiça (que tem por objeto a garantia e a realização da liberdade , da igualdade, do controle e paz social) não exclui a dignidade (que tem por fundamento e objeto todo e qualquer ser humano).

Por outro lado, nosso cérebro deve, em seu constante fluir funcional, alocar e associar em contexto interno uma miríade de fatores externos em miríades de operações entre redes funcionais diversas e, a partir daí, convertê-los em fatores significativos para a constituição de atos. E esses processos de compaginação mundo-cérebro funcional se encontram tanto no fundamento do juízo (do tipo que seja) como no caminho ao comportamento que carregue consigo um juízo. A relação entre contexto e ato pode servir-nos para rastrear certos fatores que determinam a culpabilidade ou a responsabilidade que, por sua vez, fica em mãos da decisão jurídica (legal ou judicial) julgá-la ou aplicá-la. Afinal, sempre somos responsáveis moralmente de nossos atos.

Isto não significa que sempre sejamos culpáveis, senão simplesmente que nosso cérebro está interagindo com o mundo. Sem embargo, a responsabilidade pessoal útil na constituição de um veredicto de culpabilidade não parece ser este tipo de responsabilidade descrito neurologicamente por Greene e Cohen (2004), senão que parece ser uma “responsabilidade moral” ancorada a um paradigma de análise muito mais pragmático e social.

Constituem dois domínios explicativos, onde a idéia de agente moral autônomo é um constructo indispensável para o raciocínio jurídico e moral: permite-nos

condições em que nos encontremos encaixem com algum traço característico de nossa natureza (curiosidade, competitividade, cooperação, sociabilidade e todas as demais qualidades que fazem da espécie humana algo tão apaixonante), isso aumentará consideravelmente a possibilidade de que se produzam mais serotonina e, conseqüentemente, mais e intensos momentos de felicidade (Morris, 2006). Sobre a natureza e o funcionamento da especialização hemisférica cerebral, inclusive no que se refere ao papel do hemisfério esquerdo e do hemisfério direito no auto-engano, nos sonhos, no humor e no riso – assim como a necessidade de cautela com referência à especialização hemisférica, isto é, de atribuir determinada função cognitiva somente a um dos dois hemisférios- , cf. Gazzaniga, 2010; Ramachandran et al., 2006; Siegel, 2007.

distinguir os atos voluntários dos involuntários, as consequências buscadas das não buscadas, e os atos praticados por indivíduos adultos racionais dos atos levados a cabo por menores, animais e pessoas manifestamente alienadas. E nada disso requer estritamente uma concepção abstrata de pessoa humana como alternativa a uma explicação causal em termos biológicos ou neuronais.

Em síntese: é inegável o potencial deste tipo de conhecimentos, sobretudo no que se refere à tarefa de realização do direito, ao livre-arbítrio, ao problema da responsabilidade pessoal... Em sede de interpretação e aplicação das leis, por exemplo, na medida em que o conhecimento da relação cérebro/moral, razão/emoção, inato/adquirido, avança, será possível o desenvolvimento de modelos metodológicos que permitam promover, através das aproximações neurocognitivas, discursos jurídicos mais ajustados ao bem estar individual e coletivo, à margem das antigas certezas equivocadas. Assim mesmo, há um conjunto de disciplinas que se vêem afetadas diretamente pelas temáticas aqui abordadas, especialmente o ramo forense da neurologia, a psiquiatria e a neuropsicologia. No caso da neuropsicologia forense, as decisões adotadas e os reportes emanados por estes profissionais requerem a consideração profunda dos concomitantes cerebrais da conduta e cognição moral. Efetivamente, a avaliação profissional de atos no contexto jurídico (por exemplo, um delito) envolve a apreciação de componentes éticos, morais e valores associados ao comportamento, os quais podem ter como causa de seu desvio uma alteração cerebral identificável.

Como dissemos antes, somos objetos físicos (corpo e cérebro) dos quais as mentes emergem; e, de algum modo, de nossas mentes se formam as sociedades e as culturas. E uma vez que a cultura surge e evolui a partir de esforços coletivos dos cérebros humanos ao longo de muitas gerações (Damasio, 2010: 58), para entender-nos completamente, temos que estudar e compreender todos esses três níveis: físico, psicológico e sociocultural. Há muito tempo existe uma divisão do trabalho acadêmico: os biólogos e neurocientistas estudam o cérebro como um objeto físico; os psicólogos estudam a mente; os sociólogos, filósofos, antropólogos e juristas estudam as normas de conduta e os movimentos construídos socialmente dentro dos quais as mentes se desenvolvem e funcionam. Mas a divisão de trabalho só é (e será realmente) produtiva quando as tarefas se tornem coerentes; quando todas as linhas do trabalho acabem se combinando para criar alguma coisa maior do que a soma de suas partes.

Durante quase todo o século XX isso não aconteceu – um campo ignorava os outros e se concentrava em suas próprias questões. No entanto, hoje em dia, afortunadamente, o trabalho interdisciplinar está florescendo e se espalhando. As ciências começam a estar associadas, o que gera a coerência em vários níveis cruzados. Como mágica, começam a surgir novas grandes idéias, particularmente no que diz respeito ao surgimento de uma nova visão das disciplinas humanísticas clássicas. E se a realização completa deste caminho empreendido se cumpre, o qual pode depender de muitos fatores aleatórios, não nos cabe nenhuma dúvida que daremos com câmbios importantes no conhecimento de nós mesmos - enquanto seres livres, separados e autônomos - e da sociedade em que nos caberá viver no futuro.

Depois de tudo, um objetivo dessa natureza se fundamenta precisamente na premissa de que, se desejamos compreender como nos comportamos, pensamos e tomamos decisões, o conhecimento dos mecanismos neurobiológicos não é algo ornamental senão uma necessidade. Chegar a entender os fenômenos mentais no contexto da relação neurociência/direito não deixa de ser uma tarefa potencialmente revolucionária e estimulante. À medida que se descubram as propriedades dos circuitos e sistemas cerebrais e como estes logram seus macroefeitos, sem dúvida se reconfigurarão algumas das muito respeitáveis premissas tradicionais acerca de nossa própria natureza. Em um sentido mais geral, é provável que as idéias comumente admitidas sobre a racionalidade, o livre-arbítrio, o *self*, a consciência, a percepção e a conduta humana, não conservem tanta identidade como as idéias pré-científicas sobre a substância, o fogo, o movimento, a vida, o espaço e o tempo. Ainda nos falta muito caminho que percorrer, mas a nova convergência investigativa entre a neurociência, a psicologia, a filosofia, a antropologia, o direito (...) e os modelos experimentais oferece a promessa de que, ao menos, se compreenderão alguns de seus princípios básicos (Churchland, 2006).

7. Os limites da neurociência

Estão os cientistas criando um mundo ambicioso que resultará na imposição de uma revolução lenta, silenciosa, destrutiva e subversiva dos “valores humanos” até agora ancorados na tradição? Avizinha-se uma nova forma de pensar e entender a conduta humana? Que códigos possuem o cérebro que modelam a ética, a responsabilidade pessoal, os vínculos sociais relacionais, as transações sociais, econômicas e jurídicas, e até mesmo a “arte” de interpretar? Donde se encontram no cérebro as emoções sociais, o livre-arbítrio, os juízos e os raciocínios morais? Que tem que ver a neurociência com o Direito e a jurisprudência?

O desenho do cérebro que está aparecendo graças aos estudos de imagem cerebral indica avanços espetaculares no que se refere à compreensão do cérebro e seu funcionamento. Por exemplo, o relativo à confirmação de que a consciência surge da atividade sincronizada de neurônios que se encontram situados em lugares distintos do córtex cerebral, coisa que acaba por colocar em cheque algumas das idéias mais firmes do funcionalismo computacional e da concepção estrita do suposto da modularidade dos processos cognitivos (Fodor, 1983), como por exemplo: o de um processador central e um progresso *bottom-up* da percepção até chegar aos processos superiores.

No que chamamos caracterização neurobiológica de nossa concepção moral a neurociência contemporânea já dá por assentado que os fenômenos ou processos mentais relacionados com os correlatos neuronais de nossas condutas ou juízos morais são propriedades emergentes da atividade cerebral. Como indicado antes, a cada dia que passa, sucedem-se novas tecnologias para obtenção de imagens detalhadas do cérebro em funcionamento. Os neurocientistas intentam fazer visíveis aspectos da condição humana mediante procedimentos de imagens cerebrais que permitam retratar, por assim dizer, o pensamento, os correlatos de ativação neuronal que se produzem quando o sujeito de experimentação pensa ou formula juízos morais.

Com relação ao direito, a investigação neurocientífica sobre a cognição moral e jurídica poderá vir, de certa forma, a revolucionar nosso entendimento acerca da natureza do pensamento e da conduta humana, com consequências profundas que podem vir a afetar o domínio próprio da “racionalidade” jurídica e do atual modelo (ontológico e metodológico) do fenômeno jurídico. E, se como dissemos antes, não parece haver uma instituição humana mais fundamental que a norma jurídica e, no

âmbito do científico, algo mais instigante que o estudo do cérebro, a união destes dois elementos representa, seguramente, uma combinação naturalmente fascinante e estimulante, uma vez que tanto a norma jurídica (sua interpretação e aplicação) como o comportamento que procura regular são, depois de tudo, produtos da atividade cerebral⁴⁷.

Apesar disso, será igualmente importante que se tenha o devido cuidado à hora de expressar tal idéia, evitando a assunção de que o cérebro (ou os genes) prescreve e determina o comportamento humano de uma maneira simples, de um sobre o outro. Oxalá fosse a coisa tão simples. Assim como um pueril criacionismo pode condenar aos humanos a uma minoria de idade permanente, assim também pensar que a relação cérebro/moral/direito é tudo pode levar-nos a olvidar que, a esta altura da história, a medida do direito, a própria idéia e essência do direito, é o humano, cuja natureza resulta não somente de uma mescla complicadíssima de genes e de neurônios senão também de experiências, valores, aprendizagens, e influências procedentes de nosso entorno⁴⁸.

⁴⁷Por exemplo: <http://www.lawandneuroscienceproject.org/> e <http://lawneuro.typepad.com/the-law-and-neuroscience-blog/>.

⁴⁸ A afirmação de que alguns traços da personalidade têm um componente hereditário significa que os genes influem no desenvolvimento do cérebro e dos circuitos implicados nos sistemas cerebrais, como os que regulam o temperamento e configuram as características da conduta humana complexa. Estudos recentes sobre representação cerebral põem de manifesto que um 94% do volume do cérebro é herdável. Algumas zonas do cérebro – incluídas a frontal, a sensorial motora e a temporal anterior – estão baixo controle genético, com uma região frontal média que mostra uma hereditariedade de estrutura genética sumamente determinada, de entre um 90 e um 95%. Os estudos mostram também que os padrões das circunvoluções que dão ao cérebro uma sorte de “marca dactilar” não estão tão influídos pelos genes. De modo similar, o hipocampo (a estrutura cerebral que participa na conversão da memória a curto prazo em memória a longo prazo) está mais influído pelo entorno que pelos genes (Thompson *et ali.*, 2002). Neste particular, parece que geneticistas e neurocientistas coincidem em que as zonas do cérebro que aparentemente estão mais influídas pelos genes são as mesmas que participam na inteligência e na capacidade cognitiva. Por exemplo, em agosto de 2006, David Haussler (Diretor do Centro de Ciência Biomolecular e Engenharia (CBSE) na Universidade da Califórnia, em Santa Cruz, e investigador do Instituto Médico Howard Hughes) e colaboradores publicaram um artigo na revista “*Nature*” (Volume 442, n. 7104,17/08/2006), segundo o qual, em poucos milhões de anos, uma área do genoma humano parece haver evoluído 70 vezes mais rápido que o resto de nosso código genético. Aparentemente cumpre uma função na veloz triplicação do tamanho do córtex cerebral , a área crucial e mais evolucionada do cérebro humano (graças a ele percebemos com detalhe o mundo que nos rodeia e interpretamos o significado do que apreciamos fora ou dentro de nosso corpo: perceber é atribuir um valor semântico a nossas sensações, quer dizer, saber o que é aquilo que vemos e onde se encontra, compreender o significado das palavras que ouvimos ou identificar se uma voz, um gesto, uma imagem ou uma expressão supõem uma ameaça, uma gratificação ou, simplesmente, carecem de importância). A equipe de investigadores dirigida por Haussler encontrou fortes indícios de que o gen chamado HAR1F poderia dar respostas ao interrogante:

Convém atuar com muita cautela quando um salto técnico assim permite levar a cabo análises e detecções impossíveis com anterioridade. E em que pese o fato de que os procedimentos atuais de neuroimagem funcional se limitam a detectar câmbios na atividade neuronal ou na circulação sanguínea cerebral, não resulta difícil deixar-se levar pela euforia, sacando conclusões exageradas. Mas o certo é que a atual investigação neurobiológica de nossas condutas, de nossos juízos morais, de nosso conhecimento do bem e do mal, apresenta importantes limitações.

Por exemplo, a descrição de determinados centros de atividade e a atribuição a essas áreas de determinadas funções ou atividades apenas nos ajuda, uma vez que o fato de que tudo suceda em um lugar determinado do cérebro não explica nada. E os métodos atuais não dizem nada acerca de “como” funciona, pois simplesmente medem e, de maneira indireta, sinalizam donde há uma maior necessidade energética entre

"Porque os seres humanos têm um cérebro maior que os demais primatas? (o cérebro humano é três vezes maior que o do chimpanzé). Haussler atribuiu o câmbio tão drástico ao fato de que o homem baixou das árvores e caminhou ereto. E não se trata somente dos câmbios no gene. Também interessa sua relação com o córtex cerebral, donde sucedem algumas das funções cognitivas mais complexas tais como a linguagem e o processamento de informação. E embora os cientistas ainda não conheçam a função concreta desse gen, sabem que se acende no feto humano sete semanas depois da concepção e se apaga na semana 19. Resumindo: um conjunto de neuronas que se interconectam na vasta rede cerebral, que soltam suas descargas segundo determinados parâmetros modulados por certas substâncias químicas, controlados por uma quantidade inumerável de redes de retroalimentação: isto é um ser humano. E para que seja um ser humano completo, é preciso que todos estes sistemas funcionem adequadamente (Gazzaniga, 2005). Por fim, uma observação oportuna: durante os últimos mil anos se ensinou nas aulas de introdução à neurociência um dos dogmas deste campo, a saber, que o cérebro adulto não produz neuronas novas (isso acabou sendo um dos muitos mitos da biologia, assim como a alegação muitas vezes repetida de que “só usamos 10% do nosso cérebro” – Greenfield, 2007). Sem embargo, nos últimos anos parece claro que isto é um erro: se fabricam neuronas novas todo o tempo e estas substituem as que se hão perdido; e a maior parte da chamada “neurogênese” parece ocorrer precisamente no hipocampo (área cerebral responsável pela formação de recordos a largo prazo e na recuperação de recordos antigos, assim como no manejo da memória explícita, consciente: o âmbito da lembrança do lugar donde estávamos quando escutamos a notícia de alguma catástrofe, ou quando podemos recordar os detalhes e matizes desse breve encontro com o assaltante como se houvesse ocorrido ontem e durado horas) (Gazzaniga et al., 2002; Sapolsky, 2007; Squire, 1987; Eichenbaum, 2001). Quer dizer, hoje já se aceita naturalmente a idéia de que as células do hipocampo, as mais sensíveis às experiências emocionais, modificam a eficácia das sinapses, as melhoram ou as alteram, segundo a maneira em que as treine o meio: um estímulo externo (um aprendizado espontâneo ou intencional) nutre o cérebro, desenvolve as neuronas e aumenta assim suas conexões, em um processo semelhante ao de um músculo que se desenvolve quando é treinado; os circuitos sinápticos estabilizados avultam o cérebro e avivam o tratamento das informações (mas o cérebro não recebe qualquer informação, senão que absorve somente os estímulos aos que está predisposto a receber e processar: uma abelha se embeleza com os aromas e os ultravioletas, um elefante com os infrasons e uma criança com as carícias e os fonemas, pequenos elementos sonoros da linguagem articulada que já lhe fazem viver em um mundo sensorial orientado até a palavra). (Siegel e Hartzell, 2003; Cyrulnik, 2006). Depois disso, recorda Cyrulnik (2006), que alguém trate de resolver o problema do inato e o adquirido!

centenas de milhares de neurônios. A localização exata no cérebro, que hoje conhecemos graças às técnicas de imagem cerebral, não explica como as funções cognitivas e afetivas podem descrever-se por mecanismos neuronais (Rubia, 2009). Na verdade, é um fato que ainda se há andado muito pouco no caminho a uma compreensão fundamental do cérebro: “no sabemos, por ejemplo, cómo codifican la información las neuronas, y eso es mucho no saber”. (Churchland, 2010)

Ademais, desde Charles Darwin sabemos que o homem é um produto da história da evolução. Os momentos biológicos e culturais se encontram estritamente entrelaçados no processo que conduziu ao ser humano. O homem é um ser natural e cultural, dotado de uma “natureza cultivada”, para usar a expressão de Appiah (2010). Quando o homem começou a dar nome e significado às coisas do mundo em uma linguagem reciprocamente utilizável, surgiu o pensamento, discurso ou mente. Somente neste terreno é possível falar-se de normas e proibições. Somente então se abriu o campo de atuação da comunidade humana no qual os direitos e os deveres desempenham um papel significativo, isto é, somente a partir da capacidade de dar-se respostas a si mesmo e aos outros que o homem se converteu em um ser responsável.

Por isso não resulta surpreendente e nem mesmo definitivo o fato de que agora, por meio da neurobiologia cognitiva, se descubram correlatos e condicionamentos biológicos da conduta humana e dos juízos morais. A circunstância de que as concepções de valor, fixadas na moral, são em parte de procedência natural e em parte de origem convencional, é algo indiscutível. Já Aristóteles o assinalou: as preferências morais surgem ou por força natural ou contra a natureza. E é muito mais próprio da natureza humana assumir estas últimas. Em consequência, não teorizamos ou filosofamos sobre o direito para chegar a saber o que é a justiça ou a virtude, senão para chegar a ser homens virtuosos e justos, capacidades que surgem da atividade cerebral, cuja estrutura e função estão diretamente influenciadas por nossa experiência individual e interpessoal.

Em todos os experimentos levados a cabo os cientistas se encontram ante um amálgama de biologia e cultura, mas os métodos que eles empregam, ademais de limitados, somente exploram a faceta biológica. Até os procedimentos últimos de neuroimagem funcional se limitam a detectar câmbios na atividade neuronal ou na circulação sanguínea cerebral. Para a indagação das influências culturais ou a aclaração da relevância cultural dos acontecimentos biológicos, não existe, até o momento, nenhum procedimento científico-natural. Como recorda Dupré (2006), a

mente humana se desenvolve baixo contínuas influências que interatuam desde o exterior e desde o interior. De fato, ainda resulta muito difícil especificar relações diretas entre os descobrimentos das neurociências (ou os elementos do genoma) e os diferentes aspectos da mente. E o intento de fazê-lo pode vir a conformar um caminho desviado e inútil para a compreensão da mente humana.

Por conseguinte, resulta ingênuo e precipitado pensar que um conhecimento exaustivo dos correlatos neuronais dos humanos nos proporcione automaticamente uma completa compreensão acerca da complexidade de todas nossas experiências subjetivas, de nossos juízos morais, de nossas condutas ou de nossa condição humana. Ainda que algum dia cheguemos a compreender profundamente nossa natureza, todos os processos neuronais que subjazem à empatia humana, ao altruísmo, ao egoísmo, ao conhecimento, à memória, ao aprendizado, ao livre-arbítrio, ao sentido de justiça ou à responsabilidade moral, continuará intacta nossa “perspectiva interna”.

Apesar do intento dos neurocientistas, na busca das raízes biológicas da moral, em fazer visível a “sede da moral” mediante procedimentos de neuroimagem, quando nos encontramos diante de um cenário real e submersos em algum dilema moral, os métodos científico-naturais não bastam por si só para decidir o que é nobre, bom e justo. Não parece definitivamente razoável supor que a intuição “respecto de lo que corresponde hacer en un caso imaginário fabricado en laboratorios proviene del mismo mecanismo (neuronal) que nos impulsaría a actuar en la vida real” (Appiah, 2010:130). O correlato neuronal de nossas condutas e intuições morais é apenas um ponto de partida de nossos compromissos plurais, posto que os contextos socioculturais e a forma como interagem as relações interpessoais e o cérebro configuram nossa psique básica de diferentes maneiras em diferentes épocas e lugares. Como recorda Hustvedt (2010), “cada vez que creamos una fórmula simple y fácil para entender cómo son las cosas pasa lo mismo: nos equivocamos. El comportamiento moral humano es más complicado y no podemos aislar las variables del mundo, todo influye”.

Sem informação complementar procedente das demais áreas das ciências humanas e sociais seguirá aberto o significado dos mapas, cenários ou imagens cerebrais obtidos. É um equívoco pensar que há algo de especial e exclusivo nas neurociências. Os métodos neurocientíficos não bastam por si só para decidir sobre a natureza de nossa capacidade para construir juízos com os quais categorizamos a ação e omissão humana como boa ou má, justa ou injusta, permissível, obrigatória ou proibida (desnecessário dizer que os resultados obtidos pelas investigações

neurocientíficas não se auto-interpretam, senão que é preciso interpretá-los). Também os geneticistas, antropólogos, psicólogos, juristas, paleontólogos, primatólogos, etc., na medida em que se ocupam da natureza humana, estão cambiando a concepção que temos do mundo e de nossa própria natureza.

Pensar que unicamente os neurobiólogos têm algo mais importante que dizer é um erro que pode conduzir à graves equívocos. Dito de outro modo, é necessário desenhar uma imagem de ser humano que se ajuste a uma visão do mundo na qual nossas intuições e nossos comportamentos não sejam somente produtos da cognição e emoção que emergem de nosso cérebro, senão também respostas a exigências normativas, culturais e interpessoais. E isso pela simples razão de que a construção de uma vida é uma atividade, um logro por meio da qual deveríamos esperar aprender mais de nossas experiências que dos experimentos neurobiológicos ou filosóficos.

Sem as instruções aportadas por outras áreas de conhecimento dedicadas a proporcionar uma explicação científica acerca das peculiaridades da natureza humana, sem a consideração da realidade iniludível de que, a maior parte do tempo, os humanos estão pensando em processos sociais (comparando-se com os demais, projetando agentividade e avaliando suas intenções) e sem as contribuições (em primeira pessoa) aportadas pelos próprios voluntários participantes nos experimentos (Varela et al., 2001), os dados obtidos das imagens cerebrais carecem de valor informativo (e principalmente normativo). Sem uma interpretação interdisciplinar das diferenças nos sinais obtidos nos registros das ressonâncias magnéticas ou de outro tipo, os descobrimentos empíricos da investigação cerebral não são outra coisa que imagens coloridas. Para não lembrar que a revolução provocada pela neuroplasticidade tem implicações no que se refere aos mapas cerebrais, isto é, de que estes não são imutáveis dentro de um só cérebro e nem tão pouco universais, senão que, sendo o cérebro um sistema dinâmico e não-linear, os “mapas” podem variar constantemente dependendo do que fazemos ao largo de nossas vidas. Tal como explicou então Harvard Edward G. Boring: “o mapa de um dia deixaria de ser válido ao seguinte”⁴⁹.

⁴⁹ Nas palavras de Linden (2010:37): “*La localización de una función es sencilla en el caso de los reflejos básicos subconscientes como, por ejemplo, el acto de vomitar, y es bastante sencilla en el caso de los estadios iniciales de la sensación (conocemos el lugar de la corteza al que primero llegan las señales de la visión, del oído, del olfato y demás sentidos). Pero la localización de una función es mucho más difícil si se trata de fenómenos más complejos, como la memoria de hechos y acontecimientos, y es en realidad muy difícil cuando se trata de funciones superiores, como la toma de decisiones. En algunos casos es complicado porque la localización de una función en el cerebro no permanece fija en el tiempo: los recuerdos sobre*

Mas, como dissemos antes, uma vez assumida as atuais deficiências e limitações da investigação neurobiológica, os novos conhecimentos neurocientíficos relativos à compreensão da natureza humana seguramente permitirão uma melhor compreensão da mente e do cérebro e trarão consigo a promessa de cruciais aplicações práticas no âmbito da compreensão do fenómeno jurídico, de sua interpretação e aplicação práctico-concreta: constituirão uma oportunidade para refinar nossos valores e juízos ético-jurídicos, assim como estabelecer o reinventar novos parâmetros ontológicos e critérios metodológicos a partir da construção conjunta de alternativas reais e factíveis, devidamente assentadas sobre cimentos mais firmes e consistentes.

Afinal, qualquer câmbio em nossa maneira de entender o cérebro afeta por força nossa concepção da natureza humana.

sucesos pasados parecen almacenarse en el hipocampo y algunas regiones adyacentes inmediatas durante uno ou dos años, pero luego son exportados a otras ubicaciones en la corteza. La toma de decisiones, en general, es una función tan amplia y requiere de la convergencia de tanta información que puede ser descompuesta en tareas más sencillas y distribuida por toda una serie de lugares situados en la corteza”. Para uma revisão crítica, desde uma perspectiva científica e filosófica, das dificuldades e confusões conceituais existentes nas modernas correntes neurocientíficas e teorias psicológicas – incluindo as de Blackmore, Crick, Damasio, Edelman, Gazzaniga, Kandel, Kosslyn, LeDoux, Penrose e Weiskrantz -, cf. Bennett e Hacker, 2005.

8. A neurociência não muda nada para o Direito?

A neurofilosofia e a neuroética, essas aproximações convergentes de ciência do cérebro e filosofia, já se adentram de cheio em temas clássicos da própria filosofia, como a natureza da mente e com ela a consciência, o *self*, os juízos morais, a responsabilidade moral, o livre-arbítrio com eleições e decisões, etc. Elas (a neurofilosofia e a neuroética) reconhecem no método científico a capacidade de desentranhar os mecanismos cerebrais que produzem os processos mentais. A partir desses dados, contrastados pela observação e a experimentação científica, é possível filosofar, adquirir mais conhecimento e formular hipóteses⁵⁰.

⁵⁰ Com efeito, donde mais claramente tem incidido a neurociência é no estudo das pequenas peças que permitam começar a dar explicação de como o cérebro elabora a mente. Desde a neurofilosofia, e vista em um marco mais amplo, esta perspectiva poderia ser resumida em três supostos básicos, a saber: i) a atividade mental é atividade cerebral e, portanto, suscetível aos métodos de investigação científica; ii) a neurociência necessita da ciência cognitiva para conhecer que fenômenos requerem ser explicados (para entender os fenômenos, é insuficiente basear-se simplesmente na sabedoria popular ou na introspecção; iii) é necessário entender os muitos níveis de organização do cérebro. Depois de tudo, hoje já não mais parece possível falar com propriedade da sensação ou percepção que tem os seres humanos do mundo sem conhecer e referir a como o cérebro, em termos de neurofisiologia sensorial (de neuronas ou circuitos neuronais), alcança essas percepções. Filosofar com rigor sobre, por exemplo, a natureza do prazer, a beleza e a moral ou pretender encontrar seu significado último requer ter em boa conta os dados e as hipóteses científicas que nos levam a entender e conceber como nosso cérebro as elabora. Filosofar hoje sobre o *self*, a mente e a consciência e inclusive a responsabilidade, a tomada de decisões e até o próprio conceito de liberdade humana e de certeza ou verdade, e tantos outros atributos do pensamento que foram até agora círculos quase fechados do pensamento humanístico (ética, sociologia, direito, justiça, arte, economia, teologia...), requer conhecer os pressupostos básicos acerca de como funciona o cérebro. Nosso cérebro cria nosso eu e com ele esse fenômeno que chamamos consciência que nos permite “iluminar” (tirar da escuridão) o que vemos e pensamos, ou como nos comportamos ou organizamos em sociedade. Alguns detalhes destes últimos nos aportam a neurociência à luz de nossa intra-história evolutiva, ontogênica e social, e com os dados dessa nova e florescente neurobiologia cognitiva. Conhecer como a intra-informação de determinadas áreas cerebrais é processada tendo em conta os códigos de nosso cérebro criados através da evolução e postos em marcha na ontogenia e interação com o mundo social e conhecer também como pequenas lesões ou um mau funcionamento sutil desses circuitos neuronais o alteram deve ajudar a entender a enorme diversidade de condutas dos seres humanos. Mais ainda, conhecer o funcionamento ou mau funcionamento do cérebro pode fazer-nos mais humanos, o que quer dizer mais reconhecedores da relatividade de algumas de nossas concepções morais e sociais, de nossos erros e de quão distantes estão (ou podem estar) ditas concepções de tudo aquilo que significa absoluto (aliás, uma característica tão própria de toda forma de fundamentalismo: a absolutização de tudo o que é relativo – Tamayo e Fariñas, 2007). Da convergência, pois, entre ciência e filosofia deve surgir um entendimento filosófico mais profundo acerca de quem somos e encontrar com isso um novo sentido, se é que este existe, a nossa própria existência. E é precisamente para este labor que está desenhada e destinada a neurofilosofia (Mora, 2004; Churchland, 1986).

Os dados atuais obtidos pela neurociência, e pela neurociência cognitiva e a neuropsicologia em particular, utilizando técnicas de imagem cerebral, nos levam para além do dualismo cérebro-mente, superando-o em muito larga medida. É o cérebro o órgão que produz a mente. De fato, hoje, resulta já deveras impróprio e inadequado falar de “mente” como algo alheio ao “cérebro”, não tanto como constituída (a mente) por uma substância “espiritual” e diferente ao cérebro, senão inclusive como um processo “emergente” e “diferente” à atividade cerebral.

De uma maneira geral, grande parte dos cientistas e filósofos contemporâneos está de acordo em que o cérebro é o órgão que produz, com seu funcionamento, o que entendemos por mente e consciência. Como disse Churchland (2006:318), a atividade mental é atividade cerebral e, portanto, suscetível de análise pela investigação científica, trasladando a mente e o cérebro “*de una posición de misterio casi impenetrable a la de difícil, pero manejable*”. A verdade é que a neurociência (e em particular a neurociência cognitiva), com suas já referidas limitações e inerentes dificuldades, está muito longe ainda de haver alcançado uma resposta integrada do que chamamos processos mentais e, dessa forma, reduzi-los em equivalência aos processos cerebrais.

Inclusive recentemente, e no mais básico, foi de novo desafiada a idéia que se tinha acerca de que os processos mentais e a consciência humana são produtos da atividade concertada de redes conformadas por neurônios “simples” (aqueles que produzem potenciais de ação) do córtex cerebral e tálamo. Se sugeriu que as redes neuronais que participam nesses processos cognitivos complexos estão conformadas por neurônios “complexos” que transportam informação específica e codificante de “cognição elementar” (Arshavsky, 2006). Isto, contudo, não é nada novo, pois já Crick e Koch chegaram a propor que era a seleção de “certo tipo de neurônios” a responsável da alta função de produzir consciência, concepção que depois foi rebatida por Edelman e Tononi (2000). Em qualquer dos casos, muito pouca gente discute hoje que são os neurônios, simples ou complexos, os que, unidos funcionalmente em determinados circuitos ou redes neuronais, produzem os processos mentais. (Gazzaniga et. al., 2002).

Nos levará tudo isso a ir analisando, descompondo em unidades simples (circuitos) as mais altas funções cognitivas do ser humano? Nos levará a eliminar nossa concepção de responsabilidade em caso de condutas antisociais? Nos levará a sobre passar as barreiras de contenção de nosso córtex pré-frontal e conhecer “o louco” que todos levamos dentro? Nos levará à desumanização do humano? Não cremos.

Entre outras coisas, porque, como dissemos antes, possivelmente nunca chegemos a poder desnudar totalmente nossa intimidade cerebral. Depois, como recorda Churchland (2006), uma vez que nossa falta de compreensão exata do que faz o cérebro em seus níveis superiores é vastíssima, é sempre aconselhável considerar que inclusive nossas mais caras intuições sobre a função do cérebro e a mente são hipóteses revisáveis e não verdades absolutas transcendentais ou certezas obtidas introspectivamente. Mas sim cremos, pelo contrário, que o caminho empreendido é um caminho necessário em nossa jornada até “uma melhor verdade” de nós mesmos, pois está claro que a via fechada da introspecção (ou da pura contemplação) com a que até agora se tem alcançado o conhecimento humanístico já não é suficiente. Somente a convergência entre a investigação científica, a filosofia e o direito poderá vir a fornecer o conhecimento necessário para compreendermos adequadamente temas como processos mentais, consciência, liberdade, livre-arbítrio, controle volitivo, responsabilidade e o próprio sentido do “eu” individual e social; que a ciência logre entendê-los, reduzindo ou não os fenômenos psicológicos a fenômenos neurobiológicos, é uma questão empírica (Churchland, 2006; Llinás, 2001; Dennett, 2003; LeDoux et. al., 2003).

Aos que crêem que a neurociência não muda nada⁵¹, acusando de “cientificismo” àqueles que acreditam na mudança, deveríamos recordar-lhes a aguda observação de Dennett (1995) de que não é “cientificismo” pretender conceder objetividade e precisão ao conhecimento, do mesmo modo que não é adoração da história conceber que Napoleão durante um tempo dominou a França e que o Holocausto sucedeu realmente; aqueles que temem os fatos tratarão sempre de desacreditar aos que os encontram. Do diálogo, pois, entre ciência e humanidades, deverá provir um entendimento mais profundo acerca de quem somos, de nossas intuições e emoções morais, de nossas condutas e dos artefatos sócio-culturais que criamos.

⁵¹ Na advertência de Jones (2001,2004), o arcabouço normativo da sociedade contemporânea é baseado em noções da psicologia intuitiva tais como racionalidade, intencionalidade e responsabilidade cujas bases empíricas tem sido questionadas na psicologia e nas neurociências. No mesmo sentido, Greene e Cohen (2004) argumentam que as neurociências mudam completamente o arcabouço normativo da sociedade contemporânea, na medida em que coloca em dúvida a validade dos seus conceitos tradicionais. Por outro lado - lembram Greene e Cohen -, não mudam nada, porque não podemos viver sem esses conceitos da psicologia intuitiva. Para uma crítica a este tipo de postura, cf. Churchland, 2006.

Mas, como caberia aplicar a ciência (particularmente as ciências ponte e muito especialmente a neurociência) ao direito e a moral sem tergiversar o sentido destes últimos? Até que ponto a ciência (em especial a neurociência e as neurotecnologias em desenvolvimento) podem vir a afetar os sistemas jurídicos e éticos e a própria aplicação do direito?

Não há dúvida de que o impulso detrás do interesse recorrente em nosso cérebro, e em última instância na natureza humana, é o dos enormes avanços na biologia molecular e tecnologia de imagem, que permitem aos cientistas determinar e analisar as bases neuronais do comportamento complexo. Aspectos tais como os traços de personalidade ou de tomada de decisão estão vinculados à atividade neuronal. Os correlatos neuronais de nossa própria capacidade para distinguir dos demais, da simpatia, a empatia, a vontade e o conflito, se não estabelecidos (Decety y Chaminade, 2003a, b ; Zhu, 2004 ; Rushworth *et al*, 2005). As bases bioquímicas da confiança e a violência estão sendo reveladas (Kosfeld *et al*, 2005 ; Nelson & Chiavegatto, 2001) e uma definição neuronal para o perdão já se há formulado (Clark, 2005).

Por outra parte, diversos experimentos desenhados para explicar o processo de tomada de decisões encontraram que uma decisão consciente aparentemente "é uma consequência da atividade cerebral, em lugar de ser sua causa " (Haggard, 2005). Os experimentos na década de 1980 levados a cabo por Libet, em que mediram a atividade cerebral enquanto se pedia aos sujeitos que realizassem um movimento voluntário da mão, determinou que uma disposição dos potenciais associados com a tomada de decisão se pode medir no cérebro muito antes que o sujeito seja consciente de haver tomado a decisão de realizar um ato específico - ou seja, que o movimento era o resultado de uma atividade cerebral que se botava em marcha de maneira inconsciente muito antes de que se produzisse a sensação subjetiva de vontade de ação por parte do sujeito (revisado em Haggard, 2005). Os experimentos, realizados mais recentemente, apontam a conclusões similares: a intenção segue um comportamento, em lugar das causas do que queremos ou que fazemos, em lugar de fazer o que queremos (Haggard, 2005).

Mas devido a que tais interpretações não necessariamente se aplicam às decisões que são mais complexas que um "movimento da mão voluntária", suas implicações e consequências para a conduta social humana são questionáveis. E é precisamente aqui, na interfase entre a ciência e a sociedade, quando surgem as

perguntas e questionamentos que formulamos anteriormente. Obviamente, o maior impacto de uma redefinição da livre vontade estaria no ordenamento jurídico: sem livre-arbítrio não pode haver culpabilidade. O sistema legal atual se baseia no comportamento razoável das pessoas e sua “capacidade de produzir os comportamentos que servem a seus desejos à luz de suas crenças ” (Greene y Cohen, 2004).

Enquanto este requisito mínimo se dá, não há conflito entre o direito e a ciência (Morse, 2004 ; Greene y Cohen, 2004). Por quê? Pelo simples fato de que, tradicionalmente, o direito está fundamentado na *mens rea*- a “mente culpável”- e toma em conta os casos em que o requisito de culpabilidade não se cumpre. Se o crime se levou a cabo em virtude de um ato reflexo, em defesa própria, em um estado de consciência diminuído, ou sob coação, etc., isto é, sem liberdade do agente, isso levaria a ausência de responsabilidade e de culpa. Também a saúde mental é outro fator que afeta a sentença, como quando a responsabilidade penal se vê excluída ou diminuída em casos de demência.

Como já advertido por Lüderssen, os resultados da investigação cerebral podem ser realmente dramáticos, já que não só o direito penal se fundamenta na culpabilidade do sujeito e, portanto, em sua capacidade e responsabilidade na tomada de decisões, senão que o próprio sistema jurídico como um todo também se veria afetado (Rubia, 2009). De fato, é esta distinção entre ato voluntário e ato involuntário, entre mente sana e cérebro insano, que o debate sobre o impacto das neurociências no direito se intensifica. Se todos os resultados do comportamento são eventos puramente físicos e químicos ocorridos no cérebro – e portanto sujeitos às leis deterministas de processos neuroelétricos e neuroquímicos e a impossível influência da vontade – cada ação contrária ao direito teria que ser tratada como um ato involuntário, circunstância que atentaria contra as próprias bases de nossa sociedade, construída e fundamentada sobre os princípios da responsabilidade, da imputabilidade, do pecado e da culpa.

Sem embargo, e em que pese os avanços das investigações neurocientíficas, não cremos que essa alternativa seja muito prometedora. Por certo que se não nos criamos completamente a nós mesmos, tem que haver algo em nós do qual não somos causa. Mas o problema central com respeito ao nosso interesse pela liberdade e nossas decisões não é se os acontecimentos em nossa vida volitiva estão determinados causalmente por condições externas ou internas a nós. O que realmente conta, no concernente à liberdade e decisão, não é a independência causal. É a autonomia. E a

autonomia é essencialmente uma questão de se somos ativos e não passivos em nossos motivos e eleições; de se, com independência do modo em que os adquirimos, são motivos e eleições que realmente queremos e que, portanto, não nos são alheios. (Frankfurt, 2004).

O sujeito autônomo, entanto que sujeito livre, não se encontra sobposto nem superposto ao – nem por debaixo nem por encima do – sujeito de carne e osso (genes, mente e cérebro) que somos cada um e nem requer, para salvar a liberdade e a vontade, estritamente um “agente moral autônomo” como alternativa a uma explicação causal em termos biológicos/evolutivos. Ser fiel à natureza não é, portanto, recusar em seu nome a liberdade (que é um *efeito* da natureza); é, ao contrário, prolongar esse gesto, indissociavelmente natural e histórico, pelo qual nossa espécie, biológica e social, se ergue contra a natureza que a produz e a contém.

Dito de outro modo, a natureza humana se plasma em um cérebro plástico, complexo, desenhado para gerar expectativas sobre o futuro e que coordena e controla a conduta do indivíduo em função da informação que recebe do entorno, orientando-se tanto por seus próprios sentimentos e preferências congênicas como pelas normas culturais adquiridas. Todos estes fatores restringem, mas não pré-fixam em todos os seus detalhes, o que vamos fazer, decidir ou a forma como vamos comportar-nos; tão pouco determinam nossa capacidade para resistir à interferência arbitrária dos demais em nossos planos de vida. Nisso consiste nossa liberdade e que a evolução por seleção natural também pode explicar⁵². Longe de ser um princípio determinado por nossa natureza, é precisamente nossa natureza a que determina a construção de um cérebro plástico geneticamente programado para a autonomia pessoal (uma espécie de autonomia transitória e limitada que se produz pontualmente ao eleger nosso cérebro entre um conjunto de predições - Mosterín, 2006). Somos livres, nesse sentido, não apesar da natureza, mas graças a ela.

⁵² “Una descripción naturalista de cómo hemos evolucionado nosotros y nuestras mentes parece amenazar el concepto tradicional de libertad, y el miedo ante esta perspectiva ha distorsionado la investigación científica y filosófica en esta materia. Algunos de los que han dado la voz de alarma ante los peligros de los nuevos descubrimientos sobre nosotros mismos han presentado una imagen muy falseada de los mismos. Una serena reflexión sobre las implicaciones de nuestro nuevo conocimiento sobre nuestros orígenes servirá de fundamento para una doctrina más sólida y prudente sobre la libertad que los mitos a los que está llamada a reemplazar” (Dennett, 2004:37). Afinal, de que liberdade dispõe uma criança violada e golpeada que por sua vez será verdugo no dia de amanhã? De que liberdade desfruta um indivíduo que ganha um salário mínimo mensal para sobreviver? Todo o paradoxo da liberdade do homem está aí.

Seja como for, o certo é que já se construíram grandes edifícios de teoria e metodologia jurídica (e moral) que foram criticados e defendidos, submetidos à revisão e ampliados pelos melhores métodos de investigação racional, e dentro desses artefatos do pensamento humano figuram algumas das criações mais extraordinárias da cultura humana e jurídica. Uma operação semelhante realizada com o ponto de vista posto na possível objetividade de alguns princípios ou postulados do direito (e da moral) poderia fazer frente talvez com garantias às desviações científicas da ciência jurídica. Mas em realidade nos enfrentamos com o caso contrário: do que efetivamente se trata é de seguir trabalhando por mostrar como é possível a responsabilidade moral no marco geral de um naturalismo razoavelmente amplo e comprometido com o ser humano, distante de qualquer veleidade científicista ou reducionista.

No campo jurídico, já dissemos, nunca se prestou a devida atenção à evolução da natureza humana e à estrutura e ao funcionamento material do cérebro humano como fonte dos instintos e predisposições que condicionam nossas condutas e nossos juízos de valor. Com efeito, as teorias jurídicas ainda seguem sem suscitar uma incondicionada concordância de idéias e opiniões de todos aqueles que já lhes estudaram cuidadosamente. Não há que estranhar-se, pois, que o próprio conceito, a função e o processo de realização do direito sejam uma das mais problemáticas e contestadas publicamente de todas as empresas jusfilosóficas. Não estão informadas por nada que seja reconhecível como autêntica teoria nas ciências naturais: tanto o direito como a ética carecem das bases de conhecimento verificável da mente, do cérebro e da natureza humana necessárias para obter e produzir predições de causa e efeito e juízos justos baseados nelas.

Mas existem numerosos modelos procedentes das ciências da vida que integram os comportamentos sociais como consequência de determinadas variáveis da natureza de cada espécie. Cabe detectar a presença em nossa espécie – essencialmente social – de determinadas estratégias sócio-adaptativas que apareceram graças a determinados mecanismos cerebrais para ser processadas. Portanto, é preciso explicar qual é a razão da existência de ditos mecanismos e dos produtos culturais que criamos (como os valores e as normas de conduta), e por meio dos quais nos conduzimos em sociedade e configuramos nossa cultura.

A compreensão mais profunda das causas últimas, radicadas em nossa natureza, do comportamento moral e jurídico humano, pode ser muito importante para saber quais são os limites e as condições de possibilidade do direito no contexto das

sociedades contemporâneas. Afinal, estabelecer princípios e preceitos normativos que não têm nada que ver com a natureza humana é o mesmo que condená-los ao fracasso. É possível, por que não dizer, que a maior parte das propostas de fundamentação teórica e metodológica do direito (e da moral) que já se formularam ao longo da história peque por sua inviabilidade em função dessa desatenção com relação à realidade biológica que nos constitui, ou seja, pela falta de precisão de sua adesão à natureza humana.

E a neurociência parece ser claramente a matéria que, a longo prazo, nos permitirá encontrar vias altamente sofisticadas para distinguir entre um cérebro que está “sob controle consciente” e um cérebro que está “fora de controle consciente”. É definitivamente necessário dar-se conta que em todos os casos a conduta está causada por eventos cerebrais. Ao nível do neurônio e das redes neuronais, o cérebro é uma máquina causal. Apesar disso, e a despeito da causalidade do cérebro, isso não implica que não haja livre-arbítrio ou responsabilidade da pessoa. A determinação da responsabilidade no sistema jurídico depende de muitos fatores, incluindo a eficácia do castigo, a segurança pública e a importância sócio-cultural de um castigo justo e merecido.

Agora, devem todos os avanços e evidências provenientes das neurociências ter uma tradução na forma como a lei trata aos indivíduos?

Morse (2004) afirma que a legitimidade da lei depende de que esta expresse adequadamente as intuições morais e as obrigações percebidas pela sociedade. De nossa parte, entendemos que já não mais parece lícito e razoável conceber as normas jurídicas simplesmente como um conjunto institucional de regras formalizadas destinadas a constituir uma razão (determinante e/ou moral) para o atuar dos indivíduos. Em vez disso, já dissemos, estamos firmemente convencidos de que a legitimidade das normas jurídicas depende fundamentalmente da forma com que sejam capazes de plasmar as regras de condutas sociais, sobre as quais uma alta porcentagem de pessoas concorda, de refletir as inclinações comportamentais e oferecer benefícios potenciais e eficientes àqueles que as seguem: quando as pessoas não reconhecem ou não acreditam nesses benefícios potenciais, as normas são, com frequência, não somente ignoradas ou desobedecidas – pois carecem de validade substancial e de contornos culturalmente aceitáveis em termos de uma comum, consensual e intuitiva concepção de justiça –, senão que seu cumprimento fica condicionado a um mero critério de autoridade de duvidosa legitimidade. E qualquer forma de prática social

que não pretenda nada mais que o poder ou a força não constitui um sistema jurídico válido e legítimo. Dito de outro modo, o direito e a moralidade não constituem unicamente um conjunto de restrições que obstruem nosso caminho à consecução de nossos interesses ; para a grande maioria dos indivíduos, os standards jurídicos e morais definem formas de relacionar-nos com os demais que na maioria das ocasiões nos resultam naturais (Korsgaard, 2000).

Aliás, diga-se de passo, uma vez que a sociedade usa leis para encorajar as pessoas a se comportar diferentemente do que elas se comportariam na falta de normas, esse propósito fundamental não somente torna o direito (e a moral) altamente dependente da compreensão das múltiplas causas do comportamento humano como, e na mesma medida, faz com que quanto melhor for esse entendimento da natureza humana, melhor o direito poderá atingir seus propósitos⁵³ : sabemos que descendemos daqueles primeiros símios que começaram a andar sobre duas patas ; sabemos que existe algo que denominamos natureza humana, com qualidades físicas e uma série de predisposições genéticas para desenvolver-nos adequadamente em nosso entorno;

⁵³ Nas palavras de Jones e Goldsmith (2004: 33): “*Society uses law to encourage people to behave differently than they would behave in the absence of law. This fundamental purpose makes law highly dependent on sound understanding of the multiple causes of human behaviour. The better those understanding, the better law can achieve social goals with legal tools. Current understanding though clearly improving, are imperfect in a variety of ways. One imperfection accompanies the prevalent, often unexamined assumption that law can gain accurate and sufficient understanding of human behaviour by using only the tools of the social sciences, the humanities, or both. Every day we leave further behind a world in which the assumption was excusable. Knowledge in behavioral biology is growing rapidly, and it has laid a significant foundation for understanding how the brain works and how it came to work as it does. It affords a deeper understanding of what behavior is, where it comes from, what evolutionary and developmental causes underlie species-typical brains, what influences yield species-typical patterns of behavior, how the brain develops at the temporal intersection of genes and environments, how the brain functions, and how evolutionary biology and culture inevitably intertwine, reciprocally affecting one another. To be clear, we have not suggested that behavioral biology deserves a place at the head of the table. Nor are we claiming that it will solve every problem. We have argued, instead, that trying to understand behavior at any deep level, while simultaneously ignoring an enormous and growing store of relevant scientific information, is a path to certain obsolescence. We have argued that building more accurate and more robust models of human behaviour that can improve law’s effectiveness requires integrating traditional perspectives with perspectives from behavioral biology. And we have argued that this is an interdisciplinary enterprise in which legal thinkers should participate.[...] In doing so, behavioral biology promises to help discover useful patterns in regulable behavior, uncover policy conflicts, sharpen cost-benefit analyses, clarify causal links, increase understanding about people, provide theoretical foundation and potential predictive power, disentangle multiple causal influences, expose unwarranted assumptions, assess comparative effectiveness of legal strategies, reveal deep patterns in legal architecture, identify selection pressures that law creates, and also usefully highlight legal features through evolutionary metaphors. Any one of these functions, standing alone, could justify greater attention to behavioral biology. Taken together, they make a geometrically stronger case”.*

sabemos que algumas propriedades fixas da mente são inatas, que todos os seres humanos possuem certas destrezas e habilidades das que carecem outros animais, e que tudo isso conforma a condição humana; sabemos que a matéria prima da cultura são representações mentais, pessoais e compartilhadas e que toda representação é, em última instância, obra de nosso cérebro (um irrefutável produto da evolução por seleção natural, o resultado vivo de um longo processo filogenético e capaz de viver em um universo não percebido) - quer dizer, que nada ocorre, nem nada existe no mundo humano que não tenha sido percebido, filtrado, elaborado e construído pelo cérebro (o que inclui como pensamos, interpretamos, sentimos, criamos e modificamos nossas representações ético-jurídicas); sabemos que todos os seres vivos usamos o mesmo código, e que estamos baseados no DNA – essas retorcidas e imortais cadeias químicas contidas em cada célula viva que possuem a informação necessária para a conformação de novos corpos e que nos faz ser o que somos; sabemos que a mente surge da atividade cerebral, cuja estrutura e função estão diretamente modeladas pela experiência interpessoal; somos essencialmente objetos físicos (corpo e cérebro) dos quais as mentes emergem; e, de algum modo, desde nossas mentes se formam as sociedades e as culturas. Em realidade, começa a acumular-se evidências, desenvolvidas em campos disciplinares muito variados, sugerindo a existência de um “instinto moral”, uma faculdade moral equipada com propriedades universais da mente humana que restringe o âmbito da variação cultural, que guia inconscientemente nossos juízos de valor e que permite desenvolver uma reduzida gama de sistemas morais concretos.

Depois, se há uma coisa que o pensamento naturalista ou evolucionista sobre a ética (e o direito) nos ensina é que as normas de conduta são uma necessidade, uma necessidade natural das sociedades humanas, as quais têm, como as outras, necessidade de regras, mas que, além disso, têm necessidade de justificações racionais para essas regras, para as poderem aceitar. A eficácia da regra, embora necessária, não é para nós o suficiente. Os homens têm necessidade de saber se a regra que seguem é legítima. É desta necessidade que deriva o naturalismo evolucionista em matéria de ética, pois há outras constantes que, do mesmo modo que a necessidade de normas de conduta, atravessam as culturas humanas e a sua história: há, em particular, a necessidade de encontrar causas, a necessidade de saber.

E é certamente nisto que o homem revela a sua maior força: ele continua a querer erguer-se acima da animalidade de que se sente impregnado, viabilizando novos

meios para regular a sua conduta e desmistificando o que, nos seus comportamentos, crenças e juízos, é a expressão oculta da natureza nele presente⁵⁴. Isto não significa

⁵⁴ Esta idéia sugere, de pronto, que um sistema social complexo torna aconselhável dispor de certo sentido do “eu interior” para sobreviver nos intercâmbios recíprocos e para desenvolver aquilo que os psicólogos denominam uma “teoria da mente”, isto é, a certeza de que os outros também têm intenções e preferências (desde logo de primeira e de segunda ordem), crenças, pontos de vista e desejos. Trata-se de um exercício de distanciamento intelectual com relação aos domínios específicos em que estão estruturadas nossas intuições – morais ou de outro tipo –, de um exercício no qual se despreza uma intencionalidade de segunda ordem e a que Sperber (2002) denomina de módulo metarepresentacional, isto é, um módulo conceitual especial de segunda ordem. Enquanto outros módulos conceituais processam conceitos e representações de coisas, geralmente de coisas percebidas, o módulo metarepresentacional processa conceitos de conceitos e representações de representações. Muitas das investigações atuais postulam que a função da capacidade de conceber e processar metarepresentações é a dotar aos seres humanos de uma psicologia intuitiva. Em outras palavras, este é um “módulo da teoria da mente”, e seu domínio próprio está constituído pelas crenças, os desejos e as intenções que dão lugar à conduta humana. A capacidade para compreender e classificar as condutas não como simples movimentos corporais senão em termos de estados mentais subjacente é uma adaptação fundamental dos organismos que devem cooperar e competir entre eles de muitas maneiras. Uma vez que se tem na ontologia estados mentais e capacidade para atribuí-los a outras pessoas, não há mais que um passo, ou não há sequer um passo, até ter desejos acerca destes estados mentais – desejar que alguém creia tal coisa ou que alguém deseje uma outra – e gerar intenções para modificar os estados mentais de outras pessoas. A comunicação humana é tanto uma maneira de satisfazer esses desejos metarepresentacionais como de explorar as capacidades metarepresentacionais da audiência. Um organismo que está dotado somente de módulos perceptivos e módulos conceituais (um processo perceptivo seria: “há uma nuvem”; inferir desta percepção “é possível que chova” é um processo conceitual) de primeira ordem possui crenças, mas em câmbio não tem crenças acerca das crenças próprias ou alheias, nem uma atitude reflexiva respeito delas. O vocabulário relacionado com suas crenças está limitado ao vocabulário de saída de seus módulos e não pode conceber nem adotar novos conceitos nem criticar ou rechaçar os velhos. Um organismo que, em câmbio, está dotado também de um módulo metarepresentacional pode representar-se conceitos e crenças acerca de conceitos e crenças, pode avaliá-los criticamente e aceitá-los ou rachaçá-los no terreno das metarepresentações. Em resumo, trata-se de suas classes diferentes de módulos e de crenças ou representações: as crenças “intuitivas” originadas em módulos de primeira ordem e as crenças “reflexivas” surgidas do módulo metarepresentacional. Isso, em qualquer caso, poderia ser uma das justificações psicológicas mais profundas da idéia segundo a qual não há vida moral (ou jurídica), nem bom conhecimento, sem intencionalidade de segunda ordem (sem preferências sobre preferências, ou sem crenças sobre crenças). Nesse sentido, negar que tenha sentido discutir ou argumentar a favor e em contra das preferências dos indivíduos implica, desde logo, negar que tenha sentido o fato de que os indivíduos mesmos *reflexionem* pertinente e adequadamente acerca de suas próprias preferências. Significa negar filosoficamente às pessoas a possibilidade ou a oportunidade de que deliberem acerca de se o que consideram “o melhor” é realmente o melhor para elas. Mas isso é tanto como negar-lhes a condição mesma de pessoa. Pois o mesmo que com as crenças, acontece com os desejos: porque os humanos, à diferença do resto dos animais, se distinguem pela capacidade de tomar distância intelectual e emotiva sobre seus desejos e preferências. E a mais clara evidência disso é que todos temos *preferências sobre nossas próprias preferências*, quer dizer, preferências de segunda ordem. Desejamos isto ou aquilo, mas desejamos também desejar isto e aquilo. Desejamos fumar, por exemplo, mas desejamos não desejar fumar. Desejamos ser de alguma maneira (quicá distinta da que somos), e isso equivale a desejar ter determinados desejos (seguramente distintos dos que normalmente temos). Quanto sofrimento humano deixa sua raiz mais profunda em um conflito entre as ordens de preferências! Para uma apreciação mais detalhada sobre

que haja um combate entre a natureza e a razão, pois esta é o instrumento que se criou no decurso do processo evolutivo como uma resposta adaptativa às necessidades de sobrevivência de uma espécie viva essencialmente social. Daí que a interrogação sobre a ética e o direito, assim como a investigação de normas de comportamento jurídico e social racionalmente fundada parece residir no suposto de que têm, em última análise, uma função sócio-adaptativa: trata-se de garantir de modo mais satisfatório a sobrevivência e a satisfação dos seres humanos e, afinal, a sua adequação adaptativa (Kirsch, 1996) ⁵⁵.

Por conseguinte, parece-nos haver chegado o momento de começar a operar com o que já sabemos sobre o cérebro e como isso pode vir a influenciar o atual modelo teórico e metodológico da ciência do direito (e da moral). E para dirigir-se a este, parece razoável admitir que devemos partir da premissa de que a capacidade moral e ético-jurídica é (ou deve ser) contemplada como um atributo do cérebro humano, circunstância esta diretamente relacionada com o problema da tomada de decisão humana em todas as suas dimensões. E nesse particular sentido, nosso argumento é o de que a compreensão do comportamento humano oferecido até agora pela neurociência é perfeitamente compatível com esta perspectiva.

Da mesma forma, diante do atual panorama metodológico acerca do reconhecimento, polêmico em relação com a metodologia tradicional, do fato de que os operadores do direito (especialmente os juízes), em muitos casos e até certo grau, produzem direito, a neurociência permitirá abrir caminho para a exigência, cada vez mais urgente, de desenhar e estabelecer os critérios metodológicos e os limites adequados que há que pôr a esta inegável formação do direito por parte dos magistrados.

Estas são algumas das muitas formas por meio das quais a neurociência, quanto às emoções imperfeitas e aos fatores de irracionalidade que condicionam nosso comportamento ou o que realmente sentimos e experimentamos na tarefa de julgar, pode trazer maior contribuição para o desenho e a elaboração de normas e decisões mais justas do que a ilusão sobre a racionalidade ou emoções ideais que gostaríamos

representação e metarepresentação desde uma perspectiva da neurociência, cf. Dunbar, 2004; Ramachandran, 2008.

⁵⁵ Para uma análise acerca de como o processo evolucionário há influído sobre o cérebro humano e, considerando os aspectos comuns de tais cérebros, de como este contribui para o desenho da arquitetura comum do sistema jurídico humano e vice-versa, ver Jones e Goldsmith, 2004.

que motivassem o comportamento humano ou das quais os operadores jurídicos pudessem desfrutar no processo de tomada de decisão⁵⁶.

No que diz respeito à neurociência, não nos encontramos no fim da nossa compreensão sobre o cérebro, senão que começamos agora a nossa viagem. Durante as últimas três décadas, aprendemos mais sobre o cérebro do que em toda a história registrada, embora ainda haja muito mais para aprender. Troço a troço experimental, já dissemos, a neurociência vai conformando nossa concepção do que somos; e aos poucos, o peso dessas evidências seguramente nos levará cada vez mais a aceitar que é o cérebro o que sente, pensa, valora e decide.

Mas se os novos desenvolvimentos na área da neurociência são muito instigantes, extremamente inovadores e em certa medida distantes ou perturbadores, o diálogo que começou entre neurocientistas, cientistas cognitivos, filósofos e juristas é ainda mais estimulante e revolucionário. Pela primeira vez, ouvem-se diálogos consistentes entre aqueles que estão conduzindo a investigação e os filósofos e operadores do direito que estão procurando aplicar os resultados dessas investigações em suas respectivas áreas de conhecimento. A informação sobre o cérebro e sobre o modo como este funciona não é apenas meramente interessante, mas antes é e constitui um elemento essencial dos fundamentos sobre os quais deveríamos basear as nossas decisões individuais, políticas, morais e jurídicas. O cérebro tem importância porque a nossa existência tem importância.

⁵⁶ Como recorda Jean-Didier Vincent (2009: 367): “*La razón no es la primera ni la última instancia de la existencia humana [...] La experiencia de base es el sentir (sentio ergo sum); no es el logos, sino el pathos: la capacidad de ser afectado y de afectar. Quizá no se haya considerado lo suficiente que la conciencia es en sí misma un afecto. El mundo vital del ser humano, su mundo originario se manifiesta a través de los afectos. El lenguaje anterior a la razón surgió en el seno de un conjunto de sensaciones portadoras de sentido. Resulta patético y conmovedor por su contenido pasional que, tanto como la razón o incluso más, (la emoción) determina la esencia del hombre. [...] Constatación que he resumido en la Biología de las pasiones con la frase: Yo soy porque estoy emocionado y porque tú lo sabes*”.

II. BIOLOGIA, EVOLUÇÃO, CULTURA E DIREITO

1. Enunciados descritivos e enunciados valorativos: a falácia naturalista

Como se sabe, a falácia naturalista⁵⁷ — atribuída em sua formulação inicial a David Hume — reprocha como erro lógico o fundamentar em enunciados de fato — qualquer descrição da natureza biológica humana — as proposições morais — quer dizer, tanto o sentido profundo filosófico-jurídico da moral como seus conteúdos práticos (Muguerza, 1977). Como consequência dessa negativa a ter em conta enunciados descritivos de caráter biológico, a operação de análise dos valores morais que termina impondo conceitos e princípios universais se realiza em términos de *sociedade*, por contraposição a *natureza*.

⁵⁷ Por exemplo, conjecturar acerca do problema da falácia naturalista significa, em síntese, o seguinte: passar dos enunciados descritivos (“Pedro matou a sua mulher”) aos enunciados valorativos (“Pedro deve ir à prisão”). Nada mais longe da realidade. E duas são as circunstâncias a considerar: em primeiro lugar, como mostrou Richard Hare (1979), não existe falácia lógica porque a passagem dos enunciados descritivos aos valorativos se faz dando por suposto de maneira implícita um enunciado intermédio (“Quem mata deve ir à prisão”); em segundo lugar, que os fatos da natureza e a história fundamentam e impõe limites aos valores, mas não os determinam. É a mente humana a que constrói os valores e as normas. Depois, talvez seja útil recordar: *a*) por um lado, que, simétrica a alegada falácia naturalista, a sempre dissimulada falácia moralista consiste em inferir um fato de um desejo, valor, imperativo ou enunciado moral ou deontico; e *b*) por outro lado, que não são poucos os intelectuais bem intencionados e “politicamente corretos” que caem (e/ou insistem) na falácia moralista. Como argumenta Sam Harris (2007, 3) acerca da falácia naturalista: “*A pesar de la reticencia de muchos científicos acerca del tema del bien y del mal, el estudio científico de la moralidad y de la felicidad humana está en marcha. Esta investigación está obligada a provocar el conflicto de la ciencia con la ortodoxia religiosa y la opinión popular, del mismo modo a cómo lo ha hecho nuestra creciente comprensión de la evolución, porque la división entre hechos y valores es ilusoria en al menos tres sentidos: (1) cualquier cosa que pueda conocerse sobre la maximización del bienestar de las criaturas conscientes, que es (...) la única cosa que podemos valorar razonablemente, en algún punto debe traducirse en hechos sobre el cerebro y su interacción con el mundo en general; (2) la idea misma de conocimiento "objetivo" (esto es, conocimiento adquirido a través del razonamiento y la observación honesta) posee valores en sí misma (...) (consistencia lógica, confianza en las evidencias, parsimonia, etcétera); (3) las creencias sobre los hechos y las creencias sobre los valores parecen surgir de procesos similares en el nivel del cerebro: parece que tenemos un sistema común para juzgar la verdad y la falsedad en ambos dominios*”. 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 pensarán más racionalmente, se difundiría de forma natural la aplicación de este conocimiento”.

Os resultados de um projeto assim são demasiados conhecidos. Abundam as propostas que, desde a ciência jurídica ou da filosofia, hão oferecido conceitos, critérios e princípios destinados a estabelecer uma definição acerca do que é a moral e o direito e até onde conduz. Na maior parte delas, a idéia que subjazem às teorias disponíveis apresenta o ser humano como possuidor de uma dignidade a que caberia chamar transcendental, alheia por completo a sua historia evolutiva. O ser humano se considera como uma pessoa racional e moral que, pelo que se refere ao menos a essa dupla condição, resulta autônoma e independente das leis da natureza. E mais: tal condição de autonomia é exclusiva. De maneira implícita — e com freqüência explicitamente — se postula a existência de uma grande diferença qualitativa entre os humanos e os demais seres viventes, um plus humano derivado da condição moral de nossa espécie. Em realidade se trata de distintas caras da mesma moeda: são as mesmas razões as que sustentam que se é autônomo e livre e que se tem uma superioridade sobre qualquer outro ser.

Pese a que essa idéia forma parte, como se diz, da maior parte das propostas, quando os operadores do direito abordam o estudo do fenômeno jurídico costumam sustentar a presença de diversos tipos de explicações — como as sociológicas, antropológicas, normativas ou axiológicas —, ajustadas às perspectivas de cada uma das respectivas disciplinas. Quer dizer, salvo que se apele a valores últimos de caráter quase religioso, não se considera sequer a possibilidade de que exista uma só classe de explicação para justificar a origem, conceito e função do direito em sua projeção comunitária e ético-jurídica.

Porém, como dissemos antes, tal explicação unitária de base existe. Desde o ponto de vista teórico, é possível encontrar uma fundamentação que atravesse as escalas do espaço, do tempo e da complexidade, unindo os fatos aparentemente irreconciliáveis *do social* e *do natural*. Basta, para isto, entender que:

1. parte de nossa natureza — o que caberia chamar em termos técnicos “traços primitivos”— apareceu graças à evolução por seleção natural milhões de anos antes de que aparecera nossa espécie;

2. outras características exclusivas dos humanos — os “traços derivados”— se acrescentaram ou aperfeiçoaram ao longo de nossa historia evolutiva separada, dentro da linhagem na qual nos incluímos e a nossos antecessores não compartilhados com nenhum símio;

3. a hipótese mais razoável sustenta que as condições que correspondem a nossa psicologia moral e social, aquelas que sustentam a existência da moral e do direito, devem se dar por estarem moldadas como traços primitivos ou derivados. Em caso de negar-se tal evidência, é preciso oferecer explicações plausíveis, afastadas da invocação de valores supremos, acerca de como poderiam ter aparecido;

4. só a comparação com as atitudes e valorações morais de outros seres podem dar pistas do caráter primitivo ou derivado da condição moral e do fenômeno jurídico.

Por outro lado, parece possível reduzir, do mesmo modo e com igual intensidade, a força retórica do anti-naturalismo com outra algo mais direta: será a ética (assim como o direito) um campo de investigação *inteiramente* autônomo? Vive a sua maneira, desligada dos fatos de qualquer outra disciplina ou tradição? Surgem nossas intuições morais de algum inexplicável módulo ético implantado em nossos cérebros? Em síntese: se “*deve*” não pode derivar-se de “*é*”, de onde pode derivar-se este “*deve*” ?

E a resposta mais atraente e segura parece ser esta: a conduta normativa (seja ética ou jurídica) deve basear-se, *de alguma maneira*, em nossa apreciação da natureza humana, não somente no sentido do que um ser humano é ou pode ser, mas igualmente no que um ser humano “pode desejar ter” ou “deseja ser”.

Se isto é naturalismo, então o naturalismo não é uma falácia. Ninguém pode negar seriamente que qualquer teoria social normativa é consequência de tais fatos em relação com a natureza humana. Podemos estar em desacordo sobre onde temos de buscar os fatos mais significativos da natureza humana (em novelas, em textos religiosos, em experimentos psicológicos, em investigações biológicas ou antropológicas, etc.), mas toda a pretensão normativa possui, ontologicamente, a “origem no” (e a “função de regular” o) comportamento humano.

A falácia, portanto, não é o naturalismo, mas qualquer intento mentalmente simplista de passar rapidamente dos fatos aos valores. Daí porque Ball (1984) insiste na diferença que há entre sustentar que os valores se *reduzem* aos fatos (operação que seria falaz), ou que *são determinados* (de algum modo) pelos fatos, coisa que não suporia falácia alguma. Em outras palavras, a falácia é um reducionismo insaciável que passa dos valores aos fatos, mais que um reducionismo considerado de uma maneira mais cautelosa, como o intento de unificar nossa visão do mundo, de modo que nossos valores, princípios e normas éticas ou jurídicas não choquem irracionalmente com o

modo segundo o qual o mundo “é”, ou seja, da maneira que se manifesta mais útil em termos de seleção natural.

De nossa parte, não nos parece possível e razoável compreender a cultura (e parece fora de qualquer dúvida que se deva considerar o direito como um fenômeno cultural) sem compreender a complexidade da natureza humana e da relação biologia/experiência, natureza/educação e cérebro/mente – neste caso, da estrutura e função do cérebro e do modo como percebemos e construímos a realidade. Ademais, esta estendidíssima falácia (naturalista) confunde a descrição científica da conduta humana com a prescrição moral de dita conduta: o que existe não necessariamente deve existir, mas daí a negar a evidência do que existe, porque não se aprova ou não se entende, vai uma distância considerável que não se nos afigura prudente admitir.

Nesse sentido, uma formulação mais sofisticada e completa do nexos entre o “ser” e o “dever ser”, implica que a *ponte* entre a natureza inata do homem – código genético, organização domínio-específica da mente, etc. – e todo o tipo de fenômeno moral e cultural (sejam juízos éticos ou jurídicos, condutas altruístas ou, em geral, ações nas quais está implicada a moralidade e a juridicidade) consiste em considerar esta última como uma manifestação, um epifenômeno que expressa uma forma determinada de conduta adaptativa, produto de uma arquitetura cognitiva estruturada de forma funcionalmente integrada e relativamente homogênea.

E desde este particular ponto de vista, há de se ter em boa conta o fato de que a mente humana parece haver evoluído para resolver problemas de certo estilo de vida que os caçadores- recoletores levavam a cabo durante o Pleistoceno (período que vai desde há 2,5 milhões de anos até nossos dias e que coincide com a evolução do gênero *Homo* -Barkow *et al.*,1992; Pinker, 1994), ou seja, de que há algo essencialmente idêntico em lançar-se à água para salvar uma criança que se afoga, aprovar uma lei que regule os direitos e deveres da mulher casada, a união homoafetiva, a paternidade ou a discriminação sexual no âmbito laboral. Trata-se, em todos os casos, de mecanismos adaptativos da espécie humana, porque a ética e o direito são, antes de tudo, subprodutos de tais estratégias adaptativas que, baseadas na complexidade cognitiva e cultural do ser humano, deram lugar a nossa imensa riqueza moral e normativa⁵⁸.

⁵⁸ Por exemplo: os direitos humanos e dos menores poderiam estar baseados em nossas inclinações naturais pelas idéias de liberdade individual e de igualdade, de justiça social e de proteção no que se refere a infância; isto é devido ao fato de que: a) somos animais que não

Significa dizer, em estilo mais simples, que todas as nossas condutas, crenças, tendências e costumes são adaptações, ou seja, que é em razão do desenho adaptado (para circunstâncias ecológicas e culturais distintas das atuais, registre-se) de nossa arquitetura cognitiva, bem como de nossas inatas intuições e emoções morais – algumas suscetíveis a uma imensa gama de variações e combinações culturais – que sentimos ciúmes sexuais e amor por nossos filhos, sensibilizamo-nos ante o sofrimento e a miséria alheia, cooperamos, desenvolvemos um sentido de justiça baseado fundamentalmente na idéia de igualdade, etc.

Por esta forma, a conexão entre o “ser” e o “dever ser” resulta firmemente estabelecida; o “deve” se converte em algo capaz de tornar possível, evolutivamente viável, determinada forma de “é”. E a falácia lógica denunciada por Moore desaparece por meio do argumento que estabelece a necessidade de entender como ética e juridicamente desejável aquela conduta capaz de proporcionar ao grupo uma via de adaptação – assegurando a sobrevivência e o êxito reprodutivo dos indivíduos – , sob pena de que este desapareça. Daí porque Lorenz defende que os estudiosos da conduta moral deveriam substituir seu interesse até o imperativo categórico de Kant por um novo objetivo: o de entender e explicar o *imperativo biológico*, o mecanismo capaz de impor com tanta força a obrigação moral.

Não há nenhuma razão que justifique colocar o raciocínio moral em categoria especial e utilizar premissas transcendentais, porque o argumento da falácia naturalista é, em si mesmo, uma falácia. Porque se o “deve” não é “é”, que mais pode ser ? Traduzir o “ser” em “dever ser ” tem sentido se nos ativermos ao significado objetivo dos preceitos éticos e jurídicos. É muito improvável que sejam babélicas mensagens etéreas fora da humanidade à espera de revelação, ou verdades independentes que vibram em uma inacessível dimensão celestial ou imaterial da mente. É mais provável que sejam produtos físicos do cérebro e da cultura.

Os códigos éticos e jurídicos – como mecanismos sócio-adaptativos da espécie humana – surgiram por evolução por meio da interação da biologia e da cultura; os sentimentos morais são agora intuições e emoções morais desenhados pela seleção natural, tal como os definem as modernas ciências da mente e do comportamento, sujeitos a juízo segundo suas conseqüências: nossos sentimentos e nossas emoções

gostamos de viver enjaulados ou constrangidos; b) reagimos (para o bem ou para o mal) a qualquer comportamento que implique desigualdade com relação a nossa pessoa; c) nos comove o sofrimento de nossos semelhantes; e d) gostamos de ver que nossas crianças crescem em um entorno seguro.

derivam de nossa arquitetura cognitiva inata e modular, traços hereditários em nosso desenvolvimento mental, em geral condicionados – ou mesmo, manipulados – pela cultura, que influem sobre os conceitos, os valores, os princípios e as decisões que se tomam e se constroem a partir deles.

Assim sendo, o “dever ser” é somente a taquigrafia de um tipo de afirmação objetiva, uma palavra que denota o que a sociedade elegeu fazer (ou foi obrigada) primeiro e depois codificou. E uma vez que entre o mundo do “ser” (a natureza hereditária) e o do “dever ser” (os códigos morais) existe um efetivo laço adaptativo que prediz o estabelecimento como normas éticas e jurídicas daquelas condutas capazes de favorecer ou promover a sobrevivência e o êxito reprodutivo, a falácia naturalista se reduz, com isso, a um “dilema naturalista”, cuja solução, que aponta o caminho para uma compreensão objetiva da origem e função do direito, não é difícil de inferir: o “*deve*” é o produto de um processo material (Wilson, 1998).

Em definitivo, a evolução criou os requisitos para a moralidade: a tendência a desenvolver normas sociais e a reforçá-las, a empatia e o altruísmo, o apoio mútuo e o sentido de justiça, os mecanismos para a resolução de conflitos, etc. A evolução também criou as necessidades e os desejos inalteráveis de nossa espécie: a necessidade das crias de ser atendidas, o desejo de prestígio social, a necessidade de pertencer a um grupo, e assim sucessivamente. A maneira como estes fatores se reúnem e dão origem à moralidade humana está mal entendida pelas teorias tradicionais e as propostas teóricas atuais acerca da evolução moral sem dúvida constituem parte da resposta.

Pois bem, o propósito deste capítulo é o de indicar os principais traços de um programa de naturalização do direito⁵⁹. Isto não significa o intento de substituir a

⁵⁹ Supomos que já se haverá advertido que não somos partidários de uma naturalização radical do conhecimento humano. Em câmbio, um naturalismo moderado nos parece exigível e algo que pode ajudar a superar o atual problema do direito. Desde nosso ponto de vista, entre ciência e direito se dá uma forte continuidade, de tal maneira que as disciplinas científicas e as disciplinas jurídicas devem ter-se em conta mutuamente. A naturalização moderada do conhecimento que ajuda ao conhecimento jurídico, como futuro ideal da filosofia e da ciência do direito, consiste precisamente em ter em conta todos os dados científicos relevantes, em especial a neurociência, a ciência cognitiva, a genética do comportamento e a psicologia, posto que são estas as disciplinas científicas que nos proporcionam um conhecimento adequado e completo da peculiaridade do ser humano, em forma de uma explicação científica da mente, do cérebro e da natureza humana. No mesmo sentido, James Q. Wilson (1993: 52), que recorre à análise da investigação científica social, mas reconhece que “*a verdade, se existe, está nos detalhes.[...] Não trato de descobrir “fatos” que provem “valores”; intento descobrir as origens evolutivas, culturais e de desenvolvimento dos hábitos morais e do sentido moral. Mas ao descobrir tais origens, suspeito que encontraremos uniformidades; e, ao revelar uniformidades, creio que podemos apreciar melhor os aspectos gerais, não arbitrários e*

condição social humana por sua condição biológica. Deixando a parte os aspectos lógico-formais da falácia naturalista — já devidamente resolvidos por Hare (1979) — o maior equívoco de uma concepção do direito afastada de nossa condição biológica como espécie é o do uso de uma teoria dualista cartesiana de *res cogitans* frente a *res extensa*, acusadamente no que se refere ao seu peculiar processo de realização prático-concreta. Por razões que vamos a abordar de imediato, carece de sentido planejar a fundamentação moral e jurídica em termos do “natural” frente ao “social”, nem do “inato” frente ao “adquirido”.

emocionalmente convincentes da natureza humana.[...] Por muito que se considere o método científico como inimigo da moral, os achados científicos proporcionam um apoio considerável para sua existência e sua força”. Wilson emprega diversos argumentos para defender sua tese acerca do sentido moral humano inato. Não somente rastreia a história da filosofia senão também a teoria da evolução, a antropologia, a criminologia, a psicologia e a sociologia. Sua conclusão é que, digam o que digam os intelectuais, existem certos instintos morais reitores de alcance universal. De fato, são tão instintivos que com frequência os passamos por alto: “Grande parte da discussão acerca da existência de traços humanos universais foi e tem sido canalizada como busca de leis e costumes estabelecidos. Mas provavelmente o mais universal são esses impulsos que, por ser tão comuns, não se formulam como regra [...]”. Entre eles destaca o fato de que todas as sociedades admitem que o assassinato e o incesto estão mal, que há que cuidar e não abandonar às crianças, que não devemos dizer mentiras nem incumprir promessas, e que devemos ser fiéis à família. Em síntese, Wilson rechaça a idéia de que a moral (e consequentemente o direito) é um mero constructo social, a idéia de que estamos obrigados a comportar-nos de certa maneira por fatores puramente externos.

2. O problema do determinismo

Aos efeitos do que aqui interessa, a tarefa mais urgente e importante seria a de poder indicar que universais éticos confluem no direito a partir da seleção natural.

Convém, antes de se entrar por estes caminhos, entender de que estamos falando, pois se corre o perigo de confundir as propostas naturalistas. Algo assim sucedeu quando a sociobiologia, desenvolvida por Edward Wilson, propôs afastar a ética da mão dos filósofos e situá-la na dos biólogos (Wilson, 1975). A obra posterior de Wilson está repleta de propostas filosóficas que se sustentam mal à luz dos conhecimentos científicos. Por exemplo, ao utilizar o comportamento altruísta dos insetos sociais como modelo para entender a moralidade humana, Wilson (1978) cometeu o erro de confundir o que é provável que não sejam senão uma homoplasia — um traço só em aparência similar, fixado por separado em duas linhagens distintas sem relação genética entre elas —, concebendo-a como uma plesiomorfia — um traço que se comparte porque o fixou um antepassado comum. Na medida em que o sistema altruísta de térmitas, formigas, vespas e abelhas está completamente determinado, cabe entender as barbaridades que se derivam de trasladar esse esquema à ética humana.

Qual é então, se há algum, o alcance da determinação genética que preside a moralidade humana?

A estas alturas é pertinente levar a cabo uma precisão na análise da conduta moral. A distinção entre motivo para atuar e critério aplicado a qualquer ação na hora de qualificá-la moralmente, é muito comum na literatura especializada anglo-saxônica (Cela Conde, 1985), mas é ignorada no âmbito filosófico-jurídico alheio a essa tradição. Cabe ignorá-la se qualquer âmago de fundamentação naturalista da moral se rechaça de antemão ao considerar-se determinista. Mas resulta tão necessário como óbvio indicar, uma vez que este suposto determinismo dista muito de ligar de maneira necessária a posse de certas características próprias da espécie e *toda* conduta relacionada com o juízo moral. Nenhum sujeito tem por que ajustar-se, à hora de comportar-se, a suas crenças acerca do bem e do mal. É de todo possível crer, por exemplo, que um indivíduo está obrigado a prestar ajuda a uma pessoa assaltada por delinquentes e, por medo às consequências, abster-se de fazê-lo.

De não ser assim, de atuar sempre em consonância com nossos critérios éticos, não existiria o remorso. Pois bem, os universais que se podem deduzir da natureza

humana se referem tanto às motivações como à estrutura do juízo moral, à maneira como se propõe o juízo ético, e não a seu conteúdo (Cela Conde, 1986; Ayala, 1987). A condição de *ser moral* implica não em seguir certas regras, senão em utilizá-las como critério ou medida para julgar condutas. Darwin (1871) utilizou o conceito ilustrado de *moral sense* para descrever esse traço humano distintivo, e nos atribuiu em exclusiva. Se bem outros animais poderiam chegar, com a evolução de suas faculdades cognitivas, a alcançá-lo, nenhum dispõe dele. Somos sentimento moral por natureza e, graças a ele, valoramos, apreciamos e levamos a cabo condutas que correspondem à posse de certos valores compartilhados. Mas não o fazemos de maneira automática.

Até aqui, poucos filósofos e juristas dispostos a discutir os termos naturalistas poderiam encontrar algum argumento para descartar a teoria darwiniana. Carece de risco, em termos de possível falácia, dizer que nossa natureza nos leva a julgar, mas não indica as pautas do juízo. Afinal, que restaria à ética se não compartisse nossa espécie a tendência a julgar os comportamentos morais? Porém há mais. Cabe sustentar que o rastreio de universais éticos (e jurídicos) não termina em nossa natureza como agentes morais. De alguma maneira, existem também universais que se referem não às motivações nesta ocasião senão aos critérios.

Seja como for, o que os neurocientistas denominam de “plasticidade” – a habilidade para mudar à luz da experiência – constitui a chave da natureza humana em todos os níveis, desde o cérebro e a mente até as sociedades e os valores morais. De fato, a grande vantagem evolutiva do ser humano radica em sua capacidade para escapar às limitações (ao “determinismo”) da evolução. E o resultado é que os seres humanos, como parte fundamental de sua capacidade evolutiva e como a parte mais profunda de sua natureza humana, estão imersos em um ciclo constante de mudança: cambiamos nosso entorno (físico, cultural, moral, jurídico...) e nosso entorno nos transforma.

3. O sentimento moral: racionalidade e o sentido da justiça

A proposta de Darwin ao aplicar à evolução humana os princípios da seleção natural inclui extensos comentários acerca do tipo de ser que esta teria modelado respeito aos instintos sociais e ao comportamento ético. As páginas do *Descent of Man* (Darwin, 1871) nos parecem hoje um tanto influenciadas pela ideologia vitoriana como, por exemplo, quando fala da condição quase pré-humana dos índios fueguinos. Convém recordar que Darwin não contou com uma teoria da herança adequada e que, mediante o mecanismo da pangênese, seguiu de perto os esquemas lamarckianos de herança dos caracteres adquiridos. De tal sorte, Darwin acreditava que um comportamento mais civilizado dos povos primitivos os converteria com o passo do tempo, por seleção natural, em seres humanos de uma natureza igual a dos britânicos. Como se vê, tampouco Darwin se livrou de um inadequado diagnóstico antropológico à hora de considerar a moralidade humana. Mas a descrição implícita que faz dos instintos sociais é adequada para situar o conteúdo naturalista do comportamento moral.

Como dissemos antes, Darwin utiliza o conceito de *moral sense*, que tem uma longa história na filosofia anglo-saxônica. Shaftesbury, Hutcheson e Hume considerarão o *moral sense* como uma força inata ligada à simpatia que leva a cada pessoa a atuar em favor de outros. O comportamento moral seria, pois, uma espécie de soma algébrica de forças gravitacionais — de inequívoca referência a Newton — graças a qual um sentimento moral centrípeto se combinaria com o instinto egoísta centrífugo para dar esse mundo de equilíbrios precários que é tanto a natureza como a sociedade humana.

Darwin poderia ser tido como o último autor dessa tradição intelectual que procede da Ilustração escocesa, mas, em sua obra, o *moral sense* adquire um caráter mais geral. No *Descent of Man* se diz que qualquer animal com bem marcados instintos sociais como podem ser os afetos paterno-filiais, “*would inevitably acquire a moral sense or conscience, as soon as its intellectual powers had become as well, or nearly as well developed, as in man.*” (Darwin, 1871: 472). Trata-se de uma questão hipotética: nenhum animal alcançou o nível das faculdades mentais humanas. Mas se o lograsse, então também adquiriria o mesmo nível de *moral sense* de que desfrutamos.

Assim que se pode descrever a idéia darwiniana acerca da condição moral da seguinte forma: afetos simpáticos, por uma parte, próprios de um animal de vida social, e umas faculdades intelectuais altas que permitem avaliar os riscos e as consequências de nossas ações. O conjunto do *moral sense*. E este permite alcançar o grau da conduta ética. É esse o fundamento naturalista da moralidade humana.

Graças ao *moral sense*, damos o caráter de atos heróicos a ações como a de salvar a vida de outra pessoa pondo em risco a nossa. No *Descent of Man* se incluem referências a atos parecidos que levam a cabo outros primatas como os babuínos. Contudo, Darwin conclui que não são atos morais porque os monos não contam com a capacidade de entender a consequência de suas ações: se comportam assim por instinto, mediante uma determinação genética forte. Mas o ser humano observa, antecipa, medita e avalia. Levamos a cabo não só condutas morais senão juízos morais das condutas alheias. Trata-se de um conjunto no qual é difícil estabelecer a fronteira entre os afetos simpáticos e os cálculos valorativos, mas é provável que, em boa medida, a evolução de nosso cérebro se deva à necessidade de levar a cabo essas complicadíssimas operações que permitem entender a relação social, o papel de cada um e a conduta que cabe esperar de cada membro do grupo. Nicholas Humphrey (1976) sustenta que outros símios como os chimpanzés contam também com esse “pensamento maquiavélico”. Some-se à avaliação ética, e temos o *moral sense*.

O comportamento moral humano, que inclui, por certo, a atribuição de liberdade, igualdade e dignidade às pessoas, tem, portanto, como componente essencial — ainda que não único — um complexo esquema de avaliação e antecipação das condutas alheias. Uma “teoria da mente”⁶⁰ dos outros.

⁶⁰ “Teoria da mente” (expressão atribuída a Premack e Woodruff, 1978) significa a capacidade de reconhecer que os outros têm mente com pensamentos e sentimentos como os nossos. Esta característica do cérebro é essencial para a estrutura social complexa que os humanos criaram. Trata-se de uma capacidade que constitui um traço notável e crucial da psicologia humana e que aparece mais ou menos a partir dos quatro anos e meio de idade (até a idade de quatro anos uma criança ainda não é capaz de distinguir entre seu próprio conhecimento do mundo e o conhecimento que outros indivíduos tem da realidade). A partir dessa idade (já que as crianças não nascem com esta capacidade mental) uma criança é capaz de reconhecer que outros indivíduos podem ter uma crença sobre o mundo distinta da sua própria: uma crença que sabe (ou, ao menos, que considera falsa); é então — afirma Dunbar, 2004 —, quando se diz que a criança adquiriu a capacidade de imaginar um mundo que não está fisicamente presente e uma “teoria da mente”: instintivamente compreende que os demais tem mentes próprias, não muito distintas do que ele experimenta como sua própria mente. O modelo de atribuição de estados mentais a outros seres para valorar suas atitudes e suas possíveis reações as nossas respostas motoras, quer dizer, a chamada teoria dos sistemas intencionais que enunciou Dennett (1979; 1987), indica que certos primatas entre os que nos encontramos — mas não

somente – alcançam estágios muito complexos de ordem intencional. Seguindo o modelo de Dennett (1987), as estratégias que mantém qualquer indivíduo pertencente a uma comunidade na qual se encontram congêneres seus – ou, em geral, qualquer indivíduo A que interaja com outro B – dependem da maneira como A considera que sua própria conduta influirá no que faça B. Os cálculos podem chegar a ser tão complicados no vaivém das expectativas como os que realiza um jogador de xadrez antecipando os movimentos. Está claro, pois, que se alguns primatas são capazes de avaliar o mundo e seu papel nele dessa maneira, as doses de “inteligência” que necessitam com respeito a essas tarefas cognitivas são notáveis. O conceito de *inteligência maquiavélica* intenta expressar o rango de processamentos cognitivos necessários para toda espécie que alcance o sistema intencional de terceira ordem proposto por Dennett, em que o indivíduo A atribuiria a aquele outro B com o qual interage a posse de uma mente o bastante complexa como para albergar desejos e crenças acerca do próprio A. De tal maneira, se supõe que A atuará da melhor maneira possível para lograr que B interprete sua conduta – a de A – da forma que A prefere. Somos agentes sociais, viria a ser a conclusão, e desejamos manipular aos outros. Ora, uma conduta desse estilo põe de manifesto alguma que outra clave interessante acerca do componente emotivo da inteligência e seu peso nos processos de tomada de decisões e das ações que levamos a cabo. Coloca-nos diante do fato, por exemplo, que já vai sendo hora de cambiar os modelos matemáticos que descrevem o comportamento humano em termos de cálculo e decisão, com o fim de introduzir neles a variável emotiva. Mas pelo momento não sabemos como fazê-lo, provavelmente porque tampouco pareça possível dizer-se que saibamos demasiado acerca da maneira como nossos cérebros relacionam sentimentos e juízos. Sem embargo, por fortuna as ciências cognitivas têm vindo a suprir essas deficiências e, pouco a pouco, começamos a entender como são os correlatos cerebrais de nossos processos cognitivos/emocionais. Note-se, por fim, que as especializações cognitivas domínio-específicas são ainda mais necessárias nesta área, não somente porque as outras mentes constituem a força de seleção mais importante à que se enfrentam os indivíduos humanos, senão ademais porque estados humanos tais como as crenças, os desejos, as intenções e as emoções não se podem observar diretamente. Para que um ser humano possa representar-se sequer uma parte dos estados mentais que geram o comportamento dos outros, deve estar dotado de sistemas inferenciais especiais, capazes de atravessar a brecha existente entre o observável e o não observável. Por exemplo, se existe uma relação fiável e duradora ao largo da evolução entre os movimentos dos músculos faciais humanos e os estados emocionais ou as intenções condutuais, então a evolução pode haver originado mecanismos especializados que permitam inferir o estado mental de uma pessoa a partir dos movimentos de seus músculos faciais (Ekman, 1973, 1984; Fridlund, 1991). Em realidade, as evidências provenientes da neurociência cognitiva indicam que realmente contamos com mecanismos especializados que nos permitem “ler” as expressões faciais de emoções (Etcoff, 1983, 1986). E isso é coerente com as novas descobertas neurocientíficas relativas ao que Gazzaniga (2005) denomina “intérprete do hemisfério esquerdo”: de que existe uma zona do hemisfério esquerdo do cérebro que fabrica nossas crenças e que intenta compreender o significado ou o modelo de nossas próprias ações ou estados anímicos, assim como o significado das ações e estados anímicos dos demais (cf. Ramachandran et al., 2006: 33-69, sobre o papel do hemisfério esquerdo como um mecanismo desenhado para criar um sistema coerente e consistente de crenças que confere estabilidade ao comportamento humano). Assim que se os seres humanos organizam sua compreensão mútua invocando o funcionamento de entidades não observáveis, tais como crenças, desejos e intenções, sem dúvida não podem fazê-lo baseando-se na pura percepção (Cosmides e Tooby, 1994). Dito de outro modo, existem evidências que sugerem que os seres humanos chegam ao mundo com uma tendência a organizar sua compreensão das ações dos demais em termos de crenças, desejos e outras entidades mentais – isto é, de que estamos desenhados e configurados para formar-nos crenças baseadas em nossas influências culturais, em nosso entorno (Gazzaniga, 2005)- , do mesmo modo que organizam padrões em um conjunto retinal de duas dimensões, supondo que o mundo é tridimensional e que os objetos são permanentes, integrados e sólidos: as pessoas que pertencem a culturas diferentes desenvolvem sua psicologia de sentido comum

Como recorda Pinker (2002), todo mundo tem uma teoria sobre a natureza humana. Todos nos afanamos em prever o comportamento dos demais, o que significa que todos necessitamos umas teorias sobre o que é o que move as pessoas a adotar determinadas condutas⁶¹. Trata-se da perspectiva dos “sistemas intencionais” que

(“folk psychology”) de modos diferentes, mas a maquinaria cerebral que guia o desenvolvimento desta classe de noções seria a mesma e daria origem a muitas representações semelhantes. Resumindo, esta “teoria do espírito” de que nos fala Cyrulnik (2006), não surge de uma vez, senão que se desenvolve progressivamente em virtude de transações incessantes entre a criança e seu meio; são essas interações que permitem a uma criança compreender, com o passo do tempo, a reciprocidade de pensamento: “Sei que sabes e sei que tu sabes que eu sei”. Ela passa assim a compreender que cada um dos demais responde a um mundo de crenças, de intenções e de desejos que lhe é próprio. E o fato de que o outro resulte, pois, separado de si mesmo permite que a empatia (nossa aptidão emocional para deixar-nos modificar pelo mundo de outro, a quem de alguma forma nos sentimos apegado – e que se desenvolve muito cedo no ser humano, que mostra correlatos neuronais e fisiológicos, assim como um substrato genético, extremamente importantes (de Waal, 2006, que apresenta uma magnífica teoria acerca da empatia cognitiva), e que constitui o ponto de partida, a base cognitiva da moral humana) estabeleça uma “passarela intersubjetiva” sem a qual estaríamos escindidos dos demais. Para entender o mundo, portanto, não basta com perceber o que é, também há que adivinhar constantemente o que passa no invisível mundo mental dos demais, proeza intelectual que depende tanto do desenvolvimento neurológico do indivíduo como das pressões do meio que lhe rodeia. Em outras palavras, tomar em consideração a perspectiva do próximo é uma tarefa na qual participa todo o sistema nervoso, cujos circuitos se têm formado nas primeiras interações da vida, e esse sistema se ativa em virtude da presença de outra pessoa com a qual se deseja manter uma relação de encontro - note-se, sem embargo, que em um estudo (de TEP-scan cerebral feito a um grupo de pessoas normais) levado a cabo pelas psicólogas Uta Frith e Francesca Happé (1989, 1991, 2003) em colaboração com outros investigadores do Departamento de Neurologia Cognitiva de Wellcome, os scanners do cérebro demonstraram que os sujeitos normais usavam regiões separadas do cérebro para pensar nas respostas a uma pergunta que exigia avaliação do estado mental de outra pessoa e outra que não tinha esse tipo de exigência: no primeiro caso (de avaliação do estado mental de outra pessoa) se ativava um ponto do córtex pré-frontal esquerdo medial, sendo que o mesmo não passava quando os sujeitos pensavam em uma resposta para o segundo caso (e o mesmo ocorre nos sujeitos com síndrome de Asperger). Por certo que a área pré-frontal ativada durante o experimento que requeria “teoria da mente” tem um amplo rango de conexões com muitas outras áreas do cérebro - em especial com aquelas necessárias para recuperar informação armazenada, memórias pessoais para poder “ler entre linhas”, ou para “ver através” da aparência visível, capacidades que estão em estreita relação com a “teoria da mente” (Carter, 2002) – cujo conceito, curiosamente, tem suas origens nas investigações com primatas (Premack e Woodruff, 1978). Para um estudo (baseado em uma extensa e rica recompilação bibliográfica) acerca da origem e evolução, assim como das áreas cerebrais (de ativação) associadas à resolução de tarefas relacionadas com a teoria da mente (cujo componente fundamental é a expressão e comunicação de emoções), defendendo ademais a existência de um sistema cognitivo modular inato, autônomo, específico e organizado hierarquicamente (comparável a outros módulos como o linguístico) e que evoluiu por pressões da seleção natural ante o ambiente social -, cf. Obiols e Pousa (*in* Sanjuán e Cela Conde, 2005).

⁶¹ Uma teoria tácita da natureza humana – segundo a qual o comportamento é causado por pensamentos e emoções dos causantes da conduta- é ínsita ao modo como concebemos a pessoa. Damos corpo a esta teoria analisando nossa mente e supondo que nossos semelhantes são como nós, assim como observando o comportamento das pessoas e formulando

propôs Dennett (1971), segundo a qual os humanos somos considerados como sujeitos intencionais de terceira ordem: contamos com uma teoria da mente do outro na qual se inclui o fato de que esse outro sujeito também tem uma teoria de minha própria mente, e sabe que eu a tenho respeito dele. Assim, as ações encaminhadas a alcançar meus desejos na vida social se ajustarão ao que minha teoria da mente do companheiro ou do competidor inclui acerca da mente alheia. É uma situação parecida a de um jogo de xadrez em que meu adversário me oferece um peão, um sacrifício em principio absurdo que irá beneficiar-me. Por que o faz? Beneficia-me em realidade ou se trata de que eu creia que me beneficia quando irá a prejudicar-me? Ainda que exista a possibilidade de que me beneficie, o outro intenta que eu suspeite que não é assim e recuse o peão... A cadeia do “eu creio - que tu crês -que eu creio - que tu crês” pode estender-se indefinidamente. Os melhores jogadores de xadrez são os que, já seja por intuição o por reflexão, podem levá-la mais longe.

A teoria da mente do outro é uma teoria tácita da natureza humana, que procede da experiência que temos acerca de nós mesmos⁶². Vejamos em que consiste pelo que se refere à avaliação das ações alheias.

generalizações. Ademais, também absorvemos outras idéias de nosso ambiente intelectual: da experiência dos expertos e da sabedoria convencional do momento. Nossa teoria sobre a natureza humana é a fonte de grande parte do que ocorre em nossa vida. A ela nos remetimos quando queremos convencer ou ameaçar, informar ou enganar. Aconselha-nos sobre como manter vivo nosso matrimônio, educar aos filhos e controlar nossa própria conduta. Seus supostos sobre a aprendizagem condicionam nossa política educativa; seus supostos sobre a motivação dirigem as políticas sobre economia, justiça e delinquência. E dado que delimita aquilo que as pessoas podem alcançar facilmente, aquilo que podem conseguir somente com sacrifício ou sofrimento, e aquilo que não podem obter de modo algum, afeta a nossos valores: aquilo pelo que pensamos que podemos lutar razoavelmente como indivíduos e como sociedade. As teorias opostas da natureza humana se entrelaçam em diferentes maneiras de viver e em diferentes sistemas políticos, e tem sido causa de grandes conflitos ao longo da história (Pinker, 2002). Para uma introdução histórica acerca das concepções da natureza humana, a importância da idéia de natureza humana para o indivíduo e a forma como afeta de maneira profunda o tipo de sociedade em que vivemos e em que nos gostaria viver, cf.: Trigg, 2001, Stevenson e Haberman, 1998.

⁶² A neurociência começa a desentranhar, ademais da intencionalidade (termo utilizado para referir-se à classe de estados mentais que experimentamos quando somos conscientes de ter algum tipo de crença, desejo ou intenção, isto é, com o fato de ser consciente dos conteúdos da própria mente), a responsabilidade, a culpabilidade e um longo rol de conceitos arrancados da psicologia e da filosofia, as áreas do cérebro que se ativa durante as relações sociais humanas e pouco a pouco se adentram em conhecer como se elabora a empatia, que descansa fundamentalmente sobre as emoções que, claramente, desempenham um papel básico e essencial em toda interação social. A relação social humana é um fato extraordinariamente complexo que implica na atividade de uma multitude de processos no cérebro. Entre eles se encontra a percepção das intenções dos outros, seus estados mentais e, por suposto, a percepção do estado emocional dos outros e de si mesmo. De fato, para participar em interações sociais que sejam positivas, um indivíduo deve reconhecer que os outros não

Trata-se de um conjunto no qual intervêm desejos, crenças e ações. Atribuímos aos demais um comportamento que obedece aos objetivos que mantêm — os desejos

somente tem suas próprias experiências e intenções senão que também um motivo último para essa interação social. A capacidade que uma pessoa tem para intuir ou representar em seu próprio cérebro ou em sua mente a perspectiva psicológica que tem a outra pessoa é o que lhe permite prever a conduta dos demais (Amodio et al., 2006). Efetivamente, a capacidade que tem os seres humanos de imaginar, compreender ou intuir o que os outros estão pensando e adiantar com isso quais são suas intenções e seus estados emocional e mental é, sem dúvida, fundamental para toda e qualquer interação social. É o que se conhece como teoria da mente – ou, como prefere Dennett (p.e., 2006), um sistema ou postura intencional. Estas capacidades são as que permitem prejulgar (pré-compreender) como podem reacionar os demais em resposta a uma determinada ação nossa e poder prever com isso as consequências de nossas ações. Em nossa experiência do mundo, ele está cheio não apenas de corpos humanos em movimento, mas de lembradores e esquecedores, pensadores e esperançosos, vilões e bobos, quebradores de promessas e ameaçadores, aliados e inimigos (Dennett, 2006). Segundo Baron-Cohen (1997: 123), *“el niño típico nace con un conjunto de mecanismos incorporado para darle una ventaja inicial en la lectura de mentes. Sería improbable que tuviera éxito dejar una capacidad tan importante solamente al aprendizaje y la experiencia, y es demasiado arriesgado dejarla al albur del ambiente temprano ya que la lectura de mentes hace mucho más fácil el desarrollo psicológico y tal vez incluso ayude a la supervivencia. Así pues, opino que hay cuatro mecanismos innatos, incorporados: EDD (el Detector de Dirección de la Mirada), que orienta al niño a mirar a los rostros y en especial a los ojos, a fijarse en adónde está mirando otra persona; ID (el Detector de Intencionalidad), que inclina al niño a interpretar el movimiento autopropulsado o animado como dirigido a un fin; SAM (el Mecanismo de Atención Compartida), que impulsa al niño a comprobar si él/la y otra persona están prestando atención al mismo suceso u objeto; y por fin ToMM (el Mecanismo de Teoría de la Mente), que le permite pensar sobre los estados mentales de otra persona (sus pensamientos, creencias, conocimientos, deseos, percepciones y emociones). Estos mecanismos de lectura mental son parte de lo que llamamos empatía, es el impulso de imaginar los pensamientos y sentimientos de otro y de responder a ellos con una emoción adecuada. Representan la parte 'cognitiva' de la empatía. La empatía es más amplia, pues tiene también una parte 'afectiva' (el sistema que responde a los sentimientos ajenos). Pero como el Mecanismo de Adquisición del Lenguaje de Chomsky, estos mecanismos de lectura mental son innatos sólo en parte. Necesitan estímulo ambiental para desarrollarse y funcionar, pero la idea de que están sometidos también a algo de influencia genética nos ayuda a entender por qué los niños con autismo pueden no desarrollar estas capacidades de la misma manera”*. Com efeito, aqueles seres humanos que acham difícil perceber o mundo dessa perspectiva – os que sofrem de autismo são a categoria mais bem estudada – têm uma incapacidade mais significativa que os que nasceram cegos ou surdos (Baron-Cohen, 1995; Dunbar, 2004). De fato, a falta de teoria da mente tem devastadoras implicações na capacidade individual de um autista para o manejo das relações sociais. Simplesmente, não compreendem como utilizar e interpretar as sutilezas dos discursos sociais da vida cotidiana. Inclusive na vida adulta seguem cometendo erros e lhes resulta difícil manter relações através dos sutis acordos recíprocos que a maioria de nós utiliza sem nenhum esforço aparente: não aprendem a interpretar as intenções dos demais (seu conteúdo mental) em função da apreciação intuitiva que temos para dar-nos conta das pistas contextuais apropriadas e também, sem dúvida, de certa quantidade de deduções acertadas (Dunbar, 2004). E porque, por vezes, incorremos no mesmo tipo de comportamento em nossa vida real, Baron-Cohen (1997) argumenta que, em realidade, o autismo é uma síndrome normal dos machos de nossa espécie, levado ao extremo em uns poucos indivíduos desafortunados, mas subjacente sob a superfície da estrutura mental de todos eles. Por fim, estudos recentes parecem indicar que um circuito entre o córtex orbitofrontal (particularmente as áreas 9 e 10 de Brodmann), a amígdala e o sulco temporal são básicos para a elaboração dessas funções. (Winston et. al., 2002).

— e à visão do mundo de que dispõem — as crenças — para deduzir as ações que cabe prever que levarão a cabo. Como já mostrou Doménech (2002), no sistema de qualquer dos três componentes — desejos, crenças e ações — pode ser deduzido em função dos outros dois. Se conhecemos (ou intuímos) os desejos de alguém e suas crenças, estamos em condiciones de predizer sua conduta. Mas se contemplamos sua conduta, e sabemos suas crenças, deduziremos quais são seus objetivos; assim em todos os casos. É certo que para que a equação funcione é preciso dar por garantida uma condição especial da natureza humana: em que medida estamos dispostos a alcançar o que são nossos desejos. A idéia central da teoria darwiniana da seleção natural estabelece que cada organismo maximiza seus interesses próprios — identificados neste caso com a obtenção da progênie. Pois bem, o comportamento altruísta parece escapar a essa regra. Quem atua em benefício de outro emprega seus recursos para favorecer a adaptação alheia, não a própria. Como foi possível fixar-se por seleção natural um comportamento assim?

Nem Darwin nem os neodarwinistas puderam explicá-lo. A sociobiologia logrou fazê-lo através de modelos como os da seleção de grupo (Wynne-Edwards, 1962) e de parentesco (Hamilton, 1964). É duvidosa a aplicação destes modelos ao caso humano (Cela-Conde & Ayala, 2004), mas ao que nos referíamos é a maneira particular de como os membros de nossa espécie satisfazem seus desejos. Mediante uma maximização dos interesses pessoais?

É este o terreno em que aparece a conexão mais profunda entre natureza humana e comportamento moral, essa mesma que buscamos para oferecer uma fundamentação naturalista da moral e do direito. Por exemplo, se nos remontamos como fazíamos antes, à época grega, os humanos também se atribuíam a condição de seres racionais. Somos, pois, preferidores racionais, dispostos a maximizar nossos interesses de acordo com nossas crenças.

Ademais, a teoria dos jogos, a neurociência cognitiva e a primatologia nos têm proporcionado já os primeiros indícios acerca de se essa idéia da natureza humana como própria de um preferidor racional é acertada. A intuição acerca de nosso comportamento racional há fundamentado boa parte dos estudos tanto científicos como humanísticos acerca do ser humano, incluindo a maior parte da economia neoclássica. Mas fenômenos como o do castigo altruísta põe em dúvida a premissa de nossa racionalidade perfeita.

O castigo altruísta (Fehr & Gächter, 2002) é um comportamento no qual um sujeito A, ao ver como outro B se salta as regras da convivência, está disposto a pôr algo de sua parte com tal de que o transgressor B seja castigado pese a que seu “delito” não afete A de maneira pessoal. O castigador altruísta não recebe nenhum benefício mais sim sofre uma perda — de bens ou de qualquer outro tipo —, assim que uma maximização de seus interesses impediria que aceitasse tal perda. A teoria dos jogos já estudou a fundo os possíveis modelos de castigo altruísta — mediante o jogo do ultimatum, por exemplo. Mas também sabemos algo acerca da maneira como outros primatas se comportam neste domínio. Os monos capuchinos são, igual que os humano, castigadores altruístas (Brosnan & De Waal, 2003). Os chimpanzés, não; se comportam como preferidores racionais (Jensen, Call, & Tomasello, 2007) ⁶³.

Isso significa ao menos duas coisas. A primeira, que nosso grupo irmão, a linhagem animal mais próximo evolutivamente aos seres humanos, difere neste aspecto. A segunda, que não sabemos qual pôde haver sido o traço fixado antes. Ou bem a linhagem comum a capuchinos + chimpanzés + humanos tem como traço primitivo o castigo altruísta, com os chimpanzés desenvolvendo uma apomorfia de preferência racional, ou bem o traço primitivo é esta racionalidade firme, com o que os comportamentos de castigo altruísta de capuchinos e humanos são homoplasias, traços fixados de maneira independente.

⁶³ Note-se, neste particular, que já se encontraram algumas evidências etológicas no sentido de que o castigo retributivo se acha inserto no mais profundo de nosso desenvolvimento evolutivo (Brosnan e De Wall, 2003; Fehr *et al.*, 2002). Uma hipótese plausível sustenta que o retributivismo foi uma ferramenta útil para a manutenção da ordem social durante a evolução, com o que certos mecanismos psicológicos que o sustentam puderam haver sido fixados no transcurso da mesma (Clark, 2003). Por outro lado, Robin Dunbar (1996, 1997 e 2004) chegou a conclusões semelhantes: descobriu uma correlação direta nos primatas sociais entre o tamanho do neocórtex (a parte do cérebro que pensa) e o tamanho dos grupos, típico daquela espécie. Dunbar deduziu que o poder intelectual evoluiu em função das exigências da vida social: a sofisticação cognitiva de nossos ancestrais primatas interagiu com o tamanho crescente dos grupos e produziu uma forte pressão seletiva que acelerou o crescimento do cérebro e a conseqüente sofisticação da mente humana. Em resumo, teríamos aqui a resposta de que as vantagens dos cérebros residem nas atividades sociais (na complexidade das relações sociais) e que quanto maior for o grupo social, maiores serão os benefícios conferidos pela evolução do cérebro e mais fortes serão as pressões seletivas para essa evolução. Dito de outro modo, é a sociabilidade que impulsiona a evolução da inteligência e, conseqüentemente, do tamanho do cérebro ou, nas palavras de Humphrey (1976): as faculdades intelectuais superiores dos primatas evoluíram como uma adaptação às complexidades da vida social; a função do intelecto é, portanto, resolver problemas sociais (Foley, 2003). Seja como for, tudo leva a crer que um verdadeiro sentido moral não parece haver existido até que a evolução do córtex pré frontal permitiu a explosão cultural do *Homo sapiens sapiens* há mais de 30.000 anos, no Paleolítico superior.

A diferença é importante porque, da mão do castigo altruísta, o que aparece em realidade é o sentido da justiça. Se estivermos dispostos a sacrificar uma parte de nosso patrimônio com tal de que a equidade se imponha, isso significa que nossos instintos sociais contêm essa particular maneira de sentir-nos bem. É este sentido da justiça o que subjaz a idéia de John Rawls (1978) acerca da capacidade para lograr compromissos por meio do véo da ignorância, propondo em termos de justiça universal e não de interesses particulares as regras do jogo. Perspectiva como esta constitui apenas um exemplo, ainda que parcial, das possibilidades que brinda a naturalização dos valores humanos.

Como se vê, parece bastante provável que, a estas alturas, a idéia antropológica do que é um ser humano já tenha alcançado uma universalidade superior à grega clássica, à escolástica e à ilustrada. Do que resulta que a aposta menos arriscada consiste em basear-se no conhecimento científico, nas evidências que se vão obtendo desde o funcionamento do cérebro humano, para limitar e definir a natureza humana e, na mesma medida, rechaçar toda e qualquer forma de cepticismo. Aliás, diga-se de passo, aqui reside o principal atrativo da ética evolucionista, que não somente oferece um fundamento unificador para a ética, senão que com ele proporciona uma poderosa réplica ao cepticismo moral.

Em efeito, desde um ponto de vista evolucionista, é tentador ver as principais teorias éticas normativas – a ética aristotélica da virtude, o egoísmo psicológico de Hobbes, o utilitarismo de Bentham e Mill, as deontologias de Kant e de Ross, o véo de ignorância de Rawls, e inclusive, mais recentemente, a ética meio ambiental e a ética feminista – mais ou menos do mesmo modo em que John Hick (1985) vê as principais religiões do mundo: cada uma das principais religiões do mundo é como um indiano cego na parábola budista dos cegos e o elefante, na qual cada um dos indianos cegos toca e descreve uma parte diferente do corpo de um elefante e cada um deles confunde a parte com o todo. (Stamos, 2009: 258)

E uma vez que os humanos e as instituições morais humanas evoluíram durante milhões de anos na complexa dinâmica grupal dos caçadores-coletores, pode muito bem ser que cada uma das principais teorias normativas seja como um desses indianos cegos que descrevem e atribuem uma realidade completa a somente uma parte do todo da ética normativa tal como evoluiu nos humanos. De tal modo, ignorar ou rechaçar as justificações naturalistas da ética é, sem mais, um risco que não podemos permitir-nos, para não dizer um disparate.

4. Raízes evolutivas da capacidade ética: o instinto moral

A idéia de moral fundada em uma teoria forte da natureza humana leva-nos a adotar como premissa um modelo de direito sustentado, entre outras coisas, em uma moral de respeito mútuo. Somos nós mesmos os que outorgamos direitos morais a todo homem, por mais que busquemos seus fundamentos em instâncias transcendentais ao ser humano. Como explica Zagrebelsky (2006:41): “*Una persona es tal a través de las demás personas. No se la concibe en los términos de “existo, luego tengo derechos y pretenciones”, sino como yo soy un ser humano porque formo parte de un círculo de personas que se reconocen recíprocamente el valor de tales, no están amenazadas por la recíproca competencia y tienen una justa estima de sí mismas*”. Não existem, pois, direitos que não sejam outorgados para resolver problemas adaptativos relacionados com nossa existência.

A ética, portanto, é um atributo humano universal. Os homens têm valores morais, quer dizer, aceitam normas por meio das quais podem decidir se sua conduta é boa ou má, reta ou não, moral ou imoral, lícita ou ilícita. Os sistemas de normas morais variam de um indivíduo a outro, de uma cultura a outra, mas em todas as culturas os homens formam juízos de valor moral⁶⁴.

⁶⁴ Para os efeitos desta tese, entendemos que a moralidade tem que ver, principalmente, com “*como*” nossas atitudes e ações devem ter em conta as necessidades, desejos e direitos dos demais. Naturalmente, como recorda Frankfurt (2004: 18; 2006), há outras formas de construir o objeto da moralidade. Sem embargo, defini-la como algo que tem que ver com nossas relações com os demais, e não tanto ao modo aristotélico, como algo relacionado com a realização de nossa natureza essencial, tem a vantagem de por em primeiro plano o que muitas pessoas consideram o assunto mais profundo e difícil com o que tem que enfrentar-se a teoria moral, e que é a aparentemente ineludível possibilidade de conflito entre as exigências da moralidade e as do próprio interesse. Portanto, admitimos que a moral designa o campo do permitido e o proibido e, por outra parte, o sentimento de obrigação do sujeito com relação a elas. Nesse sentido, o domínio da moral abarca especialmente aquelas ações que implicam o interesse ou o bem de pessoas diferentes do agente, requerendo a existência de normas e de um sujeito responsável de seus atos. O moral não constitui um fenômeno unitário, senão que se decompõe em diferentes dimensões, entre as quais cabe destacar: i) os valores ou normas morais, que permitem uma classificação explícita e racional das coisas como moralmente aceitáveis ou não e ii) as emoções morais, quer dizer, emoções tais como a culpa, vergonha ou orgulho, ligadas ao interesse ou bem estar de outros indivíduos ou da sociedade como um todo. Recorde-se que à neurociência da moral estuda as bases neurobiológicas da moralidade mediante: i) estudos neuropsicológicos que abordam as alterações das condutas morais em indivíduos que apresentam lesões cerebrais e ii) estudos em neuroimagem funcional que mostram as regiões cerebrais que se ativam durante a realização de tarefas experimentais que envolvem as capacidades e/ou os juízos morais. Particularmente dentro do campo da neuroética, já vimos, tem grande importância o estudo de como os avanços em neurociência,

O caráter universal da capacidade ética sugere que seu fundamento está na natureza humana mesma e, por isso, que é um produto da evolução biológica. Sem embargo, seu caráter específico, quer dizer, o fato de que se trate de um atributo exclusivo da humanidade, sugere que a capacidade ética apareceu muito recentemente no curso da evolução, posteriormente em qualquer caso à separação das linhagens evolutivas que levam, uma ao homem e as outras aos monos antropóides.

Até que ponto pode dizer-se que a ética é um atributo natural, determinado pela constituição genética e neuronal dos seres humanos? Os pontos de vista diferem de uns autores a outros: para uns, os valores éticos são naturais, enquanto eu, segundo outros, os valores éticos ou estão estabelecidos pela sociedade humana com o fim de facilitar a convivência social ou se derivam das crenças religiosas. Quando se analisa o problema de se a ética está determinada pela natureza biológica humana, a questão a discutir pode ser uma ou outra das duas seguintes: (1) Está a capacidade ética dos seres humanos determinada por sua natureza biológica? (2) Estão os sistemas ou códigos de normas éticas determinados pela natureza biológica humana?⁶⁵

A noção de que os homens são "seres éticos" por natureza não é nova: Aristóteles e outros filósofos da Grécia e Roma clássica, ao igual que Sto. Tomás de Aquino e outros filósofos escolásticos, mantinham que a capacidade ética é natural, está enraizada na natureza humana; o homem não é somente *Homo sapiens*, senão também *Homo moralis*. Mas a evolução biológica acrescenta uma nova dimensão ao problema: aporta-nos uma nova perspectiva desde a qual se pode considerar a questão. A evolução biológica é um processo gradual: quando e como surge a capacidade ética na evolução e por que se dá nos seres humanos, mas não em outros animais?

em particular os conhecimentos sobre as bases neurobiológicas da consciência, a personalidade e a conduta, afetam nossa concepção do homem e das relações sociais. Um dos desenvolvimentos científicos com maiores implicações para a neuroética são os avanços na compreensão dos comportamentos morais, conhecimentos que permitem, por exemplo, tomar melhores decisões no momento de julgar e penalizar os humanos por suas condutas.

⁶⁵ Ao pensar a moral como resultante da evolução neurobiológica, surgem interrogantes sobre a diversidade cultural das normas morais, como por exemplo: como explicamos que um comportamento geneticamente determinado apresente uma importante variabilidade na espécie humana? Aplicando ao campo da moral os conceitos sobre a linguagem postulados por Noam Chomsky, se há sugerido 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 indivíduo. 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. (por exemplo, Hauser, 2009). Voltaremos a esta questão mais adiante.

T.H. Huxley mantinha a idéia de que o sentido ético surge no contexto social por meio da imitação e do desejo de aprovação e de evitar o ser rechaçado pelos demais. Tal desenvolvimento não somente é independente da evolução orgânica, senão que ademais se opõe a tal processo. Pelo contrário, J.S. Huxley nega que se dê tal oposição entre a evolução biológica e o sentido moral, e mantém que a capacidade ética é o produto da evolução e, ademais, contribui ao progresso evolutivo da humanidade. Waddington escreveu que “a função da capacidade ética é precisamente a de fazer possível o progresso da evolução humana, um progresso que na atualidade ocorre principalmente na esfera social e psicológica”. Dobzhansky argüi que a capacidade ética está baseada na constituição biológica do homem e é um resultado natural do processo da evolução, mas nega que sua função seja especialmente a contribuir ao progresso evolutivo.

Parece que a questão de se a capacidade ética está determinada pela natureza biológica, quer dizer, de se a própria constituição genética dos seres humanos faz necessário que estes emitam juízos morais, deve resolver-se de maneira afirmativa. Os homens são seres éticos e possuem capacidade ética e comportamento moral (e jurídico- normativo) como um atributo natural do cérebro humano - portanto, como um produto mais da evolução biológica – porque sua natureza biológica determina a presença (no ser humano) de três condições necessárias e, em conjunto, suficientes para que dita capacidade e/ou comportamento se produza: i) a capacidade de prever e antecipar as consequências das ações; ii) a capacidade de formular juízos de valor, quer dizer, de avaliar ações (ou os objetos) como bons ou maus, desejáveis ou indesejáveis e; iii) a capacidade de eleger entre modos alternativos de ação. Vejamos em que consistem essas faculdades.

A capacidade de prever as consequências das ações, é talvez, a mais fundamental das três condições requeridas para que possa dar-se o comportamento ético. Tal capacidade está estritamente relacionada com a de estabelecer a conexão entre o meio e o fim, quer dizer, de ver ao meio precisamente como meio, como algo que serve a um fim ou propósito determinado. A possibilidade de estabelecer a conexão entre meios e fins requer a capacidade de imaginar o futuro e de formar imagens mentais de realidades não presentes em um momento dado ou ainda inexistente.

A possibilidade de estabelecer a conexão entre meios e fins é, de fato, a capacidade intelectual fundamental que tornou possível o desenvolvimento da

tecnologia e a cultura humana. As raízes evolutivas de tal capacidade estão no aparecimento da posição bípede, que transformou as extremidades anteriores de órgãos de locomoção em órgãos de manipulação. As mãos puderam então servir para a construção e uso de objetos utilizáveis para a caça e outras atividades que aumentavam a probabilidade de sobrevivência e reprodução. A seleção natural favoreceu o aumento da capacidade intelectual de nossos antepassados, pois que esta fazia possível a construção de utensílios, que eram adaptativamente vantajosos para seus possuidores. A capacidade de antecipar o futuro, necessária para a existência do comportamento ético, está, pois, intimamente associada com a evolução da habilidade de construir utensílios, cujo resultado é a avançada tecnologia da humanidade moderna, e é responsável do êxito da humanidade como espécie biológica.

A segunda e a terceira das condições necessárias para que se dê o comportamento ético, quer dizer, a capacidade de fazer juízos de valor e de eleger entre modos alternativos de ação, estão também fundamentadas na enorme capacidade intelectual dos seres humanos. A faculdade de formar juízos de valor depende da capacidade de abstração, de ver objetos ou ações determinados como membros de classes gerais, o qual torna possível a comparação entre objetos e ações diversos e perceber uns como mais desejáveis que outros. Tal capacidade de abstração requer uma inteligência desenvolvida, como parece ocorrer nos seres humanos e somente neles. Enquanto a capacidade de eleger entre modos alternativos de ação, vemos de novo que está baseada em uma inteligência avançada que torna possível a exploração de alternativas dispersas e a eleição de umas ou outras em função das conseqüências antecipadas.

Em conclusão, a capacidade de comportamento ético é um atributo da constituição biológica humana e, por isso, resultante da evolução, não porque tal capacidade fora diretamente promovida pela seleção natural por ser adaptativa em si mesma, senão porque se deriva de uma capacidade intelectual avançada. É o desenvolvimento da capacidade intelectual o que foi diretamente impulsionado pela seleção natural, posto que a construção e o uso de utensílios contribuem ao êxito biológico da humanidade (Cela Conde e Ayala, 2007).

Assim que, se é certa a afirmação de que o processo de seleção natural não especificou nossas normas e valores morais, não menos correta é a constatação de que nos há dotado de uma estrutura neuronal psicológica capaz de desenvolver determinadas faculdades/capacidades para desenvolvê-las, uma bússola interna (um

instinto moral) que tenha em conta tanto nossos próprios interesses como as necessidades, desejos e crenças dos demais, de categorizar a conduta humana (própria e alheia) objetos e indivíduos em termos de valor (de favorável ou desfavorável, de bom ou mal) e de transmitir, de forma acumulativa e renovada, esta categorização valorativa (a informação sobre o valor, positivo ou negativo, de condutas, objetos e indivíduos) através da aprovação ou rechaço social.

Dito de outro modo, a capacidade para categorizar valorativamente a conduta própria e alheia e encerrar-se em um intercâmbio de juízos de aprovação e de reprovação até constituir uma nova fonte de emoções de prazer e desagrado (que sentimos ao colocar à prova uma conduta e as que sentimos ante a aceitação ou o rechaço social da mesma) constitui um bom exemplo de como nossa constituição psicobiológica condiciona e restringe o desenvolvimento cultural, funcionando como condição de possibilidade da massiva produção cultural de nossa espécie, e, ao mesmo tempo, de sua (relativa) independência material com relação às nossas condições biológicas.

A dupla ação natureza/cultura produziu, durante o largo curso de nosso processo evolutivo, algumas estratégias e mecanismos desenhados com a intenção de que servissem para resolver determinados problemas adaptativos a eles associados. Se o propósito se alcança, assumimos e dizemos que tais mecanismos têm *valor* (que são *bons*) e, como tal, que são capazes de ir acumulando “tradições” que, não obstante em processo contínuo de renovação (da evolução acumulativa e renovada da cultura pelo efeito “*ratchet*”, de que nos fala Tomasello, 1993 e 1999), se transmitem de geração em geração mediante atuações individuais de pessoas influenciadas por esse triplo conjunto de elementos procedentes da natureza, da cultura e da história, tanto recente como remota, da humanidade.

De fato, a característica da cultura humana que a torna tão central na vida humana é o seu potencial acumulativo: os seres humanos modernos desenvolveram a capacidade de “identificar-se” (de ver os “outros”) como membros de sua própria espécie, conduzindo a um entendimento recíproco como seres intencionais; esta nova classe de entendimento social favoreceu o aparecimento de novas formas simbólicas de interação social que, por sua vez, conduziu à produção gradual de novos artefatos culturais cada vez mais complexos, acumulando modificações ao longo do tempo histórico e em um grau que não é encontrado em outra espécie.

Nas palavras de Edgar Morin (2000): a cultura, que não está assimilada de forma hereditária, aparece e se transmite por aprendizagem. A cultura não somente nasce no marco de um processo natural senão que adquire uma relativa autonomia, o que vai a propiciar o desenvolvimento da humanidade: já na última etapa, a do *Homo sapiens*, havia um acervo cultural propício para a eclosão de um grande cérebro, esse grande cérebro que supera desde qualquer ponto de vista ao do *Homo erectus*. Se a cultura é o resultado de uma evolução natural, o último estágio desta evolução não podia dar-se sem que existisse a cultura. Já não falamos simplesmente de corte epistemológico senão também de soldadura ontológica. Significa dizer que inclusive o ato de filosofar não pode perder de vista sua origem animal, e que aí, nessa simbiose, reside o característico da “natureza humana”⁶⁶.

A mente se inscreve no cérebro, que é o mais sofisticado órgão animal. Nenhuma construção cultural pode desconectar-se de sua raiz, e esta raiz é tão “espiritual” como “material”, tão cultural como animal. Nossas valorações e condutas morais não são somente produto da história cultural, senão que também se encontram codificadas de alguma forma em nossas mentes e na substância biológica da qual esta surge, evolucionada por seleção natural: nosso cérebro. Se couber falar de um “animal ético” é porque as condutas altruístas e cooperadoras, como resultado de estratégias evolutivas filtradas pela seleção natural, possuem um alto valor adaptativo e de sobrevivência. Seja como for, o certo é que, desde uma perspectiva mais científica que humanista, filosofamos depois de Darwin: descendemos daqueles primeiros símios que começaram a andar sobre duas patas.

Somos essencialmente animais. Animais falantes ou animais valorativos, mas animais ao fim.

⁶⁶ O própria idéia de “tempo”, que durante um largo período se acreditou ser uma noção filosófica, agora descobrimos que talvez seja um conceito biológico; os neurobiólogos nos explicam que quando se produz um corte do córtex pré-frontal ou uma alteração dos tubérculos mamilares, os sujeitos passam a perceber somente o presente, vivem em uma sucessão de presentes: deixa de haver, nessas zonas cerebrais, conexões com a memória e possibilidade de antecipação. Assim entendido, o tempo parece ser um conjunto de componentes que o cérebro intenta agrupar de uma determinada maneira em função de nossas supostas necessidades. Os percalços fortes, tanto de origem fisiológico como psicológico, afloram uma gama de emoções e intensidades maiores que um acontecimento normal. O cérebro proporciona então o sentimento – igual quando se vislumbra a possibilidade de um acidente mortal – de que o tempo passa a câmara lenta; se trata, depois de tudo, de uma prova adicional de até que ponto a realidade é uma construção cerebral, por muito que custe admiti-lo às pessoas acostumadas a outros dogmas herdados.

5. Efeitos do paradigma evolucionista para a moral e o direito

As considerações acima articuladas parecem ajudar a compreender o fenômeno presente da moralidade e juridicidade humana sem desligá-lo de suas origens e, sobretudo, sem hipostasiá-lo como o elemento essencial de nossa descontinuidade com o mundo animal. Em realidade, parece razoável admitir que nossas valorações são, em boa medida, o resultado de dois domínios em permanente estado de interação: um conjunto de determinações genéticas que nos estimulam a manter atitudes morais (altruístas), a avaliar e preferir, e que pertence ao genoma comum de nossa espécie; e um conjunto de valores morais do grupo que é uma construção cultural, e esta construção (e sua respectiva transmissão) é historicamente fixada em cada sociedade e em cada época.

Dessa interação resulta que nossas valorações parecem permeadas por nossas tendências inatas dirigidas a determinadas condutas, pois é a gama caracteristicamente humana de emoções que produz os propósitos, metas, objetivos, vontades, necessidades, desejos, medos e aversões do homem, sendo, portanto, a verdadeira fonte dos valores humanos. E isto é importante ter em boa conta porque as valorações morais e jurídicas compartilhadas são as que seguirão tendo êxito no futuro; e convém aproveitar o melhor delas para adequar os preceitos éticos e normativos a sua sólida realidade se queremos que funcionem, mais do que extrair-lhes de voláteis e contingentes utopias.

A seleção natural desenhou e modelou nosso cérebro com o resultado de que nos importam mais umas coisas e menos outras. Nossa arquitetura cognitiva – funcionalmente integrada e de domínio-específico homogênea para todos os seres humanos – impõe constrições fortes para a percepção, armazenamento e transmissão discriminatória de representações sócio-culturais⁶⁷. Dito de outro modo, de que os

⁶⁷ Em palavras de Hauser (2009: 190-196), ao analisar a capacidade humana de pensar e a forma em que a mente humana limita as expressões culturais e a moralidade (adotando como diretriz uma analogia com a linguagem): “*Controversy arises, however, over which cognitive capacities were crucial for creating the mental gap. And once the distinctive cognitive architecture of humans was in place, there is controversy over whether it provided humans with an unbounded potential to create cultural variation. I propose that much of the variation observed in human culture is highly constrained, with the space of possible cultures only sparsely populated, leaving several gaps that constitute impossible cultural forms. This perspective, with its parallels to work in theoretical morphology and extension of the general approach that has motivated work in generative linguistics, implies that some cultural forms*

limites observados na diversidade dos enunciados éticos e normativos são o reflexo da estrutura e funcionamento de nossa arquitetura cognitiva. As características biológicas de nosso cérebro delimitam o espaço das normas de conduta que nos são possíveis de

will never be entertained or, if they are, will rapidly die out because they are unlearnable or learned with great difficulty. This view has interesting implications for both the study of culture and the biology (the genes, neural circuits and cognitive processes) that facilitates and constrains cultural acquisition and transmission.[...] That is, it is necessary to understand what generates variation in cultural forms and why certain theoretically possible forms are never realized. On the basis of what can be observed, humans are born with a mental tool kit for creating, and especially for understanding, cultural variation in linguistic, musical, artefactual and moral expression.[...] An analogy has also been drawn between language and morality. Evidence suggests that, like language, some of the computations underlying human moral judgements operate outside human awareness, are abstract, and show considerable similarity regardless of gender, age, religious belief or education. Although, at present, there is no understanding of the possible and impossible moral systems — the ‘moralspace’ — the charting of this space is an inevitable outcome of the perspective taken here. For example, in several studies, including some cross-cultural work, individuals consistently judge that harming one individual as a means to some greater good (such as saving the lives of many) is worse than harming the one individual as a by-product or side effect. For example, if a toxic gas is about to be released through a vent into a room that contains ten people, it seems worse to push someone into the vent to block the toxic gas (killing one person but saving ten) than to press a button that shunts the ventilation into a second room where there happens to be just one person. From this work, it can be predicted that no moral system will ever operate on the reverse principle (that is, that side effects are worse than means). If this prediction is correct, a space of impossible moral systems, ones in which side effects would be judged worse than means, would be expected. And like the study of language and music, empirical inquiry into the range of possible moral systems is feasible given opportunities for modelling, carrying out cross-cultural experiments, and documenting normal and pathological brain function.[...] Regardless of how far these techniques can be taken in the future, they open up unprecedented possibilities for understanding questions of evolution and cognitive capacity. Consequently, they show how the theories, technologies and findings of molecular biology, evolutionary developmental biology, neuroscience, cognitive psychology, linguistics and anthropology can be productively combined to understand one of the most profound problems of intellectual life: how humans evolved a uniquely generative brain that allows massive cultural expression, and why there are gaps in the cultural record — spaces that no human brain will ever fill with linguistic, musical, moral or technological forms.” Em resumo, segundo o modelo de Hauser, “tenemos una disposición innata a responder al mundo social en modos particulares determinados. Esto significa que algunas cosas son más fáciles de aprender que otras, y que algunas cosas no pueden aprenderse en absoluto. Ciertos estudios en animales han demostrado que algunas cosas pueden aprenderse en un solo intento, aprender otras puede llevar centenares de intentos, y puede que otras no se aprendan nunca. El ejemplo clásico en los seres humanos es el hecho de que es muy fácil enseñar a tener miedo a las serpientes, pero es casi imposible enseñar a tener miedo a las flores. Nuestro módulo del miedo está diseñado para aprender sobre las serpientes, que eran un peligro en nuestro entorno ancestral, pero no sobre las flores, que no lo eran. Cuando preguntas a niños de qué tienen miedo, la respuesta es leones, tigres y monstruos, pero no coches, que hoy en día representan un peligro mucho más real para ellos. Del mismo modo, algunas virtudes se aprenden fácilmente, mientras que otras no. Es muy fácil aprender a castigar a los tramposos; es muy difícil aprender a olvidarlos. Las virtudes son lo que cada cultura ha definido como moralmente digno de alabanza. Las distintas culturas difieren en su valoración de las conductas que resultan de los módulos mentales. [...] Las culturas pueden definir de manera diferente las virtudes suscitadas por los diferentes módulos.” (Gazzaniga, 2010: 152)

aprender e de seguir.

Esse princípio, defendido na chamada “segunda sociobiologia” (Lumsden & Wilson, 1983) segue de perto outras propostas anteriores ao estilo da teoria defendida por Waddington acerca das paisagens epigenéticas. Implica que, se bem as soluções culturais são contingentes e têm caráter histórico, se movem dentro de uns limites estreitos de possibilidades marcadas pela natureza humana. Devido a esse indireto condicionamento, que não é tanto de nossas atitudes senão de nossa capacidade moral, todos *tendemos a valorar* certas coisas em detrimento de outras e os valores assegurados por meio de nossas normas de conduta descrevem (em grande medida) nossas atitudes morais naturais: valoramos aquilo que admite a margem de nossa limitada capacidade para aprender a valorá-lo.

Tais intuições se assentam em predisposições inatas de nossa arquitetura cognitiva para o aprendizado e manipulação de determinadas capacidades sociais inerentes à biologia do cérebro, e que foram aparecendo ao longo da evolução de nossos antepassados hominídeos para evitar ou prevenir os inevitáveis conflitos de interesses que surgem da vida em grupo⁶⁸. São estes traços, que poderíamos chamar tendências mais que características, o que melhor pode ilustrar as origens e a atualidade do comportamento moral e jurídico do homem. De forma mais direta, a herança evolutiva que compartilhamos como seres humanos, tal como se reflete na estrutura e a função de nosso cérebro, nos predispõe como espécie ao pensamento moral no mesmo sentido que nos predispõe em grande medida a outros universais culturais humanos, como o vínculo de casais de larga duração, a linguagem e a música.

De fato, se os homens se juntam e vivem em sociedade é porque só por esse modo podem sobreviver e se constituir como indivíduo separado e autônomo, retirando também daí vantagens consideráveis no que toca à satisfação dos fatos mais significativos da sua inata natureza humana. Desenvolvem-se, por esta via, valores sociais específicos: o sentimento de pertença e lealdade para com o grupo e os seus membros; o cuidado pela vida e propriedade alheias; o altruísmo; a trapaça; a empatia;

⁶⁸Os conflitos intergrupais se acentuam em populações animais de grande complexidade social, mas a maioria das espécies altamente sociais está equipada com dispositivos para condutas altruístas e com a capacidade de resolver conflitos sem necessidade de recorrer à agressividade. Sem embargo, parece razoável supor que unicamente os humanos têm alguma noção do correto e do incorreto, e que ademais estamos capacitados para refletir sobre ele, assim como para corrigir nossa conduta ou submetê-la a regras de comportamento. Em nosso caso, acrescentamos a estes recursos básicos de nossa natureza um conjunto de prescrições culturalmente sancionadas e às quais denominamos normas de conduta (morais e/o jurídicas).

o respeito recíproco; o antecipar as consequências das ações; etc. Tudo isto são práticas que aparecem de maneira necessária no transcurso de uma vida compartilhada, dando mais tarde lugar aos conceitos de justiça, de moral, de direito, de dever, de responsabilidade, de liberdade, de dignidade, de igualdade, de culpa, de segurança, de traição e tantos outros.

Por conseguinte, e em que pese o fato de que a tendência para a separação entre o material e o espiritual tem levado, todavia, a que se absolutizem alguns desses valores – desligando-os das suas origens e das razões específicas que os viram nascer e apresentando-os como de essência espiritual, como uma transcendência que ultrapassa o próprio homem –, a ética e o direito parecem ter uma base mais segura quando relacionados a uma visão biologicamente vinculada à nossa arquitetura cognitiva, estruturada em módulos ou domínios específicos, quer dizer, a partir da natureza humana unificada e fundamentada na herança genética e desenvolvida em um entorno cultural.

Há que se considerar a circunstância de que os próprios enunciados normativos – dos valores éticos aos direitos humanos – surgiram graças a natureza de nossa complicada arquitetura cognitiva e a inerente sociabilidade que caracteriza nossa espécie, submetidas que estão, por sua vez, às leis da evolução através da seleção natural e a inevitável interferência da cultura. Esses valores pertencem aos códigos da espécie humana como um todo, uma consequência peculiar de nossa própria humanidade e que, por sua vez, “constitui o fundamento de toda a unidade cultural” (Maturana, 2002).

Neste particular, se era inevitável que Hobbes e Rousseau carecessem de uma perspectiva evolucionista, é menos perdoável que alguns dos seus descendentes intelectuais também careçam. O filósofo John Rawls – ainda que para o problema da estabilidade dos princípios de justiça, parta do suposto de que certos princípios psicológicos e evolucionistas são verdadeiros, ou que o são de forma aproximada – nos pede que imaginemos seres racionais se juntando para criar uma sociedade a partir do nada, tal e como Rousseau imaginou um proto-humano solitário e auto-suficiente.

Decerto que se trata de experimentos intelectuais, mas: se baseiam em teorias razoáveis? Não parece que seja assim. Falar de um ponto de partida prévio à sociedade é absurdo, pois servem para lembrar-nos de que nunca houve uma sociedade “anterior”. Os grupos humanos atuais nasceram a partir de grupos de *Homo erectus*, e estes a partir de grupos de *Australopithecus*, e estes, por sua vez, de antepassados

comuns aos humanos e chimpanzés que, não obstante serem de maneira provável uns animais com uma certa vida social, nasceram da sociedade de um elo perdido entre símios e macacos, e assim por diante, até chegar ao ponto em que começamos, como uma espécie de animal essencialmente social, prioritariamente moral, particularmente cultural e decididamente diferente. As coisas que temos em mais alta estima em nossa experiência como seres humanos – o amor, a memória, as emoções, o direito, a moral, o sentimento de justiça, etc. – são o resultado de uma aglomeração particular de soluções *ad hoc* que se foram amontoando ao longo de milhões de anos de história evolutiva.

Não é que tenhamos pensamentos e sentimentos fundamentalmente humanos *pese* ao desenho improvisado, acidental, cego e azaroso de nossa natureza, tal como os hão ido modelando os giros e voltas da evolução por seleção natural, senão que precisamente os temos *graças a* esse peculiar mecanismo de um processo evolutivo totalmente cego. Tal como disse Darwin, toda vida é produto “da descendência com modificação”; as formas existentes são simplesmente versões alteradas de outras anteriores. Em síntese, de que para uma compreensão mais adequada do comportamento humano normativo parece necessário ver a vida ética e social humana como um produto da história evolutiva que nos precede, com antecedentes em outras espécies, uma vez que a evolução tende a atuar *com e sobre* o que já existe; não parte do zero, senão que vai realizando modificações⁶⁹.

Assim que não somente as influências do meio – incluindo a cultura humana – variam segundo o “substrato” genético sobre o qual atuam como, e muito particularmente, o comportamento adaptativo ao estilo de vida das sociedades de caçadores-recoletores parece haver modelado muito provavelmente a conduta social e moral primitiva, e se serviu dela para a aparição de grupos cuja sobrevivência passou a depender sobremaneira de determinadas estratégias sócio-adaptativas (baseadas na constituição, funcionamento e complexidade cognitiva do ser humano) que, com o passo do tempo, deram lugar a nossa atual e astronomicamente grande riqueza moral e jurídico-normativa, decorrentes de nossos comportamentos altruístas e de nossa

⁶⁹ O que indica, segundo Marcus (2010:26), que nosso material genético (idêntico em um 98,5% ao do chimpanzé) em sua maioria evoluiu no contexto de criaturas que não tinham linguagem, não tinham cultura e não raciocinavam de maneira consciente. Isto significa que as características das que mais nos orgulhamos, os traços que mais claramente nos definem como seres humanos – a linguagem, a cultura, a moral, o pensamento explícito – “*debieron de construirse sobre un lecho genético adaptado originalmente con fines muy distintos*”.

também inata tendência ao altruísmo, à empatia, à simpatia e à solidariedade (de Waal, 2007, 2010)⁷⁰.

⁷⁰ Note-se que de Waal distingue a simpatia - caracteristicamente humana - da empatia, no sentido de que esta (a empatia) é basicamente uma capacidade neutra: a empatia significa que eu estou conectado com os sentimentos de alguém, e lhe entendo até certo ponto, enquanto que a simpatia tem mais que ver com a ação, isto é, de que sou sensível à situação de alguém, mas também quero melhorá-la; portanto, a simpatia é quase sempre uma capacidade ou algo positivo, enquanto que a empatia, por ser uma capacidade neutra, pode ser algo negativo (cf. de Waal, 2010). Por outro lado, recorda-se que Hume empregava o termo “simpatia”, enquanto autores como Hoffman (2000) emprega “empatia”. Alguns autores fazem uma distinção entre estes dois termos, entendendo a simpatia centrada em um interesse pelos demais sem sentir necessariamente as mesmas emoções que os demais sentem, enquanto que a empatia se centra explicitamente no estabelecimento de uma correspondência entre as emoções de quem as manifesta e as do observador, isto é, imaginando-se a si mesmo dentro da pele de outra pessoa. Para os fins dos argumentos aqui articulados empregamos os dois termos indistintamente.

6. Filogênese humana e comportamento moral

Michael Gazzaniga (2010: 15-17) começa seu livro com a seguinte observação: “*los seres humanos somos especiales. [...] Simplemente no hay, ni habrá jamás, una sola cosa que pueda dar cuenta de nuestras espectaculares habilidades, nuestras aspiraciones y nuestra capacidad de viajar mentalmente en el tiempo hacia un mundo casi infinito, más allá de nuestra existencia fáctica. A pesar de que tenemos todas estas conexiones con el mundo biológico del cualprovenimos, y de que en ciertos sacos tenemos estructuras mentales semejantes, somos enormemente diferentes*”.

Sem lugar a dúvidas, muito embora nossos corpos tenham evoluído por seleção natural da mesma forma que outros animais, a evolução humana se deu (e se dá) de forma *fundamentalmente distinta* da dos outros organismos. Daí que existem grandes diferenças entre nossa espécie e as outras criaturas desse enredado mundo: somos, definitivamente, *distintos*: podemos ir mais além de nossos genes e atuar de maneira que resultam estranhas desde o ponto de vista das demandas de nossa herança genética.

Para começar, todos resolvemos problemas sem esforço e de maneira rotinária, temos a capacidade de falar e nos consideramos a espécie mais inteligente; possuímos a sexualidade mais anormal e retorcida do mundo dos mamíferos; somos capazes de ganhar-nos o sustento de mil maneiras diferentes e nos encontramos distribuídos por todas as partes... Somos capazes de ingressar voluntariamente em um monastério e renunciar à reprodução, levando a contrária aos ditados de nosso funcionamento biológico; podemos suicidar-nos em nome de nossas crenças culturais sobre a honra ou a religião; podemos estabelecer rituais e crenças que não têm outra realidade intrínseca que a que lhes outorgamos em nossa mente; podemos, enfim, *imaginar* que as coisas são distintas ou conceber mundos imaginários (mundos dos que não temos experiência direta), fingir que há fadas no fundo do jardim, apartar-nos de nosso mundo e perguntar-nos como seria se fosse diferente da maneira em que o percebemos.

Devido a nossa versatilidade, declaramos guerra, amamos e odiamos com a mesma frequência, temos crenças religiosas, invejamos os demais, acreditamos em deuses e nos envergonha a sexualidade. Consumimos televisão e cotonetes, conduzimos automóveis, usamos computadores e comemos sorvete. Causamos um impacto ambiental tão agressivo no ecossistema que, ao que parece, nossa própria capacidade de manter vivo aquilo de que mais necessitamos para existir está em perigo

de extinção. E um dos maiores inconvenientes do ser humano é a dificuldade que supõe contemplar-nos uns aos outros sem prejuízos; somos, de fato, seres desenhados para (pré) compreender as pessoas e os fenômenos que nos cercam⁷¹.

Por outro lado, somos animais comparáveis a qualquer outro: dispomos de pulmões, carne, sangue, coração e cérebro compostos de células vivas; comemos, respiramos e nos reproduzimos. A teoria da evolução de Darwin através da seleção natural pode explicar facilmente como chegamos, durante um longo período evolutivo e junto com os demais seres do planeta, a ser o que somos e a compartilhar tantas características. Contudo, também é certo que nos comportamos de maneira bastante distinta dos outros animais.

Cada um de nós é um ser único: nossos genes provêm de outras criaturas que existiram antes de nós e, de reproduzir-nos, seguirão transmitindo-se. Por outra parte, uma vez que dispomos de um talento inato para a linguagem que não tem rival e de um entorno cultural muito peculiar, somos o resultado de um complicado processo que combina os programas ontogenéticos cognitivos do organismo com uma enorme quantidade de estímulos derivados de nossa não menos enleada existência

⁷¹ A prática do julgamento, embora seja uma condição normal do ser humano, é, de fato, uma doença da mente (Haidt, 2006). Por certo que não seria nenhum exagero, ademais de oportuno, observar, neste particular, que a hermenêutica de Gadamer, particularmente no que se refere a compreensão prévia (ou prejuízos), captou adequadamente o núcleo de nossas intuições cognitivas – isto é, do que vem das intuições ínsitas em nossa arquitetura cognitiva e que nos proporciona ou determina o repertório de nossas primeiras conjecturas e hipóteses – sobre a conata capacidade para interpretar (pré-compreender) os outros, para ler suas mentes, para entendê-los e para entender a nós mesmos como seres intencionais, ou seja, para ler o que há sob a superfície, antecipar acontecimentos e dar sentido ao que vemos. Com efeito, o cérebro humano é uma “máquina de antecipação”, e “criar futuro” não somente é o mais importante que faz senão que parece ser o traço definatório de nossa humanidade (Roberts, 2002 ; Dennett, 1997): o ser humano é o único animal capaz de imaginar objetos, comportamentos e acontecimentos que não existem no reino da realidade, e esta habilidade é a que nos permite antecipar, imaginar ou pensar no futuro; nosso cérebro está desenhado para antecipar (pré-compreender), e isso é o que faz (Gilbert, 2006). E o lobo frontal – a última parte do cérebro em evoluir, a que amadurece com mais lentidão e a primeira a deteriorar-se durante o envelhecimento – é a peça fundamental da maquinária cerebral, que permite aos adultos humanos normais e modernos a projetar-se a si mesmos no futuro, a abandonar o presente e experimentar o amanhã antes de que ocorra; sem ele, estamos atrapados no momento, incapazes de imaginar o que “virá depois”, a pensar na existência a longo prazo, encerrados no espaço e tempo imediato, enfim, ligados aos estímulos do presente ou destinados a viver em um presente permanente. Este é o cometido (regular e espontâneo) de nosso lobo frontal e que ocupa até o último rincão de nossa existência mental: nenhum outro ser vivo tem um lobo frontal como o nosso, que é a razão pela qual somos o único animal que imagina, antecipa ou pensa no futuro tal como o fazemos (Gilbert, 2006). Resumindo, são as diversas regiões do córtex pré-frontal que produzem, operando em conjunto, todas aquelas qualidades que consideramos mais essencialmente humanas: a capacidade de fazer planos e antecipar, de sentir emoção, de controlar nossos impulsos, de eleger e de dotar de significado nosso mundo.

(essencialmente) social, ou seja, do ambiente sócio-cultural em que movemos nossa existência no tempo e no espaço.

De fato, custa trabalho imaginar por que existe o homem, e não somente entendendo tal pergunta em um sentido metafísico de causas últimas, senão em um aspecto muito mais próximo do processo filogenético que tem lugar nos últimos quatro milhões de anos. Um detalhe, contudo, não se deve deixar passar: existe um princípio importante (e inegociável) na evolução biológica por seleção natural segundo o qual a evolução sempre se incrementa a partir de algo preexistente; não existe um ser onipotente capaz de contemplar, por exemplo, o desenho do olho e dizer: “seria melhor se tirássemos um troço e começássemos de novo”. Começar de novo *nunca* é possível⁷².

⁷²A evidência a favor da evolução nunca deixou de aumentar desde que Darwin acumulou evidências para convencer os cientistas de sua época de que os seres vivos são descendentes modificados de antepassados comuns. De maneira que a origem evolutiva dos organismos é hoje uma conclusão científica estabelecida com um grau de certeza comparável a outros conceitos científicos certos como o de que a Terra é redonda, a evolução dos planetas do redor do Sol, a estrutura do genoma humano ou a composição molecular da matéria. Este grau de certeza, que vai mais além de toda dúvida razoável, é o que indicam os cientistas quando afirmam que a evolução é um “fato”. Recordemos: a evolução é um processo histórico imprevisível. O desenho evolucionado dos organismos atuais foi causado por circunstâncias passadas que não tinham nenhuma previsão de futuro e que não tem que ver com os problemas atuais. A seleção natural - que como se sabe é uma das principais, senão a principal força desenhadora na evolução biológica - não é teleológica, orientada a um fim, capaz de prever seus cursos de ação futura e planificá-lo por antecipado; ao contrário, é *míope* e *oportunista*: nem retrocede à hora de aproveitar vantagens conjunturais, nem vê mais além dessas vantagens - nunca constroi *ex amorphos hylés*, senão aproveitando e reaproveitando material já estruturado. Ou seja, desde Darwin os biólogos evolucionistas compreenderam que a seleção natural não produz desenhos perfeitos, senão que são *processos algorítmicos* de desenho, isto é, que sua explicação consiste em dois tipos de demonstrações: a demonstração lógica de que certo *tipo* de processos necessariamente têm um certo tipo de resultado evolutivo, e a demonstração empírica de que as condições requeridas para esse tipo de processos se dão de fato na natureza - o qual não é fácil de provar (sobre a seleção natural como um *processo algorítmico* - ou seja, como um tipo de processo formal que pode chegar a produzir (de forma lógica) um resultado determinado sempre que se lhe faça funcionar ou seja posto em marcha -, cf. Dennett, 1995). Assim, não só nossos mecanismos evolucionados foram construídos e ajustados em resposta às circunstâncias específicas do ambiente a que nossa espécie teve que fazer frente, como não estão (esses mecanismos) desenhados para afrontar as circunstâncias atuais, que não têm precedentes evolucionários. Da mesma forma, tampouco estão desenhados para resolver *todos os problemas em todas as circunstâncias possíveis* porque nossa espécie não se encontrou com todos os problemas nem ante todas as circunstâncias. Para os humanos, as circunstâncias que nossos ancestrais encontraram no Pleistoceno como caçadores-recoletores definem a coleção imponente dos problemas adaptativos - isto é, de problemas recorrentes na evolução cuja solução facilita ou promove a reprodução direta ou indireta da cadeia causal através da qual logrou a resolução - para resolver os quais foram desenhados nossos mecanismos cognitivos, ainda que isso, claro está, não esgota o abanico de problemas que são capazes de resolver. Isto provocou a acumulação de distintos tipos de informação especializada e a capacidade de realizar inferências e de

Assim, há fundados motivos para supor que a espécie *Homo sapiens* foi submetida a intensas pressões evolucionárias promotoras de uma crescente agudeza perceptiva (dominando absolutamente a modalidade visual, seguida da auditiva e a tátil, e em progressivo detrimento da olfativa) e, sobretudo, de uma insólita capacidade para a associação, o raciocínio e a inferência (do que é testemunho o espetaculoso crescimento das zonas neocorticais de seu cérebro). Esse crescimento espetacular das habilidades cognitivas é o resultado das pressões de um meio ambiente

resolver problemas por parte de nossos antepassados hominídeos. Dito de outro modo: os humanos não desenvolveram arquiteturas cognitivas que resolvem problemas processando informação *de forma geral*. Inclusive o fato de que um mecanismo possa em alguns momentos resolver problemas novos ou atuais não nos diz nada sobre como este mecanismo chegou a ter o desenho que tem porque a seleção natural não tem a capacidade – tão comum entre os mais frequentes e cotidianos farsantes – de predizer o futuro com uma bola de cristal, um baralho ou algo pelo estilo. Portanto, as condições estatisticamente recorrentes que os hominídeos encontraram durante sua história evolutiva constituíram uma série de problemas adaptativos cuja solução acabou por facilitar ou promover a sobrevivência e o êxito reprodutivo. Essas condições selecionaram um conjunto de mecanismos cognitivos capazes de resolver os problemas adaptativos associados. A história da vida dos hominídeos acerca da sobrevivência e da reprodução alcançadas com sucesso requer uma rede completa de pré-condições para atingir tais finalidades em ambientes ecológicos e sociais complexos. Isso implica a existência de distintas famílias de informação especializada para a assimilação de *inputs*, para a inferência e para a *toma de decisões*. Daí que os humanos estão equipados com uma quantidade de adaptações desenhadas para realizar uma grande variedade de tarefas: desde a solicitação de assistência dos parentes próximos à aquisição da linguagem, passando pela padronização da distribuição espacial dos objetos imediatos, a engrenagem para a cooperação e o fazer alianças, a dedução das intenções sobre a base da expressão facial, a evitação do incesto, o reparto de esforços para a realização de distintas atividades, para a interpretação das ameaças, para a seleção de companheiro(a) sexual ou para o reconhecimento de objetos. Quando se as isola do contexto ancestral do caçador-recoletor, essas competências parecem estar desconectadas, no mundo moderno, da reprodução, e seu funcionamento pode parecer mais bem uma expressão azarosa de atividades que não respondem a um padrão evolutivo. Sem embargo, isto constitui em realidade uma grande e grosseira ilusão, que surge do fato de considerar nossas atividades psicológicas como operações isoladas do contexto ancestral que lhes deu origem e de não haver desenvolvido uma análise acerca de quais foram os problemas de adaptação que a evolução de nossos mecanismos adaptativos tentou resolver (Cosmides e Tooby, 1994). Nas palavras de LeDoux (1998): todos os sistemas cerebrais evoluíram para resolver os distintos problemas com os que se encontraram os animais, e cada um tem uma base neurológica separada: o sistema cerebral que utilizamos para defender-nos do perigo é distinto do que utilizamos para procriar, e as sensações que temos quando se ativam estes dois sistemas – medo e prazer sexual – não tem uma origem comum. Em resumo, as arquiteturas cognitivas humanas estão “pré-equipadas” com mecanismos especializados domínio-específicos que operam integralmente com alguns mecanismos domínio-gerais – de prova e erro, inferenciais, etc.- e que “sabem” muitas coisas sobre os humanos: suas relações sociais, suas emoções e expressões faciais, o reconhecimento das expressões faciais, a organização subjacente das ações sociais contingentes como as ameaças, os intercâmbios, a linguagem, a motivação e as mais variadas atividades de aprendizagem em distintos domínios. No mesmo sentido, Ratey, 2002.

cambiante que dava vantagens adaptativas decisivas à versatilidade, à flexibilidade das respostas e à capacidade de aprendizagem dos organismos.

Para o que aqui interessa, nossa história filogenética parece ser como segue: por motivos que não vêm especialmente ao caso, o antepassado comum que compartilhamos com os grandes monos hominídeos, os símios (gorilas e chimpanzés), acabou resultando menos competitivo que outros monos no nicho ecológico arbóreo originário de todos os primatas, de maneira que acabou sendo apartado à periferia desse nicho.

As pressões evolucionárias se deram aqui, na periferia arbórea, em um duplo sentido: por um lado, a importante disposição genética à coesão social, própria dos primatas, foi desincentivada (a periferia do nicho arbóreo favoreceu mais bem a busca “individualista” de oportunidades de exploração de recursos minguados), o que levou a selecionar traços que favoreceram a autonomia e a capacidade para se fiar cada vez mais de si mesmos. Por outro lado, e em consequência disso, as pressões seletivas a favor do incremento das capacidades cognitivas aumentaram de forma espetacular: a agudeza visual – dominante já em todos os primatas – melhorou (aperfeiçoou-se a visão estereoscópica, já adquirida no espaço adaptativo tridimensional que era o nicho arbóreo), as conexões corticais (não regidas automaticamente pelo sistema límbico) intramodulares (visual-visual) e intermodulares (visual-tátil) cresceram, e com ele as capacidades associativas e de manipulação simbólica.

Mais tarde, nossa linha filogenética se separa dos símios quando nossos antepassados abandonam finalmente a periferia do nicho arbóreo selvagem. Esses primatas peculiares (conhecidos como *Orrorin tugenensis* e com um nome coloquial de *Millenium Man*) foram capazes de explorar as possibilidades de um nicho ecológico particular em certa forma disponível: o do solo desses bosques do Rift. Os chimpanzés atuais e os gorilas são seres que aproveitam hoje o solo do bosque tropical; seus antepassados o faziam também, com bastante certeza. Mas aproximadamente há seis milhões de anos atrás o ser de que tratamos se distinguia deles na maneira como se locomovia pelo solo. Em lugar de caminhar a quatro mãos, apoiando a planta dos pés e as palmas das mãos, utilizou somente as extremidades inferiores. Como fez o Lázaro das Sagradas Escrituras: levanta-te e anda.

Esse ser que antecipou a Lázaro em sessenta mil séculos e que foi capaz de levantar-se para caminhar de forma bípede havia sofrido algumas transformações que lhe permitiriam caminhar com mais desenvoltura ao preço de trepar pior. O razoável e

o mais provável seria que se houvesse extinguido sem mais. Mas sobreviveu. Por alguma razão que não conhecemos bem, essa maneira de locomover-se lhe dotou de certas vantagens à hora de disputar os recursos do meio com seus competidores. Com a bipedia como traço distintivo, milhões de anos depois nossos antecessores se converteram em colonizadores das savanas abertas africanas em um processo que coincide com o aparecimento das primeiras indústrias líticas e os primeiros exemplares do gênero humano. E as pressões evolucionárias que aqui nos interessam parecem haver sido as seguintes.

Desde logo, o sistema auditivo-vocal que se havia desenvolvido nos primatas como um sistema de alerta sob o controle “automático” do sistema límbico (o sistema motivacional-emocional) foi submetido a pressões seletivas remodeladoras intensas. Com efeito, na savana, aberta e com pouca proteção, era muito desvantajoso não poder controlar, à vontade, a emissão de sons de alerta, sons que poderiam dar sinais localizadores para os predadores ou, ao contrário, constituir até mesmo sinais de alerta para as possíveis presas. Saber manter o silêncio, poder avaliar o perigo, arrancar a expressão gutural do reino emocional regido pelo sistema límbico, converteu-se em uma prioridade evolucionária – assim que o princípio não foi o *verbo*, mas o *silêncio*.

Isso acabou favorecendo o aparecimento de um sistema auditivo-vocal que deixou de ser tutelado exclusivamente pelo sistema límbico para passar a ser controlado, de forma crescente, por zonas neocorticais do cérebro: o que acarretou, em igual medida, um importante aumento absoluto e relativo dessas zonas nos cérebros da primeira espécie de *Homo*, a aparição de novas conexões intramodulares (auditivo-auditivo) e intermodulares (visual-auditivo) e de novas capacidades associativas.

O surgimento do trato vocal no gênero *Homo* não somente teve que ver com as evidentes possibilidades de transformação morfológica abertas pelo maior bipedalismo dos *Australopithecus* (e o bipedalismo precedeu em muito ao crescimento do cérebro do hominídeo), senão também com a incipiente liberação que neles se deu do sistema auditivo-vocal relativamente à tutela do sistema límbico e à conseqüente necessidade de expressões vocais mais e mais controladas e matizadas.

Por outra parte, e referente às necessidades adaptativas de sociabilidade, como nos símios, sua natureza e predisposição social havia sido fortemente desincentivada seletivamente durante o período em que seus antecessores (o ancestral comum) ocuparam a periferia do nicho arbóreo. Mas agora, na savana aberta, voltavam a necessitá-la: as pressões seletivas na savana aberta induziram nosso ancestral a voltar a

ter fortes tendências sociais, provocadas tanto por necessidades de proteção contra predadores (muito mais rápidos e fortes), para a caça em comum, como para o abastecimento coletivo em um meio ambiente particularmente hostil⁷³.

Parece que há bons motivos, que têm que ver com a lógica da teoria evolucionária, para considerar que era inviável que fosse possível um “regresso” à forte sociabilidade anterior dos monos não hominídeos. Não obstante, as forças evolucionárias optaram por elaborar a necessidade adaptativa de sociabilidade por outro caminho, insólito, mas promissor: favorecendo o ulterior avanço das capacidades cognitivas, promovendo a capacidade auditiva e sentando as bases neurofisiológicas

⁷³ Nimchinsky, Gilissen, Allman, Perl, Erwin y Hof (1999) demonstraram que no córtex cingulado anterior dos grandes símios e seres humanos há um tipo de neurônios, chamadas células fusiformes, que não se acharam em outros mamíferos, incluído o resto de espécies de primatas. No caso dos seres humanos, esses neurônios constituem 5,6% da camada de células piramidais de seções transversais Vb e aparecem em grupos de 3 a 6. Entre o resto de hominídeos, os bonobos são os que apresentam o padrão mais similar ao humano, com 4,8% de células fusiformes, também em acumulações de 3 a 6. A abundância relativa desses neurônios é menor no chimpanzé comum (3,8%), o gorila (2,3%) e o orangotango (0,6%) e em nenhum desses casos aparecem agrupadas. Estes resultados indicam que durante a evolução dos hominídeos surgiu um novo tipo de neurônio no córtex cingulado anterior, e que aumentou sua abundância relativa e a tendência a agrupar-se ao longo da linhagem que acabou levando ao ser humano. Nimchinsky et al. (1999) formularam a hipótese de que a função principal desses neurônios é integrar informação afetiva e transmiti-la às regiões motoras relacionadas com a vocalização, a expressão facial ou funções autônomas. Allman, Hakeem e Watson (2002) sugeriram que o aumento da proporção de células fusiformes poderia estar relacionado com câmbios na estabilidade emocional e autocontrole, e que, juntamente com um crescimento do córtex frontal anterior, desempenhou um papel relevante na gestão das necessidades relacionadas ao aumento no número de membros das famílias de seres humanos no curso de sua evolução. Para citar Linden (2010: 118-119): “*Los seres humanos, al igual que hicieron nuestros ancestros prehomínidos y homínidos, vivimos en grupos sociales, de modo que no es de extrañar que nuestros sistemas sensoriales presenten ciertas especializaciones particulares para la interacción social. Un estudio reciente ha demostrado que cuando a una serie de personas se les mostraban fotos fijas de manos y pies en situaciones dolorosas, las regiones cerebrales que componen la vía afectiva del dolor se activaban. Aquella experiencia activaba la corteza anterior del cíngulo y su actividad estaba fuertemente correlacionada con la clasificación que los participantes daban al dolor que supuestamente habían sentido aquellas otras personas. Este hallazgo sorprendente, a saber, que tanto nuestras experiencias de dolor como las sufridas por los demás activan los centros afectivos del dolor, puede arrojar luz sobre el sustrato neuronal de la empatía. Por otro lado, un ingenioso estudio realizado por Naomi Eisenberger y sus colegas de UCLA ha demostrado que sujetos sometidos a exclusión social en un juego de pelota en el que participaban tres jugadores presentaban una fuerte activación de la corteza anterior del cíngulo. A fin de llevar a cabo este experimento, el juego de lanzar la pelota era virtual gracias a una pantalla de ordenador que el sujeto podía ver mientras le estaba siendo practicado el escáner del cerebro. La exclusión en un juego de lanzamiento de pelota no es una forma muy fuerte de dolor social y, sin embargo, producía intensa activación de un centro afectivo decisivo del dolor situado en el cerebro.(...) Examinando este estudio junto con el anterior sobre la empatía del dolor físico, resulta razonable especular con que la corteza anterior del cíngulo y las estructuras relacionadas con la vía afectiva del dolor pueden desempeñar un papel importante en la empatía, tanto en el caso del dolor físico como social*”.

definitivas para a linguagem, o pensamento de comunicação e associação simbólica (visual-visual, visual-auditiva e auditiva-auditiva) e a intercomunicação proposicional⁷⁴.

De qualquer modo que seja, como foram capazes de sobreviver em condições de precário habitat é, desde logo, um mistério. Seguramente tiveram de resolver problemas de interpretação do entorno em que viviam e de antecipação de condutas de seus congêneres, para o que era necessário, em geral, a produção de conhecimento muito complexo. O que parece fora de toda dúvida é que não só a fabricação e o uso de

⁷⁴ Deve ter havido pressões seletivas extremas em favor da organização em grupo, mas essas pressões operaram sobre monos que, senão “penosos individualistas” ou “isolados sociais”, tampouco estavam inerentemente dispostos para criar matrinhagens e grupos coesos (como não o estão hoje os chimpanzés, os orangotangos e os gorilas). De maneira que as pressões ecológicas não puderam operar sobre tendências genéticas já existentes no sentido da formação de grupos e impulsar agrupamentos ainda mais compactos e coesos (como, em contrapartida, ocorreu com os babuínos da savana). A seleção teve de operar sobre a estrutura genética de uma criatura de tendência mais individualista e com uma integração dos sentidos visual, tátil e auditivo maior que a de qualquer outro mono (...) Em uma palavra: uma vez que os vínculos sociais não podiam ser facilmente construídos geneticamente – como nos monos hominídeos –, tiveram de ser construídos mediante a comunicação simbólica (Maryanski e Turner, 1992). O que a disposição genética à sociabilidade, fortemente minguada na linha dos monos hominídeos, não pudesse ser “reconstituída” geneticamente (e tivesse de ensaiar a via cognitiva) tem que ver com o princípio evolucionário de conservação da organização. Nas palavras de Philip Kitcher (*in* de Waal, 2006), em algum ponto da evolução dos hominídeos ocorreu algo que nos dotou dos mecanismos psicológicos adequados para superar a tendência a atuar guiados pelo instinto, o desejo, a emoção ou qualquer impulso dominante em determinado momento (ou seja, para atuar como “seres caprichosos”, para utilizar a terminologia de Harry Frankfurt ao se referir aos seres que carecem de um mecanismo pelo qual podem discriminar de forma consciente entre as variadas motivações que de vez em quando lhes impulsionam a atuar ou, o que é o mesmo, que não se guiam por um raciocínio autoconsciente acerca do apropriado de suas ações propostas). Talvez tenha começado com a tomada de consciência de que certas formas de comportamento projetado poderiam ter resultados problemáticos e a consequente habilidade para inibir os desejos que de outro modo haveriam sido dominantes. Tudo isso se vinculou à evolução de nossas capacidades linguísticas, sendo muito provável, inclusive, que alguma faceta da vantagem seletiva para a habilidade linguística radica em ajudar-nos a saber quando devemos frear ou controlar nossos impulsos. Tal como concebe Kitcher, nossos antepassados foram capazes de formular padrões para a ação, discuti-los entre si e elaborar formas para regular a conduta dos membros do grupo - enfatizando, na linha de Allan Gibbard (1990), o papel da conversação sobre “o que fazer” na história do pensamento moral, desde os pequenos grupos de seres humanos às sociedades atuais. E foi precisamente nesta etapa, conjectura Kitcher, que começou um processo de evolução cultural : diferentes grupos pequenos de seres humanos colocaram em prática uma série de recursos normativos (comunicação simbólica plasmada em regras, histórias, mitos, imagens, etc.) para definir o modo em que “nós” vivemos ou deveríamos viver. Alguns destes recursos ganharam popularidade entre seus vizinhos e grupos de descendentes, quicá porque ofereciam um melhor acesso à reprodução ou mais provavelmente porque conduziam à formação de sociedades mais tranquilas, caracterizadas por uma maior harmonia e um maior nível de cooperação. Os recursos mais exitosos se foram transmitindo de geração em geração e aparecem de forma fragmentária nos primeiros documentos escritos que nos hão chegado: os códigos das sociedades mesopotâmicas.

utensílios como, e muito especialmente, os problemas da convivência coletiva e cooperativa implicaram uma pressão seletiva intensa sobre o aumento da complexidade cerebral.

À medida que tal complexidade ia crescendo, a organização dos grupos devia ir incluindo, necessariamente, o controle da competição e da cooperação entre os hominídeos de uma determinada comunidade por meio do acúmulo de “tradições” que posteriormente, com o largo transcurso do tempo, significariam o passo para uma conduta moral e normativa no sentido que toma na atualidade. E existem, de fato, vários campos em que essa competição poderia operar: primeiro, existem as relações entre os sexos (nas quais machos e fêmeas negociam a criação de oportunidades de acasalamento); segundo, existe a competição intra-sexual dos machos pelo acesso às fêmeas; terceiro, a competição pelos recursos (como o alimento e o território); e, por fim, se a cooperação – que teria alterado as condições de competição – tornou-se parte importante da caça e da busca de alimentos, entre outras áreas de atividade dos hominídeos, a “trapaça” passou a ser, igualmente, uma estratégia possível (Rose, 2000)⁷⁵.

Assim que nosso comportamento, nossas sociedades, nossa cultura e nossas normas de conduta (éticas ou jurídicas) parecem ser a resposta que elaboramos, com os mecanismos psicológicos evolucionados de que dispomos, para solucionar os problemas relativos às exigências e contingências de uma existência essencialmente grupal. E isto se dá graças a uma arquitetura cerebral que confirma a longínqua idéia de Konrad Lorenz, a saber, a existência de um imperativo biológico capaz de combinar respostas instintivas e códigos morais.

Por conseguinte, as transformações evolutivas do último período do gênero *Homo* modelaram a conduta moral primitiva e se serviram dela para a aparição de grupos cuja sobrevivência dependia sobremaneira da relação mútua entre o grau muito elevado de altruísmo/cooperação e a emergência de uma inigualável capacidade preditiva da conduta humana. E os subprodutos de tais estratégias (sócio-) adaptativas

⁷⁵ Essa questão é ilustrada por Sterelny(2003) da seguinte forma: A evolução da cooperação depende na supressão em larga escala da trapaça de primeira ordem e do barateamento do altruísmo de segunda ordem. Depende, por exemplo, de proibir que um caçador coma seu próprio porco. Para que a cooperação se tornasse uma característica central do modo de vida hominídeo, a punição pela trapaça precisava ser barata. Em outras palavras, isso implica que os mecanismos de reforço envolvessem a formação de coalizões. Se o custo da punição fosse distribuído por um grupo de cooperadores, coalizões de indivíduos menos poderosos poderiam restringir um indivíduo mais forte que, em outras circunstâncias, estaria na posição de dominar e monopolizar os recursos .

(nelas incluídas, por certo, a moral e o direito), baseadas na complexidade cognitiva e lingüística do ser humano, são o resultado da enorme riqueza de nossa insólita e complicada “inteligência” social.

Já não se pode desvincular o fenômeno presente da moralidade e juridicidade humana de suas origens, isto é, como o elemento essencial de nossa continuidade com o mundo animal. A sociedade – tanto como a moral e o direito – não é invenção de pensadores. Eles evoluíram como parte de nossa natureza. São, tanto quanto nosso corpo, também produtos de um longo e tortuoso processo co-evolutivo. Para compreendê-los devemos partir da natureza humana, para os instintos de e predisposições para criar e explorar os vínculos sociais relacionais para os quais estamos desenhados a estabelecer e cuja gênese deverá então ser reintegrada na história evolutiva própria de nossa espécie.

Hoje já sabemos que a evolução cultural e a evolução genética estão integradas. Todos os seres humanos são produtos da co-evolução de um grupo de genes (que é quase idêntico em todas as culturas) e um grupo de elementos culturais (que é diferente nas várias culturas, mas assim mesmo limitado pelas capacidades e predisposições da mente humana). Tal como explicam Tooby e Cosmides (2001) ao responderem ao debate sobre se a causa de nossas distintas capacidades é a natureza (inatismo) ou a cultura (empirismo), *“tenemos genes que codifican para ciertas adaptaciones (naturaleza), pero si se trata de alcanzar su pleno potencial, es necesario que se den ciertas condiciones exteriores (cultura). Las ideas (y las motivaciones) innatas son ideas incompletas...Nuestra herencia producto de la evolución es muy rica comparada con una tabla rasa, pero muy pobre en comparación con una persona completamente desarrollada”*.

Dessa maneira, os genes e as culturas co-evoluíram ; estes são afetados mutuamente e nenhum processo pode ser estudado isolado para os seres humanos: somos objetos físicos (corpo e cérebro) dos quais as mentes emergem e, de algum modo, de nossas mentes se formam as sociedades e as culturas.

7. A evolução da inteligência humana: inteligência operativa e inteligência social

Rastrear a evolução da inteligência, já seja animal ou humana, constitui uma tarefa árdua e problemática na exata medida em que sequer sabemos exatamente o que é. “Inteligência”, da mesma forma que “mente”, “pensamento”, “vontade”, “intenção” e a maior parte das palavras que utilizamos para falar das ações correntes de qualquer ser humano são conceitos de sentido comum: os utilizamos aceitando a vacuidade de seus significados na medida em que, fazendo uso da introspecção, todos somos capazes de entender a que se referem. Definem, pois, uma condição, uma maneira de ser e obrar como “humano”, e que os filósofos e cientistas levam séculos utilizando a guisa de ponto de partida para construir os sistemas ontológicos de que se ocupa a teoria ou a atividade filosófica e científica.

O sentido técnico de “inteligência” – ou de qualquer outro dos termos mencionados – é outro. O autor que já estudou com maior profundidade e sutileza os fenômenos mentais humanos buscando realizar um modelo técnico de sua estrutura, Noam Chomsky – seguindo a Hillary Putnam –, sustenta inclusive que quando nos referimos a esses aspectos do que supõe um “ser humano” não é possível ir mais além de uma *folk psychology*, quer dizer, das aproximações de sentido comum (Chomsky, 1992). Mas, se é assim, então nem sequer o ponto de partida está bem definido. Como poderíamos avançar na busca filogenética de algo que não sabemos exatamente o que é?

As ciências cognitivas já contam com uma definição técnica de “mente”. A mente é um estado funcional do cérebro, coisa que nos permite não somente estabelecer os correlatos cerebrais da linguagem senão também, como veremos mais adiante, os de outras faculdades mentais. A inteligência cabe entendê-la, portanto, como uma determinada forma de encadear: (I) informações perceptivas – *inputs* – (II) elementos existentes no armazém da memória para dar sentido a essas percepções e, por fim, (III) ações motoras – *outputs*. Dito assim, o esquema parece muito simples, embora não o seja de fato.

Como já dissemos antes, o modelo de atribuição de estados mentais a outros seres para valorar suas atitudes e suas possíveis reações as nossas respostas motoras, quer dizer, a chamada teoria dos sistemas intencionais que enunciou Dennett (1979; 1987), indica que certos primatas entre os que nos encontramos – mas não somente –

alcançam estágios muito complexos de ordem intencional. Pouco a pouco começamos inclusive a entender como são os correlatos cerebrais de tais processos cognitivos. Contudo, embora já saibamos encurtar mais o campo da inteligência/mente/cérebro, isso não significa dizer que podemos dizer, com precisão, como evoluiu.

Dar por boa uma afirmação e explicá-la descrevendo a maneira como se produziu seu trânsito filogenético são propósitos muito diferentes. Não custa muito esforço aceitar que a vida começou neste planeta há aproximadamente 3.500 milhões de anos, mas daí tão pouco se deduz que seja uma tarefa fácil indicar como apareceram as primeiras moléculas autoreplicantes.

De uma maneira parecida, não custa nenhum trabalho aceitar que a mente humana inclui a autoconsciência. O próprio Descartes construiu seu sistema filosófico a partir dessa afirmação axiomática que o filósofo francês considerava evidente em si mesma. Mas explicar como se produziu a evolução do conjunto mente/cérebro até chegar às capacidades humanas que denominamos com maior ênfase “inteligentes” – como a linguagem de dupla articulação, a moral complexa e a estética a guisa de traços derivados, próprios e distintivos dessa forma de ser do *Homo sapiens* – supõe e levanta dificuldades ingentes.

Tanto como para que Richard Lewontin concluísse, ao princípio de um texto seu dedicado a tratar da evolução da mente, que: “If it were our purpose in this chapter to say what is actually known about the evolution of human cognition, we could stop at the end of this sentence” (Lewontin, 1990). Sem embargo, o fato de que saibamos muito pouco sobre a evolução da mente humana não implica em absoluto que faltem propostas especulativas acerca de como teve lugar esse processo, uma vez que a ciência já conta com algumas “evidências” que permitem saber em que terreno nos movemos ao falar da evolução e função de nosso cérebro, nossa inteligência, nossa consciência ou nossa mente.

Parece que nos encontramos com um enigma de dimensões consideráveis. Primeiro, porque são muitas as teorias acerca do excessivo tamanho de nosso misterioso cérebro que, ademais de evolutivamente custoso e de ser o mais complexo dos objetos que se conhecem no universo (quer dizer, conhecido por si mesmo), não descansa nunca, nem sequer durante o sono, e cuja principal função consiste em recolher informação do entorno externo e do meio interno do animal, e processá-la de

tal maneira que resultem respostas motoras adequadas e, em geral, condutas apropriadas para a sobrevivência e reprodução do indivíduo⁷⁶.

Grande parte das teorias sugere que os avanços tecnológicos e a fabricação de ferramentas impulsionaram a necessidade de um cérebro grande (Wynn, 1979; Tobias,

⁷⁶ A enorme quantidade de neurônios do cérebro dos craniados, sua intrincadíssima e em grande parte ainda desconhecida microestrutura, a multiplicidade insondável de suas conexões sinápticas e a pluralidade de neurotransmissores dão lugar a um jogo combinatório com potencialidades de complexidade quase ilimitada [sem falar que a maioria das células no cérebro (e nervos) são células gliais, cuja função é dar sustentação aos neurônios e auxiliar o seu funcionamento, e que, embora não possuam a habilidade de disparar impulsos elétricos - fato que tem levado a não despertarem tanto o interesse dos cientistas quanto os neurônios (responsáveis da atividade cerebral)-, comunicam-se entre si por meio de mensagens químicas (uma vez que contêm receptores e sistemas de reabsorção para alguns neurotransmissores) e, dessa forma, não somente realizam muitas outras funções (algumas das quais ainda não se entende completamente) senão que parecem ter um papel a desempenhar na regulação do ambiente sináptico, e talvez outros papéis também, durante o desenvolvimento, instruindo a neurogênese e sintetizando proteínas necessárias à função neuronal – Rose, 2006]. O cérebro humano, por exemplo, está constituído por mais de cem bilhões de células nervosas ou neurônios que se encontram conectadas entre si com um extraordinário e inconcebível grau de complexidade (por exemplo, cada uma das neuronas pode estabelecer umas mil conexões, por meio das quais se podem transmitir como sinais mais de cinquenta tipos distintos de neurotransmissores). Não é de estranhar, portanto, que suas possibilidades de codificação e processo da informação sejam inabarcáveis. Nomeadamente quanto ao tamanho de nosso cérebro, note-se que a seleção natural escolhe entre câmbios provocados por mutações que de vez em quando se produzem ao azar no genoma. É possível que tal mutação no gen da miosina MYH16 tenha desempenhado um papel decisivo na origem do gênero humano, nomeadamente no que se refere ao aumento do crânio e da capacidade cranial. As miosinas são umas proteínas contráteis, que formam parte das fibras musculares. Precisamente é a contração das miosinas de um músculo o que produz a contração do músculo inteiro. Cada grupo de músculos tem suas miosinas específicas, codificadas nos genes correspondentes. A miosina MYH16, codificada no gen do mesmo nome, produz a contração dos músculos mastigatórios ou mandibulares nos primatas. Os símios não humanos, como os macacos ou os gorilas, e inclusive os australopitecos ou parantropos, têm ou tinham poderosos músculos mastigatórios, fixados na cresta superior do crânio, o que limita a capacidade de crescimento deste e, portanto, a do cérebro. Os *Homo*, sem embargo, possuem débeis músculos mastigatórios, incrustados nos ossos temporais, o que deixa livre de musculatura as fissuras pelas quais o cérebro pode crescer. De fato, os *Homo* têm um crânio maior e umas mandíbulas menores que nossos parentes, os homínídeos não humanos. Em 2004, Hansell Stedman e colaboradores descobriram que o gene MYH16 situado no cromossomo humano 7, sofreu uma mutação há aproximadamente 2,4 milhões de anos na linhagem homínídea que deu lugar ao gênero *Homo*. Esta mutação, presente em todas as populações humanas, não se encontra em nenhuma outra espécie de primatas estudada. Esta mutação impede que o gene se expresse adequadamente, pelo que não se gera suficiente miosina como para dar lugar a músculos mastigatórios potentes. Este “defeito” muscular permite ao crânio (e ao cérebro que há dentro) crescer sem impedimentos. Em efeito, pouco depois de produzir-se a mutação, as mandíbulas de seus portadores começaram a reduzir-se e seus crânios a crescer, provocando o processo de encefalização característico do surgimento do gênero *Homo* há aproximadamente dois milhões de anos. Por essa mesma data, as mãos já hábeis de nossos ancestrais começaram a ser mais eficazmente coordenadas pelo cérebro e as primeiras ferramentas líticas aparecem no registro arqueológico. Pouco depois, alguns desses flamantes *Homo* saíram de África.

1987)⁷⁷. A pressão exercida pelo processo de seleção, segundo estas teorias, provém do entorno físico e de outros animais, sustentando que o cérebro humano necessitava ser mais sagaz que o de seus predadores e mais apto para enfrentar as dificuldades de um entorno particularmente adverso.

Decerto que as ferramentas representaram uma grande vantagem para acometer o inimigo e um cérebro maior poderia fabricar utensílios melhores ou facilitar a coleta de alimentos, mas daí sustentar e concluir que o cérebro deva ser tão desmedidamente grande como para levar ao cabo este tipo de cometido vai uma grande distância. Depois, se a complexidade cerebral é uma função da complexidade instrumental, então os modelos de evolução do conjunto cérebro/inteligência técnica não estão tratando de descrever a filogênese da inteligência senão a evolução dos próprios instrumentos líticos.

Por conseguinte, parece razoável supor que algo distinto motivou o aumento do tamanho de nossa arquitetura cerebral, uma vez que a correlação inteligência/capacidade de fabricação não está demonstrada mais além de qualquer dúvida razoável. Na verdade, essas dúvidas existem e persistem. O tecido cerebral é, para dizer com uma expressão afortunada de Leslie Aiello, muito custoso (Aiello & Wheeler, 1995). São muitos os recursos biológicos e energéticos que há que investir para obter os grandes cérebros que a pressão seletiva impôs no *Homo*.

⁷⁷ Assim, por exemplo, o uso de ferramentas supõe umas destrezas cognitivas tais como a faculdade de antecipar o objetivo a lograr, com frequência invisível ou distante do lugar donde se prepara ou se usa o instrumento. Note-se, sem embargo, que quaisquer dos traços relativos à postura bípede, o desenvolvimento do tamanho do cérebro e o uso de ferramentas que se hão considerado marcadores chave da humanidade parecem proceder de períodos de tempo bastante distintos. Longe de aparecer de uma vez em uma sorte de super-mutação massiva, as provas indicam que todos esses traços foram surgindo e desenvolvendo-se pouco a pouco ao largo de toda nossa história evolutiva (em um período de vários milhões de anos), começando mais ou menos quando nossos ancestrais se separaram dos outros símios. De fato, não há nenhum momento determinado no qual possamos exclamar “Aqui nos convertemos em humanos !”, nenhum grande momento de conversão na rota a Damasco que faça com que os não humanos se convertam repentinamente em seres humanos. O momento em que formulemos dita exclamação depende totalmente do traço que queiramos considerar “especialmente humano”. Talvez devêssemos ver a história de nossa espécie como o acúmulo e o desenvolvimento gradual dos componentes claves, um a um, cada um como resposta a alguma circunstância única, a um desafio concreto, mas cada um deles cimentando o caminho até o próximo na larga sequêcia que, ao final, nos conduziu aonde estamos agora, isto é, como o acúmulo e desenvolvimento de graus cada vez maiores da humanidade que finalmente se reuniram há só cinquenta mil anos, com a revolução do Paleolítico Superior – aproximadamente cem mil anos antes de que o cérebro humano alcançara seu tamanho moderno e que quase esteve limitada a Europa e não se produziu nada pelo estilo entre nossos colegas de África, Ásia e Austrália. (Dunbar, 2004).

Assim que, se não é a complexidade instrumental a responsável de manter essa pressão, quer dizer, tendo por acertada a hipótese de que a inteligência operativa, por si só, não é suficiente para justificar o alto custo da evolução de nosso cérebro (e que também sequer cabe pensar que o mesmo ocorrera de forma acidental), o problema então passa a ser o seguinte: a que tarefa cognitiva há que atribuir o êxito adaptativo dos cérebros que aumentam de tamanho e, segundo cremos, de complexidade, um êxito mais que necessário para justificar o incremento de um tecido cerebral tão custoso?

Uma possível resposta a esta pergunta foi antecipada por Nicholas Humphrey há algum tempo: os cérebros se tornaram grandes e complicados para poder entender as regras muito complexas de convivência social (Humphrey, 1976). Com um detalhe a mais: a aparição na filogênese de inteligências capazes de entender tais regras deve ter sucedido antes da separação das linhagens que conduzem respectivamente a *Pan* y *Homo*. E nada nos autoriza a supor que a vida social dos chimpanzés é simples (Tomasello e Call, 1997).

Dir-se-ia, pois, que uma das principais pressões que conduziram aos humanos a evolucionar na forma em que o fizeram foi os próprios humanos em sua dimensão social, isto é, que foi a necessidade de afrontar o complexo mundo social em que viviam o que os levou a desenvolver cérebros maiores (por exemplo, parece ser que na medida em que durante a evolução aumentou o tamanho da amígdala aumentou também o neocórtex cerebral e a complexidade da conduta e habilidades sociais dos animais, especialmente dos primatas – Dunbar, 2004 e 1996). É deveras mais difícil, desde logo, poder predizer o comportamento do próximo que o calendário anual que, por si mesmo, se repete sistematicamente com o passo dos séculos. O córtex frontal alberga funções como a planificação e a toma de decisões que parecem derivadas mais da necessidade de interagir com os membros de um grupo social complexo que da resolução de outros problemas relacionados com o meio ambiente. E de ser assim, é muito provável que a melhor razão existente do grande desenvolvimento neocortical do *Homo sapiens* deva referir-se a um fenômeno cognitivo ligado ao reconhecimento do outro e à valoração de sua conduta: a inteligência social – nomeadamente, o tratamento da reciprocidade entendido como “função própria” dos seres humanos (Haidt, 2006; Ridley, 1996; Humphrey, 1976)⁷⁸.

⁷⁸ A noção de “função própria” foi cunhada por Ruth Millikan em 1984 e se refere aos constituintes essenciais e exclusivos da forma de atuar de nossa espécie, que se considera

ligada à natureza própria de qualquer ser humano a despeito e à margem de diferenças temporais ou geográficas. Segundo Domènech (1998), o último Hayek se mostrou muito preocupado pelas implicações de um conceito assim, já que via na existência de funções próprias de nossas intuições morais uma ameaça e uma fonte inamovível de descontentamento e oposição à ordem capitalista ultraliberal que era de seu gosto: “*Os instintos inatos do homem não são a propósito para uma sociedade como a que vivemos. Os instintos estavam adaptados à vida em pequenos grupos (...). Só a civilização trouxe individualização e diferenciação. O pensamento primitivo consiste fundamentalmente em sentimentos comuns dos membros dos pequenos grupos. O coletivismo moderno é uma recaída nesse estado selvagem, um intento de reconstruir esses fortes vínculos que se dão nos grupos limitados...*” (Hayek, 1983: 164-165)”. Dito de outro modo, como a arquitetura cognitiva humana possui uma estrutura homogênea e funcionalmente integrada - a par de regimentada em módulos ou domínios específicos - , todos os membros de nossa espécie possuímos umas capacidades que, em muitos aspectos, não respondem às necessidades cognitivas atuais . O comportamento que dirigem pode tornar-se marcado e militar contra os melhores interesses do indivíduo e da sociedade : são as chamadas *funções impróprias* . Com efeito, uma vez dedicada a devida atenção a este fato, pode-se observar que , em especial nas sociedades complexas, algumas das funções para as quais estamos desenhados já não contribuem à saúde nem ao bem estar . Por exemplo, nosso corpo está fisiologicamente adaptado à dieta dos caçadores-recoletores do Pleistoceno: animais selvagens, frutos secos, frutas , verduras frescas, gordura e açúcar. A circunstância de que nossa dieta atual (bem como nossas sedentárias e cotidianas atividades diárias) seja distinta no que diz respeito ao consumo de produtos lácteos, de cereais, de carne com gordura, de açúcares, óleo e álcool, tem profundas consequências para nossa saúde: os ataques cardíacos, os infartos, o câncer e a diabetes têm que ver com este tipo de nutrição. Seja como for, a incomodidade que possa produzir um conceito assim não é o verdadeiro problema. A questão essencial é a de em que medida podem detectar-se e documentar-se funções próprias nas origens da socialização humana e até que ponto continuam essas funções marcando o terreno das intuições morais como sistema de convivência. Porque, de ser assim, o intento de retomar o “estado selvagem” – leia-se “natural” – poderia converter-se não somente em algo errôneo senão muito perigoso. É possível documentar tais “funções próprias” do ser humano? Inferir e prever o comportamento dos demais, manter a coesão social e a cooperação intragrupal e resolver problemas rotinários de sobrevivência, de reprodução, de intercâmbio social na vida em grupo são necessidades que, em nossa espécie, conduziram à fixação de mecanismos muito sutis para a avaliação das atitudes cooperativas. Os problemas que levanta para um grupo de cooperadores a existência de egoístas camuflados de altruístas, e a necessidade de identificar e castigar a quem se supõe uma carga social assim, é um aspecto que a sociobiologia e a etologia tem tratado com frequência. De fato, os estudos realizados por Cosmides e seus colaboradores sugerem que a seleção natural poderia haver fixado no cérebro humano certos circuitos especializados na análise dos intercâmbios sociais, capazes de detectar as condutas enganosas (Cosmides, 1989; Stone, Cosmides, Tooby, Kroll & Knight, 2002; Sugiyama, Tooby & Cosmides, 2002). De tal sorte, o estabelecimento de “contratos” cooperativos seria mais que uma propensão cultural universal: suporia um traço humano característico de nossa espécie, uma atividade tão estendida no comportamento social humano como a linguagem e o pensamento abstrato. Significaria de fato o principal fator de condicionamento e desenvolvimento das capacidades cognitivas das pessoas, das relações, dos motivos, das emoções e das intenções que se manifestam no entorno social. De acordo com esta hipótese, a proposta de Cosmides e colaboradores parecem fazer referência a uma parte do cérebro humano que funciona como uma máquina de calcular implacável e arrasadora. Ele trata cada problema como um contrato social firmado por duas pessoas e fiscaliza aquelas que podem burlar o contrato. É um órgão de troca que tudo o que faz é empregar módulos especiais de dedução projetados pela seleção natural para descobrir violações de contratos firmados por duas partes. Em realidade, como espécie, em qualquer entorno que vivamos, seja qual for a cultura, não somente parece que somos excepcionalmente conscientes da relação custo-benefício existentes nas trocas, como inventamos a troca ou o contrato social mesmo nas

De fato, nossa capacidade de auto-observação através do espelho alheio é uma das bases da vida social humana e a essência do que significa em verdade autodenominarmos “seres sociais”. É também um ponto crucial em alguns dos modelos matemáticos refinados da evolução dos agentes sociais. Por exemplo, Nowak e Sigmund (1998) ofereceram um modelo de simulação do desenvolvimento de grupos cooperativos em que a reciprocidade indireta nas ajudas se obtinha não tanto mediante a cooperação efetiva como graças ao fato de contar com uma “imagem” de cooperador (Wedekind, 1998). Voltaremos de imediato sobre este ponto.

A maneira como foi possível fixar-se na evolução dos hominídeos a faculdade mental de identificação do “outro” como ser intencional somente pode ser esboçada de forma especulativa, mas já se há assinalado que a necessidade de adaptar-se aos novos habitats abertos da savana africana mediante o uso de instrumentos de pedra em tarefas de caça poderia haver suposto uma pressão seletiva suficiente para estabelecer fortes tendências sociais e favorecer o ulterior avanço das capacidades cognitivas relacionadas com a comunicação e associação simbólica. Isso é tanto como dizer que as bases neurofisiológicas para a linguagem, o pensamento, a intercomunicação proposicional e a leitura da mente poderia haver-se iniciado não na etapa final da hominização, com *Homo sapiens*, senão nos momentos iniciais dentro da espécie *Homo habilis* (Tobias, 1987a; Tobias, 1987b).

À margem do acertado que possa ser o modelo da aquisição recente no gênero *Homo* de capacidades cognitivas próprias e distintivas, o certo é que dentro desse gênero e a partir, sobretudo, do *Homo erectus*, se produzem incrementos extra-

situações mais impróprias. O tecido inteiro de nossa sociedade e economia estão baseados em uma imensa rede de relações de reciprocidade. Os cidadãos respeitam a vida e propriedade dos demais, à condição de que os demais respeitem a sua. O cozinheiro do restaurante prepara a comida para mim, supondo que logo eu lhe vou pagar a conta. Em geral, as transações baseadas na divisão social do trabalho pressupõem uma grande rede de obrigações recíprocas, à qual coincide com nossas intuições morais, isto é, com nossa tendência inata à reciprocidade. De acordo com Ridley (1996), a reciprocidade pende, como a espada de Dâmocles, sobre a cabeça de cada ser humano: obrigação, dever, dívida, favor, ajuste, contrato, troca, negócio... O que não falta em nossa linguagem e em nossa vida são idéias de reciprocidade, de contrato e de troca social. O que os demais fazem conosco (e por nós) e pensam de nossos comportamentos tem uma grande importância para nossas atitudes morais. (Haidt, 2006). Outra importante teoria que parece ter uma implicação direta com nossas atitudes morais e emocionais é a teoria do vínculo que, depois de depurada através das décadas, sustenta que os “estilos” de vínculo nas experiências infantis, assim como as que se tem ao largo da vida, deixam uma marca profunda na personalidade, atitudes e conduta da criança, assim como condicionam os traços pessoais que tenha quando seja adulto. Para mais detalhes sobre a teoria do apego, além dos trabalhos de Shaver indicados na bibliografia, cf.: Feeney y Noller, 2001; Siegel, 2007; Bowlby (1999); Begley (2008); Goleman (2006).

alométricos do cérebro (superiores ao do próprio aumento do tamanho do corpo). Terrence Deacon (1996 e 1997) precisou ainda mais a hipótese apontando a certos câmbios no córtex frontal – já dentro do *Homo sapiens* – como responsáveis da aparição das complexas capacidades cognitivas humanas.

A vida em grupos cada vez maiores contribuiu para o desenvolvimento de mais inteligência social, evoluindo os hominídeos como verdadeiros leitores de mente. No processo de hominização aumentou o volume cerebral (e com ele os neurônios disponíveis e os padrões possíveis) em relação com o volume corporal e se desenvolveram especificamente o cerebelo e o córtex frontal⁷⁹.

⁷⁹ Dito de outro modo, da vida em grupo dos primatas resultou a necessidade (evolutiva e adaptativa) de processos cognitivos especializados para competir com êxito na complexidade de nosso estilo de vida social : as relações sociais implicam na construção e verificação de hipóteses, algo muito distinto à tomada de decisões sobre a busca e provisão de alimentos dos chimpanzés , que é simples memória rotinária - se maltratamos, por exemplo, a um cachorro, seguramente da próxima vez reagirá com agressividade, mas jamais conspirará para nos tirar um posto de trabalho, uma companheira ou qualquer outra coisa que apreciamos muito. Aqui residiria a função biológica da consciência. E foi precisamente Nicholas Humphrey (1976) quem avançou uma elegante explicação de tipo evolucionista referida a um módulo da teoria da mente. Em realidade, foi este psicólogo de Cambridge quem introduziu a psicologia da evolução no mundo acadêmico. Em um original e inteligente trabalho intitulado “ A função social do intelecto”, Humphrey (1976) defende a sofisticada hipótese de que quando os indivíduos vivem no seio de um grupo e estabelecem múltiplas relações de cooperação, competição e reciprocidade, os indivíduos com capacidade para predizer o comportamento dos demais alcançam maior êxito reprodutivo. O núcleo da tese de Humphrey radica na idéia de que a consciência permite-nos utilizar nossa própria mente como modelo da mente dos demais indivíduos : pensar que outras pessoas pensam da mesma maneira como pensamos foi de um valor imenso em termos de evolução. A consciência evoluiu para nos permitir utilizar nossa mente como modelo para compreender a mente de outras pessoas e, graças a ela , possuímos a capacidade de tomar *nossas mentes* como medida de todas as coisas. Ou seja, em algum momento de nosso passado evolutivo foi possível encerrar-nos em nossos próprios pensamentos e sentimentos , e perguntar-nos a nós mesmos como nos comportaríamos em tal ou qual situação fictícia ; é a essa capacidade de representação interior cuja função é permitir que cada ser humano se entenda e se relacione com os demais que Humphrey denomina de *consciência* - esse truque engenhoso de que nos valem para ler o conteúdo da mente de outras pessoas. E havendo a consciência (e também o cérebro) evolucionado como parte da inteligência social (ito é, da capacidade estritamente vinculada à interação com os membros da mesma espécie, podendo essa interação ser violenta, cooperativa, ou algo a meio caminho entre essas características) , como qualquer outra faculdade e estrutura natural, deve ter chegado a existir porque conferia às criaturas que a possuísem algum tipo de vantagem biológica. Por conseguinte, os primeiros hominídeos avançaram de forma muito notável em relação com seus ancestrais quando começaram a indagar dentro de suas mentes para entender a conduta de seu entorno. Esta introspecção deu origem ao que Humphrey denominou “*Homo psychologicus*” , aos humanos (psicólogos naturais inatos) capazes de compreender seus congêneres e, em última instância, a si mesmos. E à medida que os primatas foram desenvolvendo suas complexas estruturas sociais, sua sobrevivência começou a depender de argúcias mais sofisticadas para predizer o comportamento de outros indivíduos de sua espécie. Imaginemos , por exemplo, um macho que pretendesse apoderar-se de uma fêmea de seu grupo rival ou de uma porção de comida

maior da que lhe correspondesse. Antecipar-se aos movimentos do outro lhe seria seguramente de grande ajuda e, um modo de consegui-lo, implica na necessidade de observar os próprios processos interiores. E como já dissemos antes, esta teoria sugere que um sistema social complexo torna aconselhável dispor de certo sentido do “eu interior” para sobreviver nos intercâmbios recíprocos e para desenvolver aquilo que os psicólogos denominam uma “teoria da mente”, isto é, a certeza de que os outros também têm intenções e preferências (desde logo de primeira e de segunda ordem), crenças, pontos de vista e desejos. De fato, parece que não há dúvidas de que podemos aprender muito com a só observação inteligente do que ocorre em nosso entorno, e seguramente o fazemos. Mas uma coisa é dar-se conta dos fatos externos e outra muito distinta é ler o que há sob a superfície e dar sentido ao que vemos. E dar sentido aos fatos externos é, precisamente, o que constantemente (consciente ou inconscientemente) estamos fazendo, circunstância que se relaciona como nossa inata capacidade para inventar explicações de fatos e fenômenos, estados de ânimo e emoções, para encontrar uma história plausível que explique tudo o que os demais (e também nós mesmos) fazem ou sentem. É da natureza do existir humano que quando observamos o comportamento de nossos congêneres, raras vezes, pode até que nunca, observamos um mero mosaico de atos incidentais; o que vemos detrás deles é uma estrutura causal mais profunda, a presença oculta de planos, intenções, emoções, recordações etc., e, partindo dessa base, podemos tratar de compreender o que fazem os demais. Em resumo, estamos desenhados pela seleção natural para ter uma capacidade de prever ou de ter uma imagem, uma espécie de modelo conceitual da mente humana, sem a qual uma espécie essencialmente social como a nossa não teria podido sequer prosperar biologicamente. A compreensão interna é nosso direito desde o nascimento e nosso maior presente. Cada um de nós começa sua vida preparado pela natureza para criar o mundo dos demais a sua própria imagem. Para uma criança não há outra alternativa; não vê nos demais nem mais nem menos que os sentimentos que ele mesmo conheceu e, à medida que se enriquece, o mundo que lhe rodeia se enriquece com ele. Logo, é a existência secular e o mútuo relacionamento na vida social que produzem o indivíduo; o reconhecimento do outro vai unido com o reconhecimento do eu. A capacidade para autointerpretar-nos é inseparável da aquisição da capacidade para interpretar a outros, para ler suas mentes, para lhes entender, e para nos entender a nós mesmos, como seres intencionais. A função própria do fabuloso desenvolvimento neocortical do *Homo sapiens* é precisamente a de facilitar a interpretação própria e alheia, a inteligência social. A origem biológica de nossas mais extraordinárias capacidades cognitivas – como em todos os grandes hominídeos – é de todo ponto social. Pois bem, a título meramente ilustrativo, citamos aqui a cópula de frente que já se pretendeu ver como próprio da espécie humana (agora sabemos que também a praticam os bonobos, assim como alguns símios platirrinos, como os muriquis –*Brachyteles aracnoides*– de Brasil – Dunbar, 2004). Trata-se de uma consequência das disposições anatômicas ligadas ao bipedismo (posição do útero com respeito à vagina e orientação desta última). Mas não é também a forma mais próxima de ler na mirada do outro algo mais profundo durante o ato sexual? E a intenção, que parece um princípio fundamental da ética, está integrada em nosso cérebro? A investigação sobre a “teoria da mente” sugere que em efeito é assim. De fato, a intenção pode ser uma das características definitórias da espécie humana. Uma parte crucial do ser humano consiste em ter uma teoria sobre as intenções dos demais em relação consigo mesmo. Se eu tenho uma teoria sobre como me relaciono com alguém e este alguém comigo, grande parte dela se baseia em como interpreto nossas intenções mútuas. Esta constatação – a de que nosso cérebro está configurado para formar intenções, para construir crenças pessoais ou “teorias da mente”- deve ser o contexto desde o qual se analise todo argumento de intencionalidade. Pois bem, a indagação acerca dos pensamentos e sentimentos dos demais tem sido matéria de amplas investigações durante anos. Mais recentemente se arrojou nova luz sobre estas questões que receberam nova atenção graças à obra do neurofisiologista italiano Giacomo Rizzolatti, da Universidade de Parma. Em suas investigações com macacos, Rizzolatti e seus colaboradores (2001) descobriram o que hoje se conhece com o termo popular de “neuronas espelho”. São neuronas que respondem a um tipo de gesto particular, independentemente de quem faça dito gesto: o mono de que se registra a atividade cerebral, ou

Seguindo o modelo de Dennett (1987), as estratégias que mantêm qualquer indivíduo pertencente a uma comunidade na qual se encontra congêneres seus – ou, em geral, qualquer indivíduo A que interaja com outro B – dependem da maneira como A considera que sua própria conduta influirá no que faça B. Os cálculos podem chegar a ser tão complicados no vaivém das expectativas como os que realiza um jogador de xadrez antecipando os movimentos. Está claro, pois, que se alguns primatas são capazes de avaliar o mundo e seu papel nele dessa maneira, as doses de “inteligência” que necessitam com respeito a essas tarefas cognitivas são notáveis.

O conceito de *inteligência maquiavélica* – já vimos - intenta expressar o rango de processamentos cognitivos necessários para toda espécie que alcance o sistema intencional de terceira ordem proposto por Dennett, em que o indivíduo A atribuiria a aquele outro B com o qual interage a posse de uma mente o bastante complexa como para albergar desejos e crenças acerca do próprio A. De tal maneira, se supõe

bem outro mono. Se o mono investigado tenta pegar uma uva, observa-se uma descarga em determinadas zonas do lobo pré-frontal do animal. Se outro mono, ou inclusive um humano, pega a uva, as neuronas do mono que observa a ação também se disparam (ou se ativam). Em suma, as neuronas refletem tanto as atividades do “eu” como as do “outro” dirigidas ao mesmo objetivo. O mais curioso deste fenômeno é que também nos primatas não humanos existe um mecanismo que consiste em refletir, apreciar ou sentir os objetivos que perseguem os demais, incluídos os membros de outras espécies. Rizzolatti e seus colaboradores afirmam que, segundo os estudos de TMS, o sistema de espelho humano não somente existe, senão que se diferencia do sistema do mono em um ponto fundamental: reconhece não somente os movimentos sem sentido, como os gestos vagos, senão também os movimentos que tem uma finalidade. Em nossa espécie, as neuronas espelho se acham na área de Broca, no lobo parietal inferior e na parte anterior do giro frontal inferior. De fato, os estudos do sistema de neuronas espelho em seres humanos revelam que está muito mais estendido e realiza muitas mais funções que nos monos. Rizzolatti sugere, ademais, que o estudo deste sistema poderia ser o germe de uma teoria modular da mente exclusivamente humana (Gazzaniga, 2010: 45). Os trabalhos de Ramachandran (2000) sobre pacientes com lesão cerebral indicam outra função crucial que possivelmente desempenham as neuronas espelho nos seres humanos: de que o cérebro está construído para sentir não somente as próprias experiências, senão também as dos demais. O descobrimento deu lugar a numerosas teorias e novos achados sobre o papel da mímica e da imitação no intento de compreender os sentimentos dos demais. Realmente simulamos seus estados mentais ao ativar nossos próprios sistemas cerebrais emocionais (por exemplo, a amígdala, a parte do cérebro associada com a emoção, o aprendizado emocional e a avaliação emocional) do mesmo modo em que supomos que estão ativados os seus (Iacoboni, 2009). Através destes sentimentos que experimentamos, compreendemos os sentimentos dos demais; lhes lemos a mente e a linguagem corporal. “Lemos a mente” por meio dos instrumentos que nos deu a evolução. Temos uma sofisticada capacidade de ler as expressões faciais de outra pessoa e inferir seu estado mental. Podemos estimular mentalmente o estado emocional dessa pessoa e assim ter a sensação de que sabemos como se sente. De fato, para que funcione nosso sistema social *devemos* ler a mente dos demais: a capacidade de intuir os estados mentais de outras pessoas é fundamental para as interações sociais. E o cérebro dispõe de muitos mecanismos para isso (Gazzaniga, 2005, 2010; Goldberg, 2002).

que A atuará da menor maneira possível para lograr que B interprete sua conduta – a de A – da forma que A prefere. Somos atores sociais, viria a ser a conclusão, e desejamos manipular aos outros. Mas: quem somos esses “nós”? Os humanos tão somente? O conjunto de humanos e chimpanzés?

O grupo irmão do conjunto *Pan+Homo*, quer dizer, o grupo biológico mais estreitamente emparentados conosco e os chimpanzés é o gênero *Gorila*. Os gorilas mantêm grupos sociais com um macho dominante, várias fêmeas e as crias correspondentes, assim que parece que necessitariam um nível de inteligência maquiavélica similar. Os orangotangos, *Pongo*, são, pelo contrário, animais solitários no que respeita aos machos. Sem embargo, estabelecer aí a barreira da maior inteligência parece ser um tanto quanto inadequado. Sarah Brosnan e Frans de Waal (2003) indicaram mediante um experimento muito elegante como os monos capuchinos, *Cebus apella*, dispõem de um sentido agudo da justiça.

Em condições experimentais, aprendem a intercambiar fichas por comida com seus cuidadores humanos, mas se negam a fazê-lo se o trato oferecido é pior do que aquele com que se brinda a outro mono cujo intercâmbio é por ele contemplado e avaliado (Brosnan & De Waal, 2003). Este descobrimento de que os monos capuchinos estão dispostos a intercambiar fichas por comida, mas somente quando o trato é similar ao que se dá a outros indivíduos do grupo abre um amplo campo de possibilidades de estudo que pode relacionar-se à perfeição com as idéias dos etólogos e psicólogos (como Humphrey, 1976) acerca do “porquê” do aparecimento dos grandes cérebros dos primatas.

Com efeito, uma conduta desse estilo põe de manifesto alguma que outra clave interessante acerca do componente emotivo da inteligência e seu peso nos processos de toma de decisões e das ações que levamos ao cabo. Como dissemos antes, coloca-nos diante do fato de que talvez já vá sendo hora de cambiar os modelos matemáticos que descrevem o comportamento humano em termos de cálculo e decisão, com o fim de introduzir neles a variável emotiva. Mas pelo momento não sabemos como fazê-lo, provavelmente porque tão pouco pareça possível dizer-se que saibamos demasiado acerca da maneira como nossos cérebros relacionam sentimentos e juízos.

O sistema neuronal envolvido no processo de tomada de decisões ainda está investigando-se e sendo entendido⁸⁰. Contudo parece claro que não há um único centro

⁸⁰ Que partes do cérebro humano têm um papel mais ativo em nosso processo de decisão e que peso tem as emoções e o instinto nesse contexto? Sabe-se que a tomada de decisões é um

ou um lugar no cérebro destinado exclusivamente a esta tarefa. Mais bem parece que

processo muito complexo e que não há uma única região do cérebro que seja determinante para essa tarefa. Sem embargo, há várias áreas claves do cérebro humano que participam na execução das decisões complexas, em especial aquelas às que se denomina tomadas de decisões afetivas, em que há incertezas sobre os resultados. Uma série de áreas chave são aquelas consideradas importantes para as funções executivas não afetivas, em particular a memória de trabalho (o ser capaz de aceder às informações lógicas e aplicar estratégias de raciocínio às mesmas é um ingrediente fundamental no processo de decisão). As áreas mencionadas anteriormente são as zonas laterais do córtex frontal e, mais recentemente encontrada, o hipocampo. Outra série de áreas chave são as importantes para o desencadeamento e a experiência do afeto e a emoção. Estas áreas incluem a amígdala e outras estruturas límbicas, como o hipotálamo e os núcleos autônomos do tronco cerebral, que são importantes para por em marcha as reações emocionais do corpo, tais como os câmbios na frequência cardíaca, a sudoração e a liberação hormonal - outras estruturas incluiriam áreas como a ínsula, que percebe e sente os câmbios no corpo e os traduz em um tipo de sentimento (que pode ser consciente ou inconsciente e difuso). Uma terceira área chave são as zonas medianas do córtex pré-frontal, e esta é a que se descreve como fundamental para a tomada de decisões afetivas - seu trabalho é emparelhar simplesmente um cenário ou uma idéia tomada da memória de trabalho com uma resposta emocional, quer dizer, quando pensas em uma decisão, o córtex ventromedial permite ao cérebro estabelecer uma resposta emocional (consciente ou inconsciente) que se sente como boa ou má (isto é o que se denomina marcador somático); esta atribuição de sentimentos bons ou maus a uma decisão potencial parece ser o fator determinante à execução dessa decisão de maneira positiva ou negativa. Esta influência se exerce nas áreas do cérebro que são fundamentais para a execução das condutas, e que inclui regiões como os gânglios basais e as áreas motoras e pré-motoras do córtex cerebral. Agora, no que se refere propriamente as atividades levadas a cabo pelos lobos frontais, há dois conjuntos gerais de funções executivas residentes nessa área do cérebro: **a.** as funções executivas não afetivas, que estão principalmente vinculadas às áreas laterais (especialmente a dorsolateral) do córtex pré-frontal, e que incluem funções executivas tais como a memória de trabalho, a planificação, o controle inibitório, o raciocínio e a solução de problemas; **b.** as funções executivas afetivas (emocional-sensitivas), e estas incluem os relativamente recentes mecanismos de tomada de decisões que se situam no contexto da “hipótese do marcador somático” - esta função executiva está vinculada principalmente às áreas medianas (em especial a ventromedial) do córtex pré-frontal. Note-se, por oportuno, que a revisão da literatura científica de investigação básica revela nove funções que se correlacionam com a atividade das áreas mediais do córtex pré-frontal (que funcionam juntas e se combinam de distintas maneiras), isto é, funções que implicam a atividade coletiva do córtex pré-frontal medial como parte de um circuito mais amplo e distribuído por todo o cérebro. Sem embargo, ainda que estas funções complexas dependem dessas regiões, ativam grupos de circuitos que abarcam zonas distintas aos neurônios pré-frontais, o que permite integrar um sistema neural mais amplo. As nove funções, que aparecem a partir da união funcional dessas áreas e que dá lugar a uma “unidade” de circuitos neurais integrados que transcendem essas regiões, são: regulação corporal, coordenação da informação recebida de outra mente com a atividade própria, equilíbrio emocional, flexibilidade de resposta, empatia, auto-conhecimento, regulação do medo, intuição e participação na mediação da moralidade. De fato, o córtex pré-frontal medial desempenha um papel ativo na moralidade, ativando-se também quando pensamos em dilemas éticos ou iniciamos uma conduta moral; através deste circuito integrado no núcleo neurológico, nos sentimos a nós mesmos e aos demais e o que é atuar de maneira correta e moral. Para uma revisão das referências bibliográficas relacionadas com estas nove funções pré-frontais mediais, assim como com os circuitos neurais sociais - isto é, as áreas pré-frontais mediais (córtex orbitofrontal, córtex pré-frontal medial e ventral, córtex cingulado anterior), a ínsula, o córtex superior temporal e o sistema de neuronas espelho - , cf. Siegel, 2010.

disponemos de diferentes áreas especializadas no processamento de diferentes tipos de informação, todas elas relevantes para o eventual resultado final de nossa decisão. Assim, temos áreas em que se codificam e processam as possíveis recompensas ou castigos que podem dar-se como parte da decisão, áreas que estimam quão provável é que esses resultados vão a suceder, e assim sucessivamente. O *como* processamos esta informação pode estar certamente afetado e condicionado por nosso estado de ânimo, e inclusive há provas que sugerem que quando tomamos decisões de forma "instintiva", quer dizer, sem um grande esforço consciente, as decisões tomadas podem ser bastante distintas.

O conceito de *homo oeconomicus* quiçá seja de alguma utilidade desde o ponto de vista normativo ou potencialmente na compreensão do comportamento agregado, mas não parece ter muita semelhança com a maneira em que tomamos decisões na vida cotidiana. A idéia de que temos recursos cognitivos ilimitados para compreender plenamente e deliberar sobre todos os aspectos relevantes de uma decisão em particular não está em absoluto de acordo com as investigações levadas a cabo neste campo. Por contra, com freqüência tomamos decisões, inclusive de grande importância, de uma forma por debaixo do ótimo, utilizando atalhos cognitivos e guiados por estados de ânimo (geralmente inconscientes). Assim mesmo, não tomamos decisões unicamente sobre a base dos próprios interesses econômicos; em seu nos preocupamos em grande medida por conceitos como justiça, equidade, igualdade, entre outros.

Portanto, em conclusão, diríamos que a natureza humana tem um papel primordial na economia, e que o conceito de *homo oeconomicus* talvez resulte interessante e até útil academicamente, mas não se o que se quer é entender *como* os seres humanos tomam realmente as decisões em condições naturais – isto é, tomando em devida conta os limites e as debilidades da psicologia humana e os inumeráveis fatores e influências, inatas e adquiridas, que condicionam todo e qualquer processo de decisão (Gigerenzer, 2008) ⁸¹.

⁸¹ De fato, quando o jogo do ultimatum se realiza com pessoas reais, os resultados se apartam muito do mito do *Homo oeconomicus* previsto pela Teoria Econômica. Em um experimento realizado em 15 países do mundo, desde Perú a Nova Guinéa, os resultados variam substancialmente em distintas sociedades. Por exemplo, em algumas culturas, como os Machiguenga de Perú, se faziam e eram aceitadas ofertas tão baixas como do 20% do total. Em câmbio, entre os Gnau de Nova Guinéa se chegaram a rechaçar ofertas tão generosas como de 70%. Segundo Herbert Gintis, da Universidade de Santa Fé e um dos coordenadores do estudo, entre os Gnau o status de uma pessoa depende de quanto seja capaz de dar;

E embora ainda não saibamos grande coisa acerca do caminho evolutivo de nossa mente, e muito particularmente dos correlatos cerebrais que ditam o sentido da moral e da justiça, estamos, ao menos, começando a entendê-lo. E converter esse mar de especulações em certeza é decerto a tarefa que se espera da ciência, no preciso sentido de que uma compreensão mais profunda das causas últimas (radicadas em nossa natureza) do comportamento humano poderá vir a ser de grande utilidade para averiguar quais são os limites e as condições de possibilidade do humano, do direito e da moral no contexto das sociedades contemporâneas.

portanto, as ofertas excessivamente generosas eram percebidas como ‘arrogantes’ e, em consequência, rechaçadas. Na maioria dos casos, as ofertas inferiores ao 50% da soma total eram rechaçadas com muita frequência, em contra das predições da teoria de jogos. Em definitiva, muitos jogadores preferiam perder dinheiro que ter que ‘tragar-se seu orgulho’ e aceitar uma oferta que é percebida como ‘injusta’. Curiosamente, esta atitude não pode descrever-se como “racional”, ao menos segundo os modelos econômicos vigentes. Desde o ponto de vista da Ciência Econômica, uma conduta racional consiste em maximizar o benefício próprio, com independência de que os demais ganhem ou perdam. Não obstante, o estudo aqui mencionado (e outros muitos) demonstram claramente que a conduta corrente dos humanos tem em conta outros muitos fatores de tipo psicológico. Quer dizer, ainda que os comportamentos sejam altamente variáveis entre grupos, nem um só grupo aproximou os comportamentos implicados pelo axioma do interesse próprio, e entre grupos, as diferenças nos comportamentos parecem refletir unicamente diferenças nos tipos de interação social experimentados na vida cotidiana. Seja como for, o jogo do ultimatum é apenas um de muitos modelos nos quais os sujeitos experimentais se comportam de formas que discrepam muito do paradigma de *Homo oeconomicus* e das predições relativas ao axioma do interesse próprio, da maximização racional do benefício próprio ou do interesse puramente egoísta. (cf. Henrich et al. 2005).

III. NORMAS, DISCURSO E INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

1. Homens e normas de conduta

Ninguém ignora que o homem é um ser cuja natureza é essencialmente social: um primata que nasceu para viver em comunidade. A expressão latina *unus homo, nullus homo* parece expressar bem essa natureza social que nos caracteriza enquanto espécie e que, para nossos antepassados, seguramente representou uma vantagem por oferecer soluções a problemas adaptativos práticos relacionados com a constituição de uma vida socialmente organizada: a troca, a tomada de decisões, o juízo moral, o castigo, a retribuição, enfim, separando os campos em que os interesses (direitos e deveres) individuais, sempre a partir das reações dos demais, possam ser comunitariamente exercidos⁸². O homem isolado, sem uma comunidade social na qual possa plasmar sua existência, não é homem: é um nada. Fomos desenhados para desenvolver-nos - e aprendemos a viver e a prosperar - no marco das restrições de um mundo natural e, nomeadamente no que se refere ao contexto comunitário, com a capacidade para criar e refinar as regras que governam nossas condutas éticas e que dão lugar à aplicação do direito no que chamamos justiça.

⁸² Quando, há aproximadamente 200.000 anos, o cérebro evoluiu até sua forma atual, o fez sob pressões seletivas derivadas do intercambio social. A sobrevivência diária nessas sociedades dependia de maneira inexorável da manutenção da coesão social, o que requer que cada indivíduo deve pagar um custo, ou cumprir certos requerimentos, para obter um benefício da comunidade. Definem Cosmides e Tooby (1992 e 2005) algo parecido a uma *lógica* do intercambio social que evoluiu como resposta aos problemas que suscitavam as interações cooperativas entre os indivíduos. Em concreto, elaboraram um programa de investigação experimental cujo objeto é determinar se nossa mente possui mecanismos específicos – algoritmos – que guiam nosso raciocínio em situações nas quais se produz cooperação entre duas ou mais pessoas para seu mutuo benefício. Três são suas aportações mais significativas: primeira, a tendência a cooperar de maneira condicional, isto é, somente quando o resultado seja (ou tenha sido) satisfatório; segundo, a proposta de que existe um mecanismo psicológico em nossa mente que nos permite raciocinar de maneira especializada para detectar indivíduos que enganam e/ou intentam obter vantagem nos intercâmbios sociais; e, por último, a presença de um forte sentimento de rechaço com relação aos trapaceiros. Em resumo, como consequência da vida em grupo (constantes interações sociais durante os últimos dois milhões de anos que condicionaram o desenvolvimento de capacidades mentais mediante as quais nossa espécie pode construir mapas cognitivos sobre as pessoas, as relações, os motivos, as emoções e as intenções que se manifestam em seu entorno social) nosso cérebro parece desenhado para detectar tais enganos (que geram os defeitos de nossos vínculos sociais relacionais) e atuar em consequência (rompendo o vínculo social e/ou favorecendo o castigo dos trapaceiros).

Pois bem, a doutrina jurídica tradicional, e em particular a filosofia do direito, se interrogam desde sempre acerca do modo como as regras sociais e as normas jurídicas surgem e se impõe na sociedade, ao que se acrescenta a questão relativa à maneira como essas regras e normas se legitimam.

Como já tivemos oportunidade de observar, a tradição jurídica e filosófica manteve durante séculos a tese de que o ser humano é sociável por natureza e, portanto, somente na sociedade organizada alcançava o indivíduo humano sua mais plena e perfeita realização. Assim que as normas e a organização sócio-política eram uma seqüela necessária do próprio ser humano, a dimensão ou componente imanente de sua natureza moral.

A partir dessa “evidência”, contudo, aparece um novo problema. Agora o grande interrogante será o de por que o homem vive em sociedade e se submete a normas, sociedade e normas que supõem limitações a sua (desnaturada) liberdade como indivíduo. Viver em sociedade é viver baixo normas e as normas se concebem, agora, como expressão ou prolongação da natureza humana - e não mais, tão somente, como sua limitação -, isto é, como uma manifestação ou um epifenômeno que expressa formas determinadas de condutas adaptativas, produto de uma arquitetura cognitiva estruturada de forma funcionalmente integrada, modular e relativamente homogênea.

Seja como for, parece haver um consenso entre os estudiosos do direito no sentido de que os sistemas jurídicos regulam o uso da violência na sociedade, monopolizam o uso da força física e costumam ser (ou, segundo as versões otimistas sobre a natureza humana, sempre são) opressivos ao impor os valores dos grupos dominantes. As características humanas da cooperação, da vulnerabilidade recíproca, da igualdade aproximada e do altruísmo apontam diretamente à necessidade de que as sociedades se dotem de normas que restrinjam a liberdade de seus membros através de certas proibições. Ademais, tais proibições, para que sejam eficazes, devem ir acompanhadas de sanções que, no caso do direito, serão institucionalizadas.

Tudo isso é certo, mas parece ser unicamente uma parte da história, já que os sistemas jurídicos têm também o cometido de resolver problemas relacionados com os vínculos sociais relacionais elementares através dos quais os homens constroem estilos aprovados de interação e estrutura social e, neste contexto, resolver os problemas decorrentes de uma existência humana essencialmente comunitária. Estes problemas surgem, precisamente, devido às características que associamos aos seres humanos tal como são (assim, por exemplo, a combinação de escassez de recursos e o altruísmo

humano dão como resultado situações que se correspondem com o denominado dilema do prisioneiro).

Em efeito, quando afirmamos que um grupo possui normas (éticas e/ou jurídicas), ao menos parte do que significamos é que o promédio de seus membros possuem crenças acerca do que se elege ou prefere justificadamente, consideram algumas regras de conduta como revestidas de autoridade e justificadas, algumas vezes criticam às pessoas e suas condutas por incumprimento das regras postas e se sentem motivadas, até certa medida, a escolher o preferível e a conformar-se com determinadas regras morais e/ou jurídicas, já por elas mesmas ou a causa do interesse na aprovação dos demais⁸³.

Qual é a razão das normas jurídicas (e morais) e por que são universais?⁸⁴ Qual é a explicação acerca de como é possível que tenhamos invariavelmente, enquanto

⁸³ A partir de uma lista de predisposições inatas, Premack e Premack (2002), constróem a forma geral de uma crença moral: 1) a crença se ocupa de uma relação entre objetos intencionais, geralmente pessoas (e às vezes deuses), uma vez que a moral é uma propriedade dos objetos intencionais (a classe de objetos aos que se aplica a moral é co-igual à classe de objetos aos que se aplica a intenção) - os objetos não intencionais podem entrar nesta relação somente se se caracterizam como possessão (a possessão estende o domínio moral aos objetos não intencionais); 2) a ação de um objeto intencional com relação a outro se julga como positiva ou negativa sobre a base de vários critérios (por exemplo, intensidade do movimento, ajuda e agressão, etc.), do que resulta que as relações se codificam como boas ou más - e como os seres humanos se encontram extremamente predispostos a catalogar atos como “dirigidos a um objetivo” e os vêem deste modo a partir da mais ligeira provocação, a atribuição de um objetivo ou uma finalidade é a precondição básica para atribuir valores às ações sociais dos objetos intencionais : aquelas codificadas como boas são obrigatórias, enquanto que as codificadas como más estão proibidas; 3) o grupo ao qual pertencem os participantes se distingue dos outros grupos e somente as relações entre membros do grupo são válidas. Dentro dos limites desta forma, virtualmente não existem restrições para o conteúdo, isto é, os critérios segundo os quais se julgam os atos morais não estabelecem restrições sobre o conteúdo da crença moral. Turiel (1983) postulou que a gente distingue entre as crenças morais e as convencionais, e que há fatos que são intrinsecamente morais. Sem embargo, afirmam os citados autores, podemos ver que as crenças morais podem ter qualquer conteúdo. Mais ainda, que não são os fatos em si mesmos os que tem o caráter de moral ou imoral. O que é intrinsecamente moral são os juízos distintivos que se estabelecem entre os objetos intencionais e os critérios que se usam para formular estes juízos. Assim que as crenças morais surgem da conjunção de fatores inatos e aprendidos. As meras convenções são aprendidas. As crenças morais são tão dependentes do aprendizado como de nossas intuições morais inatas. Nossas predisposições inatas não determinam o conteúdo da crença moral senão que aportam o marco (as condições de possibilidade) dentro do qual se forja o conteúdo. Ainda que a forma da crença moral reflita nossas predisposições inatas, não sucede o mesmo com os conteúdos. O conteúdo das crenças morais reflete mais bem os esforços de poder que realiza a cultura. Assim, enquanto a conteúdo das crenças morais pode variar muito nas diferentes culturas, as formas e as condições de possibilidade, dada a existência de uma natureza humana universalmente compartilhada, serão sempre semelhantes.

⁸⁴ Para uma abordagem atual acerca das características e traços universais (formais e materiais) do direito, cf. Alexy, 2005.

espécie, regras respeitantes à maneira como nos devemos conduzir? É razoável supor que o desenvolvimento dos sistemas normativos implicou processos causais gerados pelas inevitáveis colisões de interesses próprios da coexistência social e em vista da necessidade (inata) de inferir os estados mentais, de controlar e de prever o comportamento dos indivíduos, isto é, de antecipar as consequências do comportamento dos demais em empresas que requerem a competição ou a cooperação de vários indivíduos.

A importância de tais regras para a vida social nos leva a conjecturar que as sociedades que sobrevivam contem com algum tipo de regras revestidas de consenso e/ou de autoridade e, portanto, com algum conceito tal como “é legalmente obrigatório que” ou, com relação a regras mais informais, “é moralmente obrigatório que”, ou ambas as coisas. Por outro lado, do fato de que tais normas de comportamento sigam mantendo-se hoje em dia, parece igualmente razoável pressupor que a utilidade dos sistemas éticos e jurídicos deve haver desempenhado alguma função sócio-adaptativa e de que existem certos tipos de mecanismos evolutivos subjacentes às nossas normas de conduta.

Muitas, ou a maioria, das regras morais e jurídicas não haveriam tido lugar em absoluto se nosso mundo houvesse sido semelhante a um paraíso celestial, já que neste mundo não haveria sido necessário realizar atos considerados como imorais (como roubo, assassinato,...). Muitas regras jurídicas (e morais) proíbem a realização de algo que alguém muito bem poderia sentir-se tentado a fazer e que seria injurioso para outra pessoa, mas em uma paradisíaca “situação ideal” de convivência nunca se dariam estas condições e, em consequência, não existiriam normas de conduta (morais ou jurídicas). De fato, tudo leva a crer que os sistemas normativos se criam com motivo da tensão surgida entre os interesses coletivos e individuais, sobretudo quando os interesses díspares tendem a macular a estabilidade dos vínculos sociais relacionais estabelecidos. Em outras palavras, um pré-requisito para o aparecimento de regras jurídicas (e morais) é a existência de condições tais que as faça úteis; ainda que também é possível que algumas normas jurídicas (e morais) se desenvolvam sem nenhuma função.

Uma explicação da universalidade das normas jurídicas (e morais) poderia realizar-se mediante uma argumentação do tipo "sobrevivência do mais apto". Em épocas primitivas a sobrevivência, inclusive das sociedades, era algo precário; para que uma sociedade, ou tribo, pudesse sobreviver era necessário que nela existisse certa

estabilidade; a principal função das normas jurídicas (e morais) é precisamente a de proporcionar esta estabilidade na forma de ordenar a convivência humana. Mas isto não nos explica, sem embargo, o aparecimento de tais normas. Como, a partir de uma dada sociedade, foi possível passar de mecanismos desenvolvidos pela evolução a um nível individual ou grupal para a elaboração de sistemas jurídicos largamente partilhados?

Para passar do nível individual ou grupal de comportamento para o nível social parece ser crucial entender a criação de regras de comportamento como o resultado de um processo horizontal de “transação” e “negociação” entre indivíduos. As relações sociais implicam negociações, exceto nos casos em que há um grande desequilíbrio de poderes. Nas origens dos sistemas normativos devem ter estado presentes, pelo menos em parte, negociações entre indivíduos inclinados a adotar, no seu próprio interesse, certas regras e disposições relativas ao comportamento social.

Estas negociações devem ter sido influenciadas pelos tipos de vínculos sociais relacionais estabelecidos entre os participantes e, finalmente, terão conduzido a um compromisso a respeito de um determinado conjunto normativo cuja finalidade seria a de distribuir direitos e deveres reciprocamente outorgados. Mesmo hoje em dia, um grupo de pessoas dispostas a empreender uma tarefa em comum estabelecerá automaticamente um consenso informal sobre a divisão do trabalho e das responsabilidades. Se o grupo se vier a reunir de novo veremos seguidamente emergir um sistema normativo em miniatura, que é também, pelo menos em parte, um sistema ético-jurídico (Barkow, 1993).

Por certo que esta concepção relativa à *criação* das regras de conduta só é possível se tomamos como premissa uma idéia de direito fundamentada, entre outras coisas, em uma moral de respeito mútuo, ou seja, de que somos nós mesmos quem, ao conceber o direito como uma estratégia sócio-adaptativa, outorgamos, por meio de normas compartilhadas, direitos e deveres morais a todo o homem, com vistas a viabilizar os quatro modelos elementares de vínculos sociais relacionais e, assim, a vida social mesma. Com isto, o aparente mistério de que exista direitos e deveres que não foram outorgados se soluciona de uma maneira mais simples: todos os direitos e deveres, inclusive os fundamentais, têm de ser outorgados a seus portadores, só que já não são outorgados em função de premissas religiosas ou metafísicas, senão por nós mesmos ao conceber-nos baixo uma moral de respeito recíproco e universal. Não há, pois,

direito ou dever que não seja outorgado para resolver os problemas adaptativos a ele relacionados.

Esta argumentação pode, também, ser completada por outra, já agora acudindo à psicologia humana, segundo a qual os indivíduos, diante da intrínseca necessidade de pertencer a um determinado grupo, tendem a abandonar as pautas de comportamento que são penalizadas e mantêm as pautas de conduta que são gratificantes. Deste modo, a possessão de normas jurídicas como uma pauta de conduta, se segue da utilidade de possuir normas que tenderão a favorecer a cooperação e controlar a agressão no interior do grupo. Isto mostra como a criação de normas, o respeito às mesmas e a punição daqueles que infringem as regras da comunidade têm uma base natural e como a mente humana possui capacidades cognitivas especiais que lhe permitem distinguir entre colaboradores e trapaceiros. Mas quais são os verdadeiros benefícios ou a real utilidade que servem para justificar a possessão de normas morais e jurídicas? ; ou, já que estamos: por que é tão intuitivamente indesejável a condição de uma sociedade em que não existem regras, normas ou padrões de valor claros - e a qual Durkheim denominou de anomia ou ausência de normas?

Em primeiro lugar, possuir crenças éticas é possuir um sistema de consignas para a ação, para analisar ações alternativas em termos de aspectos favoráveis ou desfavoráveis. Se não contássemos com crenças tais como “a justiça é boa”, ou “se deve dizer a verdade e cumprir as promessas, exceto...”, como guías, já bem atuaríamos a cegas ou, do contrário, tenderíamos que dedicar muito tempo à reflexão em cada caso particular. Não possuir crenças éticas de nenhum tipo ou não contar com tendência a ser guiados por tais crenças, seria igual que não contar com crenças gerais em absoluto, ou não possuir nenhum padrão normativo de comportamento. O possuir algumas normas é, portanto, uma medida de economia essencial para o indivíduo.

Neste particular, Ronald Heiner (1985) revelou que seres humanos racionais simplesmente não podem tomar decisões racionais em cada momento de suas vidas. Se o fizéssemos, nosso comportamento seria, ao mesmo tempo, imprevisível e sujeito a paralisia à medida que calculássemos perpetuamente se deveríamos dar uma gorjeta ao garçom, reclamar da tarifa do taxi ou depositar mensalmente uma parcela diferente do nosso pagamento em nossa conta da aposentadoria. Na verdade, é racional para as pessoas dispor de regras simplificadoras ao seu próprio comportamento, mesmo que estas nem sempre produzam decisões corretas em todas as circunstâncias, porque a

tomada de decisões é, em si, custosa e muitas vezes requer informações que não estão disponíveis ou são incompletas.(Boyd e Richerson, 1995, 2001)

Ademais, se a vida há de fazer-se tolerável, deve proporcionar algumas medidas de segurança, proteção com relação à violência pessoal e outros ataques às condições fundamentais da existência individual. Deve existir previsibilidade e ordem dentro de um grupo social. Para proporcionar uma ordenada convivência humana devem existir regras revestidas de autoridade, sendo que estas regras são tanto mais eficazes quanto mais formal é o mecanismo de coação. Daí que as normas são úteis não somente como meio eficaz para tomada de decisões, senão também como um sistema eficiente de guias para a vida individual e cooperativa. E as normas jurídicas, proporcionando este tipo de mecanismo diretivo de condutas, prescrevem o papel que os indivíduos, grupos e instituições hão de desempenhar no contexto do comportamento institucionalizado.

Ora, se dermos por correto os argumentos antes articulados, parece razoável admitir que qualquer teoria social normativa (ou jurídica) que pretenda ser digna de crédito na atualidade deve estar fundamentada em profundidade nos ensinamentos de Darwin, quiçá *“el elemento más importante para desligarse del tradicional enfoque filosófico que descarta la neurobiología por considerarla irrelevante para comprender nuestra naturaleza”* (Churchland, 2006:321). E se em todos os lados encontramos diante de um patamar co-evolutivo natureza/cultura, não é de admirar que as normas de conduta joguem um papel crítico na vida humana, uma vez que permitem recrutar determinadas faculdades, sistemas de pensamento e outras fontes de informação que confirmem completamente e por vezes contradigam as conclusões de nosso sistema cognitivo, intuitivo e emocional. Isto, por si só, já deveria ser uma razão suficiente para dar-se conta da evidência empírica de que as normas jurídicas, enquanto artefatos culturais, podem proporcionar soluções superiores e mais razoáveis relativamente aos problemas de ordem e de interação social do que a nossa racionalidade, intuição e emoção atuando sozinhas.

Pois bem, particularmente com relação ao ser humano, do desenho produzido pela seleção natural que atuou sobre nossos genes e sobre nossos comportamentos durante um longo período evolutivo, este parece haver resultado de uma feliz combinação entre o instintivo e o reflexivo. Se nossos programas ontogenéticos cognitivos exigissem que a atividade consciente controlasse todos os fenômenos que dizem respeito a nossa existência, ficaríamos de tal modo absorvidos com essa ingente

e dispendiosa tarefa que, por certo, não nos restariam disponibilidades de ação para mais nada.

Por outro lado, se todos os nossos processos comportamentais fossem estritamente dominados por nossos instintos, seguramente não teria nenhum sentido o fato de que grande parte do crescimento de nosso cérebro teve lugar no neocórtex, a sede das funções superiores da mente e que incluem, de forma muito especial, a linguagem e seu produto baseado em símbolos, a cultura⁸⁵.

Como seres intencionais, qualquer ação – quer dizer, qualquer movimento, qualquer pensamento ou qualquer sentimento ou emoção que tenham propósitos intencionais – responde a uma forma específica de como a seleção natural modelou nosso cérebro dotando-lhe de uma vantagem adaptativa. Os objetivos de nossas ações se alcançam por meio de estratégias estritamente vinculadas à natureza humana, sem prejuízo – claro está – de admitir amplas variações resultantes da inserção no entorno sócio-cultural em que se vive. A cultura influi tanto no sentido de acentuar como de rebaixar as tendências mais profundamente enraizadas na natureza humana⁸⁶.

⁸⁵ O antropólogo Clifford Geertz (1973), parafraseando a Max Weber, escreveu que “o homem é um animal suspenso em teias de significados que ele mesmo inventou”. Isto é, o mundo em que vivemos não é feito de pedras, árvores e objetos físicos; é um mundo de insultos, oportunidades, símbolos de status, traições, santos, pecadores e de valores (são criações humanas que, embora reais a seu próprio modo, não são reais como as pedras e as árvores). Assim, por exemplo, os animais não humanos matam, mas não cometem um “assassinato”: é impossível para um pássaro “assassinar” outro pássaro, porquanto a palavra “assassinato” se reserva para a morte intencionada, deliberada, iníqua, de um ser humano por outro (podemos matar um cachorro, mas não assassiná-lo e se um cachorro nos mata não é um assassinato). Da mesma forma, não parece razoável afirmar que um pato *violou* outro pato. E muito embora exista “canibalismo” sexual entre as aranhas (as fêmeas esperam que o macho haja terminado de fecundá-las e então o matam e o comem), gaivotas “lésbicas”, gusanos “homossexuais” e pássaros “cornudos”, o significado destes termos só adquirem potenciação cultural quando produzidos e metabolizados por nosso mecanismo cognitivo neocortical e vinculados a aspectos da existência humana (Dennett, 2006). Note-se que para Linden (2010: 120 e ss.) há duas funções essenciais do cérebro que são a base sobre as quais se constroem nossas capacidades superiores (como a linguagem, o raciocínio, a tomada de decisões e a cognição social): a memória e a emoção, e a interação que existe entre ambas (isto é, a indexação dos recordos por meio das emoções).

⁸⁶ Aqui se coloca o problema de que as intuições e as emoções morais da gente podem estar irreparavelmente marcadas por seus interesses. Também é possível, e inclusive não infrequente que uma diferença de intuições morais de origem biológica seja amplificada pela elaboração cultural dessas intuições: sabemos que os ciúmes sexuais masculinos (desenvolvidos evolucionariamente como uma estratégia psicológica para proteger a certeza masculina da paternidade), uma vez manipulados pela elaboração cultural, podem causar sofrimentos, inclusive até a morte, a muitas mulheres do mundo, amplificada que pode ser até o execrável uma diferença de intuições morais de origem biológica. Assim, por exemplo, determinadas hipóteses biológico-evolucionárias sobre a filogênese humana e o estudo etológico do comportamento de nossa espécie coincidem em insistir no chamado “lado escuro da

Essa dupla ação natureza/cultura produziu, durante o largo curso de nosso processo evolutivo, algumas estratégias e mecanismos desenhados com a intenção de que servissem para resolver determinados problemas adaptativos a eles associados. Se o propósito se alcança, assumimos e dizemos que tais mecanismos têm *valor* (que são *bons*) e, como tal, se transmitem de geração em geração mediante atuações individuais de pessoas influenciadas por esse triplo conjunto de elementos procedentes da natureza, da cultura e da história, tanto recente como remota, da humanidade.

Ante um panorama assim, de diversidade temporal e cultural tão ampla, a hipótese de que todos os humanos sem exceção significativa tendem a valorar como “boa” uma mesma coisa levaria a afirmar que não pode ser porque nos tenhamos posto todos de acordo sobre sua bondade. Tal valor compartilhado se assentaria na psicologia natural da espécie humana ao dar uma solução efetiva aos problemas adaptativos do momento.

Existem universais assim, já sejam positivos ou negativos?

Todos os humanos parecem valorar, por exemplo, a cooperação intragrupal, mas desconfiam ao mesmo tempo da cooperação intergrupala quando é proposta desde fora. Valoramos a coesão de grupo, as relações de parentesco, a submissão ou obediência a um líder, a capacidade de ascender na hierarquia social, a conduta altruísta, a proteção à infância e o aprendizado dos mais pequenos, as alianças estratégicas, a amizade, o sexo, o alvoroço moderado, as relações de intercâmbio, o risco controlado; valoramos a sinceridade, mas também a reciprocidade e a segurança, e abominamos o engano e a injustiça – ao menos quando nos afeta pessoalmente. Por que é assim cabe ser explicado somente de uma forma: porque a evolução por seleção natural produziu uma mente humana com os parâmetros necessários para comportar-se desse modo típico de nossa espécie.

sexualidade masculina” (Wilson e Daly, 1992). De acordo com esta tese, o comportamento sexual masculino estaria em boa medida guiado pelo temor do “cuco”: pelo temor à promiscuidade de sua companheira feminina e a conseqüente inversão de recursos próprios na criação de filhos alheios. Daí derivaria umas tendências “proprietaristas” sobre as mulheres, isto é, umas intuições morais tendentes a considerar a mulher como uma propriedade. Dessas intuições digamos “naturais” – para seguir com a hipótese – se pode fazer elaborações culturais muito distintas: desde a “mulher dona de casa” de nossa cultura, até a ablação de clítoris, habitual em certas culturas norte e centro-africanas, passando pelo *chador* islâmico e a vendagem e a molduração dos ossos dos pés da tradição chinesa. Um triunfo (perverso) da cultura sobre a espontaneidade e a natureza. Neste tipo de culturas, que amplificam até as abomináveis disposições de raiz presumivelmente biológicas, parece difícil achar soluções menos radicais que a posta em marcha pelo governo revolucionário da China em 1949: varrer sem contemplações toda a tradição cultural (Domènech, 1998).

Em contra do estabelecido pelo modelo do *Homo oeconomicus*, o que nos incita a comportar-nos moral e juridicamente não é o cálculo deliberado que duvida entre as possibilidades de obter certo benefício ao incumprir uma norma estabelecida e o risco que se corre ao ser descobertos e castigados por nosso ato. Tampouco funcionamos mediante uma adesão consciente a normas racionalmente analisadas e aceitadas. Entram em jogo mais bem certas intuições ou sentimentos morais, e o fazem de um modo sub-reptício, espontâneo, sem dar-nos apenas conta dele: empatia, remordimento, vergonha, humildade, sentido de honra, prestígio, compaixão⁸⁷, companheirismo...

Daí porque James Q. Wilson (1993)⁸⁸ repreende os filósofos por não levarem a sério a idéia de que o senso moral reside nos sentidos como um útil conjunto de instintos. Eles costumam ver o senso moral como uma simples coleção de preferências e convenções utilitárias ou arbitrárias, impostas às pessoas pela sociedade. Quando alguém se revolta contra a injustiça e a crueldade está usando como fonte um instinto e não avaliando racionalmente a utilidade do sentimento – menos ainda regurgitando uma convenção da moda. Estamos tão profundamente imersos num mar de suposições, intuições e emoções morais inatas que é preciso muito esforço para imaginar o mundo sem elas. Um mundo sem a obrigação de retribuir, de fazer negócios com lealdade e de confiar nos demais, de indivíduos sem a disposição de colocar-se na pele do outro, de sentir dor com seu sofrimento e contente com suas alegrias, é simplesmente inconcebível.

Nas palavras de Wright (1994), os indivíduos desenvolvem uma lógica evolutiva não por via do cálculo consciente, mas seguindo os ditados de seus

⁸⁷ Segundo Hume, as duas emoções morais básicas são o amor próprio (*self-love*) e a compaixão ou simpatia pelos outros. A compaixão (em grego, *sym-pátheia*, simpatia) é a capacidade de colocar-se imaginativamente no lugar de outra criatura capaz de sofrer e de padecer com ela, de com-padecê-la. O crânio desdentado de Dmanisi (Lordkipanidze *et al.*, 2005) corresponde a um *Homo georgicus* de há 1,77 milhões de anos que perdeu todos os dentes menos um vários anos antes de sua morte. Provavelmente teve que ser alimentado com nutrientes blandos ou premastigados por seus congêneres, em cujo caso constituiria o mais antigo testemunho preservado da compaixão humana. Note-se que na tradição oriental da ética, a compaixão desempenha o papel central: budistas e jainistas consideram que a *a-himsa* (a não-violência, o não causar dano nem fazer sofrer às criaturas) é a suprema virtude moral.

⁸⁸ Quase dez anos depois que o livro de Jerome Kagan (1984) foi publicado, James Q. Wilson publicou *The Moral Sense* (1993), no qual apresenta, do ponto de vista de um eminente especialista em ciências políticas de Havard e da UCLA, muitos argumentos parecidos ao de Kagan: “[...] o que para mim mais necessitava de explicação não é o fato de algumas pessoas serem criminosas, mas o fato de a maioria não ser”.

sentimentos que, por sua vez, foram desenhados para serem executores lógicos: se evolucionamos para compartilhar nossos recursos com outros humanos, e nos assegurar assim de que nossos genes se beneficiam, os sentimentos são o meio com o qual a evolução nos dotou para fazê-lo. Dito de outro modo, não só os sentimentos morais (a gratidão, a amizade, a compaixão, o companheirismo, a confiança, a indignação, a humildade, o sentimento de culpabilidade e de vergonha, a agressão moralista, etc.), mas também a noção de justiça, moral e comportamento normativo - assim como nossa tendência a desgostar-nos ante a injustiça, o sofrimento e a desgraça alheia - reconhecem-se nesta evolução de nossas intuições e emoções morais (Ridley,1996; Wagstaff,1998; Haidt, 2006 ; Wright, 1994).

E isto é fundamental na eleição moral porque, se há algo que a moralidade leva implícito, são as convicções fortes: estas não surgem - ou não podem surgir - através da fria racionalidade kantiana, senão que requerem preocupar-se pelos outros e ter fortes instintos viscerais sobre o que está bem ou mal (de Waal, 2001). Simplesmente atuamos diante de uma regra de conduta do modo como nos ensinam a atuar, motivados pelo desejo inato de “identificação grupal”, enormemente favorecido por meio da adoção de práticas sociais e comportamento comum que funcionam em uma determinada coletividade.

Como já manifestamos anteriormente, tais intuições se assentam em predisposições inatas de nossa arquitetura cognitiva para o aprendizado e manipulação de determinadas capacidades sociais inerentes à biologia do cérebro, capacidades que foram aparecendo ao longo da evolução de nossos antepassados hominídeos para evitar ou prevenir os inevitáveis conflitos de interesses que surgem da vida em grupo⁸⁹. São estes traços, que poderíamos chamar tendências mais que características, o que melhor pode ilustrar as origens e a atualidade do comportamento moral e jurídico do homem.

⁸⁹ Os conflitos inter e intragrupais se acentuam em populações animais de grande complexidade social, mas a maioria das espécies altamente sociais estão equipadas com dispositivos para condutas altruístas e com a capacidade de resolver conflitos sem necessidade de recorrer à agressividade. Sem embargo, parece razoável supor que unicamente os humanos temos alguma noção do correto e do incorreto, e que ademais estamos capacitados para refletir sobre ele, assim como para corrigir nossa conduta ou submetê-la a regras de comportamento. De fato - e tomando emprestadas as palavras de Rita Levi Montalcini - a capacidade humana de discernir entre o bem e o mal é o mais alto grau da evolução darwiniana. Em nosso caso, acrescentamos a estes recursos básicos de nossa natureza um conjunto de prescrições culturalmente sancionadas e às quais denominamos normas de conduta (morais e/o jurídicas).

Dito de outro modo, a origem de nosso comportamento normativo (ético/jurídico) não se encontra tanto no contrato social de Hobbes senão nas idéias do próprio Darwin, precursor dos etólogos. A origem está nos “instintos sociais” dos animais, não somente no temor racional do egoísmo (Hobbes). Há uma prévia “empatia” ativa que desenha soluções compartilhadas. As condutas morais não somente são produto da história cultural, senão também da seleção natural. Se couber falar de um “animal ético” que cumpre normas é porque os comportamentos altruístas e corporativos possuem um alto valor de sobrevivência.

O projeto axiológico e normativo de uma comunidade ética nada mais é que um artefato cultural manufaturado e utilizado para possibilitar a sobrevivência, o êxito reprodutivo e a vida em grupo dos indivíduos. Serve para expressar (e por vezes, mas não infreqüentemente, para controlar e/ou manipular) nossas intuições e nossas emoções morais, traduzindo e compondo em fórmulas sócio-adaptativa de ordenada convivência a instintiva e mesmo compartilhada aspiração de justiça que nos move no curso da história evolutiva e cultural própria de nossa espécie. Daí que as normas jurídicas ditem as práticas sexuais, fomentem certos tipos de vínculos sociais relacionais em detrimento de outros, regulem a liberdade e a igualdade e proíbam – em determinadas circunstâncias – a agressão e a violência.

É provável, não obstante, que essa tradução da oposição clássica *nature/nurture* proceda de um equívoco: o de que as construções culturais históricas e os acontecimentos de evolução biológica são processos independentes entre si. Uma negação interessante desse suposto isolamento entre natureza e cultura, sustentada pela segunda sociobiologia, propõe o aparecimento tanto da natureza humana como das expressões culturais dos valores de coesão do grupo por meio de um modelo co-evolutivo e coordenado de evolução entre os genes e a cultura (Lumsden e Wilson, 1981). O modelo de co-evolução sustenta por exemplo, que as representações culturais normativas relacionadas com assuntos de sexo, família e poder desatam fortes reações e são mais prósperas em termos de “replicação genética” porque têm que ver com aspectos de suma importância de nosso passado evolutivo (Brodie, 1996).

De fato, o que é verdadeiramente único na evolução humana, por contraposição, ponha-se o caso, à evolução do chimpanzé ou do lobo, é que uma parte considerável do ambiente que a modelou foi cultural: a mente e o cérebro humanos não são somente um produto combinado de uma mescla complicadíssima de genes e de neurônios, senão também de experiências, valores, aprendizagens e influências procedentes de

nossa igualmente complicada e complexa vida sócio-cultural. Enquanto os animais estão rigidamente controlados por sua biologia, a conduta humana está *amplamente* condicionada pela cultura, um *amplo* sistema autônomo de símbolos e valores que, além de crescer e variar segundo o “substrato” genético que tomam como referente para atuar (por exemplo, do comportamento e dos códigos morais), encontra restrições cognitivas significativas no que diz respeito à sua percepção, transmissão e armazenamento discriminatório por parte do ser humano.

É que, embora capazes de sobre passar as limitações biológicas em muitos aspectos e de servir como eficaz instrumento de ampliação, restrição ou manipulação de nossas intuições e emoções morais, as representações culturais⁹⁰ não podem, contudo, variar arbitrariamente e sem limites: não são indefinidas, senão diversas *até*

⁹⁰ Com relação à cultura, parece razoável admitir que os mecanismos psicológicos condicionam em boa parte o tipo de traços culturais que se manifestam e se transmitem nos grupos humanos. Por outro lado, se supõe que estes mecanismos são compartilhados por todas as pessoas e que, por essa razão, não de ser perfeitamente compatíveis com a diversidade de comportamentos e culturas existentes em nossa espécie. Segundo Sperber (1990 e 2002), uma ciência naturalista da cultura poderia denominar-se *epidemiologia das representações* e deveria explicar porquê algumas representações são mais exitosas – mais contagiosas – que outras. Desde uma perspectiva epidemiológica, toda informação que os seres humanos introduzem em seu entorno se pode considerar como competidora do tempo e do espaço públicos e privados (no sentido de que, entre todas as representações presentes em um grupo humano em um momento dado, algumas se difundirão e perdurarão, enquanto que outras terão lugar somente de maneira breve e muito local), isto é, que competem pela atenção, a memória, a transmissão e o armazenamento externo. São muitos os fatores que afetam as possibilidades de que uma informação (crença ou representação cultural) seja exitosa e alcance um nível de distribuição amplo e duradouro, quer dizer, que forme parte da cultura de maneira estável. Alguns destes fatores são psicológicos e outros são ecológicos. A maior parte deles são relativamente particulares, ainda que existam alguns bastante gerais. O fator psicológico mais geral que afeta a distribuição da informação é a compatibilidade e a correspondência com a organização modular cognitiva humana. Desde um ponto de vista modular, as crenças ou representações que são estáveis em uma população são as que desempenham um papel fundamental na organização modular e no procedimento do conhecimento. Boyd e Richerson (1985), Cavalli-Sforza e Feldman (1981), Cavalli Sforza (2007) e Dawkins (1976), propuseram abordagens evolucionárias ou epidemiológicas da cultura que são comparáveis às de Sperber, não obstante a epidemiologia das representações proposta por este autor apresente diferenças com relação aos demais enfoques 1) porque enfatiza a importância dos mecanismos cognitivos individuais na explicação geral da cultura e 2) porque sustenta que a informação se transforma cada vez que se transmite até um ponto tal que resulta inapropriada qualquer analogia com a reprodução ou a replicação biológica. (cf. nota seguinte). Resumindo: o problema não consiste, portanto, em insistir na diversidade cultural, senão em utilizá-la como evidência empírica que nos permita averiguar que classe de mecanismos cognitivos a tornaram possível. De fato, a extraordinária riqueza humana é um tronco comum – uma natureza humana – a partir da qual existem possibilidades insólitas de (limitada) diversidade individual e cultural. Assim que realizar a unidade da espécie humana respeitando ao mesmo tempo sua (limitada) diversidade não somente é uma idéia de fundo, senão que também deve consistir em um projeto da própria humanidade. Veja-se também Cosmides e Tooby (1992) para novos desenvolvimentos importantes nesta área.

certo ponto. Daí que nossa conduta, as eleições que efetuamos e tudo mais que dizemos ou fazemos são um produto ou um resultado com bastante articulação funcional: um conjunto de estímulos sócio-culturais⁹¹ que circulam por um sofisticado sistema de elaboração biológica.

⁹¹ A que Richard Dawkins (1976) denominou *memes*: termo que, por analogia com *genes*, define a um módulo de informação contagioso que infecta e contamina a mente humana, donde se replica e altera sua conduta, provocando sua propagação. Um meme é, segundo as modernas teorias sobre a transmissão da cultura às novas gerações, a unidade mínima de transmissão da herança cultural. Assim, da mesma forma que os genes, supõem-se que os *memes* são replicadores em um meio diferente, mas sujeitos aos mesmos princípios da evolução dos genes. Trata-se de elemento de uma cultura qualquer digno de ser transmitido por procedimentos não genéticos, especialmente por *imitação*. Poder-se-ia dizer, inclusive, que um *meme* é qualquer coisa que se transmite de uma pessoa a outra por imitação (as histórias que conhecemos, as canções, as frases feitas, os *slogans*, as leis que acatamos, etc.). A imitação é uma modalidade de replicação ou de cópia e isto é o que institui o *meme* como replicante e lhe outorga, ademais, sua capacidade de replicação. Por conseguinte, o termo “imitação” inclui desde o fato de passar informação por meio da linguagem, da leitura e da inculcação, até o desenvolvimento de outras habilidades e condutas mais complexas (aprendizagem social). O ato de imitar compreende qualquer tipo de cópia de idéias e de conduta de uma pessoa a outra: quando ouvimos uma história e a transmitimos, ainda que seja apenas em essência, a outra pessoa, efetuamos uma cópia, transferimos “algo”: esse “algo” é um *meme*. E ao contrário de qualquer outro animal, imitamos espontaneamente a quase qualquer coisa e a qualquer um e, o que é mais intrigante, parece que gostamos de fazê-lo (Blackmore, 1999). Em resumo, porque herdamos a predisposição para imitar o vizinho (Ridley, 1996), parece ser mais fácil e quase sempre melhor fazer o que os outros dizem do que descobrir, por conta própria, a melhor maneira de fazer qualquer coisa (Simon, 1990). Sem embargo, aponta Mosterín (2006), os paralelismos entre a evolução biológica e a cultural não devem fazer-nos passar por alto algumas diferenças importantes. Dawkins propôs os *memes* como contraponto cultural dos *genes*. Até que ponto são equiparáveis?. Enquanto conhecemos o mecanismo subjacente à informação genética (a dupla hélice de DNA e o código genético), ignoramos o mecanismo cerebral que subjaz aos memes. Os genes se replicam diretamente, sem passar por efeitos fenotípicos. Cada gen, considerado como sequência de DNA, produz por duplicação dois genes idênticos. Os memes, pelo contrário, somente podem replicar-se através da mediação de seus efeitos fenotípicos (preferências linguísticas, textos escritos, gestos, conduta observada, etc.), que, eventualmente, podem chegar a provocar o surgimento de um meme similar no ouvinte, observador ou receptor. No mundo biológico os câmbios meramente fenotípicos não se transmitem geneticamente e em geral se perdem. Não obstante, os conteúdos culturais (que desde um ponto de vista biológico são parte do fenotipo estendido) sim se transmitem, ainda que não geneticamente, senão por aprendizagem social. Os câmbios genéticos são aleatórios, ocorrem ao azar, em ausência de qualquer intencionalidade. Sem embargo, os câmbios culturais com frequência (ainda que nem sempre) respondem a um desenho intencional de seus inventores ou introdutores. Os indivíduos portadores de genes e de memes podem mudar de memes, mas não de genes. Uma espécie somente se extingue pela morte de todos os seus membros. Sem embargo, uma cultura grupal, o mesmo que uma moda, pode desaparecer ou passar sem que faleçam seus portadores. As espécies biológicas são como tubos no espaço-tempo pelos quais viajam os genes. Os tubos são completamente estancos e impermeáveis (excetuando os fenômenos marginais de hibridização). Pelo contrário, as culturas dos grupos sociais não estão isoladas, senão que são permeáveis. O fenômeno da convergência cultural, pelo qual os diversos grupos sociais compartilham cada vez mais memes, carece de paralelismo na evolução biológica. Grupos culturais distintos podem intercambiar memes, mas espécies distintas não podem intercambiar genes (se pudessem, não seriam espécies distintas). A atual

Dito de outro modo, deveria ser óbvio que a cultura e a moralidade humana não podem ser infinitamente flexíveis. O que nós não desenhamos são as ferramentas da cultura e da moralidade nem as necessidades básicas e os desejos que criam a substância com a que atuam. As tendências naturais não podem ser equiparáveis às características culturais e aos imperativos morais, mas sim que desempenham uma função quando tomamos decisões e nos comportamos moralmente. Por conseguinte, ainda que a cultura e algumas regras morais reforcem as predisposições típicas de uma espécie e outras as reprimam, nenhuma as passa por alto ou as ignora (de Waal, 1996).

Em lugar de considerar a moralidade como uma invenção radicalmente nova, de Waal – para quem o processo evolutivo nos proporcionou a habilidade e os requisitos para desenvolver uma moralidade, assim como um conjunto de necessidades e de desejos básicos que a moralidade deve ter em conta – tende a vê-la como uma extensão natural de antigas tendências sociais, como parte integrada do lote da natureza humana que se desenvolve através de nossas interações sociais⁹².

Seja como for, ir mais além do modelo teórico sustentado com um forte aparato matemático por Lumsden e Wilson não é fácil. Como se poderia comprovar o efeito empírico da presença de relações sociais na fertilidade de um grupo de *Australopithecus*, por exemplo? Mas ainda que se trate de uma hipótese especulativa⁹³,

convergência cultural universal, também chamada “globalização”, carece de contrapartida alguma na evolução biológica. Em qualquer caso, a evolução cultural, como a biológica, é um fenômeno histórico, dependente de mil contingências imprevisíveis. E não podemos predizê-la com nenhum grau de precisão nem segurança. Para uma análise dos possíveis usos no direito do meme de modo similar ao do gene, cf.: Csikszentmihalyi, 2008; Strake, 2001 ; Fried, 1999.

⁹² Sem embargo, conclui de Waal (1996), as decisões morais em si devem ser negociadas entre os membros da sociedade e, portanto, não são impostas pela natureza. Pelo contrário, Ruse (1986) crê que os sentimentos “deve”, como o dever de assistir aos demais, foram impostos diretamente pela seleção natural: estamos falando de algo mais que um simples sentimento de vontade de ajudar aos demais. Trata-se de um *sentimento inato de obrigação* até os demais. Estas diferenças de opinião devem desenvolver-se dentro do marco da ética evolucionista, cujo princípio fundamental é que o sentido da moral não é antitético da natureza humana, senão que forma uma parte integrada da mesma (Wilson, 1993).

⁹³ Embora todos estes antepassados sejam conhecidos apenas por seus restos fósseis e pelos restos materiais de suas atividades e de sua conduta, o certo é que, em matéria de câmbios anatômicos, os mais cruciais, no que se refere à aparição dos traços humanos, são os que afetam o cérebro. E na medida em que se aceite uma versão reducionista da relação mente/cérebro, entendendo que os processos mentais são estados funcionais dos processos cerebrais, os traços como a linguagem, os juízos morais e os juízos estéticos devem contar com certos correlatos em termos de processos cerebrais cuja identificação pode dar alguma pista acerca de que tipo de câmbios evolutivos se deu no cérebro de nossos ancestrais no caminho da hominização. O reducionista – no sentido de que para entender um sistema complexo deve-se dividi-lo em seus principais componentes (Sapolsky, 2007)- é o modelo mais comum dentro da paleontologia humana e a antropologia física, assim que é muito corrente encontrar na

tem sentido o guião evolutivo de uns seres que, a partir de pequenas bandas de entre 70 e 150 caçadores-recoletores ubicados na savana e cuja sobrevivência dependia de forma inevitável e estrita da manutenção da coesão social, chegaram a multiplicar-se e concentrar-se progressivamente: primeiro em pequenas cidades e, mais tarde, em grandes nações até tender a transformar-se em uma “sociedade global”. É esse, de fato, salvando as distâncias, o mesmo esquema que conduziu ao grande ideal de “cidadania universal” próprio dos ilustrados Kant e Goethe e que por certo, dito seja de passo, dista em muito do filisteu processo de “globalização” neoliberal de nossa época.

Em qualquer caso, o fenómeno vem acompanhado de um aumento acelerado tanto do conhecimento social como da complexidade dos vínculos e das estruturas sociais – em particular no que diz respeito aos sistemas de informação e de comunicação entre os membros de nossa espécie –, coisa que permite uma interação muito mais intensa, ampla e rápida dentro dos grupos sociais e, em igual medida, exige um incremento substancial das normas integradoras da ação comum. Afinal, como já esclarecido, o progressivo aumento da complexidade do intercâmbio recíproco exigiu (e continua exigindo) uma estratégia adaptativa baseada em uma capacidade para predizer as condutas cada vez mais sofisticadas, ou seja, em uma consistente padronização das ações e das consequências do complicado atuar humano.

E aqui chegamos às leis humanas – essa ferramenta cultural e institucional “cega”, virtualmente neutra e com potencial capacidade vinculante para predizer e regular o comportamento humano –, qualquer que seja sua natureza ou grau de imperatividade. E parece razoável supor que, igual que sucede agora, em todas as

literatura especializada a idéia de que, já sejam as estratégias de caça ou as relações sociais o fundamento da pressão seletiva no sentido de cérebros maiores, a característica essencial nessa evolução é a aparição de pautas organizativas que desenvolvem certas áreas cerebrais. Sem embargo, não sabemos exatamente por que razão os humanos somos os únicos homínídeos com cérebro claramente lateralizado, característica que supõe (a lateralização) uma quebra da assimetria básica dos hemisférios cerebrais (seu exemplo mais conhecido se refere aos centros de controle da linguagem que, no ser humano moderno, estão lateralizados no hemisfério central esquerdo em geral : as regiões do hemisfério esquerdo, conhecidas como área de Broca (que amadurece mais lentamente e se supõe ser necessária para a produção da sintaxe, das formações gramaticais que envolvem verbos) e área de Wernicker (relevante para a semântica, o significado das palavras, em especial dos substantivos) – vitais para a geração de fala coerente – são, na maior parte das pessoas, ligeiramente maiores que as regiões correspondentes no hemisfério direito – Rose, 2006; Solms e Turnbull, 2004). De fato, com a lateralização, que implica em dizer que o cérebro conta com regiões especializadas em tarefas cognitivas distintas (os “órgãos mentais” de que fala Chomsky), começa a história de uma capacidade cognitiva peculiar de nossa espécie: a linguagem articulada.

sociedades humanas existiram “de contínuo” normas para o exercício de direitos (ainda que estes fossem em ocasiões muito precários) por parte dos membros do grupo. Normas capazes de sentar as regras de convivência com relação ao poder, a distribuição e o uso da propriedade, a estrutura da família ou de alguma outra entidade comunitária, a distribuição do trabalho e a regulação das trocas em geral. Normas que, por resolver determinados problemas adaptativos, plasmam no entorno coletivo e historicamente condicionado nossa capacidade e necessidade inatas de predizer o comportamento dos demais, de controlá-lo e de justificar mutuamente nossas ações.

Dito de outro modo, à medida que os vínculos sociais relacionais foram tornando-se cada vez mais complexos, a cultura humana cresceu e as pessoas se tornaram mais reflexivas (tanto a respeito de suas práticas, de suas reações como de suas interações), as normas de conduta transformaram-se em um conjunto normativo coativo mais elaborado, organizado e sofisticado; as bases generalizadas dos motivos para os projetos axiológicos mais antigos foram suplementadas, e algumas vezes substituídas, por razões e emoções humanas cuidadosamente elaboradas, à medida que o direito se converteu em um instrumento cultural cada vez mais eficaz em suas explorações no hiperespaço das possibilidades. E embora essa evolução normativa não implicasse a criação de normas necessariamente melhores, em qualquer sentido absoluto, eram contudo mais capazes de responder a demandas cada vez mais complicadas de populações que eram, biologicamente, bem semelhantes a seus ancestrais distantes, mas culturalmente ampliadas, tanto do ponto de vista da qualificação como da sobrecarga de tarefas e de interações sociais.

De fato, nesse particular, e tal como parece haver ocorrido com a própria evolução biológica, o processo de evolução das normas não tem lugar de maneira linear, senão por meio de ensaios e erros. Os humanos se caracterizam por ensaiar distintas soluções normativas e adotar as que lhes parece mais eficaz em um determinado momento, até que seja possível substituí-las por outras que se revelam mais adaptadas aos seus propósitos evolutivos. Na medida em que a flexibilidade da conduta humana e a diversidade das representações culturais são, ainda que limitadas, amplas e, por outro lado, dado que as alterações culturais se podem transmitir com grande rapidez e eficácia, o processo da evolução normativa encontra-se sujeito a profundos sobressaltos e equívocos e inclusive, por vezes, a retrocessos significativos. É essa, talvez, a melhor explicação evolucionista das chamadas leis injustas.

Assim que a ordem jurídica emana da própria natureza humana (de sua faculdade de antecipar as consequências das ações, de fazer juízos de valor e de eleger entre linhas de ação alternativas) e não é algo que tenha sido imposto à condição humana pela cultura. Nossas manifestações culturais não são coleções casuais de hábitos arbitrários: são expressões canalizadas de nossos instintos, ou seja, de nossas intuições e emoções morais⁹⁴. Por essa razão, os mesmos temas despontam em todas as culturas: família, ritual, troca, amor, hierarquia, amizade, propriedade, ciúmes, inveja, lealdade grupal e superstição. Por essa razão, apesar das diferenças superficiais de língua e costumes, as culturas estrangeiras têm sentido imediatamente ao nível mais profundo dos motivos, das emoções, dos hábitos e dos instintos sociais. E instintos, em uma espécie como a humana, não são programas ontogenéticos imutáveis: são predisposições para aprender e atuar. Com efeito, acreditar que os seres humanos têm instintos não é uma idéia mais determinista do que acreditar que são produtos da educação (Ridley, 1996).

Dispomos de normas de conduta bem afinadas porque nos permitem prever, controlar e modelar o comportamento social respeito à reação dos membros de uma determinada comunidade. Estes artefatos, se refletem ou expressam grande parte de nossas intuições e emoções morais, não são construções arbitrárias, senão que servem ao importante propósito de, por meio de juízos de valor acerca do justo e do injusto (acerca de questões morais relativas à correção na distribuição e compensação), tornar a ação coletiva possível – e não seria nenhum exagero de nossa parte assumir que os

⁹⁴ E é o cérebro que oferece o cenário deste drama em que se representam os valores culturais, os juízos morais e as peripécias de nossa existência. Nele percebemos o mundo através da lente das emoções (de nossas idéias e de nosso pensamento). Estas são as verdadeiras portadoras de sentido até o ponto de constituir uma verdadeira linguagem que permite ao sujeito dialogar não somente com o outro, senão também consigo mesmo. As emoções constituem, assim, um repertório inato de signos mediante os quais se estabelece a comunicação entre os indivíduos, o reperto da subjetividade, e que, em igual medida, permitem atribuir ao outro um estado mental e compartilhar com ele uma representação. Sobre a importância do cérebro como a fronteira definitiva para entendimento da vida emocional do ser humano a partir do estudo científico dos correlatos neuronais subjacentes responsáveis pelos mecanismos e funcionamento das emoções (isto é, do fundamento neurológico da emoção do ponto de vista evolutivo e registrado pelo cérebro), e considerando estas (as emoções) como funções biológicas do sistema nervoso ou uma função do cérebro, cf. LeDoux, 1998 – para quem, registre-se, não somente os sistemas cerebrais que geram condutas emocionais têm profundas raízes em nosso passado evolutivo, senão que também nosso controle consciente sobre as emoções (e nossas reações emocionais) é débil, pois a construção do cérebro neste ponto de nossa evolução favorece às emoções: as conexões (e o volume do tráfico neural) desde os sistemas emocionais (sistema límbico) até os cognitivos (centros cognitivos do córtex) são mais fortes que as que vão em sentido contrário.

seres humanos encontram satisfação no fato de que as normas sejam compartilhadas e cumpridas pelos membros da comunidade .

E uma vez considerado o direito como um artefato cultural, uma estratégia sócio-adaptativa desenhada pelo homem para resolver os problemas adaptativos associados à complexidade de nosso estilo de vida social, esta parece ser uma das principais funções das normas jurídicas. Tais normas, por resolverem determinados problemas sócio-adaptativos práticos, modelam e separam os campos em que os interesses individuais, sempre a partir das reações do outro, podem ser válidos, social e legitimamente exercidos, isto é, plasman publicamente não somente nossa inata capacidade (e necessidade) de predizer e controlar o comportamento dos demais senão também o de justificar e coordenar recíproca e mutuamente, em um determinado entorno sócio-cultural, nossas ações e interações sociais.

Estamos desenhados pela seleção natural para circunstâncias ecológicas e culturais distintas das atuais (o cérebro é um conjunto de máquinas processadoras de informação que foram desenhadas pela seleção natural para solucionar os problemas adaptativos aos que se enfrentaram nossos ancestrais caçadores-recoletores) e com uma mente dotada de módulos (domínio-específicos e ricos em conteúdo) que processam tanto os motivos inatos que conduzem a atos perversos como os motivos inatos que nos levam a evitá-los. Nossos sistemas perceptivos evoluíram para construir modelos adequados ao entorno, para poder averiguar qual será o passo seguinte. Nosso cérebro está desenhado para resolver com eficácia as dificuldades que encontramos, eleger e tomar decisões.

Nossos vínculos sociais relacionais são, como resulta difícil negar, deficientes e nossa capacidade de predição e de antecipação das conseqüências das ações dista muito de ser perfeita, mas é em qualquer caso melhor que nada. Sem normas, não haveríamos evoluído; não ao menos na forma em que o fizemos. Mas dispomos do direito e, com ele, promovemos em uns grupos tão complexos como são os humanos aqueles meios necessários para controlar e predizer as más e as boas ações, para justificar os comportamentos coletivos e, o que é mais importante, para articular, combinar e estabelecer limites sobre os quatro modelos elementares de vínculos sociais relacionais – comunidade, autoridade, proporcionalidade e igualdade - que entabulamos enquanto espécie desenhada pela seleção natural para a prática da sociabilidade.

Poder-se-ia, inclusive, dizer que criamos um sistema complexo de justiça e de normas de conduta para canalizar nossa tendência à “agressão” decorrente da falta de reciprocidade e dos defeitos que emergem dos vínculos sociais relacionais que estabelecemos ao longo de nossa secular existência. A própria idéia de justiça – no seu sentido apenas humano, e quaisquer que tenham sido os significados que haja recebido ao longo da nossas várias vezes milenar história cultural – sempre quis exprimir a suprema axiologia da existência humana comunitária.

Graças ao universo jurídico, plasmado em último termo em normas e valores “explícitos”, os seres humanos conseguimos na interação própria da estrutura social um reperto (ao que caberia chamar, com as cautelas necessárias acerca do conceito, “consensuado”) dos direitos e deveres que surgem na vida comunitária. O que talvez ainda falte é uma firme disposição para utilizar o direito como instrumento destinado a fomentar a virtude de cultivar o melhor da natureza humana e, do mesmo modo, reprimir o pior.

Uma melhor compreensão da natureza humana, de nossas capacidades e inerentes limitações, parece ser a melhor alternativa para que se possa formular um desenho institucional e normativo que, evitando ou reduzindo o sofrimento humano, permita a cada um conviver (a viver com o outro) na busca de uma humanidade comum: o modo como se cultivem os traços de nossa natureza e a forma como se ajustem à realidade configuram naturalmente o grande segredo da cultura, da civilização e de nossa própria condição de cidadão.

Assim que promover modelos institucionais, normativos e sociais por meio das quais a colaboração ou a cooperação se potencie simplesmente porque traz benefícios (e justiça) para todos, parece ser a melhor alternativa a considerar para uma espécie essencialmente social como a humana e para a qual parece haver uma forte predisposição para seguir regras: as pessoas querem obedecer a regras e querem que as outras também o façam; elas sentem culpa quando deixam de fazê-lo e raiva quando isto ocorre com os demais.

2. O universo natural do Direito

Os primeiros hominídeos apareceram como símios africanos em um entorno que já foi bem identificado tanto no vale de Rift como em sul da África como próprio do bosque tropical (Rayner, Moon & Masters, 1993; WoldeGabriel et al., 1994). Com a bipedia como traço distintivo, milhões de anos depois nossos antecessores se converteram em colonizadores das savanas abertas africanas em um processo que coincide com o aparecimento das primeiras indústrias líticas e os primeiros exemplares do gênero humano, quer dizer, *Homo habilis* e sua cultura olduvaiense (Leakey, Tobias & Napier, 1964). Um panorama assim indica que as primeiras transformações evolutivas fixadas pela seleção natural tiveram lugar em umas circunstâncias ecológicas e culturais muito distintas das que vemos agora⁹⁵. Mas foi então quando começou a formar-se uma mente dotada de módulos que processam todo o conteúdo cognitivo pertinente para a adaptação em grupo.

Resulta impossível fixar uma origem do direito, nem mesmo se o entendemos da maneira mais ampla e flexível imaginável. Mas temos sustentado que essa origem tem que ver com um desafio adaptativo que os seres humanos tiveram que afrontar: um desafio que nasceu da necessidade humana de entender e valorar o comportamento de seus congêneres, de responder a ele, de predizê-lo e de manipulá-lo e, a partir disso, de

⁹⁵ Mais concretamente, que a mente humana evolucionou baixo as pressões seletivas que conheceram nossos antepassados humanos quando viviam de caça e da recoleção no período e no ambiente do Pleistoceno - os atos e as cenas centrais de nossa pré-história. Como esse estilo de vida chegou a seu fim há muito pouco tempo em termos da evolução, nossa mente segue adaptada àquela maneira de vida. E isso é assim porque ao largo de noventa por cento da existência da espécie humana, os indivíduos viveram como caçadores e recoletores em pequenas bandas nômades, época em que, segundo muitos indícios, o cérebro humano alcançou sua capacidade física atual; ou seja, o cérebro de há 100.000 anos é o mesmo cérebro que agora é capaz de desenhar computadores, elaborar leis, discursar sobre a justiça e os direitos humanos. Em uma palavra: nossa arquitetura cognitiva, moral e emocional foi desenhada pela seleção natural para as condições de vida do Pleistoceno e não para sociedades modernas, industriais e democráticas - nosso cérebro evoluiu como estratégia para a sobrevivência, e não para resolver quebra-cabeças cognitivos abstratos, fazer palavras cruzadas ou jogar xadrez (Rose, 2006). Para bandas de entre 70 e 150 caçadores e recoletores afinados na savana; não para competidores em um mercado livre de bens e serviços, nem para cidadãos de um estado liberal de direito, nem para anônimos habitantes de uma megalópole contemporânea, nem para esquimós do Ártico, nem para súditos de uma teocracia islâmica, nem para membros de tribunais de justiça ou operadores do direito, nem para intrépidos tripulantes de naves espaciais. De fato, todos os logros do intelecto humano foram conseguidos por cérebros que não foram especificamente selecionados para essas tarefas.

estabelecer e regular as mais complexas relações da vida em grupo. Outras espécies como as dos chimpanzés têm pressões seletivas muito similares e, ainda assim, não desenvolveram nossos sistemas de normas estabelecidos através de códigos explícitos.

Cabem poucas dúvidas, pois, acerca do caráter único do direito como ferramenta destinada à solução (pacífica) de conflitos sociais (individuais ou grupais) e de manter vivo um limite (ainda que mínimo) de altruísmo e cooperação entre os membros de nossa espécie. Mas o caráter distintivo não significa que o direito se veja livre de qualquer tipo de fator ou influência que provém das circunstâncias específicas em que se produziu a evolução coordenada do cérebro humano, dos grupos de homínídeos e de suas soluções culturais.

E pelo que se sabe, os humanos somos os únicos seres ubicados na terra capazes de produzir uma estratégica ferramenta adaptativa, cultural e institucional, como o direito, que permite a geração, a articulação, o controle e o desenvolvimento dos vínculos sociais relacionais com mais rapidez, segurança, previsibilidade e eficácia. Por outro lado, os artefatos culturais melhoram a inteligência social, na medida em que nos ajudam a ver as limitações ou as incoerências de nossas intuições e emoções morais, levando-nos a aperfeiçoá-las, emendá-las e ainda a podá-las.

Dito de outro modo, ainda que não possam variar arbitrariamente e sem limites – pois que as influências do meio (incluindo a cultura humana) sobre o conjunto de comportamentos em uma espécie estão limitadas, condicionadas e variam segundo o “substrato” genético sobre o qual atuam –, mas capazes de sobre passar as limitações biológicas em muitos aspectos, as representações culturais podem servir como eficaz instrumento de ampliação, restrição ou manipulação de nossas intuições e emoções morais.

Os códigos éticos e jurídicos surgiram como produtos da interação da biologia e a cultura e os sentimentos morais, por sua vez, derivam de nossa arquitetura cognitiva inata, traços hereditários em nosso desenvolvimento mental, em geral condicionados – ou igual, manipulados – pela cultura, que influem sobre os conceitos, os princípios, as normas e as decisões que se tomam, se constróem e se adotam a partir deles.

Assim, pois, o desenvolvimento do direito representa um processo evolutivo como qualquer outro, que foi criando, através da interação da cultura com a biologia, um complexo desenho de normas de conduta para solucionar problemas adaptativos práticos relacionados com a crescente complexidade da vida em grupo. As regras

tendentes a controlar e prever o comportamento humano não se deram à humanidade desde cima, nem surgiram aleatoriamente na mecânica do cérebro. Evoluíram ao longo de muitos anos porque resolviam problemas adaptativos e conferiam a oportunidade de estar representados nas gerações futuras, aos genes que os preservavam e que expressavam. Não somos crianças errantes que ocasionalmente pecam por desobedecer a instruções procedentes de um “ente” indefinível, estranho e exterior de nossa espécie; somos adultos que descobrimos que determinados pactos são necessários para resolver problemas recorrentes relativos à sobrevivência, ao êxito reprodutivo e à vida em comunidade, e aceitamos a necessidade de assegurá-los mediante juramento “sagrado”.

Formulamos juízos de valor sobre o justo e o injusto não somente por razões de cálculo, como expressam a teoria dos jogos e as teorias jurídicas, senão porque também estamos dotados de certas intuições morais inatas e de determinados estímulos emocionais que caracterizam a sensibilidade humana e que permitem que nos conectemos potencialmente com todos os demais seres humanos. Essas estratégias, se plasmam grande parte de nossas intuições e emoções morais, não são construções arbitrárias, senão que servem ao importante propósito de, por meio de juízos de valor, tornar a ação coletiva possível – e parece razoável admitir que os seres humanos encontram satisfação no fato de que as normas sejam compartilhadas pelos membros da comunidade. Daí que as virtudes da tolerância, da compaixão e da justiça não sejam fórmulas políticas que nos esforçamos para alcançar, sabendo das dificuldades do caminho, mas compromissos que assumimos e esperamos que outros os assumam.

O direito, se o entendemos mais além da expressão formal dos códigos de conduta, não é um simples constructo intelectual. Apareceu e evoluiu, já dissemos, como parte de nossa natureza a partir de um largo e tortuoso processo co-evolutivo e, para compreendê-lo adequadamente, devemos entender a forma como o conjunto mente/cérebro processa os instintos e as predisposições que permitem criar e explorar nossos vínculos sociais relacionais e a normas que criamos para controlar nossa conduta em sociedade. Mas é importante entender que se trata de um processo de influências mútuas, de tal forma que as primeiras expressões normativas deveriam mudar o próprio entorno de desenvolvimento da inteligência social, a qual permitiu que outras normas mais complexas encontrassem uma localização na existência essencialmente social da humanidade.

Sendo assim cabe defender que entre o mundo do “ser” e o mundo do “dever-ser” (mundo este que *não é tampouco um ultramundo* – cultural – situado “a parte” e em parte alguma senão a expressão de nossa humana insatisfação com “o que há” neste mundo, unida à aspiração de construir “o que -cremos que - deveria ser”) existe uma manifesta e íntima relação, razão suficiente para considerar nossa faculdade ética (ou ético-jurídica) como um análogo de outras faculdades mentais⁹⁶.

E isto implica, depois de tudo, que já não mais parece resultar lícito e razoável tentar compreender o fenômeno jurídico por outro meio que não seja a da consideração de duas questões fundamentais:

a) a primeira - porque a cultura é produto da mente humana-, que não se pode esperar explorar os caminhos da explicação social ou da avaliação jurídica e política sem ter uma visão de conjunto das pessoas e da sociedade, isto é, sem ter um desenho indicativo da natureza dos indivíduos e das diferenças (não indefinidas e ilimitadas, registre-se) que os estímulos derivados da vida social provoca neles e vice-versa ; e

b) a segunda , é que tampouco se pode ter uma visão global das pessoas e da sociedade se não adotamos um desenho da sua constituição cognitiva, um desenho do que é estar psicologicamente equipado como seres humanos (na realidade, quanto melhor entendermos a natureza humana melhor podemos educar e formar cidadãos virtuosos).

⁹⁶ Tomando como base as neurociências, e considerando o “dever ser” como produto de um processo material de mentes funcionalmente integradas – e que durante mais de mil gerações favoreceu e aumentou a sobrevivência, o intercâmbio social e o êxito reprodutivo daqueles que se adaptaram à “fé da tribo” –, se poderia resumir da seguinte maneira: a conduta social humana se transmite mediante a cultura, mas a cultura é produto da atividade mental humana, e esta é produto do cérebro. O cérebro é, por sua vez, produto da evolução genética. Apesar de ser um órgão tão complexo, estruturado e flexível, o cérebro apresenta uma grande quantidade de predisposições geneticamente programadas para o aprendizado e a adoção de determinadas condutas: predisposições a aprender certas coisas melhor que outras e a adotar certos comportamentos antes que outros. Estas predisposições estão aí, são fruto da evolução do cérebro por seleção natural, e como a seleção natural atua sobre os genes, os responsáveis de nossas predisposições são os genes que constroem o cérebro. Observe-se, por outro lado, que parece haver um vínculo bastante forte entre a natureza humana, o comportamento moral e ético-jurídico, o valor semântico da linguagem e do diálogo, e seu papel adaptativo. O valor funcional da conduta moral é imenso e permite, por outro lado, compreender, provavelmente, como os antigos hominídeos puderam sobreviver.

Por conseguinte, nenhum filósofo do direito consciente das implicações práticas que sua atividade provoca, quase cotidianamente, no espaço público, quer dizer, nenhum filósofo do direito intelectualmente honrado, e que queira propugnar de verdade sua causa (quer dizer, honrado também na ação), pode desconsiderar a questão última do pensamento moderno: a do status do humano no reino da natureza (do ser humano considerado simultaneamente como um ser biológico, cultural, psicológico e social).

Mas essa dimensão essencialmente humana do jurídico não somente tem importância no plano político-legislativo de elaboração de um desenho normativo. Também, e muito especialmente, no momento tão problemático como concreto de sua aplicação. Nesse sentido, a primazia que desempenha a natureza humana como critério chave das normas, valores e princípios contidos no ordenamento jurídico se converte em garantia contra um perigoso relativismo moral, já proceda do jusnaturalismo transcendental ou do positivismo jurídico. Com frequência os juízes devem tomar decisões em função de interesses arbitrários, ou de uma injustificada interferência do Estado ou de qualquer outro agente social.

Tais decisões conduzem ao sacrifício de direitos de todo ponto inalienáveis que são os que habilitam a existência dos cidadãos como indivíduos plenamente livres. Para evitá-lo, o sistema axiológico-normativo de uma comunidade ética deve exigir que as normas sejam interpretadas e aplicadas de um modo que não choquem com a natureza humana. A prática jurídica exige, hoje, o desenho de um modelo hermenêutico e metodológico diretamente relacionado com uma compreensão profunda da natureza humana (que seja coerente e compatível com os resultados mais firmes e empíricos da investigação acerca do ser humano procedentes do resto da ciência) e que, como tal, esteja destinado a promover sua efetiva realização – o que é o mesmo que dizer que quanto melhor compreendamos nossa natureza, mais possibilidades teremos de fazer algo a respeito.

Afinal, se as propostas morais e jurídicas necessitam de determinados mecanismos cerebrais para ser processadas, é preciso explicar qual é a razão da existência e as funções de ditos mecanismos, já agora devidamente comprometidas com a evidência de que as ciências e as humanidades, embora continuem tendo suas próprias e separadas preocupações, são geradas através de um único elemento comum: o cérebro humano.

3. O objeto do discurso jurídico: indivíduo e relação jurídica

O conjunto de propostas apresentadas nos capítulos precedentes leva-nos, agora, a refletir acerca de uma pergunta decisiva: afinal, considerando que o direito é um artefato cultural, uma estratégia sócio-adaptativa desenhada pelo homem para resolver determinados problemas adaptativos associados à complexidade de nosso estilo de vida social, qual é o *objeto* do discurso jurídico?

Parece evidente que de acordo com o raciocínio seguido até aqui, este “objeto” (de nenhuma maneira entendido como substancial) não pode ser encontrado - sob pena de havermos caído novamente nas teias das teorias standards - nem completamente em uma dimensão normativa, nem exclusivamente em uma dimensão fática e nem unicamente em uma dimensão axiológica, uma vez que se trata de aspectos presentes em todo e qualquer fenômeno qualificado como jurídico - e tão pouco, diga-se de passo, em um ponto de vista praticamente cósmico de uma ontologia do direito que se consubstancia em uma estranha natureza trinitária que a tudo abarca.

Necessitamos de um fenômeno que esteja estritamente ligado a uma visão biologicamente vinculada à evolucionada natureza humana, isto é, do homem enquanto dotado de uma arquitetura cognitiva inata estruturada de forma homogênea e funcionalmente integrada (a par de regimentada em módulos cognitivos ou domínios específicos); não somente, como dissemos antes, como produto combinado de uma mescla complicadíssima de genes e de neurônios, senão também de todo o diverso e multicolor universo da experiência (valores, aprendizagens e influências procedentes dos aspectos dinâmicos, incertos e fluídos do mundo real).

Dito de outro modo, este “algo” que constitui o objeto do discurso jurídico como práxis de um contexto vital, ético e cultural, só pode ser o homem, mas não o homem empírico, nem sequer o homem meramente como *noumênico*, mas o homem como *in-divíduo* (*individuum* não é senão a tradução latina do grego *átomos*, que significa “indiviso”) , como *pessoa* : isto é, o homem em sentido ontológico-relacional, situado no tempo e no espaço, em sua história e em sua natureza; como o originário sujeito de liberdade e autonomia – e, portanto, de responsabilidade -, capaz de altruísmo e de egoísmo no trato de suas relações sociais - e, por isso, titular de dignidade e de culpa. Quer dizer, como o conjunto de relações em que se encontra e para o qual está desenhado para estabelecer e, no seu interior, constituir determinados

estilos aprovados de interação e de estrutura social. E assim concebido, o homem como pessoa determina o discurso jurídico, não somente o proceder, senão também o conteúdo: o homem como pessoa é o “como” e o “que” no processo de realização do direito; o ser humano é o ponto de partida e de chegada, o núcleo duro e invariável, do fenômeno jurídico.

Por outro lado, as relações jurídicas estabelecidas pelo ser humano nada mais são do que aqueles vínculos sociais relacionais que o discurso jurídico como tal identifica⁹⁷, porquanto em princípio sempre se legitima o direito de modo em que a cada um se confere competência como *pessoa*, sobretudo no que diz respeito aos direitos constitutivos do indivíduo, ou seja, aos direitos que habilitam publicamente a sua respectiva existência como cidadão.

É que embora o direito não esgote toda a nossa relação de vida, o certo é que, uma vez definida em termos normativos, toda a relação jurídica repousa, em última instância, em uma relação social, a qual, por sua vez, tem o indivíduo como sujeito. Assim que o objeto do discurso prático normativo somente poderá consistir na articulação combinada dos vínculos sociais relacionais que subjazem a um determinado tipo de relação jurídica, no sentido e com a finalidade de, potenciando seus melhores lados e mitigando ou jugulando seus lados destrutivos, atuar o direito em relação *da* pessoa e *para a* pessoa, isto é, de (negativamente) impedir o homem do esquecimento de si próprio e, positivamente, de o afirmar no seu ser e, assim, no seu valor – ou, o que é o mesmo, ao redor do compromisso ético que congregue liberdade, igualdade e fraternidade na construção conjunta de alternativas e possibilidades reais de uma vida digna de ser vivida.

Naturalmente que há outras formas de construir o objeto do discurso jurídico. Sem embargo, defini-la como algo que tem que ver com nossos vínculos relacionais com os demais, como algo relacionado com a realização de nossa natureza essencial, tem a vantagem de pôr em primeiro plano o que muitas pessoas consideram o assunto mais profundo e difícil com o qual tem que enfrentar-se o fenômeno jurídico: a aparentemente iniludível possibilidade de conflito decorrente dos defeitos que

⁹⁷ Nas palavras de Betti (1955), as relações jurídicas têm seu substrato em relações sociais existentes já antes e inclusive fora da ordem jurídica: relações que o direito não cria, mas encontra ante si, prevê e orienta na diretiva de categorias e avaliações normativas. De fato, as inumeráveis normas de conduta (éticas, jurídicas, etc.) que as pessoas (as sociedades) geram para viver em cooperação umas com outras não são mais que regras geradas pelas inumeráveis interações sociais que têm cada dia, semana, mês e ano de suas vidas. E tudo procede da mente e do cérebro humanos (e vai destinado a eles).

emergem de nossas relações sociais, entre as exigências da norma e/ou dos interesses dos demais e as do interesse próprio.

Mas um direito ideado desta maneira tem a característica de ser relacional, dinâmico, histórico e pessoal, dado que a forma primeira de toda e qualquer relação é a pessoa. E como direito pessoal, não se pode dispor do mesmo de forma discricionária, uma vez que sempre está limitado pela invariante axiológica do incondicional respeito à dignidade da pessoa humana. Trata-se, em síntese, de propor uma ontologia do pessoal pensada como ontologia relacional – e não ontologia da substância –, em razão da qual é de grande importância e significado o ponto de vista do reconhecimento e do respeito ao outro.

Somente pode ser pessoa quem reconhece ao outro como pessoa; o consenso não pode ser “o fundamento último” nem da personalidade e nem do direito, senão que é preciso remeter a algo que lhe corresponde, o *suum iustum*. Um direito que garante ao homem o que lhe corresponde em suas relações com os outros pode aspirar a ver-se reconhecido na consciência dos indivíduos: somente um direito tal é suscetível de consenso e intersubjetivamente válido (Kaufmann, 1999). Nas palavras de Cotta (1981: 45): “se o *eu* é cognoscível como um *eu-em-relação*, ou bem não é cognoscível em absoluto nem enquanto homem nem enquanto pessoa, o ser do homem é essencialmente relacional”.

Parece evidente, portanto, que o tipo de natureza humana que subjaz à nossa proposta constitui o fundamento material, ontológico e metodológico do fenômeno jurídico que tratamos de defender. Em realidade, a concepção aqui adotada acerca da natureza humana e que serve de fundamento às idéias aqui formuladas, reside no fato de que os seres humanos, por serem um produto mais da evolução biológica, desenhados pela seleção natural para resolver determinados problemas adaptativos práticos relacionados com a constituição de uma vida socialmente organizada, digo, por serem produtos da coevolução entre o natural e o cultural⁹⁸, toma em consideração

⁹⁸ A evolução cultural e a evolução genética estão interligadas. A capacidade humana para a cultura – forte tendência a aprender uns com os outros, de ensinar uns aos outros e de partir do que aprendemos – é, em si, uma inovação genética que aconteceu em estágios ao longo dos últimos milhões de anos (Richerson e Boyd, 2005, 1995), mas logo que nosso cérebro alcançou um limiar crítico, talvez há 80 ou 100 mil anos atrás (Mithen, 1996), a inovação cultural começou a acelerar; então, forte pressão evolucionária moldou os cérebros para obter vantagens adicionais da cultura. As pessoas que conseguissem aprender melhor com os outros tinham mais sucesso do que seus irmãos menos “cultos” e, à medida que os cérebros se tornavam mais cultos, as culturas ficavam mais elaboradas, o que aumentava ainda mais a vantagem de se ter um cérebro culto. Hoje, todos os seres humanos são produtos da co-

as limitações com as quais nascemos (que impõem restrições cognitivas fortes para a percepção, armazenamento e transmissão discriminatória da cultural e limitam o rol das variações culturais possíveis⁹⁹) e que , de uma maneira ou outra, definem e

evolução de um grupo de genes (que é quase idêntico em todas as culturas) e um grupo de elementos culturais (que é diferente nas várias culturas, mas ainda é limitado pelas capacidades e predisposições da mente humana). Dessa maneira, os genes e as culturas co-evoluíram (Richerson e Boyd, 2005, 1995) ; estes são afetados mutuamente e nenhum processo pode ser estudado isolado para os seres humanos(cf. Haidt, 2006).

⁹⁹ *Coevolução* considerada como um modelo misto de evolução, em que os fatores genéticos se apresentam como co-responsáveis do processo de evolução cultural junto a outros fatores e forças que se desenvolvem, atuam e se expressam em termos estritamente culturais (Cavalli-Sforza; Feldman; Boyd e Richerson). Já sobre o conceito das “*restrições cognitivas*” acerca da aquisição, armazenamento e transmissão das representações culturais , assim como da transmissão cultural como um processo inerentemente seletivo (um “*modelo seletivo*” segundo o qual , dadas certas circunstâncias e tendo a população uma variedade de representações, algumas dessas representações têm mais probabilidade de armazenar-se na memória dos sujeitos e de transmitir-se a outros sujeitos: ao ser mais fáceis de aprender e de memorizar, tem um maior “valor de sobrevivência” que outras representações para sua transmissão cultural), cf., por todos, Boyer (1992, 1993 e 2002): dadas as propriedades gerais da mente humana, certas representações têm mais probabilidade que outras de ser adquiridas e transmitidas, e de chegar, deste modo, a constituir os conjuntos estáveis de representações aos que os antropólogos chamam de “culturas”. Assim que os sistemas culturais podem e devem ser estudados como conjuntos de representações mentais adquiridas e armazenadas pela mente humana, já que os processos de aquisição e memorização impõem fortes restrições aos conteúdos e à organização das representações culturais. Note-se que Boyer trabalha com as idéias religiosas porque parece ser a parte “mais cultural” da cultura e em consequência a menos suscetível de ser explicada em termos cognitivos. A partir daí, e contradizendo os pressupostos da antropologia cultural (que costuma centrar-se em sistemas abstratos de “símbolos”, “códigos” ou “significados”, cujas propriedades se presumem independentes do modo em que estão representados na mente humana e parecem estar completamente restringidos e determinados ao modo como os sujeitos recebem e aprendem a partir da interação social – portanto, a suposição de que a transmissão cultural é primordialmente um processo passivo), considera que, se as hipóteses cognitivas são relevantes para a explicação das idéias religiosas, então outros aspectos das representações culturais seriam *a fortiori* passíveis desse tipo de descrição - aqui incluído, evidentemente, o direito. Tal como sustenta Sperber (1985), isto explica que o suposto implícito em muitas teorias da transmissão cultural de que a mente é um processador de informação equipotencial – o suposto de que as representações mentais com distintos conteúdos são igualmente fáceis de ser transmitidas – é falso: as representações cujo conteúdo encaixa em um domínio para o qual temos mecanismos especializados serão transmitidas de modo muito distinto daquelas que não encaixam nesse domínio; em segundo lugar, acaba com a grande dúvida sobre se o indivíduo é um receptor passivo da transmissão cultural (tal como defendido pelo relativismo cultural, no sentido de que todos os aspectos da conduta humana se aprendem, diferem e podem diferir por completo em distintas culturas), o que , de fato, não o é : *é a mente humana a que impõe restrições significativas para a percepção , a transmissão e o armazenamento discriminatório de representações culturais*. O mesmo é dizer que a natureza humana - definida como um conjunto de mecanismos psicobiológicos comum de nossa espécie que são o resultado de um largo caminho evolutivo, marcado pelos imperativos da seleção natural - resulta indispensável para compreender as possibilidades e os limites da cultura humana, isto é, que funciona como indispensável fator possibilitador e determinante restritivo de toda variação cultural possível (variação que remete, em última instância, a dois tipos de fatores explicativos: a própria arquitetura mental modular (de conteúdo específico) e as condições ambientais locais nas quais

circunscrevem as condições de possibilidade do direito e de sua respectiva realização prático-concreta¹⁰⁰.

De fato, a pergunta pelo sentido e finalidade do direito conduz inevitavelmente à busca dos fundamentos antropológicos da natureza e da conduta humana. O direito e as normas jurídicas (e morais) existem unicamente porque o homem estabelece relações sociais. O ser humano como pressuposto, fundamento e sujeito de todo ordenamento jurídico está orientado para a vida social: a presença e a aceitação do “outro” na convivência é o fundamento biológico do fenômeno social. Qualquer teoria, norma ou discurso que exclua, recuse ou elimine a participação do “outro”, desde a competição até a cooperação, passando pela manipulação ideológica, destrói ou restringe o fenômeno social como condição de nossa humanidade, porque aniquila o processo biológico que o gera (Maturana, 1985)¹⁰¹.

Mas para entender a condição humana – e o direito é parte dessa condição e a sua idéia (idéia de direito) é o resultado da idéia do homem – há que se compreender ao mesmo tempo a dinâmica, em conjunto, entre natureza humana e o mundo das representações culturais, superando a idéia de que o homem deve ser contemplado

se desenvolve). A complexidade da mente não se deve à cultura aprendida, senão que a cultura se deve à complexidade da mente humana.

¹⁰⁰ Por exemplo, para um operador do direito, aprender os significados das palavras sem contar com restrições é como para um extraterrestre descobrir as leis da natureza examinando os fatos enumerados no informe de um censo. Ambos se veriam expostos a necessidade de propor a si mesmos muitas hipóteses sem sentido. O jurista poderia pensar que “norma” se refere a um nome próprio de uma pessoa ou a um tipo de regra de conduta escrita; o extraterrestre poderia perguntar-se se existe uma relação causal entre a quantidade de bebês nascidos em Santa Barbara e a altura das mulheres brasileiras cujos nomes começam com “M”. Se não existissem as restrições, a indução levaria somente em raras ocasiões, e só por casualidade, a conhecimentos com sentido. Tendo em conta as restrições evolucionárias inatas, o problema da indução se simplifica, já que quem aprende não deve tomar em consideração todas as possíveis leituras de um *input*. Keil (1981) também propõe restrições domínio-específicas, entre outros, para o raciocínio dedutivo, a teoria da mente e o conhecimento ontológico. A tese é a de que a mente aporta princípios organizadores domínio-específicos que permitem a estruturação e assimilação de fatos e conceitos, já que assim quem aprende pode estreitar o espectro de possíveis interpretações do entorno, dado que tem presunções implícitas que guiam sua busca de dados relevantes (Gelman, 1990). Isto nos recorda a necessidade de tomar seriamente em consideração a natureza das restrições evolucionárias inatas, assim como a influência potencial que a experiência exerce sobre elas. Dito de outro modo, resulta de grande importância explicar e compreender de que maneira a experiência interage com mecanismos mais internos, tais como as restrições evolucionárias inatas.

¹⁰¹ Por isso, para Maturana (1985), superando o naturalismo ingênuo, o “dever ser” é um momento fundado sobre a estrutura biológico-neuronal do “ser” humano vivo.

unicamente como um ser cultural sem instintos naturais (que condicionam seu comportamento) e sem nenhuma história evolutiva¹⁰².

Pois bem, uma vez admitido que os homens vivem e se desenvolvem em sociedade não porque são homens (ou anjos), senão porque são animais, resulta razoável inferir que a idéia do direito fundamentada em uma moral de respeito mútuo *emana da* e está *limitado pela* natureza humana. E da mesma forma como os demais antropóides africanos, a natureza do ser humano é essencialmente social: nossa condição é a de um primata que nasceu para viver em comunidade; viemos ao mundo com um cérebro desenhado para viver em sociedade, para viver com o outro.

Como dissemos antes, o homem isolado, sem uma comunidade social na qual possa plasmar sua existência, não é homem: é um nada. Fomos desenhados para desenvolver-nos - e aprendemos a viver e a prosperar – em um entorno social, no marco das restrições de um mundo natural. A natureza do homem e, conseqüentemente, todas as suas ações, sejam ou não conscientes, é o resultado combinado não somente de uma mescla complexa de genes, neurônios e de sinapses senão também de experiências, valores, aprendizagens e influências procedentes de nossa vida social, que confluem para dar o resultado final de um indivíduo inseparável da sociedade. O comportamento humano se origina a partir da interseção de nosso sofisticado programa cognitivo de raiz filogenético com o entorno sócio-cultural em que transcorre nossa ontogênese.

¹⁰² Como dissemos antes, o ser humano pertence a dois mundos: o mundo do corpo/cérebro (dos quais emerge a mente) e o mundo das criações culturais fundadas na atividade neuronal (uma sincronia em rede), mas que a transcendem. O que realmente resulta inaceitável é que ainda se siga questionando e/ou desconsiderando a existência da natureza humana, quando os avanços das investigações procedentes das ciências da vida e da mente oferecem linhas de convergência capazes de situar a reflexão humanística e científico-social sobre uma concepção da natureza humana como objeto de investigação empírico-científica e não mais fundada ou construída a partir de mera especulação metafísica. E se há algo de que já não duvidamos é que somos o resultado de um processo evolutivo que, para bem ou para mal, modelou nossa espécie: somos animais éticos cujos genes que dão lugar a resultados operativos tendem a difundir-se; os genes que produzem criaturas que não geram tais resultados tendem a desaparecer. Tudo o demais é metáfora. Por conseguinte, e diante de tais evidências, o que se há que fazer é considerar seriamente a relevância das bases biológicas do comportamento humano, não somente no sentido de estabelecer os vínculos adequados entre processos mentais e processos neurológicos – tarefa na qual avançam tenazmente as neurociências -, senão também, e muito especialmente, no sentido de compreender o largo e complexo processo evolutivo que gerou nosso sistema nervoso e como este, no contexto de uma crescente sociabilidade, produziu o enramado cultural em que estamos instalados e que não tem termo de comparação.

A um nível mais profundo, a existência de uma natureza humana nos indica que o mesmo que um meio ambiente sem cálcio trunca no organismo humano o programa ontogenético que haveria de levá-lo ao desenvolvimento normal da dentição, uma vida social inexistente produz um ser sem articulação lingüística e sem autoconsciência, sem vida interior articulada; uma arquitetura cognitiva deserta de experiência, não um indivíduo no sentido que damos correntemente a esta palavra.

A existência secular e o intercâmbio recíproco com nossos congêneres produzem indivíduos. *É com o outro e por meio do outro* que o indivíduo se constitui: o reconhecimento do outro implica o reconhecimento do “eu”. A capacidade para autointerpretar-nos está direta e indissociavelmente vinculada à aquisição da capacidade para interpretar os outros, para “ler” suas mentes, para entendê-los, e para entender-nos a nós mesmos, como seres intencionais: é inata a nossa necessidade de atrair o olhar e o reconhecimento do outro que, nessa condição, já não ocupa uma posição comparável à nossa, senão contígua e complementária¹⁰³. Marcados por uma incompletude constitutiva da espécie, devemos ao outro nossa própria existência e individualidade.

Com efeito, é da natureza do existir humano que quando observamos o comportamento de nossos congêneres, raras vezes, e é possível até que nunca, observamos um mero mosaico de atos incidentais. O que vemos detrás deles é uma estrutura causal mais profunda, a presença oculta de planos, intenções, emoções, recordações, etc., e partindo dessa base, podemos tratar de compreender o que fazem os demais. Em outras palavras, parece que estamos desenhados pela seleção natural para ter uma capacidade de prever ou de ter uma imagem, uma espécie de modelo conceitual da mente humana, sem o qual uma espécie essencialmente social como a nossa não haveria conseguido prosperar no entorno sócio-cultural em que plasma sua existência. Não há um minuto em que não intentemos ler a mente ou imaginar as intenções dos demais. Nas palavras de Gazzaniga (2010:52), *“una característica del cerebro humano, que es a la vez omnipresente y casi definitoria, es cuán reflexivamente construimos modelos en nuestra mente acerca de las intenciones, sentimientos y finalidades de otros, incluyendo animales y objetos. No podemos evitarlo”*.

¹⁰³ Sobre o papel das “neuronas espelho” nesta natural interdependência entre o “eu” e o “outro”, essencial para entender nossa natureza social, cf. Iacoboni, 2008.

Em verdade, é no trato de uns com outros quando temos que pensar, sentir, recordar, calcular e sopesar as coisas, ou seja, em que a empatia, a cooperação (e desde logo o egoísmo) e o altruísmo fluem com maior naturalidade. E essa inteligência social requer até a última gota da capacidade cerebral que possuímos: a intersubjetividade é a característica fundamental da natureza de nosso cérebro. Os seres humanos não podem sobreviver, em nenhum lugar da terra, à margem da sociedade: não podem sobreviver, queremos dizer, em nenhum lugar da terra, de forma autônoma e separada, se carecem de uma profunda sensibilidade e capacidade de compreensão do “outro”. Assim como ensinam as mais laicas entre as ciências, é o outro, é seu olhar, que nos define e nos conforma. Nós (assim como não conseguimos viver sem comer ou sem dormir) não conseguimos compreender quem somos sem o olhar e a resposta do outro. O homem (cujo cérebro é o resultado vivo de um largo processo filogenético e capaz de viver em um universo não percebido) sem alteridade humana não pode desenvolver suas promessas genéticas.

Na falta desse reconhecimento, o homem não se humaniza; e poderíamos morrer ou enlouquecer se vivêssemos em uma comunidade na qual, sistematicamente, todos houvessem decidido não olhar-nos jamais ou comportar-se como se não existíssemos: seríamos, por certo, como uma espécie de Adão bestial, solitário e sem consciência, que não viveria em sua “existência” o significado da relação sexual, o prazer do diálogo e do consenso, o amor pelos filhos e a dor da perda de uma pessoa amada (Eco, 2000). O mesmo que um meio ambiente sem cálcio trunca no organismo humano o programa ontogenético que haveria de levá-lo ao desenvolvimento normal da dentição, uma vida social inexistente produz um ser sem articulação lingüística e sem autoconsciência, sem vida interior articulada; uma arquitetura cognitiva deserta de experiência, não um indivíduo no sentido que damos correntemente a esta palavra¹⁰⁴.

E não somente nossa existência, nossos valores e nossas normas de conduta são definidos em relação com as demais pessoas. A própria liberdade humana não pode conceber-se à margem da interação com os demais, pois o modo de ser do homem no

¹⁰⁴ Para que o espírito emergja do cérebro, não somente é preciso que esse cérebro funcione senão que seu funcionamento se veja estimulado pelo entorno social, a linguagem que se aprende, a cultura. Dito de outro modo, somente pode haver espírito se há cultura e cérebro: cérebro e cultura (espírito) são absolutamente indissociáveis. Um ser que não haja conhecido a cultura não é mais que um primata do mais baixo nível, não pode desenvolver suas faculdades intelectuais. Desta forma, tomamos consciência da formidável interdependência, da implicação mútua, entre o que um homem tem de cultural e psicológico e o que tem de cerebral e biológico (E. Morin, 2000).

mundo é intrinsecamente um modo de ser interpessoal. A autonomia de ser e de obrar que está inscrita na mesma essência do homem, e da qual brota a possibilidade de obrar livremente, não pode realizar-se mais que no diálogo e no intercâmbio com o “outro” no mundo. Na advertência de E. Levinas, não há liberdade humana que não seja capacidade de sentir a chamada do outro¹⁰⁵. Não existe uma liberdade lograda e completa que logo, posterior e secundariamente, se veja também revestida de uma dimensão ética. Desde o princípio a liberdade humana se realiza no contexto da chamada que o outro me dirige. A mais íntima essência e a medida da liberdade no homem são a possibilidade e a capacidade de sentir a chamada do outro e de responder-lhe. E desde o momento em que o outro aparece como outro nasce também a dimensão ética e a jurídica¹⁰⁶, fatalmente vinculada e indissociável de nossas relações com os demais.

Daí que o direito não é mais nem menos que um artefato cultural, uma estratégia sócio-adaptativa cuja função consiste em estabelecer limites, articular, e combinar, por meio de normas de conduta, os vínculos sociais que irremediavelmente estabelecemos ao longo de nossa secular existência. Com o direito promovemos em grupos tão complexos como são os humanos aqueles meios necessários para instituir e decidir que ações estão proibidas, são lícitas ou obrigatórias, assim como para justificar e controlar os comportamentos coletivos. O desenvolvimento dos sistemas normativos implicou processos causais gerados pelas inevitáveis colisões de interesses

¹⁰⁵ E não é apenas o fato de que “todos nós precisarmos” do outro; trabalhos recentes mostram que precisamos interagir com os outros; precisamos dar e receber; precisamos pertencer (Baumeister e Leary, 1995; Brown et. al., 2003; Habermas, 2006 e 1996). Sêneca tinha razão: “Ninguém que vê apenas a si mesmo e transforma tudo em uma questão de sua própria utilidade é capaz de viver feliz”. John Donne também tinha razão: precisamos dos outros para nos completar. Somos uma espécie ultra-social, cheia de emoções firmemente sintonizadas para amar, oferecer amizade, ajudar, compartilhar e entrelaçar nossas vidas à de outros, ainda que o apego e os relacionamentos possam provocar-nos dor. Como disse um personagem de Sartre: “O inferno são os outros”. Mas o paraíso também. (Haidt, 2006). Enfim, nossos corpos, nosso cérebro e nossas mentes não estão desenhados para viver em ausência de outros: a atividade psicológica e neuronal humana não ocorre de forma isolada, senão que está intimamente conectada a - e se vê afetada por - os demais seres humanos.

¹⁰⁶ Note-se que várias teorias modernas da evolução do cérebro humano mantêm que o principal estímulo ambiental seletivo para seu rápido crescimento pode haver sido as exigências de ter que tratar com a complexidade da vida social. Em vez de pensar que o cérebro humano se desenvolveu simplesmente para resolver os problemas do entorno material, temos que considerá-lo mais bem como um órgão social desenvolvido no interior do espírito coletivo de uma comunidade. A função própria do fabuloso desenvolvimento neo-cortical do *Homo sapiens* é precisamente a de facilitar a interpretação própria e alheia, a inteligência social. A origem biológica de nossas mais extraordinárias capacidades cognitivas – como em todos os grandes hominídeos – é de todo ponto social.

próprios relativos à convivência social, isto é, de que criamos um sistema complexo de justiça e de normas de conduta para canalizar nossa tendência à “agressão” decorrente da falta de reciprocidade e dos defeitos que emergem dos vínculos sociais relacionais elementares através dos quais os homens constroem estilos aprovados de interação e estrutura social.

De fato, as normas de conduta representaram uma vantagem seletiva ou adaptativa para uma espécie essencialmente social como a nossa que, de outro modo, não haveria podido prosperar. Tais normas plasmaram a necessidade da posse de um mecanismo operativo que permitisse habilitar publicamente nossa capacidade ou predisposição para inferir os estados mentais e de predizer (e controlar) o comportamento dos indivíduos, ou seja, para antecipar as consequências do comportamento dos demais em empresas que requerem a competição ou a cooperação: um desafio que nasceu da necessidade humana não somente de delimitar os âmbitos em que os interesses individuais, sempre a partir das reações do outro, pudessem ser válida e socialmente exercidos, senão também para entender e valorar o comportamento de seus congêneres¹⁰⁷, de responder a ele, de predizê-lo e de manipulá-lo e, a partir disso, de estabelecer e regular as mais complexas relações da vida em grupo¹⁰⁸.

Pois bem, desde esta perspectiva (naturalista¹⁰⁹) acerca do ser humano e da função do direito, é possível estabelecer algumas implicações jurídicas a partir de uma

¹⁰⁷ De fato, um dos maiores inconvenientes do ser humano é a dificuldade que supõe contemplar-nos uns aos outros sem prejuízos; somos seres desenhados para interpretar em clave valorativa as condutas, normas, crenças e todos os demais fenômenos que nos cercam.

¹⁰⁸ Nesse sentido, a própria idéia de “segurança” e “certeza” jurídica podem ser entendidas muito bem dentro do modelo naturalista como expressão sócio-cultural da solução aos problemas adaptativos relacionados com nossa singular tendência para perceber fatos, situações e ações próprias e alheias como dotadas de cargas valorativas vinculantes, assim como com nossa predisposição, capacidade e necessidade de antecipar ou predizer as ações dos membros do grupo e suas consequências, isto é, circunscritas ao conjunto de valorações e eleições em termos de bem e de mal (“bom” e “mau”, “justo” e “injusto”, “permitido” e “proibido”, etc.) no âmbito das relações e comportamentos sociais, e com um horizonte temporal amplo (de projeção para o futuro das consequências dos atos).

¹⁰⁹ Uma tese que defendemos por sua indiscutível força explicativa (empírico-científica) acerca da dimensão natural do ser humano, sua natureza biológica e sua origem evolutiva, e que nos põe em alerta ante a evidência de que direito não poderá seguir suportando, por muito mais tempo, seus modelos teóricos elaborados sobre construções especulativas da natureza humana. Hoje, mais que em qualquer outra época, é necessário pensar e determinar a noção de natureza humana (como objeto de investigação empírica) no marco de um programa naturalista para, a partir daí, abordar e repensar a teoria jurídica em suas distintas tradições. Por outro lado, diga-se de passo, é preciso manter certa prevenção com aqueles que insistem em atribuir a este programa (naturalista) um caráter reducionista, termo cujo uso costuma comportar,

compreensão realista da natureza humana – isto é, considerada sob uma ótica muito mais empírica e respeitosa com os métodos científicos -, acusadamente no que se refere ao problema das relações jurídicas.

E começamos por recordar que sem vida social nada é possível para o indivíduo, nem sequer o indivíduo mesmo, seu existir separado, o problema passa a ser o de saber se é possível entender que nossa mente está dotada, a exemplo do que ocorre com o sentido da vista e a capacidade para a linguagem, de módulos específicos ou sistemas especializados dedicados a percepção e processamento de informações acerca de algo que tem um componente tão aparentemente difícil de manejar como, por exemplo, as relações sociais e, conseqüentemente, as relações jurídicas - a que Karmiloff-Smith (1995) chama de “módulo social”, isto é, um departamento do cérebro que se especializa em lidar com estímulos sociais e comportamento social (módulos cognitivos funcionalmente independentes, de especificidade de domínio, e sempre que entendamos estes como redes de circuitos neuronais que enlaçam zonas diversas do cérebro).

O método para descobrir o sistema de regras que subjaz, em nosso caso, às intuições morais relativas aos vínculos sociais relacionais pode ser comparado – tal como adiantamos antes – com o método da lingüística moderna: as regras gramaticais são tão complexas que não podem ser aprendidas em um período de tempo tão breve por um bebê que utilize algoritmos de aprendizagem geral. Em seu lugar, deve haver restrições inatas de aprendizagem que permitam a aquisição lingüística. Tais restrições implicariam que a gama de gramáticas que lhe é possível aprender resumem-se a um pequeno e altamente estruturado subconjunto de um conjunto de gramáticas logicamente possíveis. Todas as gramáticas das linguagens existentes, naturalmente, caem dentro deste subconjunto (Pinker, 1994)¹¹⁰.

habitualmente, uma intenção pejorativa e desqualificadora. Não é o caso: o que se pretende destacar é a vontade de conceber a cultura e a vida social como realidades nascidas da própria constituição biológica do ser humano e aplicar, onde seja possível, a heurística darwinista à explicação da origem e função dos fenômenos e mecanismos socioculturais, respectivamente. Daí que para Maturana (1985), superando o naturalismo ingênuo, o “dever ser” é um momento fundado sobre a estrutura biológico-neuronal do “ser” humano vivo. Sobre o caráter reducionista do objetivo de lograr uma compreensão científica dos fenômenos mentais em termos dos mecanismos cerebrais subjacentes, baseado na premissa de que, se desejamos compreender como vemos, pensamos e tomamos decisões, o conhecimento dos mecanismos neurobiológicos não é algo ornamental senão uma necessidade, cf. Churchland, 2006: 317-342.

¹¹⁰ No âmbito propriamente da moral, Gazzaniga (2006) defende a idéia de que poderia existir um conjunto universal de respostas biológicas aos dilemas morais, uma sorte de ética integrada no cérebro, isto é, de que temos um sentido moral que está construído em nossos cérebro por

Centrando nosso interesse no que a analogia permite-nos compreender, diremos o seguinte: uma vez admitido que o direito define, em termos normativos, a tessitura social e que toda relação jurídica reside, em última instância, em uma relação social – a qual, por sua vez tem sempre o indivíduo como sujeito –, temos que reconhecer que se retirarmos o “véo jurídico-normativo” que recobre nossas relações jurídicas nos encontraremos fundamentalmente (em seu núcleo duro) diante de vínculos sociais relacionais já antes estabelecidos pelo homem, e sobre os quais, unicamente, as normas jurídicas incidem atribuindo direitos e deveres recíprocos aos sujeitos envolvidos. E nada mais.

Agora, são infinitos e ilimitados os tipos de relações jurídicas tuteladas pelo direito ou, ao contrário, existem restrições inatas no pensamento ético-social humano que restringem – de forma similar ao que ocorre com a linguagem – o conjunto dos vínculos sociais relacionais *humanamente possíveis* (que subjazem às relações jurídicas) a um subconjunto relativamente pequeno de sistemas lógicos possíveis? Qual seria o núcleo duro constitutivo desse conjunto de vínculos sociais relacionais através dos quais os humanos constroem sistemas aprovados de interação e estrutura social regulados pelo direito (as relações jurídicas)?

Trataremos de responder a estas questões, recordando, contudo, que a partir do momento em que é incapaz de advertir os signos de sua própria crise porque sua ideologia é um mito contínuo de justiça, o Direito se separa da realidade e se envolve em uma ilusão, estada pela moldura conceitual de concepções dogmáticas completamente alheias às implicações jurídicas da natureza humana.

Em 1991, Alan P. Fiske, professor de antropologia da UCLA, desenvolveu uma detalhada análise etnográfica dos mossi, de Burkina Faso, uma sociedade que habita na região oeste de África. Sobre a base deste trabalho de campo e do trabalho acadêmico acerca de uma variedade de disciplinas que estudam distintas culturas, Fiske (1991) - cuja inovadora proposta seguimos não somente por sua boa qualidade formal senão também por sua deslumbrante riqueza empírica - propôs um modelo de relações

nossa evolução, como nosso instinto sexual ou nosso medo às alturas; ou, como Hauser (2008) prefere dizer, como nossa capacidade para a linguagem : estamos dotados de um “instinto moral”, uma faculdade moral equipada com propriedades universais da mente humana que guia inconscientemente nossos juízos intuitivos sobre o bem e o mal, restringe o âmbito da variação cultural e que permite desenvolver uma reduzida gama de sistemas morais concretos; essas intuições refletem o resultado de milhões de anos nos quais nossos antecessores viveram como mamíferos sociais e formam parte de nosso patrimônio comum (Hauser, 2008; Hauser e Singer, 2006).

sociais humanas, de acordo com o qual nos vinculamos com os demais mediante quatro formas elementares de relações sociais: *reparto comunal* (*comunal sharing*), donde as pessoas têm um sentido de identidade comum; *autoridade superior* (*authority ranking*), donde as pessoas se relacionam seguindo uma hierarquia; *ajuste à igualdade* (*equality matching*), donde existe uma relação igualitária entre os pares; e *preço de mercado* (*market pricing*), donde a relação se vê mediada por valores que seguem um sistema de mercado.

Ao sustentar que estas quatro estruturas vinculantes elementares e suas variações justificam todas as relações sociais entre todos os seres humanos de todas as culturas, Fiske sugere, como única explicação possível deste fato, que estão arraigadas na complexa estrutura da mente humana¹¹¹. Esta idéia sugerida por Fiske – com exploração do significado empírico de que a arquitetura cognitiva de nossas mentes seja constitutivamente social, isto é, de que nossos vínculos sociais relacionais parecem estar arraigados na complexa estrutura da mente humana – dá resposta a muitos dos interrogantes sobre a forma como a organização de domínio específico da mente humana¹¹² afeta as relações sociais e condiciona nossas intuições morais : o

¹¹¹ Cada um dos quatro modelos emerge nas diversas culturas em uma grande diversidade de ações sociais, crenças ou juízos, pelo que não podem ser o produto de condições particulares da experiência subjetiva de cada indivíduo, senão que devem ser produtos endógenos da mente humana gerados por modelos universalmente compartilhados de e para as relações sociais (Pinker, 2002). Para a consulta acerca de uma teoria consideravelmente fiskeana da modularidade moral, cf. Bolender, 2003.

¹¹² Trata-se de entender a arquitetura cognitiva humana como um agregado de mecanismos cognitivos vinculados a domínios específicos, onde esses domínios (específicos) se concebem como repertórios de habilidades ou capacidades cognitivas e de motivação que, sendo inatos e universais na espécie, predispõe ao indivíduo para afrontar eficientemente situações recorrentes que entranham algum tipo de dificuldade relevante e estável no meio e que foram selecionados evolutivamente. Estes domínios encontram-se destinados funcionalmente à resolução de um conjunto de problemas específicos de um domínio empírico determinado, atuando, ao mesmo tempo, como categorizadores a nível perceptivo (e valorativo) e como estimuladores ou promotores de determinadas respostas de conduta (atividade que implica processos de categorização, inferência e motivação). Convém precisar, contudo, que a defesa de uma natureza modular de domínio específico não nega em absoluto o papel da experiência, do aprendizado e das influências procedentes de nosso entorno, que sem dúvida alguma influem na constituição, desenvolvimento e funcionamento de nossa arquitetura cognitiva, como tão pouco afirma que tais habilidades se encontram disponíveis sem mais desde o nascimento, pois muitas delas se alcançam através de processos que requerem o concurso imprescindível de uma estimulação ambiental adequada. Recorde-se que os genes codificam estruturas neuronais e não comportamentos: uma disposição cognitiva geneticamente determinada pode expressar-se de muitas maneiras, ou inclusive não expressar-se de nenhuma, de acordo com as condições ambientais. A afirmação de que determinados traços de nossa natureza têm um componente inato/hereditário significa não somente que os genes (ou mais propriamente o “quando” e “como” se expressam esses genes) influem no desenvolvimento do cérebro e dos circuitos neuronais implicados nos sistemas cerebrais, senão que também a

decidir entre o que é bom e o que não o é em relação aos próprios interesses e dos demais supõe o sentido do que é socialmente apropriado no entorno em que estabelecemos nossos vínculos sociais relacionais.

E uma vez que parece impensável tratar de relação jurídica (isto é, as relações pessoais dos indivíduos humanos que o discurso jurídico identifica como tal) sem tomar como referência a relação social que a consubstancia e lhe subjaz, um simples exame das características dos quatro tipos de vínculos sociais relacionais propostos por Fiske permite descobrir poderosas e firmes vias de articulação jurídica dessas formas de vida social: modos adequados de combiná-las, de potencializar e cultivar seus melhores lados, e de mitigar ou jugular seus lados destrutivos e perigosos. E porque todo o direito tem caráter relacional, dinâmico, histórico e pessoal, aqui reside, em última instância, sua função e a tarefa argumentativa de sua adequada realização.

Para desenhar uma idéia mais precisa da interessante teoria fiskeana, mostraremos os quatro modelos propostos com algum detalhe e destacaremos sua iniludível vinculação com o problema da relação jurídica e, conseqüentemente, com a finalidade e a função do direito nesse contexto.

Para Fiske, uma relação social, cujas características penetram cada aspecto da vida humana e se caracterizam por ser um modelo de coordenação (de cognição social, de interação, de avaliação moral e emocional) entre indivíduos, existe quando qualquer pessoa atua sob a assunção implícita de que as pessoas que com ela interagem o fazem

experiência pode modificar a expressão de certos genes que são capazes de alterar a estrutura e o próprio funcionamento do cérebro (isto é, de que são múltiplos os fatores que regulam e modificam a expressão de nossos genes e, conseqüentemente, que configuram as características da conduta humana complexa). Como explica Linden (2010:70): *“Ahora sabemos que el entorno, considerado en sentido amplio, puede afectar también a la función de los genes en las células del cerebro. Dicho con otras palabras, la educación influye en la naturaleza y viceversa. La causalidad, en lo que al cerebro respecta, es siempre una calle de doble sentido”*. A grande diversidade de condutas, habilidades e temperamentos que caracterizam cada indivíduo procedem das diferenças genéticas e os processos de impressão devidos às influências ambientais, por necessidades individuais e seguindo um sistema individual de valores, os quais, por sua vez, geram e configuram o caráter particular que possui o cérebro de cada pessoa (o que ilustra as maravilhas da plasticidade cerebral – neuronal ou sináptica). Dito de outro modo, as experiências vividas alteram o uso que fazemos da informação genética e produz particulares modificações da estrutura e do funcionamento cerebral (ao cambiar e reorganizar os circuitos e as conexões neuronais ou sinápticas presentes no cérebro, capacidade de câmbio esta denominada de neuroplasticidade). A formação e construção do cérebro (que subjaz a nossas emoções e condutas, à resolução de problemas, aos processos de tomada de decisão, à inteligência, ao pensamento, a capacidades tão humanas como a linguagem, a atenção ou os mecanismos de aprendizagem e memória, etc.) é larga, maleável, custosa e complexa. Tal como expressa Norman Doidge (2009), a evolução nos há dotado de *“un cerebro que sobrevive en un mundo cambiante cambiándose a sí mismo”*.

reciprocamente com referência a significados imputadamente compartilhados e de maneira culturalmente apropriada, ou seja, mais bem sob a assunção implícita de significados compartilhados em um conjunto de ações coordenadas de condutas recíprocas. Vejamos, então, em que consiste cada um dos modelos propostos.

Mediante o *módulo de comunidade* as relações estão baseadas em um modelo no qual os membros do grupo são equivalentes e indiferenciados em sentido moral, ou seja, no que concerne ao domínio social em que se desenvolve: tem uma estrutura que se encarrega das relações de equivalência, de unidade, relações nas que aparece um sentimento de comunidade e de identificação coletiva sem diferenciação. Ao proporcionar um critério de pertença grupal, as possessões do grupo estão dadas de forma igual para todos os membros da comunidade, seja qual for sua contribuição específica. Por exemplo, em muitas sociedades de caçadores-coletores, seus membros compartilham a carne dos animais capturados com particularidades tais como a de que o caçador da peça fica com uma proporção de comida inferior ao necessitar este menos que seus congêneres, ou a de que se reparte entre os membros a comida, os utensílios e os instrumentos de caça àqueles que lhes necessitam, independentemente de sua aportação.

Em muitas sociedades, esta forma de compartilhar os materiais não só se dá no núcleo familiar reduzido, senão também com outros de fora dele: em um almoço entre amigos, por exemplo, ninguém fiscaliza quem come mais que quem. A estrutura de comunidade também se manifesta na manutenção de terras comuns, bem como em uma determinada organização produtiva na qual as pessoas trabalham coletivamente sem que isso implique a designação de um número de tarefas específicas, nem a fixação de responsabilidades diferenciadas.

O papel das coisas materiais nas *relações de autoridade* é substancialmente distinto: o modelo de autoridade trata das relações assimétricas, aquelas que se materializam em ordens hierárquicas com respeito a alguma variável. Segundo Fiske, posto que nos encarregamos de relações de sociabilidade, a subordinação que surge da aplicação deste modelo é legítima; os subordinados respeitam a relação de subordinação.

Quando a gente transfere coisas de uma pessoa à outra neste modelo, aqueles que estão em posição hierárquica superior soem ter mais e melhores bens, além de acesso mais rápido a eles, que seus subordinados (por exemplo, a tendência a criar hierarquias se manifesta em toda sorte de mesquinhas dentro das grandes empresas e

das burocracias, onde as pessoas outorgam enorme importância ao tamanho de seu escritório e a quantas vantagens mais). Os indivíduos dos estratos mais altos desejam bens raros e valiosos, enquanto que os pertencentes às camadas inferiores não podem aceder a eles. A gente deve pagar com bens e tributos aos que fazem as regras e, regra geral, as “autoridades” simplesmente se apropriam do que bem desejam (e que possa haver comportamentos com características deste tipo já não se pode mais considerar meramente ilustrativo depois de que todos eles o nosso tempo revela uma aviltante experiência)¹¹³.

Isso não representa, contudo, nenhum obstáculo para que nas relações de autoridade hierárquica os que detenham mais poder tenham a obrigação de ser generosos e exerçam a responsabilidade paternal de proteger e prover a seus subordinados. Fiske interpreta em muitos casos a religião como manifestação do modelo de autoridade. Vê a preeminência do modelo de autoridade em muitas religiões como uma evidência de que os humanos são propensos a projetar este esquema de mundo como forma de interpretar, julgar e validar sua experiência. Com efeito, os humanos, ao igual que seus parentes primatas, evoluíram aprendendo a obedecer à hierarquia masculina superior e esta lhes assusta: Deus, sempre disponível e vigilante permanente que premia aos obedientes e castiga aqueles que desobedecem a seus mandamentos, encabeça a lista desta tendência natural.

Pode-se conjecturar que, de uma maneira geral, a capacidade do comportamento ético está reforçada nos homens por uma predisposição para aceitar a autoridade, em primeiro lugar dos pais, mas também de outros membros da sociedade. Não cabe dúvida de que os seres humanos não estão invariavelmente determinados a

¹¹³ Segundo Premack e Premack (2002) os conceitos de posse (que caracteriza uma relação entre objetos desiguais) e de grupo (uma relação entre iguais), pressupõem o conceito de poder. A desigualdade é a que faz possível a posse. Os objetos intencionais de igual poder não se podem possuir um ao outro. Quando objetos intencionais que tem o mesmo grau de poder se movem juntos e no mesmo sentido, estão constituindo um grupo. Não são um objeto possuído e seu dono. O poder se pode evidenciar a partir de diversos critérios: o tamanho, a beleza, a força, a sagacidade, etc. Sem embargo, o critério mais indiscutível para caracterizar uma relação de autoridade é a capacidade (ainda que potencial) de um objeto para controlar a outro, já seja forçando ao objeto mais débil a comportar-se de uma determinada maneira ou impedindo-lhe atuar como naturalmente o faria. Dito de outro modo, a posse é a percepção de que os objetos diferem enquanto ao poder e de que um está controlando ao outro (o exemplo mais comum e perfeito de posse de objetos intencionais não é, segundo estes autores, tanto a escravidão, senão a relação entre pais e filhos: quando uma criança e um de seus pais se movem juntos, é o pai quem leva ao filho, tomando-lhe a mão, dirigindo-lhe verbalmente e controlando de alguma maneira seus movimentos). A posse anula por completo a idéia de igualdade e de reciprocidade.

aceitar um código moral dado. O mesmo desenvolvimento intelectual que lhes dá o livre arbítrio (e a capacidade para entabular outros vínculos sociais relacionais), necessário para que exista comportamento ético, provêem aos homens com a possibilidade de aceitar umas normas morais e rechaçar outras, independentemente das convicções dos demais. A troca de uns valores morais por outros é um fato observável em nós mesmos e nos demais.

Entre nossos antepassados, aqueles que estiveram dispostos a acatar a autoridade dos pais, familiares e outros membros do grupo, tinham uma probabilidade maior de sobreviver que aqueles que não quiseram submeter-se a ele, posto que nas condições de vida da humanidade primitiva (e também hoje) uma criança que não aceitara a autoridade de seus maiores sucumbiria aos perigos físicos, aos predadores, ou simplesmente à falta de alimento e abrigo. Desta maneira, variantes genéticas que predispunham à aceitação da autoridade foram favorecidas pela seleção natural e chegaram a estabelecer-se gradualmente nas populações humanas. Tal processo evolutivo de adaptação por seleção natural deu lugar a uma predisposição, biologicamente determinada, a aceitar a autoridade dos pais e outros membros da sociedade, particularmente até a idade de maior maturidade¹¹⁴.

¹¹⁴ As pessoas aceitam em geral os códigos morais predominantes na sociedade em que vivem, e esta predisposição a aceitar as normas morais é, também, o resultado indireto de uma evolução adaptativa. Neste caso, o atributo diretamente favorecido pela seleção natural é a predisposição a aceitar a autoridade. Os seres humanos nascem em condições de insuficiência biológica muito mais acusadas que em outros animais. Os seres humanos nascem em um estado de insuficiência e imaturidade biológica muito mais acusada e menos avançada que outros animais, devido em parte ao desenvolvimento extraordinário de seu cérebro. O tamanho exagerado da cabeça torna necessário que a criança nasça quando a cabeça é ainda relativamente pequena, pois de outra maneira o parto não somente seria doloroso, como de fato o é, senão biologicamente impossível. A condição de imaturidade biológica ao nascer e a incapacidade de auto-suficiência durante vários anos, fizeram que a aceitação de autoridade fora adaptativa ao longo da evolução humana. Este fenômeno foi estudado por W. Baum (1994) que afirma que os humanos são muito sensíveis a determinados comportamentos de aprovação/reprovação tanto por parte dos pais como por outros indivíduos. H. Simon (1990) sugeriu que os humanos possuem uma tendência que os leva a aceitar a influência social à que definiu como “docilidade humana”. Esta tendência haveria sido selecionada, de acordo com Simon, como um meio de aproveitar o aprendizado nas tradições culturais. Waddington (1963), por sua vez, definiu aos seres humanos como aceitadores de autoridade, argumentando que para que as crianças sejam instruídas e educadas necessitam possuir em suas mentes sistemas de autoridade que permitam a transmissão de informação através de processos educativos. Em resumo, os humanos parecem estar desenhados pela seleção natural para possuir uma tendência psicológica que os incita a aceitar a autoridade e a influência social. Dita predisposição provoca que os indivíduos sintam prazer quando ajustam sua conduta ao que se considera correto no entorno social em que se desenvolvem e, pelo contrário, tenham sentimentos de culpa e mal-estar quando não é assim.

Fiske postula uma receptividade psicológica no sentido das relações de autoridade¹¹⁵. Mostra como as relações de autoridade hierárquica, do mesmo modo que ocorre com as de comunidade, emergem em grande variedade de domínios de ação social, pensamento e avaliação. Estes ordenamentos lineares são destacados no intercâmbio, na distribuição, na organização familiar e do trabalho, na posse da terra, entre muitos outros. E a persistência desta estrutura ao largo de distintas culturas e de contextos diversos nos sugere que é produto de algo que também é comum em todas elas: a mente humana.

O terceiro modelo, as relações de preço de mercado, está baseado em um *modelo de proporcionalidade* nas relações sociais¹¹⁶ que guia as relações mediadas por

¹¹⁵ E aqui parece residir, em seu sentido mais radical, o significado mais profundo da celebríssima sentença de Aristóteles, trivializada até tornar-se quase que incompreensível: que o homem é um “animal político” quer dizer que todas as suas relações sociais – incluídas as relações consigo próprio – são potencialmente políticas, são relações de poder, de autoridade, de governo. Quer dizer que o homem é um animal social, que só socialmente se constitui como indivíduo separado e autônomo, e que a vida social – parte da qual é a vida intrapsíquica – está abarrotada de assimetrias e desigualdades, de relações de poder. Tendemos hoje a ver essas declarações como puras metáforas, porque o pensamento liberal do século XIX – não há liberalismo propriamente dito antes do XIX – nos acostumou a ver a esfera privada como uma esfera completamente despolitizada, isto é, como uma esfera na qual não se dão relações de poder de nenhum tipo. Mas é precisamente isso o que está agora de novo em disputa: que a relação entre o marido e a mulher, entre pais e filhos, entre o empregador e o empregado, entre as instituições bancárias de crédito e os clientes, entre o magnata oligopolista e os inermes consumidores; o que está agora de novo em disputa, digo, é que tudo isso sejam relações puramente privadas em sentido liberal, quer dizer, vazias de poder e, portanto, apolíticas, insuscetíveis de transformação e intervenção política. Com efeito, muitos dos âmbitos em que os indivíduos desenvolvem boa parte de sua vida social (empresas, bairros, famílias) estão submetidos a relações de autoridade que abarcam aspectos fundamentais de sua existência. Assim, por exemplo, os proprietários dos meios de produção, com frequência tomam decisões ou impõe regras que alcançam não somente aos próprios processos de trabalho, senão que têm que ver com os modos de vida dos trabalhadores e, sobretudo, das trabalhadoras (indumentárias decisões reprodutivas, formas de sociabilidade, etc.). Daí porque as versões mais igualitárias e mais participativas do republicanismo desconfiam de um sistema de produção que alimenta a venalidade e o egoísmo; criticam o férreo limite liberal entre o público e o privado e defendem que os princípios republicanos (igualdade de poder, autogoverno) não se limitem à esfera pública, senão que também devem alcançar a casa ou a fábrica; desenham propostas institucionais que limitem uma desigualdade que entendem incompatível com o sentimento cívico e a justiça material; e se mostram confiadas nas possibilidades cívicas e cooperativas de uma natureza humana que estima maculada pelo moderno capitalismo de corte liberal. No mais, é muito provável que a idéia foucaultiana dos “micro poderes” possa encontrar aqui, na crítica da despolitização liberal da sociedade civil, uma via de fértil re-elaboração.

¹¹⁶ Fiske contrasta o modelo de igualdade ou reciprocidade com um sistema muito diferente denominado de vínculo social relacional de proporcionalidade: o sistema de aluguéis, preços, mesadas, salários e taxas de juros que fundamenta as economias modernas. O modelo de proporcionalidade recorre à matemática da multiplicação, divisão, frações e grandes números, juntamente com as instituições sociais do dinheiro, crédito, contratos escritos e complexas divisões do trabalho. O modelo de proporcionalidade (ou apreçamento de mercado) inexistente

um sistema métrico que permita computar informação de relações custo/benefício; os indivíduos decidem interagir socialmente se resulta racional em termos deste cálculo. As pessoas em um mercado de preços usualmente reduzem todas as características e componentes à consideração de seu valor singular ou de sua utilidade, o qual lhes permite a comparação de diversos fatores qualitativos e quantitativos.

A quarta forma elementar de relação social é a de igualdade, frequentemente também denominada *igualdade entre pares* ou *reciprocidade equilibrada*, marcada por normas de justiça¹¹⁷. Trata-se de um intercâmbio igualitário presente em todas as

nas sociedades de caçadores-coletores, e sabemos que não desempenhou papel algum em nossa história evolutiva porque depende de tecnologias como escrita, dinheiro, matemática formal, que só emergiram recentemente. Mesmo hoje em dia as trocas efetuadas segundo o modelo de proporcionalidade podem incluir cadeias causais impossíveis de ser compreendidas plenamente por qualquer indivíduo.

¹¹⁷ Note-se que desde suas primeiras formulações, a justiça sempre foi associada com a igualdade e, nessa mesma medida, foi evoluindo ao compasso desse princípio ilustrado. No Livro V da *Ética a Nicómaco*, por exemplo, Aristóteles desenvolveu a sua doutrina da justiça (que, ainda hoje, representa o ponto de partida de todas as reflexões sérias sobre a questão da justiça) situando a igualdade (proporcional ou geométrica) como o cerne deste valor, isto é, como núcleo básico da justiça. De fato, e neste particular sentido, tanto em situações experimentais como de observação, já se demonstrou que o objetivo da justiça baseado na igualdade é capaz de anular quaisquer outras considerações contrapostas. Inclusive o princípio básico do comportamento humano que é maximizar o próprio benefício, é rechaçado em favor de maximizar uma distribuição equitativa (um princípio da igualdade): alguns estudos indicaram que, ademais de sentirem-se desgraçadas quando obtêm menos do que crêem que merecem, as pessoas se sentem verdadeiramente incômodas quando obtêm mais do que merecem ou quando outras pessoas obtêm mais ou menos do que merecem. Em síntese, dado um conjunto determinado de condições qualificativas, as pessoas sempre tratarão de atuar de uma maneira que pareça justa, quer dizer, igualitária (Clayton e Lerner, 1995). E não somente isso: investigadores do California Institute of Technology e do Trinity College de Dublin identificaram as bases neuronais da desigualdade-aversão às preferências sociais. Demonstraram (Tricomi et al., 2010) que a resposta cerebral de uma pessoa sana revela preferência pela igualdade e aversão pela desigualdade. Para tanto, realizaram um experimento em que se recompensava com dinheiro a uma pessoa, cuja resposta cerebral era analisada ao mesmo tempo mediante uma imagem por ressonância magnética funcional. Constatou-se como as pessoas mais ricas geravam uma determinada atividade neuronal em algumas regiões do cérebro – entendida como satisfação – quando observavam as recompensas concedidas a outras pessoas mais pobres. Dessa forma, se determinou que a atividade cerebral gerada pelos ricos nessas situações se correspondia com um sentimento de preocupação pela desigualdade, o que, segundo O’Doherty, prova que o ser humano sente preferência pela igualdade e aversão pela desigualdade. E ainda que o estudo não se tenha centrado em decifrar com detalhe as diferenças individuais entre os seres humanos, senão no que suas respostas cerebrais revelam, os investigadores consideram que a tendência a mostrar aversão pela desigualdade varia segundo os indivíduos, da mesma forma como variam os demais rasgos humanos. Mas, como é quase ocioso recordar, a igualdade não é um fato. Dentro do marco da espécie humana, que estabelece uma grande base de semelhança, os indivíduos não são definitivamente iguais. O princípio ético-político da igualdade não pode apoiar-se, portanto, em nenhuma característica “material”; é mais bem uma estratégia sócio-adaptativa, uma aspiração desenvolvida ao longo de nossa história evolutiva, que passou de aplicar-se a entidades grupais mais reduzidas até englobar a todos os seres humanos (como proclamam, aliás, as mais

culturas. As equivalências categóricas permitem que as relações se equilibrem apesar das diferenças que de fato existam entre as entidades intercambiadas. Os antropólogos apontam que a reciprocidade equilibrada é normalmente usada como uma forma de estabelecer relações entre estranhos ou para restabelecer relações amigáveis entre inimigos¹¹⁸ (por exemplo, em situações donde se respeita o turno, donde se exigem

conhecidas normas acerca dos direitos humanos da atualidade). A justificação de tal princípio descansa, desde suas origens, no reconhecimento mútuo, dentro de uma determinada comunidade ética, de qualidades comuns valiosas e valores socialmente aceitos e compartilhados, os quais representaram uma vantagem seletiva ou adaptativa para uma espécie essencialmente social como a nossa que, de outro modo, não haveria podido prosperar biologicamente. A regra, portando, é do trato igual, salvo nos casos em que, por azar social (origem de classe, adstramento cultural, etc.) ou azar natural (loteria genética – que inclui a distribuição aleatória de talentos e de habilidades – enfermidades e incapacidades crônicas sobrevindas, etc.), dos quais não somos absolutamente responsáveis, o tratamento desigual esteja objetiva e razoavelmente justificado. Que embora a igualdade constitua o núcleo básico da justiça (e parece muito intuitivo que se trata de uma emoção moral arraigada em nossa arquitetura cognitiva mental: o mais canalha dos homens sempre reagirá ante um tratamento desigual no que se refere a sua pessoa), as reais e materiais desigualdades entre os membros de nossa espécie exigem o desenho de estratégias compensatórias para reparar, na medida em que se possa fazer, as desigualdades nas capacidades pessoais e na má sorte bruta. Dito de outro modo, justiça e igualdade não significam, necessariamente, ausência de desníveis e assimetrias, já que os indivíduos são sempre ontologicamente diferentes, mas, sim, e muito particularmente, ausência de exploração de uns sobre outros. A distribuição das dotações sociais e genéticas – como não deixou de advertir John Rawls – correspondem a um *ativo comum* da sociedade, ainda que somente seja porque é a sociedade quem as premia e valora ou porque somente em seu seio podem ser exercidas. Daí que tratar como iguais aos indivíduos não necessariamente entranha um trato idêntico: não implica necessariamente, por exemplo, que todos recebam uma porção igual do bem, qualquer que seja, que a comunidade política trate de subministrar, senão mais bem a direitos ajustados às diversas condições (Dworkin, 1989). Nas palavras de Zeki e Goodenough (2006:16): “*For instance, in a literal sense, human equality is a myth. Variation ensures that each of us has our own package of strengths and weaknesses. Neither of us has the ability to paint respectably, write good detective fiction, compose songs or play sweeper for even a middling kind of football team. Yet, as a legal matter, the democratic societies in which we live treat us as the equal of those who can do these things. This equality myth is a key element in the maintenance of a particularly admirable kind of social order, a counterfactual that pays dividends in fairness and stability. Proving the law wrong in its declared assumptions may not actually affect the utility of those assumptions (p.e. Goodenough, 2004)*”. Sobre a igualdade como ideal moral, cf. Frankfurt, 2006. Cf. também, sobre a igualdade, A. Sen, 2010; Padilla Gálvez et. al. 2009.

¹¹⁸ Este modelo é, segundo Fiske, o tipo de relação mais comum: duas pessoas trocam bens ou favores em momentos diferentes, e os itens trocados são idênticos ou ao menos muito semelhantes ou facilmente comparáveis. Os parceiros da relação avaliam suas dívidas por simples adição ou subtração e se satisfazem quando os favores se equiparam. Sentem que o intercâmbio os une em uma relação, e com frequência as pessoas efetuam trocas somente para mantê-la. Quando alguém viola uma relação de igualdade aceitando um benefício sem retribuí-lo à altura, a outra parte sente-se lograda e pode retaliar agressivamente. O vínculo social relacional de igualdade é o único mecanismo de intercâmbio social na maioria das sociedades de caçadores-coletores. Fiske ressalta que ele é alicerçado em um modelo mental de reciprocidade no qual se trocam equivalentes; e Leda Cosmides e John Tooby (1987) mostraram que esse modo de pensar também é bastante natural entre os ocidentais e parece ser o cerne de nossa economia intuitiva (Kahneman, 1997; Frank, 1988; Frank e Cook, 1995).

contribuições idênticas entre indivíduos ou quando se executa o “olho por olho, dente por dente”).

Fiske adverte que seus quatro modelos hipotéticos raramente são usados em solitário. Os indivíduos que compartilham o mesmo ambiente acadêmico podem compartilhar livros (aplicando o módulo de comunidade), trabalhar em um assunto no qual somente um é especialista e dirige imperiosamente os demais (aplicando o módulo de autoridade), exercer de forma igualitária o direito de votar no chefe do departamento respectivo (aplicando o módulo de equidade), e traspasar o carro de um a outro a preço de mercado (aplicando o módulo de proporcionalidade).

O substancial da contribuição de Fiske não é, claro está, somente o de demonstrar como em culturas distintas se dão atividades humanas que podem facilmente enquadrar-se em algum destes quatro modelos: o importante é que este antropólogo defende que tal difusão módulo/domínio específico se dá porque está incorporada de forma necessária na mente humana, ou seja, de que, em particular no que diz respeito ao contexto de nossa complicada vida social, estamos cognitivamente dotados com ao menos quatro modos (de comunidade, de autoridade, de proporcionalidade e de igualdade), relativamente independentes, de processar informação de tipo social relacional, cada um dos quatro equipados de um peculiar filtro excludente de informação¹¹⁹.

Segundo Ridley (1996), a reciprocidade pende como a espada de Dâmocles sobre a cabeça de cada ser humano; o que não falta em nossa linguagem e em nossa vida são idéias de reciprocidade. Graças ao princípio de reciprocidade as relações cooperativas se converteram em uma base prática da vida social. O sentido de endividamento, da necessidade de devolver um presente ou um favor, parece ser universal e corresponder provavelmente a uma predisposição inata evolucionada em uma linhagem, o do gênero *Homo*, cujos vínculos sociais relacionais se estabeleceram em um mundo de caçadores-coletores para os quais a sobrevivência diária não dependia do dinheiro guardado em um banco senão do grau de intercâmbio social e da força de coesão dos vínculos sociais criados e estabelecidos entre os membros do grupo.

¹¹⁹ Se isto é assim, se a dimensão cultural, simbólica, requer da existência de precondições cognitivas vinculadas aos modelos de sociabilidade, pode resultar interessante tratar de buscar este tipo de estruturas em outras espécies. O trabalho de Fiske (1991) chega a uma conclusão interessante. Servindo-se de uma ampla literatura etológica, assevera que outras espécies exibem propriedades que permitem pensar razoavelmente que sua sociabilidade é congruente com a existência de relações de comunidade e, inclusive, relações de autoridade. Estas últimas, mais complexas, seriam comuns em primatas e em outros mamíferos sociais. Em termos matemáticos, estaríamos dizendo que outras espécies exibiriam propriedades de reflexividade, simetria e transitividade (no caso das relações de comunidade) e de reflexividade, transitividade e anti-simetria (no caso das relações de autoridade). Em câmbio, e este nos parece um ponto de grande interesse, não haveria evidencia de relações de igualdade ou de proporcionalidade em outra espécie que o *Homo sapiens*. Parece que não há evidência de nenhum outro animal não humano capaz de adição e de subtração, de todo necessárias para as

Outra importante contribuição do trabalho de Fiske consiste precisamente em admitir que, para manifestar-se, esses quatro modelos relacionais necessitam da aplicação de regras culturais específicas. Os modelos básicos para a construção das relações sociais são adotados, aplicados, modificados e incorporados à matriz de símbolos e significados que constituem particularidades da cultura humana. Ao incorporarem-se a uma cultura particular, os modelos tomam uma forma peculiar e manifestam aspectos idiossincrásicos. Sem embargo, esses quatro modelos, apesar de sua variabilidade em suas manifestações culturais são, segundo Fiske, analiticamente discerníveis. Seu status de entidades culturais é uma característica e uma importante qualidade distintiva dos modelos. Assim, os quatro modelos de sociabilidade proporcionam os fundamentos para a constituição cultural de relações sociais e de status. Isto é, proporcionam o conjunto de marcos básicos para a construção cultural do mundo social. Cada cultura os estende, elabora, combina e aplica de forma diferente para alumbrar o que chamamos famílias, alianças, sistemas matrimoniais, sistemas políticos e econômicos, e demais relações, redes e grupos sociais.

Este é um descobrimento que, por sua natureza e riqueza empírica, deveria fazer refletir profundamente a qualquer um que pretenda fazer ciência social ou jurídica, isto é, a qualquer intelectual honrado e que queira propugnar de verdade sua causa – isto é, honrado também em sua ação. E isto pelo simples fato de que se o direito não é algo substancial nem algo somente nominal, senão que acontece nas relações intersubjetivas em que os homens se reconhecem recíproca e legitimamente como pessoas, o fato de que nossa existência seja ontologicamente co-existencial se traduz em que o sentido do direito e o próprio processo de sua realização estão na convivência humana, cuja natureza repousa nas quatro formas de vida social arraigadas em nossa arquitetura cognitiva e que são exibidos por qualquer cultura humana.

Com efeito, quando as pessoas têm idéias diferentes sobre qual desses quatro modos de interagir se aplica a um relacionamento em curso, o resultado pode variar de total incompreensão a uma grande contrariedade ou até hostilidade declarada. Pense, por um momento, em um convidado de um jantar oferecendo-se para pagar ao anfitrião pela refeição, em uma pessoa gritando uma ordem para um amigo ou em um

relações de igualdade. E menos ainda há evidência de que outra espécie distinta da nossa possa computar informação de relações custo/benefício. Para uma análise da teoria fiskeana relacionada com as “neuronas espelho” e a forma como o cérebro processa as relações sociais (isto é, os correlatos cerebrais relacionados com o processamento de nossos - quatro - vínculos sociais relacionais, usando técnicas de neuroimagem), cf. Iacoboni, 2008.

empregado servindo-se de um camarão do prato de um empregador extremamente egoísta e autoritário. Equívocos nos quais uma pessoa concebe uma transação em termos de igualdade e a outra pensa em termos de apreçamento de mercado ou de autoridade são ainda mais comuns e podem ser ainda mais perigosos. Originam-se de psicologias bem diferentes, uma delas intuitiva e universal, a outra esparsa e aprendida, e os conflitos entre elas têm sido comuns no curso da história humana. A tragédia humana e o conteúdo do direito residem exatamente nos conflitos parciais ou totais de interesses inerentes aos quatro tipos de vínculos sociais relacionais, cada qual com uma psicologia distinta.

O modelo proposto por Fiske permite-nos explorar o problema da função do direito e o da relação entre o natural e o cultural desde uma perspectiva distinta, capaz de articular a diversidade das formas culturais com a unidade do gênero humano: uma natureza humana comum em que a mente humana não é um recipiente vazio à espera de ser completado por um número infinito e ilimitado de relações sociais tuteladas pelo direito, senão que está constituída por um conjunto muito rico e diverso de mecanismos específicos produto da evolução natural e que inclui capacidades cognitivas relacionais especificamente sociais.

Este peculiar modelo unificado das relações sociais, fundado na natureza humana, é central para a finalidade do direito porque permite a sua utilização ou manipulação para enfrentar-se, de forma real e factível, às hipertrofias e hipotrofias dos distintos (quatro) vínculos sociais relacionais: aos excessos e defeitos das relações de comunidade, de autoridade, de proporcionalidade e ainda dos mesmos vínculos sociais de igualdade nos que se insere a própria relação de cidadania. Da mesma forma, e em igual medida, porque permite enfrentar-se também à fagocitação de um tipo de vínculo social por outros: as restrições antiacumulatórias e antireacionárias ao uso do poder, por exemplo, tratam de evitar que os vínculos sociais de autoridade (o poder político) socavem tanto as bases da vida social comunitária como a eficácia mesma da liberdade; as restrições antialienatórias e antiacumulatórias ao uso da propriedade privada, por exemplo, tratam de evitar que os vínculos sociais de proporcionalidade (o mercado) socavem as bases da vida social comunitária; as restrições antialienatórias e antiacumulatórias ao uso do direito de sufrágio tratam de evitar a corrupção da relação de igualdade cidadã por contágio dos vínculos de proporcionalidade.

Em definitivo, uma vez já dado por assentado que toda a relação jurídica repousa, em última instância, em uma relação social – portanto, em um dos quatro modelos elementares de vínculos sociais relacionais estabelecidos pelo homem –, o objeto e a função de todo direito só pode ser o homem, residindo sua funcionalidade na articulação combinada do conjunto dos vínculos sociais relacionais em que o indivíduo se situa e para os quais está desenhado para estabelecer ao longo de sua evolucionada existência.

Esta prática tem uma consequência importante: na medida em que se admite que o direito tenha um caráter relacional, histórico e pessoal, o processo de sua realização prático-concreta desde uma perspectiva instrumental, pragmática e dinâmica passa a ser concebido como um intento para a solução de determinados problemas práticos relativos a conduta em interferência subjetiva dos indivíduos (Kaufmann,1999; Atienza,2003). E a melhor maneira de lograr que se plasmem as formas elementares de sociabilidade – comunidade, autoridade, proporcionalidade e igualdade – seria a de ir desenvolvendo instrumentos e discursos jurídicos adequados a sua justa e equilibrada articulação. Trata-se, ademais, de uma via que conduz a considerar o direito como práxis social e que pressupõe, utiliza e, em certo modo, dá sentido às demais perspectivas teóricas relacionadas com as dimensões estrutural/normativa, sociológica e axiológica do fenômeno jurídico. De fato, não parece demasiado supor que qualquer proposta teórica de discurso jurídico deve considerar a circunstância de que toda a argumentação que se efetua na vida jurídica é, em essência, uma argumentação sobre as diversas formas por meio das quais se articulam esses (quatro) modelos sociais relacionais arraigados na complexa estrutura da mente humana e irreduzíveis entre si.

E como as relações jurídico-pessoais do ser humano são aquelas relações pessoais dos indivíduos humanos sobre as quais incide uma norma jurídica atribuindo direitos e deveres recíprocos, isto é, de que toda a relação jurídica está constituída por pelo menos um dos quatro modelos elementares de vínculos estabelecidos pelo homem - que, por sua vez, tem o indivíduo como sujeito - , a legitimidade do direito, nomeadamente no que se refere ao objeto e a função de todo discurso jurídico, está condicionada ao fato de que, no processo de sua concreta realização e atuação, a articulação combinada dos referidos vínculos sociais relacionais ocorra de modo a: *a*) negativamente, impedir o homem do esquecimento de si próprio, enquanto entidade livre, separada e autônoma; *b*) positivamente, de afirmá-lo no seu ser e, assim, no seu

incondicional valor e na sua cidadania; e, c) positiva e negativamente, de plasmar e realizar historicamente as expectativas culturais e normativas de uma comunidade de indivíduos (ante a qual o direito deverá apresentar-se justificado e cuja qualidade será medida por sua humanidade, pela precisão de sua adesão à natureza humana) que, como estratégias sócio-adaptativas, sirvam para iluminar, fundamentar e constituir determinado agrupamento social em uma comunidade verdadeiramente ética.

Por conseguinte, parece razoável supor que somente adotando uma perspectiva de fundo acerca da natureza humana, do ser humano considerado simultaneamente como um ser biológico, cultural, psicológico e social, será possível desenhar uma base normativa mais segura para o fenômeno jurídico, devidamente acompanhado de uma proposta metodológica de realização do direito que tome em consideração a iniludível circunstância de que a própria atividade jurídica se formula precisamente a partir de uma posição antropológica e neuronal que põe em jogo uma fenomenologia do atuar humano; que somente situando-se desde o ponto de vista do ser humano e de sua natureza será possível ao operador jurídico representar o sentido e a função do direito como unidade de um contexto vital, ético e cultural. Esse contexto estabelece que os seres humanos vivem das representações (ou simulações) e significados que são processados em suas estruturas cerebrais, desenhados para estabelecer vínculos sociais relacionais de comunidade, de igualdade, de domínio hierárquico e de proporcionalidade.

É de todo desejável que se parta de indivíduos dotados de inatas restrições cognitivas e emocionais para estabelecer determinados vínculos sociais relacionais (dos quais emergem a moralidade e a juridicidade) e, desde aí, estabelecer as bases normativas do fenômeno jurídico, assim como o desenho de um modelo de realização do direito que evite, em um entorno social abarrotado de assimetrias e desigualdades, a dominação e interferência arbitrária recíprocas e, na mesma medida, permitam, estimulem e garantam a titularidade e o exercício de direitos de todo ponto inalienáveis e que habilitem publicamente a existência dos cidadãos como indivíduos plenamente livres. Quer dizer, de uma idéia de direito instituída ao redor do imperativo ético - ou do conceito universalizável de “bom”- segundo o qual este (o direito) deve ser manipulado de tal maneira que suas consequências sejam sempre compatíveis com a maior possibilidade de evitar ou diminuir a miséria e o sofrimento humano, isto é, com a obrigação de produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana concreta de cada

sujeito ético em comunidade e que, em igual medida, permita a cada um conviver com o outro de forma livre, igualitária e digna.

Somente a partir de uma compreensão mais profunda das causas últimas, radicadas em nossa natureza, do comportamento moral e jurídico humano, será possível descobrir quais são os limites e as condições de possibilidade do direito no contexto das sociedades contemporâneas. Teorizar sobre a função do direito a partir de premissas que não têm nada que ver com uma consideração séria, empírica e não meramente retórica sobre natureza humana é o mesmo que condená-lo (o direito) ao equívoco e ao fracasso. É limitar-se a *discutir* (até o infinito e mediante a mera contemplação) sobre o fenômeno jurídico sem se importar de fato em focar e resolver, com a ajuda da ciência, o núcleo profundo e interessante do problema do direito: o direito como um epifenômeno, uma dimensão particularmente sofisticada da vida biológica e cultural. É muito provável, por que não dizer, que a maior parte das propostas de fundamentação do direito que já se formularam ao longo da história peque por sua inviabilidade em função dessa desatenção com relação à realidade cultural e psicobiológica que nos constitui, ou seja, pela falta de precisão de sua adesão à natureza humana¹²⁰.

A necessidade de se admitir que a maneira pela qual deveríamos viver é um tema que não pode separar-se completamente dos fatos, de como são as coisas, traz à baila, em última instância, a possibilidade de dar passos significativos no sentido de compreender e admitir que a natureza humana não somente gera e limita as condições

¹²⁰ Por essa razão, é muito provável que a atribuição exclusiva à cultura da inteira responsabilidade pelo aparecimento e o desenvolvimento de certas capacidades, limitações ou disposições presentes em nossa natureza corresponda, em boa medida, ao fato de que os desvelos dos juristas ante as pendulares inclinações de suas disciplinas (umas vezes favoráveis ao holismo, outras ao individualismo, umas ocasiões direcionadas à reprodução das estruturas, outras em dar conta do câmbio social) se encontrem associados a esses compromissos impossíveis causados por uma deficiente concepção da natureza humana (um mosaico de crenças de caráter quase religioso, metafísico, transcendental, etc. e/ou idealizações acerca de uma ordem natural, histórica, antropológica, normativa, valorativa ou de faticidade do social na construção/modelação do indivíduo, que hoje sabemos contraditórias com a evidência empírica) e uma não menos deficiente ontologia jurídica (que hoje sabemos ser fruto de equívocos categoriais e metodológicos ou de preferências ideológicas pouco justificáveis). Seja como for, o certo é que já não podemos manejar-nos na filosofia e na ciência do direito do século XXI com uma idéia de natureza humana procedente do século XVII e nem tão pouco trabalhar com os métodos do século XIX. Somos antes de tudo animais, e tudo o que seja fazer uma abstração da dimensão natural do ser humano, sua natureza biológica e sua origem evolutiva, é falso. A estrutura de nossa mente dista muito de ser a que imaginou Descartes e sem uma compreensão profunda de seus mecanismos nunca poderemos dar conta de seu resultado mais chamativo e destacado: a cultura.

de possibilidade de nossas sociedades, senão que também guia e põe limites ao conjunto institucional e normativo que regula as relações jurídicas e os sistemas jurídicos concretos.

Depois de tudo, nunca está demais repetir e insistir que o direito está entre os fenômenos culturais mais poderosos já criados pela humanidade, e precisamos entendê-lo melhor se quisermos tomar decisões jurídicas bem informadas, coerentes, razoáveis e justas. E é precisamente por este motivo que parece justificada a necessidade de eliminar do direito seu ranço meramente especulativo, dotando-lhe dos mecanismos necessários para construir suas teorias, normas e discursos orientados ao logro de valores, princípios e leis mais comprometidos com a tarefa de estabelecer vínculos adequados com as dinâmicas profundamente enraizadas na natureza humana. Depois de tudo, é infinitamente mais razoável, real e factível modificar o ambiente em que se desenvolve a natureza humana do que tentar alterar a própria natureza humana em função do ambiente.

O objetivo, recorda Chomsky (2006), deve ser sempre o de intentar criar a visão de uma sociedade donde impere a justiça. Isto significa criar uma teoria jurídica humanista baseada, na medida do possível, em uma concepção humanista e empiricamente firme da essência humana, ou da natureza humana, quer dizer, de intentar estabelecer as conexões entre um conceito da natureza humana que dê lugar à liberdade, à igualdade e à fraternidade, enfim, à dignidade humana e outras características humanas fundamentais, e uma noção de estrutura e relação social donde estas propriedades possam realizar-se e a vida humana adquira um sentido pleno.

O modo como se cultivem determinados traços de nossa natureza e a forma como se ajustem à realidade configuram naturalmente o grande segredo do fenômeno jurídico e da justiça e, conseqüentemente, para a dimensão essencialmente humana da tarefa de elaborar, interpretar, justificar e aplicar o direito; isto é, de um direito que há de servir à natureza humana e não ao contrário.

Estou inteiramente convencida de que este tipo de atitude, esta forma de entender o objeto do discurso jurídico e de cultivar o modelo de aplicação do direito, será muito melhor, mais frutífero e fascinante que essa espécie de filosofia ou dogmática jurídica “no vazio” em que todos nos acostumamos a comprazer-nos nos velhos tempos.

4. Direito e interpretação: elementos da teoria hermenêutica e argumentação jurídica

A hermenêutica, que começou como a exegese do texto sagrado, foi o esforço por salvar sem negar a distância entre a palavra proferida e a escuta da criatura. Hoje, depois da morte de Deus, a hermenêutica contemporânea¹²¹ se oferece como um *recurso* contra as censuras do que há, contra o silêncio (o “sem sentido”) das coisas, contra a incompreensão dos discursos e contra a ameaça da violência do outro: ela nos ensina como nos salvar da violência do outro, como respeitar seu distanciamento, seu olhar, sua espontaneidade, sem dissolvê-lo em nosso próprio discurso, sem submeter sua diferença à invasão de nossa identidade, enfim, a estarmos sintonizados *empática e emocionalmente* com o outro.

No que se refere à hermenêutica jurídica, esta se apresenta como um dos caminhos mais eficazes para preencher o abismo da palavra e da mente do outro (finito, intencional e frágil como eu) e assim evitar cair na tentação de seu aniquilamento ou de sua exclusão como indivíduo. Pode-se afirmar, inclusive, que ela já vê como possível apresentar, com acentuado grau de precisão, um esquema de

¹²¹A hermenêutica contemporânea tem em Nietzsche e em Martin Heidegger seus genuínos fundadores. Eles traçaram, ademais, os caminhos de seu discurrir e são, de fato, o ponto de referência das diferentes hermenêuticas: desde o caráter ontológico-universal da hermenêutica de Hans-Georg Gadamer (cuja filiação e procedência heideggeriana é manifesta) até a “hermenêutica niilista de Gianni Vattimo (para quem só remetendo-se a Nietzsche e a Heidegger a hermenêutica adquirirá o peso e transcendência filosóficos que lhe são próprios), passando pela hermenêutica crítica de Paul Ricoeur (que vê na ontologia hermenêutica nietzscheana o melhor adversário com quem seu pensamento tem de se medir, e em Heidegger o lugar de passo iniludível). De um modo geral, segundo a chamada corrente *hermenêutica* (continental, filosófica ou hermenêutica dialética) a interpretação não só deve entender-se como uma atividade específica, ou técnica (um método de trabalho), senão como uma atitude filosófica global, como uma modalidade constitutiva do ser humano, como o modo próprio pelo qual o homem entra em contato com o mundo. Desde este ponto de vista, o que faz possível a compreensão de um texto não é somente a tarefa de análise e recuperação do contexto da obra e do autor, senão a radical unidade originária e primogênita que funda toda compreensão. Observe-se, contudo, que as hermenêuticas de corte ontológico de Heidegger e Gadamer se esforçaram por descontaminar a hermenêutica e a antropologia de qualquer consideração psicológica empírica. A análise existencialista levada a cabo por Heidegger é um perfeito exemplo deste desejo de reinterpretar qualquer traço existencial nos novos termos de uma ontologia do *da-sein*. Por outra parte, as hermenêuticas pós-estruturalistas, definitivamente instaladas na deriva “significamentosa” da linguagem, decidiram cortar as amarras com qualquer forma de realismo ou naturalismo, decretando que o único real é a deriva do significado, uma viagem sem retorno na qual não podem ser precisados nem a origem nem o fim das cadeias significantes, e onde não existe nenhum vínculo, enlace ou atadura nem ontológica nem antropológica, senão a esfera autoreferente da linguagem.

realização do direito que funcione como modelo de superação dos já esclerosados esquemas clássicos propostos pelas teorias tradicionais. A “alternativa” assenta em dois pontos fundamentais: *a unidade (dialética) da realização do direito* e a *natureza constituinte-conformadora da decisão*.

Particularmente focada é a unidade entre interpretação e aplicação; o caso passa a ser parte de um “todo vivo”, onde o interpretar é conhecer e decidir: a aplicação (a concretização) de comandos normativos é, assim, indissociável da compreensão da norma diante da situação atual e particular do intérprete. E uma vez que a compreensão é experiência e compreender é sempre também aplicar, isto implica dizer que: *a*) a tarefa da interpretação, como a forma explícita do compreender, consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação a uma concreta realidade e na particular situação do intérprete; *b*) a aplicação não é um “ato” complementar ou uma etapa derradeira e eventual do fenômeno da compreensão, mas um elemento que a determina desde o princípio e no seu conjunto; e *c*) afinal, a interpretação (jurídica) de um texto e sua aplicação a um caso concreto não são dois atos separados e estanques, senão um processo unitário, um *continuum*, compondo uma indivisível e solidária unidade metodológica. (Castanheira Neves, 2003; Gadamer,1997)

Na obra de Hans-Georg Gadamer (1997) a experiência hermenêutica é assumida como um intento por remover o prejuízo iluminista segundo o qual a ciência pressupõe o “distanciamento” com o mundo, a anulação das premissas culturais, subjetivas, da compreensão: esta (compreensão) tem lugar desde determinadas premissas, desde prejuízos ou desde uma “pré-compreensão” que antecipam a realidade observada a partir de um ponto de vista particular, ou seja, de que não há compreensão que não esteja orientada por uma compreensão prévia, por uma *antecipação* de sentido do que se compreende, uma expectativa de sentido determinada pela relação (circular) do intérprete com a coisa, no contexto de uma determinada situação.

A partir de uma aguda e provocativa fórmula, Gadamer afirma que não são tanto nossos juízos como nossos prejuízos os que constituem nosso ser. Os prejuízos não são necessariamente injustificados nem errados; ao contrário, “são antecipações de nossa abertura ao mundo” e constituem a “orientação prévia” de toda nossa experiência. E não o são somente de nossa particular situação, senão também e

sobretudo os da tradição (ou comunidade) a qual historicamente pertencemos - isto é, a qual historicamente “*se está*”¹²².

Por conseguinte, a contaminação subjetiva do dado é um fato inevitável, ainda que positivo e oportuno: o saber, e (de maneira preliminar e vaga) o que quero saber, é a condição que me permite compreender a resposta; meus prejuízos são o *a priori* do qual me sirvo para ver a realidade e sem os quais a realidade mesma me pareceria privada de sentido. E o único modo de possuir uma compreensão o mais objetiva possível é ser consciente dos próprios prejuízos e refletir sobre os mesmos. A pretensão de neutralidade é o fator principal que “cega” a visão da realidade: o prejuízo mais cegante, diz Gadamer, é o prejuízo da ausência de prejuízos.

Ademais, que além do mundo em que nos situamos ser um mundo histórico, cambiante e “produtivo”, a compreensão tem uma estrutura circular. Com isso quer dizer que a compreensão é a inter-relação e a interpenetração entre a tradição e o intérprete. É o chamado “círculo” ou “espiral” hermenêutico: sem uma antecipação de sentido que a guie não há compreensão, antecipação que vem determinada desde a comunidade que os une à tradição; mas essa comunidade está por sua vez submetida a um processo de contínua formação e transformação que os sujeitos-intérpretes mesmos

¹²² Registre-se que ademais do estabelecimento moderno da *subjetividade* como princípio determinante de conhecimento e de valoração, a hermenêutica nos mostra que a subjetividade não é mais que uma chispa na corrente da vida histórica, que pertencemos à história e que é no seio de uma *tradição* ou *comunidade* como nos compreendemos. De fato, na categoria da pré-compreensão – e estamos no primeiro dos três elementos fundamentais do modelo hermenêutico obtidos da hermenêutica geral e adaptados à complexidade do procedimento interpretativo - a hermenêutica jurídica individualiza a primeira condição hermenêutica do compreender jurídico (Zaccaria, 1984, 1998). A pré-compreensão põe em movimento o processo interpretativo, proporcionando ao intérprete uma primeira orientação e abrindo sua consideração ao conteúdo linguístico dos textos e dos fatos. É uma potencialidade de conhecimento que desemboca em sujeitos bem determinados com uma hipótese de possível significado que, deixando-se continuamente corrigir por sucessivas hipóteses, que adequem, melhorem e substituam a originária, pode conduzir a modificar a expectativa de significado com que o intérprete se aproxima a um texto. Sem embargo, como lembram Viola e Zaccaria, seria gravemente restringido conceber a pré-compreensão em um sentido exclusivamente empírico-psicológico, reduzindo-a as hipóteses de partida que em um caso concreto ou em uma série de casos concretos efetivamente pôs em movimento o procedimento da compreensão. Se bem ligada ao intérprete individual chamado a aplicar a disposição abstrata a um caso concreto, a pré-compreensão não configura – devido a seu caráter estrutural, irredutível a uma mera dimensão empírica – um ato da subjetividade, um ato individual; sendo pelo contrário determinada sobre a base da participação em um “sentido comum”, é também o resultado de uma socialização profissional e de uma formação jurídica, de uma cadeia de interpretações precedentes que entram a constituir uma tradição comum. O horizonte de quem aplica o direito não é nunca puramente pessoal, senão que se insere e deve medir-se em um horizonte geral de expectativa, do qual não se pode sair. Assim entendida, a pré-compreensão hermenêutica é o nexa do intérprete com o transmitido, que longe de ser pessoal, se apresenta como comum à sociedade inteira (Viola e Zaccaria, 2007).

vão conformando. Também aqui, no círculo do compreender, mostra-se a superação que a hermenêutica contemporânea faz da separação entre sujeito e objeto do conhecimento: insurge-se contra o conceito objetivo de conhecimento, elimina e rompe o esquema sujeito-objeto (o que conhece-reconhece o objeto em sua pura objetividade sem se mesclar elementos subjetivos) para o fenômeno da compreensão. Mais bem a compreensão é sempre ao mesmo tempo objetiva e subjetiva: o sujeito que compreende entra no “horizonte da compreensão” e não reproduz de maneira puramente passiva em sua consciência o compreendido, senão que o conforma.

Pelo que especificamente respeita ao problema da “aplicação” - o qual Gadamer remete para a noção aristotélica de “*phrónesis*” a comprovação da tese hermenêutica fundamental de que toda a compreensão (co-)envolve aplicação -, anotaremos aqui apenas o seguinte: Gadamer acentua expressa e enfaticamente que a compreensão (tanto em geral, como a especialmente postulada por qualquer decisão juridicamente significativa) é mais do que uma mera interpretação destinada a viabilizar a “subsunção” de uma determinada situação a “disposições legais”, pois exige, por um lado, uma contínua “adaptação à realidade” - traduzida em uma permanente, cuidadosa e estrita relação com a situação concretamente controvertida - e, por outro, uma “concretização prática da idéia de direito”, operada em termos dialógicos.

A compreensão nunca identifica uma simples, descomprometida e pragmática “aplicação artificial de um saber fazer”, pressupondo antes uma complexa, empenhada e eticamente responsabilizante participação do sujeito que nela se intromete: que, ao “alargar” e “aprofundar”, pela mediação do exercício da tarefa interpretativa, não deixa de recriar e projetar nela dimensões originariamente radicadas na sua inapagável e irreduzível “experiência” pessoal e comunitária. Esta, enquanto expressão direta da “historicidade” de quem a realiza, modela o entorno problemático em que se desenrola o processo de realização do direito. Dessa forma, a interpretação passa a ser um dos instrumentos mais relevantes tanto nas obras teóricas sobre o direito como em sua prática de todo tipo, começando pela jurisprudencial.

Caberia, pois, pensar que a contemporânea filosofia hermenêutica, com Gadamer em seu centro, acabou se incorporando ao elenco de categorias e concepções com o que o operador do direito teórico e prático pensa e explica seu labor. Mas não é assim, verdadeiramente; ou não o é na medida em que seria razoável esperar. Muito esquematicamente, se poderiam indicar duas razões: por um lado, ao que à

hermenêutica importa, a teoria e filosofia do direito têm suas próprias tradições explicativas e a filosofia hermenêutica vai pouco mais além das explicações existentes, ao menos no sentir comum do operador do direito; por outro, e já agora no que mais importa ao direito, que é o desenho de regras ou métodos do objetivo e racional decidir, a filosofia hermenêutica não proporciona soluções.

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

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

E posto que haja plena consciência de que essa práxis de aplicação das normas jurídicas é, em uma parte importantíssima, prática interpretativa de textos legais (de princípios, de valores e de fatos), o que se busca é uma metodologia jurídica normativa que marque os critérios da correta – no sentido de racional, objetiva, intersubjetivamente aceitável, respeitosa com a separação de poderes e o valor das respectivas vontades no entrançado contexto do Estado de Direito – determinação de significado aos enunciados normativos. Tal coisa, é bem sabido, nem a dá e nem intenta dar a hermenêutica existencial ao estilo de Gadamer, uma vez que não se apresenta diretamente como teoria da decisão valorativa racional senão como indagação da dimensão ontológica do compreender, na qual a pré-compreensão “está

aí” e fixa em cada caso as circunstâncias essenciais sobre a base de expectativas de resultados razoáveis.

Por certo que não seria nenhum exagero observar que a hermenêutica de Gadamer, particularmente no que se refere à compreensão prévia (ou prejuízos), captou adequadamente o núcleo de nossas intuições cognitivas – isto é, do que vem das intuições ínsitas em nossa arquitetura cognitiva e que nos proporciona ou determina o repertório de nossas primeiras conjecturas e hipóteses – sobre a conata capacidade para interpretar (pré-compreender) os outros, para ler suas mentes, para entendê-los e para entender a nós mesmos como seres intencionais, ou seja, para ler o que há sob a superfície e dar sentido ao que vemos. Dizendo de outro modo, que a pré-compreensão (posta pela tradição hermenêutica como ponto de partida do círculo ou “espiral” hermenêutico) é algo inevitavelmente dado pela ontologia do “ser no mundo”, e não uma plataforma de interpretação na qual deve situar-se o intérprete. Voltaremos a esta questão mais adiante.

Seja como for, ninguém duvida da extrema importância que representou para o Direito as agudíssimas análises por ele desenvolvidas. Pense-se, só para exemplificar, no modo como esclarece o conceito de “círculo hermenêutico”, nas reflexões que dedica ao problema da “aplicação” e na articulação que estabelece entre o “compreender e a linguagem”¹²³.

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

Tratemos, portanto, dessa questão e vejamos a recepção que a hermenêutica teve na filosofia e teoria do direito, e até onde chegou ou pode chegar sua operatividade no processo de realização do direito. Para tal fim, começaremos por

¹²³ Para um exemplo de exposição de conjunto do pensamento de Gadamer em sua relevância para a filosofia do direito, cf. Zaccaria, 1994.

dividir a questão em dois grandes apartados: o da ontologia jurídica e o da metodologia de interpretação e aplicação do direito.

4.1. Ontologia jurídica problemas e teorias

Uma observação preliminar: para Arthur Kaufmann (1999), todo o problema relacionado com o fenômeno jurídico está destinado a servir a tarefa de separar o direito do “não direito”, quer dizer, a justiça da injustiça. Daí resulta duas questões fundamentais para a filosofia do direito: 1. “O *que* é o direito correto?” 2. “*Como* reconhecemos ou realizamos o direito correto?”. Estas duas perguntas juntas conduzem à pergunta acerca da *justiça* como critério valorativo para o direito positivo e, como tal, à pergunta sobre a validade e a legitimidade substancial do direito.

Durante muito tempo acreditou-se – e não poucos acreditam ainda hoje – que a pergunta sobre o “que” da justiça e a pergunta acerca do “como” do conhecimento da justiça podiam ser tratadas e respondidas de forma completamente independente uma da outra. O “direito correto” ou a justiça são concebidos como objetos substanciais, que se confronta com o nosso pensamento; é, portanto, um “objeto”, um “dado”, que deve ser compreendido pelo “sujeito” na sua pura objetividade, isto é, sem a contaminação de quaisquer elementos subjetivos. No conhecimento nada acede do sujeito cognoscente. Este é o ideal científico da Modernidade, orientado pelo modelo das ciências naturais exatas. Consequentemente, ensinam-se e escrevem-se, até hoje, por um lado “dogmática jurídica” e, por outro lado, “teorias do método”, que permanecem lado a lado, quase sem que entre elas se estabeleça algum contato.

Na mesma medida, ainda surpreende a muitos que alguém pretenda estabelecer algum vínculo forte entre as ciências sociais normativas, a psicologia evolucionista, a antropologia e biologia evolutiva, a primatologia e a neurociência, sendo tão comum como é a aceitação de que na Ciência *o social* e *o natural* percorrem por caminhos de desencontro, mais ainda se cabe em uma era de perversa (super) especialização que aparentemente torna impossível não já salvar o hiato entre âmbitos tão distintos senão inclusive a tentativa de evitar a crescente compartimentalização em ilhas autárquicas de disciplinas tradicionalmente unificadas.

No entanto, chegados agora ao auge da Modernidade, a teoria das ciências reconheceu que o mundo não pode ser observado e julgado exclusivamente segundo critérios e categorias das ciências naturais e que as possíveis relações entre a ciência cognitiva e a sociologia, a ciência cognitiva e a filosofia social normativa, a ciência cognitiva e a evolução cultural, ou a biologia evolutiva com todas elas, podem vir a pôr em um sério aperto a defesa teórica de uma inexorável fragmentação do território da Ciência e de que não existe uma realidade independente de causas sociais, senão que toda ela está socialmente construída. Descobriu-se até, que, mesmo no campo das ciências naturais explicativas, nem sempre são possíveis conhecimentos livres de subjetividade.

O esquema teórico-cognoscitivo sujeito-objeto passou a fazer parte do passado, pois falha desde o ponto de partida. Na ciência do direito, não somente não existem conhecimentos que não sejam marcados pelo investigador do direito, senão que uma nova realidade interdisciplinar está vindo a pôr em cheque uma grande porção de seus logros teóricos tradicionais, como, e muito particularmente, a possibilitar a proposição de novos critérios de controle de racionalidade da tarefa hermenêutica e argumentativa por parte dos operadores jurídicos.

Aqui está sempre presente certo momento criativo relacionado com a sempre problemática “racionalidade” humana, isto é, de que o “conhecimento” do direito importa sempre um pouco de “construção” humana do jurídico. Mais claramente: 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*. Por essa razão têm-se afirmado cada vez mais, nos tempos mais recentes, *teorias processuais da justiça*, que concebem o “direito correto”, o “direito justo”, como produto do processo de criação jurídica ou de descoberta do direito aplicável. Dito de outro modo, já não resulta mais adequado ou possível falar do “direito correto” sem cuidar do “método do direito correto”, falar do “que” sem uma referência ao “como”.

Não obstante, dentro do panorama atual da hermenêutica jurídica, ainda é possível dividir as concepções sobre o ser do direito em dois grupos: as que o concebem como objeto dado e acabado em tudo o que para sua realidade última conta, e as que o contemplam como em permanente porvir, em contínua (auto) recriação, em dependência da atividade de um operador que é, ao mesmo tempo, (re) construtor do mesmo.

Para os primeiros, o direito é objeto que antecede a atividade de seu manejo; para os segundos, o direito é (no todo ou em parte) o resultado dessa atividade de manejo interpretativo-aplicativo do mesmo. Para os primeiros, o direito está feito antes de que entre em jogo quem o interpreta e o aplica aos casos concretos; para os demais, a interpretação/aplicação é parte da produção mesma do objeto chamado direito, de sua realidade constitutiva. Para simplificar, denominaremos a estas duas concepções respectivamente como do direito como “*algo*” *predeterminado* e do direito como *construído*, no sentido de que com este último queremos dizer construído no todo ou em parte no ato mesmo de sua interpretação/aplicação.

4.1.1. O direito como “*algo*” *predeterminado*

Esta concepção ontológica do jurídico nos interessa aqui somente como elemento de contraste com o que representa a ontologia jurídica oposta, que é a que resulta afim com as doutrinas da hermenêutica filosófica e com a postura que adotamos ao longo desta tese.

De um modo geral, podemos ver a ontologia do direito como objeto dado representada na atribuição ao direito de muitas e distintas naturezas. Não obstante, para qualquer dos tipos pertencentes a este tipo de ontologia o que conta não é a resposta acerca de em que consistem os materiais do jurídico (normas, fatos sociais, fatos psicológicos, valores...), senão o que com quaisquer desses materiais o direito se apresente diante de nossa mirada como uma realidade acabada, como um objeto predefinido ao nosso (e ao dos operadores do direito em particular) conhecer ou ao uso que porventura possamos fazer do mesmo. Que seja uma realidade acabada significa que o cidadão ou o operador jurídico não podem condicionar sua essência nem determinar seus conteúdos, senão, todo o contrário, precisá-los ou concretá-los em aspectos secundários.

Pois bem, podemos exemplificar este tipo de ontologias com o jusnaturalismo, o imperativismo e o normativismo, tomados os três em uma versão escassa em matizes e a sabendas do muito que se pode debater sobre os pormenores e as variantes de cada caso. A do jusnaturalismo é uma ontologia jurídica idealista, ao menos no que tem que ver com essa parte mais alta do Direito que seriam as normas de direito natural. Em

efeito, a cúspide de todo Direito possível estaria ocupada por normas que não foram criadas por nenhuma pessoa, nem resultado de nenhuma precisa circunstância histórica ou social e cuja validade e obrigatoriedade não dependem de que sejam conhecidas ou acatadas, ou não, pelos indivíduos ou as sociedades.

Essas normas, que são parte de uma ordem natural da criação do mundo, constituem o que poderíamos chamar um dever descarnado, imaterial, ideal, pois seus conteúdos, assim ideais, valem à margem dos fatos e das opiniões, e, em tal condição obrigam sempre e em todo lugar e são suficientemente precisos para guiar ao operador do direito e ao cidadão, sem que, em absoluto, seja a interpretação destes a que determina seu núcleo duro de significação ou de valor. Há algo, pois, um núcleo de normação concreta, que antecede a toda interpretação/aplicação (ainda que no acessório seja também interpretável) e, mais ainda, a toda ação humana, legislação incluída.

Por sua parte, o imperativismo situa a essência do jurídico em componentes volitivos. A matéria do direito é matéria psicológica. Norma jurídica, parte do que chamamos de direito, é aquele mandato que expressa uma vontade ou desejo de uma pessoa que ostenta a posição de soberano. E uma tal posição de soberania depende de outro dado psicológico, esta vez dos cidadãos e súditos, como é a especial consideração que dá lugar ao hábito de obediência aos mandatos precisamente dessa pessoa ou pessoas. O exemplo mais claro, inclusive em sua elementariedade, dessas propostas o proporciona John Austin, o famoso jurista inglês do século XIX. Basta com aqui assinalar que o direito, com esta perspectiva, vem dado e se esgota nos precisos conteúdos de vontade do emissor da norma.

A ontologia normativista é uma categoria algo mais complexa. Ainda que seja caricaturamente, podemos caracterizá-la como a própria daquelas teorias que concebem a essência do jurídico em um terreno ontológico independente (ainda que não carente de relação, por certo) dos puros fatos (força, vontade, sensações...) e dos valores (justiça, segurança, paz...) e consistente em uma peculiar forma de ser que é a forma de ser do normativo, do *Sollen*. O direito, como objeto dado, cobra assim sua autonomia conceitual, ontológica e epistemológica, no sentido de que o que faz com que uma norma seja parte do direito não é nenhum fato em si mesmo (que alguém o mande ou o acate), nem nenhum juízo sobre seu conteúdo, senão sua relação com outras normas do mesmo sistema jurídico que lhe transmitem esse especial selo ou caráter definitório da validade jurídica, do ser direito e não (meramente) outra coisa.

Portanto, o que o direito é, e o que uma norma seja direito, não depende em nada essencial (e salvo casos extremos) do que o intérprete faça ou de como o juiz a aplique, por muito que essa interpretação e aplicação sim possam ver-se como muito relevantes a efeitos do juízo moral ou político sobre a prática do direito. Se houvesse que atribuir um nome a esta concepção, deveríamos mencionar a Hans Kelsen.

Em resumo, esta concepção ontológica do direito se baseia na aplicação da superstição do “único significado verdadeiro” à compreensão, especificamente, do que é o direito. Do que se trata, em realidade, é de encontrar umas normas que de alguma maneira - não perguntemos qual - se acham *preestabelecidas*, com segurança e precisão, nos textos do direito positivo; ou até mais além destes, em um «céu» dos conceitos jurídicos (e.g., umas «*naturezas jurídicas*»).

Difícilmente se poderia oferecer uma melhor caracterização sumária sobre o que constitui a atitude intelectual chave para esse tipo de ontologia, que a seguinte: «*L. O. THAYER escribió (en 1898) sobre "aquel paraíso de los juristas en que todas las palabras tienen un sentido preciso y firmemente establecido; en el que los hombres pueden expresar sus intenciones no solo con exactitud, sino también con plenitud; y donde, si el escritor ha sido cuidadoso, el jurista, con el documento en cuestión delante suyo, puede, sentado en su mesa, inspeccionar el texto y responder a todas las cuestiones sin levantar los ojos"*» (cf. Frank, 1970: 202, n. 19).

Essas normas, o jurista pensa que as *descobre* simplesmente. Descobre uma norma jurídica como se descobre uma estrela, só que em outro lado: “*esta, en el firmamento - aquella, en unos papeles. No menos la una que la otra son, para él, algo que «está ahí», no hay más que «verlas» ... O más bien, por lo habitual, lo que así se re-conoce es simplemente determinada estrella/norma percibida antes por tales o cuales juristas eminentes, que nos lo hacen saber así*”.(Haba, 2006:260)

Semelhante descobrimento se efetua por certas vias de pensamento que nada mais consistem -se supõe- em um «dar-se conta», mediante a inteligência profissional, daquilo que a letra diz por si mesma, ou de “a vontade do legislador”; ou bem, em todo caso, da “natureza jurídica” do instituto em jogo ou outras categorias de sua dogmática profissional. Cada uma destas perspectivas, ou determinada combinação delas, não pode implicar-se supõe – mais que *uma só e única* resposta verdadeiramente «correta» para cada caso, em função da disposição jurídica aplicável. Nesta ótica, uma vez que chego a conhecer bem essas normas, já sei tudo o que tinha que saber, enquanto ao «propriamente» *jurídico*. Aí me detenho, não me sobra já nada mais que averiguar

como jurista. Em minha qualidade de tal, meu mundo intelectual se esgota em saber desenvolver um pensamento que é de ordem simplesmente *hermenêutico-intelectual*, com respeito a normas cujo conteúdo e alcance estaria fixado já de antemão. Se chego a tomar em conta uns acidentes da realidade, é apenas na medida em que também estes possam encarar-se como implicados, de alguma maneira, por tais normas em si mesmas; seja como for, sempre são *elas* o que se considera como decisivo em definitiva.

Dessa forma, a concepção ontológica do direito como objeto dado impõe uma perversa redução do conhecimento, deformação profissional que amputa de antemão os possíveis (e iniludíveis) contatos entre pensamento jurídico, personalidade do sujeito-intérprete e realidade¹²⁴, imaginando que – ou, em todo caso, formulando suas teorias *como se* – os juízes são, ou possa fazer-se que cheguem a ser, algo assim como uns espíritos puramente raciocinadores, amarrados por um mundo de “lógica” jurídica não menos firme que em geral suficiente para aplicar normas que foram ditadas por outros *primatas*.

4.1.2. O direito como *construído* em sua práxis interpretativo-aplicativa

Ao longo do século XX se foram acrescentando as concepções do direito que poderíamos chamar desubstancializadoras, negadoras de que o jurídico tenha uma essência consistente pré-estabelecida ao tratamento prático dos casos que em sede jurídica se decidem. O direito, portanto, já não se corresponde com o que se considera direito “predeterminado” antes da decisão, senão que é a soma do assim “predeterminado” mais o “construído” na ocasião e como resultado do próprio processo decisório.

¹²⁴ Ao que Radbruch (1970: 211), com palavras dificilmente superáveis em concisão e acerto – e referindo-se à principal atividade “científica” dos juristas –, qualificou de “...*una mezcolanza indisoluble de elementos teóricos y prácticos, cognoscitivos y creativos, reproductivos y productivos, científicos y supracientíficos, objetivos y subjetivos*”. E assim é, queira-se ou não. O direito está constituído por semelhante conglomerado de heterogeneidades, nem mais nem menos: a *mezcolanza indisoluble* de toda classe de componentes, racionais e não-racionais, elementos normativos e elementos não-normativos. Quem se proponha intervir aí, não terá mais remédio que tomar em conta tudo isso, ou virar às costas à realidade. Ou consagrar-se a dissimulá-la mediante alguma teorização todo o convenientemente abstrata e pedante para assegurar-se de não perturbar *la galérie*...

O que varia entre doutrina e doutrina é a proporção que respectivamente se assinala ao “dado” e o “construído”¹²⁵. A proposta mais radical é a de alguns dos autores do chamado realismo jurídico, para quem o nome de direito o merece somente o que os juízes decidem, enquanto que a lei, o enunciado legal prévio a essa decisão, nada é e, se acaso, conta somente enquanto psicologicamente influa no juiz que decida o caso concreto individual.

Outra forma de dar conta graficamente deste tipo de ontologia jurídica consiste em apresentar o texto legal, a norma legislada, como mero bosquejo de decisões judiciais futuras, como simples propósito genérico e altamente indeterminado que necessita concreção para tornar-se direito efetivamente operativo, como modelo que, todo o demais, delimita com amplitude as fronteiras dentro das quais acontecerá ulteriormente, e em cada caso, a opção judicial, mas sem proporcionar ainda uma autêntica pauta decisória.

Entre o enunciado legal e a sentença que resolve em direito haveria um extenso espaço intermédio, no qual o juiz manobra com ampla margem para suas opções, e em tal manobrar dentro desse espaço tem o operador do direito um papel central na tarefa interpretativa. A interpretação medeia sempre, portanto, entre o enunciado legal e o concreto padrão decisório que ao caso se aplica. A interpretação deixa de ver-se como a exceção e passa a converter-se na regra. E o intérprete já não é contemplado como passivo servidor da norma que lhe precede, senão como quem a transforma em regra decisória ao optar por uma ou outra interpretação da mesma.

Semelhante idéia do direito como a soma, variável, do predeterminado e o construído conduz, como se pode observar, a uma concepção do jurídico como práxis social, como atividade produtiva do próprio objeto que rege essa práxis. Agora bem, o que varia é a concreta classificação dessa práxis, o modelo explicativo ou a analogia que dela se faça. Para o que aqui nos interessa, restringiremos nossa análise apenas a dois dos modelos mais representativos: o direito como *práxis hermenêutica* e como *práxis argumentativa*.

No modelo hermenêutico a interpretação, em sentido amplo, praticamente esgota o alcance do jurídico. Mas bem entendido que por interpretação se entenderá em todo caso algo bastante mais complexo que a mera atribuição de significado

¹²⁵ Um dos livros mais influentes, a princípios do século XX, desse câmbio de orientação da metodologia jurídica, foi sem dúvida o de François Geny, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique* (o original francês se publicou em 1899). De seu autor, Geny, parafraseamos a distinção entre o “predeterminado” e o “construído” no direito.

lingüístico a um texto. Interpretação é a denominação que se dá a uma operação em que se põe em relação e obtém sua síntese em uma fórmula superior e abarcadora toda uma série de dados contrapostos: a norma abstrata (o enunciado normativo) e o caso concreto, o suposto de fato genérico da norma e o fato preciso em que se ajuíza, o sujeito geral (“o que...”) ao que o enunciado legal refere um direito ou uma obrigação e o indivíduo de carne e osso a quem se lhe imputa o comportamento valorado, os propósitos legislativos, a ordem geral e as exigências particulares de uma circunstância determinada, a busca da justiça em abstrato e os requerimentos da equidade para o caso, a pretensão de vigência ilimitada da norma e os requisitos de sua adequação às cambiantes circunstâncias sociais e históricas, etc.

Nessa síntese dos opostos se vê por alguns autores a característica definitiva do direito, de um direito que é, a partes iguais, práxis prudencial e labor cognoscitivo, mas sempre como conhecimento guiado pela ponderação do caso concreto e de algo que não está exatamente no texto legal, senão mais além dele, em uma relação de vida, isto é, de um conteúdo normativo aberto às interpretações que determine a pré-compreensão social.

O modelo argumentativo consiste em considerar ao direito como um intento, uma técnica, para a solução de determinados problemas práticos. Trata-se de uma visão eminentemente instrumental, pragmática e dinâmica do direito, que pressupõe, utiliza e, em certo modo, dá sentido às perspectivas sociológica, normativa e axiológica do direito e que conduz, em definitivo, a considerar o direito como argumentação. É, poderia dizer-se, a perspectiva de alguém que não se limita a contemplar um edifício desde fora ou a projetá-lo prescindindo dos problemas que levanta sua execução, senão que participa ativamente na construção do mesmo e se sente comprometido com esta tarefa (Atienza, 1997).

Neste último modelo se parte do pressuposto de que nossas sociedades têm que fazer frente a uma série de problemas, de conflitos sociais e individuais, que exigem a intervenção do direito mediante o uso racional de instrumentos jurídicos. E como os operadores do direito devem motivar suas decisões na solução dos conflitos, isto é, devem mostrar as razões que permitem justificar suas decisões em termos jurídicos (mostrar o caráter aceitável ou correto de cada decisão), devem, pois, argumentar. E embarcar-se em uma atividade argumentativa significa aceitar que o problema de que se trata (o problema que faz surgir a argumentação) há de resolver-se mediante razões que se fazem presentes por meio da linguagem.

O modelo argumentativo supõe, pois, a consideração de que o direito não é um fim em si mesmo, que não tem caráter natural, senão que é mais bem um instrumento, um mecanismo para a resolução dos conflitos sociais, que o operador do direito deve procurar modelar e utilizar inteligente e racionalmente para alcançar propósitos que vão mais além do próprio direito.

Em resumo, os modelos acima discriminados expressam, em conjunto, a idéia de que o direito não é uma norma, não é um valor e não é tampouco um conjunto de processos ou fatos sociais, senão que é uma práxis sócio-institucional, uma empresa comum específica do obrar humano que precede e confere significado aos enunciados normativos, que precisamente por isso são considerados “jurídicos”.

5. Propósitos da metodologia da interpretação jurídica

A pergunta sobre como interpretar corretamente a lei recorre toda a história do direito moderno. O que varia é a intensidade com que se coloca o problema e a índole das respostas. Nos começos do movimento codificador, desde fins do século XVIII, era tal a confiança na racionalidade imanente dos códigos que se confiava em que a interpretação sequer seria necessária. Entre as virtudes taumatúrgicas do legislador e sua obra, o código, se contava com a da claridade e se aplicava o velho brocardo *in claris non fit interpretatio*¹²⁶.

Estamos, pois, nos antípodas da contemporânea consciência de que a interpretação comparece sempre antes que um enunciado jurídico possa converter-se em norma aplicável ao caso. A metodologia de interpretação jurídica da maior parte do século XIX veio a ser, em consequência, relativamente simples. Em uns casos, consistiu em remeter a solução de toda dúvida interpretativa à averiguação da vontade do autor da norma, tal como havia proposto em França a Escola da Exegese. Em outros, se confiava em que o emprego simultâneo de vários cânones da interpretação conduziria inevitavelmente à determinação do mais exato e correto sentido próprio da norma. Assim foi como Savigny deu na Alemanha de princípios do século XIX sua forma “canônica” à teoria dos cânones da interpretação jurídica.

¹²⁶ Trata-se daquilo os franceses denominavam *doctrina du sens claire* e que tinha seu apoio em um texto do Digesto justiniano referido à interpretação dos testamentos: *cum in verbis nula ambiguitas est, non debet admitti voluntatis questio*. Note-se que frente a um dos postulados mais característicos da concepção metodológica tradicional, as teorias da argumentação defendem que o legislador real não é racional ou, o que é o mesmo, que não faz leis perfeitas que prevejam soluções claras e não contraditórias para qualquer caso hipotético que possa produzir-se, e que, portanto, quem têm de ser racionais são os operadores do direito, quem interpretam e aplicam a lei. Contudo, não se acaba de romper com o modelo dedutivo, que segue vivo como método no horizonte global a partir do qual se articula e analisa o raciocínio jurídico, muito embora se ampliem as estreitas margens argumentativas das concepções formalistas. De fato, o pensamento revolucionário, que primeiro passa das ideais básicas de liberdade, de igualdade e de democracia até um robustecimento da idéia de lei geral e, seguidamente, a de uma pretensão de regulamentação mediante leis sistemáticas e completas tanto da ação do poder como da ordem social liberal, veio a concluir em um resultado inesperado e “absoluto”: de que todo o direito deve encerrar-se em leis e de que os juízes devem limitar-se a inquirir da norma legal a solução devida, isto é, de que fora da lei não há critérios juridicamente válidos. Em resumo, a Revolução Francesa conduziu diretamente ao que hoje se conhece comumente por positivismo jurídico ou legalista.

Não obstante, muito embora essa concepção do direito e, sobretudo, este mecanismo de ordenação e regulação social tenha vindo a predominar uma vez instaurada a codificação (concluída ao longo do século XIX), ela veio a ser posta em questão desde uma perspectiva teórica e, a sua vez, desde a própria experiência judicial que, pouco a pouco, começou a intuir a insuficiência desse intento de reduzir a função do juiz a um problema puramente mecânico de subsunção automática do caso concreto ao enunciado geral da norma pré-estabelecida pelo legislador. Ao final desse século XIX se vai impondo a consciência do papel criativo do juiz e da inevitabilidade e a dificuldade da interpretação que sempre há de se levar a cabo.

Daí que toda a primeira metade do século XX contemplou um movimento de amplo debate crítico frente ao positivismo jurídico, nomeadamente com relação à redução do direito a uma lei formal e casuística que não admitisse sequer processos interpretativos. O finalismo, o sociologismo, a escola livre do direito, o renascimento do jusnaturalismo, o realismo, o jurisprudencialismo, o principialismo, a tópica, a nova retórica, entre tantas outras, ensaiaram suas armas para aquebrantar, desde a teoria do direito, esse dogma central do sistema que, em última análise, não permitia uma solução “justa” dos conflitos sociais. E a grande objeção ao positivismo jurídico era, simplesmente, a justiça, valor sem o qual o direito não pode sequer ser concebível.

Como resultado de todo esse movimento crítico, deixou-se de admitir como legítima a teoria tradicional segundo a qual, em qualquer caso, é possível aplicar a lei sem interpretá-la, ou seja, de que a interpretação possa reduzir-se ao muito limitado esquema do silogismo formal interpretativo do direito positivo. Pelo contrário, para essa concepção revisada, em toda interpretação se reproduz necessariamente o processo valorativo material que se conclui na lei, operação esta que, por força, pressupõe o manejo dos valores que articulam e animam as estruturas normativas e a própria idéia do direito, pois, se a comunidade subsiste na sua existência histórico-cultural, a tarefa de realizar concreta e historicamente a explicitação constituinte do direito e do projeto axiológico que a sociedade a si mesma se põe será sempre uma intencionalidade criticamente valorativa e espiritual.

Assim que o intento de separar em dois planos distintos e incomunicáveis a estrutura do direito, um *material e político* (onde se efetuariam as valorações dos interesses e valores que se incorporam em uma norma legal determinada) e outro *formal e puramente lógico-dedutivo* (que, sem ter que retornar para nada ao processo restrito ao legislativo, estaria reservado ao juiz) resultou definitivamente rompido,

sendo que com esta ruptura se fragilizaram também as bases mesmas do positivismo jurídico.

Postas assim as coisas, a metodologia jurídica se bifurca em doutrinas descritivas e doutrinas normativas. As primeiras são aquelas que, descrentes enquanto a possibilidade de encontrar parâmetros de racionalidade, de objetiva correção da interpretação, não atribuem à teoria mais possibilidade que a de retratar como efetivamente os juízes interpretam e que fatores de fato determinam suas atribuições de sentido às normas. O realismo jurídico encaixaria neste apartado; também a tópica jurídica pretende dar um modelo descritivo, não normativo, da prática jurídica.

Outros tratam de afastar-se dessa visão céptica e de religar a interpretação jurídica com um padrão de racionalidade, que será sempre já racionalidade prática, uma vez caído em sua definitiva o sonho de assimilação do direito aos objetos naturais ou matemáticos, e a certeza das operações daquele à da verdade experimental ou o cálculo das ciências naturais ou formais. Perdida a esperança de poder julgar o resultado da interpretação jurídica em termos estritos de verdade, se pretende, ao menos, poder diferenciar seus resultados pelo grau de racionalidade, de uma racionalidade que conte com algum referente que permita a determinação e a atribuição, ao menos aproximativa, de correção ou incorreção objetiva às opções interpretativas do juiz. Forjam-se, assim, as distintas doutrinas normativas da interpretação jurídica, todas com o propósito de dar ao juiz critérios da correta interpretação e de proporcionar-nos parâmetros para o julgamento e avaliação não meramente subjetivo ou caprichoso de seu labor.

Também neste último ponto a variedade é grande. Podemos mencionar três destacadas correntes: a que, na falta de melhor denominação, chamaremos doutrina standard da interpretação, a hermenêutica não gadameriana e as teorias da argumentação jurídica.

A primeira agrupa aquelas correntes que conectam com a teoria tradicional dos cânones, se bem que com maior consciência da entidade real dos problemas interpretativos. Conscientes já de que a pluralidade de cânones normalmente não conflui no reforço de uma única atribuição de significado (de sentido e de alcance), senão na justificação de sentidos distintos para o mesmo enunciado normativo, do resultado do emprego de diferentes cânones, se confia, sem embargo, em poder elaborar sobre razões distintas uma hierarquia de cânones, que tem em sua cúspide aquele que melhor expresse o supremo valor ou a melhor finalidade que do direito se

pretende. Esse ponto de privilégio acaba por ocupá-lo quase sempre o cânon teleológico.

Essas doutrinas interpretativas se emparentam estreitamente com as propostas da hermenêutica pré-gadameriana. De fato, muitos dos cultivadores daquela, como Larenz (1994), se acolhem sob o rótulo da hermenêutica, ainda quando das teses de Gadamer pouco é o que assumem. E, mais propriamente ainda, há uma corrente especificamente hermenêutica, representada muito destacadamente por Emilio Betti, que, em discussão com o próprio Gadamer, seguia mantendo a esperança de que caberia encontrar pautas do correto interpretar¹²⁷, mesmo no contexto de toda relativização do compreender que a hermenêutica moderna, também a anterior a Gadamer, tem vindo a propor.

Hoje, as propostas mais influentes neste tema da racionalidade da interpretação e aplicação do direito provêm das chamadas teorias da argumentação jurídica, que têm em Robert Alexy seu mais destacado representante. E embora não nos detenhamos aqui na análise de todos os matizes dessas teorias¹²⁸, basta com destacar que situam a racionalidade possível do resultado interpretativo não na sua coincidência com uma verdade prévia ou um indubitável significado objetivamente preestabelecido, senão na qualidade e força de convicção intersubjetiva das razões com as que o intérprete avalie cada uma das opções que acontecem ao longo do raciocínio mediante o qual determina o significado de um enunciado normativo.

Deveria pensar-se que a hermenêutica e a teoria da argumentação jurídica estão estreitamente irmanadas. Mas este não é o caso. Não faz muitos anos a maior parte dos analíticos simplesmente desconsiderava a hermenêutica e, mais do que completar-se mutuamente, estas duas correntes viveram em permanente conflito. A teoria da argumentação provém especialmente da analítica, principal inimigo (até agora) da hermenêutica. A corrente analítica acusa a hermenêutica de ser irracional (o que não é exato: a própria hermenêutica não é irracional, ela busca somente oferecer parâmetros de racionalidade a determinados processos que não são racionais ou não puramente racionais, e dessa classe, como se verá mais adiante, é o de criação jurídica ou de realização do direito). A hermenêutica, por sua parte, sindicava à analítica por não ter resposta aos reais problemas da filosofia do direito e em geral dos homens (embora ela

¹²⁷ Boas descrições, desde a filosofia do direito, da polémica entre Betti e Gadamer, podem ver-se, por exemplo, em Zaccaria, 1990.

¹²⁸ Um exame dos principais autores que se adscvem a tal corrente pode ver-se em Atienza, 1993.

não busque em absoluto tais respostas, pelo qual resulta duvidoso que a analítica levante a aspiração a representar somente a filosofia do direito).

Não obstante, relativamente à discussão analítico-hermenêutica, uma importante corrente de pensadores comprometidos com a renovação da filosofia do direito parece haver-se dado conta de que a analítica sem hermenêutica é vazia, e de que a hermenêutica sem analítica é cega. Daí que em tempos mais recentes se assinala uma clara tendência a abandonar o enfrentamento e chegar a uma harmoniosa cooperação. Já não parece razoável propor de maneira absoluta a analítica, mas tampouco a hermenêutica; isto é, de que não sendo ambas reciprocamente prescindíveis, mas potencialmente complementarias, renuncia-se a tendência a considerá-las contraditórias segundo o simplificador esquema mental de “exclusão recíproca”.

Possivelmente não haja incompatibilidade radical entre essas duas propostas doutrinárias e se possa entender que a filosofia hermenêutica aporta uma mais profunda consciência das determinações operantes sobre qualquer interpretação e dos conseqüentes limites de qualquer pretensão de objetividade neste ponto, ao tempo que as teorias da argumentação se ocupariam das pautas melhores para eliminar na medida do possível a arbitrariedade do raciocínio judicial, sempre, claro está, assumindo que este se desenvolve dentro de um iniludível horizonte, que é um horizonte, também, humano e hermenêutico.

Com efeito, sempre que saibam renunciar a suas próprias e respectivas unidimensionalidades, a filosofia analítica e a filosofia hermenêutica se apresentam hoje como aspectos não renunciáveis de edificação de uma teoria do direito como prática social de tipo interpretativo e argumentativo, de modo a estabelecer os cimentos de um modelo ético-político aberto que aporte valores de cidadania e de metodologia jurídica essencialmente úteis para tomar o direito como instrumento de construção social .

De nossa parte, entendemos que a racionalidade característica do pensamento jurídico envolve a hermenêutica (compreensão), a própria concepção ontológica do direito, a argumentação e a interpretação, e que o valor de uma proposta metodológica deve ser avaliada pelo grau com que os critérios metodológicos propostos podem ser postos em prática, em que cabe efetuar por meio deles mudanças para o bem de uma comunidade ética de indivíduos em constante processo de construção. Quer dizer, estou convencida de que em tema de interpretação jurídica o melhor caminho a seguir

será sempre o de propor um modelo de discurso jurídico que envolva o método hermenêutico da compreensão e a contribuição analítica da técnica argumentativa, assumindo suas respectivas tensões, mas procurando estabelecer um jogo harmonioso entre a argumentação e a hermenêutica jurídica.

Vejamos, agora, como se pode apreciar, sobre o transfundo da paisagem que acabamos de desenhar, as consequências dos aportes da hermenêutica e da argumentação jurídica para a tarefa de realização do direito. Nossa crença, como já antecipamos, é a de que a tese da ontologia do direito como realidade em permanente processo de construção e reconstrução (e não como algo dado de antemão), deve vir reforçada pela necessidade de se desenhar uma metodologia normativa da interpretação/aplicação do direito que trate de estabelecer regras e critérios de um correto interpretar.

6. A compreensão hermenêutica do método jurídico

Particularmente na Filosofia do Direito, a assunção mais consciente deste modelo de racionalidade e a percepção mais aguda da noção hermenêutica de “*applicatio*” deve-se à interessante doutrina de Arthur Kaufmann (1999), que se coloca no terreno da filosofia da existência – mas igualmente do tomismo, cujos elementos inspiradores faz aglutinar com a atitude fenomenológica e, mais especificamente, com a filosofia da existência – e de uma concepção ontológico-existencial da hermenêutica.

De fato, a própria ontologia do direito foi fixada por Kaufmann (1999), em uma última revisão do seu pensamento, na relação entre o caso e a norma: o direito é, tal como agora formulado, “a correspondência do ser e o dever-ser”; não é, portanto, substância, senão algo totalmente diferente da substância: *é relação*. E relação é *persona*, o caso básico de relação, a relação original: *persona* é o homem não por sua substância, senão como elo de relações em que se encontra com respeito a seu mundo e a seus semelhantes. Nesse sentido, o conceito de *persona* passa a ser concebido em sua dimensão relacional, dinâmica e histórica.

E uma vez que os homens adquirem a qualidade de *persona* à medida que *se reconhecem reciprocamente como pessoas*, o homem como *persona* determina o discurso jurídico, não somente no seu proceder, senão também no que se refere ao seu conteúdo. Para essa concepção ontológica, o direito¹²⁹ não reside nem exclusivamente

¹²⁹Está fora de qualquer dúvida que se deva considerar o direito como um fenômeno cultural (ou realidade significativa), idêntico a todos os outros que se situam nessa região ôntica. Da mesma forma, não resulta muito difícil entender a “arte” da interpretação jurídica – também um fenômeno cultural - como um caso particular da hermenêutica geral, enquanto disciplina cuja finalidade última é revelar (ou atribuir) o sentido das ações e das criações humanas. Por outro lado, parece igualmente inegável que a conduta social e normativa se transmite mediante a cultura, sendo que esta (a cultura) é produto da atividade mental humana, e que esta é produto do cérebro. O cérebro é, por sua vez, produto da evolução genética. Apesar de ser um órgão tão complexo, estruturado e flexível, o cérebro apresenta uma grande quantidade de predisposições geneticamente programadas para o aprendizado: predisposições para atuar de determinada forma, para responder emocionalmente de um modo e não de outro diante de determinadas experiências e para aprender certas coisas melhor que outras. Estas predisposições estão aí, são frutos da evolução do cérebro por seleção natural. E como a seleção natural atua sobre os genes, os responsáveis de nossas predisposições para o comportamento e o aprendizado, são os genes que constroem o cérebro. Pois bem, outra forma de expressar este conceito seria a de que “o comportamento está guiado por regras epigenéticas”. Segundo Gingeras et al. (2009) a “*epigenética es el estudio de los cambios hereditarios de los rasgos físicos o bioquímicos causados por alteraciones en cualquiera de*

na norma nem exclusivamente no caso, senão em sua relação recíproca: nem é predeterminado (ou está vinculado de forma absoluta) por uma “natureza” considerada sempre igual ou por um sistema universal e imutável de princípios e valores, nem pelo

las modificaciones químicas del ADN de una célula o de las proteínas asociadas al mismo que influyen en su potencial de expresión. Aunque no habría ningún cambio en la secuencia de ADN heredada en sí misma, las marcas epigenéticas de una célula pueden ser alteradas e influenciadas por el ambiente [...] Una manera de examinar esta cuestión es considerar que la epigenética es una forma “suave” de herencia y que la genética es una forma “dura” que implica la duplicación del material genético. La herencia epigenética se asemeja en cierto modo al lamarquismo en que es sensible a los estímulos ambientales y puede afectar diferencialmente a la expresión génica de forma adaptativa, con resultados fenotípicos que pueden persistir durante muchas generaciones en ciertos organismos. Sin embargo, la herencia epigenética y su importancia para el proceso evolutivo no son claras. Tales mecanismos de herencia epigenética se podrían considerar más como una poco probada forma especializada de plasticidad fenotípica que como un mecanismo para introducir nuevos rasgos evolutivos en el linaje de una especie”. Nesse preciso sentido, a epigênese, que originalmente era um conceito biológico, significa o desenvolvimento de um organismo sob a influência conjunta da herança e o ambiente. As regras epigenéticas, para resumir muito brevemente, são operações inatas do sistema sensorial e do cérebro; caracterizam-se por ser um complexo de regras, prescritas pelos genes, que, assegurando a sobrevivência e o êxito reprodutor, predis põem os indivíduos a determinados tipo de comportamento, ou seja, predis põem os indivíduos a considerar o mundo de uma determinada maneira inata e a efetuar automaticamente umas determinadas eleições frente a outras. Com essas regras – algumas suscetíveis a uma imensa gama de variações e combinações culturais – vemos o arco íris em quatro cores básicas e não como um *continuum* de frequências de luz; tendemos a dividir continuamente objetos e processos diversos em duas classes discretas; evitamos relações sexuais com irmãos; falamos em frases gramaticalmente corretas; sorrimos aos amigos e tememos aos estranhos nos primeiros contatos. E embora não se conheçam ainda que genes estão implicados na capacidade intelectual e nas limitações do aprendizado humano, o que parece seguro é que não se trata de que os genes condicionam diretamente nossa conduta, senão que a mente humana se acha geneticamente programada (predisposta) para atuar de determinada maneira, para desenvolver certas respostas emocionais e para aprender melhor (ou antes) umas coisas que outras. Tais disposições inatas são produto da evolução por seleção natural e estão fixados em nossa natureza desde o momento em que aos nossos antepassados de milhões de anos lhes resultaram essenciais para a sobrevivência, o êxito reprodutivo e a vida em grupo. Portanto, genes e cultura estão unidos de maneira inseparável: os genes prescrevem regras epigenéticas da mente - que são os dispositivos neuronais biologicamente induzidos que condicionam a capacidade humana de aprendizagem, isto é, as regularidades da percepção sensorial e do desenvolvimento mental que animam e canalizam a aquisição da cultura-; a cultura ajuda a determinar quais os genes prescritores sobrevivem e se multiplicam de uma geração a outra; os novos genes que têm êxito alteram as regras epigenéticas das populações; as regras epigenéticas alteradas mudam a direção e a efetividade dos canais de aquisição cultural (Lumsden e Wilson, 1983 e Wilson,1998). Em resumo, não é possível compreender a cultura (ou, se se prefere, a Cultura) sem compreender a complexidade de nossa mente: quando se trata de natureza humana (e tudo o que ela implica), sempre haverá certo grau de determinação sociocultural e um certo grau de determinação biológica; a parte devedora à biologia terá componentes tanto genéticos como epigenéticos e o componente genético refletirá a atuação de múltiplos genes (no sentido de que os traços humanos não podem atribuir-se de forma característica à variação de um único gene, senão mais bem poligênicos: a variação em múltiplos genes é a responsável do componente herdável de um determinado traço humano – cf. Linden, 2010). Sobre o conceito de regra epigenética (e epigênese neuronal) e sua relação com a evolução e transmissão cultural, cf. Changeux, 2003.

puro “fato social” nem tampouco pela expressão da juridicidade oferecida por um corpo de normas postas pelo legislador – ou seja, como sistema de leis (im-) postas (antes) pelo poder.

E porque a sua historicidade é agora a dimensão decisiva que o faz um “direito humano”, estes são, em certa medida, somente materiais “em bruto”, um conjunto de possibilidades interpretativas ou de normas potenciais (Zagrebelky, 1995), dos que em um *ato de conformação e produção* posterior (em geral, o prudente “*obrar justo*”) tem de sair o direito concreto, isto é, de que apenas na solução concreta há direito, ou de que toda norma só vigora ou se constitui na interpretação que lhe atribui o aplicador institucionalmente legitimado a dizer o direito.

Dizendo de outro modo, da mesma forma que a “beleza” não existe realmente senão quando se plasma em uma concreta obra de arte, não parece prudente dispor acabadamente de meras “*possibilidades*” ou “*potencialidades*”, à margem da mesma tarefa interpretativa em que afloram as normas do caso concreto: a consecução da justiça, para a gente que vive em uma comunidade apinhada de normas, é algo mais complicada.

Assim sendo, tal (e aqui adotada) perspectiva implica, desde logo, na pressuposição de três considerações irremediavelmente convergentes:

a) *primeira*, que em uma comunidade ética minimamente desenvolvida, a determinação do sentido e alcance do direito está encomendada aos juízes, cuja origem e desenho é necessariamente institucional (positivo), ou seja, que é impossível pensar um direito desprovido de sua dimensão humana, histórica, cultural e institucional;

b) *segunda*, que se rechaça por completo a tese da exclusão da interpretação toda vez que a fonte interpretada se exprima em um texto claro e inequívoco (*in claris non fit interpretatio*, como enunciavam os juristas medievais): com abstração de todos os fatores cognitivos, lingüísticos, exegéticos e normativos que aqui concorrem, a “clareza” é ela própria um resultado interpretativo e não é a obscuridade do texto que justifica a interpretação, mas sim a *concreta realização* do direito que não a pode nunca dispensar¹³⁰; e

¹³⁰ Dito de outro modo, não interpretar é, para bem ou para mal, também interpretar. Não querer construir um *modelo hemenêutico* capaz de explicar, ao menos provisoriamente, a relação do neuronal, o mental e a tarefa interpretativa, não querer reconhecer a dimensão,

c) *terceira*, que todo ato de interpretação/aplicação jurídica não possui natureza meramente cognoscitiva ou hermenêutica, mas *normativa*, uma vez que o problema do pensamento jurídico em geral não é somente o de um *correto compreender*, senão o de um *justo decidir* (ou *judicar*): o seu ponto de vista decisivo não é um ponto de vista gnosiológico para uma função cognitiva ou descritiva, mas um ponto de vista prático para uma função normativa; o seu valor último não é a “verdade”, mas o “justo” (concreto, igualitário, imparcial, controlável e aceitável) articular das relações jurídicas – unicamente o positivismo legalista e normativista, encerrado em uma analítica sistemático-dedutiva, foi capaz de pensar que ajuizava e decidia juridicamente limitando-se a reproduzir (a conhecer) a lei e seu sistema.

Centrando-se no fundamental, recordar-se-á que a matriz prático-metodológica do discurso jurídico reside no fato de que, nesta, ante as limitações das regras metodológicas da interpretação e da argumentação jurídica, está sempre imanente um momento criativo e que, ao radicar em um hermenêutico “*realizar*”, não se manifesta sem a mediação de “*pré-juízos*” que a densificam e afinam. Significa dizer, de uma perspectiva prático-filosófica, que a interposição de pré-juízos (ou de *pré-compreensão* ¹³¹, para usar a terminologia empregada por Esser, 1983) identifica uma “*condição necessária de todo o compreender*” que, por sua vez, condiciona todo o processo de realizar em termos metodologicamente adequado a sua relação com o fazer valer uma norma jurídica na prática.

Neste particular, não seria demasiado lembrar que o reconhecimento da relevância da tarefa hermenêutica postula tanto (e não somente) a compreensão da

necessariamente, *meta-neurobiológica* deste esquema, é expor-se ou entregar-se, queiramos ou não, à deriva ideológica positivista ou normativista.

¹³¹ A “*pré-compreensão*” (como inafastável condição de possibilidade da compreensão) implica que o intérprete-aplicador, quando confeccione e manuseie os modelos de decisão, tenha já uma pré-visão do problema, fruto da sua experiência, dos seus conhecimentos, das suas convicções e da própria linguagem. Representa, assim, uma *antecipação* de sentido do que se compreende, uma expectativa de sentido determinada pela relação (circular) do intérprete com a coisa, no contexto de uma determinada situação. Em outras palavras, a “*pré-compreensão*” constitui um momento essencial do fenômeno hermenêutico e é impossível ao intérprete desprender-se da circularidade da compreensão (Gadamer, 1997): através da análise dos fatores pré-firmados da decisão, e assumindo-se, designadamente, a dimensão dialética e prático-normativa do direito, há que integrar, na medida do possível, o próprio pré-entendimento nos modelos de decisão, limando arestas e valorizando os fatores fáticos e sistemáticos que porventura venha a incluir.

insuficiência das normas legais no quadro do problema da concreta realização do direito como, e muito particularmente, a correlativa aceitação de um (incessante) desenvolvimento da normatividade vigente por parte do intérprete; ou seja, de que não é a positividade o que impede o câmbio senão o que o torna possível: o direito, assim, não tem de fato o *status* da infinita *criação*, mas o da contínua *evolução*.

E para o que aqui interessa, entendemos a tarefa interpretativa como um verdadeiro exercício prático-normativo, uma práxis social baseada na irremissível dimensão “circular” e argumentativa do discurso jurídico e projetada em várias disposições do direito positivo. Acresce-se que sem uma adequada relevância desta tarefa ou práxis social estaríamos amputando a hermenêutica e a metodologia jurídica de um seu vetor nuclear, transformando-as em um dessorado exercício “acadêmico” e puramente dogmático.

Claro que sempre fica em aberto a questão fundamental de como o operador do direito (e em especial o juiz) deva atribuir um significado *não arbitrário* aos enunciados normativos ou, dizendo de outro modo, o problema passa a residir, em última instância, no fato de saber se podemos contar, na atividade interpretativa, com umas *exigências objetivas de justiça*, capazes de brindar a nossa tarefa prudencial com elementos de juízo ou de controle de racionalidade para desenhar normas concretas adequadas e aportar soluções ajustadas.

Com efeito, o desafio frente ao qual se encontra o pensamento hermenêutico é essencialmente este: pode indicar critérios intrínsecos para excluir (ou limitar) do pensamento jurídico a tentação (e o risco) do “sem sentido” ou do desvairado subjetivismo? A resposta parece ser positiva: a hermenêutica, em harmoniosa colaboração com a analítica, pode admitir perfeitamente critérios deste tipo, à condição de que não caia no grosseiro equívoco –ou na ilusão – de crer objetiváveis estes critérios, de crê-los definitivamente concludentes, como se os critérios próprios do processo de interpretação e argumentação jurídica não fossem critérios, mas *cânones*, ou pior, *regras*.

Nesse sentido, os diversos planos constitutivos do sistema jurídico e o modo como se articulam, impõem a sua consideração e permitem compreender a *ratio decidendi* como o pólo da respectiva significação normativa; o mérito jurídico autonomamente reconhecido à *quaestio disputata* e a sua conformação aos “*pré-juízos*” circunstancialmente adequados, viabiliza uma sua prudencial interferência no processo judicativo. E o abandono da imposição mecânica da interpretação jurídica

(com o inaceitável “reduativismo exegético” – isto é, com a recusa do problemáticamente novo e do intencionalmente inovador – que a singulariza) concorre para recuperar a “razão prática” como um dos alicerces da normatividade e (co)responsabiliza o operador do direito na tarefa da contínua reconstrução do conjunto que conforma.

A participação do pensamento jurídico que assim se convoca, entretece o processo de realização do direito; o desenvolvimento da normatividade que se lhe deve, permite qualificar seu caráter como essencialmente evolutivo; e as novas experiências proporcionadas pela prática estão na base da (permanentemente atuada) recomposição dialética, dialógica e problemática da juridicidade vigente. Todas estas dimensões ubicam no e irradiam do caráter prático-normativo e constitutivo da interpretação jurídica e nos desvelam o modelo metodológico (concreto-prudencialmente ancorado e hermenêutico-argumentativamente cunhado) que nela se enclausura – e é este, se bem observado, o aspecto nuclear do contributo das mais recentes teorias hermenêuticas e de argumentação jurídica.

De nossa parte, pretendemos apenas rematar as observações acima elaboradas chamando a atenção para aquilo que se nos afigura decisivo: visando todos estes estratos constitutivos do sistema jurídico a decisão de casos concretamente problemáticos, apresentando-se esta última como o “*resultado de uma fundamentação*” intersubjetivo-argumentativamente convincente, normativo-judicativamente adequada e objetivo-dogmaticamente sintetizada em uma *ratio decidendi*, e projetando-se tudo isto em um “pano de fundo” dialógico e dialeticamente entretecido, que por sua interferência se reconstitui, resulta óbvio que apenas uma reflexão problematizante e interdisciplinar em que se pondere o significado desta tarefa ou práxis social permitirá apurar se uma norma (ou um princípio, ou um “precedente” judicial, ou um critério excogitado pela dogmática...) é ou não mobilizável para orientar a solução da controvérsia circunstancialmente em causa.

Depois, uma vez tolerada e permitida a utilização da tarefa interpretativa como mecanismo constitutivo e conformador da solução da controvérsia em causa, importa considerar que a seqüência da decisão – domínio, em princípio, fora da esfera do julgador – pode vir a sufragar o princípio de que todo o processo de realização do direito tem de estar orientado para a capacidade de consenso, entendido este como critério necessário para a correção do discurso jurídico, cuja qualidade será medida por

sua humanidade, pela precisão de sua adesão com as funções próprias de nossas intuições e emoções morais relativamente aos objetivos da norma e do próprio sistema jurídico.

Se ignorar este princípio enfraquece a mensagem normativa, incluí-lo no próprio modelo de interpretação e argumentação jurídica permite, em definitivo, superar estágios meramente formais no domínio da aplicação do direito. É nessa linha que surge a – igualmente relevante – preocupação de habilitar o intérprete-aplicador a “*pensar em consequências*”, permitindo-lhe o conhecimento, a ponderação e a responsabilidade pelos efeitos éticos e sociais de suas decisões a partir da “*antecipação*” (*prognose*) como componente iniludível da tarefa interpretativa.

Vale dizer, da consideração, pelo intérprete, dos efeitos futuros da decisão (jurídica) que tomará diante do caso concreto, da norma interpretada e dos princípios e valores correspondentes. É que as decisões jurídicas, dependendo do grau que assumam no ordenamento jurídico, constituem inegável instrumento de estabilidade e alteração da realidade social, de modo que o intérprete tem indisfarçável “responsabilidade social” com a decisão jurídica que profere. Esta “responsabilidade social” nada mais é do que um componente da prudência que deve iluminar todo o processo decisório, a fim de serem afastadas as decisões estapafúrdias, desconectadas do sistema jurídico e do contexto histórico-social em que são proferidas.

Essa, em síntese, a razão pela qual, no processo interpretativo/aplicativo do direito, além da pré-compreensão (dado passado a influir no resultado da compreensão do texto), existe também um componente de *prognose*. Daí que os juízes têm um poder imenso em suas mãos, e suas decisões podem fazer enorme diferença para o bem estar social: julgar é acima de tudo uma responsabilidade ética, porque, no plano das idéias, os efeitos de uma interpretação/decisão sobrepõem as intenções de quem a leva a cabo.

Com efeito, o que importa guardar é que a vontade do legislador não produz, em definitivo, o conteúdo material da norma e que o direito já não é algo que nos vem dado senão algo que há que ir constituindo incessantemente através da aplicação de suas normas, entendidas estas como pautas que tornam possível esta busca (López Moreno, 1999)¹³². Em outras palavras, não só esse fazer incessante, mas a longa “sombra do futuro” se estende sobre sua decisão.

¹³² Em outras palavras, que o direito existente não é redutível em sua integridade a uma autoridade legislativa, mas é conformado pela vida, pela prática de sua aplicação. Ademais,

Pode-se dizer, assim, que a compreensão jurídica é nova cada vez porque é distinta a situação do intérprete: por isso no processo de realização do direito é absolutamente central o papel do sujeito-intérprete que seleciona ativamente os materiais jurídicos que se lhe hão confiado e verifica em cada caso concreto sua significação normativa para a vida jurídica. A justiça não pode estar pré-constituída, como se fosse uma “coisa”, senão que há de ser “encontrada” e “consumada” graças a mediação do operador do direito. Desde este ponto de vista o direito sempre é hermenêutica porque necessita uma mediação argumentativa, já que carece de imediatidade.

Esta mediação argumentativa, por outro lado, é o lugar autêntico da hermenêutica. A experiência do intérprete está viva porque é essencialmente valorativa e seletiva. O ato hermenêutico, profundamente unido à tradição é, por um lado, custódia de valores humanos, de intuições e emoções morais e de modelos de comportamento que contribuíram à formação e à consolidação institucional da tradição jurídica; por outro, constitui seu desenvolvimento contínuo como momento de um processo ativo de regulação e de articulação das relações sociais sob os quais incide a ordem jurídica. Tudo isto confere ao direito características próprias de um âmbito marcado por incessantes processos de mutação e evolução, e pelo caráter imprevisível das soluções que há que aplicar, isto é, de que o direito não é “coisa”, não é uma entidade que existe uma vez e para sempre e que se possa usar como um objeto: mais bem, seu sentido *acontece* continuamente e sempre “em situação”. É o contexto, recorda Appiah (2010:199), “*lo que determina qué característica es prominente: qué cosa es como otra. La percepción moral (e jurídica) es una manera de ver, y ver siempre es ver ‘como’ y ver ‘que’*”.

Significa dizer, em síntese, que também nós não escapamos ao envolvimento da teia cujo sentido acima se decifrou: o *direito radica na prática*¹³³, apresentando,

nisto consiste o processo dialético da compreensão como atividade *possível* e *infinita*: “... *infinita pela razão de que uma interpretação que parecia adequada pode ser demonstrada incorreta e porque sempre são possíveis novas e melhores interpretações; possíveis porque, a cada vez, conforme a época histórica em que vive o intérprete e com base no que ele sabe, não se excluem interpretações que, precisamente, para aquela época e para o que na época se sabe, são melhores ou mais adequadas do que outras*” (Reale e Antiseri, 1991:88).

¹³³ Como assim também a própria hermenêutica: Hermes, o mensageiro dos deuses, exercia uma atividade de tipo *prático*, levando anúncios, advertências, profecias. Em suas origens míticas, assim como depois ao longo de sua história, a hermenêutica, como exercício transformativo e comunicador, contrapõe-se à teoria como contemplação de essências eternas, inalteráveis por parte do observador. É, sobretudo, a esta dimensão prática à que a

como esta, uma incontornável historicidade que define o caráter nuclearmente circular, dialético, dialógico e problemático da reconstituição de qualquer de seus horizontes . E as “funções próprias de nossas intuições morais” representam – tanto no âmbito do “ser”, como na esfera do “dever ser” – referentes circunstancialmente mobilizáveis que a traduzem, onerando ainda mais a atividade (jurisdicional) do sujeito-intérprete e concorrendo para garantir (através da série de recorrências que conformam¹³⁴) a “racionalidade” da tarefa do seu experiencial enriquecimento.

hermenêutica lhe deve sua qualificação tradicional: *hermeneutiké téchne, ars interpretationis, Kuns der Interpretation*: arte da interpretação como transformação, e não teoria como contemplação. Contudo, a derivação a partir de Hermes é uma reconstrução *a posteriori*. Kerényi, que se ocupou da questão, aclara o assunto: *Hermenéia*, palavra e realidade, se encontra na base de todas as palavras derivadas da mesma raiz e de tudo o que se “parece” com elas: de *hermenéus*, *hermeneutés*, *hermeneutiké*.(...); não tendo, entretanto, nenhuma relação lingüístico-semântica – a parte a semelhança fonética – com Hermes, o deus de que ainda partem inúmeros doutrinadores – quiçá influenciados por August Boeckh – em suas respectivas apresentações da hermenêutica (Ferraris,1988).

¹³⁴ Algo assim como a idéia de “*krasis*” proposta por López Moreno (1999), a significar o acolhimento de dados, experiências, verdades, teorias, que, independentemente de suas origens, podem possibilitar a harmonização entre os diversos métodos oferecidos na história da hermenêutica jurídica. No mesmo sentido, embora se trate de observação localizada em sede de interpretação constitucional, Canotilho, 1992.

7. Hermenêutica e aplicação judicial do Direito

7.1. A problemática da hermenêutica e da argumentação judicial

Seguindo a linha de raciocínio até aqui desenvolvida, os argumentos que passaremos a expor neste capítulo expressam duas mensagens estreitamente relacionadas.

A primeira, que a interpretação jurídica implica um componente de necessária “criatividade” inclusive quando tem por objeto as leis “claras”¹³⁵. Os legisladores - em efeito, cada vez de modo mais freqüente -, ao configurar hipóteses normativas, tendem a utilizar conceitos indeterminados ou a deixar, em todo caso, espaços abertos, que o

¹³⁵ Por exemplo, Wróblewski (1988): A teoria da interpretação legal está fortemente influenciada por problemas práticos e pela ideologia operativa na aplicação do direito. Falando de maneira geral, há duas tendências opostas ao combinar os problemas ideológicos, práticos e teóricos. Uma tendência apresenta a interpretação como o descobrimento do significado inerente à regra geral interpretada e considera a atividade interpretativa como a reconstrução deste significado. A outra tendência apresenta a interpretação como a atribuição de um significado (determinada por vários fatores) à regra legal; e considera a interpretação como uma atividade criadora similar ou análoga a do legislador. Há construções teóricas do significado e postulados ideológicos que determinam o lugar que corresponde ao intérprete de acordo com cada uma dessas tendências, as quais, de qualquer modo, não aparecem em uma forma pura, salvo na ideologia e na teoria, mas não na prática legal. O problema da criatividade da decisão interpretativa pode resolver-se, segundo Wróblewski, desde um ponto de vista descritivo, somente dando por suposto um significado determinado do termo “criatividade”, o qual está unido a uma teoria geral da interpretação. Não se pode responder à pergunta de se uma decisão interpretativa é ou não criativa de maneira geral com um simples sim ou não. Desde um ponto de vista postulativo, contudo, se propõe a questão de se a interpretação deveria ser “criativa” no sentido determinado deste termo. Nos encontramos, portanto, com uma ideologia de interpretação e qualquer resposta depende do tipo de ideologia em questão. Segundo a ideologia estática de interpretação legal – que toma como valores básicos a certeza, a estabilidade e a previsibilidade, e que exigem que as regras legais tenham um significado imutável -, a interpretação não deveria ser criativa, senão que deveria descobrir o significado existente de uma regra, oculto em sua formulação linguística. Segundo a ideologia dinâmica da interpretação legal - que considera a interpretação como atividade que adapta o direito às necessidades presentes e futuras da “vida social” no sentido mais amplo do termo -, a interpretação deveria ser criativa e o intérprete colaboraria com o legislador criando novas regras adaptadas a situações novas. Seja como for, a conclusão de Wróblewski, ante a circunstância de que a criatividade jurídica é um problema amplamente discutido em todas as teorias e ideologias da interpretação, é no sentido de que, desde um ponto de vista metateórico o mais relevante é determinar, antes que tudo, o sentido do termo “criatividade”, isto é, em que sentido é criativa uma decisão interpretativa respeito à norma que se interpreta ou, o que é o mesmo, em que consiste a “novidade normativa” da interpretação.

intérprete (judicial) se vê obrigado a preencher hermeneuticamente ao adaptar as normas abstratas aos fatos concretos.

Reconhecer esta dimensão criativa da interpretação pode suscitar inquietude e preocupação, precisamente porque o direito, de forma direta ou indireta, acaba incidindo no sentido limitativo sobre as liberdades fundamentais dos cidadãos. Porém uma lúcida tomada de consciência do fenômeno é preferível a uma “política do avestruz”. Não é com uma abstrata defesa “ideológica” do vínculo do juiz à lei que se pode neutralizar o *fato* da subjetividade do sujeito-intérprete e da criatividade jurisprudencial.

A segunda, derivada da primeira, consiste em afirmar que o princípio da estrita vinculação lógico-formal à lei não pode aceitar-se mais na acepção quase “ritológica” tradicionalmente amada pelos dogmáticos, quer dizer, em termos de absoluta supremacia da lei escrita e de completa subordinação passiva do intérprete ao legislador, como se o juiz fosse uma espécie de “servo bobo” do soberano político de turno. Mais bem, a atividade interpretativa - como tarefa concreta ou *em ação* - só pode ser o resultado de uma complexa e dinâmica interação entre lei e juiz, no âmbito da qual este último cobre um rol ativo e co-protagonista.

Tudo isto implica ao menos duas coisas. Por um lado, que parecem úteis e iluminadoras as aquisições da teoria hermenêutica da interpretação, que se fundamenta no conceito de *pré-compreensão* e tematiza a influência decisiva dos fatores extra-textuais de “contexto” no processo interpretativo, assim como dos aportes fornecidos pelas teorias da argumentação jurídica, que insistem na necessidade de certo grau de racionalidade da tarefa hermenêutica, no sentido de permitir a determinação e a atribuição, ao menos aproximada, de correção ou incorreção objetiva das opções adotadas pelo magistrado. Por outro lado, que se está reconsiderando o papel da jurisdição na óptica do princípio da divisão dos poderes institucionais, assim como, ademais, estão sendo reconsiderados os critérios metodológicos utilizados no processo de interpretação e aplicação do direito, com o objetivo de definir a tarefa e os limites da tutela judicial.

Vejam, então, nesse contexto, o papel que desenvolve a hermenêutica jurisdicional, advertindo que não nos ocuparemos da interpretação no sentido estritamente textual. De fato, nosso interesse está dirigido à interpretação “operativa”

¹³⁶: quer dizer, à interpretação concebida como “atividade de conversão da linguagem” normativa “à ação prática, como integração do conhecimento com a decisão (ou vontade) de julgar, como inserção do intérprete no contexto da práxis social, que é mais vasto do que o lingüístico e que coincide com o conjunto normativo da legislação” (Frosini, 1998). E, ao fazer referência à interpretação neste significado operativo, escolhemos como campo de observação o terreno mais típico, que é evidentemente o da aplicação judicial das leis aos casos concretos.

Ao mesmo tempo, esclarecemos que, para os efeitos que aqui perseguimos, empregamos o termo “hermenêutica” no sentido, precisamente, de interpretação jurídica aplicada à prática. Contudo, ainda que livre de vínculos filosóficos estritos, nossa argumentação, coerente com o que já dissemos antes, experimenta indiscutivelmente alguns dos fundamentais aportes que a hermenêutica filosófica contemporânea proveu à doutrina da interpretação jurídica. Nesse sentido, admitimos algumas essenciais premissas de fundo, assim sintetizáveis:

i) a interpretação e aplicação judicial do direito é atividade em qualquer modo e em qualquer medida “criativa”, e isto é válido em qualquer âmbito do direito;

¹³⁶ Note-se que o foco principal de nossa análise está centrado, fundamentalmente, na interpretação de textos legais em contextos decisórios, para produzir uma solução normativa: trata-se da denominada “interpretação operativa”, utilizada para se distinguir da interpretação sem eficácia normativa que, frente a um texto, pode elaborar-se, com um matiz puramente teórico, em meios acadêmicos. Nesse preciso sentido, a “interpretação operativa” é considerada como uma atividade eminentemente prático-normativa, ligada a casos concretos e como um dos mais relevantes instrumentos de realização do direito. Trata-se de um termo introduzido por Luigi Ferrajoli (1966) e entendido como a interpretação de textos legais em contextos decisórios para produzir uma solução normativa/vinculante: na interpretação operativa, o órgão que aplica o direito interpreta as regras utilizadas no processo de sua aplicação ao caso concreto. Segundo Jerzy Wróblewsky, a interpretação operativa é a interpretação que se realiza na aplicação do direito quando existem dúvidas referentes ao significado das regras a aplicar relevantes para tomar uma decisão (Wróblewsky, 1988). Oportuno esclarecer, desde logo, que segundo a perspectiva aqui adotada, a interpretação jurídica não deve ser utilizada para “agredir”, nem tampouco manejada como instrumento de rebeldia (uma exceção ou mecanismo de ruptura do sistema normativo), senão como uma tarefa contextualizada que se leva a cabo em condições sócio-cultural e historicamente determinadas, e que se insere no ordenamento jurídico, extraída tanto do concurso de suas normas como de seus princípios e/ou valores fundamentais, como uma “mensagem” do homem destinada a seu reencontro com o “outro”.

ii) a interpretação se inscreve sempre em um “contexto” (“em situação”) que a condiciona e é influenciada por fatores extra-textuais não diretamente dedutíveis das normas jurídicas em si mesmas consideradas¹³⁷.

Para o que aqui interessa, nosso propósito consiste em desenvolver algumas reflexões sobre a prática aplicativa no âmbito do direito, com o convencimento de que é precisamente raciocinando sobre a práxis que se esclarecem a correlação entre a criatividade do operador jurídico (em nosso caso, do juiz) e as decisões por ele produzidas.

O fenômeno de uma possível bifurcação entre interpretação fiel ao texto e interpretação extra-textual de tipo *lato sensu* teleológico, tem sido, por outra parte, acentuado no curso dos últimos anos (esta tese, longe de poder ser pontualmente demonstrada constitui, respeito ao ordenamento jurídico, pelo menos, uma hipótese de trabalho que ganha, a nível doutrinal, crescente consenso). E isto por um conjunto convergente de causas, não analisáveis neste momento, que fazem parecer plausível (ou não obstante digno de verificação) o seguinte diagnóstico: se assistiria já a uma crise profunda do monopólio e da função orientadora das leis escritas e, como consequência, a um presumível predomínio do direito jurisprudencial e do processo. Desde aqui, um peso político-institucional em crescimento da magistratura respeito àquele, tradicionalmente prevalecente, do legislador: com todas as imagináveis recaídas em termos de divisão de poderes institucionais e de valência atual do princípio da separação de poderes em termos de produção normativa.

Consideramos que em um contexto similar, mais ainda se corresponde à realidade, inclusive o jurista teórico pode assumir cada vez com maior intensidade o compromisso de analisar e compreender o direito “em ação”: a análise científica das práxis jurisprudenciais deveria hoje encontrar mais espaço e ser adequadamente desenvolvida ao lado da mais tradicional interpretação textual das normas e da elaboração dogmática dos institutos.

Por outra parte, a centralidade do momento judicial na experiência jurídica contemporânea está inequivocamente confirmada por uma circunstância à primeira vista surpreendente. Referimo-nos ao fato, ademais conhecido, de que o tema da interpretação-aplicação da lei recentemente há logrado impor-se nada menos que no

¹³⁷ Para uma síntese dos aportes que a hermenêutica filosófica contemporânea pode prover à atividade interpretativo-aplicativa do jurista e do juiz cf. Viola e Zaccaria, 2007.

cenário das doutrinas tradicionais, ainda quando persistam as últimas e patéticas resistências.

Na verdade, se tem discutido acerca do inapropriado, mas não por isto contingentemente inexplicável, ressurgimento do sonho iluminista de atar as mãos do juiz, reduzindo-o a executor passivo da vontade legislativa: um sonho sempre verossimilmente destinado a não realizar-se, pela óbvia e iniludível razão da necessidade de interpretar, sempre e em qualquer situação, a lei que deve ser aplicada ao caso decidendo. Ainda que discutível no plano teórico e de difícil viabilidade prática, esta insistência diz muito, em todo caso, sobre o fato de que a discricionariedade interpretativa continua constituindo uma questão abertamente produtiva de conflitos e tensões político-institucionais (inclusive do clima contingentemente exasperado que caracteriza a persistente contenda entre política e justiça).

Não obstante, parece fora de toda dúvida razoável o fato de que os fatores de contexto (em sentido lato) e a própria personalidade do sujeito-intérprete são suscetíveis de condicionar a aplicação das normas jurídicas aos casos concretos. Em lugar de ser uma máquina objetiva para descobrir, extrair ou lapidar a “verdade” jurídica, a capacidade humana do intérprete autorizado para interpretar está sujeita a irregularidades, maculada pela evolução, limitada e condicionada pelas imperfeitas ferramentas neuronais que utilizamos para julgar (valorar, avaliar...), contaminada pelas emoções, os estados de ânimo, os desejos, as metas e o simples interesse pessoal, e é muito vulnerável às idiossincrasias e aos caprichos da memória.

Como adverte Gazzaniga (2010: 282-284), ao tratar das maneiras em que nossas crenças “irreflexivas” (automáticas, intuitivas, rápidas e inconscientes) afetam ou influem nossas crenças “reflexivas” (mais lentas, conscientes e racionais), *“en las raras ocasiones en que somos “profundos” debido a que no se ha activado una creencia irreflexiva por defecto, o que por alguna razón nos cuestionamos una automática, y estamos realmente dedicando tiempo a reflexionar para formarnos lo que tan elegendamente consideramos una creencia informada, la mayor parte de la información que extraemos de los recuerdos y la experiencia pasada está claramente influida por nuestras creencias intuitivas e irreflexivas, algunas de las cuales pueden ser falsas. Es muy difícil separar lo intuitivo de lo verificable, por mucho que sea eso lo que pensamos que estamos haciendo... Y no olvidemos que la emoción también pasa a formar parte del proceso. ¡Vaya lío!”*.

Nesse sentido, como explicam Fiandaca e Musco (2006) no que se refere ao tema da interpretação das leis penais:

- inclusive no âmbito do direito penal, tiveram já sua participação e respectiva influência tanto o velho ideal iluminista do juiz como a «boca da lei», como a concepção positivista que pretendia basear a aplicação da lei sobre um saber puramente silogístico-dedutivo ancorado à exclusiva lógica rigorosa dos juristas;

- a interpretação e a aplicação das leis penais implicam um passo do abstrato ao concreto, quer dizer, um procedimento de concretização que obedece a critérios valorativos de diversas naturezas, não reduzíveis ao modelo clássico do silogismo judicial (é possível afirmar, por exemplo, que o procedimento denominado de subsunção do fato concreto na norma penal geral e abstrata transcorre desde o caso a norma, e desta àquele; donde a eleição hermenêutica final representa o resultado de uma classe de mediação entre norma abstrata e caso concreto).

- a inevitável interação entre tipos penais abstratos e tipos penais concretos - e o conexo perfilar-se de um processo circular ou espiral (hermenêutica) entre norma e caso -, acentua a discricionariedade valorativa do intérprete e a incidência dos fatores extra-textuais ou de contexto (aqui jogam um destacado papel as opiniões pessoais do intérprete, seus prejuízos, sua concepção político-ideológica, a preocupação pelas consequências que a decisão pode provocar sobre a realidade externa ou sobre o próprio réu, as expectativas do entorno ou de alguns grupos sociais, o desenvolvimento contingente das relações entre os diversos sujeitos institucionais, etc. - todos aqueles fatores, em suma, atribuíveis à categoria-base da denominada pré-compreensão de origem gadameriano)¹³⁸.

- a prevalecente tendência da jurisprudência penal para interpretar os tipos penais incriminatórios segundo um método teleológico que conduz frequentemente a resultados “extensivos” da punibilidade, dramatiza o problema da relação entre interpretação extensiva e proibição da analogia em matéria penal.

Confirmados os pontos que antecedem, poder-se-ia acrescentar, como relevo em certo sentido de síntese, que a própria linguagem conceitual e categorial fundamental da norma jurídica possui uma intrínseca “dimensão hermenêutica”. À condição, desde logo, de utilizar tais conceitos e categorias não em uma acepção lógico-classificatória abstrata, senão em uma acepção que leve precisamente em conta

¹³⁸ Sobre os possíveis diversos significados do conceito de «pré-compreensão» no âmbito da interpretação jurídica cf. Zaccaria, 1984.

a atividade de concretização interpretativa na relação de interação entre o conteúdo abstrato da norma e fato concreto. Neste sentido, a linguagem normativa, quer dizer, cada conceito e categoria singular se plasma, concretiza e especifica segundo determinadas diretrizes que são também influenciadas pela real fenomenologia que vem posta em questão.

À linguagem em sentido puramente legal se franqueia, assim, um fato concreto, uma relação jurídica em sentido hermenêutico que constitui o reflexo ou resultado: por um lado, do convergir de todos os critérios necessários para emitir um juízo de justiça no caso singular; e, por outro lado, do condicionamento recíproco entre modelo legal abstrato e a específica realidade evocada.

Por conseguinte, parece razoável inferir que os argumentos acima aduzidos servem para confirmar três coisas: a) inclusive o juiz desfruta de um espaço hermenêutico, mais ou menos amplo segundo sejam os casos; b) a aplicação judicial está influenciada pelo contexto, não somente institucional e normativo, senão também compreensivo também da realidade subentendida à norma; c) no processo aplicativo operam fatores preconcebidos, reconduzíveis à categoria - polivalente e ambígua - da pré-compreensão.

Esta (a pré-compreensão), como fator que guia ou influencia a atividade de concretização judicial do direito, pode, portanto, desenvolver - segundo seja o caso - um rol positivo ou um rol negativo. Agora, rechaçadas as posições “pós-modernas” ou niilistas que teorizam a impossibilidade de distinguir entre interpretações mais corretas e menos corretas, buscando circunscrever o risco de que o resultado interpretativo seja fruto da pura inclinação pessoal do juiz, não resulta verossímil mais que um caminho: tratar de utilizar a mesma reflexão hermenêutica como instrumento de possível controle racional do poder interpretativo do juiz e de sua discricionariedade mais ou menos criativa.

Como já observado, a reflexão hermenêutica pode neste sentido prover o juiz do conhecimento cultural e psicológico para vir ela mesma valorizada como técnica de análise ou “auto-análise” das pressuposições pessoais, como instrumento de crítica da ideologia a nível individual: “ e por outra parte, o de demolir a arbitrariedade dos próprios prejuízos e de superá-la na aderência ao 'fato' é um esforço interminável, que dura toda a vida, e não certamente limitado ao juiz, senão típico também do homem de ciência e de todo indivíduo criticamente consciente” (Zaccaria, 1994).

De fato, a exigência de revelar os prejuízos interpretativos e de controlar racionalmente o rol, sob diversos aspectos, ambíguo da pré-compreensão, se faz ainda mais iniludível - por óbvias razões de segurança e certeza jurídica- no âmbito da aplicação jurisdicional do direito. Neste específico setor é que nos encontramos de frente a um paradoxo, pelo menos aparente: se o direito vigente é ou pretende ser um guardião da segurança e da certeza jurídica, e se é verdade que estes valores se não esforçado historicamente para vencer os prejuízos, continuar falando de «prejuízos» na aplicação das leis deveria então soar como uma evidente contradição ou um absurdo. Mas de não querer privar-se a esta condição, poderia refugiar-se neste ulterior paradoxo: quer dizer, a hermenêutica contemporânea poderia ignorar o arraigado «prejuízo», assumindo o modo tradicional de entender a interpretação jurídica abertamente admitida nos ordenamentos do *Civil Law*.

Porém, uma revanche que se empurrasse até ao ponto de desacreditar como mistificação tais princípios, nos levaria àquelas posições renunciantes ou - pior ainda - nihilistas que especialmente no âmbito jurisdicional não nos deixariam dormir tranquilos. Desde uma perspectiva que deseja utilizar construtivamente a eficácia desmistificadora da aproximação hermenêutica, o problema então se converte em outro: o de tratar de ensaiar os limites “realistas” da tarefa interpretativa e dos processos de decisão judicial.

Mas como evitar o puro subjetivismo interpretativo, isto é, como conjugar criatividade e vínculo, discricionariedade e racionalidade? Sem ter alguma pretensão de prover contribuições idôneas para dar respostas adequadas a estes interrogantes recorrentes, todo o esforço da dogmática e da filosofia jurídica estará destinado ao fracasso. A tarefa da interpretação é a concretização da lei no caso particular, quer dizer, a sua aplicação. Certamente se constata aqui um aperfeiçoamento criativo da lei, que está reservado ao juiz, o qual, por seu turno, também se encontra submetido à lei, exatamente como todo e qualquer membro de uma comunidade ético-jurídica; e mais, em um determinado momento histórico.

Agora: que quer dizer exatamente aperfeiçoar criativamente a lei, assumindo de qualquer modo como horizonte e vínculo a lei escrita? A própria teoria hermenêutica e as teorias da argumentação jurídica nos sugerem que o vínculo do juiz com a lei está submetido à mediações interpretativas, e que estas mediações são de vez em quando condicionadas pelo “contexto”: contexto constituído - por sua vez - pela disposição constitucional dos poderes e da denominada constituição material,

pelos textos normativos vigentes, pelas fenomenologias por enfrentar, pelas orientações da práxis judicial e pela cultura e ideologias coexistentes no universo da própria magistratura, pela situação da dogmática jurídica de matriz acadêmica e pelas conexas ideologias dos cientistas e filósofos do direito, pelas tendências políticas e pelas expectativas sociais do momento (a sua vez, como hoje quase sempre ocorre, fragmentadas em sentido pluralista), pelas modas culturais gerais e - finalmente, porém não por sua importância - pelas contingências lógicas de funcionamento do circuito mediático.

Desde este ponto de vista, o objetivo da vinculação “norma-operador jurídico” concebida segundo à função-guia teoricamente concernente às leis escritas, se apresenta como empresa coletiva, complexa e articulada, cuja realização e êxito dependem do fato que cada um dos *sujeitos-intérpretes* implicados logre fazer adequadamente sua parte.

As condições ideais de contexto para que tudo isto suceda são aproximadamente sintetizáveis assim - pelo menos, tomando os movimentos de uma visão que tenha a intenção de tomar em sério e manter firmes o princípio constitucional da divisão dos poderes e a primazia do monopólio legislativo na determinação dos pressupostos normativos:

- O legislador contemporâneo deveria reescrever praticamente desde os cimentos a legislação, com o objetivo de conseguir os objetivos de uma autêntica modernização, de uma real deflação, de uma maior precisão na descrição dos fatos e de uma maior racionalidade e coerência nas eleições de política legislativa. Restaria, por certo, verificar mais profundamente se objetivos similares são hoje (ao menos em teoria) melhor realizáveis através do caminho mais tradicional da «recodificação» ou bem recorrendo a outras técnicas mais sofisticadas de emanção de leis.

- A doutrina deveria, por seu lado, abster-se de elaborar dogmáticas puramente logicistas, ou pior, solipsistamente dirigidas a perseguir a originalidade conceptual como fim em si mesmo (isto é, por meio desta forma radical de subjetivismo segundo o qual a realidade externa/objetiva só existe ou só pode ser conhecida ou compreendida através do “eu”, já que este é a única realidade tangível). Melhor ainda, a mesma atividade dogmática deveria fazer-se cargo da crítica e do controle racional dos momentos “pré-dogmáticos” e dos eventuais prejuízos compreendidos na construção dos conceitos jurídicos: e deveria interpretar seu papel funcional também, pelo menos em termos de predisposição de modelos e esquemas para orientar a práxis

aplicativa e verificar os resultados em uma perspectiva de diálogo e câmbio construtivo com a jurisprudência.

- A jurisprudência, por seu lado, ademais de prestar maior atenção ao trabalho dos juristas denominados teóricos, deveria apropriar-se da denominada “cultura do limite” ou da auto-contenção: interiorizando mais profundamente o princípio da divisão dos poderes e, por conseguinte, submetendo à análise crítico e problematizando suas crescentes vocações “ativistas”. Tomar consciência de que o legislador não é “onipotente” não justifica evidentes ou despropositados rodeios nos textos normativos, já seja “com bons fins” ou por razões de “justiça substancial” consideradas vencedoras respeito às exigências de certeza jurídica e de segurança formal e material. Sempre sobre o terreno da práxis aplicativa, valeria à pena aprofundar - com maior razão desde uma perspectiva hermenêutica - o problema de como os princípios da segurança e certeza jurídica são suscetíveis de realizar-se melhor no âmbito do direito em ação e de uma prática interpretativa comprometida com a busca de uma maior racionalidade e razoabilidade de seus resultados e a estabilidade das tendências interpretativas da jurisprudência. (Cadoppi, 1999).

- Ainda mais complexo é o discurso relativo a condições políticas e culturais de contexto mais geral, que não contribuído em diversa medida - especialmente nos anos mais recentes - para alimentar as “novas” oleadas de “ativismo judicial” e de relativização dos princípios jurídicos. Segundo algumas sugestivas análises sociológicas difíceis tanto de valorar-se como de refutar, a tendência a projetar quase todo problema no teatro interpretativo seria, por um lado, consequência da atual onda expansiva do direito e dos limites da legislação e, por outro lado, efeito do deterioro ou da profunda entrada em crise das autoridades tradicionalmente elegidas para desenvolver diretrizes e guias no campo moral e social.

Se análises como esta estivessem verdadeiramente fundadas, uma redefinição ou reinvenção dos confins do fenômeno jurídico, no plano tanto legislativo como jurisdicional, terminaria por pressupor uma condição “a priori”, constituída nada menos que por uma reorientação da dogmática jurídico atual (e ainda dominante). Voltaremos mais adiante a este tema.

7.2. Política judicial em matéria interpretativa e a concepção do direito como ciência hermenêutica e “individualizadora”

A excessiva valorização do direito como “norma” e do princípio de divisão de poderes conduziu à infra-valorização do significado do papel institucional da judicatura como fonte de direito e como portadora legítima de correntes de política interpretativa subordinada à lei, mas dotada de margens para tomar decisões autônomas. Hoje em dia não há operador do direito (e tão pouco teórico sério) que creia “conhecer o direito” sem “conhecer a jurisprudência”.

A distinção entre *disposição* (abstrata) e *norma* (que deriva da primeira e que pode ter um conteúdo diverso, segundo seja interpretada) constitui na atualidade uma das bases do saber hermenêutico do jurista¹³⁹. É um descobrimento que tem dois fundamentos, um relativo ao método de interpretação e outro relativo à dimensão político-ideológica do processo interpretativo.

Assim, enquanto ao método de interpretação, trata-se da necessidade de tomar consciência no âmbito institucional (e não somente normativo), de que a aplicação da norma ao caso supõe um momento de individualização, e também, ao mesmo tempo, que, ao aplicar o direito ao caso, se está em condições de alcançar “novos” pontos de vista que são suscetíveis de generalização. É preciso efetuar uma nova reflexão sobre o significado do precedente que seja coerente com a dimensão do direito como ciência hermenêutica (e “individualizadora”) e não só como ciência “generalizadora” (“lei geral e abstrata”, “previsibilidade das decisões”, “previsibilidade do risco”, relação de causalidade”, etc.). A resistência em admitir a absoluta superação da condição exclusivamente “generalizadora” do saber jurídico tem gerado como consequência a falta de um adequado controle metodológico sobre o conteúdo substancial e efetividade material das decisões jurisdicionais.

Relativamente à dimensão político-ideológica, é necessário responder à seguinte pergunta: é possível pensar-se que o pluralismo ideológico opere somente no Parlamento e não na Judicatura? Pode pensar-se que os conflitos que precedem à formação da lei possam milagrosamente desaparecer uma vez que esta há encontrado

¹³⁹ Sobre esta distinção cf. Guastini, 1990.

uma composição lingüística, uma fórmula de “compromisso” nas poucas palavras de um artigo (10-20 palavras)?

A judicatura realiza, de fato, uma necessária composição judicial do pluralismo social e das posturas contrapostas das partes no processo¹⁴⁰. Desta constatação surge a necessidade de que a ciência e a filosofia jurídica elaborem instrumentos conceituais que integrem ordenadamente esse componente do direito como hermenêutica e teoria argumentativa, que na aplicação judicial ao caso valoriza o direito como decisão.

A integração do método argumentativo, que é atraente por sua sedutora busca da racionalidade e objetividade dos discursos jurídicos, e a teoria hermenêutica, somente pode realizar-se sob o signo de uma postura e compromisso ético dos magistrados, de uma revisão crítica da dogmática jurídica dominante e do pleno reconhecimento da importante função social e papel institucional da judicatura na gestão e solução dos conflitos. Trataremos desses temas mais adiante. Vejamos, então, o papel que a dogmática assume nesse contexto.

¹⁴⁰ O papel mediador do juiz em uma sociedade pluralista foi objeto de interpretações mais além da correta ubiquação constitucional dos poderes, interpretações próximas ao assim chamado uso alternativo do direito, conforme ao estilo dos anos setenta na Itália, do qual claramente nos distanciamos.

8. Limites da interpretação no direito e a função da dogmática jurídica

Analisar o problema da dogmática jurídica pressupõe a necessidade de considerar, em primeiro lugar, que se vale a pena insistir no tema de seu estudo e caracterização é para sublinhar que se trata de um saber que tem, sobretudo, uma finalidade prática, destinada a dirigir e corrigir o funcionamento do sistema jurídico no momento da aplicação, da interpretação e da produção do direito. Em segundo lugar, que o entrenchamento da dogmática no âmbito exclusivo da “ciência do direito” representa sempre o risco de oferecer uma visão excessivamente reducionista do fenômeno jurídico.

Acusadamente no que se refere a sua finalidade prática, o problema principal consiste em responder à questão de se a dogmática exerce um papel significativo nas decisões dos tribunais de justiça (controlando possíveis fontes de arbitrariedade e irracionalidade) ou se, pelo contrário, tal como denunciam alguns críticos, representa uma atividade estéril para a prática jurisdicional. A melhor resposta a essa pergunta parece dar a impressão de que a imensa maioria dos trabalhos de dogmática que se levam a cabo na atualidade adoece de uma espécie de aliança ímpia tácita entre a verborréia relativista pós-moderna e pós-estruturalista, anti-científica e anti-racionalista, e uma retórica autocomplacente, pretendidamente muito “científica”, dominada, sobretudo, por um positivismo e/ou jusnaturalismo substancial ontológico e pela teoria da eleição racional: enquanto os pós-modernos fogem da realidade social, científica e política com delirantes imposturas (“tudo é texto” e truâncias parecidas), os outros, os “científicos”, os “filósofos do direito” e os “teóricos da hermenêutica” fogem da realidade social e científica construindo triviais pseudomodelos teóricos que não passam, com frequência, de grotescas paródias argumentativas sem qualquer escrutínio empírico minimamente sério, senão carentes da menor autoconsciência respeito da realidade biológica que nos constitui, dos problemas filosóficos e neuropsicológicos profundos que implica qualquer teoria da ação intencional humana, e em particular, de uma “teoria da racionalidade” igualmente compatível com um modelo darwiniano sensato sobre a natureza humana (Rose, 2000; Gigerenzer, 2008; Jones e Goldsmith, 2004; Jones, 2001; Sutherland, 1992). Enfim, por uma completa falta de precisão relativa a adesão de seus respectivos discursos à natureza humana.

De fato, a dogmática (e a metodologia) contemporânea do direito se parece – para utilizar uma expressão forte, mas gráfica – a *um cemitério de idéias mortas*. Ali crescem, se reproduzem e morrem a diário distintas e muito heterogêneas concepções sobre o que *é*, sobre o que *deveria ser* e sobre *como* aplicar o direito. Cada uma das correntes, cada um dos autores, defende seu próprio conceito de interpretação e aplicação do direito, de argumentação jurídica, de racionalidade, de justiça... E surgem assim as Escolas, com seus discípulos e mestres (e não poucas vezes com seus lacaios e mentores).

Não sem razão já se disse – com ironia – que a disciplina jurídica é um templo com sacerdotes e Bíblias muito distintas e com credos contraditórios. É neste templo, donde os sacerdotes formulam suas teorias propondo fórmulas e técnicas, critérios e receitas para fazer do direito uma disciplina mais justa e racional. Dentro destas propostas existe, por certo, uma grande variedade de opiniões, encontrando-se desde aqueles que postulam incondicionalmente a racionalidade dos discursos jurídicos, até aqueles que renegam de tal possibilidade restringindo-se mais bem às doutrinas do escepticismo e do desencanto (Salas,2007).

É nessa paisagem teoricamente anfibológica, hermeticamente cerrada e cognitivamente hostil à realidade por parte da dogmática jurídica que os juristas fiéis à “pureza do direito” parecem estar sempre imunes a toda argumentação que não se ajuste ao seu dogmático e quase místico sistema de crenças. Um tipo de resistência construída durante anos de condicionamento e cujo resultado é a incapacidade de ver também o que não estão acostumados a ver ou que não têm de antemão na cabeça, isto é, de recordar, insistir e notar somente os fatos que confirmam suas respectivas crenças e olvidar aqueles que as desafiam.

Como se vê, as coisas não são tão fáceis (nem tão milagrosas). Posto que as opiniões e os métodos interpretativos que se esgrimem na doutrina não pertencem às fontes vinculantes do direito, há que reconhecer, abertamente e sem muito disfarce, que o emprego dessas opiniões, assim como a apelação a certos modelos, métodos ou teorias da dogmática, opera de uma maneira altamente *seletiva* e inclusive *oportunista*. Isto é, no suposto de que os juízes tenham que enfrentar-se com um caso difícil, no qual não existe uma derivação evidente da resposta, seja a partir da lei propriamente, ou seja, a partir do que disseram outros tribunais superiores, então se acudirá a alguma das teorias e/ou métodos de interpretação que já se encontram expostos na doutrina (isto é, em algum comentário, manual, monografia ou revista especializada) para

fundamentar «cientificamente» uma determinada solução que já se havia adotado *a priori*.

E como consequência de tudo isso, os escritos de dogmática, longe de ser um fator de humanização e de adequada dinamização da cultura jurídica, contribuem a manter as coisas como estão. Para dizê-lo brevemente, a dogmática jurídica não somente persiste em oscilar entre um pós-modernismo “sem sentido” e/ou um acusado formalismo que se corresponde com uma fase já periclitada da cultura jurídica, senão que também persevera em formular construções doutrinárias cuja principal característica e “utilidade” é a de servir como mero mecanismo de legitimação posterior à decisão. Limita-se a outorgar às decisões dos juízes um aspecto de “cientificidade”, de “racionalidade”, de “objetividade” e valor epistemológico que do contrário, se supõe, não teriam. Nas certas palavras de Rüdiger Lautmann (1972:112): “*As citações literárias nos escritos das sentenças cumprem essencialmente, uma função de persuasão; ditas citações buscam outorgar à sentença a aparência de correção e de dignidade científica*”.

Rüthers (1999) fala, por sua parte, de uma “função de oferta” da dogmática, pondo em evidência *como* o uso de uma determinada construção depende de se esta lhe serve a alguém para justificar “racionalmente” sua decisão (ainda que seja arbitrária e completamente irracional). Parafrazeando a Erich Kaufmann se poderia dizer, com uma frase certamente um pouco forte, que “*la dogmática es la puta del derecho*”. Presta seus serviços àquele que a necessite para satisfazer suas pretensões pseudo-científicas. Se vende impudicamente ao melhor pagador. Entrega-se nos braços de quem (por vaidade ou por dinheiro) lhe faz propaganda a seu «saber». A dogmática se encarrega, pois, de outorgar aos juízes, seja nos casos fáceis ou nos casos difíceis e controvertidos, um catálogo de argumentos e opiniões de distinta ordem, para que escolham a que melhor lhes pareça e fundamentem dessa forma a decisão que desejam tomar. Esta seletividade no uso dos argumentos já foi criticamente posta sobre a mesa: “*A literatura [dogmática] é selecionada com uma meta totalmente específica, a saber: para legitimar uma decisão firmemente desejada*”. (Lautmann, 1972:120).

Logo, atribuir à dogmática um papel essencial na vida jurídica no sentido de que a ela cabe tornar possível a determinação de limites e a definição de conceitos, uma aplicação segura e calculável do direito, subtraindo-lhe a irracionalidade, a arbitrariedade e a improvisação, é um argumento tremendamente enganoso e falaz. Reduzir o funcionamento, a ordem, a aplicação “segura, racional e calculável” das

normas jurídicas ao atual papel desempenhado pela dogmática é atribuir a esta faculdades de decisão e influência que na prática não tem e nem terá jamais. É predicar, sem mais, uma inocente “concepção missioneira” do “que fazer” jurídico. A dogmática constitui, como muito, algo assim como uma “partitura” (muito trágica, por certo) que pode orientar, em maior ou menor medida, a execução da “peça musical”. Mas jamais há que esquecer que a qualidade dessa peça depende, finalmente, dos músicos *e não do papel!*

Seja como for, o certo é que começa a surgir certo consenso (crítico e pouco popular) no sentido de que o atual modelo da dogmática jurídica já não mais atende às atuais exigências de justiça provocadas pela crescente “onda expansionista” do direito. Quer dizer, de que o atual modelo, a despeito das garantias processuais, não parece dispor de mecanismos aptos para resolver o problema de como responder a pergunta central da interpretação jurídica: a de como deve proceder o sujeito-intérprete (no caso, os magistrados) para que os frutos de sua interpretação/aplicação, embora não se possam dizer rigorosa e objetivamente corretos, sejam não obstante razoáveis, satisfatórios e que gozem de uma certa aceitabilidade social, ou, ao menos, para que não possam reputar-se intolerantemente subjetivos e caprichosos, o qual, em direito, se assemelha a uma perigosíssima arbitrariedade que põe em questão nossa própria segurança enquanto cidadãos sob o império da lei.

E uma vez que os operadores jurídicos ainda procedem em relação a este problema de uma forma um tanto quanto arbitrária e inusitada, em que entre o atual modelo dogmático e as exigências de uma justiça razoável, satisfatória e racionalmente aceitável ainda medeia um abismo que nem sequer os gurus da hermenêutica e da argumentação jurídica parecem capazes de superar, o que trataremos de fazer a seguir é fornecer algumas idéias em torno à utilidade do trabalho dogmático, não já como uma atividade puramente teórico-cognitiva, senão como uma *práxis social*, e cujo valor deve ser avaliado pelo grau com que suas formulações podem ser postas em prática, em que cabe efetuar por meio delas mudanças para o bem de uma comunidade ética de indivíduos em constante processo de construção.

Começaremos por admitir que um passo importante para este tipo de discussão gira em torno à pergunta sobre o que é a dogmática jurídica e qual é (ou deveria ser) sua função real no universo judicial. Toda disciplina representa não só um conjunto de postulados lógicos unidos mais ou menos intra-sistematicamente, senão também um conjunto de atividades de algumas pessoas; quer dizer, uma “forma de vida”

(Wittgenstein), cujo substrato básico está dado, irredutivelmente, por experiências vitais, prejuízos, interesses, convicções, crenças e preferências de seus membros. Com razão dizia Oliver Wendell Holmes (1993) há mais de cem anos: “*Las necesidades sentidas del tiempo, las teorías morales y políticas dominantes, las intuiciones de la vida pública, permitidas o inconscientes, incluso las preconcepciones que los jueces tienen en común con sus conciudadanos ... han influido mucho más en la determinación de las reglas del Derecho a través de las cuales se gobierna a los hombres, que las deducciones del silogismo*”.

Quando definimos a dogmática como uma “forma de vida” não nos referimos, por certo, ao que realizam os operadores do direito em sua esfera pessoal ou íntima, senão no que fazem enquanto membros de uma comunidade ética e jurídica. Isto tem que ver com métodos de trabalho, formas de aplicação do direito, controle intersubjetivo de seus discursos jurídicos, pertenciam a certas instituições, formação religiosa, vinculação a determinados partidos e ideologias políticas, etc. O fato de compreender que a dogmática é também uma atividade *prática* ajuda a incorrer em menos erros e ingenuidades e a entender a atividade interpretativa como uma atividade humana e não mecânica, dinâmica e não estática, vital e não morta.

Assim, nos damos conta de que os aspectos que conformam o direito, suas possibilidades de desenvolvimento, sua estrutura interna, etc., não apresentam só a forma ascética e imaculada que revelam os discursos jurídicos dominantes, senão que em sua formação, em sua gênese, em sua estrutura, em sua produção e reprodução, jaz sempre uma luta de interesses, de crenças, desejos, etc., quer dizer, de fatores não-lógicos e irracionais, em uma incessante dialética do câmbio. Tudo isso conforma a *natureza oculta* da dogmática jurídica, a qual não existe como entidade ontologicamente neutra, senão que sempre permanece sujeita às mais diversas ideologias e visões de mundo particulares e imperantes em um determinado momento e contexto histórico-social.

Se entendermos a dogmática como uma “forma de vida” dos operadores jurídicos, então muitas coisas alteram seu perfil. Compreende-se assim as lutas intestinas entre as teorias e seus autores, os conflitos entre escolas de pensamentos, as lutas de poder e outras muitas variáveis que tergiversam a sua utilização prático-concreta. A “ciência do direito” cai assim postada ante o lodo que dá base a seus magníficos castelos e palacetes epistemológicos. Os grandes gurus da dogmática se apresentam assim em sua condição humana, quer dizer, em sua condição de homens (e

mulheres) que vivem e sobrevivem de uma atividade com escassa repercussão na *práxis judicial* e cujo núcleo básico de existência é a mera *satisfação lúdica* que traz aparelhada sua criação e utilização. Os discursos jurídicos nos mostram seu perfil de “dissimuladores” dos múltiplos fatores e influências, conscientes e inconscientes, inatos e adquiridos, que condicionam e limitam todo e qualquer processo de decisão.

Tudo isso contribui, indiscutivelmente, a *desmistificar*, mas também a *humanizar*, o processo de interpretação, justificação e aplicação do direito, particularmente no que se refere à problemática da “racionalidade jurídica”, isto é, o problema relativo ao fato de que toda a construção hermenêutica e a própria unidade da realização do direito elaboradas pelas teorias contemporâneas estão baseadas, na atualidade, no modo de explicação dominante da teoria da eleição racional.

Pois bem, durante séculos o mundo dos sentimentos e o mundo da inteligência se haviam separado, porque, demasiado precipitadamente, se identificou inteligência com razão. É certo que as emoções não devem imiscuir-se em uma demonstração matemática ou na manipulação das estruturas lógicas, mas já não podemos simplesmente desconsiderar o fato de que intervém em toda a conduta humana, inclusive na atividade do matemático, que se sente impulsionado por seu trabalho pela curiosidade ou pelo desejo de conhecimento. Tudo o que fazemos o fazemos para manter um estado de ânimo ou para modificá-lo, o que supõe que o mundo emocional está no centro de nossa vida. Quando dizemos que nossa ação está dirigida por valores que pretendemos alcançar ou realizar – estéticos, econômicos, jurídicos, hedônicos, éticos – estamos fazendo referência a sentimentos, porque são eles os que nos proporcionam a experiência valorativa. Daí que não tardou em surgir o interesse pelo estudo da relevância das experiências afetivas no processo de tomada de decisões, com as jurídicas incluídas e para as quais se dirige o enfoque desta tese.

Que fazer à vista dessas realidades? Nada mais que posicionar-se a favor de uma “racionalidade jurídica revisada”, de um modo de pensar, interpretar e decidir que tome em consideração uma racionalidade que fale explicitamente do pensamento fundado em emoções e discuta seus efeitos; isto é, de que embora não existam garantias de que se delibere de maneira realmente racional e de que as decisões nem sempre pareçam as mais acertadas, pelo menos deve haver sempre uma *intenção de sensatez*.

A capacidade de interpretar (de raciocinar e valorar) a tudo e a todos é o correlato e o corretivo de nossa condição humana, que sem nenhum tipo de corretivo

poderia lançar-nos em direções letais. Só nós exercemos o agridoce privilégio dessa racionalidade (ainda que não absoluta) e só nós somos capazes de por uma nota valor, de justiça e de injustiça em nossas interpretações, em meio de um universo indiferente e desalmado. Contudo, a despeito do fato de que a evolução nos há brindado com as ferramentas para deliberar e raciocinar de forma racional, não nos há dado nenhuma garantia de que podemos empregá-las sem interferências (inatas e/ou adquiridas). Temos a sensação de que aquilo que cremos, julgamos ou valoramos se basa em fatos puros e duros (uma ilusão de objetividade), mas com frequência há sido moldado pela influência de nosso sistema ancestral (reflexo, rápido, automático e, em grande medida, inconsciente) de maneiras tão sutis que sequer somos conscientes dele (Marcus, 2010; Chabris e Simmons, 2010).

Compreender isso, contudo, somente será possível a partir do entendimento acerca da verdadeira natureza do pensamento, para lograr o qual resulta indispensável uma postura crítica e honrada. Se é certo que a eleição moral não pode existir sem a razão (preferências individuais e razão instrumental), não menos certo é a “intuição” (para não dizer a “evidência empírica”) de que é a gama caracteristicamente humana de emoções que produz os propósitos, metas, objetivos, vontades, necessidades, desejos, medos, empatias, aversões e a capacidade de sentir a dor e o sofrimento de outro. Julgamos e decidimos não somente por sermos capazes de razão (como expressam a teoria dos jogos e a teoria da interpretação jurídica) senão porque estamos dotados de certas intuições morais e de determinados estímulos emocionais que caracterizam a sensibilidade humana e que permitem que nos conectemos potencialmente com todos os outros seres humanos.

Dizendo de outro modo, se o fator último de individualização da resposta ou conclusão do raciocínio jurídico não procede do sistema jurídico (ainda que deva resultar compatível com ele), parece óbvio que deve proceder das convicções pessoais do operador do direito. Por conseguinte, a contaminação subjetiva do dado é um fato inevitável, ainda que positivo e oportuno: o saber, e (de maneira preliminar e vaga) o que quero saber, é a condição que me permite compreender a resposta; meus prejuízos são *a priori* do qual me sirvo para ver a realidade e sem os quais a realidade mesma me pareceria privada de sentido.

E o único modo de possuir uma compreensão o mais objetiva possível é ser consciente dos próprios prejuízos e refletir sobre os mesmos. A pretensão de uma racionalidade absoluta e de neutralidade é o fator principal que “cega” a visão da

realidade. Em resumo, o cérebro experimenta a tarefa interpretativa fundamentalmente como uma mescla de cognição e emoção, e a formação de emoções têm lugar mediante o fortalecimento de determinadas sinapses dentro de redes neurais, fenômeno que os neurocientistas chamam "recrutamento neuronal". A cognição está intimamente unida à emoção: não é que o raciocínio se torne irrelevante, senão que as pessoas tendem a selecionar a informação que favorece aquela decisão que se sentem inclinados a tomar.

Assim que a frenética busca de uma metodologia que marque os critérios de uma “correta” ou “ótima” determinação dos enunciados normativos parece constituir, em essência, uma pretensão incompatível com os conhecimentos que a realidade já nos aporta: a de desenhar um modelo de extrema racionalidade de algo que se configura essencialmente como uma atividade com acentuados componentes irracionais, isto é, de construir uma imagem ou ilusão racional do que parece ser, em si mesmo, irracional.

O inadequado dessa pretensão se põe de manifesto ao analisar como funciona o cérebro quando formulamos juízos morais acerca do justo ou injusto. A causa dos processos cerebrais associados é preciso aceitar a iniludível presença de elementos não-lógicos e, em geral, a intrusão do valorativo e emocional no raciocínio jurídico. A partir daí, já não resulta aceitável nem legítimo o seguir considerando a tarefa hermenêutico-interpretativa como uma operação ou conjunto de operações regidas exclusivamente por um formalismo carente de toda evidência empírica: a mente humana parece estar carregada de traços e defeitos de desenho que empanam o nosso legado biológico no que se refere à plena objetividade e racionalidade cognitiva¹⁴¹.

¹⁴¹ Devido ao fato de que a pressão evolutiva não incrementou (de forma “ótima”) a racionalidade humana, qualquer construção de uma teoria jurídica de realização do direito deve (ou pelo menos deveria, coerente e prudentemente) implicar um redimensionamento da compreensão *psico-biológica* do próprio acesso da razão e sobretudo da própria idéia de racionalidade. Dizendo de maneira menos generosa, deveria partir da rejeição de qualquer concepção acerca da racionalidade, objetividade e neutralidade causada pelo desconhecimento do funcionamento de nosso cérebro e de nosso passado evolutivo – muito especialmente no que se refere às evidências experimentais relacionadas com os correlatos cerebrais que intervêm no processo cognitivo de formular juízos morais para decidir entre o justo ou injusto. Tal como explica Marcus (2010), sobre a azarosa e imperfeita construção do cérebro humano: *“Nuestro cérebro, lejos de ser un órgano perfecto, es un kluge, un apaño, o más bien, un conjunto de apaños improvisados por la evolución para resolver diversos problemas de adaptación. En todos los ámbitos de la experiencia humana, la memoria, el lenguaje, la forma como gestionamos nuestras preferencias y construimos nuestras creencias, el placer o la capacidad de elección, podemos reconocer indicios de una mente construida en gran medida a través de la superposición progresiva de parches sobre estructuras anteriores de la evolución. De ahí la falibilidad del cerebro a pesar, paradójicamente, de su maravillosa capacidad intelectual: podemos resolver problemas de física o de matemáticas de una complejidad*

É definitivamente contra-intuitivo e ilusório supor que a tarefa interpretativa seja concebida como “extracranial”, enquanto a cognição e a emoção não o são. São produtos de nossa maquinária cerebral, tanto como são produtos de nosso entorno cultural (isto é, relacionados com uma rede de neurônios disparando potenciais de ação, neurotransmissores cruzando sinapses e interagindo com receptores proteicos ou regiões cerebrais especializadas, devidamente estimulados e condicionados pelo meio circundante). De fato, não parece haver dúvidas acerca do fato incontroverso de que o ambiente somente é o provedor de entradas sensoriais que devem ser interpretadas pelo cérebro, e que qualquer tipo de conduta é o resultado da atividade intracerebral. Assim que tanto os fatores neurofisiológicos como os ambientais devem ser tomados em conta e avaliados, e hoje está disponível metodologia para o estudo combinado. O permanecer de costas aos espetaculares logros das recentes investigações provenientes das ciências cognitivas e da neurociência implica em deixar sem resposta (ou sem sentido) perguntas determinantes que têm que ver, sempre, com a busca de padrões cognitivos e emocionais que funcionam como fatores condicionantes da “racionalidade” humana na tarefa de interpretar e aplicar o direito, isto é, em ignorar que existem causas naturais que afetem à tomada de decisão.

As emoções disparadas pelas hormonas e os neurotransmissores modelam e/ou condicionam (mas nem sempre determinam) de modo absoluto nosso processo de decisão. Por sua vez, nossas capacidades intuitivas nos apontam uma forte sensação de certeza sobre qual será a melhor decisão a tomar e as capacidades analíticas nos permitem compreender o porquê de nossas emoções e apoiar a decisão intuitiva ou, pelo contrário, inibi-la ou modificá-la o antes possível – isto é, a intuição não é mais que uma informação que está no inconsciente (na memória inconsciente, contextual ou implícita) e que serve de base para um juízo moral (ou ético-jurídico) e a consequente tomada de posição respeito a uma determinada decisão.

Aqui está sempre presente (embora não exclusivamente, é certo) certo momento pessoal e criativo relacionado com a sempre problemática “racionalidade” humana, isto é, de que o “conhecimento” do direito importa sempre uma parcela de “construção” humana do jurídico. Mais claramente: o direito na sua forma concreta de existência (nomeadamente, tal como é “proferido” pelos tribunais) surge sempre e

inmensa al mismo tiempo ser incapaces de solucionar de manera lógica un conflicto, de tomar decisiones puramente racionales, de no dejarnos llevar por los arrebatos emocionales, de no sermos tan vulnerables ante los prejuicios, recordar dónde hemos dejado la llaves del coche...”; em resumo, “una chapuza que vive para engañarnos”.

somente no *processo de realização do direito*, com a participação integral da personalidade do sujeito que compreende (do intérprete).

As emoções são, assim, o humano na aplicação do direito e não há nenhuma técnica ou dogmática, por mais sofisticada que se apresente, que seja capaz de eliminá-la. A assunção deste elemento natural da psicologia humana na realização do direito o torna transparente, em lugar de ocultar-se detrás dos “impessoais” fundamentos da decisão ou de uma pretensa e irreal racionalidade. Daí que a interpretação não implica um processo de reprodução (de cópia) da norma ou da realidade externa, senão que compreende elementos subjetivos donde o intérprete se encontra condicionado pelo meio e as circunstâncias concretas que envolvem o caso, assim como pela experiência adquirida no processo de compreensão. Neste processo, de associação e integração de informações percebidas direta ou indiretamente do caso, se estabelece uma relação entre os elementos subjetivos do intérprete que realiza a tarefa interpretativa (e que nem sempre seguem umas regras prefixadas) e as sucessivas combinações objetivas das normas, dos valores e dos fatos.

Dito de outro modo, o intérprete reinterpreta o real e realiza uma construção subjetiva de idéias e conceitos. Não descobre as características que conformam a norma (valores e fatos) de maneira objetiva, senão que - na elaboração/produção que realiza - os recria de maneira subjetiva para fazê-los mais apto à utilização e à finalidade que lhes outorga, classificar mediante categorias o que lhe resulta aceitável e o que rechaça, pôr em marcha estruturas intencionais-causais de atuação com suas correspondentes consequências, produzir um determinado juízo ético-jurídico concreto (lícito, obrigatório, proibido...) e, por fim, delimitar o que considera como justo para o caso decidendo. Como consequência, o resultado da atividade interpretativa não se adquire passivamente, senão que se constrói ativamente pelo sujeito que o elabora, sobre a base da experiência subjetiva.

Tal tarefa se perfaz na capacidade e flexibilidade cognitiva (de perceber, sentir, imaginar e pensar) própria do processo interpretativo das normas e do caso concreto, como resultado de uma peculiar racionalidade plasmada no diálogo e na compreensão intersubjetiva dos conceitos e termos fixados na norma positiva escrita, e, *ultima ratio*, na realidade “viva”, a que aderem, como notas valorativas, os princípios e as regras de tutela vigentes. Esta forma de entender o direito e sua realização prático-concreta parece estar intimamente comprometida com a natureza do sujeito-intérprete enquanto ser humano, razão pela qual resulta incompatível com o proclamado estado neutral

entre as distintas concepções de justiça: a função judicial plasmada na tarefa de interpretação e aplicação jurídica é uma atividade comprometida com uma determinada forma de vida e incompatível com a tolerância neutral entre as distintas concepções do justo.

Trata-se de uma evidência que já não mais deveria constituir nenhuma surpresa ou ameaça aos dogmáticos, hermeneutas ou analíticos de plantão. Se o poder da metodologia jurídica consiste precisamente em sua capacidade de verificar objetivamente a consistência de muitas subjetividades individuais, decifrar ou entender o problema da intricada passagem da iniludível e provisória antecipação do resultado (da pré-compreensão) a sua definitiva motivação pode subministrar evidências acerca dos fatores implicados no processo de interpretar e decidir, sobre o grau de envolvimento pessoal dos julgadores e os condicionantes culturais em cada caso concreto, assim como sobre os limites da racionalidade, da criatividade e o grau de influência das emoções e dos sentimentos humanos na formulação e concepção acerca da “melhor decisão”.

Isto, por si só, deveria bastar para mostrar que a aclaração do vínculo entre interpretação/aplicação do direito e racionalidade exige, por parte de uma dogmática jurídica como “forma de vida”, o desenho de novos critérios metodológicos para a tarefa de realização do direito, tudo com vistas a pôr o direito e a justiça ao serviço da atividade hermenêutica e da argumentação jurídica, acusadamente no que se refere às emoções imperfeitas e aos fatores de irracionalidade que condicionam o processo de decisão.

E não se trata de um objetivo infrutuoso ou desafortunado, porquanto parece intuitiva a necessidade de que os discursos jurídicos (com validade intersubjetiva e potencial capacidade de consenso) estejam racionalmente justificados e coerentes com o sistema jurídico global, quer dizer, que em favor dos mesmos se aporrem argumentos que façam com que, sendo produto de uma (limitada) racionalidade plasmada no diálogo de reconhecimento e compreensão recíproca, possam ser discutidos e controlados, e, em igual medida, tratem de impedir que o operador jurídico (nomeadamente do juiz) se precipite em uma violência ou em um arbítrio visceralmente insensato.

Isto implica, depois de tudo, que uma interpretação que não se submeta a regras e não se preocupe por estabelecer uma coerência respeito a modelos de decisão estabilizados e já argumentativamente ponderados corre sempre o risco, precisamente

por ser infundada, de precipitar-se em um desvairado subjetivismo. A tal ponto que a atividade do jurista-intérprete acabaria despojada de toda objetividade e assumiria sorrateira e definitivamente a iniludível irracionalidade do jogo interpretativo.

Por certo que uma ponderação mais cuidadosa leva-nos a inferir que – se bem valiosos os fins da racionalidade do proceder interpretativo – os vínculos constituídos pelas regras e métodos de interpretação dos textos normativos, a dogmática jurídica, a comunidade dos intérpretes e dos juristas, e a própria dimensão da comunidade ética e da textualidade, são sempre limites de natureza relativa: quer dizer, não podem jamais eliminar totalmente a natureza do jogo interpretativo (isto é, de discricionariedade e dos espaços de liberdade do intérprete), senão que somente contribuem, com sua função normativo-prescritiva, a estruturá-los e a contê-los. Em todo caso, se o objetivo é a racionalidade do interpretar, são sempre preferíveis vínculos e limites parciais e imperfeitos, expressão de culturas jurídicas e sociedades históricas específicas, antes que nenhum vínculo ou limite. Dito de modo mais simples, a insuficiência do vínculo não implica, em definitivo, a supressão dos limites por ele desenhados.

Todo intento de separar, nomeadamente em sede de interpretação jurídica, a racionalidade da personalidade que compreende está fatal e tragicamente condenada ao fracasso: a imagem do intérprete inteiramente neutral, imparcial, por completo objetivo, despersonalizado, passa por alto da realidade; todas as interpretações e decisões sobre o direito se inspiram no ponto de vista de alguém, na perspectiva de um ser humano único cuja recompilação de experiências passadas lhe serve como contexto, lente e trajetória para valorar sua experiência presente e, dessa forma, alterar o texto interpretado. Pese a muito que se possa desejar, não existe um ponto de vista “neutral”, e a mera possibilidade de que se possa “recuperar” (ou “institucionalizar”) a neutralidade é tão remota que resulta deprimente e tremendamente contrária a nossa marcada disposição para projetar a própria subjetividade no mundo: somos, definitivamente, uma idiossincrasia com patas.

Essa, em realidade, parece ser a razão pela qual alguns autores afirmam que não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada e que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo e contextualizá-lo no espaço, enfim, de integrá-lo no mundo da vida vivida. De que é o operador jurídico que produz a realidade do direito e a edifica enunciando o que este mesmo é. Há direito onde sujeitos diferentes pré-compreendem, discutem, modificam e desenvolvem, submergindo-se na práxis, proposições e enunciados normativos pertencentes a essa

prática interpretativa que, sobre a base de sua unidade de sentido, chamamos de fenômeno jurídico: o objetivo da boa interpretação não é conseguir que os intérpretes admirem, justifiquem e reproduzam uma legislação já feita, senão de valorá-la e de corrigi-la; interpretar/aplicar o direito é acima de tudo uma virtuosa responsabilidade ética: podemos admirar o estilo de um discurso jurídico ou a habilidade do sujeito-intérprete, mas ainda assim devemos julgar tanto a um como ao outro pelos resultados de sua atividade.

Devemos compreender que o desejo de proporcionar uma justificação exhaustivamente racional da maneira em que vamos conduzir nossas interpretações é descabelado. A fantasia hiper-racionalista de demonstrar que todas nossas ações (e interpretações) se baseiam em premissas exclusivamente racionais é incoerente e devemos abandoná-la (H. Frankfurt, 2004). Nossos desejos, nossos prejuízos e nossas emoções intervêm sempre em maior ou menor medida em todo o processo de interpretação e de tomada de decisão em concreto, ou, para ser mais preciso, a articulação co-constitutiva da afetividade e da razão intervêm em toda a interpretação (compreensão), justificação e aplicação de uma vontade alheia, sobretudo naqueles domínios em que o “caso concreto”, o “caso da vida real”, surge ao intérprete com uma variedade e uma multiplicidade desconcertantes.

Nesses domínios em que o acento recai na peculiaridade, na especificidade do caso concreto, deve o operador do direito convencer-se de quanto seria nefasta a eventual pretensão do legislador de regular ele próprio tudo, prendendo o intérprete de pés e mãos, fazendo dele uma pura máquina subsuntiva ou “descobridor de significados inerentes”, ao cabo de cujo funcionamento se estaria em face de uma interpretação ou solução que a todas as luzes mal quadraria ao caso considerado – isso apenas para dizer o mínimo. A assunção responsável de que o intérprete goza de certa margem de autonomia é, pois, no nosso caso (no caso da interpretação/aplicação jurídica), uma atitude necessária e uma solução por demais fecunda. Em verdade, é no autônomo processo de interpretação dos códigos morais e jurídicos da sociedade que a conduta do intérprete, sempre pessoal, produtiva e constitutiva, garantirá a condição de cidadania plena, ou seja, a sua devida prioridade frente a qualquer outro fenômeno sócio-cultural e existencial.

Assim que a interpretação não pode prescindir da insubstituível atividade e iniciativa do sujeito. A interpretação é, em efeito, um espaço de jogo entre vínculo e liberdade, entre rigidez e flexibilidade, entre lógica do provável e do razoável por um

lado, e lógica do necessário e do constrictivo por outro, quer dizer, um espaço dentro do qual é certamente possível uma pluralidade de soluções alternativas, ainda que isso não signifique em absoluto que todas as interpretações sejam igualmente legítimas: e dado que não existe certezas demonstrativas nem verdades empíricas, somente a argumentação, entre as distintas hipóteses interpretativas possíveis, pode orientar no sentido de uma interpretação satisfatória e razoável, no sentido de eleições prudentes e responsáveis, guiadas por “boas razões”, que sirvam às nossas intuições e emoções morais e à justiça e não as traia.

O esquema teórico-cognoscitivo sujeito-objeto passou a fazer parte do passado, pois falha desde o ponto de partida: um intérprete que crê que recebe seus critérios de interpretação somente do texto, do significado inerente às palavras da norma, sucumbe a um equívoco fatal, pois (inconscientemente) permanece dependente de sua própria irracionalidade. Dito de outro modo, um intérprete que crê que a relação direito/norma é tudo esquece que a medida do direito, a própria idéia e essência do direito, é o humano, cuja natureza resulta não somente de uma mescla complicadíssima de genes e de neurônios senão também de prejuízos, experiências, valores, aprendizagens, e influências procedentes de nossa dinâmica, complexa e fluída vida pessoal e sócio-cultural.

Aqui está sempre presente (embora não exclusivamente) certo momento pessoal e criativo relacionado com a sempre problemática “racionalidade” humana, isto é, de que o “conhecimento” do direito importa sempre um pouco de “construção” humana do jurídico. Mais claramente: 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 (do intérprete).

Portanto, reinventar a dogmática e a metodologia jurídica não somente constituirá a melhor alternativa para refinar nossos juízos ético-jurídicos e estabelecer novos padrões e critérios metodológicos sobre cimentos mais realistas, firmes e consistentes, senão que trará uma maior contribuição para o desenho e a elaboração de decisões mais justas do que a ilusão sobre a racionalidade ou as “emoções ideais” que gostaríamos que motivassem o comportamento humano no que se refere à atividade interpretativa.

O desconhecimento e a desconsideração dessas condições da tarefa interpretativa, cuja observação resulta simples na realidade da prática jurisdicional,

enfraquecem a confiança da dogmática não somente no Direito, senão no conjunto do Estado de Direito.

9. Implicações ontológicas e metodológicas do discurso prático-normativo

Como proceder? De que forma será possível reinventar a dogmática e a metodologia jurídica no sentido de estabelecer novos padrões e critérios metodológicos a partir de cimentos mais realistas, firmes e consistentes que rompam com o atual formalismo e o camuflado (para não dizer negado) irracionalismo jurídico e se apresentem como mecanismos adequados para a prática interpretativa levada a cabo pelos operadores do direito?

Um modo de começar seria o de assumir que só através do conhecimento da mente, do cérebro e da natureza humana, poderemos ter alguma esperança de fazer uma contribuição significativa à compreensão do ser humano e da cultura (portanto, do direito) por ele produzida; que não é possível compreender o sentido profundo do fenômeno jurídico sem abordar antes a complexidade de nossa mente e do cérebro que o habilita e que o sustenta, um conjunto que dirige e gera o sentido da liberdade, da igualdade, a percepção do outro e a intuição de nossa própria autonomia, enfim, da justiça; e que o comportamento moral e social está guiado, em termos profundos, por nossa arquitetura cognitiva inata, que tem uma estrutura homogênea e integrada funcionalmente em módulos ou domínios específicos, em circuitos neuronais, desenvolvidos ao longo do tempo evolutivo, que realizam tarefas específicas, isto é, módulos que evoluíram para responder de modos específicos a estímulos específicos do entorno.

A compreensão da realidade jurídica (assim como de sua evolução e câmbios) seguramente estará mais bem delineada a partir dos elementos procedentes das ciências da vida e da mente (que interpretam as propriedades específicas do comportamento humano como produto de uma longa e complicada evolução biológica e cultural); circunstância que implicará a busca de critérios adequados para uma realização do direito que viabilize um consenso histórico e comunitariamente compartilhado, porquanto o êxito de uma empresa desse porte, com iniludíveis imperativos ético-políticos inerentes ao Estado (republicano- democrático) de Direito, depende do sabiamente que se interpretem nossas intuições e emoções morais, bem como do adequado conhecimento de como funciona o cérebro e de como se desenvolve a mente.

No nosso caso particular, uma vez que o direito vive em representações e significados que se passam na mente, isto é, em nossas estruturas cerebrais, que estas

estruturas processam informações através de um mecanismo localizado no sistema nervoso e que o direito ocorre em estruturas neurais preexistentes – que se desenvolveram como adaptações, resultantes de um processo de seleção natural, através do tempo, em ambientes ancestrais –, a busca de um adequado critério de realização do direito pode considerar-se – repetimos- como a arqueologia dessas estruturas e correlatos cerebrais relacionados com o processamento de informações ético-jurídicas, que parece estar destinada a ser uma parte vital de futuras propostas metodológicas sobre a interpretação e aplicação jurídica. Nesse aspecto, a própria definição de “dignidade do homem”¹⁴² – que sempre quis exprimir a suprema

¹⁴² E aqui talvez seja razoável intercalar um parêntese para lembrar que, sobre este aspecto, nos filiamos à doutrina que tende a conceber a dignidade a partir da situação básica de relação do homem com os outros homens, em lugar de fazê-lo em função do homem singular encerrado em sua esfera individual e que havia servido às caracterizações deste valor na fase do Estado liberal de direito. Esta dimensão intersubjetiva (relacional, coexistencial) da dignidade é de suma transcendência para calibrar o sentido e o alcance atual da ética e do direito que encontram nela (na dignidade) seus princípios fundantes. Ademais, parece oportuno observar que a própria idéia de dignidade é um conceito relativo, a qualidade de ser digno de algo. Ser digno de algo é merecer algo. Uma ação digna de aplauso é uma ação que merece o aplauso. Um amigo digno de confiança é um amigo que merece nossa confiança. Se alguém é mais alto ou gordo ou rico (ou o que seja) que outro, então merece que se registre seu record, quer dizer, é digno de figurar no Guinness World Records. O que não significa nada é a tão popular dignidade genérica, sem especificação alguma. Dizer que alguém é digno, sem mais, é deixar a frase incompleta e, em definitiva, equivale a não dizer nada. De todos modos, palavras como “dignidade”, ainda que privada de conteúdo semântico, provocam secreção de adrenalina em determinados juristas acadêmicos e propensos à retórica. De fato, resulta inclusive muito difícil aceitar a própria noção kantiana da dignidade humana. E a razão consiste em que tal noção obriga a aceitar uma forma de dualismo de duvidosa cientificidade: que há um reino da liberdade humana paralelo ao reino da natureza e não determinado por ele (Kant mesmo não oferece prova alguma de que o livre arbítrio existe; se limita a dizer simplesmente que é um postulado necessário da razão prática pura sobre a natureza da moralidade). O fundamento do direito, já vimos, não está na dignidade abstrata, senão na plasticidade concreta de nosso cérebro, em nossa margem de manobra, em nossa capacidade de pensar e decidir, de gozar e sofrer. Daí que nenhuma teoria social normativa (ética ou jurídica) coerente deveria admitir termos tão vazios como o de dignidade sem uma base empírica acerca da natureza humana, sob pena de converter-se em uma cerimônia da confusão revestida de um esquema teórico abstrato, vazio e meramente formal. Dito de outro modo, a idéia de dignidade humana adquirirá um grau maior de rigor enquanto se reconheçam e se explorem suas relações naturais com um panorama científico mais amplo (um novo panorama intelectual que antes parecia distante, estranho e pouco pertinente). Somente por esta via será possível compreender o princípio da dignidade humana sem desligá-lo de suas origens e, sobretudo, sem hipostasiá-lo como um elemento essencial de nossa descontinuidade com o mundo animal. As descobertas provenientes de outras áreas do conhecimento oferecem razões poderosas que dão conta da falsidade da concepção comum da dignidade humana e o alcance que isso pode chegar a ter para o atual modelo do Estado de Direito. Ademais, insistimos, uma idéia de dignidade fundada em uma teoria robusta da natureza humana leva-nos a adotar como premissa um modelo de direito alicerçado e sustentado, entre outras coisas, numa moral de respeito mútuo, ou seja, de que somos nós mesmos quem outorgamos direitos morais a todo o homem, com vistas a viabilizar a constituição, coesão e manutenção dos vínculos sociais relacionais para os

axiologia da existência humana comunitária - seguramente será mais bem delimitada – quer seja em sua dimensão ontológica, ética, jurídica e/ou política – com o recurso à essência da natureza humana.

quais estamos desenhados a estabelecer e, assim, a vida social mesma. Com isto, o aparente mistério de que existam direitos que não foram outorgados se soluciona da maneira mais simples: todos os direitos, inclusive os fundamentais, têm de ser outorgados a seus portadores, só que já não são outorgados em função de premissas religiosas e/ou metafísicas senão por nós mesmos ao conceber-nos baixo uma moral de respeito recíproco e universal. Não há, pois, direito que não seja outorgado para resolver os problemas adaptativos a ele relacionados. No caso do princípio da dignidade, a atribuição da qualidade de ser digno de algo – que implica ter em conta as necessidades, desejos e direitos dos demais - destina-se a prover as bases mínimas de uma vida boa e plena, que é, em verdade, o bem maior que podemos esperar. Nisso reside, precisamente, a dimensão intersubjetiva, relacional ou co-existencial da dignidade humana: atuar sob a assunção implícita de significados outorgados e compartilhados em um conjunto de ações coordenadas de condutas recíprocas. Por conseguinte, parece ser que o melhor caminho para explicar, entender e aplicar o princípio da dignidade é o da compreensão da natureza humana, ou seja, da idéia do homem em sua tríplice configuração: *a)* o homem em sua existência individual, separada e autônoma (e, como tal, princípio do direito); *b)* como fim de seu mundo (e, portanto, também do direito); e *c)* como sujeito de vínculos sociais relacionais elementares através dos quais constrói, a partir das reações do outro, os estilos aprovados de uma vida sócio-comunitária digna de ser vivida em sua plenitude (ou seja, como titular de direitos e deveres que projetam na coletividade a sua existência como cidadão). Como bem explica Patricia S. Churchland (2008: 79), a “dignidade humana”, *“no es un concepto claro, como pudiera ser el de “electrón”, o el de “hemoglobina” (siempre con respecto a las mejores teorías físicas y biomédicas), aunque tampoco radicalmente convencional, a la manera como el significado de “metro” es relativo al tamaño del trozo de platino conservado en una oficina de París. Con la “dignidad”, ocurre que ninguna cultura hegemónica, revelación mística, ideología universal, o análisis conceptual es capaz de sentar un veredicto definitivo. Sólo podemos aspirar a razonar juntos (elevada y difícil aspiración), intentando calibrar nuestras opiniones morales en función de la experiencia histórica compleja y de las mejores teorías y evidencias científicas a disposición. La moralidad humana, siguiendo esta línea, puede remontarse hasta dos fuentes. Por una parte, la estrictamente biológica que explica el comportamiento moral como una propiedad de la evolución del cerebro humano y de nuestro pasado remoto como mamíferos sociales. Y por otra, su fuente política, que aporta condiciones concretas de vida, accidentes históricos y respuestas culturales específicas. Esto implica, como viene subrayándose, que el componente neurogenético de la moral no es suficiente, aunque sea totalmente indispensable para eliminar puntos de vista sobrenaturales y erróneos”*. Daí que, conclui Churchland, não é simples conhecer o critério de uma sociedade melhor, isto é, de que *“existen formas mejores y peores de organizar la sociedad”*, e que estas formas podem ser exploradas (e devidamente equilibradas) através da história e da ciência. Quer dizer, se tem sentido falar de progresso moral, algumas sociedades são indiscutivelmente melhores que outras à hora de tratar decentemente às pessoas, isto é, com o devido respeito à sua dignidade, e as sociedades podem aprender de seus erros e melhorar sua eficácia ao respeito. Mas é um fato desgraçado que os intentos morais mais fortes de melhorar a sociedade humana, às vezes executados em nome da preservação da dignidade humana, tenham conduzido em ocasiões ao maltrato dos seres humanos e a ocasionar muito sofrimento. As boas intenções baseadas exclusivamente na certeza moral, sem nenhuma referência com relação à natureza humana, não são definitivamente uma garantia de que os seres humanos realmente se beneficiem. Para uma apreciação acerca do possível conteúdo da “dignidade humana”, ver : Kaufmann, 1999 ; Roselló, 2005; Appiah, 2010; Cela-Conde et al., 2010.

Não obstante, muitas pessoas se opõem a uma ontologia a partir da natureza humana porque temem que esta perspectiva, à margem de seus fundamentos fáticos, teria consequências sociais adversas. A perspectiva centrada na socialização, crêem (desafortunadamente), é mais acorde com as idéias liberais – e não a republicana ! – da liberdade, da autonomia e da dignidade do ser humano¹⁴³.

De fato, uma vez que a racionalidade característica do pensamento jurídico envolve a hermenêutica (compreensão), a própria concepção ontológica do direito, a argumentação e a interpretação, e que o valor de uma proposta metodológica se julgará pelo grau com que os critérios metodológicos propostos podem ser postos em prática, em que cabe efetuar por meio deles mudanças para o bem de uma comunidade de indivíduos em constante processo de construção, é seguramente mais provável que se alcancem soluções eficazes (consentidas e controláveis) modificando o entorno sócio-cultural em que se desenvolve a natureza humana do que empenhando-se na praticamente impossível tarefa de alterar a própria natureza humana¹⁴⁴.

E se, como afirmamos, no vértice da atual compreensão autêntica da natureza e da existência humana deparamos com a *pessoa* (em sentido ontológico-relacional), o homem-pessoa e sua dignidade é o pressuposto decisivo, o valor fundamental e o fim

¹⁴³ Como agudamente observado por Noam Chomsky (2006), a concepção do entendimento humano como uma *tabula rasa* é um poderoso instrumento em mãos do totalitarismo: se as pessoas são em realidade seres maleáveis, infinitamente adaptáveis e acomodados, sem nenhuma essencial natureza psicológica, então, por que não hão de ser controlados e coagidos por aqueles que se arrogam autoridade, conhecimentos especiais e uma clarividência única sobre o que mais convém aos que são menos esclarecidos? Felizmente, ficou provado que existe, nas palavras de Lionel Trilling, “um resíduo de qualidade humana que escapa do controle cultural”. Do contrário, os russos seriam a esta altura irremediavelmente corruptos, o que claramente não são. Marx projetou um sistema social que só funcionaria se fôssemos anjos; fracassou porque somos animais. A natureza humana absolutamente não se alterou. Eu preferiria [que o homem tivesse uma natureza inata] a ficar com uma tabula rasa humana na qual qualquer tirano ou pessoa bem-intencionada pudesse escrever à vontade sua mensagem (sempre benévola). E acho que o homem possui essa natureza, que ela é intensamente social, e que desmente todos os manipuladores beatos, de Mill a Stalin, disse Robin Fox (1989).

¹⁴⁴ Se o fundamento da ética e dos direitos individuais é a suposição de que as pessoas têm preferências, desejos e necessidades - e que, por sua vez, gozam de plena autoridade sobre o que são estes desejos, necessidades e preferências -, a negação de uma estrutura fixa da natureza humana e a conseqüente negação da possibilidade de se aceder a métodos universalmente válidos de pensamento objetivo pode ser um instrumento útil para, uma vez deformada, justificar qualquer atrocidade e, como tal, servir para atender a finalidades potencialmente perniciosas. Aceitar essa condição seria tanto como supor que os agentes cognitivos individuais são “all-purpose computers”, capazes de albergar qualquer crença ou preferência epistêmica (Jones e Goldsmith, 2004). Ao contrário, o razoável é supor que os seres humanos dispõem de um repertório cognitivo que é domínio-específico, e que o tipo de preferências, crenças e desejos que podem asilar está severa e causalmente restringido por nossa arquitetura cognitiva (Hirschfeld e Gelman, 1994).

último de uma atividade hermenêutica que se formula precisamente a partir de uma posição antropológica e que, em última instância, põe em jogo uma fenomenologia do atuar (social) humano.

Isto implica que a legitimidade do direito depende do modo em que a cada um se confere competência como *pessoa* – sobretudo no que diz respeito aos direitos constitutivos do indivíduo, ou seja, aos direitos que habilitam publicamente a sua respectiva existência como cidadão. E a pessoa é um ser individual e simultaneamente um ser social. Se se aliena ao perder-se ou a degradar-se na sua individualidade, também não se realiza nem vem à epifania de si próprio sem a mediação comunitária. Dito de outro modo, uma vez que ao ser humano enquanto objeto do discurso jurídico corresponde um conjunto de relações em que se encontra e para as quais está desenhado a estabelecer, a comunidade é concomitantemente condição de existência, condição empírica e condição ontológica da pessoa.

O que nos leva a concluir que a pessoa, enquanto homem real, é a unidade dialética de duas relativas autonomias: a autonomia do seu *eu social* (aquele comum de existência comunitária que consubstancia como membro de uma comunidade histórica; e de um *eu pessoal* (biológico e psicológico, isto é, aquele próprio de existência pessoal que ele concretamente singulariza, o seu autêntico “incomparável no comparável”) – a unidade dialética da objetividade e da subjetividade humanas.

Assim – e somente assim-, se esse homem real se depara no seu horizonte existencial com a atuação do direito, será possível extrair algumas consequências que podem ser resumidas nas seguintes fórmulas: *a)* “o homem há de sempre afirmar-se ao homem”, nas relações e situações horizontais comutativas; e, *b)* “o homem há de sempre afirmar-se ao poder”, nas relações e situações verticais organizatórias e impositivas. O sentido destas fórmulas é aquele que elas obtêm referindo-se diretamente à idéia de direito como algo que não terá de modo algum de pensar-se como heteronomia abstrato-alienante, mas antes como algo que, fundando-se no próprio ser da pessoa, se revela e atua como uma dimensão necessária e autêntica da própria natureza humana.

Dessa forma, e assumindo que o direito, como fenômeno cultural, somente se constitui pela necessária mediação de um ato criador e produtivo do intérprete, rejeita-se, de antemão, qualquer possibilidade de compreender a cultura sem a devida compreensão da complexidade de nossa natureza e, com igual intensidade, afirma-se que o direito já não pode mais ser concebido como “objeto dado e acabado”, senão

como uma “estratégia” (sócio-adaptativa, cultural e argumentativa) que se regenera e evolui de modo contínuo, como se estivesse a produzi-lo em uma “gestação infinita”, em um saber pensar até um “fim interminável” aquilo que já começou a ser pensado por um outro (Radbruch,1961).

Isto impede, desde logo, considerar que a norma positiva seja, sem mais, o direito, que a lei seja uma normação auto-suficiente sobre a qual caiba um conhecimento objetivo e a partir da qual a aplicação seja uma mera subsunção. Pelo contrário, o sentido das normas se determina para cada caso mediante o “ir e vir” da mirada entre a norma geral e o caso concreto de que falou Engisch, ou, em termos de Kaufmann (2000), mediante um ajuste entre fato vital e norma. A tarefa de realização do direito será sempre mediada pelo horizonte hermenêutico do sujeito-intérprete, pela bagagem lingüística, e pelos correlatos cerebrais que intervêm no processo cognitivo de formular juízos morais para decidir sobre o sentido ontologicamente fundamentante da inteligível natureza que exprime o ser humano (o seu *ipsum esse*) em um determinado momento histórico-cultural. Como recorda Zagrebelsky (2006:34): “El juez que es *sólo* un escrupuloso observador pasivo de la ley no es un buen juez”.

Daí porque desde o momento em que o intérprete transforma o direito legal em direito interpretado, esta transformação exige que se cumpram certas demandas de racionalidade que são iniludíveis do ponto de vista das expectativas (sócio-culturais e das intuições e emoções morais) de uma comunidade de indivíduos ante o qual o discurso jurídico deve apresentar-se (válido e legitimamente) justificado. Em outras palavras, dado que a justificação da aplicação do direito já não pode colocar-se de forma meramente lógico-dedutiva, como a adstrição da decisão no texto da lei, sua legitimação dentro das margens da “transformação constitutiva” produzida pelo intérprete deve apresentar-se como algo autônomo da própria lei, como uma ponderável questão de racionalidade e razoabilidade gerada por um processo metodológico fiável e no qual depositamos nossa confiança.

Desde esta perspectiva, parece óbvio que a justificação não pode basear-se nos estritos postulados da semântica da vontade ou no suposto vínculo de continuidade entre a manifestação lingüística da norma legal e sua compreensão. E justamente desta consideração dimana o relevante vínculo entre interpretação-produto e norma. Se um texto legislativo pode ser interpretado atribuindo-lhe um significado, este último é consequência da atividade interpretativa: o texto não é o produto da interpretação, mas sim a norma que dele se extrai. A norma não pode ser identificada com o texto

legislativo, já que ela não é outra coisa que um significado *atribuído constitutivamente* ao texto, isto é, a significação prescritiva de um enunciado ou texto legal. Como escreveu Tarello (1974), a norma não “tem” um significado pelo simples fato de que “é” um significado.

Partindo de um enunciado se chega à norma, a qual não precede senão que segue como produto da tarefa interpretativa: mas um enunciado preceptivo contido em um documento de ordinário admite (não uma só) senão um determinado número de “interpretações”, isto é, tantas interpretações quantas sejam as possíveis combinações dos vínculos sociais relacionais e dos significados atribuíveis (em um contexto social e histórico-cultural dado) aos vocábulos da linguagem ordinária e aos vocábulos técnicos que compõem aquele particular enunciado.

Em síntese, por ser a lei uma ferramenta cultural e institucional “cega” e virtualmente neutra, uma *disposição* ou enunciado normativo dá (com exceção dos conceitos numéricos) lugar a certo número de *normas* (como produto da – ou sua própria – interpretação)¹⁴⁵. Com efeito, que não se possa falar de uma solução única, de uma única resposta correta, significa precisamente que quem aplica o direito pode eleger entre várias soluções possíveis, todas elas corretas, quer dizer, todas elas deriváveis das normas que integram o sistema jurídico e segundo o procedimento nele estabelecido.

Quer tudo isso dizer que o direito remete sempre para um plano extralingüístico e historicamente contextualizado – pois não identifica uma “qualidade” das palavras, mas a sua relação com o “mundo da vida cotidiana” –, e que as palavras – e, portanto, também os textos – são “manifestações” de coisas que significam, o que desvela a inconcludência da tese nuclear da hermenêutica positivista segundo a qual o sentido é imanentemente inerente às palavras. Consequentemente, se o direito é originariamente concebido como algo constituído ou construído em sua práxis interpretativo-aplicativa e se o jurista-pessoa é a única instância que as pode compreender e relacionar criticamente, podemos concluir que o direito – que só pode ser pensado *através e para* a pessoa – “precisa das pessoas para ser direito”. Quando a

¹⁴⁵ A lei positiva, lembra Kaufmann (1999), não decide quase nunca, de maneira imediata e livre de dúvidas, um caso real e concreto com suas normas gerais; uma lei é “clara”, em sentido estrito, somente ali, donde se utilizam conceitos numéricos, pois somente os conceitos numéricos são unívocos. Prescindindo desses conceitos, para a “aplicação do direito” se necessita sempre de uma elaboração da norma para o caso concreto.

pessoa vacila, vacila igualmente o direito – também aqui a criatura (a norma) é feita à imagem e semelhança do criador.

E ao reconhecer que o direito só se constitui pela necessária mediação de um “ato criador e produtivo da pessoa” estamos, da mesma forma e com igual intensidade, a desdizer que possa (o direito) ser oferecido como “objeto dado e acabado” ou arbitrariamente “construído” por uma entidade qualquer ou natureza pré-existente e, conseqüentemente, refutando qualquer tentação puramente positivista, construtivista ou jusnaturalista do fenômeno jurídico. Para usar as palavras veiculadas por John Dewey (1965: 23) ao descrever, com inigualável beleza, a “ estranha inversão do pensamento” de Darwin: “*o interesse se desloca ... desde uma inteligência que modelou coisas de uma vez por todas até as particulares inteligências que ainda seguem modelando as coisas*”.

Por conseguinte, a certeza legal, a possibilidade de um único resultado correto, não só não é admitida como já não dependerá em absoluto da identificação de uma vontade racional profunda. Todo o contrário, parte-se da consciência das evidentes limitações da racionalidade cognitiva humana e da obrigação normativa de corrigi-la mediante métodos fiáveis que tratem de justificar (normativamente) essa obrigação e de avaliar (normativamente) o êxito com que é cumprida a tarefa de dar “vida hermenêutica” ao direito positivo.

Em verdade, assume-se a não crença na racionalidade “absoluta” e rechaça-se terminantemente a idéia de que a interpretação descansaria num ingênuo critério de correspondência. E isto é algo que se tem muito claro desde o momento em que se adentra no campo da biologia evolutiva, das ciências cognitivas, da neurociência e da psicologia evolucionista e se conecta seus princípios com as reflexões e os resultados procedentes das teorias contemporâneas acerca da interpretação jurídica. Em consequência, entende-se que o conceito de verdade tem um uso muito limitado no âmbito da hermenêutica e da argumentação jurídica, sendo mais adequado falar de *aceitabilidade racional*, de *plausibilidade* ou de *razoabilidade* resultante de uma racionalidade (limitada) plasmada no diálogo, no equilíbrio reflexivo e na busca cooperativa de consenso.

Por outro lado, isto leva a incorporar tanto no contexto de descobrimento como no de justificação do discurso prático normativo dois novos fatores que as concepções tradicionais tende a deixar na penumbra: em primeiro lugar, dá-se entrada e se valora a atividade intelectual subjetiva, racional e emocional, do intérprete na tarefa

interpretativa e argumentativa; correlativamente, em segundo lugar, coloca-se abertamente a transcendência do diálogo e da natureza comunicativa e intersubjetiva de compreensão, que somente por meio do consenso é capaz de acrescentar à razão e à emoção visceral consubstanciadas no discurso jurídico um grau tolerável de probabilidade, razoabilidade, plausibilidade ou aceitabilidade social.

E uma vez admitida (aberta, iniludível e declaradamente), por essa forma, a garantia da dimensão pública do uso da razão – isto é, o controle público da decisão –, em condições de democracia deliberativa e participativa que assegurem a “eterna vigilância cidadã” e em que todos quantos possam ser afetados por uma decisão judicial participem, como livres e iguais, na busca cooperativa da verdade – busca essa na qual a única forma de coerção que se pode exercer é a coerção sem coerções que exercem os bons e legítimos argumentos –, a *solução correta* (em termos comparativos e não superlativo), segundo a perspectiva aqui adotada, passa a estar diretamente relacionada com a aceitabilidade racional e razoável do resultado. O resultado correto é o resultado mais aceitável ao que se chega por meio da oportuna ponderação racional e razoável dos métodos úteis de interpretação e dos elementos de justiça material, levada a cabo por um intérprete qualificado que conheça os critérios e os argumentos válidos dentro da comunidade (jurídica) em que atua seu discurso prático normativo.

A aceitação racional e a aprovação de um discurso jurídico (e particularmente de uma decisão judicial) dotado de certo grau de razoabilidade, portanto, descansa em sua justificação, isto é, na força das razões que a justificam, devidamente atendidas as seguintes circunstâncias:

a) primeiro, que a teoria da aceitabilidade racional não se refere em absoluto à dicotomia verdadeiro/falso – pelo contrário, as posições normativas não pertencem ao âmbito da verdade ;

b) segundo, que o consenso ou acordo a que aqui se faz referência é um fenômeno ideal – está composto por indivíduos que compartilham fortes traços estruturais da mente humana, uma determinada forma de vida ou práxis vital comunitária, além de intuições e emoções morais que são comuns a toda a espécie e que impõem restrições significativas para a percepção, emissão e armazenamento

discriminatório de representações culturais (daí que, como já advertido em outra ocasião, somente se pode falar de diversidade cultural *até certo ponto*); e

c) por fim, que da busca desse consenso (ou validez/legitimidade intersubjetiva) não se infere que o intérprete tenha que peregrinar sem fim ao redor do círculo interpretativo, pelo que, no estágio em que a interpretação se torna *aceitável* na comunidade interpretativa, chegamos a uma posição muito parecida daquela em que uma hipótese das ciências naturais resulta confirmada – aqui a aceitabilidade está baseada em concepções (frequentemente mais bem ambíguas) acerca de “como” os vínculos sociais relacionais devem ser articulados e combinados e de “como” as expressões hão de ser entendidas no contexto de uma determinada comunidade de vida (Aarnio,1991).

Em resumo, de que o consenso normativo não somente começa por se estar de acordo sobre a atitude mais justa nos casos concretos (para depois estabelecerem-se as regras gerais que o conformam), como não pode evidentemente ser alcançado de fato, ainda quando ele dependerá da aspiração fática de validez e legitimidade. “Conhecer” e “reconhecer” se encontram, ao contrário de Kant, em um intercâmbio recíproco. O fim é sempre a elaboração de intersubjetividade. Sendo assim, um discurso jurídico é “verdadeiro” quando se tem em conta todos os fundamentos relevantes e quando se pode pensar que todos o aprovariam, enquanto hajam compreendido sua justificação e seus fundamentos. A “verdade” consensuada, por conseguinte, não se pode separar da intersubjetividade e das razões que justificadamente lhe constitui e a motiva.

Somente procedendo assim estaremos perante àquela constitutiva dimensão ética que unicamente confere ao direito o sentido *de direito* e do mesmo passo lhe garante a sua autonomia e sua vinculação com a natureza humana. Pois são três as condições constitutivas e da emergência do direito enquanto tal:

1) uma *condição mundano-social* - a dizer-nos que a primeira condição da exigência e a constituição do direito se manifesta pela pluralidade humana na unicidade do mundo, mundo único (nele incluído os “mundos”, natural, social e cultural) que comungamos e partilhamos através de relações de um certo tipo situacional-comunicativo e justamente pela mediação desse mundo (em referência a ele e nos modos por ele possibilitados), isto é, as relações sociais, os vínculos sociais

relacionais elementares através dos quais os humanos construímos sistemas aprovados de interação e estrutura social;

2) uma *condição humano-existencial* – segundo a qual a vinculação através da social mediação do mundo o é de seres humanos, que existem como tais (que só podem existir como tais ou humanamente) na dialética de personalidade e de comunidade, já referida, faz surgir a necessidade de integração entre a natureza humana e o processo de realização do direito, condição primeira da possibilidade de uma existência humana verdadeiramente digna;

3) uma *condição ética* – cujo reconhecimento é verdadeiramente especificante do direito como direito, a postular que no trato das mundanas relações sociais e o processo de sua realização prático-concreta se priorize uma solução acorde com a necessária integração natureza-cultura, se reconheça a cada homem a dignidade de *sujeito ético*, a dignidade de *pessoa*, e assim sucessivamente como um valor indisponível para o poder e a prepotência dos outros e comunitariamente responsabilizado para com os outros; somente assim o ser humano poderá ser, também simultaneamente, titular de direitos (dirigidos aos outros) e de obrigações (exigidas pelos outros), em todos os níveis, segundo todos os princípios e em todas as modalidades estruturais que normativamente se têm objetivado a constituírem o direito (o direito como específica realidade natural-cultural)¹⁴⁶.

Nestes termos - e por este caminho -, acreditamos ser possível priorizar a relevância da natureza humana e, na mesma medida, o reconhecimento do fato de que ela é em absoluto indispensável para compreender as reais implicações e limitações metodológicas do discurso prático-normativo.

¹⁴⁶ Dito de outro modo, e usando o princípio de Hegel posto aqui de algum modo descontextualizado: “*O imperativo do direito é este: sê pessoa e respeita os outros como pessoas*”.

IV. DIREITO JUDICIAL E NEUROBIOLOGIA

1. Jusnaturalismo, positivismo jurídico e interpretação jurídica

As discussões sobre as dimensões normativa (estritamente vinculada com o problema da segurança jurídica) e valorativa (mais bem direcionada ao problema da justiça e dos juízos ético-normativos) da tarefa interpretativa impõem-nos a necessidade de reflexionar, ainda que de forma abreviada, sobre a peculiar característica do pensamento jurídico dominante ao largo de toda a Idade Contemporânea: a da “oscilação pendular” entre a doutrina do direito natural e o positivismo jurídico. Vejamos por parte.

Faz parte de quase todas as concepções do pensamento jurídico a idéia de que se deve seguir uma lei mesmo que os objetivos de justiça almejados sejam realizados somente de forma incompleta e, por isso, possa ser criticada com razão. A ordem social e a segurança jurídica dispõem que o cidadão observe e cumpra mesmo as leis que considere injustas.

Por segurança jurídica pode-se entender duas coisas: 1) a segurança *por meio do direito* (defesa contra roubo, assassinato, furto, violência contratual, etc.); 2) a segurança *do próprio direito*, isto é, a garantia de sua possibilidade de conhecimento, de sua operatividade e de sua aplicabilidade. Há segurança por meio do direito, unicamente, quando o direito mesmo oferece certeza. Já na segunda forma – segurança jurídica em sentido próprio ou estrito –, trata-se mais bem da eficácia do direito que, para que possa ser seguro, requer *positividade*. E positividade significa, simplesmente, a circunstância de que o direito está fixado; o decisivo é que as características da lei se determinem da maneira mais exata possível e, em consequência, possa ser estabelecida sem arbitrariedade (Kaufmann, 1999) - somente com relação a este segundo tipo nos ocuparemos aqui.

Em sentido “oposto”, a justiça, perseguindo a realização do bem comum mediante a garantia da liberdade plena, da igualdade material e da autonomia dos indivíduos, se dirige, predominantemente, a proibir, em um entorno social carregado de assimetrias e desigualdades, qualquer tipo de dominação e interferência arbitrária recíproca e, na mesma medida, a permitir, estimular e garantir a titularidade e o

exercício de direitos de todo ponto inalienáveis e que habilitam publicamente a existência dos cidadãos como indivíduos plenamente livres¹⁴⁷.

¹⁴⁷ Uma observação paralela acerca da noção de liberdade: para começar, diremos que para ser plenamente indivíduo, para gozar de plena existência individual, separada e autônoma, é necessária a liberdade plena. E a liberdade (plena), a exemplo do que ocorre com a individualidade, também não pressupõe a (plena) existência *ab initium et ante saecula* de indivíduos (plenamente) separados e autônomos, senão que a (plena) existência separada e autônoma desses indivíduos pressupõe a (plena) institucionalização histórico-secular da liberdade. De fato, na vida social tudo é possível: o melhor – se houver – e, desde logo, o pior. Tudo é possível na vida social, que até é possível nela a declaração de inexistência individual, o certificado de defunção social de alguns humanos: a escravidão é a morte do “indivíduo” para todos os efeitos do trâmite social, sua desumanização total por via de redução do sujeito a mero *instrumentum vocale*, segundo a célebre formulação do direito romano (ou “instrumento animado”, para usar a expressão de Aristóteles). Para existir como indivíduo separado e autônomo é, pois, e ao menos, necessária a prévia institucionalização da liberdade; é necessário não ser escravo, não ser tratado como um instrumento, senão como um fim em si mesmo – aliás, dito seja de passo, perde-se habitualmente de vista que quando Kant formula a exigência de tratar aos demais como fins em si mesmos, não está dizendo nada radicalmente novo e “moderno”, mas que está repetindo o mesmo que sustentaram todos os filósofos morais e todos os juristas republicanos ao menos desde Aristóteles, ou seja: que aos livres não se lhes pode tratar como escravos, quer dizer, como instrumentos (“vocais” ou “animados”). Pois bem, o liberalismo entende por liberdade somente a liberdade negativa, e esta é definida de tal maneira que uma pessoa é livre quando está livre de coerção, quer dizer, que não há ninguém nem tampouco uma lei que lhe ponha impedimentos. De liberdade positiva se fala, em câmbio, quando uma pessoa tem a capacidade e a oportunidade de atuar, ou seja, de que o Estado não só deve proteger senão também ajudar o indivíduo, de criar oportunidades para que o indivíduo se possa ajudar a si mesmo. Para citar um exemplo que se encontra em Hayek: no primeiro caso, um montanhês que cai em um abismo do qual é incapaz de sair, é livre neste sentido porque não há ninguém que o impeça de sair; já no caso de liberdade positiva, nosso montanhês precisamente não seria livre neste sentido, se não pode sair, ainda que ninguém o impeça – falta-lhe a capacidade e a oportunidade de atuar. O direito proíbe, por exemplo, matar a outro indivíduo se não é em circunstâncias muito extremas, e isso supõe uma restrição óbvia de meus cursos de ação, supõe uma interferência. Mas dita interferência não é arbitrária, senão que precisamente está justificada pela proteção geral da liberdade dos cidadãos, assim que não pode implicar uma violação de minha liberdade mais que em um sentido muito primário. No mesmo sentido, seguramente não seríamos verdadeiros cidadãos se o direito consentisse a alienação de nossa liberdade, se, ponhamos o caso, reconhecesse validade pública a um contrato civil privado, livremente subscrito – *coacti volunt* –, por meio do qual uma das partes se vendesse a outra na qualidade de escrava, participando do preço. Há direitos de todo ponto inalienáveis, como o direito a não ser “objeto” ou propriedade de outro. E são inalienáveis, porque não são direitos puramente instrumentais, senão *direitos constitutivos* do homem mesmo como âmbito de vontade soberana: direitos que *habilitam publicamente a existência de indivíduos dignos, separados, livres e autônomos*. Certamente que o fato de que a lei limite nossa capacidade de eleição, proibindo a alienação voluntária da própria liberdade é uma interferência. Mas bem sabemos que não nos molestam as interferências como tais, senão somente as interferências arbitrárias. As interferências legais não arbitrárias não somente não diminuem ou restringem em nada a liberdade, senão que a protegem e ainda a aumentam, como claramente se pode constatar nos exemplos aqui mencionados. Sem inalienabilidade legal da própria pessoa – para seguirmos no exemplo dado –, não há liberdade, nem há dignidade, e nem, se bem observado, existências políticas individuais, autônomas e separadas. Trata-se, em síntese, de uma concepção robusta de liberdade, aqui entendida em seu sentido republicano-democrático, como “não interferência arbitrária”, ou seja, como um aparato histórico-institucional que imponha ao Estado a

A segurança jurídica, embora pretenda a paz jurídica, não significa, necessariamente, a aplicação certa do direito justo, senão a execução segura do frequentemente defeituoso direito positivo. Desta circunstância podem resultar conflitos de interesses, especialmente entre a justiça material e a segurança jurídica. Que sucede em caso de conflito quando estes dois valores fundamentais do direito não possam ser realizados ao mesmo tempo?¹⁴⁸

Na contraposição entre um critério de justiça material e a segurança jurídica, o suporte para afastar uma aparente incongruência e impossibilidade de convivência parece residir, em princípio, nos mecanismos hermenêuticos e processuais de controle no processo de realização do direito. Estes vão desde a existência de uma escala de recursos das decisões proferidas para tribunais superiores (geralmente órgãos colegiados), passando pela fixação de diretrizes ou critérios metodológicos como instrumentos analíticos hábeis para afastar uma eventual “discrecionabilidade ilimitada” do julgador e garantir a “objetividade” dos resultados da interpretação – isto é, de dotar a tarefa interpretativa do condão de tornar o mais racional e controlável possível os critérios normativos, valorativos e fáticos relativos ao caso decidendo –, até, e finalmente, convergir na responsabilidade do juiz pelos efeitos éticos e sociais de suas decisões a partir da *prognose* como componente iniludível da tarefa interpretativa. Vale dizer, da consideração, pelo intérprete, dos efeitos futuros da decisão (jurídica)

obrigação de assegurar e de promover a liberdade necessária para que o indivíduo possa autoconstituir-se como entidade separada e autônoma, e que, em igual medida, garanta ao mesmo plena capacidade para resistir à interferência arbitrária não somente do próprio Estado, mas também de si mesmo e de todos os demais agentes sociais. Esta restrição legal (como não interferência arbitrária e própria da liberdade republicana) característica de nossas democracias é um dos testemunhos mais patentes do fato de que a base do mundo político moderno foi sentada pela tradição republicana. Representam o núcleo duro republicano de nossas democracias, resistentes até agora (embora por vezes mitigadas e vilipendiadas de forma dissimulada) à “desconstrução” que o liberalismo operou na modernidade. Sobre liberdade republicana e sua diferença com relação à liberdade liberal: Pettit, 1999; Domènech, 1989; Ovejero *et al.*, 2004; Skinner, 1996; Sandel, 1982; Carbonell, 2008; A. Sen, 2010. Para o estudo de uma teoria sobre a liberdade (e sua correspondente relação com a responsabilidade) aplicada tanto aos aspectos psicológicos da pessoa livre e a vontade livre como às vertentes políticas na teoria do Estado livre e da Constituição livre, cf., por todos, Pettit, 2006. Já sobre a liberdade (e sua contraposição com o problema do determinismo) a partir de um enfoque cognitivo e evolucionista, cf. Dennett, 2003.

¹⁴⁸ Note-se - oportunamente - que, em matéria de hermenêutica jurídica, não há no sistema jurídico norma que oriente sobre que princípio (ou valor) jurídico deve ser privilegiado e qual deve ser depreciado em um determinado caso concreto, ou seja, critérios normativos, absolutamente definidos em todo tempo e lugar, para fixar a dimensão de peso ou de importância entre princípios ou valores concorrentes ou conflitantes.

que tomará diante do caso concreto, do texto interpretado e dos princípios e valores correspondentes.

Sem embargo, e ainda sublinhando o radical compromisso ético do direito e de convocar o tópico da responsabilidade do juiz-intérprete, parece razoável admitir que a discussão do conflito entre justiça e segurança jurídica ou, retomando ao percurso inicial, entre *ius aequum* e *ius strictum*, está dotada de uma absoluta variabilidade. Regra geral, esta incompatibilidade é analisada sob o argumento de que, se nos casos concretos individuais o conceito de segurança jurídica entra em conflito com a idéia de justiça material e da adequação ao fim, que são os outros fundamentos constitutivos de todo ordenamento jurídico, estes somente serão postergados, no fundamental, até o ponto em que o intérprete, através do “direito posto”, seja capaz de levar a cabo a inegociável função de adaptar aos mesmos (em conjunto com os fatos controvertidos na demanda) o conteúdo das normas jurídicas interpretadas. A validade jurídica deixa, nestes termos, de estar determinada exclusivamente pela legitimação do órgão produtor da norma e a correção no procedimento, para aparecer integrada necessariamente também por sua adequação material, substancial ou de conteúdo.

Neste particular, em seus esforços por superar as injustiças causadas pelo nacional socialismo, Gustav Radbruch propôs uma fórmula que se tornou muito conhecida. Esta, desde logo, não é a pedra filosofal, mas parece resultar muito difícil, não obstante, encontrar outra melhor. Para Radbruch, o conflito entre a justiça e a segurança jurídica deve resolver-se com a primazia do direito positivo sancionado pelo poder, ainda quando o conteúdo seja injusto e inconveniente, a não ser que a contradição da lei positiva com a justiça alcance uma medida tão insuportável, que deva considerar-se como “falso direito” e ceder passo à justiça.

É impossível, conclui o citado autor, traçar uma linha mais nítida entre os casos de arbitrariedade legal e das leis válidas apesar de seu conteúdo incorreto; mas outro limite poderá distinguir-se com toda claridade: quando nunca se procurou a justiça, onde a liberdade e a igualdade que integram o núcleo duro da justiça¹⁴⁹ se negaram

¹⁴⁹ Tal como assinala o evolucionista Richard Alexander (1994), a principal força hostil da natureza encontrada pelo ser humano é o outro ser humano. Os conflitos de interesses estão onipresentes e os esforços competitivos dos outros membros de nossa espécie se converteram no traço mais caracteristicamente marcante de nosso panorama evolutivo. Em virtude de que todos temos as mesmas necessidades, os outros membros de nossa própria espécie são nossos mais temíveis competidores no que se refere a vivenda, emprego, companheiro sexual, comida, roupa, etc. Sem embargo, ao mesmo tempo, são também nossa única fonte de assistência, amizade, ajuda, aprendizado, cuidado e proteção. Isto significa não somente que a qualidade de

nossas relações sociais foi sempre vital para o bem estar material de nossa espécie, como a solução pacífica dos conflitos e a igualdade passaram a ser uma estratégia eficaz para evitar os altos custos sociais da competição e da desigualdade material. Essas considerações vão ao âmago mesmo dos dois tipos distintos de organização social encontrados entre os humanos e os primatas não homínídeos: o que se baseia no poder e domínio (“agônico”) e o que se baseia em uma cooperação mais igualitária (“hedônico”). Devido a que as sociedades de classes tem sido predominante ao largo da história da humanidade, temos a tendência a considerar como norma humana as formas agônicas de organização social. Mas isso passa por alto da evidência de que durante nossa pré-história como caçadores-recoletores – a maior parte da existência humana – vivemos em grupos hedônicos. De fato, os antropólogos qualificaram de “firmemente” igualitárias as sociedades modernas de caçadores-recoletores. Em uma análise de mais de um centenar de informes antropológicos sobre vinte e quatro sociedades recentes de caçadores-recoletores estendidas ao largo do planeta, Erdal e Whiten (1996) chegaram à conclusão de que estas sociedades se caracterizavam por um “igualitarismo, cooperação e reparto a uma escala sem precedentes na evolução dos primatas..., de que não há hierarquia dominante entre os caçadores-recoletores..., e de que o igualitarismo é um universal intercultural que provém sem lugar a dúvidas da literatura etnográfica”. Em resumo, o igualitarismo das sociedades de caçadores-recoletores – recentes em termos evolutivos -, que marcou as pautas de nossa existência passada enquanto seres humanos “anatomicamente modernos” deveriam considerar-se como uma eficaz estratégia sócio-adaptativa que evitava os altos custos sociais da desigualdade material. Paralelamente a este processo evolucionou a justiça - e a igualdade proporcional aristotélica é uma manifestação explícita deste paralelismo – , cujo núcleo duro e indisponível reside na circunstância de que todos os seres humanos devem ser considerados como fins e nunca como meios, e que são merecedores de um trato e consideração igual em todos os vínculos sociais relacionais que se consideram constitutivos da autonomia e liberdade do indivíduo , quer dizer, que permitem a cada um viver o livre desenvolvimento de sua identidade e de seus projetos vitais em uma comunidade de homens livres e iguais unidos por um comum e fraterno sentimento de legitimidade e de submetimento ao direito, e em pleno e permanente exercício de sua cidadania. Recordemos que Sarah Brosnan e Frans de Waal (2003) indicaram como os monos capuchinos (macaco prego), *Cebus apella*, dispõem de um sentido agudo da justiça. Em condições experimentais, aprendem a intercambiar fichas por comida com seus cuidadores humanos, mas se negam a fazê-lo se o trato oferecido é pior (desigual) do que aquele com que se brinda a outro mono cujo intercâmbio é por ele contemplado e avaliado. Este descobrimento de que os monos capuchinos estão dispostos a intercambiar fichas por comida, mas somente quando o trato é similar ao que se dá a outros indivíduos do grupo também abre um amplo campo de possibilidades de estudo que pode relacionar-se à perfeição com as idéias acerca da origem e da evolução da igualdade entre os primatas. Recordemos ainda, que o desejo de combater as desigualdades, especialmente as que dividem o mundo em ricos e pobres, parece não ser somente uma questão moral. Por exemplo, um grupo de investigadores do Instituto de Tecnologia de Califórnia em Pasadena e do Trinity College em Dublin descobriram a zona do cérebro responsáveis pelo processamento dos sentimentos de paridade, justiça e equilíbrio (Tricoli et al., 2010). Nessa investigação, utilizando a técnica da IRMf, o objetivo consistia em tratar de buscar o possível reflexo neurológico de diferentes valorações de situações de igualdade ou desigualdade. Em uma cadeia de experimentos, com 40 voluntários aos que se lhes apresentavam uma série de cenários de transferência de dinheiro enquanto passavam por um scanner de imagens de ressonância magnética funcional, os investigadores mediram os níveis de atividade neural em duas áreas do cérebro, o *striatum* ventral e o córtex pré-frontal ventromedial - áreas cerebrais nas que se valoram recompensas e se processam estímulos cuja valoração está ligada à tomada de decisões. Como resultado, os autores observaram várias coisas: “en primer lugar, todos valoraban positivamente que les transfiriesen dinero (algo que, bien pensado, parece muy lógico). Los “pobres” no valoraban bien que a los “ricos” les transfirieran más dinero del que ya tenían (muestra de la aversión a la desigualdad que perjudica). Y efectivamente, los “ricos” también valoraron mejor la transferencia de dinero al

conscientemente à regulação do direito positivo, ali a lei não é somente “direito incorreto”, senão que carece por completo da natureza do direito, pois não se pode definir o direito, inclusive o direito positivo, de outra maneira que não seja como uma ordem e estatuto que, de acordo com seu sentido, estão determinados a servir à justiça.

Seja como for, a crítica da segurança jurídica leva em conta a falta de um adequado conhecimento acerca dos desdobramentos dos vínculos sociais relacionais sobre os quais incide o direito, que só aparentemente pode ser estático. Funciona a segurança e a certeza jurídica como ponto de partida para o controle da racionalidade e razoabilidade das decisões jurídicas que passa a depender, assim, ao menos em uma muito ampla medida, da busca frenética de garantia destes dois valores destinados a garantir, a qualquer custo, a ordem e a estabilidade social. A segurança e certeza jurídica, como segurança e certeza da própria ordem social e do direito, constituem um alvo a ser atingido.

Ao contrário, a busca da justiça, por meio da equidade, como mecanismo de aprimoramento da artesanal e prudente tarefa de julgar, da manufatura da interpretação e da aplicação do direito com base no aparato normativo válido e legitimamente imposto, constitui um esforço que acaba por relativizar e contextualizar a própria noção de segurança jurídica. E esta equidade se converte, aqui, em requisito subjetivo do juiz-intérprete e requisito objetivo do direito plasmado em uma decisão. Entre as distintas opções interpretativas medeia sempre a prudência do julgador: pelo fato de mover-se no campo prático, esta não pode fundar-se em uma necessidade lógica ou empírica estreita, senão em prudentes valorações argumentativas que trate de ajustar adequadamente os valores da justiça e da segurança jurídica.

sujeto que partía de la peor condición que la que recibía él (muestra de la aversión a la desigualdad que beneficia). No sólo eso, también establecieron relaciones cuantitativas entre el grado de activación neurológica de las áreas seleccionadas y la valoración que hacían los sujetos de las transferencias. Simplificando, una mejor valoración tenía su correlato en una mayor actividad neural en esas áreas”. Destas observações os autores do trabalho concluíram que a aversão à desigualdade tem, efetivamente, base neurológica e que, em certo modo, se acha “impresa” em nosso cérebro: “No se debería, por lo tanto, a otro tipo de razones más de índole social, sino a una motivación genuina, con una base fisiológica clara”. (Tricomi et al., 2010). Tem, portanto, sentido ligar de forma prioritária a concepção de justiça às virtudes ilustradas de liberdade, igualdade e fraternidade. A história recente das teorias da justiça é fundamentalmente a da articulação e do desenvolvimento cada vez mais refinado e sofisticado dessas virtudes e, muito particularmente, do princípio de igualdade. As três virtudes que configuram a noção de justiça somente são aspectos diferentes da mesma atitude humanista fundamental destinadas a garantir o respeito incondicional à dignidade humana. Sobre a idéia (teoria) da justiça, formulada a partir das diferentes concepções e teorias acerca da “sociedade justa”, cf. A. Sen, 2010.

Em realidade, não parece demasiado afirmar que os critérios definidores daquilo que se considera segurança jurídica variam – como os de certeza da própria norma jurídica – no que tange aos seus contornos de interpretação e aplicação, e muito particularmente se se considera a ressonância da própria variabilidade e flexibilidade argumentativa ou mesmo o laivo – ainda que mínimo – de imprevisibilidade do modo de atuar e julgar de cada operador do direito. Com efeito, admitidos os fatores determinantes da diversidade de alternativas de que dispõem os juízes, têm-se a inviabilidade fática do unívoco na maneira como estes selecionarão as informações recebidas, nos seus peculiares modos de condução de uma determinada demanda, assim como nas suas respectivas aptidões para conhecer, problematicamente, os diversos dados que se lançam em um conflito de interesses em particular.

Decerto que causa repulsa a uma visão puramente positivista do direito a adoção de formas puramente indutivas, intuitivas de conhecimento e de manufatura da decisão como meio para se chegar à solução de um caso decidendo; mas o contrário, o exacerbar da pretensão de afastar qualquer componente pessoal, intuitivo ou emocional do julgador, é igualmente inaceitável senão mesmo “irreal”. É que se várias soluções ou respostas corretas são possíveis para um mesmo problema jurídico, a eleição final, necessariamente única, que não se apresenta como derivada exclusivamente do sistema, deve proceder, em última instância, da participação ativa, subjetivo-individual, do jurista-intérprete – e essa tormentosa responsabilidade de ter que eleger entre demasiadas alternativas, talvez sirva para explicar a impossibilidade de predizer de forma absoluta a conduta humana individual do sujeito-intérprete.

Ademais, considerando-se que é na realidade da função jurisdicional que se assenta, em sua versão mais aproximada da vida, a concreta e problemático-decisória realização do direito, como expressão dinâmica da normatividade e do próprio sistema jurídico, a idiossincrasia e a peculiaridade de que se revestem cada manifestação judicial não pode ser desconsiderada. Daí que não parece possível descartar, em nenhum momento, a eventual possibilidade de equívocos por parte do julgador no desenrolar de sua tarefa interpretativa. Como o próprio nome indica, o resultado primeiro do provimento judicial denomina-se “sentença”, palavra que tem sua raiz etimológica no ato sentir, igual que a palavra sentimento – para usarmos as palavras Capelletti. E não se pode pretender olvidar que o exercício da prudente ponderação centra-se, em última análise, considerando suas características e efeitos principais, sob o espectro da competência exclusiva e da concepção particular de cada juiz.

O que, por certo, e apesar da inarredável “toque pessoal” do julgador, não pode levar a se partir da suposição de que todos os juízes estejam dotados de um critério positivo de apreciação, mas antes que esta circunstância justifica e impõe a busca de balizas e critérios metodológicos que venham a dotar de racionalidade e razoabilidade o exercício da função interpretativa na tarefa constitutiva e produtora das pautas normativas e valorativas em questão, assim como na apreensão e avaliação do material factual respectivo. Ou seja, trata-se de sedimentar a tarefa interpretativa como um mecanismo através do qual a problemática realização do direito proporcione, por meio da segurança e da certeza da normatividade jurídica, e na maior medida possível, a histórica e concreta totalização do projeto axiológico comunitário (tanto na sua intenção fundamental como crítica) e em razão do qual a sociedade em causa se venha a constituir em uma comunidade verdadeiramente ética.

Dito de outro modo, porque um puro sistema de segurança e certeza jurídicas, indiferente ou contrário à justiça, constitui por si mesmo a negação do próprio direito, torna-se imperiosa a necessidade de, no plano metodológico, superar os unitarismos – quer do legalismo estrito, que privilegia a segurança em prejuízo da justiça, quer do judicialismo casuístico, que favorece a justiça com menoscabo das exigências essenciais de segurança -, mediante soluções que atendam equilibradamente à norma e ao caso, assim como às reclamações desses dois valores fundamentais do direito, isto é, mediante soluções que tratem de alcançar um estado de coisas onde a justiça e a segurança jurídica em presença alcancem seu mais alto grau de vigência e eficácia possível.

Depois, não somente a natureza humana tem uma natural apetência para a ordem que garante a paz, como parece não haver uma irreduzível antinomia entre estes dois valores senão uma relação de particular polaridade que os correlaciona em uma dialética (que constitui o próprio ritmo histórico da vida do direito) entre dois momentos: o da estabilização ou de ordem traduzida pela objetivação ou realização do direito e o da superação ou revisão que define um novo sentido jurídico que tende a estabilizar-se e a superar-se.

A segurança é a justiça como que a suspender-se da imanente historicidade e a pretender uma objetividade tendencialmente estática e mais formalizante (Castanheira Neves, 1995). Em outras palavras, a segurança jurídica terá sempre de ser justa (de realizar historicamente a idéia de direito mediante a busca das razões *morais* para a ação que o direito possa vir a oferecer), uma expressão ética de uma ordem *de direito*,

pois não é em função da segurança que se afere o valor da justiça senão em função da justiça que se afere o valor da segurança jurídica: esta deve estar ao serviço da justiça e legitimar-se *a partir e perante* ela.

Pois bem, partindo das considerações precedentes, parece possível inferir um permanente “ir e vir” de uma para outra destas duas orientações doutrinárias e seu respectivos valores predominantes, e que tendem a considerar-se contraditórias segundo o simplificante esquema mental da “exclusão recíproca”. É certo que não se pode (e não se deve) escamotear as diferenças entre estas duas correntes de pensamento e nem tão pouco dissimular o fato de que a postulada aceitação de um conjunto de “normas jurídicas válidas para todo o sempre” identifica uma vilipendiação frontal do “credo positivista”¹⁵⁰. A verdade, contudo, é que facilmente se pode constatar que também elas se encontram em muitos aspectos não menos importantes¹⁵¹.

Assim, a orientação comumente axiomática destas doutrinas, o respectivo cumprimento na codificação e o racionalismo teórico que caracteriza a ambas são notas reveladoras de um “parentesco” que não se pode disfarçar ou pretender mascarar. Por exemplo, tanto o jusnaturalismo como a orientação legalista que se lhe contrapõe sustentam a redução do direito positivo à expressão da juridicidade oferecida por um corpo de normas pré-objetivado, o que, evidentemente, corresponde à expulsão do cenário jurídico do problema suscitante da decisão concreta (e da normatividade suscetível de fundamentá-la) do núcleo das dimensões constitutivas da juridicidade

¹⁵⁰ Segundo Brian Bix (2003), uma razão pela qual os teóricos do direito natural e os juristas positivistas parece falar de coisas diferentes é que eles têm distintos pontos de partida acerca do que é o direito, e do que a teoria deve tratar de fazer. Os positivistas (com a possível, ainda que importante exceção de Kelsen) tendem a concentrar-se no direito como uma classe de sistema social. Pelo contrário, os teóricos do direito natural se concentram no direito como uma classe de prática que subministra razões (Finnis, 1980). O direito dá razões para a ação, ao menos (muitos diriam) quando é consistente com os *standard* morais mais altos: os teóricos do direito natural aqui insistem nas razões *morais* para a ação que o direito pode (algumas vezes) oferecer, e não nas razões prudenciais que as sanções jurídicas (como todas as ameaças de força ou vergonha pública) pode implicar. Este aspecto do direito chama a atenção dos teóricos acerca da congruência de normas particulares, e sistemas jurídicos particulares, com critérios morais, para determinar quando o direito se incorpora à lista de nossas razões morais para a ação. Por conseguinte, conclui Bix, parece inevitável que uma análise do direito como uma atividade que subministra razões, uma análise de quando ou como os sistemas jurídicos criam novas razões morais para a ação, nos levará a uma direção diferente ao de um estudo do direito como uma classe particular de instituição social, e vice-versa.

¹⁵¹ Esta suposição encontra também sustento em que, por um lado, MacCormick (1996) se inclui entre os positivistas, mas, por outro lado, questiona a existência de uma “nítida linha de separação” entre as “teorias positivistas” e as “teorias jusnaturalistas”.

global do sistema e, indiretamente, ao apagamento da historicidade que, fruto da *experiência prática* ligada àquele primeiro vetor e cunhada pelas *valências práticas* informantes deste segundo, anima e, portanto, humaniza o direito.

Pode até mesmo dizer-se que tanto o positivismo jurídico como o jusnaturalismo se definem por referência a uma *realidade* pré-existente: aquele, por referência à realidade das leis (im-) postas (antes) pelo poder constituído; este, por referência a uma natureza humana como “*produto final*” do direito ou a uma “*realidade de caráter absoluto*” que não é instituída pelo homem, mas antes o vincula.

E encontram-se ainda, repare-se, no unilateralismo, de sinal diverso, de que dão mostras e em que se comprazem: o empirismo típico da perspectiva positivista limita-se a considerar aditivamente normas e mais normas; esta movimentação exterior distrai-o completamente dos fundamentos do movimento e não o deixa ver que são exatamente esses fundamentos a instância fundamentante do seu movimentar-se. A mera descrição do sistema jurídico, a sua pretensa observação neutral dirigida de fora para dentro, que recusa o empenho de uma co-participação responsabilizante por parte do operador do direito (e nomeadamente do juiz), não é mais do que uma “falácia positivista”. Por sua vez, o jusnaturalismo não compreende que o movimento que recusa, ao definir-se por um quietismo que o nega, é re-fundamentante do fundamento que, também falaciosamente, pré-fixa¹⁵².

¹⁵² Note-se que, particularmente com relação ao positivismo jurídico, ao significar para o pensamento não apenas o repúdio dos jusnaturalismos teológico e racionalista – formas de dogmatismo acrítico-sistemático e ahistórico que havia sem dúvida de se superar –, mas igualmente por envolver ainda um agnoscitismo axiológico, uma deliberada recusa da intenção axiológica – que teria como resultado uma cegueira metodológica para o normativo, o próprio sacrifício intencional da dimensão normativa, a essencial dimensão axiológico-normativa do jurídico e, assim, uma total incompreensão dos problemas do fundamento e da validade da juridicidade enquanto tal –, esta ainda dominante linha de pensamento, confundindo direito com o “direito posto” (pelo Estado), a legalidade vigente com a legitimidade jurídica e sobrevalorizando não só o método algoritmo como também a segurança em detrimento do comunitário projeto axiológico-jurídico, foi (e ainda é) responsável por graves aberrações que acabaram por atentar contra a natureza humana. Pode-se argumentar, é verdade, que esta situação é excepcional e não deve, por isto, ser tomada em consideração. Nada mais distante da realidade. Como dissemos antes, a história (e as ciências da vida e da mente) está aí para demonstrar a necessidade de uma adequada concepção acerca da natureza humana para tratar com valores, normas e princípios jurídicos, e, muito especialmente, para fazer face ao emocional e ao imprevisto, advindos tanto do hemorrágico processo de elaboração de leis quanto do subjetivismo que afeta a tarefa de realização do direito e do ensandecido entorno sócio-cultural. É esta a crise interna do direito, aquela que não apenas no futuro, mas já hoje o atinge. Crise das mais graves que o jurídico alguma vez já sofreu: o direito a correr o risco de ser negado como direito; o pensamento jurídico a recusar o direito enquanto tal, como a sua intenção problemática e essencialmente humana, e a diluir-se por isso em intencionalidades ilegítimas e dogmáticas em que apaga a sua autonomia e, portanto, a si mesmo se anula. Por

Dito isto, estamos agora em condições de compreender que, não obstante os conluios em que se co-envolvem, o positivismo jurídico legalista e o jusnaturalismo essencialista se distinguem muito claramente quando se os coloca perante a questão (diretamente) da (justa) legitimação da ordem jurídica e (indiretamente) da sua relação com a questão da segurança jurídica, assim como do problema que aqui particularmente nos ocupa: o da interpretação jurídica.

Um equívoco comum das interpretações positivistas e naturalistas do direito consiste em entender que a natureza humana contém o que poderíamos chamar o “produto final” do direito, enquanto que para uma interpretação positivista do fenômeno jurídico o melhor caminho é sempre o de negar, pura e simplesmente, a natureza humana. Ocorre que domínio das preferências humanas é, como bem sabemos, o resultado de uma maturação dentro de um grupo social e com adaptações a acontecimentos históricos determinados, maturação que conduz desde as restrições gerais para a percepção e o armazenamento discriminatório das representações culturais e cognitivas ao repertório final —e muito plástico— dos padrões de atividade de nosso cérebro dos que emerge nossa conduta.

Assim que a iniludível natureza humana impõe o que poderíamos chamar as “regras do jogo”, mas não o resultado final¹⁵³. O mais significativo, não obstante, é a possibilidade de fixar, dentro dessas regras do jogo, certos valores de alto rango que se deduzem do sentido do direito como um instrumento, uma estratégia sócio-adaptativa, para a convivência social (i.e., um sistema normativo de solução de controvérsias e guia de condutas mediante regras que proporcionam razões para a ação). Por muito que a diversidade cultural e a facilidade da aculturação permitam impor de partida quase qualquer regra jurídica - e a História nos mostra todo um catálogo de propostas que levam a situações monstruosas— as regras “aberrantes” acabam por resultar, no fundo,

consequente, a abertura a novas perspectivas parece ser imperiosa e incontornável. O tempo é, nas palavras de Morin (2000), de invasões e migrações interdisciplinares. Há determinadas questões tão fundamentais, tão essenciais à subsistência da humanidade, que não podem estar confiadas a um encarceramento disciplinar. O tema problemático do direito precisa merecer a ingente contribuição de outros conhecimentos para manter sua vitalidade. Esse o próprio caminho do direito. Sua intromissão na vida de todos e no cotidiano dessa vida, faz com que já não seja legítimo entendê-lo como objeto da exclusiva atenção de juristas empedernidos.

¹⁵³ E não podemos inferir nada acerca da natureza humana a partir de nossos meros ideais políticos ou de vagas elucubrações acadêmico- filosóficas. A investigação da natureza humana é uma questão tão fática como a medida do perihélio de Mercúrio. Resulta epistemologicamente insustentável a posição dos que postulam uma natureza humana de certo tipo com independência de qualquer informação empírica sobre esta e meramente como condição transcendental da possibilidade da moralidade, da responsabilidade, da liberdade, da sociedade igualitária ou da igual “dignidade humana”.

como ilegítimas, porque contrárias às nossas intuições e emoções morais fixadas pela seleção natural. Neste particular, pese a seu enfoque não evolucionista, a Teoria da Justiça de John Rawls se baseia precisamente nesse suposto.

O ser humano dispõe de um sistema de qualificação moral que lhe permite qualificar como “boas” não quaisquer das ações que se proponham a levar a cabo senão algumas muito concretas: aquelas nas quais “bom” significa não só “bom para si” senão também “bom para todos” – “el hombre es tal solo porque habla con proposiciones (*logoi*, eso es, proposiciones con contenido intencional de segundo orden) conscientemente relacionadas con su ser y con lo que es bueno para éste y bueno para todos” (Tugendhat, 1979). É a velha tese de Aristóteles na *Política* (1253^a, 11-20): “*La razón por la que el hombre es, más que la abeja o cualquier otro animal gregario, un animal social es evidente:[...] el hombre es el único animal que habla con proposiciones [logoi]. La voz es signo de dolor y de placer, y por eso la tienen también los demás animales [...]; pero las proposiciones son para manifestar lo conveniente y lo dañino, lo justo y lo injusto, y es exclusivo del hombre, frente a los demás animales, el tener, él sólo, el sentido del bien y del mal, de lo justo y lo injusto, etc., y la comunidad de estas cosas es lo que constituye la casa y la ciudad. La ciudad es por naturaleza anterior a la casa y a cada uno de nosotros [...]*”. Isso é o que pressupõe conceitualmente que a psicologia humana, a arquitetura cognitiva de nossas mentes, seja constitutivamente social – quer dizer, que nossos respectivos estados intencionais (de primeira e de segunda ordem) estão vinculados e se agregam *constitutivamente* respeito às relações sociais.

Isso não quer dizer, evidentemente, que o ideal de “bom para todos” se haja cumprido sempre, e nem sequer parece possível depreender que se vá a cumprir alguma vez. Mas estabelece uma linha de progresso moral: a que está ligada à extensão cada vez maior do grupo ao que lhe cabe a qualificação de “todos”. Se na época aristotélica a doutrina moral não incluía mais que aos cidadãos, e nos debates de Putney Bridge se deu categoria de tais inclusive aos que carecem de bens, fez falta chegar ao século XX para que dentro de “todos” caiba – ao menos em alguns Estados – a metade da humanidade: a que tem sexo feminino; o que respalda o argumento desenvolvido por Michael Walzer e Peter Singer, no sentido de que “*el progreso histórico (e moral) no se funda tanto en la alteración de principios o conceptos evaluativos como en la expansión de la clase beneficiaria*” (Appiah, 2010: 174).

Uma linha de progresso intuída ao redor do conceito universalizável de “bom” aposta, por exemplo, pelo intento de evitar ou diminuir a miséria e a infelicidade humana :que não se produza sofrimento quando seja possível preveni-lo, e que o sofrimento inevitável se minimize e afete com moderação aos membros individuais da sociedade, aos cidadãos¹⁵⁴. Em palavras mais simples, uma linha de progresso intuída

¹⁵⁴ Uma larga e rica história de investigação psicológica esboçou a chamada hipótese do altruísmo empático, que intenta explicar a conduta pró-social que adotamos quando vemos a outro ser em apuros. Automática e inconscientemente simulamos estes apuros em nossa mente, que a sua vez nos fazem sentir mal, não de uma maneira abstrata senão literalmente mal. Contagiamos-nos das sensações negativas da outra pessoa, e para aliviar esse estado próprio nos vemos motivados a atuar. Vários estudos corroboram a idéia de que a manipulação dos sentimentos com relação a um indivíduo incrementa a atitude cooperativa. Por exemplo, a percepção de gestos de angústia ou dor no outro propicia que a conduta seja mais altruísta. Em realidade, o próprio fato de representar-nos em nosso mundo psíquico o sofrimento de alguém a quem amamos nos provoca uma doença biológica: quando a pessoa que amo sofre, já não sofro como ela, mas não posso ser feliz; meu bem estar depende de sua felicidade (Singer et al., 2004; Cyrulnik, 2006). Já se realizaram incontáveis experimentos para corroborar essa idéia geral. John Lanzetta e colaboradores (1989) já demonstraram em várias ocasiões que a gente tende a responder ao sentido do tato, do gosto, da dor, do medo, da alegria e do entusiasmo dos demais com análogos padrões fisiológicos de ativação. Literalmente sentem os estados emocionais dos demais como se fossem próprios. Esta tendência a reacionar ante o sinal de dor ou sofrimento dos demais parece inata: se há demonstrado em crianças recém nascidas, que choram em resposta ao sinal de dor de outras crianças nos primeiros dias de vida (Simner, 2002). Alguns experimentos neurofisiológicos e de imagem cerebral sugerem que as neuronas espelho existem nos seres humanos e que são as responsáveis da “compreensão das ações”, quer dizer, que têm a função de contribuir não somente à compreensão e à imitação das ações alheias, senão que também parecem estar interessadas nas motivações e intenções subjacentes às ações e movimentos alheios.(Rizzolatti et al., 2001; Rizzolatti e Sinigaglia, 2006; Keysers et al. 2003 e 2004). Em resumo, este sistema neuronal parece ser o causante de que os humanos tendem a imitar aos que nos rodeiam e o responsável de que sintamos uma emoção quando vemos a alguém emocionar-se: literalmente, sentimos essa mesma emoção – ou, dito de outro modo: as neuronas espelho do cérebro também se ativam quando os humanos observam as sensações e emoções de outras pessoas. Estas “neuronas espelho” também nos permitem “ler” a mente do Outro e a identificar-se com ele. Por outro lado, quando se diz que todos os homens têm uma mente que não lhes permite suportar o sofrimento dos outros, o significado dessas palavras pode ilustrar-se da seguinte forma: inclusive hoje em dia, se os homens vêem a uma criança a ponto de cair-se em um poço, não poderiam evitar sentir alarma e angústia. Sentirão isto não porque possam conseguir algo dos pais da criança, não porque busquem os elogios e o merecido reconhecimento por parte de vizinhos e amigos, não porque temem que lhes ataquem de insensíveis por não haver movido um dedo, etc. Desse caso se depreende que as emoções morais, e muito particularmente os sentimentos de compaixão, são essenciais no homem (Mencio). De fato, compreender o sofrimento psicológico humano no interior do quadro adaptacionista supõe a hipótese de que o sofrimento é a manifestação de uma adaptação psicológica pela qual uma pessoa reage às circunstâncias sociais que, na história humana evolutiva, teriam produzido uma diminuição da adequação adaptativa global (R. Thornhill et al., 1983, 1986,1987, 1989, e também Alexander, 1986). Nesta hipótese, a significação evolutiva do sofrimento psicológico - cuja compreensão é difícil de definir sem alguma noção de natureza humana - é concebida de modo análogo à significação evolutiva da dor física. Esta última serve para chamar a atenção da pessoa para um problema anatômico que necessita de cuidados, e que pode ser resolvido se se lhe prestar a devida atenção. A dor mental parece concentrar a atenção da pessoa sobre os acontecimentos sociais significativos que

em torno do conceito universalizável de “bom” importa, fundamentalmente, na circunstância de que embora não pareça possível conhecer todo o conteúdo concreto do direito (mas somente determinadas estruturas, valores e princípios, ainda que só negativamente), em nenhum caso será válido ou legítimo um “direito manifestamente

envolvem o sofrimento, e encoraja-a a corrigir os acontecimentos que provocam a dor e a evitá-los no futuro. Nas circunstâncias sociais que implicam uma redução da adequação adaptativa, isso acontece por causa da principal hipótese geral sobre a evolução do espírito (*mind*) humano. E como já sabemos, parece ser que o contexto essencial para a evolução da psique humana era a cooperação e a competição entre os indivíduos, mais do que a seleção devido ao ambiente físico ou a outros fatores bióticos para além dos congêneres humanos. As adaptações psicológicas são mecanismos de tratamento de informação que constituem soluções fenotípicas para problemas de tratamento da informação que influíram na adequação adaptativa global durante a história evolutiva. A finalidade evolutiva de uma adaptação psicológica é identificada com precisão pelo tipo de informação que a sua concepção a destina a tratar (cf. Cosmides e Tooby, 1987, 1989; Symons, 1987,1989; Tooby e Cosmides, 1989, para uma discussão pormenorizada do adaptacionismo moderno aplicado à análise psicológica). Por conseguinte, se de acordo com a hipótese que avançamos o sofrimento psicológico é o reflexo de uma adaptação psicológica elaborada com a finalidade de examinar, corrigir e prevenir os problemas gerados pelas tragédias sociais (pelos defeitos de nossos vínculos sociais relacionais), esta faculdade deveria corresponder a um módulo ou domínio específico para processar prioritariamente informação relacional que implique o sofrimento humano. A idéia central que subjaz a esta afirmação é que a angústia produzida pelo sofrimento próprio ou de outros é um impulso sobre o que não temos nenhum controle: primeiro, nos alcança de forma instintiva porque encaixa em um módulo ou domínio específico de nossa arquitetura cognitiva, deixando-nos pouca margem para a avaliação “racional” de todos os demais fatores que envolvem as circunstâncias sociais que o provocam; segundo, quanto mais um acontecimento afetar negativamente –potencial ou realmente – as intuições e emoções morais que a evolução desenvolveu no homem (por exemplo: a empatia, o altruísmo, a cooperação, etc.) mais este acontecimento será acompanhado de sofrimento psicológico. Segundo Ralph Adolphs (1998 e 2002), porque o cérebro está construído de maneira que não possa ser feliz de forma permanente, é necessário ter experiências negativas para aprender: o cérebro humano é uma máquina de sobreviver, um produto da evolução que está desenhado para “não ser feliz”, porque a infelicidade é necessária para a sobrevivência. Não se pode ter uma vida normal estando sempre feliz: imagine que alguém perde dinheiro em uma aposta; se se sente feliz, seguirá apostando até arruinar-se. A infelicidade (ou o sofrimento) é uma intuitiva motivação que permite modificar o comportamento. Daí que as emoções (que são reações involuntárias que ocorrem em nosso cérebro e que induzem câmbios fisiológicos úteis no organismo), como a infelicidade, são uma adaptação necessária para sobreviver: o medo, por exemplo, dispara a tensão arterial e o pulso cardíaco e permite que os músculos recebam suficiente sangue para fugir ante um predador. Distintamente, os sentimentos – alguns dos quais estão relacionados com a emoção e que, em grande medida, dependem da percepção consciente dos câmbios fisiológicos que se estão produzindo no corpo quando temos uma reação emocional– ocorrem quando estas emoções são percebidas por um cérebro consciente: ter consciência das emoções permite-nos controlá-las e não ter de obedecê-las cegamente, o que igualmente ajuda a sobreviver (Damasio,2001). Sendo assim, a idéia de que o sofrimento deve constituir o conteúdo do imperativo ético [*interpreta e realiza o direito de tal maneira que as consequências de tuas decisões sejam sempre compatíveis com a maior possibilidade de evitar ou diminuir a miséria (ou o sofrimento) humana*] que, no processo de realização do direito, estabelece a *regra de prioridade* segundo a qual a posição mais precária, seja por azar social ou azar natural, decida sobre o melhor argumento ético-jurídico. Para uma análise acerca do sofrimento humano, cf. Ehrman, 2008 e Madrid, 2010; sobre a busca científica da origem da generosidade no contexto do altruísmo, cf. Dugatkin, 2007.

injusto”¹⁵⁵. Para citar Perelman (1988): todo sistema de justiça deveria não perder de vista sua própria imperfeição e concluir que uma justiça imperfeita, sem caridade e

¹⁵⁵ Reconhecer a natureza humana não somente é compatível com o progresso social e moral, mas também pode ajudar a explicar o óbvio avanço ocorrido no decorrer de milênios. Costumes que foram comuns ao longo de toda a história e pré-história – escravidão, punição com mutilação, execução pela tortura, genocídio por conveniência, rixas intermináveis entre famílias, morte sumária de estranhos, estupro como despojos de guerra, infanticídio como forma de controle de natalidade e posse legal de mulheres – desapareceram em vastas porções do mundo. O filósofo Peter Singer (1981) mostrou que o progresso moral contínuo pode emergir de um senso moral fixo. Suponhamos que somos dotados de uma consciência que trata outras pessoas como alvos de solidariedade e nos inibe de explorá-las ou prejudicá-las. Suponhamos, também, que temos um mecanismo para avaliar se um ser vivo se classifica como pessoa. Pinker (2002), citando a Singer, sugere a seguinte explicação para o progresso moral: as pessoas expandiram constantemente a linha pontilhada mental que abrange as entidades consideradas dignas de consideração moral. O círculo foi sendo ampliado, da família e da aldeia para o clã, a tribo, o país, a raça e, mais recentemente (como na Declaração Universal dos Direitos Humanos), para toda a humanidade. Foi se afrouxando, da realeza, aristocracia e senhores de terra até abranger todos os homens. Cresceu, passando da inclusão apenas de homens à inclusão de mulheres, crianças e recém-nascidos. Avançou lentamente até abranger criminosos, prisioneiros de guerra, civis inimigos, os moribundos e os mentalmente deficientes. E as possibilidades do progresso moral não terminaram. Atualmente, há quem deseje ampliar o círculo para incluir os macacos antropóides, as criaturas de sangue quente e os animais com sistema nervoso central. Alguns querem incluir zigotos, blastócitos, fetos e as pessoas com morte cerebral. Outros ainda pretendem abranger espécies, ecossistemas ou todo o planeta. Essa mudança arrebatadora nas sensibilidades, a força propulsora na história moral de nossa espécie [...] poderia ter surgido de um mecanismo moral contendo um único botão ou cursor que ajustasse o tamanho do círculo abrangendo as entidades cujos interesses tratamos como comparáveis aos nossos. A expansão do círculo moral não tem que ser movida por algum impulso misterioso de bondade. As sociedades humanas, como os seres vivos, tornaram-se mais complexas e cooperativas com o passar do tempo, não por possuir uma mentalidade cívica inerente, mas porque se beneficiaram da cooperação mútua, da divisão do trabalho e desenvolveram modos de abafar conflitos entre os agentes que compõem o sistema. Dito de outro modo, isso ocorre porque os humanos beneficiam-se quando se agrupam e se especializam na busca de seus interesses comuns, contanto que resolvam os problemas da troca de informações, da falta de reciprocidade nos vínculos sociais relacionais e da punição dos trapaceiros. Jogos de soma não-zero (contrário de um jogo de soma zero, no qual o ganho de um jogador implica perda para o outro) surgem não somente da capacidade das pessoas de ajudar umas às outras, mas de sua capacidade de abster-se de prejudicar uma às outras. Em muitas disputas, ambos os lados saem ganhando ao dividir o que foi poupado graças a não ter lutado. Isso fornece um incentivo para desenvolver mecanismos de resolução de conflitos, como o direito, medidas para salvar as aparências, restituição e retribuição reguladas e códigos legais - Franz de Waal (2006), por exemplo, recorda que rudimentos de resolução de conflitos podem ser encontrados em muitas espécies primatas. Do mesmo modo, as formas humanas são encontradas em todas as culturas, tão universais quanto os conflitos de interesses que elas se destinam a dissipar (pessoas de todas as culturas distinguem o certo do errado, têm um senso do que é justo, ajudam umas às outras, impõem direitos e obrigações, acreditam que os agravos têm de ser compensados e condenam o estupro, o assassinato e certos tipos de violência). Assim que há razões para crer que um senso moral evoluiu em nossa espécie em vez de precisar ser deduzida da estaca zero por cada um de nós depois de sairmos da lama. A evolução nos dotou de um senso moral, cuja esfera de aplicação nós expandimos no decorrer da história por meio da razão (entendendo a permutabilidade lógica entre nossos interesses e os das outras pessoas), do conhecimento (aprendendo as vantagens da cooperação no longo prazo) e da compreensão (passando por experiências que nos permitem sentir a dor de outras

humanidade, não é justiça – isto é, todo sistema de justiça deveria não perder de vista a natureza humana e concluir que, depois de tudo, a inumanidade do direito é infinitamente mais indesejável que a ausência de todo direito.

Neste particular, estou plenamente convencida de que o êxito ou o fracasso da humanidade depende em grande medida do modo como as instituições que governam a vida pública sejam capazes de incorporar a perspectiva da natureza humana em princípios, valores, leis, métodos e decisões jurídicas. Afinal, se o homem tem mais direitos é porque está mais exposto ao sofrimento (“mais saber, mais dor”, diz o Eclesiastes), à empatia e ao altruísmo; se ele tem mais deveres, ou antes, se ele é o único a tê-los, é porque – por sua natureza- é mais aberto ao sofrimento do outro, primeiro de seus semelhantes, claro, mas também dos animais (é por isso que é superior a eles, na própria preocupação que tem com eles)¹⁵⁶. Daí que, como dissemos

peçoas). Por conseguinte, parece razoável supor que o progresso moral e social pode ter avançado gradualmente, não a despeito de uma natureza humana fixa, mas graças a ela.(Pinker, 2002).

¹⁵⁶ No que diz respeito a este ponto, parece não restar dúvidas de que a concepção dos direitos subjacente à proposta aqui adotada é uma concepção de direito conectada com toda noção de dever assim como com uma noção de liberdade que opera na definição e defesa desses direitos (portanto, uma concepção robusta, republicana e não esquálida e liberal), cabendo ao operador jurídico, como mediador, decidir sobre a forma adequada de efetivá-los, em tudo e devidamente controlado pela comunidade político-democraticamente organizada. Nesse sentido, a noção de direitos está ligada à noção de compartilhar, de intercâmbio, quantidade mensurável. Tem um sabor comercial, essencialmente evocativo de afirmações e argumentos legais. Os direitos sempre são afirmados em um tom de contenda; e quando este tom é adotado deve estar apoiado pela força, uma vez que, de outro modo, o direito seria motivo de burla (Simone Weil, 1989). Para impedir que os direitos sejam “motivo de burla” deve exercer-se a força, e nas democracias liberais isto somente pode se dar, ou assim parece, através de alguma forma de imposição judicial. Mas a justiça não é redutível aos direitos: “a justiça consiste em velar para que não se cause nenhum dano aos homens”, razão pela qual as instituições justas deveriam ser desenhadas de modo tal que as faça atentas ao grito que assinala a injustiça, ou seja: “por que me causas dano?”. Mas os direitos não são propícios para a atenção: “se dizes a alguém que tenha ouvidos para escutar: o que me estás fazendo não é justo, poderias tocar e despertar em sua fonte o espírito de atenção, empatia e amor, ou seja, “me abre com o outro”. Mas não sucede o mesmo com palavras como ‘tenho um direito...’ ou ‘não tens direito a...’ Estas evocam uma guerra latente e despertam o espírito de egoísmo, contenda e luta. Ubicar a noção de direitos no centro dos conflitos sociais é inibir qualquer possível impulso à caridade, à cooperação, ao altruísmo ou à empatia em ambos bandos”(Simone Weil, 1989). Esta é a razão fundamental pela qual a noção de dever ou de obrigações vem antes que a de direitos, que é subordinada e relativa à anterior (Simone Weil, 1989). Se trata, para D’Agostino (1993), de “garantir que o ser-com-os-outros se desenvolva em um ser-para os-outros, em vez de degradar-se em um ser-contra-os-outros”. Daí deriva o “dever de ser” que, seguindo a Cotta (1981), propõe e afirma que a coexistência pode verdadeiramente ser considerada como o dever fundamental ou, dito de outra forma, o verdadeiro fundamento do direito: o *eu* é um ente-em-relação, pelo que a existência humana encontra sua verdade nesse estatuto ontológico vinculante, que a define como coexistência – ou seja, a alteridade real de cada um em meio do reconhecimento recíproco. E daí deriva os elementos estruturais da justiça: a paridade

antes, compreender a natureza humana, suas capacidades e limitações impostas por sua origem evolutiva, parece ser o melhor caminho para que se possa formular um desenho institucional e normativo que, evitando ou reduzindo o sofrimento humano, permita a cada conviver com o outro em uma sociedade livre, igualitária e fraterna¹⁵⁷.

Isto significa, em termos mais modestos e mais realistas, um compromisso mais específico e virtuoso – no sentido da *virtù* de Maquiavel (que Cícero denominou *virtus* e os republicanos ingleses traduziram como *civic virtue* ou *public-spiritedness*)– do operador do direito no sentido de definir e de construir desenhos institucionais, normativos, discursivos e sócio-culturais os mais amigáveis possíveis para com as funções próprias de nossas intuições e emoções morais. E, quando isso não seja inteiramente possível, que se defendam desenhos institucionais, normativos, discursivos e sócio-culturais opostos a sempre possível manipulação perversa dessas intuições e emoções.

Daí que implicar o processo de realização do direito em um modelo institucional desenhado a partir de uma concepção republicana democrática (defendida pela Ilustração) parece ser, desde logo, o mais adequado para a efetivação de uma justiça “concreta” e “material”. E não somente pelo fato de que a tradição republicana seja capaz de reconhecer a pluralidade das motivações da vida social humana – coisa que supõe já uma notável vantagem de partida com relação ao monismo motivacional

ontológica, a simetria ou reciprocidade, o respeito mútuo, a correspondência entre direito e dever, a adequação de relações, a exigência de respeito universal e a imparcialidade do juízo.

¹⁵⁷ Tentando definir o que significa “ser de esquerda”, assim se manifesta Peter Singer (1999:24): “Tomar consciência da imensa quantidade de dor e sofrimento que há em nosso universo, assim como do desejo de fazer algo para reduzi-la (...) isso, creio eu, consiste a esquerda (...) – ou seja – é essencial para qualquer esquerda autêntica. Se nos encolhemos de ombros ante o sofrimento evitável dos débeis e dos pobres, dos que estão sendo explorados e despojados, ou dos que simplesmente não têm nada para levar uma vida decente, não formamos parte da esquerda. Se dizemos que o mundo sempre foi e será assim, pelo que não se pode fazer nada, então não formamos parte da esquerda. A esquerda (ao seguir o imperativo de reduzir o sofrimento) quer fazer algo por cambiar esta situação”. Note-se que o abandono desta atitude (deveras republicana), novamente, aparece vinculado – segundo Sandel (1982) – ao afã liberal de defesa da neutralidade e da liberdade negativa: o Estado neutral-liberal não aceita por sob escrutínio o valor dos distintos interesses em jogo. Todos eles, em princípio, contam como interesses aceitáveis sujeitos ao comércio político. Autores como Cass Sunstein, contudo, mostram a possibilidade certa de estender, de fato, firmes pontes entre o liberalismo igualitário e o republicanismo. Sunstein, por exemplo, defende uma versão liberal do republicanismo, que caracteriza com quatro notas centrais: a importância dada à deliberação política; a igualdade dos atores políticos (que incorpora “um desejo de eliminar as agudas disparidades que existem para a participação política ou a influência entre indivíduos e grupos sociais”); a noção de acordo coletivo como ideal regulativo; um compromisso com a noção de cidadania, expressado na ampla garantia de direitos de participação política. No mesmo sentido: Michelman (1988), Macedo (1990) e Nino (1996).

da tradição liberal -, senão porque seu peculiar talante de modelo ético-político aberto aporta valores de cidadania e de metodologia jurídico-política essencialmente útil para tomar o direito como *práxis* e um poderoso instrumento de construção social¹⁵⁸ e, muito particularmente, para assimilar os câmbios formais e materiais no processo de tomada de decisões ante a dinâmica fluída e contingente do entorno sócio-cultural em que se dá a constituição psico-ético-histórica do ser humano.

Depois, é necessário, ademais, ter sempre presente que o fundamento do direito e da própria atividade hermenêutica se formula precisamente a partir de uma posição antropológica e põe em jogo uma fenomenologia do atuar humano. Que somente situando-se desde o ponto de vista do homem e de sua natureza será possível ao julgador representar o sentido e a função do direito como unidade de um contexto vital, ético e cultural: o homem, ponto de partida e chegada do fenômeno jurídico, que vive das representações e significados desenhados para a cooperação, o diálogo e a argumentação. Que, em seu "existir com" e situado em um determinado horizonte histórico-existencial, pede continuamente aos outros, cuja alteridade interioriza, que

¹⁵⁸ Como se pode inferir ao longo deste trabalho, este é um modelo jurídico que consiste em considerar ao direito como um intento, uma técnica, para a solução de determinados problemas práticos. Trata-se de uma visão eminentemente instrumental, pragmática e dinâmica do direito, que pressupõe, utiliza e, em certo modo, dá sentido às perspectivas sociológica, normativa e axiológica do direito e que conduz, em definitivo, a considerar o direito como argumentação. É, poderia dizer-se, a perspectiva de alguém que não se limita a contemplar um edifício desde fora ou a projetá-lo prescindindo dos problemas que levanta sua execução, senão que participa ativamente na construção do mesmo e se sente comprometido com esta tarefa (Atienza, 1997). Neste modelo parte-se do pressuposto de que nossas sociedades têm que fazer frente a uma série de problemas, de conflitos sociais e individuais, que exigem a intervenção do direito mediante o uso racional de instrumentos jurídicos. E como os operadores do direito devem motivar suas decisões na solução dos conflitos, isto é, devem mostrar as razões que permitem justificar suas decisões em termos jurídicos (mostrar o caráter aceitável ou correto de cada decisão), devem, pois, argumentar. E embarcar-se em uma atividade argumentativa significa aceitar que o problema de que se trata (o problema que faz surgir a argumentação) há de resolver-se mediante razões que se fazem presentes por meio da linguagem. Este modelo argumentativo supõe, pois, a consideração de que o direito não é um fim em si mesmo, que não tem caráter natural, senão que é mais bem um instrumento, uma técnica para a resolução dos conflitos sociais, que o operador do direito deve procurar modelar e utilizar inteligente e racionalmente para alcançar propósitos que vão mais além do próprio direito. Em resumo, expressa a idéia de que o direito não é uma norma, não é um valor e não é tampouco um conjunto de processos sociais, senão que é uma *práxis* social (de corte argumentativa), uma empresa comum específica do obrar humano que precede e confere significado aos enunciados normativos, que precisamente por isso são considerados "jurídicos": uma atividade que utiliza o raciocínio e a argumentação rigorosa para promover a justiça, isto é, para promover em sua plenitude uma sociedade livre, igualitária e fraterna. Dito de outro modo, é entender a prática do direito como uma arte comprometida na luta contra toda e qualquer forma de injustiça, de sofrimento e de miséria humana.

justifiquem a legitimidade de suas eleições aportando as razões as subjazem e as motivam.

E nesse particular sentido, tanto com relação à tradição do direito natural como a do positivismo jurídico se levanta o problema da tarefa interpretativa no momento da aplicação da lei. Mas são problemas diferentes. E bem se sabe que, no que se refere propriamente ao espaço do direito, parece muito intuitivo que toda proposta metodológica, de per si, remete a certa concepção ontológica do próprio direito: por exemplo, a interpretação exegética remete à idéia do direito como expressão de uma vontade legislativa perfeita e completamente declarada; a interpretação segundo a intenção do legislador, à idéia positivista do direito como (mera) vontade daquele; a interpretação sistemática, à idéia do direito como sistema; a interpretação histórica, à idéia do direito como fato de formação histórica; a interpretação sociológica, ao direito como produto social; a interpretação segundo cânones de justiça racional, ao direito natural; e por aí poderíamos seguir.

Assim que se o positivismo legal intenta desconectar lei e justiça (pretendendo a neutralidade axiológica do ordenamento jurídico e do operador do direito) e identifica a lei, em termos de Hart, seguindo uma “regra de reconhecimento” (no sentido de que são leis as que derivam das fontes adequadas, sejam ou não justas estas leis), então o positivismo jurídico tem também um problema hermenêutico de aplicação, a saber: como identificar a lei ou leis que dão cobertura ao caso particular que se julga e, muito particularmente, como reduzir ou minimizar a incerteza (“penumbra de incerteza”, dizia Hart) que rodeia a aplicação estritamente semântico-formal do direito?

O jusnaturalismo, por sua parte, não tem somente um problema formal de interpretação da regra; tem também um problema moral, porque para esta tradição (que se concentra no direito como uma classe de prática que subministra razões morais para a ação) a lei tem que ser expressão e veículo da justiça, e aplicar o direito é, pois, fazer justiça e realizar um ato moral. E aqui já não entrariam somente considerações de pragmática da norma, pois o contexto de aplicação da lei pode haver mudado, mas também da influência de outros fatores que necessariamente intervêm no processo de aplicação do direito, como por exemplo: a subjetividade e o “potencial criativo” do juiz, que é mediador, com todas suas peculiaridades pessoais e compromissos, inserto em determinada comunidade, que é parte de um sistema institucionalizado do direito, etc.

Nesse preciso sentido, ambas as tradições nos põe diante de dois grandes problemas hermenêuticos distintos (semântico formal e pragmático moral) os quais, por sua vez, pressupõem distintos modelos de juiz: o do magistrado que deve limitar-se a aplicar a lei de forma moralmente neutra, mas com o maior e mais rigoroso cuidado para não descuidar do sistema jurídico; e o do juiz que deve aspirar à correção moral e a administrar a justiça na aplicação da lei.

E quaisquer dos dois têm problemas morais (e criativos) convergentes, pois se é verdade que o positivismo jurídico põe em mãos da política toda a carga moral do sistema legal, isto é, em mãos do legislador (com o que a justiça pode ser sequestrada pela lógica do poder e o sistema legal ser pervertido pela natureza eventualmente oligárquica ou tirânica do regime político), não é menos certo que sobre-responsabilizar ao juiz na administração da justiça, dando-lhe liberdade e competências excessivas de interpretação, pode vir a desembocar em um processo de interpretação ilimitada das normas, na arbitrariedade decorrente de um desregrado subjetivismo ou, em última instância, na tirania do poder judicial.

É verdade, sem dúvida alguma, que a complexa tarefa hermenêutica do operador do direito (e nomeadamente do julgador) implica uma atividade interpretativa do ditado normativo (e do fato que se tem que valorar) que nunca é meramente literal ou gramatical, nem sequer somente sintático, senão também e por excelência semântico-cultural¹⁵⁹. Na linguagem jurídica (ainda que esteja caracterizada por sua tecnicidade) interpretar a lei significa reintroduzir as expressões desta última no sistema jurídico global e no âmbito histórico-cultural ao qual pertence. Um fenômeno

¹⁵⁹ De fato, o enunciado normativo positivamente ex-posto remete sempre para um plano extralingüístico, pois não identifica uma “qualidade” das palavras, mas a sua “relação” com a vida. Quer tudo isso dizer que as palavras – e, portanto, também os textos normativos – são “manifestações” de coisas que significam, o que desvela a incoerência da tese nuclear da hermenêutica positivista segundo a qual o sentido é imanente e/ou inerente às palavras. Assim sendo, tanto as proposições coloquiais como as especificamente jurídicas somente poderão ser compreendidas (somente se logrará discernir o respectivo sentido) quando se reconhecer que elas remetem para um plano extra-normativo (ou extra-positivo), para uma relação de vida, onde a questão da segurança jurídica será sempre um valor (por certo essencial) a se considerar de forma histórica e circunstancialmente condicionado à idéia de justiça material. O enunciado normativo não é mais do que um elemento de um ou mais atos sociais realizados dentro de certo contexto histórico intersubjetivo. Dito de modo mais simples, os significados dos enunciados normativos devem poder ser analisados nos contextos das situações interativas e intersubjetivas: portanto estão presentes na linguagem não somente os estados de coisas, a que se referem às palavras, senão também as intenções dos indivíduos-falantes (Searle, 2000) e inclusive as relações interpessoais por meio das quais as palavras recebem seu valor (Habermas, 1998).

não pode ser observado e compreendido se não estiver inserido dentro do sistema de relações em que se encontra; e o fenômeno jurídico pertence, precisamente, ao duplo sistema do direito e da vida.

Isto implica, depois de tudo, oferecer uma definição de interpretação jurídica que não repousa sobre a simples originalidade ou caráter “alternativo” das decisões senão, igualmente, sobre a legitimidade substancial de seu conteúdo e de seus efeitos; em segundo lugar, que tal interpretação não é medida – nem apurável – somente por referência ao sistema jurídico e a uma possível interpretação globalmente coerente do mesmo, senão que requer, de forma simultânea e concorrente, uma tarefa interpretativa e argumentativa que ligue a decisão, o caso concreto, o sistema jurídico, a forma de vida (dominante) e as funções próprias de nossas intuições e emoções morais. A sua tendência volta-se ao conhecimento abrangente da cena que se lhe oferece a historiar, perpassada pelos ideais de justiça, de certeza do direito e de segurança jurídica (valores que, em última instância, resultam de nossas intuições e emoções morais e de nossa inata capacidade para inferir os estados mentais e predizer o comportamento dos demais), contextualizados e só visíveis em cada caso.

Nesse sentido, sempre que saibam renunciar as suas próprias, idiossincrásicas e respectivas unidimensionalidades, o jusnaturalismo e o positivismo jurídico se apresentam como aspectos não renunciáveis da edificação de uma criatividade jurídica como fator humano (neuronal) essencial da tarefa interpretativa, perpassada por uma prática de tipo argumentativo-metodológico que, ante a exigência de fundamentação e os diferentes agentes da práxis jurídica, tenha por finalidade o fazer penetrar na vida cotidiana de uma comunidade ética, cultural e histórico-social ¹⁶⁰ o próprio projeto axiológico do direito que deve ser, incondicionalmente, o seu. Isto é, que no exercício de sua função criativa o operador jurídico não abdique nunca do seu mesmo dever comunitário e que, na mesma medida, não aceite degradar-se à mera função burocrática que “analisa processos”, reduzindo-se a um mero instrumento público pronto para homologar e dar execução a todo e qualquer ditame do poder - e Hegel já

¹⁶⁰ Nas palavras de Brian Bix (2003: 52): “*Pode ocorrer que a dupla natureza do direito – como instituição social e como prática que subministra razões – faça impossível capturar a natureza do direito mediante um único enfoque, e que se necessite um enfoque mais “neutral” (como o do positivismo jurídico) para compreender, justificar e acentuar seu lado institucional, e um enfoque mais valorativo (como o das teorias do direito natural) para dar conta, viabilizar e operacionalizar seu lado de prática que confere (subministra) razões (morais para a ação)*”.

explicou à perfeição porque os amos não apreciam em absoluto as mostras de aplauso dos escravos.

Pois bem, como resultado de todo esse movimento crítico-criativo, deixa-se de admitir como legítima a teoria tradicional segundo a qual, em qualquer caso, é possível aplicar a lei sem interpretá-la, ou seja, de que a interpretação possa reduzir-se ao muito limitado esquema do silogismo formal interpretativo do direito positivo. Pelo contrário, para essa concepção revisada, em toda interpretação se reproduz necessariamente o processo valorativo material que se conclui na lei, operação esta que, por força, pressupõe o manejo criativo dos valores que articulam e animam as estruturas normativas e a própria idéia do direito, pois, se a comunidade subsiste na sua existência histórico-cultural, a tarefa de realizar concreta e historicamente a explicitação constituinte do direito e do projeto axiológico que a sociedade a si mesma se põe será sempre uma intencionalidade criticamente criativa, valorativa e espiritual.

Compreender melhor nossas limitações, emoções e sentimentos parece ser o melhor caminho para que se possa construir, com a participação integral, ética e responsável do operador do direito, um modelo hermenêutico que, compatibilizando justiça e segurança jurídica, produza discursos jurídicos cuja finalidade seja a de permitir a cada um viver com o outro na busca de uma humanidade comum. Ademais, dado por inequívoco que o adquirido se plasma nos circuitos cerebrais, já não tem demasiado sentido falar de inato e adquirido por separado: o inato e o adquirido estão tão inextricavelmente unidos que são em realidade o mesmo. Toda conduta procede do cérebro. E o entorno, os câmbios no adquirido, se codificam em realidade nas células do cérebro humano, cuja complexidade é, em si mesma, a prova suprema do que pode lograr-se mediante a interação entre natureza e ambiente. Como recorda de Waal (2006), nossos sistemas morais e jurídicos reforçam algo que é em si parte de nossa herança; não estão transformando radicalmente o comportamento humano: simplesmente, potenciam capacidades pré-existentes.

Não devemos crer em uma fratura entre uma realidade “autônoma”, que influi no direito e se desenvolve a seu lado, e o direito mesmo: somos nós os que produzimos a realidade do direito e a edificamos enunciando o que este mesmo é em sua essência. Há direito onde sujeitos diferentes discutem, criam e desenvolvem, submergindo-se na práxis, proposições e enunciados normativos a partir de uma concepção republicana democrática de justiça e segurança jurídica, quero dizer, de uma concepção republicana democrática cujo peculiar talante de modelo ético-político aberto aporta

valores de cidadania e de metodologia jurídico-política essencialmente útil para tomar o direito como um instrumento de construção social e, muito particularmente, para assimilar os câmbios formais e materiais no processo de toma de decisões ante a dinâmica fluída (e por vezes enlouquecida) do “mundo da vida” cotidiana.

É que ao contrário do que ainda pretendem ou sustentam alguns doutrinadores, o direito estatal, a pesar de seu envoltório teórico e dogmático, não é nada mais que o resultado de uma atividade humana tão antiga como o próprio homem. O que ocorre é que, quanto menos capaz de satisfazer as necessidades adaptativas humano-comunitárias, tanto mais sofisticado se apresenta o direito positivo “parido” e manipulado pelo poder estatal. À normatividade jurídica espúria e/ou abusiva corresponde sempre a parafernália barroca que intenta, em vão, obscurecer sua iniludível dimensão de *constructo* humano-cultural, institucional e procedimental em benefício exclusivo da dimensão dogmática e normativa (de autoridade e de poder).

E entendido assim, se dirá que os limites entre “o direito que é” e “o direito que deve-ser” – distinção de que se alimenta o positivismo jurídico e o jusnaturalismo, e que está na base da tradicional teoria da interpretação – se diluem, pois é em um “dever-ser” assumido autonomamente pelo pensamento jurídico que a “justa decisão” do caso concreto se efetiva, repousando na concreta articulação de fundamentos argumentativamente convincentes que produza discursos jurídicos vinculantes e culturalmente aceitáveis em termos de uma comum e intuitiva concepção de justiça.

2. Neurobiologia, juízo normativo e processo decisório

Em 1881 Oliver Wendell Holmes Jr. escreveu: “*A vida do direito não tem sido a lógica; tem sido a experiência. As necessidades sentidas em cada época, a moral e as teorias políticas dominantes, as intuições das políticas públicas expressas ou inconscientes, mesmo os preconceitos que os juízes partilham com os seus concidadãos têm contado mais do que o silogismo na determinação das leis pelas quais os homens devem ser regidos.*”

Hoje, não parece haver dúvidas de que a análise tradicional da disciplina jurídica (tanto a de caráter positivista como jusnaturalista) começa a sofrer o impacto das novas investigações acerca do papel e utilidade atribuídos às intuições e às emoções nos processos de tomada de decisão jurídica¹⁶¹. Paul Gewirtz (1996: 66), por exemplo, reagindo com excessiva ênfase sobre os procedimentos racionais no juízo normativo, afirmou: “*Demasiadas vezes os juízes e estudiosos que escrevem sobre direito afirmam uma inapropriadamente nítida distinção entre o racional e o não racional, especialmente entre razão e emoção - invocando um conceito muito estrito de razão e colocando em contraste a razão e a emoção de uma forma excessivamente simplificada. A discussão ocorre, nestes mesmos termos, no contexto de um argumento normativo tradicional, ou seja, que a aplicação do direito seja um domínio da razão, não da emoção*”.

De fato, o estudo dos processos de decisão levados a cabo pelos magistrados, acusadamente no que se refere à incapacidade de aplicação racional e de raciocínio claro na tarefa interpretativa, tem proporcionado a base empírica para os argumentos

¹⁶¹ Embora as emoções e intuições (Le Doux 1996; Gigliucci 2003), em geral, sempre constituíram um campo de interesse para a formulação de novas teorias na psicologia (Darwin 1872; Plutchik 1980; Frijda 1986; Otony et al., 1988; Van der Meer 1989; Kemper 1990; Hatfiels et al. 1993), o empenho por seu estudo aumentou substancialmente sobretudo na última década (LeDoux 1996; Panksepp 1998; Damasio 1999; Rolls 1999; Plutchik 2001; Davidson et al. 2002; Döring 2003; 2003 Haidt; Solomon 2004; Denton, 2009). De fato, o contraste entre a decisão baseada sobre regras e juízos intuitivos e/ou emocionais já foi devidamente estudado em uma ampla variedade de contextos psicológicos. Também nos anos recentes o interesse da psicologia sobre o papel das emoções e das intuições no juízo normativo aumentou de forma exponencial (Haidt 2001, 2003; Döring & Mayer 2002, Stephan & Walter 2004). Jerome Kagan (1984) e Martin Hoffman (1981), por exemplo, estão entre os psicólogos que aduzem razões a favor da importância dos estados emocionais no pensamento moral. E a conclusão parece ser unânime: bem longe de ser inimiga do bom juízo, a emoção é um elemento essencial do pensamento racional (De Souza, 1987).

em favor da intuição, compaixão, emoção e de heurística na aplicação da lei (Feigenson 1997, 2000; Charman et al. 2001), isto é, de que fatores inconscientes, subjetivos e/ou valorativos produzem influências sobre nosso comportamento e nossas decisões devido à interação entre distintos processos cognitivos e afetivos que, direta ou indiretamente, condicionam nossos juízos ético-jurídicos. A visão do ser humano como agente racional, implícita no princípio da autonomia que fundamenta a interpretação jurídica, não corresponde a uma descrição fidedigna do comportamento humano. Os dados empíricos contradizem o principal elemento que embasa o esqueleto teórico, prático e argumentativo do direito: o da plena racionalidade do sujeito-intérprete para interpretar uma norma jurídica e, a partir daí, extrair uma decisão.

O que trataremos de apresentar aqui é uma breve revisão e discussão das implicações de uma série de resultados empíricos relativos à racionalidade e à capacidade humana de tomada de decisão. Primeiramente, apresentaremos os principais pressupostos filosóficos da autonomia e também aqueles implicados na forma que a objetiva. Em seguida, revisaremos a literatura das ciências cognitivas sobre os temas do julgamento moral e tomada de decisão. Procuraremos mostrar que os dados empíricos sobre a neuropsicologia da moral e os processos neurocognitivos de tomada de decisão permitem esboçar um retrato do ser humano que não se coaduna com as pressuposições de racionalidade constantes no princípio interpretativo da autonomia do sujeito-intérprete.

2.1. Autonomia, irracionalidade e determinismo

A autonomia (especialmente a de corte juspositivista e jusnaturalista) depende de supormos que o indivíduo possui e utiliza determinadas características mentais para decidir e agir, isto é, de um agente autônomo não em um sentido metafísico senão no sentido de ser capaz de atuar baseando-se em razões que lhe importam e de dispor da informação necessária para atuar no momento adequado¹⁶². Contudo, uma breve

¹⁶² Esta noção clara e distinta de um *eu* autônomo, agente e racional, verbalizada e transformada em transformadora cultura, nos levou a considerar, durante muito tempo, que éramos, em um sentido fundamental, únicos. Únicos seres dotados de consciência, capazes de

revisão de resultados das pesquisas oriundas das ciências cognitivas põe em questão a validade desses pressupostos, demonstrando que a suposta racionalidade jurídica que fundamenta as atuais teorias da interpretação e argumentação jurídica é frágil, uma vez que se encontra constantemente ameaçada não somente por circunstâncias contextuais senão também, e muito especialmente, pela própria arquitetura do sistema cognitivo do sujeito-intérprete.

A autonomia pressupõe racionalidade, a qual, na maioria das vezes, é operacionalizada como maximização de uma função de utilidade. Dessa forma, o comportamento pode ser interpretado como escolha entre alternativas com o objetivo de maximizar a utilidade. Esta, por sua vez, corresponde aos produtos do valor (atribuído em função das preferências do indivíduo) e da probabilidade (percebida subjetivamente) associados a cada desfecho. A utilidade esperada de um desfecho é função do seu valor ponderado por sua probabilidade.

Tversky e Kahneman (1981) demonstraram que, muitas vezes e sob diversas circunstâncias, os indivíduos não tomam decisões racionais dessa natureza. Descobriram que os processos de julgamento e tomada de decisão humanos são fortemente influenciados por restrições impostas pela arquitetura e modo de funcionamento do sistema cognitivo. De modo geral, é mais adaptativo tomar decisões com base em heurísticas do que a partir de um esforço deliberado de julgamento racional.

A deliberação racional pode, sob circunstâncias, exceder o tempo disponível para que a pessoa tome uma decisão funcional. Heurísticas são soluções intuitivas, ativadas de modo rápido, automático, implícito, cujo substrato neurocognitivo foi selecionado na evolução da espécie como mecanismos evolutivamente estáveis para resolver a maioria dos problemas enfrentados por nossos ancestrais no seu ambiente –

manejar ferramentas e símbolos ou de comunicar de forma fluida seu manejo, únicos dotados de nobres sentimentos e moral, de altruísmo e de criatividade. Separávamos a natureza em dois reinos: o do instintivo e o do racional. O homem era o animal racional, o resto dos seres somente um *manejo de instintos*. O homem elevava catedrais, criava o sentido de justiça, dispunha de uma moral sancionada pelo eterno, aspirava e mantinha uma ordem social equilibrada, etc., e o resto dos seres seguiam os cegos ditados de impulsos *pré-programados*. O problema, contudo, é que o homem não é somente um animal racional. Em certo sentido, é um animal fabulador e charlatão, dada nossa habilidade para elaborar relatos verossímeis e tantas vezes mentiras. Nossa racionalidade é somente uma fina capa por sobre a mente instintiva, natural, evolucionada; um fino verniz feito principalmente de linguagem e o subjacente pensamento seqüencial, que integra a dimensão temporal e os cenários hipotéticos. É uma fina capa cujas raízes estão bem arraigadas a um inato substrato instintivo e emocional.

quer dizer, pela via “heurística” tomamos os atalhos mentais com que simplificamos pragmaticamente os problemas e economizamos os recursos utilizados para resolvê-los¹⁶³. Cosmides (1989) demonstrou, por exemplo, que o grau de dificuldade na resolução da tarefa de Wason, um problema de raciocínio dedutivo, também varia em função de sua formulação. Quando formulada na forma abstrata, menos de 10% dos participantes universitários conseguem encontrar a solução proposta. Contextualizada, entretanto, como tarefa de detecção de trapaceiros que violam um contrato social, pode ser resolvida facilmente por mais de 2/3 dos participantes, inclusive por indivíduos de culturas não-letradas.

Gigerenzer (2001) interpreta a capacidade humana para estimar riscos especulando que mecanismos cognitivos inatos, uma espécie de caixa de ferramentas mentais adaptativas, foram selecionados na evolução da espécie para resolver intuitivamente alguns formatos de problemas e não outros. Essas ferramentas heurísticas podem ser adaptativas na maioria das circunstâncias da vida cotidiana, mas também induzir a viés e a erro, com consequências potencialmente sérias para o indivíduo.

Um modo de facilitar julgamentos sob incerteza é escolher um primeiro ponto de referência que venha à mente, uma âncora, e realizar os ajustes necessários, de modo que a informação se torne mais plausível. Por outro lado, a tendência à projeção

¹⁶³ Na ciência cognitiva, na economia, na psicologia e demais disciplinas relacionadas, a combinação de mecanismos que permitem identificar e processar a informação e tomar decisões em forma rápida e frugal se denomina *heurísticos*, ou regras de sentido comum para a tomada de decisões (Gigerenzer e Selten, 2000; Simon, 1955, 1956; Tversky e Kahneman, 1974). Dito de outro modo, os heurísticos são as representações cognitivas (por exemplo, padrões de memória) e os sesgos (por exemplo, tendência a ponderar mais alguns recordos que outros) que geram regras de sentido comum para a tomada de decisões. Estes sesgos ocorrem porque a gente trata de fazer inferências e tomar decisões sobre a base de sua compreensão intuitiva da situação (Geary, 2008: 161). No âmbito do direito, por exemplo, em muitos contextos de resolução de problemas, as decisões que tomam os juízes e as inferências que fazem diferem daquelas as que chegariam se raciocinassem sobre a base das regras da lógica formal. Não obstante, a maioria dos intérpretes autorizados parece contar com uma grande capacidade para dissimular ou inibir as decisões baseadas em heurísticos e, portanto, uma enorme capacidade para aparentar ou simular a tomada de decisões e as inferências que levam a cabo sobre a base de processos explícitos – isto é, sobre a base de mecanismos cognitivos e cerebrais que permitem a formação de representações, a tomada de decisão e sua respectiva justificação de forma consciente, abstrata e descontextualizada de suas condições pessoais, sociais e ecológicas (ou outras formas de limitações procedentes das informações de que dispõem, das premissas na tarefa do raciocínio dedutivo...), fazendo caso omissivo do fato de que a capacidade para gerar, manter e manipular mentalmente estas representações abstratas está restringida pelas limitações nos recursos da atenção, a memória de trabalho, as experiências pessoais, a iniludível existência de determinadas emoções e intuições particulares, a memória implícita (contextual e associativa), etc.

emocional nos processos de decisão consiste na aparentemente iniludível estratégia de refletir o próprio estado emocional para outra pessoa ou o estado emocional atual para o futuro. Todos somos imprecisos na avaliação do impacto subjetivo de eventos futuros, tanto para nós mesmos quanto, mais ainda, para os demais.

A pesquisa sobre a importância das heurísticas no processo de tomada de decisão foi criticada, entre outros motivos, pela natureza hipotética dos problemas formulados, artificialidade dos contextos de pesquisa e utilização preponderante de participantes normais. Contudo, ao menos um estudo de meta-análise demonstra que os resultados das pesquisas sobre enquadramento são consistentes. Há consenso na literatura revisada quanto ao fato de que o emprego de heurísticas é fenômeno comum, com implicações práticas importantes para o processo de tomada de decisão.

Como apropriadamente formulado por Kahneman (2003), as pessoas são notoriamente avessas a despender esforço mental na solução de problemas e tomada de decisão, preferindo soluções práticas, eficazes e intuitivas, com menos esforço mental. E os dados de registro de ressonância magnética funcional (fMRI) foram compatíveis com a hipótese do esforço cognitivo. No enquadramento negativo de perdas parece haver mais ativação de áreas do córtex pré-frontal dorsolateral e do lobo parietal relacionadas com o processamento controlado do que no enquadramento positivo de ganhos. Neste, parece não haver necessidade de empregar muitos recursos de processamento, haja vista que se está trabalhando no domínio dos ganhos e as consequências subjetivas parecem menos dramáticas. A decisão pode, então, basear-se no modo intuitivo. No domínio das perdas, o panorama subjetivo se modifica e há necessidade de empregar uma estratégia deliberativa, o que demanda maior esforço mental, com a conseqüente ativação das áreas cerebrais correspondentes.

Os resultados das pesquisas psicológicas indicam que os seres humanos podem empregar duas estratégias principais na solução de problemas e de tomada de decisões: uma mais deliberativa e racional e outra mais intuitiva e emocional – ambas implementadas por sistemas neurocognitivos distintos. A lei do menor esforço determina forte preferência pela estratégia intuitiva, a qual, apesar de adaptativa na maioria das circunstâncias, implica em vieses e, conseqüentemente, risco de decisões irracionais do ponto de vista utilitário.

Mas não são apenas os estudos sobre a racionalidade da tomada de decisão que questionam a doutrina da autonomia. Estudos neurofisiológicos realizados por Libet e colaboradores (1983) mostram que a própria noção de intencionalidade de ação precisa

ser revisada. Os estudos empregaram um potencial relacionado a eventos, denominado potencial de ação, o qual tem início cerca de um segundo antes de o indivíduo iniciar uma ação deliberada. O paradigma experimental requeria que os participantes realizassem, no momento em que bem entendessem, um movimento intencional com a mão ao mesmo tempo em que marcavam mentalmente o momento em que percebiam a intenção de mover o membro. A marcação do tempo era feita pela observação do giro de um ponteiro em um relógio analógico, à frente dos participantes.

Os resultados mostraram que a percepção da intenção de mover o braço ocorria antes do registro eletromiográfico do início do movimento, cerca de 200 a 300ms após o início da formação do potencial de ação. Como uma causa sempre precede uma consequência, é impossível deixar de concluir que tanto o movimento quanto a percepção de intencionalidade são causados por processos neurofisiológicos dos quais o potencial de ação pode, eventualmente, ser a expressão empírica. Os resultados obtidos por Libet e colaboradores expõem sérias dificuldades para os filósofos e teóricos do direito que sempre partem do pressuposto ou procuram elaborar uma visão de comportamento humano compatível com a intencionalidade, segundo a qual seria possível conciliar um provável determinismo cerebral, a autonomia do indivíduo e o livre-arbítrio.

2.2. Juízos utilitaristas e o sentido comum

A sociedade não pode prescindir do direito. Apesar disso, muitas vezes os juízos levados a cabo pelos operadores jurídicos violam o senso comum, além de desencadearem emoções morais conflitivas. Como exemplos no âmbito da moral, temos alguns dilemas morais investigados classicamente pelos filósofos e mais recentemente por estudos neurocognitivos empíricos.

Nesse sentido, por exemplo, partindo do suposto de que os dilemas morais são situações em que duas normas morais igualmente válidas conflitam, Greene e colaboradores (2004, 2008) usaram registros de ressonância magnética funcional para investigar o padrão de atividade cerebral em indivíduos que emitiam juízos morais sobre dois tipos de situações. Os dilemas difíceis envolviam, por exemplo, alguém que estava se escondendo de perseguidores e precisava calar a boca de um bebê que

chorava intensamente. Tapando a boca do bebê a pessoa aumentava sua chance de se salvar, mas corria o risco de sufocá-lo. Por outro lado, o juízo fácil envolvia a situação de uma mãe adolescente que queria matar seu bebê recém-nascido. A comparação entre os juízos difíceis e fáceis evidenciou aumento da atividade metabólica no córtex pré-frontal ventrolateral e medial ântero-dorsal, áreas envolvidas, respectivamente, na representação da valência emocional em processos de tomada de decisão e na resolução de conflitos cognitivos.

O envolvimento de processos emocionais implícitos em juízos e decisões com implicações morais é confirmado, adicionalmente, por uma linha de pesquisa em pacientes com lesões no córtex pré-frontal ventromedial (CPF-VM). Damasio e colaboradores (1997) desenvolveram uma tarefa neuropsicológica, a Iowa Gambling Task (IGT), para avaliar a influência das consequências no comportamento de tomada de decisão. Na IGT, o indivíduo recebe uma quantia fictícia de dinheiro e precisa realizar apostas escolhendo cartas de quatro baralhos. Dois baralhos fornecem ganhos maiores ou mais freqüentes, mas se associam a perdas maiores. Os outros dois fornecem ganhos menores ou menos freqüentes, porém as perdas são também menores. Como permitem acumular algum capital, esses últimos são mais vantajosos. Indivíduos normais discriminam a contingência em cerca de 20 tentativas e passam a escolher sistematicamente as cartas dos baralhos vantajosos. Indivíduos com lesões bilaterais da amígdala não aprendem a discriminar as contingências e pacientes com lesões no CPF-MV continuam realizando escolhas dos baralhos desvantajosos, apesar de discriminarem explicitamente as contingências.

Os estudos também demonstraram que os pacientes com lesões do sistema amígdala-CPF-VM não apresentam aumentos antecipatórios de respostas psicofisiológicas previamente associadas às escolhas dos baralhos desvantajosos. Damasio (1994) chama essas alterações psicofisiológicas de “marcadores somáticos”, postulando que têm origem na região da ínsula e funcionam como sinais viscerais que orientam de forma não-consciente o processo de tomada de decisão.

Estudos clínico-neuropsicológicos mostram que pacientes com lesões bilaterais da amígdala exibem déficits comportamentais na aprendizagem pela experiência, muito semelhantes ao transtorno borderline de personalidade. Por sua vez, os pacientes com lesões no CPF-VM apresentam alterações na adaptação social muito semelhante a uma “psicopatia adquirida”: humor exaltado, falta de crítica, desinibição sexual etc.

Indivíduos psicopatas apresentam, a propósito, padrão semelhante de deficiências nos marcadores somáticos na IGT (Bechara *et al.*, 1999).

Koenigs e colaboradores (2007) investigaram o perfil de juízos morais emitidos por pacientes com inteligência preservada e lesões no CPF-VM em dilemas pessoais fáceis e difíceis. Não houve diferenças quanto aos juízos morais fáceis. Nos difíceis, entretanto, os pacientes com lesões no CPF-VM se diferenciaram dos controles e de pacientes com lesões cerebrais em outras localizações por apresentarem frequência bem maior de aceitação de juízos utilitaristas. Os resultados dos estudos clínicos e experimentais revisados sugerem, portanto, que as regiões do CPF-VM implementam as reações emocionais subjacentes às intuições morais descritas pelos psicólogos.

2.3. Moralidade e racionalidade

Portanto, não há dúvida de que os dilemas morais despertam reações emocionais fortes, fato não devidamente valorizado pelos cientistas durante décadas. Até os anos 80 a pesquisa focalizava o juízo moral a partir de uma perspectiva racionalista. Supunha-se que as questões morais deflagrassem um processo deliberativo racional, tendo como desfecho a emissão de juízo sobre a adequação moral de uma decisão. Paralelamente ao seu desenvolvimento cognitivo, ao longo de seus primeiros anos o indivíduo iria aperfeiçoando sua capacidade de raciocínio moral. Ficavam, contudo, sem explicação as razões pelas quais a correlação entre a capacidade de juízo moral e o comportamento era menos que perfeita.

Resultados de pesquisas posteriores sugerem que o sentido da relação entre moralidade e racionalidade precisa ser repensado (Haidt, 2001). Ao invés de meras coadjuvantes, as reações emocionais têm precedência e determinam fortemente a natureza dos juízos morais. O raciocínio moral ocorre mais tardiamente e funciona como tentativa *post hoc* de encontrar justificativas lógicas para um juízo formado de modo intuitivo num momento anterior.

A natureza emocional e intuitiva dos julgamentos morais é apoiada por várias linhas de evidência, a primeira das quais é exemplificada pelo trabalho de Jonathan Haidt (1993, 2001). Haidt e colaboradores (1993) apresentaram dilemas morais a indivíduos de diversas idades e níveis educacionais nos Estados Unidos da América e

no Brasil. As pequenas histórias ilustradas que apresentavam os dilemas eram construídas de tal forma que o comportamento dos personagens desencadeava fortes sentimentos de rejeição moral, mas, ao mesmo tempo, não podiam ser condenados a partir de uma perspectiva utilitarista. Apesar de não envolverem quaisquer malefícios para si ou outrem, os comportamentos eram pouco usuais e aumentavam o nível de arousal afetivo.

Nesse e em outros estudos a reação dos participantes era de perplexidade. As crianças, os indivíduos de menor escolarização formal, bem como os brasileiros, tendiam a condenar mais veementemente o comportamento dos personagens. Solicitados a justificar de modo racional seus juízos, mesmo as pessoas mais educadas experimentavam dificuldade para encontrar argumentos racionalmente organizados. Haidt (2001) sugeriu que os juízos morais são, em grande parte, intuitivos e emocionalmente influenciados, as racionalizações ocorrem *post hoc* e a formulação de juízos morais cumpre importantes funções regulatórias do próprio comportamento, bem como do comportamento alheio através da interação social¹⁶⁴.

Outra linha de evidência para a natureza intuitiva da moralidade são as atitudes morais reveladas pelo teste de associações implícitas (TAI) (Greenwald *et al.*, 1998). O TAI avalia o grau em que dois estímulos-alvo apresentados visualmente (comportamentos e animais) são associados a dois atributos (bom versus mau). A medida dependente é o tempo de reação (TR), aferindo o processamento automático e não os auto-relatos verbais dos participantes. Na linha de base, as respostas aos comportamentos e animais bons devem ser realizadas com a tecla A, enquanto a tecla B é usada para responder aos comportamentos e animais maus. Na fase experimental, a contingência é invertida: os participantes respondem aos comportamentos e animais maus usando a tecla A e pressionam a tecla B para os comportamentos e animais bons. O TAI cria uma situação de conflito cognitivo-motor, na qual uma resposta previamente associada a um dado conteúdo semântico precisa ser utilizada para estímulos com significado oposto. Os TR nos ensaios semanticamente incongruentes

¹⁶⁴ 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: 140). Para uma crítica filosófica ao “intuicionismo social” de Haidt, cf. Appiah, 2010.

são comparativamente maiores aos dos ensaios congruentes, indicando que os indivíduos implicitamente associaram um padrão de resposta a determinada valoração moral.

O TAI é usado para investigar diversos fenômenos sócio-emocionais, tendo contribuído, inclusive, para a identificação de atitudes racistas em participantes que se autodeclaravam não racistas (Phelps *et al.*, 2006). Estudos de neuroimagem funcional mostram que durante o TAI a ativação da amígdala ocorre de forma automática, enquanto a ativação de áreas do córtex pré-frontal dorsolateral se correlaciona com o esforço deliberado para suprimir as atitudes racistas implícitas (Cunningham *et al.*, 2004). Paralelamente, no TAI moral são ativadas áreas do córtex pré-frontal medial ântero-dorsal, associadas com a monitoração da atividade mental e com a resolução de conflitos cognitivos. Os resultados com o TAI confirmam, assim, a existência de atitudes morais implícitas, as quais são ativadas rápida e automaticamente e têm potencial para influenciar todo o processamento ulterior de informação.

2.4. Implicações jurídicas

Os estudos provenientes de outras áreas de conhecimento não somente tem representado um câmbio na imagem que temos do mundo e de nós mesmos, rebaixando uma vez mais o orgulho dos juristas que nos fizeram (e ainda nos fazem) crer em tantas falsidades, senão que também têm levado a descobrirmos que em sede de realização do direito (isto é, de interpretação, justificação e aplicação) no cérebro humano participam processos neuronais que estão intimamente ligados a estados mentais-psíquicos conscientemente vividos e que, da mesma forma e em igual medida, processos inconscientes antecedem e afetam aos conscientes de maneira determinada.

A circunstância de que os valores, princípios e normas jurídicas demandam um processo deliberativo casuístico, complexo e intuitivo na sua aplicação a situações concretas, força uma revisão da idéia de um sujeito-intérprete racional, uma espécie de *homo oeconomicus*, não confirmado pela psicologia e neurociência contemporâneas. A operacionalização do princípio da autonomia do operador do direito pela ciência jurídica (seja juspositivista ou jusnaturalista) está fundamentada numa concepção

normativa do ser humano como agente racional, que conflita com os dados empíricos. Os julgamentos e decisões na vida real de pessoas normais muitas vezes se afastam do modelo econômico racional.

Os indivíduos têm dificuldades para perceber os riscos e trabalhar com probabilidades. Muitas decisões importantes são tomadas com base em heurísticas, selecionadas por sua adaptatividade no ambiente ancestral. Limitações de processamento de informação, bem como fatores motivacionais e emocionais não-conscientes, influenciam, de forma importante, o processo de tomada de decisão no âmbito do direito. Os avanços das ciências comportamentais e neurociências estão mudando radicalmente as intuições que as pessoas fazem sobre os conceitos fundamentais das teorias de interpretação e argumentação jurídica, tais como racionalidade, autonomia, intencionalidade, etc. Um após outro, tais pressupostos estão sendo invalidados. É como se tivéssemos noções intuitivas, formuladas a partir do senso comum e que constituem a pedra fundamental das teorias da interpretação e argumentação jurídica contemporâneas.

Como o referencial científico é incompatível com o intuitivo e como não podemos viver indefinidamente em uma situação de dissonância cognitiva¹⁶⁵, é possível prever que, gradualmente, o referencial intuitivo será modificado. Afinal, o mesmo já ocorreu quando o mundo deixou de ser uma superfície plana... As emoções e intuições que contaminam todo e qualquer processo de tomada de decisão em humanos devem ser consideradas na normatização dos procedimentos próprios da tarefa interpretativo-argumentativa. Além das limitações inerentes à arquitetura do sistema cognitivo há inúmeros outros fatores não controláveis que limitam e condicionam a capacidade decisória, predominantemente realizada de forma intuitiva e subjetiva.

¹⁶⁵ A dissonância cognitiva é um conflito entre duas idéias simultâneas e contraditórias que cria desassossego e stress nas pessoas, ou, o que é o mesmo, “*la tensión que sentimos cuando nos damos cuenta (por poco que sea) de que dos o más de nuestras convicciones están en conflicto*” (Marcus, 2010: 169). Como sugeriram os psicólogos norte-americanos Carol Tavris e Elliot Aronson (2008) ao difundir o conceito das dissonâncias – isto é, de que dissonância é tudo aquilo que não coincide exatamente com a idéia que temos das coisas, em função, obviamente, de nossos próprios interesses -, há zonas ativas do neocórtex cerebral que, literalmente, se bloqueiam quando aos participantes em experimento se lhes dá informação dissonante, quer dizer, informação que atenta contra suas convicções, tanto sobre assuntos importantes como secundários. E não se trata unicamente de que o cérebro seja particularmente receoso ou meticuloso à hora de cuidar e filtrar opiniões discordantes. Simplesmente, se inibem os circuitos cerebrais implicados para que a dissonância não possa sequer ponderar-se.

Ademais, os dados revisados indicam que até mesmo os fatores e/ou valores mais ínfimos podem comprometer a capacidade decisória de um indivíduo. Mas também é importante não cair na tentação de achar que essas dificuldades práticas e limitações possam ser solucionadas apenas por regras ou procedimentos mais rigorosos. Uma normatização metodológica adequada é passo importante, mas teorias processuais puras do discurso normativo, guiadas por rigorosa lógica, levariam a renunciar à experiência humana na sua elaboração, trazendo – embutido em seus meandros – o risco de um formalismo e racionalismo extremos, isto é, de manipulação dos juízos morais a serviço de interesses escusos.

Uma teoria da interpretação ou argumentação jurídica desenvolvida desde um enfoque puramente formal-processual abandona, de forma irreal e não factível, a evidência de que a natureza humana não somente gera e limita as condições de possibilidade de nossas interpretações senão que, e muito particularmente, guia e põe limites ao conjunto normativo e metodológico que deve regular e guiar os processos de tomada de decisão. Tão vital quanto os modelos ideais de interpretação e argumentação jurídica é a tomada de consciência dos operadores do direito (nomeadamente dos magistrados) quanto à complexidade dos fatores, inatos e adquiridos, envolvidos na atividade interpretativa.

Por muito precisas ou definidas que possam ser as regras jurídicas formais, por muito que se possam descobrir uniformidades detrás dessas regras formais, ainda com tudo isso é impossível, e sempre será impossível, estabelecer um modelo fundado na teoria da racionalidade absoluta, devido ao caráter limitado da capacidade cognitiva do sujeito-intérprete, a partir da qual as decisões são geradas. Por muito que possa precisar-se o conteúdo das normas ou as regras de procedimento do discurso normativo, seja mediante argumentos semânticos, lógicos ou puramente dogmáticos, o certo é que o processo de decisão é, em alto grau, influenciado por fatores que fogem completamente ao controle consciente e racional do operador do direito. Sobre estes não pode existir certeza, pois sempre são reconstruídos sobre bases precárias e contingentes (emoções, desejos, preferências, memórias, etc.).

O problema, contudo, é que as distintas correntes metodológicas da atualidade - não importa se se trata da exegese hermenêutica, do principialismo, da retórica, da lógica jurídica, do formalismo ou das mais modernas teorias da argumentação -, tratam, por todos os meios a seu alcance e de maneiras explícitas ou implícitas, de combater o fantasma da irracionalidade. Se quiséssemos propor uma hipótese de

trabalho um tanto extrema, poderia dizer-se que toda a história da metodologia jurídica se reduz a uma *luta* constante e a morte contra esta forma básica de subjetivismo jurídico. A totalidade do arsenal metodológico e do instrumental conceitual (desde os antigos cânones da interpretação de Savigny, passando pelos *topoi* de Vieweg, pela lógica fundacional de Klug, pelo tribunal da razão de Toulmin até as mais modernas construções de Alexy, MacCormick, Aarnio e Atienza), não é outra coisa que uma forma de enfrentar os problemas que levantam o subjetivismo ante as regras e ante os fatos.

E mais, nos atreveríamos a dizer que, se fosse possível tomar em conta todos os componentes que há proposto a metodologia jurídica no último século, teria bons elementos para dizer que todas as formas da suposta racionalidade absoluta do sujeito-intérprete foram finalmente derrotadas. Sem embargo – *e aqui vem o fundamental de nossa posição* – o problema central *não* radica nas normas (positivismo/normativismo), nem nos valores (jusnaturalismo) e nem nos fatos (sociologismo jurídico), senão nas pessoas. De nada serve ser racionalista frente às normas, aos valores ou aos fatos, se não se tem em conta o elemento fundacional: aos seres humanos que trabalham sobre essas normas e esses fatos. Por isso, resulta conveniente acunhar uma nova forma de racionalidade jurídica que seja mais amigável com as investigações procedentes de outras ciências. Segundo estas, toda e qualquer construção teórica e/ou metodológica (independentemente de quão rigorosa, lógica ou “verdadeira” seja) se encontra determinada, condicionada e limitada às condutas humanas que lhe dão origem.

A matéria prima, a substância, o elemento *sine qua non* das construções científico-rationais é a pessoa que está detrás delas. São os indivíduos (com suas virtudes, mas também com seus prejuízos, memória, emoções e intuições) os que determinam, em última instância, a solução satisfatória e a eficácia operativa das normas jurídicas. Em todos estes estágios haverá que considerar o *fator humano* como a variável realmente decisiva. As normas poderão ser precisas, os valores e princípios indiscutíveis, os fatos demonstráveis, mas se não há uma disposição anímico-pessoal ativa para sua interpretação, cumprimento e apreensão, então os logros alcançados serão sempre débeis, precários e inseguros. Desde aqui se pode extrair uma máxima

metodológica de ação: mirar sempre à atividade interpretativa a partir de sua dimensão humana e na totalidade de suas intrincadas manifestações¹⁶⁶.

Em resumo: os cultores da metodologia jurídica poderão continuar realizando todas as precisões conceituais e os desenvolvimentos epistemológicos que queiram, mas sempre subsistirá o *ser humano* encarregado de sua implementação prática e vital. E como a história demonstra - inclusive com exemplos brutais- que na aventura humana entram toda classe de considerações em jogo, então o mais conveniente será ser prudente e não dar jamais renda solta à imaginação – como o “asno de Buridan” e a possibilidade de ponderar toda decisão através da razão¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Daí a razão pela qual a relação entre objetividade e subjetividade deve conceber-se de outro modo muito mais profundo do que se faz na atualidade, porque esta espécie de oscilação entre objetivo e subjetivo não tem nenhum sentido. Explico: há três tipos de objetividade interpretativa e que tendem a confundir-se. O primeiro consiste em que se pode ser objetivo no sentido de fazer interpretações validadas intersubjetivamente – assim, alguns indivíduos podem pôr-se de acordo sobre um determinado discurso jurídico; o segundo tipo de objetividade consiste em ser desapaixonado, tratar de ser fiel à verdade, não deixar que nossa interpretação ou nossos juízos de valor se confundam com nossos desejos; o terceiro tipo é fazer dos procedimentos e regras metodológicas os suficientemente explícitos e detalhados, de modo que qualquer outro que adote esses procedimentos e regras possa realizar a tarefa interpretativa da mesma maneira e chegar a idênticas soluções. Contudo, o único tipo de objetividade que não se pode ter é pretender fazer uma interpretação que seja objetiva no sentido de ser independente do intérprete, uma interpretação que não implique de alguma maneira as experiências pessoais de quem a leva a cabo. Isso não parece ser definitivamente possível: todos nos encontramos pessoalmente implicados na interpretação que fazemos e, por este motivo, não resulta possível tomar decisões completamente objetivas. Em resumo, em sede de interpretação e aplicação do direito, somente é possível ser, em certo modo, *objetivo sobre a subjetividade*, e este é o paradoxo mais profundo que somos capazes de imaginar.

¹⁶⁷ Como se sabe, o “asno de Buridan” diz respeito a um ponto de vista imaginário segundo o qual um asno, diante de dois montes de feno igualmente acessíveis e apetitosos, se detém e não decide enquanto pondera por uma decisão; em consequência disso, termina morrendo de inanição (ou de sede). Trata-se, segundo alguns autores, de um paradoxo, já que não come em virtude de retrazar sua eleição para determinar mais completamente os resultados possíveis da opção mais racional. Em um contexto de interpretação ligeiramente distinto, o significado atribuído ao paradoxo é que permite reconhecer que toda e qualquer decisão não pode ser exclusivamente racional. Daí que, de acordo com Damasio, o papel das emoções é o de reduzir o número de opções a serem avaliadas pela análise racional e não emocional de custo-benefício aquando do processo de tomada de decisão, ou como afirma Evans, as emoções impedem que nos percamos em infundáveis explorações entre opções de ação potencialmente infinitas providenciando-nos uma estratégia de busca adequada a cada um dos problemas com que nos deparamos. Por seu turno, Mameli “arrisca” um pouco mais que Damasio e Evans afirmando que nos seres humanos a escolha entre diferentes vias de ação é sempre determinada pelas emoções. As nossas capacidades deliberativas foram construídas em cima das nossas capacidades emocionais e estão, por isso, inextricavelmente ligadas a estas. É por esse motivo que apenas somos capazes de decidir quando ajudados pelas nossas emoções. De acordo com Mameli, uma decisão nunca é puramente racional, são sentimentos inconscientes que determinam a ação (para consulta dos autores aqui citados, cf. Evans e Cruse, 2004; cf. também Evans, 2002).

3. A interpretação da lei e as representações cerebrais

Como o fazem? Como se pode analisar a atividade interpretativa tomando como referência sua dimensão propriamente humana? Para o que aqui nos interessa, começaremos por recordar que o problema da realização do direito levanta ao menos três questões fundamentais: de ordem epistemológica, de ordem axiológico-política e de ordem subjetivo-individual do jurista-intérprete. E porque para a hermenêutica o modelo sujeito-objeto não é viável no âmbito das ciências humanas, a subjetividade presente em todo ato de compreensão, interpretação e aplicação jurídica deveria abordar-se por meio da análise dos processos cerebrais levados a cabo pelo operador do direito.

Dito de outro modo, esse contexto estabelece que os operadores do direito vivem das representações e significados que se passam na mente, isto é, que são processados em suas estruturas cerebrais. Daí que, como dissemos antes – e não nos parece nenhum exagero repetir –, o juízo ético-jurídico baseado não somente em raciocínios senão também em emoções e sentimentos morais produzidos pelo cérebro, não pode ser considerado como totalmente independente da constituição e do funcionamento desse órgão que, em uma primeira aproximação, parece não dispor de uma sede única e diferenciada relacionada com a cognição moral e o juízo normativo que dita o sentido do direito e da justiça.

Pois bem, o conceito de representação procede da teoria kantiana do conhecimento segundo o qual a realidade existe para cada um em particular somente em sua imaginação. Portanto, é somente sua representação. O mundo que vemos é um mundo concebido através da construção feita a partir de estímulos físicos por uma maquinaria que é nosso cérebro: a realidade objetiva é “realidade” entanto que realidade humana percebida pelo cérebro humano (Llinás, 2003).

Em neurociência se vem usando o termo representação de forma sistemática para aludir ao conjunto de correlatos neuronais que se dão em nosso cérebro do mundo exterior. Neste marco parece possível não somente aceitar a equivalência entre representação e padrão de atividade cerebral senão também, e muito particularmente, intentar avançar no significado do conceito de representação com base no paradigma admitido pela neurociência. Isto é importante porque nos conduz ao conceito de

estabilidade na atividade cerebral como fator determinante da evolução dos padrões , por exemplo, no ato de compreensão, interpretação e aplicação do direito.

Para seguir nesta direção é útil imaginar um simples experimento que poderíamos fazer com uns quantos operadores do direito, com semelhante preparo intelectual e formação profissional, interpretando uma lei . Suponhamos que lhes mostramos a todos um mesmo texto legal (que envolva um dilema moral ou ético-jurídico), lhes pedimos que tratem de interpretar e compreender seus matizes e que depois lhes pedimos que expressem com detalhes um determinado desenho acerca da posição pessoal de cada um sobre o referido enunciado normativo.

Se verdadeiramente estes operadores têm semelhante preparação intelectual e formações profissionais nos poderão fazer desenhos praticamente iguais, a menos que o texto legal (ou dilema) contenha detalhes difíceis de interpretar. Portanto, estes operadores tiveram acesso a uma realidade tangível e objetiva do mundo exterior que se haverá armazenado como representação em seus cérebros em forma de padrões de atividade de distintas regiões cerebrais. Não há, contudo, razões para pensar que as zonas cerebrais ativadas serão idênticas nos distintos intérpretes. Na mesma medida, se bem a experiência seja a mesma, o registro a nível cerebral – a marca sináptica – será diferente, o que os levará seguramente a tomar decisões de cariz muito diverso¹⁶⁸.

Com toda segurança haverá um alto grau de correspondência no trabalho realizado por regiões cerebrais. Por exemplo, com toda segurança se haverá ativado o córtex cerebral occipital quando os sujeitos visualizavam o texto legal, assim como o córtex frontal e o sistema límbico para poder levar a cabo uma conduta relacionada com o processo de toma de decisões – cujo produto será o resultado, segundo Llinás (2003: 291-292), da ativação simultânea do sistema talâmico-cortical, que unifica temporalmente os elementos fracionados da realidade interna e externa, representados pela atividade neuronal de regiões cerebrais espacialmente dispersas, isto é, integrando os diversos sistemas sensoriais em uma unidade perceptual.

Mas se descendemos ao nível dos neurotransmissores e os potenciais sinápticos, que constituem a linguagem de comunicação dos neurônios (de modo que

¹⁶⁸ Aliás, recordemos que a chamada plasticidade neuronal demonstra precisamenete que o cérebro é maleável, que nossas experiências e emoções deixam marcas psíquicas e físicas no cérebro, o transformam continuamente e determinam nossas decisões e ações desde o inconsciente. Como recordam Ansermet e Magistretti (2006: 49), *“nunca utilizamos dos veces el mismo cerebro, sino que lo esculpimos mientras vamos viviendo”*.

maiores quantidades de neurotransmissores liberados produzem maiores potenciais sinápticos), não há nenhuma razão para esperar que haja dois neurônios idênticos respondendo identicamente no momento da tarefa interpretativa. A demonstração mais simples disto é a redução ao absurdo baseada no fato de que não é previsível que haja dois cérebros, simplesmente, com o mesmo número de neurônios e conexões sinápticas que geram e determinam os processos cerebrais associados com a percepção, os padrões de pensamento e o sentido de ação (no caso, com o processo de observar, avaliar e decidir).

Um de nossos operadores pode ser jovem e outro mais velho, circunstância em que a forma como as redes de unidades de tipo neuronal, com conexões de tipo sináptico e uma organização paralela, realizam certas tarefas complexas (como a memória associativa e o reconhecimento de padrões) seja distinta. Cada um terá sua representação resultante de seu próprio padrão de atividade cerebral e das interações sinápticas produzidas pela experiência e pela história particular de cada cérebro (esta característica de câmbios, já vimos, se conhece com o nome genérico de plasticidade neuronal e pode estar na base da individualidade associada à experiência, dissociada do determinismo genético).

O que não quer dizer que a realidade não exista objetivamente e que somente exista em nossa imaginação, senão que são nossas experiências pessoais (e interpessoais) que influem e condicionam diretamente sobre o modo em que construímos (em que nosso cérebro constrói) a realidade. Como recorda Evers (2011: 50), *“el cerebro no es una especie de procesador que recibe datos del entorno y los elabora produciendo resultados de manera estrictamente determinista; es, antes bien, dinámico y variable, activo de manera consciente y no consciente, y su arquitectura está sujeta al impacto social, en especial debido al considerable peso de las improntas culturales almacenadas en él epigenéticamente”*.

De fato, o problema filosófico segue vigente porque não se trata tanto de se existe uma realidade senão dos critérios de fundamentação dessa mesma realidade - uma vez que as percepções são o resultado de um processo psicológico que combina o que os olhos vêem com o que já pensamos, sentimos, sabemos, queremos e acreditamos, e ato contínuo utiliza essa combinação de informação sensorial e conhecimento já existente para construir nossa percepção da realidade. E porque ninguém pode viver sua realidade (nem, por certo, interpretá-la) sem o concurso irrenunciável de sua atividade mental, detrás de dois cérebros distintos podem

esconder-se mundos e formas de conceber e de sentir a realidade de maneira completamente diferente. Por conseguinte, e no que se refere ao problema da percepção, parece razoável concluir que provavelmente nossas percepções sempre são problemáticas, porque o que sabemos nos leva a pensar que sempre implicam um desajuste respeito à realidade.

Dito de modo mais simples (e jurídico): porque não há dois cérebros que sejam iguais (nem sequer os de gêmeos idênticos), porque cada cérebro constrói o mundo de maneira ligeiramente distinta dos demais cérebros, porque cada cérebro difere funcionalmente no modo em que armazena, recupera e processa a informação, não há uma interpretação definitiva do que expressa a “norma”, senão simplesmente uma interpretação dentro de nossas cabeças (uma construção pessoal), interpretação que se desencadeia através dos elementos externos que melhor estamos preparados para registrar. Depois, o problema que tem que afrontar o cérebro aqui é que os sinais procedentes do mundo (em nosso caso, da norma) não costumam representar uma mensagem codificada, senão que são potencialmente ambíguos e dependentes do contexto, e não vem necessariamente acompanhado de juízos prévios sobre seu significado (Edelman, 1987).

Daí a razão pela qual que ler um texto necessariamente implica interpretá-lo. Sem embargo, supomos que muitos ainda fomentem uma concepção muito pouco elaborada acerca do processo de realização do direito, a saber, que o objetivo de interpretar um texto é, simplesmente, deixar que este “fale por si mesmo” para descobrir o significado inerente a suas palavras¹⁶⁹. A verdade, contudo, é que o significado não é inerente e que os textos não falam por si mesmos. As normas jurídicas não possuem representação de valor. As normas possuem somente palavras. Quais os valores e significados que devem ser ligados a estas palavras são problemas vinculados à tarefa dos intérpretes. E ele estabelecerá sempre aquilo em que ele mesmo

¹⁶⁹ De fato, para que isso ocorresse, para que fosse perfeita, a linguagem empregada pelo legislador, teria que - entre outras coisas: a) não ser ambígua (salvo, talvez, quando o legislador pretende ser ambíguo à propósito); b) sistemática (em lugar de idiossincrásica); c) estável (de modo que, por exemplo, os legisladores fossem capazes de comunicar-se claramente com os destinatários das normas e/ou seus intérpretes autorizados); d) não redundante (para não perder tempo e energia); e) ser capaz de expressar de forma concisa e convincente todos e cada um de seus objetivos e/ou finalidades. Em resumo, cada palavra se utilizaria de uma maneira constante e desembruscada, cada frase seria limpa e desenturvada como uma fórmula matemática: uma norma com essas características seria totalmente analítica e mostraria à simples vista a estrutura lógica dos fatos (princípios e valores) asseverados ou negados.

crê (D. Simon, 2006): nenhuma lei é fruto de uma verdade estabelecida, senão expressão da “vontade pública”, sempre sujeita à interpretação.

Os textos se interpretam e quem os interpretam (assim como quem os escrevem) são seres humanos de carne e osso, que somente podem compreendê-los à luz de seus prejuízos e outros conhecimentos, que é o que fazem ao intentar desentranhar seus significados colocando suas palavras “em outras palavras” - como recorda Rose (2006), nossas mentes funcionam com (e reagem aos) significados, e não somente com informações. O intérprete-leitor, injetando elementos de subjetividade, altera as palavras originais do texto, buscando, num *continuum* desse processo unitário, encontrar para o resultado de sua interpretação uma fundamentação/justificação racionalmente convincente.

Isto, diga-se de passo, não é algo opcional no processo de leitura/ interpretação; não é algo que possamos eleger não fazer quando examinamos séria e cuidadosamente um texto. O único modo de entender um texto é lendo-o, e o único modo de lê-lo é interpretando-o, a saber, pondo suas palavras em outras palavras, e o único modo em que é possível fazer tal coisa é tendo outras palavras que colocar em lugar das originais, e único modo de ter essas outras palavras é havendo vivido, quer dizer, tendo prejuízos, desejos, necessidades, aspirações, crenças, perspectivas, visões do mundo, opiniões, preferências, aversões e todos os demais traços que fazem humanos aos seres humanos. E temos, assim, que ler e interpretar um texto é, necessariamente, prejudgá-lo: sempre buscamos entender o que seus autores dizem ao mesmo tempo que nos esforçamos por conhecer o significado que esses textos tem para nós, como podem ajudar-nos a compreender nossa própria situação e dar sentido aos próprios ideais e valores que conformam nossas vidas. Em síntese, as normas não falam por si só; é mais, se não são interpretadas, não dizem nada.

O problema é que embora nossas representações tenham um substrato material que são os correlatos cerebrais ou padrões de atividade neuronal que se estabelecem individualmente, ainda não há uma resposta clara acerca de como tem lugar este processo, uma vez que, para tanto, haveríamos de ser capazes de determinar , se é que é possível, o limite entre percepção, emoção, memória e cognição¹⁷⁰. Para tratar de

¹⁷⁰ Para Linden (2010: 113 e ss.), por exemplo, resulta impossível separar, na experiência, a emoção da percepção (de todos os nossos sentidos): “*En el mismo momento em que tomamos conciencia de las sensaciones, ya intervienen las emociones, es decir, éstas ya han provocado respuestas emocionales que en gran medida escapan a nuestro control y que se han utilizado*

aclarar a complexidade do problema podemos recorrer ao exemplo de nossos intérpretes.

Quando viram o texto legal se puseram em marcha seus circuitos visuais, o que significa que uma série de sinais navegou desde seus olhos através das vias nervosas correspondentes até o córtex cerebral ativando, na mesma medida, o sistema límbico. Com toda segurança todos identificaram que se tratava de uma lei porque previamente haviam visto objetos parecidos; e porque a memória é a principal causa da idiosincrasia cognitiva humana, o modo em que pensam na lei invariavelmente configura o que recordam, e o que recordam incidirá nas soluções as que chegarão. Ademais, dispunham de interações sinápticas modificadas ao efeito. Quando trataram de compreender os detalhes dessa lei em concreto tiveram que produzir-se novas modificações sinápticas - ou novas ramificações ou reforço das já existentes; em qualquer dos casos, suas respectivas percepções da realidade e suas características desvelarão o traço ou pontos de vista de cada intérprete de igual forma que refletirão as coisas que representa. E parece ser este o momento em que a dimensão humana do potencial de subjetividade impõe suas pautas.

Agora: Quando foi suficiente? Em que nível o processamento de informação se torna significado, conhecimento, consciência? Quanto teve que modificar as interações sinápticas para que se estabelecesse a representação dessa lei? Como se decidiu que era suficiente? Tem estes presuntos processos ou séries de processos algum aspecto de caráter universal, no sentido de que contam com algum componente nuclear comum capaz de determinar em cada indivíduo sua particular valoração do que é ou deixa de ser justo? Será possível algum dia descrever esse processo ou processos (ou os componentes chave) em termos mais objetivos? Cabe buscar sua origem em algum padrão idiosincrásico de atividade neural que contenha ao menos alguma seqüência espaço-temporal identificável compartilhada por todos os indivíduos? A diferença do que parece ocorrer na base neural das faculdades artísticas (Changeux,1994; Vigouroux,1992), existem algumas áreas neuronais cuja intervenção específica seja em certo modo crítica e universal no marco da atividade amplamente distribuída que muito provavelmente subjaz - como em todos os processos cognitivos superiores (Vigouroux,1992) - ao fenômeno da experiência moral? Em que medida contribuem a herança e a história de aprendizagem de cada indivíduo no pôr em marcha ou na

para planear acciones y motivar los actos que otros hacen [...]: la emoción es integral a la sensación y no es fácil ni sensillo separar la una de la otra ”.(Linden, 2010: 113 , 115 e 120).

ativação desse suposto padrão funcional? Podem ser de utilidade as modernas técnicas de neuroimagem não tanto para a localização estrita da sede cerebral de tal traço de atividade, senão, mais bem, para a identificação da implicação diferencial de certos circuitos distribuídos?

Simplemente não o sabemos. Parece não existir no cérebro nenhuma área específica (e se houver a neurociência ainda não conseguiu descobri-la) em que a neurofisiologia misteriosamente se torna psicologia. O que há é um padrão de ativação cerebral que pode implicar um número considerável de estruturas cerebrais e que em algum momento é suficiente como para que o sujeito-intérprete possa compreender o objeto interpretado: um trabalho que envolve múltiplas e distintas regiões do cérebro (não necessariamente conectadas por simples trajetos sinápticos ou sinapticamente distantes) contribuindo harmoniosamente para o todo (ou envolvidas em aspectos complementares da mesma tarefa: de cada região, de acordo com suas possibilidades, para cada uma, de acordo com suas necessidades – Rose, 2006)¹⁷¹.

Seja como for, conhecer como se realizam as conexões dos neurônios ao estabelecer as redes que levam aos juízos, quer sejam morais ou, como no caso de alguns experimentos estéticos já levados a cabo (Cela-Conde et al., 2004 e 2009), é necessário para se ter uma idéia, ainda que limitada, acerca do processamento mental¹⁷², do real alcance da racionalidade humana e de nossa inata predisposição para

¹⁷¹ Dito de outro modo, embora a disciplina do estudo do direito no campo da neurociência esteja apenas no seu começo, as contribuições até agora trazidas por inúmeras pesquisas pioneiras nesta área são evidentes. Neste particular, por exemplo, já se sabe que a tarefa de aplicação e interpretação normativa é um processo rigorosamente mental e intelectual que envolve não somente a razão senão que também a emoção; um composto dos dois, formado por vários sistemas neurais com funções distintas. A interpretação/aplicação legal exige, assim, um conjunto de altas habilidades mentais, como o entendimento de uma situação, a avaliação da sua valência emocional, a ativação (ou evocação) de normas da memória de longa duração, a manutenção destas normas evocadas na memória de trabalho, a comparação desta norma com o comportamento analisado e a decisão de se ocorreu de fato alguma das hipóteses previstas na norma jurídica, tudo isso sob a influência de processos emocionais. De fato, com base nas pesquisas neurocientíficas realizadas até o momento, as principais áreas cerebrais envolvidas no processo de interpretação/aplicação normativa parecem ser: o córtex pré-frontal, o córtex ventromedial, o córtex dorsolateral, o córtex orbitofrontal, a amígdala, o hipocampo (para o caso de evocação da memória declarativa e contextual), a ínsula, o córtex cingulado anterior e o striatum dorsal.

¹⁷² Note-se que para Haidt (2006) o julgamento moral é como o julgamento estético. Quando você vê uma pintura, em geral sabe automática e instantaneamente se gosta ou não (Cela Conde et. al., 2004). Se uma pessoa lhe pede para explicar seu julgamento, você confabula (isto é, fabrica facilmente razões para explicar o próprio juízo ou comportamento). Não sabe ao certo por que acha que dada coisa é bela, mas seu módulo intérprete é habilidoso na construção dos motivos, como descobriu Gazzaniga em seus estudos (p.e., 2005). Você busca um motivo plausível para gostar do quadro e utiliza a primeira razão que faz sentido (talvez

formular um conhecimento prévio (gerar expectativas) acerca dos demais e dos fenômenos que nos rodeiam – isto é, para prejudicar¹⁷³.

algo vago sobre cor, ou a luz, ou o reflexo do pintor no nariz do palhaço, que brilha). Os argumentos morais são basicamente os mesmos: duas pessoas têm uma posição forte a respeito de uma questão, mas os sentimentos vêm em primeiro lugar e suas razões são inventadas às carreiras. Quando você refuta o argumento de outra pessoa, ela em geral muda de idéia e passa a concordar com você? Claro que não, porque o argumento que você defendeu não foi a causa de sua oposição; foi gerado depois que o julgamento já tinha sido feito. É que embora nossas mentes sejam confederações indefinidas de partes, nos identificamos mais com uma parte, prestando-lhe mais atenção: o pensamento verbal consciente. Daí porque Gazzaniga (1999) se refere aos centros de linguagem no córtex esquerdo do cérebro como o “módulo intérprete”, cuja função seria comentar sobre o que o *self* está fazendo, embora o módulo intérprete não tenha acesso às causas ou motivações reais do comportamento do *self* – a afição de buscar explicações muito elaboradas acerca de nosso comportamento é uma “virtude” da que todos estamos bem dotados: é sempre melhor ter uma razão para fazer algo (qualquer razão) que não ter razão alguma (Carter, 2002). Os estudos de Gazzaniga são importantes porque mostram, de maneira dramática, que o módulo intérprete é ótimo em inventar explicações convincentes para o comportamento, ainda que e mesmo quando desconheça a causa e os motivos que o levaram a tal. Como recorda Linden (2010: 235 e ss.), “*la función de construir narraciones coherentes de la corteza cerebral del hemisferio izquierdo, que nos predispone a crear relatos a partir de fragmentos de la percepción y la memoria, no para ni siquiera mientras dormimos [...] Nuestro cerebro ha evolucionado para hacernos creer*”. Por outro lado, essa diferença talvez explique a razão pela qual, segundo alguns autores, o cenário por meio do qual se revela a argumentação no jogo da cena jurídica (e, em particular, da jurisdicional) implica tanto a consideração do contexto de *descobrimiento* – ou seja, do processo mental mediante o qual se chega a estabelecer determinada premissa ou conclusão – como do contexto de *justificación*, isto é, da necessidade de motivação da decisão, da questão de como os juristas fundamentam suas decisões ou, dizendo de outro modo, do procedimento consistente em justificar dita premissa ou conclusão. Sobre a relação intuição/justificação moral cf. também: Hauser, 2006; Hauser et al., 2007; Cushman et al., 2006. Já para um estudo acerca dos defeitos da memória (a faculdade que nos permite visualizar o passado), da imaginação (a faculdade que nos permite visualizar o futuro) e da percepção (a faculdade que nos permite ver o presente), assim como dos problemas do realismo (a crença de que as coisas são em realidade como parecem mentalmente) como o primeiro passo de nossa percepção do mundo, cf. Gilbert, 2006.

¹⁷³ Mas ainda quando se disponha de um mapa espacial e temporal dessas funções cognitivas — algo que tardará em chegar— restará ainda pendente o explicar como se produziu a evolução dessas capacidades. É muito provável, diga-se de passo, que buscar a localização do pensamento, da emoção ou da atuação em áreas específicas do cérebro implique, ao fim e ao cabo, em cometer um erro de categoria (no sentido específico de atribuir a uma coisa propriedades que não pode possuir), porque esses processos são realizados não propriamente em uma área específica, mas em um padrão de interações dinâmicas entre regiões múltiplas do cérebro. Depois, seguimos sem entender como se produzem os fatos mentais mais triviais. Não sabemos o que ocorre no cérebro quando tomamos uma decisão, ou quando aprendemos um número de telefone. Nem sequer acabamos de entender para que serve dormir ou sonhar. A informação topográfica de que dispomos não proporciona conhecimento algum sobre os mecanismos subjacentes nem permite averiguar nem compreender o que ocorre no cérebro, senão somente onde ocorre. O cérebro constrói o mundo da percepção e a experiência. Alguns fótons emitidos pelo Sol e refletidos pelas coisas externas impactam na superfície da retina, donde são detectados pelos fotorreceptores. Os sinais luminosos são digitalizados e transmitidos pelo nervo óptico ao cérebro. Este os recebe e, a partir deles, constrói o mundo cheio de formas e cores que vemos. Esta visão é realista, mas representa a realidade de uma maneira autoconstruída. E ainda não conseguimos entender como o cérebro constrói o mundo percebido (cf. Linden, 2010).

4. Hermenêutica jurídica: mente, cérebro e “prejuízo”

4.1. Neurociência e “prejuízo”

Quando miramos dentro do cérebro vemos que nossas ações derivam de nossas percepções e nossas percepções (assim como nossa consciência) são um produto ou são construídas pela atividade do cérebro. Essa atividade, por sua vez, é ditada por uma estrutura neuronal formada pela interação de nossos genes com o entorno. Não há nenhum rastro de uma antena cartesiana que sintonize com outro mundo, não há nenhum fantasma em nosso solo, não há monstros nas profundidades, não há terras regidas por dragões, nem outros mundos, nem espíritos, nem estranhas forças ainda por desvelar, como a gravidade quântica (Penrose 1989 e 1994). O que os viajantes da mente estão descobrindo é um sistema biológico de assombrosa complexidade. Já não temos mais a necessidade de satisfazer nossa ânsia de assombro conjurando fantasmas: o mundo que há dentro de nossas cabeças é mais maravilhoso - e misterioso - que qualquer coisa que possamos inventar em sonhos (Carter, 2002). Somos o resultado de dois mundos: o mundo do corpo/cérebro - dos quais emerge a mente - e o mundo das criações culturais (aqui incluído, por certo, o direito) fundadas na atividade neuronal (uma sincronia em rede), mas que a transcendem.

E se nos situamos no âmbito propriamente do jurídico, nada disso deveria surpreender, uma vez que, como já dissemos, são duas as capacidades humanas que funcionam como fatores particularmente determinantes na formação e interpretação das normas jurídicas: a primeira, provavelmente compartilhada com outros animais, é a busca incessante de causas e efeitos; a segunda, o raciocínio ou juízo social - insolitamente desenvolvida nos humanos -, que consiste na capacidade de pensar nas pessoas e nos motivos que lhes levam a atuar (o que os cientistas denominam de “teoria da mente”¹⁷⁴).

¹⁷⁴ Recordemos, uma vez mais, que duas concepções aspiram a explicar no marco do naturalismo cognitivista a forma em que os homens se compreendem entre si: a *teoria da mente* (ou *do espírito*, como denominam os franceses) e a *simulação*. A teoria da mente é uma expressão ambígua porque reenvia a uma teoria explicativa do funcionamento da mente, sendo que os defensores da «teoria da teoria» não têm esta pretensão (Premack e Woodruff, 1978). Postulam que todo indivíduo é um psicólogo nato e dispõe de um conhecimento

implícito (uma teoria) do espírito que lhe permite especular sobre as múltiplas manifestações do psiquismo dos demais. Este conhecimento se instalaria progressivamente no cérebro de uma criança e lhe dotaria de regras que lhe permitiriam atribuir estados mentais aos demais, assim como decifrar seu conteúdo. A aquisição da “mentalização” se faria mediante a maturação de três módulos especializados. O primeiro, *theory of body mechanism* (Toby), permite ao bebê descobrir que os outros possuem uma energia interna que lhes permite mover-se: o bebê se reconhece como um móvel entre os móveis. Os dois seguintes, *theory of mind mechanism* (Tomm 1 a 2), reconhecem a intencionalidade: graças a Tomm 1 que debuta durante o primeiro ano, o bebê interpreta às pessoas como seres que perseguem objetivos no seno de seu entorno; Tomm 2, durante o segundo ano, permite à criança conferir ao outro atitudes proposicionais (pensar que, crer que, desejar que). Por outro lado, segundo a teoria da simulação, conseguimos saber o que pensam os demais «*porque somos capaces de simular dentro de nosotros mismos sus estados mentales y ponernos em el lugar de los otros: en resumen, le comprendo porque hago ver que soy usted o porque utilizo los mismos sistemas neuronales para ser y “conocerle”*» (Jeannerod, 2002). Segundo a explicação de Jean-Didier Vincent (2009: 375-376): “*Cuando el sujeto realiza un acto voluntario, por ejemplo sujetar un objeto entre el pulgar y el índice, la región de la corteza motriz primaria, que rige los músculos de dichos dedos, se activa. Recuerdo que esta región ocupa la circunvolución de la frontal ascendente situada en la parte anterior del surco mediano y que la representación somatotópica del hemicuerpo contralateral dibuja en él un homúnculo. Paralelamente, la actividad del área llamada premotriz, situada más adelante, traduce la preparación programática del gesto que acompaña el papel de ejecución de la corteza motriz primaria. También se observa la activación de las regiones parietales unidas a la sensibilidad de los músculos puesta en juego por la realización del gesto. Estas regiones del cerebro también resultan solicitadas cuando el sujeto imagina el gesto sin hacerlo (imagen motriz) o cuando observa a otro realizarlo. Por lo tanto, las mismas zonas se ven implicadas en la acción, sea una acción realizada, imaginada u observada. Se trata de una simulación en tiempo real porque la duración de la imagen motriz es idéntica a la del gesto efectuado. Si el sujeto utiliza los mismos conjuntos neuronales para actuar, representarse la acción o simularla cuando es realizada por otro, ¿cómo puede distinguir entre sus propias actuaciones y las ajenas? Problema denominado de la agentividad: ¿actuar o ser actuado? Es tarea del cerebro decidir. Para ello, dispone de señales sensoriales que proceden propio cuerpo y le indican que, en efecto, está realizando el gesto otro lado, una copia de la orden motriz (copia de eferencia) es capaz de predecir las consecuencias sensoriales del acto. La confrontación copia y de los datos procedentes de los músculos certifica la conformidad entre el programa motor y su realización. Para participar normalmente en la vida de una comunidad de individuos, un sujeto debe, por lo tanto, conocer al autor de sus propios actos: él mismo. Esta capacidad supone el conocimiento del yo, distinto del otro, pero no significa necesariamente la conciencia de sí mismo. Un área de la corteza, en la que al parecer convergen las informaciones cedentes del espacio extracorporal (ajeno) y las originarias del es corporal (propiocepción), sería la responsable de realizar la distinción entre el yo y el otro. Experimentos de imaginaria realizados por el grupo de Decety et al. (2002: 265-272) designan para esta función la región de la corteza parietal inferior derecha. Se trata para el sujeto o bien de imitar al experimentador, o bien de ser imitado por éste y de observado. El lóbulo parietal inferior derecho se activa intensamente en condiciones de imitación realizada por otro (observar al otro imitarme). Otra serie de experimentos va más allá ateniéndose a la representación mental de la acción sin que ésta sea realizada. Se pide a unos sujetos que o bien imaginen un gesto familiar, o bien imaginen a otro realizando el mismo gesto. En ambos casos (yo o el otro), las imágenes motrices activan las mismas regiones frontales y parietales. Sin embargo, se observa, como en el experimento anterior, una intensa activación del lóbulo parietal inferior derecho cuando el sujeto adopta la perspectiva del otro. Resumiendo a ultranza: el otro tiene su lugar en mí en mi lóbulo parietal derecho. Sin entrar en los pormenores de múltiples patologías, señalaré que lesiones de esta región parietal inferior derecha se observan en pacientes afectados de trastornos del esquema corporal o de defectos*

A combinação dessas capacidades gerou certas características da função mental que formam parte da crença ético-jurídica: nossa capacidade para fazer conjecturas, abstrações e deduções causais e para inferir intenções não percebidas. Dessa forma, a aplicação do direito se torna possível quando o impulso de encontrar e inferir explicações causais se combina com a capacidade – e a propensão ou predisposição – de nossos cérebros para “prejulgar” e subministrar níveis avançados de cognição social (entendida como o conjunto de habilidades que nos permitem dar sentido ao mundo de nossas interações sociais: envolve processos – pessoais e interpessoais- como reconhecimento e processamento de emoções, discriminar intenções, disposições e crenças, refletir sobre nossa experiência subjetiva e dos demais, etc.). Juntas, estas duas capacidades nos permitem gerar complexas idéias jurídicas que vão desde punir um condutor por haver cruzado com o semáforo em vermelho até a elaboração de sofisticadas teorias acerca do direito justo, desde um jusnaturalismo de caráter teológico até um positivismo mais sossegado.

E porque estamos inseridos no mundo mental de outros, igual que o estamos no mundo físico e cultural, não somente a dinâmica e as estruturas neuronais que fazem possível a interpretação e aplicação das normas jurídicas estão condicionadas pelo entorno, senão também que nossa predisposição para fazer suposições e conjecturas sobre como são as pessoas e como funciona o mundo faz com que nossos prejuízos (conhecimentos prévios ou “pré-compreensão”, para usar a terminologia empregada por Esser) nos facilitem o acesso ao que há que compreender.

Por mais doloroso que nos resulte, o certo é que em cada um de nós habitam prejuízos, desleais e sutis, que nem sequer suspeitamos. Estes (os prejuízos) são o fruto de uma conduta adaptativa desenhada ao longo de nossa história evolutiva: a seleção natural favoreceu o desenvolvimento de uma sofisticada maquinária cerebral para elaborar um juízo rápido, uma resposta mental automática que permite proteger-nos de

de atribución de sus propios gestos y de los ajenos. El delirio de influencia observado en algunos esquizofrénicos que imputan el origen de sus actos a entidades extrañas podría, también, implicar a la corteza parietal derecha”. Do que acabamos de indicar, os autores defensores da teoria da *simulação* encontram razoável deduzir que o lema do cérebro poderia ser: *imitar e simular*; atividades que se instauram no homem a partir de sua chegada ao mundo e que consiste não apenas em simular o que vê, senão também de antecipar e/ou inferir as intenções dos demais a partir de uma forma particular de percepção do que observa – isto é, o caráter intencional das ações a partir das representações mentais do outro que construímos no interior de nós mesmos. E isto implica três condições: a existência de um eu, a percepção do outro e a imitação interna/ compreensão da ação (Jean-Didier Vincent, 2009: 376; Jeannerod, 2005:141 e ss.).

possíveis perigos em nossas experiências de vida. Fazemos previsões e formulamos prejuízos constantemente e respeito a tudo com que, direta ou indiretamente, nos encontramos implicados. E embora não nos demos conta disso, hoje sabemos que o cérebro funciona assim continuamente. Como recorda Siegel (2007: 61): “*El cerebro puede ser considerado como una ‘máquina de anticipación’, escaneando constantemente el entorno y tratando de determinar qué sucederá a continuación*”¹⁷⁵.

Portanto, muito antes que os neurocientistas dessem por assentada a crucial e iniludível presença do prejuízo para que nosso cérebro funcione, este já havia sido reabilitado por Gadamer em seu desenvolvimento da hermenêutica.

4.2. Interpretação jurídica e subjetividade: o prejuízo como condição humana

Dentro deste quadro que acabamos de desenhar, vejamos o que ocorre com a interpretação jurídica, isto é, quais as operações mentais efetivas levadas a cabo na tarefa de interpretar e aplicar o direito.

No vasto e importante debate que nas últimas décadas se abriu em torno ao problema da interpretação jurídica, nenhuma teoria específica da interpretação logrou reivindicar para si um papel exclusivo. Sem embargo, não há dúvida de que no fascinante ciclo cultural que viu a interpretação, em poucos anos – desde a publicação, se desejamos indicar uma data, de *Verdade e Método* de Gadamer – converter-se certamente em um dos temas objeto de maior interesse e de mais ampla confrontação

¹⁷⁵ Como explica Hawkins (2005: 121 - 122), a partir de sua teoria da previsão e a memória, o cérebro não “computa” as respostas aos problemas que se lhe apresentam; recupera as respostas da memória. Em essência, as respostas foram armazenadas na memória faz muito tempo. Os lentos neurônios não somente são o bastante rápidos para fazer isto, senão que eles mesmos constituem a memória. O córtex em sua totalidade é um sistema de memória. Daí a sugestão de Hawkins no sentido de que o cérebro “*está usando constantemente su memoria para hecer predicciones. Cuando entras en casa, tu cerebro está haciendo predicciones basadas en la experiencia dónde está la puerta, dónde está el pomo, lo pesada que es la puerta, dónde está el interruptor de la luz, qué muebles hay y dónde están, etcétera. Si algo te llama la atención, es porque la predicción ha fallado...No se corresponde con el patrón previsto.[...] La predicción es la función principal de la neocorteza, y el fundamento de la inteligencia (la medida en que recordamos y predecimos patrones); está en marcha todo el tiempo y en todo lo que hacemos, porque todas esas células neocorticales procesan la información de la misma manera;... el cerebro humano es más inteligente que el de otros animales porque puede hacer predicciones más complejas, sobre más tipos abstractos de patrones y sobre secuencias más largas de patrones temporales*”.

teórica, jogou um papel de primeira importância a não comum capacidade atrativa e, ao mesmo tempo, a flexibilidade com que a hermenêutica filosófica funcionou, ora como pólo atraente, ora como elemento de contraposição com posições filosóficas diferentes ou inclusive contrárias ao programa teórico que a mesma sustenta.

Com sua tese da inseparabilidade do conhecer e o interpretar e do interpretar e o aplicar, e da incidência da interpretação na realidade mesma que haverá de interpretar-se, ou seja, da construtividade do interpretar, a hermenêutica acabou por abrir caminho a uma ampla gama de ricas e originais reconsiderações teóricas dos temas do compreender, do interpretar, do aplicar, do significado e da linguagem, aproximando âmbitos distintos do saber.

Muitos e importantíssimos são os problemas levantados e discutidos no âmbito desta abertura de novos itinerários intelectuais propiciados pela centralidade do tema interpretação, no qual, por sua vez, a interpretação jurídica – inclusive graças a um novo despertar da consciência hermenêutica dos juristas, depois de que durante todo o século XIX e boa parte do XX o modelo do *bom legislador* havia prevalecido claramente sobre o modelo do *bom intérprete* – foi convertida no ponto central da filosofia e da ciência jurídica.

De fato, não seria nenhum exagero afirmar que a teoria hermenêutica do direito deu passos de gigante no século XX, propiciando uma indubitável aproximação entre momento normativo e momento interpretativo-aplicativo. Mas se há um em particular, e que parece haver despertado maior interesse e cuidadosa atenção, certamente este está representado pela presença do prejuízo ou pré-compreensão na atividade interpretativa e nos processos de tomada de decisão.

O problema, portanto, está em saber *como* começamos a fazer suposições, a pré-compreender, a formular prejuízos ou ter conhecimento prévio. Fazer suposições ou conjecturas sobre como são as pessoas (ou fenômenos do mundo) antes de ter alguma informação sobre elas é prejudgá-las. E embora a palavra “prejuízo” por vezes pareça mal, o certo é que se trata de um elemento crucial para que nosso cérebro funcione. Os prejuízos nos permitem começar a conjecturar, sendo indiferente o atinada que possa ser a conjectura sempre e quando ajustemos a próxima em resposta ao erro. Por exemplo, quando percebemos objetos do mundo físico, o cérebro sempre espera que a luz venha desde cima. Trata-se de um prejuízo incorporado ao longo da evolução. Da mesma forma, quando o cérebro observa pessoas em movimento espera que estas alcancem seus objetivos com um mínimo de esforço (recordemos, por

exemplo, os inúmeros estudos levados a cabo sobre a imitação). Isto também é um prejuízo inato (Frith, 2007). Estes prejuízos nos permitem iniciar o ciclo de hipóteses e previsões em virtude do qual nosso modelo do mundo é cada vez mais preciso.

Estamos predispostos de maneira inata a prejudicar. Todas as nossas interações sociais e nossas relações com o mundo físico começam com prejuízos, cujo conteúdo nos permitem fazer conjecturas iniciais sobre as intenções de nossos congêneres assim como conjecturas, abstrações e deduções causais dos fenômenos que nos rodeiam. Isto também não é algo opcional, não é algo que possamos eleger não fazer quando atuamos no mundo físico e social em que plasmamos nossa vida. Necessitamos fazê-lo para poder atuar em consequência. Ademais, para ser completa, qualquer conhecimento prévio, representação ou simulação interna deve conter não só modelos da mente de outras pessoas, senão também um modelo de si mesma, de seus próprios atributos estáveis, seus traços de personalidade e os limites de suas capacidades; o que pode fazer e o que não.

É da natureza do existir humano que quando observamos o comportamento de nossos congêneres, raras vezes, e é possível até que nunca, observamos um mero mosaico de atos incidentais. O que (pré-)vemos detrás deles é uma estrutura causal mais profunda, a presença oculta de planos, intenções, emoções, recordações, etc., e partindo dessa base, podemos tratar de compreender o que fazem os demais. Estamos desenhados pela seleção natural para ter uma capacidade de prever ou de ter uma imagem prévia (um prejuízo), uma espécie de modelo conceitual da mente humana, sem o qual uma espécie essencialmente social como a nossa não haveria conseguido prosperar no entorno sócio-cultural em que move sua existência. Não há um minuto em que não intentemos ler a mente, elaborar um conhecimento prévio ou imaginar as intenções dos demais.

De fato, um dos maiores inconvenientes do ser humano é a dificuldade que supõe contemplar-nos uns aos outros sem prejuízos; somos seres desenhados para (pré)compreender as pessoas e os fenômenos que nos cercam. Daí que não nos resta outra opção - ademais de oportuna - que a de observar que a hermenêutica de Gadamer, particularmente no que se refere à compreensão prévia (ou prejuízos), captou adequadamente o núcleo de nossas intuições cognitivas - isto é, do que vem das intuições ínsitas em nossa arquitetura cognitiva e que nos proporciona ou determina o repertório de nossas primeiras conjecturas e hipóteses - sobre a inata capacidade para interpretar (pré-compreender) os outros, para ler suas mentes, para

entendê-los e para entender a nós mesmos como seres intencionais, ou seja, para ler o que há sob a superfície, antecipar acontecimentos e dar sentido ao que vemos.

Nossos cérebros são basicamente máquinas de fabricar modelos da mente de outras pessoas, manipular os significados e formular conjecturas ou prejuízos acerca dos fenômenos físicos e sociais que conformam e condicionam nossa existência. O cérebro humano é uma “máquina de antecipação”: sua arquitetura fundamental como processador distribuído e em paralelo lhe permite aprender da experiência e antecipar o seguinte passo em uma pauta sequenciada de estímulos. E “criar futuro” não somente é o mais importante que faz senão que parece ser o traço definatório de nossa humanidade (Roberts, 2002; Dennett, 1997): o ser humano é o único animal capaz de imaginar objetos, comportamentos e acontecimentos que não existem no reino da realidade, e esta habilidade é a que nos permite antecipar, prever, imaginar ou pensar no futuro; nosso cérebro está desenhado para antecipar (pré-compreender), e isso é o que faz (Gilbert, 2006; Llinás, 2003) - a antecipação é, em síntese, uma propriedade neural inerente.

E é precisamente o lobo frontal – a última parte do cérebro em evoluir, a que amadurece com mais lentidão e a primeira a deteriorar-se durante o envelhecimento – a peça fundamental da maquinária cerebral que permite aos adultos humanos normais e modernos a projetar-se a si mesmos no futuro, a abandonar o presente e experimentar o amanhã antes de que ocorra; sem ele, estamos atropados no momento, incapazes de imaginar o que “virá depois”, a pensar na existência a longo prazo, encerrados no espaço e tempo imediato, enfim, ligados aos estímulos do presente ou destinados a viver em um presente permanente.

Este é o cometido (regular e espontâneo) de nosso lobo frontal e que ocupa até o último rincão de nossa existência mental: nenhum outro ser vivo tem um lobo frontal como o nosso, que é a razão pela qual somos o único animal que imagina, antecipa, elabora conhecimento prévio ou pensa no futuro tal como o fazemos (Gilbert, 2006). Resumindo, são as diversas regiões do córtex pré-frontal que produzem, operando em conjunto, todas aquelas qualidades que consideramos mais essencialmente humanas: a capacidade de fazer planos e antecipar, de prejudicar, de antecipar conhecimento, de sentir emoção, de controlar nossos impulsos, de eleger e de dotar de significado nosso mundo.

Em termos propriamente jurídicos, a “pré-compreensão” (como inafastável condição de possibilidade da compreensão) implica que o intérprete-aplicador, quando

confeccione e manuseie os modelos de decisão, tenha já uma pré-visão do problema, uma antecipação do futuro, fruto da sua experiência, dos seus conhecimentos, das suas convicções e da própria linguagem. A “pré-compreensão” constitui, assim, um momento essencial do fenômeno hermenêutico e é impossível ao intérprete desprender-se da circularidade da compreensão: por meio da análise dos fatores pré-firmados da decisão, e assumindo-se, designadamente, a dimensão dialética e prático-normativa do direito, há de integrar, na medida do possível, o próprio pré-entendimento nos modelos de decisão, limando arestas e valorizando os fatores normativos, fáticos e sistemáticos que porventura venha a incluir.

E nomeadamente para o que aqui nos interessa, já agora podemos reafirmar, com Gadamer, que a pré-compreensão (posta pela tradição hermenêutica como ponto de partida do círculo ou “espiral” hermenêutico) é, de fato, algo inevitavelmente dado pela ontologia evolucionada do “ser no mundo”, e não uma plataforma de interpretação na qual deve situar-se o intérprete. Como dissemos antes, muito antes de que a neurociência começasse a dar a devida importância ao conhecimento prévio, o prejuízo já havia sido reabilitado por Gadamer em sua teoria hermenêutica: em vez de supor um obstáculo, nossos prejuízos nos facilitam o – ou constituem o primeiro meio ao - acesso ao que há que compreender.

Neste particular, e a título meramente exemplificativo, uma breve reflexão paralela acerca da questão da iniludibilidade da presença da pré-compreensão no processo de realização do direito pode ser ilustrada da seguinte maneira: como pode um juiz decidir, sem prejuízo, um caso completamente desconhecido para ele? Como pode fazê-lo? É possível que desconheça *este* caso concreto; mas se desconhece também *tais* casos, em que direção há de praticar provas e interpretar a lei, se ele não tem idéia alguma acerca do que este trata? Como haveria de emitir um juízo justo, se não pudesse comparar este caso com os outros muitos casos de que já tem notícia (princípio de igualdade)? Criar direito é um reconhecimento de algo em certa forma conhecido com antecipação; não significa, em absoluto, ingressar em terreno desconhecido (Kaufmann, 1999).

Em qualquer caso, sempre se produz um choque entre a norma interpretanda e as preferências pessoais do operador do direito, o que não é senão outro modo de dizer que todo juízo do sujeito-intérprete há de ir inevitavelmente precedido, o saiba e queira ou não, de um pré-juízo que contribui para colocá-lo *em situação*. O operador do direito que não é consciente de seu prejuízo é, em realidade, o mais dependente,

acrático e imprudente. Tão somente o prejuízo, a pré-compreensão ou o conhecimento prévio mostra-lhe o que tem de interpretar na norma e o que há de qualificar normativamente no caso. Do contrário teria de proceder na incerteza, no desconhecido. Dois atos separados dessa maneira, um, a norma legal abstrata, o outro, o caso amorfo, não produzem direito algum, nem cada um por separado nem ambos ao mesmo tempo (Kaufmann, 1999).

Desde uma perspectiva prático-filosófica, a interposição de prejuízos identifica uma “*condição necessária de todo o compreender*” - que, por sua vez, condiciona todo o processo de realizar em termos metodologicamente adequado a sua relação com o fazer valer uma norma jurídica na prática - e, desde uma ótica especificamente prático-jurídica, a respectiva pré-compreensão (sempre provisória e, portanto, parcial), se começa por demarcar um “*conteúdo presumivelmente*” ajustado ao caso decidendo (impondo o “ônus da contra-argumentação” a quem dela pretenda se afastar), acaba por conformar, quando se revele pertinente, um autêntico “*conteúdo de validade*” vinculativo para o intérprete - ou seja, já não é de todo lícito e razoável pretender excluir o sentimento jurídico como a *arte de ter* pré-compreensões corretas.

E mais (cabe repetir): dessa mesma capacidade humana de antecipar, de “criar futuro”, é que surge a preocupação de *pensar em consequências* que, como componente igualmente relevante da tarefa interpretativa, permite ao sujeito-intérprete o conhecimento, a ponderação e a responsabilidade pelos efeitos éticos e sociais de seus discursos ou decisões. Vale dizer, da consideração, pelo operador do direito, dos efeitos futuros da interpretação que adotará diante do caso concreto, da norma interpretada e dos princípios e valores correspondentes. É que as interpretações e decisões jurídicas, dependendo do grau que assumam no ordenamento jurídico, constituem inegável instrumento de estabilidade e alteração da realidade social, de modo que o intérprete tem indisfarçável responsabilidade social com a interpretação que adota e/ou à decisão jurídica que profere. Esta responsabilidade social nada mais é do que um componente da prudência que deve iluminar todo o processo interpretativo, a fim de serem afastadas as interpretações e decisões estapafúrdias, desconectadas do sistema jurídico e do contexto histórico-social em que são proferidas.

E o juiz, mais do que qualquer outro intérprete do direito, tem elevada à máxima potência essa exigência de prudência com o teor das suas decisões. O direito, como instância da realidade, tem inegável função de promover a estabilidade social: a *antecipação das consequências* não somente influi diretamente sobre os efeitos que a

decisão jurídica provocará no futuro senão que também manifesta a virtuosa prudência no ato de julgar. A pré-compreensão, que engloba tanto o dado passado (crenças, desejos, emoções, sentimentos, etc.) como a *antecipação de conseqüências* (dado futuro), não somente constitui uma condição necessária da tarefa interpretativa senão que delimita os significados normativos que o intérprete atribui e constrói para solução da controvérsia circunstancialmente em causa. Isto é, ao pré-compreender, antecipamos o valor emocionalmente positivo ou negativo das diferentes opções que estamos considerando quando devemos decidir algo. Por isso se diz que as emoções influem sobre a razão na tomada de decisões; e de fato é assim porque nosso corpo antecipa a emoção de dor ou prazer (bom ou mau, justo ou injusto), em suas diversas formas e graus, que geraria uma decisão ou outra. Razão e emoção se complementam, pois, na tomada de decisões.

A “boa interpretação”, a interpretação “satisfatória”, entendida como a interpretação cujo componente de justiça não afeta a estabilidade social e a segurança jurídica, é aquela que considera de forma equilibrada estes dois aspectos no processo interpretativo: interpretar/aplicar o direito é acima de tudo uma virtuosa responsabilidade ética – ou seja, podemos admirar o estilo de um discurso jurídico ou a habilidade do sujeito-intérprete, mas ainda assim devemos julgar tanto a um como ao outro pelos resultados de sua atividade (e neste particular, o realmente revolucionário é o fato da neuropsicologia haver descoberto que, sem memória, tampouco há futuro: quando imaginamos o futuro, curiosamente se ativam as mesmas partes do cérebro que quando recordamos o passado; e ambas incluem o hipocampo - Schacter, 2007)¹⁷⁶.

¹⁷⁶ A memória não somente nos serve para recompor o passado, para explicar-nos o que foi nossa vida, senão também para conceber, para desenhar, para pensar o que será nosso futuro. De fato, existem imagens de ressonâncias magnéticas em que pode ver-se como se ativam as mesmas partes do cérebro – embora em distinta ordem - ao recordar o passado (de formação de recordos : córtex sensorial, sistema límbico – amígdala/hipocampo-, tálamo, córtex pré-frontal) e ao imaginar o que poderia ocorrer ou o que se fará no futuro (sistema límbico – amígdala/hipocampo-, córtex sensorial, tálamo, córtex pré-frontal). Em resumo, dado que muitas partes do cérebro que se ativam ao recordar o fazem também para imaginar o que sucederá, pode-se inferir que: i) a memória é vital tanto para recordar o passado como para antecipar o futuro, ii) recordar e imaginar são processos muito similares, e iii) a despeito de nossa incapacidade de predição, construímos nosso futuro com os retalhos e em torno de nossa memória do passado (cf. Schacter, 2007; Gilbert, 2006). Note-se, por fim, que a investigação atual sobre a memória revela que o cérebro é um órgão associativo que estabelece vínculos entre grupos neurais repartidos por toda a extensão cerebral. Costuma-se parafrasear a Donald Hebb (1949), dizendo que “las neuronas que disparan unidas, trabajan unidas”, para transmitir que os vínculos associativos que se criam em um momento concreto voltarão a ativar-se no futuro. Esta é a base fundamental da memória.

Os prejuízos são, assim, o humano na aplicação do direito e não há nenhuma técnica, por mais sofisticada que se apresente, que seja capaz de eliminá-los¹⁷⁷. A assunção deste elemento natural da psicologia humana na realização do direito o torna transparente, em lugar de ocultar-se detrás dos “impessoais” fundamentos da decisão. Todo aquele que deseje compreender um sentido traz necessariamente sua pré-compreensão (condição de possibilidade da compreensão dos fenômenos do mundo e que deve ser revisada sempre mediante novos atos do conhecimento) e, por meio dela, introduz sua evidência no processo de compreensão; uma compreensão semelhante não é empiricamente objetivável, mas tampouco descaradamente subjetiva: é mais bem subjetivo-objetiva ao mesmo tempo.

Daí haver uma diferença significativa entre o que Haidt (2001) - a partir do “Social Intuitionist Model” que caracteriza suas investigações científicas acerca do julgamento moral - define como *intuição moral* e *raciocínio* ou *justificação moral*. O primeiro (o momento da intuição), trata-se da aparição repentina, rápida e intuitiva de um juízo moral que inclui uma valoração afetiva (certo-errado, bom-mau) sem nenhuma consciência de haver passado pelos estágios de busca, ponderação da evidência ou inferência de uma conclusão...um processo similar ao juízo estético (Cela Conde et. al., 2004): um indivíduo vê ou ouve acerca de um acontecimento social e instantaneamente sente aprovação ou desaprovação. O segundo, o da justificação, é uma construção *ex post facto*, uma construção ou composição de razões após o fato, com a qual pretendemos justificar ou dar razões para nossas intuições morais automáticas.

Transladada ao campo da argumentação jurídica (da justificação das decisões judiciais - Wassestrom, 1961; Golding, 1987; Wróblewski, 1974 e 1988; Nino, 1985; Atienza, 1993; Aarnio, 1991 e Alexy, 1997), esta distinção, que procede do âmbito da filosofia da ciência (nomeadamente da epistemologia neopositivista), tem sido utilizada para estabelecer que uma coisa é o procedimento por meio do qual se alcança

¹⁷⁷ A este propósito, Arthur Kaufmann (1999:96) cita as seguintes palavras, demasiadas humanas, de Antoine de Saint-Exuperie (desafortunadamente sem referência de fonte): “*Eu creio que virá o dia em que um homem enfermo se ponha em mãos do físico e do informático. Estes não lhe perguntarão nada, somente lhe tomarão sangue, deduzirão algumas constantes, multiplicarão umas com outras e depois de haver consultado sua calculadora, curarão o paciente com uma só pílula. E sem embargo, se eu adoecer, me dirigirei ao meu médico rural. Ele me mirará com o canto do olho, comprovará o pulso e estômago, me auscultará, se frotará a barba e me sorrirá, para mitigar a dor. Se compreende: me entusiasma a ciência, mas não me entusiasma menos a sabedoria. Um computador não poderá jamais ser um juiz sábio, porquanto ele carece de sentimento do direito*”.

determinada decisão e outra o procedimento mediante o qual se justifica dita decisão. Trata-se de uma distinção utilizada para opor-se a certos teóricos do direito que consideram que as decisões jurídicas – as decisões judiciais – não podem ser justificadas, uma vez que os juízes tomam essas decisões de forma irracional; a motivação das sentenças não seria mais que uma “racionalização” de uma operação que não obedece em absoluto ao esquema da lógica, ao silogismo judicial. Quem sustenta este último aspecto, diz-se, estaria confundindo o contexto de descobrimento com o contexto de justificação¹⁷⁸.

Contudo, se tomamos em boa conta que o raciocínio moral e as emoções morais trabalham junto para produzir julgamentos ético-jurídicos, parece razoável supor que as apelações a uma multitude de motivos que interferem, condicionam e explicam a decisão judicial não configuram, em absoluto, nenhum argumento a favor de um presumível escepticismo jurídico-argumentativo. Neste particular sentido, não se nos afigura razoável desconsiderar de todo o denominado “irracionalismo” proposto por Alf Ross (1970), no sentido de que o aplicador do direito toma sua decisão em base a intuições emocionais e a considerações práticas; uma vez estabelecida a conclusão, o mesmo aplicador desenvolve uma argumentação jurídico-ideológica para justificar sua decisão: não se trata já de um ato puramente cognoscitivo que conduza a uma tomada de decisão (a uma solução automática ou exclusivamente racional), senão que há uma decisão que posteriormente recorre a um procedimento argumentativo a efeitos de justificação.

¹⁷⁸ A hermenêutica indaga o compreender jurídico no contexto de seu “descobrimento”, não no sentido da motivação: considera a jurisprudência, sobretudo no âmbito de sua atividade dedicada a encontrar as premissas para a decisão do caso concreto. Se fosse absolutizada, quer dizer, transformada em método total do pensamento jurídico, a hermenêutica recairia na mesma automaticidade que justamente reprocha à metodologia silogística tradicional, acabando assim por cambiar a descrição em prescrição (Zaccaria, 1984; Viola e Zaccaria, 1999). Note-se, por oportuno, que certos experimentos neurocientíficos demonstram que inclusive quando argumentamos racionalmente sobre um dilema moral (portanto, quando nos encontramos no contexto da justificação), se ativam as áreas cerebrais vinculadas às emoções, de modo que estas parecem cumprir um papel essencial na operacionalização de nossas ferramentas argumentativas; quer dizer, que nossa capacidade de justificar racionalmente estaria muito mais fundada em emoções “viscerais” que em nossa capacidade (evolutivamente muito mais recente) de deliberação racional. Por outra parte, também é usual associar os raciocínios consequencialistas ou telologistas com certa classe de emotivismo. Contudo, as investigações neurofisiológicas indicam que quando raciocinamos em termos de meios-fins se ativam áreas do córtex pré-frontal, o que parece indicar que, nestes casos, nossa razão está intentando anular a resistência emocional imediata que experimentamos diante de certas opções pelas quais sentimos certa aversão moral natural.

Dito de outro modo, no conjunto deste cenário por meio do qual se revela a argumentação no jogo da cena jurídica (e, em particular, da jurisdicional), consideramos que se deve atribuir igual importância tanto a consideração do contexto de *descobrimto*, ou seja, do processo mental mediante o qual se chega a estabelecer determinada premissa ou conclusão, como a do contexto de *justificação*, isto é, da necessidade de motivação da decisão, da questão de como os operadores do direito fundamentam suas decisões ou, o que é o mesmo, do procedimento consistente em justificar dita premissa ou conclusão. Afinal, a pré-compreensão não é um elemento acidental ou eventual da tarefa interpretativa, mas um elemento que a determina desde o princípio e no seu conjunto : *descobrimto* e *justificação*, na prática, não são dois atos separados e estanques, senão que constituem um processo unitário, um *continuum*, compondo uma indivisível e solidária unidade metodológica.

E por mais insólito que isso possa parecer, já não mais deveria constituir nenhuma surpresa ou ameaça aos positivistas, hermeneutas ou analíticos de plantão. Se o poder da ciência (e particularmente da neurociência) consiste precisamente em sua capacidade de verificar objetivamente a consistência de muitas subjetividades individuais, decifrar ou entender o problema da intricada passagem da iniludível e provisória antecipação do resultado (da pré-compreensão) a sua definitiva motivação pode subministrar as evidências necessárias sobre a natureza das zonas cerebrais ativadas e dos estímulos cerebrais implicados no processo de interpretar e decidir, sobre o grau de envolvimento pessoal dos julgadores e os condicionantes culturais em cada caso concreto, assim como sobre os limites da racionalidade, da criatividade e o grau de influência das emoções e dos sentimentos humanos na formulação e concepção acerca da “melhor decisão” .

5. Interpretação jurídica e decisões judiciais: vinculação *ou* autonomia na práxis jurídica

De todo o dito até agora, parece claro que o manejo do direito tem um de seus labores cruciais na chamada interpretação jurídica. Que o direito tenha que ser objeto de interpretação supõe que há um “algo”, uma matéria prima, que não havia por si mesmo, ou não o faz com perfeita claridade e precisão, de modo que entre essa matéria prima que se supõe que encerra certa mensagem e os destinatários dessa mensagem se faz necessária essa tarefa denominada interpretação e que levam a cabo os intérpretes. A interpretação, portanto, é a atividade que explica, constrói, aclara ou precisa o conteúdo dessa mensagem que se contém na matéria prima do direito. A interpretação do direito é a atividade consistente em estabelecer o concreto e preciso *sentido e alcance* desse “algo” de que o direito se compõe. A matéria prima do direito são as normas jurídicas e o resultado de tal atividade (interpretativa) é esse “algo” enquanto precisado e aclarado (Kaufmann, 1999).

De um modo geral, existe um acordo básico em que ou bem todo o direito ou bem uma parte substancial dele se expressa em textos escritos revestidos de uma peculiar publicidade e formalidade: constituições, leis, decretos, sentenças, etc. Assim, pois, uma parte central do direito atual em nosso âmbito é direito escrito e sua interpretação é, por conseguinte, atividade que de algum modo tem que ver com textos. A legislação é também um conjunto de enunciados linguísticos expressos em um texto, o qual se tem por jurídico e da maior importância dentro dos textos jurídicos, em função de certas razões históricas, políticas, sociais, etc., que fazem com que em nosso tempo, e a diferença de outras épocas, assim seja “reconhecida” com caráter de primazia no que se refere aos processos de tomada de decisão judicial.

E é precisamente a partir desta prioridade da norma, do texto escrito, que surge um maior interesse e cuidadosa atenção pelos limites da interpretação, em virtude da cada vez mais clara necessidade de precisar e redefinir os limites intrínsecos e estruturais próprios da atividade interpretativa e dos processos de tomada de decisão. É evidente que o problema dos limites da interpretação, proposto também pelas teorias semióticas da interpretação jurídica, pode ser afrontado de diferentes maneiras e desde distintos pontos de vista: interrogando-se, por exemplo, acerca de se a interpretação está sujeita a vínculos e, em caso de resposta positiva, esclarecendo quais são estes; ou

perguntando-se se o conceito mesmo de interpretação deve ser delimitado; ou bem se é oportuno restringi-lo preventivamente, dissociando-se de um modo de entendê-lo (por outro lado, muito difundido) que o dilata, pressupondo em última análise que tudo é interpretação.

Mas limitar o conceito de interpretação implica que o homem esteja disposto existencialmente a aceitar a limitação que lhe é própria, sua condição humana e a conseqüente natureza de sua limitada racionalidade que ele tem que considerar seriamente. Contudo, não é difícil entender que o fato de que este tema se apresente hoje como fundamental é o preciso efeito da fortuna mesma da problemática da interpretação, de seu extraordinário êxito e da ampla difusão de que goza em nossas sociedades pluralistas. Perdidas hoje, definitivamente, aquela homogeneidade de valores e aquela comunidade de *ethos* e de bens compartilhados nos quais se baseava a idéia de uma objetividade e de uma certeza dos resultados da atividade interpretativa – e, portanto, não se podendo já propor, por seus excessos de unilateralidade, a concepção juspositivista do direito – se foram impondo paulatinamente o relativismo, o ativismo judicial e o conflito das interpretações .

Não obstante, frente à tentação difundida e recorrente, que pretende sugerir que nada há mais que interpretações, não poderiam deixar de surgir imediatamente a exigência urgente de interpretações corretas. Com efeito, em contextos fortemente pluralistas e maculados pelo virótico episódio relativista está sempre presente o perigo concreto de que a interpretação resulte subjetiva e arbitrária, expressão de instâncias e valores que, em lugar de aceitar a fadiga de uma articulada confrontação intersubjetiva, tendem irresistivelmente a impor-se, ainda que carentes de adequadas motivações. Neste caso, a justiça se vê reduzida a uma formalidade virtualmente desprovida de significado e conteúdo, e o direito, resultado de uma incontrolável arbitrariedade da interpretação, intrinsecamente injusto.

Vamos então, a partir de agora – no quadro do problema a que se pretende analisar –, tratar de trabalhar especificamente na elucidação dessa questão fundamental. E começaremos por tomar posição relativamente à condenação da velha concepção do juiz inerte e meramente reprodutor de comandos normativos e da jurisdição como atividade estritamente vinculada, porque fiadora da certeza do direito, do princípio da certeza e da segurança dos cidadãos.

Assim: será admissível deixar ao juiz certa margem de liberdade para ajuizar, na sua *tarefa interpretativa*, o sentido e o alcance dos enunciados normativos? E

justamente em que medida isso será admissível ou aconselhável, nomeadamente no que diz respeito ao processo de tomada de decisão, em concreto?

Como se sabe, o direito é, sob qualquer ponto de vista, um fenómeno deveras suscetível a uma formação e evolução cada vez mais sofisticada e condicionada à própria evolução da sociedade, que desfruta não somente de uma importância teórica senão também prático-concreta e que, como tal, seus operadores necessitam dispor de uma determinada forma de pensar e de argumentar. Trata-se, em síntese, de um fenómeno essencialmente humano e em permanente processo de construção, e cujo problema relativo a sua interpretação e aplicação levanta a iniludível questão da dimensão subjetivo-individual do jurista-intérprete. De fato, não resulta difícil inferir que a subjetividade do intérprete joga um papel de fundamental importância no processo de realização do direito, uma vez que se o fator último de individualização da resposta ou conclusão do raciocínio jurídico não procede exclusivamente do sistema jurídico (ainda que deva resultar compatível com ele), parece óbvio que deve proceder também das convicções pessoais do operador do direito.

Desse modo, parece que não restam dúvidas de que o fenómeno da interpretação surge da participação ativa do intérprete. As interpretações jurídicas, tal como a conhecemos, são produtos de cérebros humanos, representam o produto de uma atividade humana, de seres humanos com suas próprias necessidades, crenças, visões (prévias e passadas) de mundo, opiniões, amores, ódios, desejos, preferências, circunstâncias, problemas... que, de uma forma ou outra, incidem e condicionam o resultado de suas interpretações, destinadas a transmitir suas mensagens a um público específico em uma época e um lugar determinados. Cada um dos intérpretes do direito é um ser humano, cada um deles tem algo diferente a comunicar, cada um intenta transmitir sua visão de mundo em suas próprias palavras. Cada um deles, de certo modo, modifica, altera ou transforma os textos que interpreta.

Quem, por alguma razão, não entenda desse modo o processo de interpretação e aplicação do Direito acaba por não permitir que cada intérprete diga o que quer dizer; quem faz isso não lê o que cada autor escreve com o propósito de entender sua mensagem. De fato, quem faz isso não somente se nega a admitir que cada um dos intérpretes seja diferente senão que também se recusa a entender que não é adequado pensar que todos pretendem dizer o mesmo. Pensar tal coisa é tão injusto como supor que o que queremos dizer aqui sobre a interpretação jurídica há de ser o mesmo que diz qualquer outro autor que se ocupa deste tema, pois é muito provável que nossa

intenção seja dizer coisas distintas. E isso pela simples razão de que ninguém pode viver sua realidade (nem, por certo, interpretá-la) sem o concurso irrenunciável de sua personalidade: detrás de dois indivíduos distintos podem esconder-se mundos e formas de conceber e de sentir a realidade abismalmente diferentes.

Dito de outro modo: porque não há dois indivíduos que sejam iguais, porque cada intérprete constrói o mundo de maneira ligeiramente distinta dos demais, não há uma interpretação definitiva acerca do que expressa uma norma, senão simplesmente uma interpretação dentro de nossas cabeças (uma construção pessoal), interpretação que se desencadeia através dos elementos externos que melhor estamos preparados para registrar. O problema que tem que afrontar o intérprete aqui é que os sinais procedentes do mundo (em nosso caso, da norma) não costumam representar uma mensagem codificada, senão que são potencialmente ambíguos, são dependentes do contexto e não vem necessariamente acompanhados de juízos prévios sobre seu significado.

Assim que parece razoável admitir que ler um texto necessariamente implica interpretá-lo. Não obstante, supomos que muitos ainda fomentem uma concepção muito pouco elaborada acerca do processo de realização do direito, a saber, que o objetivo de interpretar um texto é, simplesmente, deixar que este “fale por si mesmo” para descobrir o significado inerente a suas palavras. A verdade, contudo, é que o significado não é inerente e que os textos não falam por si mesmos. As normas jurídicas não possuem representação de valor. As normas possuem somente palavras. Quais os valores e significados que devem ser ligados a estas palavras são problemas vinculados à tarefa dos intérpretes. E ele estabelecerá sempre aquilo em que ele mesmo crê. Se os textos pudessem falar por si mesmos, todos os que lessem e interpretassem com honestidade e abertura um determinado texto estariam de acordo sobre o que “diz” (Dieter Simon, 2006).

Mas as interpretações diferentes de um mesmo texto jurídico abundam, e as pessoas em realidade não estão sempre de acordo sobre o que os textos “dizem”. Aplicado aos textos normativos ou legais, esta é uma verdade óbvia: basta com passar uma vista às inúmeras formas diferentes com que se há interpretado (e se interpreta), por exemplo, o problema da justiça. Em todas encontramos gente inteligente e bem intencionada que fundamenta nas mais diversas fontes suas opiniões sobre como há de funcionar e organizar uma sociedade ética, sendo que a leitura dessas fontes há levado

a conclusões radicalmente diferentes das dos demais (pensemos , a título meramente ilustrativo, a extravagante quantidade de teorias já elaboradas sobre a justiça).

Recordemos, por exemplo, a última vez que nos encontramos envolvidos em um acalorado debate em que se invocou a justiça e alguém ofereceu uma interpretação de uma passagem das Escrituras, de Kelsen ou de Rawls que nos deixou desconcertados, perguntando-nos como ele (ou ela) havia chegado a semelhante conclusão. Isto é algo que ocorre com demasiada frequência quando se discute sobre a homossexualidade, a culpabilidade, o aborto, as células-tronco, o divórcio e, inclusive, os direitos humanos, com ambos os bandos citando as mesmas obras, e em ocasiões inclusive as mesmas passagens de determinadas obras, para respaldar seus argumentos.

Deve-se isso simplesmente a que certas pessoas são mais obstinadas ou menos inteligentes que outras e, portanto, incapazes de compreender o que um texto diz “com tanta claridade”? Seguro que não. A razão de que ocorra isto é que os textos utilizados não são somente coleções de palavras cujo significado resulta óbvio para qualquer leitor. Não há dúvida de que para compreender um texto é necessário interpretá-lo e não simplesmente lê-lo. E isto, é evidente, não somente é certo no caso de obras doutrinárias, senão que também de textos jurídico-normativos em geral. De outro modo, como se explica que haja interpretações tão diferentes da Constituição, do Código Civil, do Código Penal, etc. ? Não podemos pensar que os textos simplesmente revelam seu significado ao leitor honesto. Os textos se interpretam e quem os interpretam (assim como quem os escrevem) são seres humanos de carne e osso, que somente podem compreendê-los à luz de outros conhecimentos, que é o que fazem ao intentar desentranhar seus significados colocando suas palavras “em outras palavras”.

E toda vez que o intérprete-leitor põe o texto em outras palavras, altera as palavras originais que o configuravam. Isto não é algo opcional no processo de leitura/ interpretação; não é algo que possamos eleger não fazer quando examinamos séria e cuidadosamente um texto. O único modo de entender um texto é lendo-o, e o único modo de lê-lo é interpretando-o, a saber, pondo suas palavras em outras palavras, e o único modo em que é possível fazer tal coisa é tendo outras palavras que colocar em lugar das originais, e o único modo de ter essas outras palavras é havendo vivido, quer dizer, tendo desejos, necessidades, aspirações, crenças, perspectivas, visões do mundo, opiniões, preferências, aversões e todos os demais traços que fazem seres humanos aos seres humanos. E temos, assim, que ler e interpretar um texto implica,

necessariamente, alterá-lo: sempre buscamos entender o que seus autores dizem ao mesmo tempo em que nos esforçamos por conhecer o significado que esses textos têm para nós, como podem ajudar-nos a compreender nossa própria situação e dar sentido aos próprios ideais e valores que conformam nossas vidas.

Por conseguinte, nunca é demais repetir que todo intento de separar, nomeadamente nas ciências compreensivas, a racionalidade da personalidade que compreende está fatal e tragicamente condenada ao fracasso: a imagem do intérprete inteiramente neutral, imparcial, por completo objetivo, despersonalizado, passa por alto da realidade; todas as interpretações e decisões sobre o direito se inspiram no ponto de vista de alguém, na perspectiva de um ser humano único cuja recopilação de experiências passadas lhe serve como contexto, lente e trajetória para valorar sua experiência presente e, dessa forma, alterar o texto interpretado. Pese a muito que se possa desejar, não existe um ponto de vista “neutral”, e a mera possibilidade de que se possa “recuperar” (ou “institucionalizar”) a neutralidade é tão remota que resulta deprimente e tremendamente contrária a nossa marcada disposição para projetar a própria subjetividade no mundo: somos, definitivamente, uma idiossincrasia com patas.

Essa, em realidade, parece ser a razão pela qual Häberle afirma que não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada e que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo e contextualizá-lo no espaço, enfim, de integrá-lo no mundo da vida vivida. Enfim, de que concebido o Direito como prática social de tipo interpretativo e argumentativo, é o operador jurídico que produz a realidade do direito e a edifica enunciando o que este mesmo é. Há Direito onde sujeitos diferentes discutem, modificam e desenvolvem, submergindo-se na práxis, proposições e enunciados normativos pertencentes a essa prática interpretativa que, sobre a base de sua unidade de sentido, chamamos de fenômeno jurídico: o objetivo da boa interpretação não é conseguir que os intérpretes admirem e reproduzam uma legislação já feita, senão fazê-los capazes de valorá-la e de corrigi-la; interpretar/aplicar o direito é acima de tudo uma virtuosa responsabilidade ética: podemos admirar o estilo de um discurso jurídico ou a habilidade do sujeito-intérprete, mas ainda assim devemos julgar tanto a um como ao outro pelos resultados de sua atividade.

Depois, não somente os textos jurídicos são alterados no decurso de toda interpretação senão que os intérpretes, no processo de realização do direito, não deixam de ser homens imbuídos de toda a preocupação ética, de certos valores,

preferências e intuições morais , o que faz com que não pareça legítimo nem razoável interpor, na aplicação do direito, uma barreira insuperável entre a desejada objetividade e a subjetividade do intérprete . O processo de realização do direito por parte do intérprete implica , em última instância , uma tarefa que pode considerar-se propriamente construtiva e emocional, pessoal e criativa em certo sentido, embora não como absolutamente livre ou desprovida de vínculos para o operador do direito (portanto, tendencialmente racional).

E é essa constatação a que faz com que não somente a noção de racionalidade habitual em ciência jurídica esteja sendo objeto de revisões drásticas, senão que a idéia mesma de que a ciência jurídica está fundada na objetividade , neutralidade e racionalidade do operador do direito venha sendo assaltada e posta em dúvida nos últimos lustros desde as mais variadas direções. Desde logo, a partir de algumas tendências da filosofia e da filosofia do direito mesmo, mas também, e acaso mais incisiva e contundente, por parte dos cientistas cognitivos, dos filósofos da mente e dos avanços provenientes da neurociência. E com o resultado de que, embora quando alguma noção de racionalidade no processo de realização do direito parece iniludível (tratar de prescindir da idéia de agentes intencionais é tarefa condenada de antemão ao fracasso), o processo de derivação de valores não é de natureza estritamente neutra, objetiva, racional e/ou cujo significado é inerente às palavras do texto.

Como dissemos antes, é imperioso compreender que não somente o desejo de proporcionar uma justificação exaustivamente racional da maneira em que vamos conduzir nossas interpretações é descabelado, senão que também a fantasia hiper-racionalista de demonstrar que todas nossas ações (e interpretações) se baseiam em premissas exclusivamente racionais é incoerente e devemos abandoná-la. Nossos desejos e nossas emoções intervêm sempre em maior ou menor medida em todo o processo de interpretação e de tomada de decisão em concreto, ou, para ser mais preciso, a articulação co-constitutiva da afetividade e da razão intervêm em toda a interpretação (compreensão), justificação e aplicação de uma vontade alheia, sobretudo naqueles domínios em que o “caso concreto”, o “caso da vida real”, surge ao intérprete com uma variedade e uma multiplicidade desconcertantes.

Em todo caso, contudo – e posto que a empresa do direito deve certamente ser uma empresa racional –, o problema com que tem que enfrentar-se o operador do direito de qualquer condição é, em termos gerais, sempre o mesmo: como utilizar um instrumento cada vez mais complexo – o direito – para alcançar certos propósitos que,

por se considerarem valiosos (isto é , justos), vão mais além do próprio direito? Como, em última análise, trabalhar, sob a perspectiva da racionalidade, processos (interpretativos e de tomada de decisão) que não são racionais ou não o são exclusivamente?

Dizendo de outro modo, como haveremos de responder à pergunta central da metodologia normativa da interpretação jurídica, quer dizer, à pergunta de como deve proceder o intérprete para que os frutos de sua interpretação, embora não se possam dizer rigorosa e objetivamente corretos, sejam não obstante razoáveis, satisfatórios e que gozem de uma certa aceitabilidade racional; ou, o que é o mesmo, para que suas interpretações não possam reputar-se de perfeitamente subjetivas e caprichosas, o que, em direito, não o olvidemos, se assemelha a uma perigosíssima arbitrariedade que põe em questão nossa própria segurança enquanto cidadãos sob o império da lei ?

Como haveremos nós, pois, de chegar à pretendida noção de racionalidade, de correção da decisão prática ou de compromisso ético relativamente à aplicação das normas jurídicas que, em sua quase totalidade, apresentam uma conformação normativo-material fragmentária, fracionada e tendencialmente indeterminada? Em termos mais simples, como se pode obter a racionalidade ou correção da compreensão constitutiva de toda possível decisão jurídica? Como limitar a atividade interpretativa sem dissimular ou jugular a iniludível subjetividade que a caracteriza?

Estamos nítida e permanentemente em face de uma situação que impede considerar que a norma positiva escrita seja, sem mais, o direito, que a lei seja uma regra auto-suficiente sobre a qual caiba um conhecimento objetivo e a partir do qual a aplicação seja uma mera subsunção. Aliás, característica específica do direito é, justamente, a circunstância de que o texto do enunciado normativo não “contém” completamente a normatividade, não encerra um único e dominante sentido do texto; e, não obstante, transmite uma intenção normativa potencialmente vinculante que exige uma prestação ativa por parte de quem concretiza o direito.

Será então que, para efeito da tarefa interpretativa a que estamos nos referindo, devemos socorrer-nos de *conceitos* construídos pelos processos da lógica formal, da dogmática jurídica e da hermenêutica tradicional? Ou deveremos antes pretender interpretar a norma por outros processos, e só depois construir, sobre as soluções assim obtidas, conceitos que sejam apenas suas vias idôneas de formulação? E mais: em face da noção aberta e indefinida dos enunciados normativos – que por tanto tempo onerou,

e onera ainda, a tarefa (ou atividade) interpretativa dos juristas –, qual deverá ser a atitude da dogmática jurídica, ou seja, sua tarefa metodológica?

Ora, perguntar tudo isto é perguntar coisas sobre as quais somente pode dar uma resposta quem previamente haja tomado posição acerca de uma ontologia jurídica que vê o direito como um objeto em permanente construção, em contínua (auto) recriação, em dependência da atividade de um operador que é, ao mesmo tempo, (re) construtor do mesmo e, conseqüentemente, sobre o delicado problema da vinculação, da liberdade ou da autonomia do magistrado.

Quem haja optado por uma perspectiva pragmática, instrumental e dinâmica do direito, a considerar o direito como um intento, uma técnica, para a solução de determinados problemas práticos relativos à conduta em interferência intersubjetiva dos indivíduos, ou seja, do direito como argumentação, que tem a vida por objeto, a prudência e a norma por meio e a justiça e a segurança por fim. Quem, em último termo, se tenha decidido por uma posição definida quanto ao problema de saber com que métodos – algorítmicos ou criteriosais – e com que critérios – subordinados ou autônomos – se determina o conteúdo do direito (e particularmente dos enunciados normativos).

Tudo problemas de solução extremamente dificultosa, e que por isso mesmo merecem um cuidadoso tratamento. Assim, e antes de tudo: poderá o intérprete fazê-lo e deverá fazê-lo? Poderá o intérprete dizer com segurança aquilo em que justamente consiste o conteúdo normativo-material das normas jurídicas? E oferecê-la ao juiz para que a aplique? Poderá o intérprete construir qualquer fórmula na qual o magistrado subsuma os casos da vida real que lhe forem surgindo, e uma fórmula que justamente lhes dê uma resposta pronta, unívoca, clara e definitiva?

Há quem entenda que é vão todo o esforço que se faça nesse sentido. É a idéia, no fim de contas, de que o emaranhado dos casos da vida é de tal ordem que não se deixa reconduzir a uma fórmula genérica nem pode ser convenientemente captado por uma rede de enunciados necessariamente vagos e impraticáveis. É matéria, esta da interpretação jurídica, em que a *quaestio facti*, o ser humano na sua iniludível dimensão ético-social, a prudência, a equidade e a justiça do caso concreto, têm primazia.

Afinal, sempre cabe a possibilidade de o legislador optar pela “vagueza” e “imprecisão” de caso pensado, de pretender muito de propósito se socorrer de conceitos, princípios e regras genéricas e indefinidas para por essa via fazer apelo aos

elementos não lógicos, mas práticos, contextuais e emocionais da interpretação, justificação e aplicação do direito. De modo que procurar reduzir a problemática da interpretação jurídica a uma rede de esquemas lógicos, de fórmulas abstratas, será contrariar decididamente o espírito do legislador, que justamente quer, lançando mão de uma moldura verbal que permite todos os sentidos, confiar ao sentimento do magistrado a decisão de revelar e produzir, na hipótese concretamente considerada, o sentido e o alcance dos enunciados normativos.

Mas será assim, realmente? Não valerá a pena raciocinar sobre esses fenômenos, sobre essa intuição tão humana de que se o fator último de individualização da resposta ou conclusão do raciocínio jurídico não procede exclusivamente do sistema (ou da norma), ainda que resulte compatível com ele, é porque deve proceder das convicções pessoais de quem decide? Até que ponto intervém o puro instinto (prezado de sentimentos e originado e processado por meio das estruturas modulares cerebrais do operador do direito) em nossas decisões? O que se esconde por detrás de nossas avaliações ético-jurídicas, mais além da reflexão e do raciocínio? Que processos instintivos, intuitivos e/ou emocionais intervêm na tarefa hermenêutica de compreender, interpretar e aplicar uma norma jurídica?

Dizendo de outro modo: porque para a hermenêutica o modelo sujeito-objeto não é viável no âmbito das ciências humanas, a subjetividade, através das respectivas estruturas modulares cerebrais do operador do direito, não está presente em todo ato de compreensão, interpretação e aplicação jurídica? A realidade da tarefa do operador do direito tem, em seus sistemas avaliativo-afetivos uma permanente vigilância de exigências, obrigações e estratégias, um “dever-ser” que incorpora internamente os motivos racionais e emocionais, e que se integra constitutivamente em todas as atividades dos níveis prático, teórico e normativo de todo processo de realização do direito.

Pois bem, para termos idéias mais clara a este respeito, será bom que aqui desenhemos um breve esquema da evolução histórica que as coisas têm sofrido nesta matéria da vinculação ou da liberdade da atividade jurisdicional.

Nesse sentido, a concepção que a este respeito, desde fins do século XVIII, dominou durante muito tempo, foi justamente aquela por cujos termos a jurisdição seria uma atividade estritamente vinculada, que era tal a confiança na racionalidade imanente dos códigos que se confiava em que a interpretação sequer seria necessária. Esta teoria da interpretação das normas não foi uma teoria equivocada nem contra ela

há que esgrimir. Um tipo de Estado preocupado com garantir aos indivíduos as suas esferas de liberdade em pé de perfeita igualdade e em segurança perante as pretensões decisionistas dos tribunais, tão freqüentes no antigo regime, compreende-se que justamente exigisse da doutrina uma concepção que fizesse dos juízes “*les bouches qui prononcent les paroles de la loi, des êtres imanimés qui n’em peuvent modérer ni la force ni la rigueur*”(Montesquieu).

Não era errada a teoria se a projetarmos no condicionalismo que lhe serviu de ambiente. Mas o que também não é errado é que todo aquele condicionalismo é hoje radical e totalmente outro. Além do mais – e sobretudo – porque hoje se exige em primeira linha mais justiça, mesmo que à custa de uma menor certeza. O valor segurança prende-se muito de perto com uma concepção individualista do direito, hoje claramente posta em cheque pelas idéias de um direito com forte conteúdo social.

E mesmo numa base lógica – sobre a razão acima referida que a torna praticamente inconveniente – quer-nos parecer que contra tal concepção estritamente vinculante da atividade jurisdicional se pode objetar triunfantemente com duas razões decisivas. É a primeira que o legislador utiliza e tem forçosamente de utilizar, em razão da natureza genérica e abstrata dos enunciados normativos relativamente à realidade (fragmentária e fracionada) a que se dirigem, dos conceitos, princípios e regras indeterminadas e das categorias vagas que incidem sobre o fato vital real que busca regular e que, unida ao caráter necessariamente mediador, valorativo e constitutivo da tarefa interpretativa faz com que resulte deveras extensa a liberdade dos operadores do direito.

Por outro lado, se deve considerar que na interpretação há necessariamente algo de pessoal e de arbitrário. A interpretação, a justificação e a aplicação das normas jurídicas envolvem forçosamente uma margem de autonomia. A norma é, como se sabe, estruturalmente constituída por uma previsão e por uma estatuição geral e abstrata, ligadas por um nexos, no âmbito do qual, ao contato com a vida, tem lugar a realização do direito (ou seja, a “causalidade jurídica”). E justamente no processo de interpretação e aplicação da norma nos seus dois elementos estruturais, ou da sua passagem do mundo formal da abstração para o mundo da realidade concreta, estão presentes e intervêm certos elementos não lógicos, valorativos e não algorítmicos, mas práticos, subjetivos e emocionais, elementos que sempre intervêm na interpretação de uma vontade estranha, seja a do legislador seja outra qualquer.

Não se creia, pois – lançando as vistas outra vez para o problema aqui tratado–, que as diretrizes que nesta matéria pretende-se formular sejam de aplicação tão fácil, sejam tão precisas e exaustivas, que tudo se resuma, pelo que se refere ao magistrado, a subsumir, no quadro delas, de forma puramente mecânica, os casos da vida real. Isso em primeiro lugar não seria, definitivamente, conveniente nem muito menos prudente.

Se o texto legal, a norma legislada, pela sua natureza e finalidade, constitui um mero bosquejo de decisões judiciais futuras, um simples propósito genérico e altamente indeterminado que necessita concreção para tornar-se direito efetivamente operativo, mas sem proporcionar ainda uma autêntica pauta decisória, o operador do direito se move, necessariamente, no âmbito de uma moldura de contornos vagos, de uma estrutura normativo-material aberta e indeterminada que lhe é oferecido para que, mais perto do mundo da vida, lhe coloque o quadro que tiver por mais ajustado à especificidade do caso vertente. Entre o enunciado legal e a decisão que resolve um caso concreto há um extenso espaço intermédio, em que o juiz manobra com ampla margem para suas opções e, no ato de manobrar nesse espaço, tem um papel central a tarefa interpretativa.

A interpretação medeia sempre, portanto, entre o enunciado e o concreto padrão decisório que ao caso se aplique. A interpretação deixa de ver-se como a exceção e passa a converter-se em regra: a “clareza” de um enunciado normativo é um resultado da interpretação e já não é mais a obscuridade do texto que justifica a interpretação; antes, é a concreta realização do direito que a não pode nunca dispensar. E o intérprete já não é contemplado como passivo servidor da norma que lhe precede, senão como alguém que a transforma em regra decisória ao optar por uma ou outra interpretação da mesma.

Conceitos e normas (princípios, valores e regras) indeterminados, abertos ou disjuntivos através dos quais exatamente o legislador pretende fazer apelo aos tais elementos emocionais práticos – não lógicos, não lógico-teóricos ou não algorítmicos – a que fazíamos há pouco referência – e desde que, por óbvio, adotem a perspectiva de serem mais humanamente operativos em virtude das consequências ético-comunitárias decorrentes de sua relação com o fazer viver uma norma na prática.

Será que então se deve prescindir por inteiro da formulação de cânones, regras e métodos interpretativos? Será que então – na matéria que estamos considerando – da só idéia de que ao intérprete (particularmente o juiz) cabe forçosamente muito, se deve concluir que lhe há de, mesmo, caber tudo? Será, enfim, que tudo o que nesta matéria é

possível fazer é apelar para o sentimento e convicção do julgador para que ele, modificando inexoravelmente o texto normativo, solucione da forma mais ajustada às hipóteses consideradas?

De toda a evidência que não. Contra o que os juristas alemães denominaram de “interpretação ilimitada da norma” têm-se produzido sérias e decisivas objeções. Não é verdade que as normas jurídicas admitam uma interpretação ilimitada (como pretendem alguns operadores do direito), como tão pouco que esteja aberta ao que certos juristas italianos chamaram a mais vinte anos de uso alternativo do direito, que pretende, em última instância, justificar qualquer interpretação desde critérios ideológicos.

Logo no puro plano do valor justiça – certamente não o único, mas porventura o que hoje em dia sobleva a todos os demais –, logo nesse plano não se pode dizer que a via mais apta a realizá-lo seja conferir ao juiz uma latitude de poderes que faça entrar a sua discricionariedade naquele “reino confuso do arbítrio, do palpite, do sentimento anárquico e da intuição irrefletida” (Manuel de Andrade, 1987). Pelo que respeita ao valor segurança, é então patente à todas as luzes que a denominada “interpretação ilimitada da norma” o compromete numa medida inoportável. E se a tudo isso juntarmos, como fator mais grave, o construtivismo social - que reduz a interpretação, a justificação e a aplicação da norma a puras operações subjetivas e relativistas, mais ou menos irrefletidas e arbitrárias -, o resultado é a total e a mais absoluta perda por parte do direito de ser caráter de ciência ou até mesmo de arte, que pelo menos comumente lhe é atribuído.

Afortunadamente, o epidêmico relativismo cultural, histórico e jurídico parecem não resistir à idéia de que existe uma natureza humana cujo núcleo duro constitui o fundamento último de toda a unidade ético-cultural, condiciona o modo como nos vemos a nós mesmos como espécie, estabelece uma medida para a legitimidade e a autoridade do direito e dos enunciados normativos, e determina, em última instância, a direção e o sentido de todo discurso prático ético-jurídico.

Como recorda Arnhart (1998: 173-174), ao defender um novo direito natural darwiniano: *“Eu rejeito o relativismo cultural, que afirma que a ética é uma invenção puramente cultural que varia arbitrariamente de uma cultura para outra, porque enquanto eu reconheço a importância do aprendizado social e os costumes no desenvolvimento moral, eu acredito que os desejos humanos naturais são universais e desta forma limitam a variabilidade das práticas culturais. Eu rejeito o relativismo*

historicista, que afirma que a ética é puramente uma invenção histórica que varia radicalmente de uma época histórica para outra, porque enquanto eu reconheço a importância das tradições históricas, eu acredito que os desejos humanos naturais constituem uma base imutável através da história humana. Eu rejeito o relativismo cético e solipsista, que afirma que não há padrões de julgamento ético, além dos impulsos de indivíduos únicos, porque enquanto eu reconheço a importância da diversidade individual, eu acredito que haja regularidade nos desejos humanos que manifestam uma natureza humana típica da espécie humana. Eu também rejeito o dogmatismo racionalista, que afirma que a ética repousa em imperativos lógicos da pura razão, porque enquanto eu reconheço a importância da razão humana em julgar quão melhor satisfazer seus desejos, eu acredito que o fundamento dos motivos da ética não é a lógica da razão abstrata, mas a satisfação de desejos naturais. E eu rejeito o dogmatismo religioso, que afirma que a ética somente pode ser fundada em leis transcendentais de um poder divino, porque enquanto eu reconheço que a ética religiosa pode reforçar a ética natural, eu acredito que a ética como fundada nos desejos naturais existe independentemente de qualquer poder divino”.

Portanto, seja em função da justiça, da segurança jurídica ou das perversas consequências de um insano e inconsistente relativismo, a atividade interpretativa não pode ser ilimitada senão *limitadamente* diversa no tempo e no espaço, uma vez que supõe um exercício de pensamentos e sentimentos práticos orientado e controlado: 1) pelo *ethos* social institucionalizado nos valores que expressam as convicções morais da sociedade; 2) pelo *sistema jurídico* que contextualiza a interpretação e aplicação no seio do conjunto de fontes normativas; e 3) pelo resíduo de essência humana que escapa do controle cultural e que não somente circunscreve as condições de possibilidade de nossas sociedades senão que, e muito particularmente, guia, condiciona e põe limites ao conjunto institucional e normativo desenhado para regular nossos vínculos sociais relacionais.

E dito seja de passo que a formação conceitual da segurança e certeza jurídica não foi a consequência de uma elaboração lógica, mas o resultado de um longo e penoso processo adaptativo de nossa espécie, uma estratégia sócio-adaptativa lograda por meio de inúmeras conquistas políticas dos agentes sociais. A segurança constitui “um desejo arraigado na vida anímica do homem” – uma função própria de nossas intuições e emoções morais – que sente terror ante a insegurança de sua existência, ante a imprevisibilidade e a incerteza a que está submetido. A exigência de certeza e

segurança de orientação é, por isso, uma das necessidades humanas básicas que o direito (enquanto objeto cultural desenhado para resolver problemas adaptativos relacionados com nossa complicada vida em sociedade) trata de satisfazer através da dimensão normativa e institucional da chamada segurança jurídica¹⁷⁹.

Está dito: ainda que a tarefa interpretativa implique um grau tolerável de controle e limite metodológico - isto é, a busca de um desenho de discurso racional que plasme crenças cognitivamente virtuosas, e que o caminho pelo qual veio ou o processo que lhe há gerado seja um caminho ou processo fiável-, nossos desejos e nossas emoções intervêm sempre em maior ou menor medida em todo o processo de interpretação e de tomada de decisão em concreto, ou, para ser mais preciso, a articulação co-constitutiva da afetividade e da razão intervêm em toda e qualquer interpretação (compreensão), justificação e aplicação de uma norma jurídica. E, sobretudo, naqueles domínios em que o “caso concreto”, o “caso da vida real”, surge ao magistrado com uma variedade e uma multiplicidade desconcertantes – nomeadamente nesses domínios deve o operador do direito fazer apelo à equidade e a prudência a que, constantemente, nos estamos a referir.

Nesses domínios em que o acento recai na especificidade do caso concreto, deve o operador do direito convencer-se de quanto seria prejudicial a eventual pretensão do legislador de regular ele próprio tudo, prendendo o magistrado de pés e mãos, fazendo dele uma pura máquina subsuntiva, ao cabo de cujo funcionamento se estaria em face de uma solução que a todas as luzes mal quadraria ao caso considerado.

¹⁷⁹ E uma vez que se parte da premissa de que nossa arquitetura cognitiva inata (assim como nossas intuições morais inatas) constitui o suporte antropológico de todo valor, não entranha dificuldade chegar a inferir que a luta pela satisfação da necessidade de segurança tenha sido um dos principais motores da história jurídica: a gêneses do *ius civile* tem lugar em Roma através de um ato de afirmação de segurança jurídica; e ao igual que no caso das Doze Tábuas, na Carta Magna se sustentou uma luta pela segurança jurídica com o propósito de obrigar ao poder a se reconhecer sujeito a certas restrições na direção dos assuntos públicos. Contudo, parece intuitivo que a segurança, enquanto valor jurídico e artefato cultural, não é algo que se dê de forma espontânea, homogênea e com idêntico sentido de intensidade nos distintos sistemas normativos; sua função e alcance (enquanto função própria de nossas intuições morais inatas) dependerá das lutas políticas, das manipulações e das vicissitudes culturais de cada tipo de sociedade. Nesse sentido, a instituição judicial com seus objetivos a largo prazo – contribuir para a paz social, a certeza e a segurança jurídica e fortalecer a sociedade como uma empresa comum de cooperação – e a curto prazo – por termo ao conflito com a decisão – institucionaliza, encarnando-a no juiz – que é a condição institucional da imparcialidade do juízo e a quem cabe pronunciar “a última palavra” respeito dessa estrutura fundamental da existência humana que é o conflito –, a relação com o outro e a dimensão dialógica da experiência ética em que se expressa a aspiração de viver sob o manto de instituições justas.

A concessão ao juiz de certa margem de autonomia é, pois, no nosso caso (no caso da interpretação/aplicação jurídica), uma atitude necessária e uma solução por demais fecunda. Em verdade, é no autônomo processo de interiorização dos códigos morais e jurídicos da sociedade, no processamento de tais informações na avaliação ética e na tomada de decisões, em concreto, que a conduta do intérprete, sempre produtiva e constitutiva, garantirá a condição de cidadania plena e a sua devida prioridade frente a qualquer outro fenômeno sócio-cultural e existencial.

Mas também parece intuitiva a necessidade de que os discursos jurídicos estejam racionalmente justificados e coerentes com o sistema jurídico global, quer dizer, que em favor dos mesmos se aportem argumentos que façam com que a atividade interpretativa não resulte maculada por um desatinado e irracional subjetivismo.

E é precisamente neste aspecto que reside a importância de uma metodologia jurídica normativa no contexto do direito, que marque os critérios da correta – no sentido de racional, objetiva, intersubjetivamente aceitável e respeitosa com as garantias do Estado de Direito – determinação de significado de seus enunciados normativos. Nesse sentido, entendemos que a racionalidade característica do pensamento jurídico envolve a hermenêutica (compreensão), uma particular concepção ontológica do direito (do direito como “construído”), a argumentação e a interpretação, e que o valor de uma proposta metodológica deve ser avaliado pelo grau com que os critérios metodológicos propostos podem ser postos em prática, em que cabe efetuar por meio deles câmbios essencialmente úteis para tomar o direito como um instrumento de construção social e, muito particularmente, para assimilar os câmbios formais e materiais no processo de tomada de decisões ante as contingências da vida real.

Estamos convencidos de que em tema de interpretação jurídica o melhor caminho a seguir será sempre o de propor um modelo de discurso jurídico que envolva o método hermenêutico da compreensão e a contribuição analítica da técnica argumentativa, assumindo suas respectivas tensões, mas procurando estabelecer um jogo harmonioso entre a argumentação e a hermenêutica jurídica.

Essa a razão pela qual as considerações desenvolvidas ao longo deste capítulo tratam de fazer frente ao reconhecimento da construção jurisprudencial no sistema de fontes do Direito como produto da atividade cognitivo-normativa de interpretar, justificar e aplicar o direito, chamando a atenção, contudo, à necessidade de se

estabelecer métodos apropriados para salvar *metodologicamente* as possibilidades de uma eventual – necessária, ainda que não suficiente – objetividade hermenêutica e a própria racionalidade da interpretação jurídica. A normatividade do direito, sem a qual não cumpriria (ou cumprirá) nenhum de seus fins, repousa necessariamente sobre a objetividade – ainda que tentada – da interpretação, justificação e aplicação das normas jurídicas.

Por certo que uma ponderação mais cuidadosa leva-nos a inferir que – se bem valiosos os fins da racionalidade do proceder interpretativo – os vínculos constituídos pelas regras e métodos de interpretação dos textos normativos, a dogmática jurídica, a comunidade dos intérpretes e dos juristas, e a própria dimensão da comunidade ética e da textualidade, são sempre limites de natureza relativa: quer dizer, não podem jamais eliminar totalmente a natureza do jogo interpretativo (isto é, de discricionariedade e dos espaços de liberdade do intérprete), senão que somente contribuem, com sua função normativo-prescritiva, a estruturá-los e a contê-los. Em todo caso, se o objetivo é a racionalidade do interpretar, são sempre preferíveis vínculos e limites parciais e imperfeitos, expressão de culturas jurídicas e sociedades históricas específicas, antes que nenhum vínculo ou limite. Dito de modo mais simples, a insuficiência do vínculo não implica, em definitivo, a supressão dos limites por ele desenhados¹⁸⁰.

Depois, talvez seja útil recordar que no processo de realização do direito se apresenta ainda ao operador do direito um importante problema de responsabilidade ao garantir ou, melhor dito, ao estabelecer, a coerência intrínseca do sistema jurídico. Ao jurista-intérprete se lhe confia a tarefa específica de combater ou ao menos minimizar a contraditoriedade intrínseca do sistema jurídico, particularmente a de reconstruir e

¹⁸⁰ Tudo isso para mostrar, em síntese, que: **1.** a interpretação jurídica é sempre o fruto da atividade de um sujeito que compreende e atua desde dentro de um contexto, partindo de uma precompreensão e insertando-se em uma práxis e em uma comunicação que implicam a comunidade; **2.** os diversos métodos ou critérios interpretativos aos que o operador do direito pode recorrer para cumprir com sua função não podem jamais eliminar completamente os espaços (pessoal, subjetivo e emocional) de liberdade do intérprete nos processos de tomada de decisão; **3.** o método interpretativo tem que ser considerado como um processo unitário, no qual se podem distinguir diversos elementos e que a multiplicidade dos critérios-guia e de suas possíveis combinações não exclui uma unidade metodológica, adequada à complexidade do ato interpretativo; **4.** o fato de que os critérios metodológicos (numerosos e por vezes em competição recíproca) concedam espaços de discricionariedade ao intérprete e que nem sempre ofereçam todos os mesmos resultados, nem cada um deles ofereça sempre um resultado único, não implica, justamente por isso, a inservibilidade dos mesmos; e **5.** entre o texto da norma e a específica solução do caso não há um “vazio” absoluto racionalmente incolmável: ao contrário, o procedimento de descoberta do direito, partindo do terreno ineliminável da precompreensão (da dimensão propriamente humana do processo do interpretar, justificar e aplicar) pode ser analiticamente individualizado e racionalmente controlado.

contextualizar a hierarquia dos valores e princípios constitucionais, que não se pode considerar como dada e adquirida de uma vez por todas. O sentido de uma norma jurídica se converte, por meio do sujeito-intérprete – e ainda que a modifique no percurso do processo interpretativo- , em expressão de relações mantidas com a prática, de uma capacidade de relação com os dados extralingüísticos e com o contexto de experiência, que em cada novo caso tem que ser renovada e dinamicamente reconstruída , mas sempre com o fim de compor em um todo coerente normas, princípios e valores diferentes; portanto, de detectar, de forma prudente e responsável, na pluralidade de hipóteses interpretativas e soluções alternativas possíveis, a solução legítima, mais satisfatória e com maior capacidade de consenso.

Afinal, uma vez que o operador do direito é, antes de tudo e em sua tarefa sócio-institucional, responsável perante o meio social e frente ao que há de assegurar-se acerca da plausibilidade de suas interpretações, ele deve procurar que suas valorações cambiantes do texto normativo não somente estejam em consonância com nossas intuições e emoções morais, com a coerência do sistema jurídico e com os valores historicamente aceitos e compartilhados por uma determinada comunidade ética, senão também, e na mesma medida, que seus discursos contem com algum referente que permita a determinação e a atribuição, ao menos aproximativa, de correção ou incorreção objetiva relativamente às suas opções interpretativas.

Como se vê, a tarefa de realização do direito, para a gente que vive em uma comunidade abarrotada de normas, é algo mais complicada.

V. RACIONALIDADE JURÍDICA, EMOÇÃO E ATIVIDADE JURISDICIONAL

1. O dilema da racionalidade jurídica: teoria da racionalidade, interpretação jurídica e criação do direito

Desde qualquer ponto de vista que se analise o problema da racionalidade jurídica, o tema sempre pressupõe uma dúvida: sobre o papel e a função do operador jurídico no processo de realização (interpretação, justificação e aplicação) do direito que é, talvez com a teologia, a disciplina mais inteiramente voltada à interpretação, mais mediada em seu labor e seus resultados por uma constitutiva, permanente e ineliminável *hermeneusis*.

Neste último capítulo trataremos dos mecanismos racionais de escolha no âmbito do processo de tomada de decisões jurídicas, do papel das emoções e da razão no juízo moral e das características da atuação jurisdicional respeito ao problema da interpretação e aplicação das normas jurídicas. Para tanto, começaremos por analisar as duas escolas de pensamento que, embora semelhantes no que diz respeito ao ponto de partida da questão relativa à teoria do comportamento racional, divergem no que se refere às conclusões a que chegam: a teoria da racionalidade absoluta (TRA) e a teoria da racionalidade limitada (TRL). Ambas definem a palavra "racionalidade" como o modo de comportamento adequado para alcançar determinados objetivos, respeitando os limites impostos pelas condições e limitações do caso concreto¹⁸¹.

¹⁸¹ Segundo Samuels et al. (2003), as descrições de racionalidade podem ser divididas em duas grandes categorias. As descrições deontológicas avaliam a racionalidade de casos particulares ou padrões de raciocínio e tomadas de decisão recorrendo a regras normativas ou princípios como os da lógica e teoria da decisão. Nas descrições consequencialistas, por outro lado, os casos particulares ou os padrões de raciocínio e tomadas de decisão são avaliados tendo em conta as suas consequências - os estados de coisas a que eles conduzem - num ou noutro ambiente (com diferentes descrições consequencialistas este tipo de descrição centra-se em distintos tipos de consequências e meios ambiente). Na epistemologia fiabilista, uma crença verdadeira é a consequência que se destaca na avaliação de racionalidade, enquanto que tanto a epistemologia pragmatista como a teoria da decisão se centram na satisfação de desejos ou na maximização da utilidade subjectiva. O bem estar individual (ou ocasionalmente do grupo) é outro tipo de resultado que uma descrição consequencialista da racionalidade pode procurar maximizar. A noção de bem-estar é filosoficamente muito mais controversa e muito mais difícil de apreender do que a noção de utilidade subjectiva. Mas é claramente uma noção diferente uma vez que, pelo menos às vezes, o que as pessoas querem não contribui para o seu

A TRA adota uma abordagem normativa, que prescreve o comportamento que devem ter os agentes organizados de forma a atingir as metas prefixadas em determinadas condições. A TRL, ao contrário, adota uma abordagem de tipo descritivo e cujo objetivo consiste em descrever como, efetivamente, os agentes se comportam. Na primeira abordagem, todas as condições e restrições estão relacionadas com o ambiente, ou seja, *fora* do agente racional; diversamente, no caso da TRL, “as restrições decorrem, sobretudo, das limitações do próprio agente no processamento das informações”. (H. A. Simon, 1985).

1.1. A teoria da racionalidade absoluta

Como já advertimos antes, a TRA constitui a abordagem dominante para a representação dos agentes econômicos. Brevemente, é possível afirmar que a coerência lógica na tomada de decisão é uma das hipóteses mais fortes do modelo. Sem embargo, do que pretendemos chamar mais atenção é para a premissa de informação perfeita relativa aos problemas a afrontar e à ilimitada capacidade cognitiva que se supõe dispor os agentes ao processar as informações. Esta forma de analisar o problema permitirá ilustrar melhor as diferenças entre o TRA e a TRL.

Assim, assumindo a condição de informação perfeita, a TRA reconduz todo o comportamento individual aos problemas de decisão; sob esta ótica os processos cognitivos dirigidos à obtenção de informações não têm relevância. Ademais, a TRA

bem-estar (Kahneman et al., 1999). A aptidão inclusiva é outra propriedade que os teóricos consequencialistas julgaram ser importante. Quando psicólogos evolucionistas como Cosmides e Tooby (1994) abordam a racionalidade dos processos de formação de crenças e tomadas de decisão é perfeitamente claro que aquilo que têm em mente é uma avaliação da contribuição que esses processos têm para a aptidão inclusiva daqueles que os empregam. Da mesma forma, a noção de "racionalidade ecológica", que é usada no trabalho de Gigerenzer e dos seus colaboradores (Gigerenzer et al., 1999; Gigerenzer, 2000) é por vezes melhor compreendida como uma noção consequencialista, onde o que deve ser maximizado é a capacidade de sobrevivência num determinado ambiente. As avaliações consequencialistas da racionalidade de um mecanismo ou processo psicológico serão frequentemente muito sensíveis ao ambiente no qual se espera que o mecanismo opere. Uma escolha óbvia de um ambiente é aquele no qual o mecanismo está efectivamente inserido. Contudo, para outros propósitos, um teórico pode concentrar-se naquilo que Sperber (1996) chamou o ambiente apropriado (*proper environment*) - o ambiente onde o mecanismo em questão evoluiu. Para outros propósitos, as descrições de racionalidade ainda podem focar um ou outro tipo de ambiente idealizado no qual se assume que se obtenham algumas suposições teoricamente importantes (Goldman, 1986).

pressupõe o perfeito conhecimento, por parte dos indivíduos, de suas necessidades e daquilo que desejam. Este é um passo essencial, pois desta forma todos os seus objetivos podem ser perfeitamente representados por uma função de utilidade que expressa o nível de satisfação de todo o sistema, obtida através da persecução de objetivos específicos. Mesmo os constrangimentos externos, como podem ser os limites que o ambiente impõe às ações, são perfeitamente conhecidos para os indivíduos.

Dito de outro modo, nos modelos perfeitamente racionais de ação dos agentes vem descrito e previsto *como* o resultado da maximização da função de utilidade está subordinado às restrições impostas pelo ambiente (Von Neuman, 1944), sendo que a maximização matemática sobre as restrições resulta ser a principal ferramenta empírica para a construção de tal modelo. Um desses modelos é a teoria da racionalidade "*as if*" de Friedman (1953). Apesar de haver admitido que os comportamentos dos agentes resultantes de processos cognitivos não são totalmente racionais, Friedman construiu um modelo de "*como se*" os agentes o fossem, afirmando que no ambiente existem mecanismos eficientes que permitem aos agentes selecionar o resultado de forma racional. Em essência, os agentes, embora não sejam intrinsecamente racionais, acabam tendo um comportamento racional induzido ou provocado desde fora (isto é, pelo ambiente).

Em resumo, pode-se dizer que a TRA baseia-se nos seguintes pressupostos:

- 1) a informação está toda disponível;
- 2) o sujeito tem plena e ilimitada capacidade cognitiva para criar, coletar, reunir e organizar as informações, podendo, portanto, dispor de uma completa e precisa representação da realidade;
- 3) o custo da pesquisa, coleta e tratamento de informação é nulo;
- 4) com base nas informações obtidas e processadas, o sujeito decide lançar mão de uma função objetiva vinculada: a máxima utilidade ou o lucro máximo (as restrições são dadas pela limitada disponibilidade de recursos e as funções de transformação);
- 5) o sujeito, portanto, é capaz de conseguir o máximo permitido e/ou obrigado.

A incerteza, que caracteriza a maioria das escolhas individuais, não é considerada como uma variável interna que distorce as intenções do sujeito, mas

referida, por simplicidade, somente ao ambiente externo no (e com o) qual o sujeito interage. Esta forma de investigação limita severamente a precisão dos resultados derivados de tais modelos, entanto se afirma que a distorção da eleição maximizadora não depende nunca dos processos cognitivos intrínsecos ao sujeito, mas apenas da “causalidade dos eventos ” (Ester, 1986).

Com a assunção deste pressuposto a TRA evita completamente o estudo dos complexos processos cognitivos levados a cabo pelo indivíduo - e que permitem a concretização da escolha final -, assumindo como ilimitada sua capacidade de processamento.

1.2. A teoria da racionalidade limitada.

A racionalidade limitada “pode ser definida como uma forma de realização aproximada por defeito da racionalidade absoluta. [...] As teorias que incluem limitações na capacidade de processar informações por parte do agente podem ser denominadas de teoria da racionalidade limitada.” (H. A. Simon, 1985). Desta forma Herbert A. Simon (1982, 1977 e 1959), um economista da Universidade Carnegie Mellon, introduziu o conceito de racionalidade limitada, tendo sido o primeiro a formalizar todas aquelas idéias de origem cognitiva relativas ao problema da tomada de decisão dos agentes (precedentemente de exclusivo interesse no âmbito da investigação da sociologia e da psicologia). A partir de uma lógica dedutiva e prescritiva própria da TRA para representar o comportamento individual, Simon passa para uma lógica indutiva e descritiva, centrando sua atenção sobre a conduta individual do agente "real", sem cair nas rigorosas restrições impostas pela TRA.

O ponto de partida para a proposta de racionalidade de Herbert Simon está em sua crítica ao conceito de racionalidade maximizadora. A racionalidade maximizadora, também denominada racionalidade substantiva por Simon, confere ao indivíduo a capacidade irrestrita de maximizar e atingir, da melhor maneira possível, seus objetivos. Este conceito de racionalidade remete à onisciência do indivíduo, já que ele é capaz de escolher a melhor alternativa de acordo com seus objetivos, e também à estabilidade e consistência das suas preferências.

Simon chama a atenção para o fato de que a adoção deste conceito de racionalidade impede qualquer explicação de como o processo decisório ocorre e propõe a sua substituição pelo conceito de racionalidade limitada. Para Simon, é necessário partir da microeconomia descritiva e da observação do comportamento das pessoas para se fazer alguma previsão do comportamento humano. Ele procura argumentos da psicologia e afirma que a informação do decisor sobre seu ambiente é muito menor que uma aproximação do meio real (Simon, 1959: 272). O mundo percebido é muito diferente do mundo “real” e esta diferença envolve omissões e distorções e tem origem na percepção e na “inferência”. O modelo do decisor trata apenas de uma fração pequena de todas as características relevantes do meio real. Além disso, o que é trazido para dentro do sistema nervoso central não é realmente um pedaço igual ao que está lá fora: ocorre um processo ativo envolvendo atenção de muitas pequenas partes do todo e exclusão, desde o início, de quase tudo que não é do escopo da atenção consciente.

Da mesma forma, há muitas inferências que *podem* ser construídas a partir da informação estocada no cérebro. As consequências advindas da informação na memória tornam-se conhecidas apenas através de uma seleção ativa de caminhos para a solução de problemas particulares da miríade que poderia ter sido seguida (Simon, 1959: 273). Em consequência desse entendimento da percepção humana, as características do agente decisor devem ser repensadas. Não basta conhecer a meta deste indivíduo. Outros elementos provenientes da interação entre os indivíduos devem ser observados.

Segundo Simon (1980), se o objetivo é apenas entender o comportamento de equilíbrio (numa alusão ao equilíbrio neoclássico), é necessário saber pouco sobre o agente. O comportamento de equilíbrio de um agente em perfeita adaptação é definido por suas metas e pelo seu ambiente, sendo completamente independente das propriedades internas do organismo. No entanto, se o meio se altera, apresenta uma dinâmica ou se o objetivo é querer saber sobre o comportamento antes do equilíbrio ser alcançado, a compreensão requer mais informação. São necessárias informações sobre o agente, sua estrutura interna e seus mecanismos de adaptação.

Assim, para compreender o comportamento no curto prazo de um organismo adaptativo, ou seu comportamento numa alteração complexa e rápida do meio, não é o bastante conhecer suas metas. Do mesmo modo, num organismo com múltiplas metas ou afligido por algum tipo de conflito interno quanto às metas, o comportamento só

poderia ser apreendido a partir do conhecimento das forças relativas das diversas metas e as formas como os processos adaptativos respondem a elas.

A preocupação de Simon está no processo de tomada de decisão, que o faz se utilizar do conceito de racionalidade procedural. Segundo Simon: “...*when perception and cognition intervene between the decision-maker and his objective environment, this model [The [neo] classical theory] no longer proves adequate. We need a description of the choice process that recognizes that alternatives are not given but must be sought; and a description that takes into account the arduous task of determining what consequences will follow on each alternatives.*” (Simon, 1959: 272).

Como formulação inicial o autor sugere um conceito amplo de racionalidade limitada que abrange (i) a busca de soluções satisfatórias ao invés de otimizadoras; (ii) a substituição de objetivos abstratos e globais por subobjetivos tangíveis, cujo conseguimento pode ser observado e mensurado e (iii) a divisão da tarefa do processo decisório entre muitos especialistas, coordenando seu trabalho através de uma estrutura de comunicação e relações de autoridade. E embora considere esta formulação bastante vaga, inicial e genérica e argumente que ela requer maior formalização e verificação empírica de suas principais reivindicações, Simon afirma que a utilização do conceito de racionalidade limitada transforma problemas insolúveis em problemas de soluções plausíveis.

Pois bem, partindo da formalização original da crítica à perfeita racionalidade, Simon foi capaz de delinear dois planos principais da pesquisa, fortemente condicionados pelo rasgo cognitivista decorrente das contribuições procedentes das investigações levadas a cabo em outras disciplinas sociais:

a) o primeiro diz respeito aos estudos sobre individualismo metodológico, a partir do qual refuta os critérios de investigação da racionalidade "objetiva" da “*rational choice*” (Ester, 1986), concentrando sua atenção sobre os elementos básicos da ação humana, tais como os desejos, crenças, oportunidades, etc., pouco considerados (ou quase nunca) no plano da racionalidade absoluta;

b) o segundo, denominado "dimensão processual da racionalidade", refere-se ao processo de elaboração da informação e o procedimento através do qual o agente vem a identificar e individualizar a ação a empreender; sua finalidade é fazer da racionalidade limitada uma "representação mais que uma teoria", isto é, representar o comportamento real dos agentes e evitando sua redução a uma teoria científica.

Nas palavras de Simon (1982: 53), "*o homem não é capaz de alcançar uma representação completa da realidade, nem de conhecer todos os objetivos possíveis de suas ações, nem, enfim, de elaborar uma representação de todos os meios possíveis para alcançá-los ou das conseqüências de cada ação.*" E as causas de que isso não ocorra são devidas, segundo Simon: a) à objetiva complexidade do ambiente (devido à presença da não-linearidade ou do fenômeno de bifurcação); b) a incapacidade do sujeito para reunir, processar, armazenar ou memorizar todos os detalhes do mundo real; e c) a incapacidade do sujeito para representar ou prever antecipadamente as estratégias dos demais. Trata-se, em síntese, de uma forma "semi-forte" de racionalidade, e que parte do pressuposto de que os agentes são racionais na intenção, mas *de fato* só limitadamente.

Atualmente a TRL não corresponde (ainda) a um extenso corpo de teoria, consistente e coerente, mas sim a um complexo mosaico de resultados e esquemas parciais e um sentimento geral, este sim realmente compartilhado, de inadequação do paradigma racional.

Não obstante este estado ainda parcialmente nebuloso da teoria da racionalidade limitada, é possível identificar alguns princípios gerais subjacentes a esta visão e que são geralmente admitidos pelos estudiosos que dela se ocupam. Por exemplo, de que os agentes reais estão dotados de uma capacidade cognitiva limitada; isto é, de que as restrições são representadas pela limitada capacidade de atenção, de percepção e de memória frequentemente subjetiva, parcial, distorcida e tendenciosa, tanto ao nível de armazenamento como de transformação, e, finalmente, de processamento de informação; de que os problemas e o ambiente que os agentes têm de enfrentar são muitas vezes demasiados complexos para que uma suposta racionalidade ilimitada possa fazer-lhes frente; de que, enfim, as leis do mundo real são desconcertadamente distintas das do idealizado mundo lógico da TRA.

Ademais, considerando a circunstância de que as informações pertinentes e úteis para a resolução de problemas são incompletas e mescladas com uma grande quantidade de informações inúteis, o processamento e a transformação da informação (constituído por dados puros, isto é, por informações estruturadas que permitem a interpretação e a ação sobre o ambiente) em conhecimento encontram-se sujeitos a uma série de limitações impostas pela própria natureza da capacidade cognitiva dos agentes.

Devido também à limitada potencialidade cognitiva disponível, os agentes desenvolvem uma série de estratégias, procedimentos e heurísticas para lidar com a complexidade do ambiente, a fim de simplificar a informação a ser recolhida e processada e conseguir resultados satisfatórios (Simon, 1985): centrar a atenção sobre algumas variáveis importantes, transformar em conhecimento somente partes das informações disponíveis, efetuar análises parciais e adotar ("reciclar") regras de comportamento que tiveram sucesso no passado (por isso estamos condicionados e influenciados por escolhas anteriores, a que denominamos "rotina"), sem a necessidade de realizar ou efetuar "racionalmente" sempre novos cálculos quando confrontados com novos problemas.

Por conseguinte, quanto maior é a complexidade do ambiente que ultrapasse as capacidades cognitivas dos agentes, mais o comportamento adotado se distancia da perfeita racionalidade, isto é, da ilusão de que quem o executa é um agente dotado com informação perfeita e ilimitada capacidade de cálculo e processamento.

1.3. Racionalidade limitada e o modelo de legislador racional

Como vimos, a teoria econômica utiliza tradicionalmente o paradigma da ação racional para explicar as ações e decisões individuais pelo desejo de maximizar a diferença entre custos e benefícios. Desde esta perspectiva, já sabemos, se há considerado que a racionalidade absoluta se manifesta por sua vez na ação individual eficaz e maximizadora.

Esta, contudo, não é única forma possível de racionalidade que guia a ação humana. Pelo contrário, o *homo oeconomicus* não é senão um conceito, situado como núcleo central em determinadas concepções da teoria econômica, de uma espécie dificilmente encontrável na realidade. É mais, se trata de uma ficção, uma representação imaginária do ser humano, que se comportaria de forma perfeitamente racional diante de estímulos econômicos, isto é, do ser humano capaz de processar adequadamente a informação que conhece, e atuar em consequência. Daí que a ciência econômica, em sua pretensão explicativa mediante teorias baseadas em modelos econômicos que reduzem a complexidade da conduta humana aos esquemas da

racionalidade absoluta ou instrumental, topa constantemente com dificuldades em seu cometido explicativo, pondo de manifesto a inadequação empírica deste modelo.

Pois bem, uma das implicações deste conceito de racionalidade para o âmbito do direito reside no fato de que este mesmo postulado serve como base para um dos principais dogmas da ciência jurídica: o da racionalidade do legislador, quem apresenta umas características que lhe dotam da máxima eficiência na construção do sistema jurídico. O modelo de legislador racional adotado pela dogmática jurídica gera a ilusão de que as normas jurídicas são “ótimas”, o que, evidentemente, não encontra, em muitas ocasiões, nenhuma similitude com a realidade, e, em outras, limita, direta ou indiretamente, as possibilidades de que os intérpretes autorizados possam elaborar as devidas reformulações críticas das normas vigentes (Hassemer, 2002).

Seja como for, o certo é que a dogmática jurídica se caracteriza por incorporar o chamado modelo de legislador racional, segundo o qual o legislador é tratado como se fosse único, consciente, onisciente, operativo, justo, coerente, onicompreensivo e preciso na elaboração do ordenamento jurídico (Nino, 1987). A atribuição ao legislador destas propriedades de racionalidade, ou bem de mecanismos que servem para garanti-la e que distam muito de ser as características dos legisladores reais, permitem que se possa considerar o ordenamento jurídico como suscetível de ser interpretado de forma que tenda à otimização da lei.

Em efeito, da pressuposição da racionalidade do legislador é possível deduzir várias regras que servem de guia para a interpretação das normas jurídicas. Em primeiro lugar, a pressuposição de que o direito legislado é coerente e dá lugar a uma série de regras técnicas tais como os princípios *lex superior*, *lex specialis*, etc., que permitem resolver as contradições do ordenamento jurídico, fazendo-as aparecer como se houvessem estado resolvidas de antemão e não como resultado da tarefa interpretativa. Em segundo lugar, baixo a suposição da operatividade de todas as normas, se derivam regras de interpretação que proíbem atribuir a uma norma um fato empiricamente impossível. Em terceiro lugar, que um ordenamento jurídico seja completo significa que oferece uma solução para todos os casos possíveis. Em quarto lugar, a precisão das normas jurídicas diz respeito a que a linguagem normativa nunca é vaga ou padece de imprecisão e que, portanto, os operadores do direito devem acudir à busca da verdadeira natureza de uma instituição jurídica para interpretar os termos que aparecem em una norma. (Hassemer, 2002)

Parece evidente que a presunção deste tipo racionalidade de que está dotado o legislador aparece claramente ao sentido comum como uma abstração insuficiente para explicar a complexidade dos sistemas jurídicos - ainda que, não obstante, possa ser operativa. Assim, o fato de que se tenha que elaborar princípios interpretativos dos ordenamentos jurídicos que permitam decidir em cada caso complexo, seja onde participem uma diversidade de normas, seja quando nos encontramos com uma vaguedade nos termos utilizados em uma norma, etc., nos mostra o quimérico que pode chegar a ser modelo do legislador racional.

Outro aspecto a considerar, e ao que vamos dedicar mais atenção, diz respeito à ilusão gerada pelo modelo do legislador racional adotado pela dogmática jurídica, no sentido de que tanto as normas legais existentes como o próprio ordenamento em seu conjunto são “ótimos”. Produz-se, baixo este modelo, a otimização do sistema jurídico e a otimização das normas que lhes são próprias. Dito com outras palavras, este modelo *“tiene la función de justificar la abdicación valorativa y la adhesión del jurista al derecho positivo”* (Calsamiglia, 1988: 97), e com ele o que se está fazendo em realidade é supor uma (inexistente) neutralidade valorativa do ordenamento jurídico, o que *“es dogmático en el sentido de que es condición necesaria para jugar a la dogmática y no se puede criticar. El jurista, si quiere trabajar dogmáticamente, ha de aceptar las normas como un hecho y el modelo de legislador racional como una directriz”* (Calsamiglia, 1988: 98).

Essa, aliás, a razão pela qual, segundo as escolas positivistas legalistas, diante de um ordenamento jurídico ótimo elaborado racionalmente, *“la función del jurista es averiguar el significado de la ley tal y como ha sido dictada por el legislador. El proceso de aplicación de la ley se concibe como si fuera un silogismo. El jurista debe subsumir hechos en normas y llegar a las mismas conclusiones que el legislador había establecido de un modo general. Su tarea es mecánica porque no innova el derecho. Las posibles contradicciones y lagunas no son imputables al legislador sino a una interpretación incorrecta”* (Calsamiglia, 1988: 100). Deste modo, se fecha a possibilidade não somente de uma interpretação criativa por parte do sujeito-intérprete senão também de uma aplicação social-transformadora do direito.

Vejamos, então, em que medida é possível tratar dos limites deste tipo de racionalidade adotada pelo direito. Para tanto, em primeiro lugar, apresentaremos a insuficiente identificação entre intencionalidade e racionalidade, e entre racionalidade e otimicidade. Em segundo lugar, apresentaremos aquelas objeções que põem de

manifesto a inadequação empírica do modelo de ação racional porquanto reduz em excesso a complexidade da conduta humana. Por último, consideraremos até que ponto o direito trata de apresentar-se valorativamente neutral.

a) Racionalidade e otimicidade

Há razões pelas quais a interpretação da racionalidade como otimicidade - que, como vimos, se encontra presente tanto na teoria econômica como na ciência do direito - não vale com caráter de generalidade. Em primeiro lugar porque existe, seguindo a Elster (2000: 71), “*el argumento especial para satisfacer que deriva de los problemas de optimización sin soluciones bien definidas*”, no qual a explicação intencional deve completar-se com algum relato causal de porquê a pessoa fixou exatamente uma ou outra solução. Quer dizer, que resta por justificar e por explicar o motivo último de uma atuação particular. Em segundo lugar, porque nos encontramos com “*el argumento general para satisfacer que deriva de las paradojas de información*” (Elster, 2000:70).

Do estudo de ambos os argumentos se põe de manifesto várias anomalias da teoria da racionalidade enquanto pretende explicar comportamentos ou fatos próprios do objeto de estudo das ciências sociais em geral (e do direito em particular) sem distinguir entre intencionalidade e racionalidade e entre racionalidade e otimicidade. Deste modo, “*el concepto de intenciones irracionales va contra la naturaleza de muchos de los recientes análisis, que tienden a ver las ideas de intencionalidad y racionalidad como sinónimos. En segundo lugar, los argumentos especiales y generales para satisfacer quiebran el vínculo entre racionalidad y optimalidad. Tercero, las variantes de toma de decisiones bajo incertidumbre inducen al escepticismo acerca del poder de la teoría de la racionalidad como una guía para actuar. Y por último, la existencia de juegos sin solución demuestra que la racionalidad individual puede desmoronarse cuando la estructura de interacción es suficientemente perversa*” (Elster, 2000: 77).

Pelo que se refere às decisões tomadas em contextos de incerteza, podemos ver, no caso de eleição entre duas soluções futuras, que a utilidade de cada possível resultado de uma ação é gravada pela probabilidade estimada dessa ação. A teoria nos

diz que adotemos a ação que se associa a mais alta utilidade esperada. Mas a racionalidade nesses casos pode fracassar por dois motivos: por um erro nas previsões e porque a gente pode comportar-se irracionalmente. Quer dizer, há casos em que não há nenhuma opção ótima para crenças e desejos dados, especialmente quando a gente não pode prever, comparar e classificar com exatidão todos os resultados possíveis e esperados das opções, e há outras situações nas quais as crenças são indeterminadas e insuficientes para justificar um juízo sobre a probabilidade dos diversos resultados da ação; o que não significa negar que podem deduzir-se tais probabilidades senão somente que sejam confiáveis e que seja racional empregá-las como base para a ação.

Ademais disso, podem aparecer na tomada de decisões, e de fato aparecem, outras formas de irracionalidade que dão lugar a uma conduta irracional, e que isso seja consequência de crenças, desejos e preferências irracionais.

b) Ciências sociais, direito e neutralidade valorativa

Anteriormente vimos como as ciências sociais, tomando como exemplo a ciência econômica e o direito, geram a suposição da existência de neutralidade valorativa em suas explicações. Quer dizer, em ciência econômica, se estabelece a distinção entre economia positiva, que “*se define como la ciencia que busca explicaciones objetivas del funcionamiento de los fenómenos económicos*” (Mochón, 1996:6), e economia normativa, que oferece prescrições para a ação baseadas em juízos de valor pessoais e subjetivos. Esta distinção é claramente artificial, posto que os aspectos do ‘que é’ e do ‘que deveria ser’ sempre se acham entrelaçados, uma vez que os fatos são suscetíveis de mais de uma interpretação e estas, em última instância, respondem a distintas valorações.

Deste modo, a análise econômica, igual como não pode dar conta de muitas situações da vida real, tampouco pode oferecer-se como explicação única carente de valores. O mesmo sucede no âmbito do direito, onde a ficção do legislador racional dá lugar à crença na neutralidade valorativa do fruto da ação racional do mesmo. É evidente que todo sistema jurídico implica um sistema de valores que responde a uma concepção política, que não é apolítico. De fato, resulta óbvio que tanto as normas legais existentes como o ordenamento em seu conjunto não são ótimos, assim como

tampouco podemos sustentar razoavelmente uma suposta neutralidade valorativa do ordenamento jurídico.

c) Os problemas de uma abstração insuficiente e a necessidade de revisão do conceito de racionalidade

A noção de racionalidade absoluta adotada pela dogmática jurídica supõe uma concepção de indivíduo que requer uma adequada revisão para que possa adequar-se à realidade, uma vez que, em última instância, pretende dar conta, explicar e normatizar fenômenos em que intervêm sujeitos reais e não abstrações fictícias.

Resulta patente a inadequação empírica do indivíduo racional de acordo com o modelo de racionalidade absoluta por muitos motivos. Primeiro, já vimos, porque nos encontramos com uma série de fatores e influências, inatas e adquiridas, que condicionam nosso processo de decisão (Gigerenzer, 2008), assim como múltiplos mecanismos de conformação adaptativa de nossas preferências. Em segundo lugar, porque se trata de um modelo que não contempla adequadamente a presença de incertezas. Em terceiro lugar, porque existem condutas jurídicas que em nada se ajustam, nem muito nem pouco, aos cânones de racionalidade. Em quarto lugar, porque há razões mais que abundantes para destacar o papel que as emoções exercem no âmbito do direito – tanto no campo da elaboração das normas jurídicas como no domínio de sua interpretação e aplicação (p.e., Nussbaum, 2006, 2008).

Assim que este desajuste empírico exige, cada vez com mais intensidade, uma revisão do modelo de racionalidade pelo qual se pretende explicar o comportamento do legislador desde o direito, a partir da noção de racionalidade limitada. Esta racionalidade faz referência a que na conformação de nossas crenças e de nossos fins podem estar atuando fenômenos infra e supra-intencionares, causas internas e externas, que não tornam viável a adoção de uma racionalidade absoluta que nos instala em uma sossegada e circunstanciada distância com relação à influência do instinto em nossas crenças, desejos, preferências e decisões. Depois, a racionalidade limitada se relaciona com nossa preocupação por dar sentido ao mundo, por fazer inteligível e factível nossas eleições e decisões, de maneira que possamos atuar sobre ele tal e como (realmente) estamos desenhados por nossa história evolutiva.

Por último, a racionalidade limitada tem que ver com uma redução da exigência de otimização e com a conseqüente aceitação de normas que permitam atuar de acordo com o conjunto de materiais disponíveis; que não somente atende à possibilidade de desenvolver os cálculos individuais de uma fictícia otimização procedente do modelo standard de racionalidade absoluta, senão que também à presença de intuições e emoções morais, normas sociais e hábitos culturais. Ademais, a noção de racionalidade limitada goza de uma maior correspondência empírica, leva necessariamente à ação política, ou quando menos à razão prática, ao abrir a possibilidade de interpretações jurídicas criativas, críticas e/ou construtivas.

1.4. Racionalidade limitada e interpretação jurídica.

Os estudos sobre racionalidade individual representam o campo de batalha entre partidários e opositores da certeza jurídica e da objetividade no âmbito da interpretação jurídica. Aqueles que defendem a aplicabilidade dos pressupostos da racionalidade perfeita aos problemas jurídicos não visto emergir, em tempos mais recentes, uma corrente de pensamento oposta que reputa irrealista o modelo de comportamento formulado pelos economistas. A principal objeção diz respeito à ilimitada capacidade cognitiva que os indivíduos devem dispor para atender os pressupostos da escolha racional. Em realidade, tornou-se habitual a referência às evidências empíricas e experimentais que demonstram a sistemática violação de tais pressupostos.

Antes, contudo, de delinear as características do discurso jurídico racional, parece-nos oportuno e razoável fazer algumas reflexões sobre o fato de que o problema da interpretação jurídica está sofrendo uma radical mudança de perspectiva no atual contexto metodológico. Deixou de conceber-se tão só e estritamente como “interpretação da lei”, para ser pensada como “actus” ou “práxis” da realização de direito. E isto significa, por um lado, que a realização do direito não se identifica já com a interpretação da lei, nem nela se esgota; por outro lado, que não será em função da interpretação da lei, tomada abstratamente ou em si, que haveremos de compreender a realização do direito – em termos de se dizer que esta será o que for aquela –, senão que a interpretação jurídica deverá ser o que a realização do direito, compreendida no

seu sentido problemático-normativo autônomo, específico e como seu momento metodológico-normativo, implique o que ela deva ser. Em síntese, uma pura técnica interpretativa, indiferente ou autônoma ao problema da realização do direito, será, em última análise, a negação do próprio direito¹⁸².

E uma vez admitidos os resultados procedentes das investigações cujo objetivo se centram na busca dos fatores limitativos da racionalidade humana, o que se questiona agora é até que ponto se pode considerar a interpretação jurídica como uma atividade deliberada, consciente, essencialmente racional e guiada pelas leis da lógica, uma vez que no desempenho de sua tarefa interpretativa se oferecem ao intérprete espaços não suprimíveis de liberdade e de criatividade, a saber: *a)* na eleição da norma pertinente; *b)* em sua interpretação jurídica propriamente dita – ou seja, na determinação do significado normativo de cada uma das normas que tem de ser individualizada; e, por último, *c)* na aplicação da norma escolhida, individualizada, interpretada e aplicada à circunstância de fato dada. Dito de outro modo, no manipular e articular os dados jurídicos, valorativos e fáticos que se lhe apresentam, o operador do direito (nomeadamente o juiz) é, no âmbito da atividade decisória que produz, um ativo “criador” de direito.

Recupera-se, dessa forma, a plausibilidade da idéia dos notáveis juristas da antiga Roma, no sentido de que o processo de realização do direito é, antes de tudo, a *ars boni et aequi*, onde a participação criativa do intérprete é, em grande medida, uma arte. Por quê?

Porque se intencional e normativamente o direito deixou de identificar-se com a lei, também metodologicamente a realização do direito deixou de ser mera aplicação das normas legais, ou seja, não é a interpretação jurídica simplesmente hermenêutica e cognitiva, mas prático-normativa, uma vez que o problema com o qual se enfrenta o operador jurídico já não é o de um correto compreender, mas o de um “justo decidir” ; o seu ponto de vista decisivo já não é um ponto de vista gnosiológico para uma função cognitiva, mas um ponto de vista prático para uma função normativa; o seu valor último não é a “verdade” mas um decidir de forma justa os inevitáveis conflitos que

¹⁸² Com o que o próprio conceito de interpretação jurídica se altera substancialmente: de interpretação da lei converte-se em “realização do direito”. A interpretação jurídica deixa de ser, assim, um pressuposto e indiscutido algoritmo metódico ou uma técnica que simplesmente se postule, para ser um ato, uma tarefa ou práxis metodológico que se problematiza pelo problema geral da realização do direito; o seu problema é o próprio problema da realização do direito, e a sua intenção (jurídico-metodológica) a própria intenção jurídico-normativa dessa realização.

surgem dos vínculos sociais relacionais que caracterizam uma existência humana essencialmente comunitária.

Pode-se dizer que, nestes termos, o pensamento jurídico recuperou o “concreto”, que vai na essencial vocação do direito, depois que o positivismo legalista, fechado em seu normativismo analítico-dedutivo, pôde pensar que ajuizava e decidia juridicamente limitando-se a interpretar-conhecer a lei e o seu sistema, e o levava a refugiar-se no alienante abstrato. No manufaturar da norma judicial (da decisão) o que importa para o juiz, como agente mediador e no exercício de seu institucional e ativo papel “produtor”, é o discernimento preciso dos múltiplos ângulos comprometidos com a controvérsia. A sua atuação conformadora (produtora, criativa) e reguladora, fixando a movimentação dos valores, dos princípios, das normas e dos fatos, tem como principal objetivo uma adequada articulação dos vínculos jurídicos relacionais nele (no caso) envolvidos, com vistas à produção de um resultado satisfatório.

Daí que a questão da racionalidade jurídica parece estar no centro da hermenêutica e das teorias da interpretação e argumentação jurídica contemporâneas. E as razões parecem ser bastante óbvias. Uma delas reside no caráter genérico e altamente indeterminado que se reconhece às normas jurídicas (regras e princípios) que necessitam concreção para tornar-se direito efetivamente operativo e, portanto, incompatíveis com uma leitura (e, por conseguinte, também com uma aplicação) unívoca: a necessidade de extrair os conteúdos implícitos nas regras, princípios, valores e fatos que se deve tomar em conta faz com que a interpretação compareça sempre antes que um enunciado jurídico possa converter-se em norma aplicável ao caso; ou, dito de outro modo, a essencial textura aberta da linguagem jurídica, unida ao caráter necessariamente mediador, valorativo, criativo e institucional da tarefa interpretativa, marca os limites de possibilidades da aplicação racional das normas às circunstâncias de cada caso concreto.

A outra razão deriva da peculiaridade que têm as normas jurídicas no sentido de que trazem sempre implícita uma iniludível presença de critérios não-lógicos e de fatores que introduzem elementos de irracionalidade (valores, ideologias, intuições, prejuízos, etc.) que se invocam com uma alta carga emotiva, e os quais não somente exigem uma tarefa que pode considerar-se propriamente como construtiva, criativa em certa medida - embora não como absolutamente livre ou desprovida de vínculos para o julgador - , senão que também faz com que, em nossos dias, já não mais resulte

aceitável seguir considerando o processo de realização do direito como uma operação ou conjunto de operações regidas exclusivamente pela silogística dedutiva.

Em resumo, a atividade interpretativa deixa de ser um pressuposto e indiscutível processo racional ou uma técnica guiada exclusivamente pelas leis da lógica formal a que normalmente se pode recorrer, para ser um ato (uma tarefa, uma práxis social) que se baseia (em grande medida) em processos alheios à lógica e dirigidos problematicamente à busca humana do “melhor resultado” (em termos comparativos e não superlativo).

Por outro lado, também não se pode desconsiderar o fato de que o ser humano parece dispor de uma mente especialmente desenhada para deixar-se enganar. Nosso cérebro apresenta uma capacidade incrível para unir acontecimentos desconexos e tirar conclusões de ditas associações, sob a ilusão de um processamento racional de informações. Essa capacidade associativa a aplicamos também para explicar e justificar as coisas que interpretamos, porque o cérebro humano não pode permitir-se viver com uma bagagem de informações que não compreende em sua totalidade e/ou que não é capaz de explicar facilmente.

Nossas decisões racionais e conscientes se vêm afetadas inadvertida e indefectivelmente por considerações que estão mais além das que desfilam pelo teatro cartesiano da consciência. Entre bastidores, uma voz tênue, mas clara e firme, dirige aos atores, ordena o câmbio dos decorados emocionais que balizam as valorações e as decisões, e, em definitiva, dirige a função cognitiva. Essa voz é a tradução a processos cerebrais das instruções que foram escritas nos genes e, indiretamente, na arquitetura do cérebro por nossas experiências pessoais e emocionais. A racionalidade pura não existe. Sem o sustento do motivador essencial que são nossas emoções e intuições, os conceitos e as lógicas colapsariam como um edifício que se assentara sobre areias movediças. Depois, não temos sequer um acesso direto à (e perfeitamente racional da) realidade, senão que nossa mente cria a realidade mediante mecanismos cerebrais que incluem muitos processos inconscientes que condicionam nossa forma de interpretar o que experimentamos.

Pois bem, a partir das considerações precedentes é possível, já agora, situar o problema que diretamente nos interessa: porque o significado de uma norma, como já mencionado, não é diretamente atribuível à vontade de quem a emite, mas antes dirigido à subjetividade e capacidade cognitiva de quem a interpreta, são muitos os

fatores e influências que, direta ou indiretamente, condicionam o processo de realização do direito.

E o que trataremos de fazer será analisar as implicações no âmbito jurídico das diversas teorias sobre a racionalidade, útil para elaborar um quadro geral das questões que explicaremos mais adiante. Nesse sentido, basta dizer que nos últimos anos uma grande parte da doutrina jurídica tem procurado superar a crítica à teoria da eleição racional incorporando em sua análise os estudos sobre a racionalidade que se efetuam em outros campos distintos do direito. Assim que o problema passou a ser a constatação (ou evidência) de que o intérprete jurídico, seja ele quem for, não é perfeitamente racional.

São muitas as teorias conflitantes sobre o comportamento jurídico racional: enquanto algumas afirmam que as regras do discurso racional são unicamente constituídas pelas regras da lógica formal, outras incluem *"um conjunto de regras relativas à atividade discursiva realizada dialogicamente, válido tanto para um discurso teórico - ou seja, para um discurso no qual um conjunto de falantes trata de responder a questões relativas ao objeto ou modo em como as coisas estão - , como para um discurso prático - ou seja, para discurso no qual um conjunto de falantes trata de responder a questões relativas ao objeto e modo de como um ou mais indivíduos devem comportar-se"* (Diciotti, 1988: 89).

Uma das contribuições mais importante para o discurso jurídico racional se deve às recentes teorias da argumentação jurídica, nomeadamente as elaboradas por Chàim Perelman, Toulmin, Neil MacCormick e Robert Alexy. Dentro destas propostas existe, por certo, uma grande variedade de opiniões, encontrando-se desde aqueles que postulam incondicionalmente a racionalidade dos discursos jurídicos, até aqueles que renegam de tal possibilidade restringindo-se mais bem, explícita ou implicitamente, às doutrinas do escepticismo e do desencanto.

Mas se nos atemos às teorias standard (atual) da argumentação jurídica, é possível inferir – repetimos - que estas resultam insuficientes, enquanto que, entre outras coisas, não oferecem uma orientação útil que permita: por um lado, analisar adequadamente nossas capacidades, habilidades e limitações ao levar a cabo a operacionalização de processos racionais nas tarefas de produzir, interpretar e aplicar o direito; por outro lado, avaliar de forma apropriada o impacto que nossas intuições e emoções morais (tanto as culturalmente formadas como, e principalmente, as de raiz biológica) cumprem no âmbito da argumentação jurídica (de caráter essencialmente

instrumental, dirigida tanto aos práticos do direito como aos cultivadores da dogmática jurídica); e, por fim, oferecer um método que permita reconstruir o processo real da argumentação que seja compatível com as restrições próprias (internas) das capacidades cognitivas do operador jurídico.

Pelo contrário, graças aos resultados das investigações procedentes de outras ciências, a argumentação jurídica adquiriu novo atrativo, tornando transparente a iniludível dimensão, pessoal, valorativa e subjetivo-individual (neuronal) do processo de realização do direito, em lugar de ocultar-se detrás de uma suposta e hipotética racionalidade absoluta, de aspectos meramente formais ou procedimentais do discurso. Se várias soluções ou respostas corretas são possíveis para um mesmo problema jurídico, a eleição final, necessariamente única, se apresenta como resultado de uma tarefa cognitivo-afetiva de ponderação do sujeito-intérprete acerca do caso concreto e não de algo dependente exclusivamente de uma formalidade, hipótese e/ou procedimento; isto é, de uma relação de vida cuja valoração depende unicamente da capacidade cognitiva e das intuições do intérprete.

Seguramente a muitos analíticos e dogmáticos esta fria valoração da racionalidade e dos defeitos da psicologia humana, em especial no que se refere às limitações de sua capacidade cognitiva, lhes resultará um disparate. Mas a verdade é que nossos mecanismos de decisão ultrapassam em grande medida o umbral da racionalidade: decidimos em função do que cremos e não do que vemos; da mesma forma que os primatas sociais mais evoluídos, decidimos de forma instintiva e motivados por nossas emoções morais; não somente somos incapazes de predizer, senão que tendemos a imaginar o futuro em torno ao passado; e resistimos aceitar a idéia de que as intuições são uma fonte de conhecimento tão válida como a razão.

Por conseguinte, parece fora de toda dúvida razoável que na interpretação jurídica não nos encontramos no terreno exclusivo da TRA. E porque a tarefa interpretativa somente é viável com outros fatores, que não apenas o texto normativo que se interpreta ou o procedimento por meio do qual se interpreta, a tarefa interpretativa está abarrotada de fatores e influências (físicas, pessoais, emocionais...) que a condicionam. Por envolver o horizonte referencial subjetivo do jurista, permite-lhe alcançar soluções a que não chegaria se se mantivesse nos estritos limites da TRA.

É por via do abandono das referências puramente formais, alheias às leis do mundo real, que a ligação entre o jurídico e o humano, em termos de funcionalidade e interdisciplinaridade, se revela e ganha forma. O momento é de redescoberta e de

renovação de paradigmas. O momento é de repensar o processo de realização do direito, o seu estudo e sua efetividade. É tempo de procurar para o jurídico contributos oriundos do resto das ciências, muito particularmente dos resultados das investigações acerca das características (cognitivas e emocionais) que procedem da admirável natureza humana.

Não resta dúvida de que as contribuições dos atuais modelos de argumentação jurídica são importantes para o estudo da racionalidade em tema de interpretação do direito, mas para demonstrar empiricamente que as premissas da TRL estão presentes é necessário analisar melhor e priorizar em igual medida todos os fatores (cognitivos e ambientais) envolvidos na construção de um modelo jurídico racional.

Dito de outro modo, apesar de que em um discurso racional o respeito às regras da lógica e ao procedimento é indispensável e essencial para sustentar um argumento racional, não se pode ignorar todas as atividades discursivas, emocionais e cognitivas do intérprete jurídico levadas a cabo no processo de decisão. E é precisamente neste ponto que surge a necessidade de relacionar os conceitos de TRL e TRA com o problema da racionalidade jurídica antes mencionado. Mas, para isso, é necessário dar um passo atrás e recordar alguns dos conceitos a que fizemos referência no início deste capítulo.

Por exemplo, definimos como limitadamente racional um agente que dispõe de informações limitadas e limitada capacidade cognitiva para recuperar e processar informações. Na concepção formalista¹⁸³ o intérprete, respeitando o princípio da metodologia formal, retira o significado do enunciado normativo recorrendo à artifícios legais e ao muito limitado esquema de silogismo interpretativo ou de coerência lógico-formal. A sua tarefa interpretativa limita-se a uma atividade puramente cognoscitiva ou “de conhecimento”, o que faz com que a abordagem formalista esteja situada na esfera da investigação da TRA.

¹⁸³ Em sede de interpretação jurídica, é possível discriminar duas teorias contrapostas: a formalista e a antiformalista. Mas apesar das distintas posturas teóricas e metodológicas que as caracterizam, é possível discriminar uma única característica essencial que se destaca entre elas: enquanto para o formalismo a atividade interpretativa deve ter um caráter exclusivamente cognoscitivo ou de conhecimento, para o antiformalismo a atividade interpretativa não é meramente cognoscitiva, mas também criativa e produtora do direito. E ainda que, aparentemente, essa diferença pareça mínima, as operações interpretativas levadas a cabo por cada uma dessas correntes são muito diferentes, acusadamente no que se refere aos critérios de interpretação e argumentação empregados no processo de decisão: princípios, metodologia, regras técnicas, diretrizes teleológicas, etc., relacionados com as tarefas do intérprete jurídico.

Diverso é o que ocorre na abordagem da TRL. O intérprete pragmático, de fato, deverá escolher entre os diversos significados atribuível ao texto normativo aquele mais idôneo para atingir os objetivos ditados por seu sentido de justiça. Esta (a norma) é um mero juízo de valor, que condiciona a eleição final do intérprete. As emoções e intuições do intérprete estão intrinsecamente ligadas a um conjunto de normas, objetivos e valores mentalmente representados a que chamamos estrutura de valor. Quer isso dizer que, sendo o texto da norma abstrato, é ao intérprete que cabe a determinação de seu sentido, alcance e finalidade real. E uma vez que todo intérprete, como todo ser humano, tem sua própria visão subjetiva da realidade e do justo, sua eleição final sempre estará condicionada por suas experiências, valores, aprendizagens, e demais influências procedentes da inextricável mescla de genes, neurônios e cultura que o define enquanto *in-divíduo* separado e autônomo. Também resulta evidente que cada intérprete - como cada um de nós -, desfruta ou tem acesso a uma quantidade muito limitada de informações sobre o ambiente que o rodeia, e que essas diferenças e/ou lacunas de informação influenciam sobremaneira sua atividade interpretativa.

Ademais, os resultados procedentes das investigações neurocientíficas têm vindo a apoiar plenamente a tese sobre a racionalidade limitada descritos acima. Hoje, com a progressiva compreensão dos correlatos cerebrais e/ou mecanismos neuronais que subjazem aos processos de decisão, já é possível verificar e analisar a capacidade de processamento limitada dos agentes, apoiando a tese sobre os fatores e influências, inatas e adquiridas, que põem em dúvida a hipótese de uma suposta racionalidade “absoluta”.

Desempenha um papel prioritário, para os estudiosos do direito e para a teoria da interpretação, em particular, o estudo da eleição dos critérios de interpretação jurídica que permita obter um nível satisfatório de objetividade (segurança) e justiça, isto é, que permita encontrar uma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado como fundamental desde o ponto de vista jurídico e/ou moral. De fato, diante das atuais investigações, parece manifesto que a racionalidade limitada representa o modelo de comportamento mais plausível para compreender o processo de realização (interpretação, justificação e aplicação) do direito.

E uma vez acreditada que a racionalidade limitada caracteriza e distingue o atuar individual, o objetivo da análise será a identificação de processos decisórios que reduzem a probabilidade de desvios de objetivos. A alternativa, portanto, não mais residirá na ilusão de um indivíduo dotado com uma perfeita racionalidade. É

necessário reconhecer que cada indivíduo está dotado de rasgos próprios que o condicionam, limitam e o torna idôneo para solucionar de forma satisfatória determinadas classes de problemas, agindo sempre em condições de TRL. Em tema de interpretação jurídica, já é chegada à hora de abrir as portas da razão para deixar que saiam os fantasmas da irracionalidade.

2. Neurociência, racionalidade e interpretação jurídica

Recordemos que os supostos ou simplificações “racionais” que tem alimentado as predições econômicas durante bastante tempo não permitem e não são suficientes explicar de forma satisfatória muitos dos comportamentos genuinamente humanos. Para o que aqui nos importa, partiremos da premissa de que em questão de racionalidade humana há sempre dois componentes que se entrelaçam: as limitações da mente humana e a estrutura dos ambientes nos quais a mente funciona. Isto é, de que ao modelo de juízo humano e aos processos de tomada de decisões deveria ser agregado o que em realidade sabemos sobre o funcionamento e as capacidades da mente humana mais bem que sobre presunções ou capacidades fictícias.

Trata-se, como vimos antes, de um modelo muito distinto do modelo tradicional de racionalidade ilimitada e de otimização em ciência cognitiva (transportada para as ciências sociais normativas) que vê a mente humana como dotada de poderes sobrenaturais ou de poderes demoníacos de razão: de um conhecimento ilimitado da realidade e do ambiente, assim como de toda a infinita eternidade para tomar decisões. O que em realidade a denominada “bounded rationality”¹⁸⁴ toma em consideração é o entendimento do processo de tomada de decisões em um mundo verdadeiro, onde a mente humana, funcionando como uma caixa de ferramentas adaptável (“adaptive toolbox”), toma decisões com os recursos realistas mentais de que dispõe e condicionada pelas iniludíveis limitações de tempo, de informação e de conhecimento.

Tal como um mecânico utilizará ferramentas específicas para cada tarefa de manutenção do motor de um carro, mais bem que o simples golpe de todo o motor com um martelo grande, os domínios diferentes de pensamento requerem instrumentos e

¹⁸⁴ Sobre a “bounded rationality”, a “ecological rationality” e a mente como “adaptive toolbox”, ver o trabalho desenvolvido pelo grupo de investigação ABC do Instituto Max Planck de Berlim, dirigido pelo prof. Gerd Gigerenzer : Gigerenzer, G. & Todd, P.M. (1999) *Simple heuristics that make us smart*. New York: Oxford University Press. Particularmente para uma análise acerca da “racionalidade diferida” (time-shifted rationality- TSR), relativa aos tratos cognitivos evolutivos que eram adaptativos em um ambiente ancestral, mas que conduziu, em entornos temporalmente sucessivos (mas com a persistência de características historicamente adaptativas), a comportamentos irracionais ou não adaptativos no ambiente das sociedades contemporâneas, cf. Jones e Goldsmith, 2004 e Jones, 2001. Já sobre o papel da heurística na elaboração e aplicação do direito, cf. Haidt et al., 2006.

módulos diferentes especializados. Esta é a idéia básica da caixa de ferramentas evolutiva: a coleção de mecanismos especializados cognitivos que a evolução incorporou na mente humana para os domínios específicos de inferência e o raciocínio. Em resumo, trata-se da idéia de que a mente está dotada com um sem-fim de dispositivos altamente especializados, isto é, está composta por múltiplos módulos mentais.

Cada um destes módulos foram desenhados pela seleção natural para fazer frente a um determinado problema adaptativo que tiveram de afrontar no passado os caçadores-recoletores. Tais dispositivos estão firmemente ensartados na mente desde o nascimento e são universais a todos os seres humanos. Por outro lado, estes módulos apresentam uma singular e fundamental característica: são “*ricos em conteúdo*”. Quer dizer, não só proporcionam conjuntos de regras para resolver problemas, senão que subministram também o grosso da informação necessária para tal tarefa. Este conhecimento reflete a estrutura do mundo real, ou ao menos o mundo do Pleistoceno em que evolucionou a mente.

E esta informação sobre a estrutura do mundo real, junto com uma multitude de normas para solucionar problemas – cada uma contida em seu próprio módulo mental – já está presente na mente do recém-nascido. E enquanto alguns módulos são chamados a atuar de forma imediata – por exemplo, para o contato com os olhos da mãe –, outros requerem algo mais de tempo antes de se colocar em funcionamento, como por exemplo, os módulos para a aquisição da linguagem.

O processo de tomada de decisão a qual nos referimos foi analisado explicitamente em primeiro lugar por H. A. Simon e denominado *satisficing* (“satisfazer de maneira suficiente”, obtendo um resultado e conformando-se com ele): uma maneira de tomar decisões sobre um leque de alternativas que respeitam as limitações de tempo, de informação e de conhecimento humano disponíveis. Desde o trabalho de Simon sobre inteligência artificial e a solução de problemas na década de 1950, a psicologia cognitiva assumiu gradualmente as pesquisas sobre a criatividade, que é vista, algumas vezes, como um simples modo de resolver problemas um pouco mais difíceis que a média.

Introduzido em psicologia, “satisfazer” ou “ser suficiente” significa que se tomou a primeira eleição satisfatória encontrada de todas as que se percebem e são razoavelmente alcançáveis em curto prazo, em contraposição a imaginar por adiantado a eleição ótima e buscá-la até que se a encontre (Gigerenzer e Todd, 1999). Segundo o

modelo satisfatório, é mais provável que um jovem que deseje casar-se proponha matrimônio à candidata mais atrativa entre as jovens casamenteiras conhecidas e que não busque durante muito tempo uma companheira ideal preconcebida. Em contraste com a *otimização* – obter o melhor resultado – trata-se de obter um resultado que seja bastante bom, quer dizer, que seja *satisfatório*.

Com efeito, as afirmações de “otimicidade” têm um modo de desvanecer-se: não é necessário nenhum descaro para admitir modestamente que, dadas nossas limitações e as características ubíquas da tomada de decisão em tempo real, aquela que era considerada a melhor solução que poderíamos encontrar é, por vezes, praticamente inalcançável. Da mesma forma, às vezes se comete o erro de supor que há, ou deve haver, uma perspectiva única (melhor ou mais elevada) desde a qual avaliar a racionalidade ideal: a ser assim, sofreria interminantemente o “intérprete ideal” o problema demasiado humano de não ser capaz de recordar e processar certas considerações cruciais quando estas seriam as mais reveladoras e efetivas para resolver um caso concreto de forma “ótima”¹⁸⁵. Por conseguinte, as idéias sobre a racionalidade

¹⁸⁵ De certo modo, a assunção consciente dessa perspectiva evitaria, em muitos casos, a erupção de “dissonâncias cognitivas” na psique do sujeito-intérprete. Suponhamos que prefiro A a B sempre e em qualquer caso. Mas o contexto no que me movo - meu conjunto exterior de oportunidades - é tal que A (no caso, a “solução ótima”) é praticamente impossível, mas B, ao contrário, é de fácil acesso. A teoria da dissonância cognitiva (na qual as pessoas mudam qualquer opinião a fim de manter uma auto-imagem positiva), como um dos mecanismos psicológicos adaptativos, prediz, então (sob determinados supostos), que, a partir desse momento, se desencadear-se-ão processos em minha mente que acabarão por me fazer preferir B a A, sem que intervenha nele decisão consciente alguma de minha parte. A modificação de meu gosto se deve a mecanismos causais ocultos – ou quase ocultos – à minha consciência, e esse câmbio se produz no mesmo plano ou ordem de preferências: acabarei por me adaptar a meu contexto de um modo “espontâneo”, automático, sem que se possa dizer que o tenha feito autonomamente, senão heteronomamente, isto é, forçado pelas circunstâncias exteriores e sem me aperceber de que fui determinado por elas. Bem distinto é o caso em que o contexto no qual me desenvolvo frustra meus desejos (de primeira ordem) de A, mas tenho uma segunda ordem de preferências que me aconselha preferir (prioritariamente) B a A quando A não é acessível, ou melhor ainda, que me aconselha conformar-me com o disponível em cada momento e suprimir ou extinguir os desejos impossíveis. As restrições exteriores não haveriam conseguido mudar – heteronomamente – meus gostos, mas eu me adaptaria igualmente bem a elas, e de um modo perfeitamente consciente do processo psíquico seguido. Ora, no caso da adaptação (ou busca de consistência) pela primeira via, se dariam provavelmente efeitos colaterais perniciosos para minha saúde mental (sentimentos mais ou menos difusos de frustração, acaso pequenas – ou grandes, segundo a importância atribuída a A - atitudes neuróticas, etc.); é mais improvável que isso ocorresse no segundo caso e, se ocorresse, ao menos estaria consciente a respeito do acontecido. Tal é a diferença entre ter uma conduta aparentemente virtuosa e outra plena e conscientemente permeada pela virtude, ou seja, entre adaptar-se - buscando a coerência de pensamento e comportamento – por dissonância cognitiva e remodelar o conjunto interior de oportunidade, entre abandonar à deriva nossas preferências e possuir umas metapreferências (que atendem a todas as razões)

limitada, sobre a qual se pode afirmar que não existe uma teoria unificada, põem em cheque a própria idéia de “otimizar” (ou buscar a melhor solução possível), uma vez que para buscar a melhor solução, entre as possíveis, é necessário ter ao menos uma idéia firme daquilo que se deseja (ter minimamente claro o “objetivo” que buscamos), e isto nem sempre funciona dessa maneira.

Assim que a noção de “racionalidade” habitual em ciências sociais (e particularmente na teoria econômica) não somente está sendo objeto de revisões drásticas, senão que a idéia de que a ciência é o crisol da racionalidade (epistêmica) vem sendo assaltada nos últimos lustros desde as mais variadas direções: desde logo, a partir de algumas tendências da filosofia da ciência¹⁸⁶ mesma, mas também, e acaso mais incisiva e contundente, por parte dos cientistas cognitivos e dos filósofos da mente. E embora alguma noção de “racionalidade” pareça iniludível em ciências sociais (tratar de prescindir da idéia de agentes intencionais é tarefa condenada de

que governam serenamente nosso trato com o mundo exterior (pondo sob controle as preferências de primeira ordem – que obedecem, certamente, a razões, mas não a *todas* as razões). Quanto sofrimento humano deixa sua raiz mais profunda em um conflito entre nossas ordens de preferências.

¹⁸⁶ A filosofia da ciência se ocupa, óbvio é dizê-lo, da ciência, mas não desde qualquer ângulo, não, se se prefere, panoramicamente, senão da perspectiva da racionalidade (com minúsculas e livre de aspas). Um dos supostos mais comuns nas ciências sociais normativas – mil vezes mais comum do que a primeira vista pudera parecer – é o suposto de intencionalidade ou racionalidade dos humanos. A filosofia da ciência se interessa muito primordialmente pela racionalidade “epistêmica”, pela correta eleição das crenças dos humanos. Por sua parte, os cientistas sociais (e muito especialmente os operadores do direito), em seus supostos de racionalidade da ação humana, costumam ocupar-se da racionalidade de um modo mais global, a qual abarca para eles a *racionalidade epistêmica* (ainda que de um modo muito marginal), a *racionalidade “prohairética”* (a racionalidade dos desejos), que interessa a todo mundo mas que deveria interessar particularmente aos filósofos morais e jurídicos, e – sobretudo – a *racionalidade da ação* propriamente dita (que tem que ver com a eleição de condutas dados uns desejos, umas crenças e umas restrições). Seja como for, a idéia de “racionalidade” humana é controvertida. E embora não corresponda neste trabalho apresentar um listado completo acerca das discussões que gera este conceito, pode-se dizer que o termo racionalidade costuma aplicar-se a uma grande variedade de supostos e, ao menos, em três contextos diferentes. No primeiro, foi usado para “explicar” decisões. Atribuir a condição de racional à decisão de um agente supõe a identificação das razões pelas quais esse sujeito tomou essa decisão. A racionalidade aqui tem um caráter descritivo das razões pelas quais um indivíduo decide atuar. Em geral, o sentido explicativo da racionalidade costuma estar acompanhado de um sentido preditivo acerca das decisões futuras de um agente. No segundo contexto, a idéia de racionalidade se utiliza para “avaliar” ações. Nesse sentido, dizer que uma ação ou decisão é racional ou irracional é estabelecer respectivamente um valor positivo ou negativo, de controle, dessa decisão ou ação. No terceiro contexto, a noção de racionalidade aponta a questões estritamente técnicas. Neste caso, o único que se postula é que dada uma eleição com um conjunto de informações, se se trata de conformar uma única ordenação do conjunto de alternativas, se tem que proceder de uma determinada maneira. Para uma análise sobre a racionalidade humana, Domènech, 1989 e Mosterín, 1987; sobre justiça e racionalidade, MacIntyre, 2001.

antemão ao fracasso), a questão acerca de que noção de racionalidade seja fértil e viável é assunto que está longe de haver sido não já concludente, senão sequer incoativamente dirimido pelos cientistas sociais.

Por exemplo, no âmbito do direito (Jones e Goldsmith, 2004) e na ciência econômica positiva, vem sendo objeto, nos últimos vinte anos, de um sem fim de escrutínios críticos: psicólogos da decisão como Kahneman e Tversky (1982) têm mostrado sua inadequação empírica¹⁸⁷; lógicos e cientistas cognitivos como Cherniak(1986) tem demonstrado sua indocilidade computacional e ainda sua inconsistência formal; filósofos tão distintos como Paul Churchland (1993) e Alex Rosenberg(1992) têm apontado ao seu escasso valor informativo e preditivo; filósofos como Dennett (1996,1998 e 2000), Kenny (2000) e Searle (1992e 2000) a criticam de uma perspectiva propriamente filosófica da mente; e um bom número de economistas de primeira linha, desde Herbert Simon(1982) até Ken Binmore (1982) tratam de emendá-la mais ou menos construtivamente.

Segundo a psicologia cognitiva evolucionista de Herbert Simon, Amos Tversky, Daniel Kahneman, Gerd Gigerenzer e Paul Slovic o pensamento e a tomada de decisões nos humanos são adaptações biológicas, e não mecanismos de pura racionalidade. Esses sistemas mentais funcionam com quantidades limitadas de informação, têm de chegar às decisões em um período de tempo finito e, em última análise, servem a objetivos evolucionários como status e segurança.

Em resumo, dentro deste conceito de racionalidade limitada o que se pretende é dar cabida a essa outra realidade na qual os indivíduos ao tomar decisões não mostram uma completa racionalidade, tal como era até então concebida pelos economistas, senão admitir que há comportamentos “irracionais”. Quer dizer, que a diferença do ser “racional”, os economistas acabaram por aceitar em seus “considerandos” preditivos e matemáticos, que os seres humanos tomam continuamente decisões sobre problemas com variáveis desconhecidas que não chegam a compreender por completo. E mais, admitiram que a influência de tudo o que nos rodeia, incluídos os demais, pode ser determinante. Com isso deram cabida a essa outra realidade “mais real” na qual os

¹⁸⁷ Recordemos: em 1973, Daniel Kahneman e Amos Tversky desenvolveram a denominada teoria das perspectivas, segundo a qual os humanos, quando se acham em entornos de incerteza tomam decisões que se apartam dos princípios básicos da aplicação racional da probabilidade. Este tipo de decisões, que eles denominaram “atalhos heurísticos”, pôs em evidência que muitas de nossas decisões supostamente racionais estão ladeadas por componentes emocionais.

indivíduos tomam decisões que mudam com o tempo (por exemplo, em função do aprendizado), que os gostos e as preferências, portanto, não são estáveis, senão que se modificam a golpe de “intuições”, e outra série de múltiplas variáveis que encaixam muito melhor com o comportamento humano considerado mais normal.

Particularmente com relação ao tema da racionalidade jurídica (da questão metodológica da interpretação e aplicação do direito), o problema da localização dos correlatos cerebrais que ditam o sentido da justiça parece suscitar algumas dúvidas relevantes: qual a relação existente entre os resultados da investigação neurocientífica sobre a cognição moral e jurídica e as perspectivas teóricas e metodológicas do direito? Em que pontos se podem enlaçar de modo presumidamente tão decisivo para que a neurociência cognitiva ponha em questão os atuais modelos e resultados da compreensão e da realização jurídica? De que forma um modelo neurocientífico do juízo normativo no direito e na justiça oferece razões poderosas que poderão vir a dar conta da falsidade subjacente às concepções comuns da psicologia (e da racionalidade) humana? Em que medida é possível saber onde termina a cognição e começa a emoção no processo de realização do direito? Que alcance pode chegar a ter essa perspectiva neurocientífica para o atual edifício teórico e metodológico da ciência jurídica? Ou, já que estamos, de que maneira cambiará nossa concepção acerca do homem enquanto causa e fim do direito e, conseqüentemente, para a tarefa do jurista-intérprete de dar “vida hermenêutica” ao direito positivo em sua relação na prática?

É precisamente a partir de tais questionamentos que o processo de interpretação e aplicação jurídica (convertido no ponto cardinal da racionalidade jurídica) aparece como um mecanismo apto e (quixá) o melhor meio possível e com capacidade necessária e suficiente para por em evidência a natural combinação cérebro/norma. E isto porque, em realidade, nem princípios, nem valores e nem regras regulam por si mesmos sua aplicação no âmbito do comportamento humano. Eles representam apenas os pilares passivos do sistema jurídico. Se se quer obter um modelo completo, deve-se agregar aos pilares passivos um ativo, quer dizer, um procedimento de interpretação , de justificação e de aplicação das regras, valores e princípios jurídicos. Portanto, os níveis das regras, dos valores, dos princípios e do comportamento humano têm que ser completados por um quarto: o de um processo de concreta realização do direito e a correspondente (e iniludível) dimensão subjetivo-individual (neuronal) do jurista-intérprete.

Dito de outro modo, os ideais de justiça (com suas regras, princípios e valores) quando descendem ao mundo de carne e osso se apresentam pois como descomponíveis em elementos inferiores que diferem em parte do que se dá por “absoluto”; quero dizer, embora o direito tenha regras, valores e princípios de ordem superior - elementos, mais ou menos conhecidos pela teoria e filosofia jurídica -, aos processos de tomada de decisão jurídica há agora que acrescentar, de forma inarredável e iniludível, as oportunidades ambientais inesperadas, as contingências histórico-sociais, as emoções inconscientes, os conteúdos da memória, os estados de humor, as crenças, as preferências e os desejos dos operadores jurídicos. Sendo assim, seja com Gadamer, Esser, Zaccaria ou Dworkin, porque direito é interpretação (e diante da inseparabilidade do conhecer e o interpretar e do interpretar e o aplicar), não há direito que não seja, dentro de um parâmetro de controle da correção da interpretação, direito aplicado para este novo despertar da consciência hermenêutica dos juristas¹⁸⁸.

Neste particular, a idéia passa a ser a de discutir as questões relativas ao impacto que a neurociência cognitiva pode chegar a ter para o atual edifício teórico e metodológico da ciência jurídica, uma vez que, se o fator último de individualização da resposta ou conclusão do raciocínio jurídico não procede do sistema jurídico (ainda que deva resultar compatível com ele), parece óbvio que deve proceder das convicções pessoais do operador jurídico, ou seja, a subjetividade presente em todo ato de compreensão, interpretação e aplicação jurídica deverá abordar-se por meio da análise dos processos cerebrais do operador do direito.

De fato, temos todas as razões para crer que a tomada de decisão surge da atividade eletroquímica de redes-neurais no cérebro. A experiência de decidir não é uma ficção, senão uma consequência causada pela atividade fisiológica de um cérebro (produto de sistemas cognitivos e emocionais no cérebro) moldado geneticamente ao longo da história evolutiva de nossa espécie e desenhado para pensar de certa maneira. Trata-se de um processo neuronal, com a óbvia função de selecionar a “melhor solução” (em termos comparativos e não superlativo) segundo suas consequências previsíveis, a par de devidamente fundamentada.

¹⁸⁸ Trata-se da perspectiva que participa da orientação geral (tanto no âmbito do Common Law como no sistema do Civil Law), dirigida a ligar o conceito de positividade jurídica com o âmbito da realização concreta do direito no momento da decisão do juiz, quer dizer, de um ponto de partida hoje prevalecente na teoria contemporânea do direito: a tese de que o procedimento judicial forma o ponto central prospectivo desde o qual se deve analisar o sistema do direito (Habermas, 1996; Dworkin, 1986).

Isto implica dizer que, para poder interpretar uma informação, o cérebro tem que chegar a uma coalisão de grandes conjuntos de neuronas cuja ativação e interação representam a melhor interpretação de um determinado fenômeno, com frequência em competição com outras interpretações possíveis, mas menos prováveis. Em termos gerais: as neuronas ativadas avaliam a informação percebida e a cotejam imediatamente com a experiência e, com base nisso, decidem para bem ou para mal com suas respectivas consequências. Estas neuronas, segundo Romo (2003), refletem a tomada de decisões e estão situadas nos dois hemisférios – isto é, não somente é uma região do cérebro a implicada na tomada de decisões, senão que estão envolvidas neuronas ubicadas em diferentes partes do encéfalo.

Por certo que a solução elegida pode não ser a melhor de todas as concebíveis, mas seguramente será potencialmente a melhor de todas as possíveis e disponíveis. É nesse sentido que a interpretação e aplicação do direito é, em última instância, um processo panglossiano. Depois, como dissemos antes, não parece razoável supor que a tarefa interpretativa e os modelos metodológicos sejam concebidos como extracraniais, enquanto a cognição e a emoção (produtoras da subjetividade) não o são. São produtos de nossa maquinária cerebral, tanto como são produtos de nosso entorno cultural¹⁸⁹.

¹⁸⁹ Os estudos da emoção realizados por Donald A. Norman e colaboradores (2004), por exemplo, sugerem que os atributos humanos (como a criatividade) derivam de três níveis diferentes do cérebro: 1. o *nível visceral*, que corresponde a capa automática de sistemas de disposições determinadas geneticamente: este nível é rápido, realiza juízos rápidos acerca do que bom ou mau, seguro ou perigoso, e envia sinais apropriados aos músculos (o sistema motor) e alerta o resto do cérebro (assim começa o processamento afetivo); trata-se de sinais que estão biologicamente determinados e podem ser inibidos ou intensificados através de sinais de controle procedentes de níveis superiores; 2. o *nível condutual*, que corresponde a parte que contém os processos cerebrais que controlam quase todo o comportamento humano cotidiano: suas ações podem ser intensificadas ou inibidas por mediação da capa reflexiva e, por sua vez, esta pode intensificar ou inibir a capa visceral ; 3. o *nível reflexivo*, que corresponde a parte contemplativa do cérebro e não tem acesso direto nem ao *input* sensorial nem ao controle do comportamento: mais bem vigia, reflete e trata de influir no nível condutual. Cada nível desempenha um papel diferente no funcionamento total do ser humano, interagindo entre si e modulando-se reciprocamente uns a outros. Quando a atividade parte dos níveis viscerais mais inferiores, esses investigadores a denominam *bottom-up* ou ascendente. Quando, em câmbio, a atividade provém do nível superior ou reflexivo, a conduta se denomina *top-down* ou descendente. Estes termos foram tomados emprestados do modo standard com que descrevem as estruturas do pensamento cerebral, cujas capas inferiores estão associadas à interpretação dos *inputs* ou aportações sensoriais que o corpo recebe, entanto que as capas superiores o estão aos processos superiores do pensamento. Os processos ascendentes são conduzidos pela percepção, entanto que os descendentes o estão pelo pensamento, as substâncias químicas líquidas que denominamos neurotransmissores - e que servem para transmitir sinais entre neurônios - modificam o modo operativo do cérebro. Um neurotransmissor faz o que seu nome indica: muda o modo em que as neuronas transmitem os impulsos neuronais de uma célula nervosa a outra (quer dizer, de um lado a outro das

Dito de modo mais simples: *se interpreta com o cérebro* - e se de algo não há dúvida é que temos um cérebro herdado por via do processo evolutivo, ou, como dissemos antes, de que os cérebros humanos evoluíram a partir de cérebros animais e que tem muito em comum com eles, tanto estrutural como funcional e cognitivamente, e que, por excepcional que seja o cérebro humano, é o produto da evolução darwiniana, com todas as limitações que isto implica. (Llinás e Churchland, 2006).

Como recorda Pinker (2002), se a mente é um sistema com muitas partes, uma tendência ou predisposição inata é apenas um componente entre outros. Algumas faculdades podem dotar-nos de cobiça, luxúria ou malignidade, mas outras podem dotar-nos de solidariedade, empatia, previdência, amor-próprio, desejo de ser respeitado e capacidade de aprender com nossas experiências e as de nossos semelhantes. Esses são circuitos físicos situados no córtex pré-frontal e em outras partes do cérebro, e não poderes ocultos de um *Poltergeist*, e têm base genética e história evolutiva tanto quanto os impulsos primais. É apenas a tabula rasa que faz com que as pessoas creiam que os impulsos são “biológicos” mas que o pensamento e a tomada de decisão são alguma outra coisa¹⁹⁰.

sinapses). Alguns neurotransmissores intensificam a transmissão, outros a inibem. O fato de ver, ouvir, tocar ou qualquer outro modo de sentir o entorno ou o mundo a nosso ao redor, faz com que o sistema afetivo valore, formule e emita um juízo, e deste modo ponha em alerta a outros centros do cérebro, os quais liberam assim neurotransmissores determinados em função do estado afetivo em questão. Neste caso, trata-se de uma ativação de tipo ascendente. Em câmbio, quando pensamos algo no nível reflexivo, os pensamentos são transmitidos aos níveis inferiores, os quais, por sua vez, desencadeiam a ação dos neurotransmissores. O resultado é que tudo aquilo que fazemos tem ao mesmo tempo um componente cognitivo e um afetivo: cognitivo, porque designa significado, e afetivo porque o que designa é um valor. Não podemos escapar ao afeto, à emoção, já que se acha sempre presente. E o que é ainda mais importante, o estado afetivo, já se trate de um afeto positivo ou de um negativo, modifica não somente o modo em que pensamos, senão que também nosso potencial criativo: é o estado afetivo de tipo positivo que desperta a curiosidade, atrai e aguça a criatividade e faz do cérebro um organismo de aprendizagem efetivo. (Norman, 2004). No mesmo sentido: Damasio, 2002; Baron et al., 1981; Runco, 2004; Simonton, 2000.

¹⁹⁰ Note-se que para Pinker (2010:1-7) são vários os fatores que evoluíram de forma paralela para determinar nossa forma de vida e que nossos atributos mentais seguramente se desenvolveram conjuntamente, isto é, a evolução de um promovendo o outro. Para tanto, propõe a denominada teoria do "nicho cognitivo" como uma teoria que intenta oferecer um marco conceitual evolucionista para justificar a origem da mente humana como um rasgo mais da seleção natural. Este "nicho cognitivo", ao mesmo tempo construído e explorado pelos seres humanos capazes de empregar o raciocínio abstrato e as interações sociais complexas serviria para explicar a evolução de traços muito incomum mas universais na cultura humana: “1) *El saber tecnológico que nos permite construir herramientas y al que subyacería un razonamiento intuitivo en dominios como la física, la geometría y la biología*; 2) *La cooperación entre no familiares, que supone la evolución de adaptaciones cognitivas bastante complejas para hacer posible diversos tipos de asociaciones, alianzas, coaliciones y relaciones comerciales basadas en el mutualismo y en la reciprocidad fuerte* 3) *El lenguaje*

Pois bem, um dos dogmas mais comuns da ciência jurídica atual, herdado da concepção tradicional do método jurídico que busca resguardar os valores de ordem, verdade e segurança jurídica, é o de assegurar que os juízes devem limitar-se a aplicar aos casos individuais as normas gerais ditadas pelo legislador, segundo um processo de dedução formal lógico-dedutivo e subsuntivo. Trata-se de uma operação meramente descritiva, cognoscitiva de uma norma previamente estabelecida e “reprodutiva” da vontade do legislador (a quem cabe a exclusiva responsabilidade das intenções

gramatical, que nos permite transmitir información valiosa de forma indefinida y 4) Otros rasgos humanos "extremos", como la extensión de la infancia y la multitudinaria división humana en culturas y tradiciones diferentes". Segundo Pinker, é muito pouco provável que estes traços evoluíssem de forma misteriosa ou apelando a "macro-mutações" que aparentemente violam o gradualismo evolutivo. Tampouco seria útil apelar a genes especiais (desde o "gene do altruísmo" ao "gene de Deus"), senão mais bem a conjuntos de genes que poderíamos identificar, sobretudo fixando-nos em suas versões defeituosos (expressados em desordens da linguagem, do comportamento social ou da aprendizagem) e comparando-as por sua vez com as versões presentes em outras espécies. Em lugar de comprometer-nos com idéias quase místicas sobre o "comportamento simbólico" do ser humano, a idéia do nicho cognitivo, como sugere Pinker, implica a pré-existência de mecanismos que evoluíram nas linhagens humanas desde um tempo ancestral, ajudando a resolver o aparente paradoxo de Wallace: "Las presiones selectivas que invoca la teoría son directas y no dependen de un comportamiento muy específico (como emplear armas proyectiles), o de un medioambiente concreto (por ejemplo, de un cambio particular en el clima), ninguno de los cuales es posible que sustituyera a los millones de años que requirió la evolución de los grandes cerebros humanos y de sus complejas herramientas. En su lugar, invoca las intrínsecas ventajas del saber-hacer, la cooperación y la comunicación que sin duda reconocemos en el mundo contemporáneo. La ciencia y la tecnología, las organizaciones (tales como corporaciones, universidades, ejércitos y gobiernos), y los medios de comunicación (tales como la prensa, el correo, los teléfonos, la televisión, la radio e internet) son el resultado respectivo del ejercicio de la cognición, la socialidad y el lenguaje que de modo conjunto hacen posible alcanzar unos resultados imposibles sin ellos. La teoría del nicho cognitivo simplemente extrapola estas ventajas más atrás en tiempo y escala". Assim, a ciência, a filosofia, o governo, a música ou o direito, os traços que assombraram a Wallace, não são "naturais" no sentido de que sejam fáceis de desenvolver pelos seres humanos, mas teriam lugar sobre as bases do conhecimento intuitivo e da cognição social ancestral, um suposto que ajuda a explicar determinadas características nocivas no mundo desenvolvido que sem embargo puderam ser vantajosas para os primeiros seres humanos (como a "corrupção" política baseada em favorecer aos familiares, ou o fanatismo religioso baseado em desumanizar aos indivíduos de outros grupos, etc.). Nesse sentido, por exemplo, nossa "teoria da mente" intuitiva também tem profundas implicações sociais: "La psicología intuitiva o «teoría de la mente» de la persona corriente es una de las habilidades más sorprendentes del cerebro. No tratamos a los demás como a meros muñecos que se mueven, sino que pensamos que están animados por la mente: un ente no físico que no podemos ver ni tocar, pero que para nosotros es tan real como los cuerpos y los objetos. Nuestra teoría de la mente, además de permitirnos prever, por sus creencias y los deseos, cuál va a ser la conducta de una persona, va unida a nuestra capacidad para comprender a los demás y a la concepción de la vida y la muerte. La diferencia entre un cuerpo muerto y otro vivo es que un cuerpo muerto ya no contiene la fuerza vital que llamamos «mente». Nuestra teoría de la mente es la fuente del concepto de alma. El fantasma en la máquina está profundamente arraigado en nuestra manera de pensar sobre las personas". (Pinker, 2000: 210)

axiológico-normativas plasmadas nas leis). Tal operação, partindo do suposto da neutralidade emocional, da racionalidade e da objetividade do intérprete, reduz o juiz a um puro técnico de aplicação mecânica das leis, como o responsável pela busca (ou o simples conhecimento) de sua vontade, como a descrição, que pode ser verdadeira ou falsa, de seu autêntico significado prévio e preexistente à própria atividade interpretativa.

O que de fato resulta curioso é a circunstância de que toda a construção hermenêutica e a própria unidade da realização do direito elaboradas pelas teorias contemporâneas estão baseadas, na atualidade, no modo de explicação dominante da teoria da eleição racional, construindo uma imagem sobre a racionalidade ou emoções ideais que os operadores jurídicos têm no processo de tomada de decisão, isto é, construindo uma imagem racional do que parece ser, em si mesmo, irracional - parafraseando Wilson acerca de seu veredicto sobre o marxismo: “*Teoria maravilhosa. Espécie errada*”. Seu conceito fundamental é o de que, antes de tudo, os juízes são essencialmente racionais e objetivos em seus juízos de valor acerca da justiça da decisão: examinam tão bem como podem todos os fatores pertinentes ao caso e ponderam, sempre de forma neutra e não emocional, o resultado provável que se segue a cada uma das eleições potenciais. A opção preferida (“justa”) é aquela que melhor se adequar aos critérios de racionalidade e objetividade por meio da qual foi gerada.

O processo de análise indicado contém, em essência, uma operação incompatível com os conhecimentos que a neurociência nos aporta. A de construir um modelo de extrema racionalidade (da decisão dos juízes) de algo que se configura essencialmente como uma atividade com acentuados componentes irracionais. O inadequado da imagem se põe de manifesto ao analisar como funciona o cérebro quando formulamos juízos morais acerca do justo ou injusto. A causa dos processos cerebrais associados, é preciso aceitar a iniludível presença de elementos não-lógicos e, em geral, a intrusão do valorativo no raciocínio jurídico. A partir daí, não resulta aceitável nem legítimo o seguir considerando a tarefa hermenêutica como uma operação ou conjunto de operações regidas exclusivamente pela silogística dedutiva ou cognoscitiva. De fato, a mente humana parece estar carregada de traços e defeitos de desenho que empanam o nosso legado biológico no que se refere à plena objetividade e racionalidade cognitiva¹⁹¹.

¹⁹¹ Dito de outro modo, a racionalidade humana é altamente dependente de emoções sofisticadas. Nosso raciocínio só funciona porque nosso cérebro emocional funciona tão bem.

Os teóricos do direito (positivista) mais influentes do século que acaba de concluir (sobretudo Kelsen, mas também Hart, com os necessários matizes) não nos ofereceram por sua parte uma teoria da aplicação do direito, senão que se limitaram a considerar que onde não há aplicação mecânica ou subsunção deve falar-se de discricionariedade em sentido forte, quer dizer, de atividade criadora do direito, entendendo por tal um ato de vontade discricional em que a razão comparece em (ou supõe) uma condição meramente instrumental. Para Kelsen, por exemplo, todo ato de interpretação é de natureza volitiva e não cognoscitiva. Disto se depreende que o ato de “aplicação” do direito constitui em realidade uma autêntica decisão, um ato constitutivo e não meramente declarativo, analogamente ao que sucede com os atos do legislador¹⁹².

Depois, não só a maioria das decisões judiciais são tomadas com bastante rapidez, em cenários complexos e com informação parcial e incompleta – inclusive,

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 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; Gazzaniga, 2005; LeDoux, 1998; Perna, 2004; Owen Jones, 2009).

¹⁹² Sobre esta questão, as mais acreditadas dentre as teorias da argumentação jurídica se movem em um espaço intermédio que transita desde o “ultra-racionalismo” de um Dworkin – cujo juiz Hércules faz gala de uma invejável confiança na capacidade de sua razão – até o “irracionalismo” de um Ross, se merece tachar-se de irracionalista sua realista chamada de atenção sobre o fato de que as decisões jurídicas, ao igual que sucederia com qualquer outro gênero de decisão, dependem da *vontade* do sujeito das mesmas – neste caso, o juiz – ao menos tanto como de sua razão. E porque as razões e as soluções jurídicas “costumam sair a passear” – como alguma vez se disse – “por casal”, quando não por grupo ou manada, parece razoável supor que, sobre a delicada questão da tarefa de produzir, interpretar e aplicar o direito, a melhor alternativa seja a de adotar uma perspectiva mais realista sobre a psicologia (e a racionalidade) humana e comprometida com os estudos que se efetuam em outros campos do conhecimento humano distintos ao direito, como a ciência cognitiva, a genética do comportamento, a neurociência cognitiva, a primatologia e a psicologia evolucionista, entre outras destinadas a aportar uma explicação científica da mente e da natureza humana.

em condições de incerteza - , como os julgadores , no processo de realização do direito, não deixam de ser homens imbuídos de toda a preocupação ética, de certos valores, preferências e intuições morais , o que faz com que não pareça legítimo nem razoável interpor, na aplicação do direito, uma barreira insuperável entre a desejada objetividade e a subjetividade emocional do intérprete . O processo de realização do direito por parte do juiz implica , em última análise , uma tarefa que pode considerar-se propriamente construtiva e emocional, pessoal e criativa em certo sentido, embora não como absolutamente livre ou desprovida de vínculos para o julgador.

Com efeito, que não se possa falar de uma solução única, de uma única resposta correta, significa precisamente que quem aplica o direito pode eleger entre várias soluções possíveis, todas elas corretas, quer dizer, todas elas deriváveis das normas que integram o sistema jurídico e segundo o procedimento nele estabelecido. E se isso é assim, se várias soluções ou respostas corretas são possíveis para um mesmo problema jurídico, a eleição final, necessariamente única, se apresenta então como não derivada exclusivamente do sistema, circunstância que, de pronto, levanta ao menos três questões fundamentais : de ordem epistemológica, de ordem axiológico-política e de ordem subjetivo-individual do jurista-intérprete. Tal circunstância implica, entre outras coisas, que se deve tomar com a devida atenção e seriedade o problema do processo interpretativo que se põe em marcha nas operações efetivas levadas a cabo na tarefa de interpretar e aplicar (de construir) o direito (Troper, 2003).

E é essa constatação a que faz com que não somente a noção de racionalidade habitual em ciência jurídica também esteja sendo objeto de revisões drásticas, senão que a idéia mesma de que a ciência jurídica está fundada na objetividade , neutralidade e racionalidade do operador do direito venha sendo criticada e posta em dúvida desde as mais variadas direções . Desde logo, a partir de algumas tendências da filosofia e da filosofia do direito mesmo, mas também, e acaso mais incisiva e contundente, por parte dos cientistas cognitivos, dos filósofos da mente e dos avanços procedentes da própria neurociência cognitiva. E com o resultado de que, embora quando alguma noção de racionalidade no processo de realização do direito também parece igualmente inarredável, o processo de derivação de valores não é de natureza fundamentalmente neutra, objetiva e racional¹⁹³.

¹⁹³ De fato, esta dicotomia entre emoção e cognição (e entre as regiões cerebrais responsáveis de cada uma) resultou ser completamente falsa, uma idéia errônea que Damasio (1994) denominou de o “erro de Descartes”.Na advertência de Camilo J. Cela-Conde (1999: 24):

Se é certo que a eleição moral não pode existir sem a razão (preferências individuais e razão instrumental), não menos certo é a “intuição” (e já agora evidência empírica) de que é a gama caracteristicamente humana de emoções que produz os propósitos, metas, objetivos, vontades , necessidades, desejos, medos, empatias , aversões e a capacidade de sentir a dor e o sofrimento de outro. Formulamos juízos de valor sobre o justo e injusto não somente por sermos capazes de razão (como expressam a teoria dos jogos e a teoria da interpretação jurídica) mas, ademais, por estarmos dotados de certas intuições morais inatas e de determinados estímulos emocionais que caracterizam a sensibilidade humana e que permitem que nos conectemos potencialmente com todos os outros seres humanos.

Devido ao fato de que a pressão evolutiva não incrementou (de forma “ótima”) a racionalidade humana, qualquer construção de uma teoria jurídica de realização do direito deve (ou pelo menos deveria, coerente e prudentemente) implicar um redimensionamento da compreensão *psicobiológica* do próprio acesso da razão e sobretudo da própria idéia de racionalidade. Dizendo de maneira menos generosa, deveria partir da rejeição de qualquer concepção acerca da racionalidade, objetividade

“Sabemos que não é possível separar, como pretendia Descartes – e como afirmaram, em seu momento, os funcionalistas cognitivos –, emoção e racionalidade, espírito e cérebro. Isto se aplica ao conjunto do conhecimento, ou seja, às matemáticas, à mecânica quântica, à ética e à literatura”. Damasio (1994) descreve o trabalho efetuado com muitos de seus pacientes com lesões cerebrais, frequentemente no lobo frontal, que perderam sua capacidade de resposta emocional normal e, por conseguinte, converteram-se em seres incapazes de manifestar emoções. Em lugar de se converter em seres inteiramente racionais, dispostos a tomar decisões sem as fastidiosas distrações provocadas pela emoção, são pessoas praticamente paralisadas pela indecisão; a obrigação de tomar determinações, por pequenas e insignificantes que sejam, transforma-se em um dilema que só podem resolver quando se empenham a fundo e passam um largo tempo refletindo sobre a seleção das opções possíveis de serem adotadas. Quer dizer, o comportamento de decidir sobre algo inclui, segundo Damasio, uma atividade cerebral explícita (sob o domínio de estruturas ou mecanismos cognitivos) e outra implícita (sob o domínio de mecanismos emocionais). Não precisa dizer que uma existência normal se torna praticamente impossível para esses enfermos. Não seria assim para o resto dos humanos que não nos damos conta da (ou procuramos dissimular a) envergadura emocional contida em um ato de tomada de decisões, porque para nós não existe a implicação de umas consequências passadas e, quando se trata de preferências, somos capazes de simplesmente reagir de acordo com nossa aptidão ilimitada de sentir emoções segundo a interpretação e denominação que façamos de nossas respostas fisiológicas. Em resumo, quem não tem emoções é um “idiota racional”, ou seja, a caricatura desenhada por Sen para identificar a pessoa egoísta de curta visão: um idiota incapaz de avaliar o efeito de suas ações sobre outras pessoas. Registre-se que, neste particular, Damasio, LeDoux, Cosmides y Tooby (al consideraren cognición todo lo que es mental, es decir, a todas las operaciones del cerebro, incluyendo emociones y raciocinio y no a uno subconjunto de operaciones - 2000), economistas como Robert Frank, biólogos como Robert Trivers e psicólogos como Jerome Frank chegaram a conclusões parecidas, a partir de provas diferentes. É, de fato, uma “coincidência” notável. Voltaremos a tratar deste tema mais adiante.

e neutralidade causada pelo desconhecimento do funcionamento de nosso cérebro e de nosso passado evolutivo (muito especialmente no que se refere às evidências experimentais relacionadas com os correlatos cerebrais que intervêm no processo cognitivo de formular juízos morais para decidir entre o justo ou injusto): não podemos deliberar segundo um sistema puramente racional que avalie custos e benefícios porque as capacidades racionais, tanto na evolução do cérebro ao longo de milhões de anos, como em seu desenvolvimento no seio materno, parecem haver sido construídas sobre as capacidades emocionais – quer dizer, primeiro foi a emoção e depois a razão; e a evolução é, ademais de míope e oportunista, conservadora (Mameli, 2004; Morgado, 2007).

Daí que o juízo ético-jurídico baseado não somente em raciocínios senão também em emoções e sentimentos morais produzidos pelo cérebro, não pode ser considerado como totalmente independente da constituição e do funcionamento desse órgão que, em uma primeira aproximação, parece não dispor de uma sede única e diferenciada relacionada com a cognição moral. Como insiste Damasio (1994), não há um centro da moral no cérebro, pois esta bem pode ser um efeito colateral do funcionamento dos sistemas que evoluíram para regular outros aspectos mais primários do organismo¹⁹⁴.

Neste particular, por exemplo, Grafman e colaboradores (2005), referindo-se à moral como o consenso de maneiras e costumes de um grupo social ou a inclinação a comportar-se de uma determinada maneira e não de outras, entendem que o comportamento ético emerge de uma integração de conhecimento social e semântico, representado em regiões pré-frontais e temporais do córtex cerebral e de estados motivacionais e emocionais que dependem de estruturas subcorticais como a amígdala. De fato, o melhor modelo neurocientífico do juízo normativo disponível hoje

¹⁹⁴ Assim, por exemplo, as amígdalas cerebrais não são os únicos centros cuja ativação determinam a normalidade de nossos juízos morais. Em realidade as coisas não funcionam de forma tão simples. As relações entre as distintas peças do puzzle, a amígdala cerebral, o córtex pré-frontal ventromedial, o córtex orbitofrontal, o córtex pré-frontal dorsolateral..., e o rol dos neurotransmissores envolvidos, estão ainda por determinar-se. O que sim resulta claro é que os processamentos cerebrais que sustentam a conduta moral dependem da integridade de funcionalidades e circuitos que de alguma forma estão discretamente individualizados. Por uma parte temos o processamento das crenças sobre os estados mentais dos demais, por outro, a cognição moral e as valências emocionais que se sobrepõem às nossas crenças, desejos, experiências individuais e condutas, e o balanço de até onde podemos guiar-nos pelo desenlace de nosso comportamento, de nossos desejos, de nossas experiências pessoais ou pelas crenças que sustentamos.

estabelece que o operador do direito ético-cerebral conta, em seus sistemas avaliativo-afetivos neuronais, com uma permanente presença de exigências, obrigações e estratégias, com um “dever-ser” que incorpora internamente motivos racionais e emocionais, e que se integra constitutivamente em todas as atividades dos níveis prático, teórico e normativo de todo processo de realização do direito.

Mais especificamente, o atual modelo neurocientífico do juízo ético-normativo no direito e na justiça obtido por técnica de neuroimagem parece sugerir que o raciocínio jurídico implica um amplo recrutamento e emprego de diferentes sistemas de habilidades mentais (relacionados tanto com o pensamento racional como emocional) e fontes de informação diversas (Goodenough & Prehn, 2005). De que é a atividade coordenada e integrada das redes neurais a que torna possível a conduta moral humana, isto é, de que o juízo moral integra as regiões frontais do cérebro com outros centros, em um processo que implica a emoção e a intuição como componentes fundamentais. É mais, que cada uma destas funções cerebrais intervêm em uma grande diversidade de operações cognitivas, umas relacionadas com a inteligência social e outras não (Greene et al., 2001, 2002 e 2005; Moll et al., 2002 e 2003 e 2005)¹⁹⁵.

¹⁹⁵ Imagine uma situação onde a sua interferência pode significar o sacrifício de uma vida para salvar outras cinco. Note-se que, na filosofia, não há consenso acerca da solução para este tipo de dilema. Para a neurociência, contudo, o raciocínio consequencialista de John Stuart Mill (segundo o qual o que importa são as ações que produzem a maior felicidade à maior quantidade de pessoas, ou seja, o “bem maior”) parece estar associado a um padrão de ativação cognitiva (pré-frontal), enquanto buscar o comportamento moral de Kant (segundo o qual o importante é “agir moralmente”, a intenção de quem produz a ação, independente do seu resultado relativamente ao “bem maior”: é mais importante não vulnerar os direitos de outra pessoa que obter um resultado ideal) envolve um padrão “social-emocional” de ativação cerebral que envolve, predominantemente, circuitos emocionais. O que acontece quando há um conflito entre esses dois tipos de raciocínios? Pois bem, para responder esta pergunta, Greene e colaboradores (2005) criaram cenários onde decisões pelo bem maior envolvessem a quebra de uma promessa, colocando as predições de Mill e Kant em pratos opostos da balança. Como esperado, e com um resultado que não dista muito dos experimentos anteriores, a manutenção de uma promessa em detrimento do “bem maior” encontra-se associada a ativação de circuitos sociais-emocionais. Essa ativação também acontece enquanto se decide por quebrar a promessa em prol de um julgamento utilitário – mas é sobrepujada pela ativação, instantes mais tarde, do córtex pré-frontal dorso-lateral. Confrontado com dilemas, portanto, a primeira reação do cérebro parece ser emocional, em prol de uma moral interna que, no entanto, pode ser silenciada se o córtex pré-frontal optar pelo bem maior, contra os impulsos de outras regiões do mesmo cérebro. Um exemplo ilustrará melhor ao que estamos nos referindo: suponhamos que um indivíduo vá em seu carro novo e vê a um homem estendido na calçada. Sofreu um acidente e está ensanguentado. Poderia levá-lo ao hospital e salvar-lhe a vida; sem embargo, mancharia de sangue seu carro novo. É moralmente aceitável deixá-lo aí? Cambiemos de cenário. Um indivíduo recebe um pedido por correio donde se diz que, se envia 100 reais, salvará a vida de 10 crianças famintas. É aceitável enviar o dinheiro? Ao analisar este tipo de dilemas, Greene e colaboradores (2005) descobriram que, ainda que as opções sejam superficialmente as mesmas – não faças nada e preserva teu interesse próprio ou salva

Parece fora de dúvidas o fato de que as investigações em neurociência cognitiva da moral, e muito particularmente do juízo normativo no direito e na justiça, podem vir a fornecer uma enorme e rica contribuição para a compreensão em detalhe do funcionamento interno do cérebro humano no ato de julgar – de formular juízos morais acerca do justo e do injusto. A neurociência pode subministrar as evidências necessárias sobre a natureza das zonas cerebrais ativadas e dos estímulos cerebrais implicados no processo de decidir, sobre o grau de envolvimento pessoal dos julgadores e os condicionantes culturais em cada caso concreto, assim como sobre os limites da racionalidade e o grau de influência das emoções e dos sentimentos humanos na formulação e concepção acerca da “melhor decisão”.

Em resumo, explorar os mecanismos cerebrais que podem estar relacionados com a interpretação jurídica permite ver a conexão que existe entre a visão cotidiana, habitual ou tradicional, que se tem da atividade hermenêutica, e a utilização real, humana, que se faz da tarefa interpretativa na práxis jurisdicional. Na prática, a nova informação sobre as vias ou mecanismos neuronais associados ao processo de realização do direito (interpretação, aplicação e justificação) pode servir de guia na elaboração e na aplicação de critérios metodológicos mais condizentes com a defeituosa racionalidade de que estamos dotados. Ao revelar o modo em que utiliza os circuitos neuronais relativos à tomada de decisão jurídica, talvez seja possível ampliar nossa compreensão de seus efeitos sobre a idéia de “justiça concreta”. Outra dimensão importante que justifica o estudo do cérebro em relação com a tarefa hermenêutica refere-se ao fato de que, ao entender os mecanismos neurais que se associam ao processo de tomada de decisão (judicial), quiçá nos encontremos em melhor posição à hora de identificar suas qualidades humanas universais, assim como os múltiplos fatores e influências, inatas e adquiridas, que o condicionam, o que permitiria tornar as

vidas com pouco custo pessoal -, a diferença estriba em que o primeiro cenário é pessoal, enquanto que o segundo é impessoal. Em síntese, os estudos comprovam que as decisões diante de dilemas pessoais supõem mais atividade cerebral nas zonas associadas com a emoção e a cognição moral. E a teoria que justifica esta circunstância é a de que, desde uma perspectiva evolutiva, as estruturas neuronais que associam os instintos com a emoção se selecionaram ao largo do tempo porque resulta benéfico ajudar à gente ou cumprir uma promessa de modo imediato; o instinto visceral, ou moral, é o resultado de processos selecionados ao largo do processo evolutivo: dispomos de processos cognitivos que nos permitem tomar decisões morais rápidas que aumentarão nossa probabilidade de sobrevivência (se estamos programados para salvar a um indivíduo ou cumprir as regras de reciprocidade do intercâmbio social, todos sobreviveremos melhor).

decisões mais acessíveis, controláveis e aceitáveis para um público mais amplo. Afinal, todos temos cérebro.

Por conseguinte, se é certo que as normas jurídicas e os acontecimentos do mundo nos afetam somente por meio da interpretação que destes fazemos, não parece demasiado afirmar que se pudermos controlar adequadamente nossas interpretações, poderemos controlar e direcionar o processo de aplicação ou de realização prático-concreta do direito.

3. O papel das emoções e da razão no juízo moral

Um das questões que mais se há discutido em filosofia é a de se os juízos morais têm como causa primordial as emoções ou a razão. As respostas que deram Hume e Kant a este problema serviram como ponto de partida de duas das doutrinas filosóficas mais destacadas ao respeito: o emotivismo e o racionalismo. Estas correntes, ainda em nossos dias, permeiam a discussão sobre a natureza dos juízos morais.

Desde a época de Platão que os filósofos escrevem sobre o conflito entre as emoções e a razão, sendo que até o século XVII se deu clara preponderância à razão, denigrando das emoções. A idéia dominante (sobretudo no ocidente) é de que as emoções são um entrave ao comportamento racional dos seres humanos, pelo que ao opormos razão à emoção julgamos estar separando lógica de intuição, pensamento racional de pensamento irracional, verdade de falsidade. A imagem prevalecente é a da razão como um cocheiro que tem de controlar pelas rédeas os seus indomáveis "puros sangues", as emoções.

No século XVIII, contudo, filósofos ingleses e escoceses (Shaftesbury, Hutcheson, Hume y Smith, entre outros) começaram a criticar o racionalismo, apresentando novas alternativas. Eles sustentavam que os seres humanos têm um sentido moral interno que produz sentimentos prazenteiros de aprovação com relação a atos benevolentes, e sentimentos de desaprovação no que se refere a atos viciosos ou perversos, os quais constituem a fonte original dos juízos morais. David Hume, em particular, propôs que os juízos morais são similares, em forma, aos juízos estéticos, entanto que se derivam dos sentimentos e não da razão.

Pois bem, o que faremos à continuação será, primeiro, delimitar os problemas relacionados com a denominada inteligência racional; em segundo lugar, trataremos de revisar algumas das respostas que se deram na época moderna e contemporânea à pergunta pela causa dos juízos morais; em seguida – a partir das investigações que se estão desenvolvendo no campo da psicologia moral, da neurociência, das ciências cognitivas, etc. — mostraremos as razões pelas quais insistir no predomínio e/ou exclusividade da razão é dar uma resposta incompleta à pergunta sobre a origem do juízo moral (e normativo). Por último, analisaremos a importância das emoções para o direito e a influência das mesmas no âmbito do direito judicial, convencida de que tal

debate tem um grande e relevante impacto na tarefa interpretativa relacionada com sua realização prático-concreta, especialmente no que se refere a sua natureza, limites e raio de extensão.

4. Inteligência racional

O fato de dar com a melhor solução para um problema é uma definição muito comum de inteligência, isto é, esse tipo de inteligência que consiste em abrolhar o mais rápido possível com a melhor resposta a qualquer problema contanto que: (1) este tenha ao menos uma solução e não tantas como para que sejam inabordáveis, (2) estejam bem estabelecidas as regras que permitem achar a solução preferível.

Pese as cautelas enunciadas por filósofos como John Searle (1980) e com independência de problemas epistemológicos tais como se a ação humana pode ser medida com total objetividade e quantificada precisamente, está o problema de fundo de nossa psicologia imperfeita, que evoluiu em um contexto natural de escassez e de risco. Somos bons avaliadores de escassezes relativas e riscos ambientais, mas não ótimos. De fato, do mesmo modo que padecemos ilusões visuais, também padecemos ilusões cognitivas, que nos levam a julgar erroneamente o melhor para nós mesmos. Assim mesmo, e por contra, dispomos de um arsenal de conhecimentos implícitos ao que não prestamos a devida atenção. São mecanismos que evoluíram para detectar trapaceiros entre nossos congêneres, para avaliar planos de ação alternativos, para, em suma, decidir de forma rápida e eficaz em situações inevitáveis ou sociais – que são, desnecessário dizer, as que mais afetam a nossa sobrevivência direta ou a nossa posição dentro do corpo social.

O *homo oeconomicus*, curioso ignaro cujo nascimento permanece uma incógnita – Pareto não tinha idéia de quem o havia inventado – é um homem que toma decisões interessadas e racionais. Qualquer um de nós poderia sentir-se superficialmente identificado com ele. A verdade, contudo, é que nossas decisões são, em grande medida, instintivas. Fazemos uso da razão pragmática que delimita categorias e conceitos, que mede o mensurável e estima por aproximação o inestimável, e, ao final, votamos com o coração, nos decantamos seguindo um impulso. Onde fica o *homo oeconomicus*, que elegia racionalmente o melhor para si mesmo, que conhecia todas as variáveis em jogo e tomava a decisão mais ajustada a seus respectivos valores de acordo com seus fins particulares?

Pelo que se refere à psicologia dos seres humanos nos processos de tomada de decisão, os modelos matemáticos que têm intentado com mais êxito descrever a conduta humana inteligente — entendido o êxito ao menos como número de aparições

em revistas especializadas, de impacto e reconhecimentos institucionais— procedem da teoria de jogos e levam a cabo essa tarefa partindo da idéia de racionalidade que fixou a teoria econômica desde os tempos de Adam Smith, se não temos que remontar-nos a Aristóteles.

Frente ao universo de paixões em que se moviam os teóricos do *moral sense* — com Darwin como um de seus últimos defensores—, o paradigma da preferência humana como cômputo mantém que os indivíduos de nossa espécie são racionais, dispõem de informação suficiente para sopesar as alternativas e, após a análise destas, atuam maximizando o benefício próprio. Já se háo gerado inúmeros artigos acerca das estratégias a seguir nesse caso, entre as que o modelo quiçá mais conhecido seja o chamado “dilema do prisioneiro”.

O dilema do prisioneiro é um modelo de predição do comportamento que levanta a questão de saber qual é a melhor eleição para qualquer agente que interage com outros sob umas condições nas quais o agente pode predizer a conduta dos demais. Procede de um estudo teórico levado a cabo por Flood e Dresher no ano 1950 que não se publicou, que nós tenhamos notícia, talvez porque formava parte de uma investigação encarregada pelo Pentágono, durante a época da guerra fria, acerca de como se produziria a tomada de decisões quando andava por meio o uso ou não de armas nucleares.

O nome de “dilema do prisioneiro” se deve a um matemático, Albert Tucker, quem acrescentou o guión habitual hoje conhecido quando teve que apresentar um exemplo prático capaz de dotar de sentido ao modelo em uma conferência dada em 1989 a psicólogos da universidade de Stanford. Mas se temos em conta que no ano 1994 o prêmio Nobel de Economia recaiu em John F. Nash, da Princeton University, John C. Harsanyi, da Universidade de Califórnia em Berkeley e Reinhard Selten, da Rheinische Friedrich- Wilhelms Universitat de Bonn por seus trabalhos relacionados com dito modelo, cabe entender que não se trata de nenhuma frivolidade para uso de acadêmicos ociosos.

Em sua formulação mais conhecida, a de Robert Axelrod (Axelrod & Hamilton, 1981; Axelrod, 1981), o dilema do prisioneiro propõe um problema clássico de conflito e cooperação entre dois jogadores em uma situação em que cada um deles conta com a possibilidade de eleger entre “cooperar” ou “trair”. Dependendo de sua decisão, os participantes obtêm uns resultados que se fixam mediante a matriz de prêmios e castigos. De tal forma:

— se ambos decidem cooperar, obtêm uma recompensa igual e de nível intermédio R;

— se um dos dois decide trair, recebe a recompensa mais alta (tentação T), enquanto que o outro obtém o castigo mais severo (castigo C);

— se ambos traírem, recebem uma penalização igual e de nível intermédio P.

O modelo prediz que quando se cumpra na matriz de prêmios e castigos que $T > R > P > S$, não se produzirão condutas cooperadoras.

O guião capaz de transformar essa proposta formal em algo cuja solução possa intuir-se mediante o tipo de raciocínio inteligente que se supõe que guia as decisões humanas fala da oferta feita, por exemplo, por um promotor de justiça aos acusados de roubo a um banco, A e B. Estes foram encontrados com armas de fogo em seu poder mas não há provas diretas de que foram eles os assaltantes. Pois bem, ao suspeito A o promotor lhe oferece confessar ou permanecer em silêncio baixo as seguintes condições:

— se A confessa, fica livre de cargos e se usa seu testemunho para condenar ao acusado 2º, B, condenando-lhe a 20 anos de prisão;

— se A não confessa, e B, a quem se lhe fará a mesma proposta, o faz, então B fica livre e A é condenado;

— se nenhum dos dois confessa, o promotor somente pode acusar-lhes de posse ilegal de armas de fogo, delito que se castiga com 6 meses de detenção;

— se ambos confessam, o promotor aceitará que se trata de um caso de arrependimento espontâneo, e somente pedirá para eles uma pena de prisão de 2 anos.

Qual é a estratégia mais inteligente neste caso? Já de entrada cabe entender que depende do que faça o outro, sendo a conduta cooperativa —não confessar— a que proporciona mais vantagens à soma de ambos os suspeitos. Mas para cada um deles

por separado, e se partimos do suposto de que se trata de indivíduos racionais que maximizam seu próprio interesse, a melhor estratégia consiste em trair, confessando. O acusado A elegerá fazê-lo se crê que B fará o mesmo porque, do contrário, A se enfrenta com a perspectiva de uma pena de prisão de 20 anos. E se A crê que B vai cooperar, então ao primeiro lhe interessa a confissão porque dessa forma fica livre.

Que compensa trair sempre é a primeira resposta inteligente subministrada pelo modelo do dilema do prisioneiro. Mas de fato as pessoas, em circunstâncias parecidas, com freqüência cooperam. Quer dizer que o modelo está mal construído? Não, o que quer dizer é que o ponto de partida de uns seres racionais que maximizam seus interesses próprios não retrata bem aos humanos quando estamos falando de um dilema desse estilo jogado uma única vez. É interessante observar que na reiteração do jogo com os mesmos protagonistas, o modelo de simulação em computador de Stephanie Forrest (1985) indica que a melhor estratégia é a chamada “*tit for tat*”. Consiste esta em cooperar como primeiro movimento e fazer o mesmo que o outro participante a continuação.

O maior problema das formulações ao estilo do dilema do prisioneiro consiste em que não toma em conta a importância dos fatores emotivos à hora de predizer as condutas. Outro modelo procedente da teoria econômica, mas proposto em condições mais reais, o há posto de manifesto de uma maneira diáfana. Trata-se do chamado jogo do ultimatum - ideado por Werner Gütz e seus colaboradores (1982)-, no qual um primeiro ator A1 deve oferecer a um segundo A2 uma parte da quantidade de dinheiro que se lhe oferece ao primeiro, de forma que se o segundo aceita o oferecido ambos obtêm seu prêmio e, se o rechaça, ambos ficam sem nada.

Trata-se, em síntese, de um jogo (do ultimatum) que implica em uma interação na qual duas pessoas hão de repartir-se certa quantidade de dinheiro – ponhamos 100 reais – que se lhes oferece baixo as seguintes condições:

— a primeira pessoa, A, há de propor uma única vez à segunda, B, que se repartam o dinheiro oferecendo-lhe a B uma parte, a que A queira;

— se B aceita o trato, os dois se levam o dinheiro correspondente;

— se B o rechaça, nenhum dos dois se leva nada.

De acordo com os pressupostos de racionalidade e maximização dos interesses próprios, B deveria aceitar qualquer quantidade que A lhe ofereça. Sempre será maior que zero e B não tem oportunidade para o regateio. Sem embargo, ao levar a cabo o experimento com agentes reais a coisa muda: se B considera que se lhe oferece muito pouco, o rechaça. Dito de outro modo, uma idéia da lógica racional humana levaria a entender que A2 deve aceitar qualquer quantidade que A1 lhe ofereça; ao fim e ao cabo sempre será mais que nada. Mas não sucede assim; por debaixo de um determinado percentual de reparto, os sujeitos dos experimentos rechaçam o acordo. No homem “real”, ou desde a perspectiva da racionalidade limitada “que inclui a emoção”, as respostas dos dois jogadores são bem diferentes: o padrão de conduta que se observa normalmente é que o proponente o faz com uma oferta que gira quase sempre ao redor de 50%, que é aceita pelo outro jogador; e aproximadamente o 40-50% dos que recebem uma oferta menor de 20% a rechaça, e o faz, ademais, com gestos de desgosto e sensação de injustiça.

Agora suponhamos que um indivíduo tenha sido submetido a esse jogo durante a realização de uma ressonância magnética. Alan Sanfey e colaboradores (2003) fizeram exatamente este experimento: durante o jogo os pesquisadores observaram que partes do cérebro tornavam-se mais ativas quando as pessoas eram submetidas a ofertas injustas. Uma das três áreas que mais diferiam (na comparação de reações a ofertas injustas *versus* ofertas justas) foi a ínsula anterior, uma área do córtex localizada no lado inferior frontal do cérebro. Sabe-se que a ínsula anterior é ativa durante a maior parte dos estados emocionais desagradáveis ou negativos, sobretudo raiva e nojo. Outra área foi o córtex pré-frontal dorsolateral, localizado nas laterais da testa, que se sabe ser ativo durante a argumentação e os cálculos, isto é, implicada com aspectos cognitivos, particularmente na tomada de decisões.

Assim que, no estudo de Sanfey, uma análise de correlação entre a ativação da ínsula anterior e o córtex pré-frontal dorsolateral mostrou que as ofertas injustas, que logo foram rechaçadas, produziam maior ativação da ínsula que do córtex pré-frontal e que, pelo contrário, as ofertas que logo foram aceitas produziam uma maior ativação do córtex pré-frontal com relação à ativação da ínsula anterior. É interessante, ademais, a observação indicando que o córtex pré-frontal se ativa ante as ofertas injustas de uma maneira uniforme, independentemente do grau de injustiça (isto é, se ativa seletivamente tanto naqueles jogadores que aceitam como nos que rechaçam a oferta), enquanto que a ínsula anterior aumenta – como já indicamos – em proporção à

injustiça, refletindo o grau de desgosto ou “tom emocional” que vai escalando a pessoa. Tudo isso leva à conclusão de que a relação ínsula-córtex pré-frontal é um bom indicador, quiçá melhor que somente o da ínsula, para assinalar e adiantar a relação injustiça-justiça das ofertas que recebe uma pessoa e seu grau de aceitação- rechaço relativamente às mesmas.

Por outro lado, e embora diante da evidência de que em processos cognitivos tão complexos, como a interação de pessoas em constante transação de idéias e decisões, entram em atividade um imenso número de áreas e circuitos neuronais, assim como componentes ambientais, talvez sejam duas as descobertas mais interessantes do estudo de Sanfey. Primeiro, a impossibilidade de prever a reação definitiva das pessoas – aceitação ou rejeição – por meio da análise cerebral momentos antes de apertarem um botão para fazer uma escolha. As pessoas que apresentaram maior ativação na ínsula do que no córtex pré-frontal dorsolateral geralmente rejeitavam a oferta injusta; as que apresentaram o padrão inverso geralmente o aceitavam (embora esta área - o córtex pré-frontal dorsolateral -, pelos motivos acima indicados, não tenha sido definitivamente preditiva para a decisão que ia tomar a pessoa). Segundo, a identificação das áreas cerebrais implicadas nessa decisão de raiz estritamente ligada a um sentido da justiça: resultam ser as mesmas que, no modelo de Damasio (1994) dos marcadores somáticos (algo assim como uma “memória corporal” ou as “etiquetas” que o corpo asigna a cada situação emocional), formam parte da rede neuronal de interconexão fronto-límbica¹⁹⁶.

¹⁹⁶ Segundo esta hipótese, nossas deliberações sobre a eleição e a planificação do futuro dependem de maneira crucial de nossos sentimentos sobre os distintos cenários aos que nos enfrentamos. Quando nos encontramos perante uma situação social que requer uma escolha, o nosso cérebro ativa representações respeitantes (1) às premissas da situação, (2) às opções de resposta possíveis, (3) às várias consequências visadas. Depois de um breve intervalo, todas essas representações estão disponíveis em simultâneo para um exame consciente. A decisão relativa à linha de conduta a adotar pode implicar uma deliberação intencional (e ser acessível ao pensamento consciente) de conjunto sobre esta paisagem de representação ou pode ser tomada de forma automática e subreptícia. Em ambos os casos, Damasio coloca a hipótese de que nos indivíduos normais o processo de tomada de decisão é iniciado e assistido pelo aparecimento de um estado somático que indica as consequências futuras da opção de resposta com a ajuda de um sinal somático negativo o positivo. Assim, a tomada de decisão competente no domínio social não depende somente das convenções sociais, da ética e do direito, nem da percepção e da inteligência necessárias para manipular tais saberes em uma situação da vida real. Um componente somático intervém desde cedo no processo desempenhando um papel de assistência no processo de tomada de decisão, concentrando nele a atenção e selecionando as consequências futuras negativas ou positivas significativas (assim como as opções às quais elas estão ligadas). Pela sua própria natureza, o indicador somático torna mais eficaz a análise ulterior dos custos e dos benefícios. Depois, a finalidade fundamental da tomada de decisão no quadro social permanece a mesma que a da tomada de decisão em geral: trata-se da

E sem dúvida o faz por razões bastante parecidas às que levavam aos monos da espécie *Cebus apella* (macaco-prego ou capuchino), no – já citado – experimento de Brosnan e de Waal (2003), a rechaçar o intercâmbio de fichas por comida em condições de trato piores que as oferecidas a outros monos, isto é, de guiarem-se por emoções sociais (nos humanos, estas emoções – conhecidas como “paixões” pelos economistas – não somente guiam as reações individuais à hora de realizar esforços, obter recompensas ou sofrer perdas, e em sua atitude com relação aos demais, senão que, ademais, geram expectativas emocionais relativas à reciprocidade, à distribuição de bens e o intercâmbio social que lhes levem a uma situação de desigualdade ou, o que é o mesmo, a se ver com desagrado a injustiça – de Waal, 2006; Frank, 1988; Fehr e Schmidt, 1999).

Explicar como se produziu a aparição filogenética dos traços de inteligência que atuam, mediante intervenção dos processos emotivos, em jogos como o do ultimatum é algo impossível com as técnicas de estudo atuais. Das condições em que morreu o espécime de Shanidar I podemos deduzir, como fez Eric Trinkaus (1983), que os neandertais cuidavam a seus incapacitados. Deveram dispor de alguma classe de *moral sense*. Mas saber como aceitavam repartirem-se os bens quando tivessem que fazê-lo é algo que está fora de nosso alcance.

Em realidade, nem sequer podemos estabelecer como fato provado que se os *Cebus apella* atuam seguindo critérios de justiça, esse traço foi fixado nos antecessores comuns aos capuchinos e aos humanos para constituir uma sinapomorfia no resto das linhagens que se derivam do ancestral comum. Para considerá-lo como um traço compartilhado, a posse de um critério de justiça desse mesmo estilo deveria estar presente nas demais linhagens intermédias. Sem embargo, ainda estamos muito longe de poder afirmar que primatas como os monos babuínos, os monos verdes, os gibões,

sobrevivência do organismo. A base da sobrevivência do organismo é assegurada por um vasto leque de mecanismos reguladores nas células e nos tecidos, e por reflexos, pulsões e instintos geneticamente programados, na medida em que é o conjunto do organismo que está envolvido. Por outro lado, em um meio socialmente complexo há estratégias adquiridas para a sobrevivência, as quais incluem as convenções sociais e a ética. Sem embargo, Damasio sustenta que tais estratégias adquiridas encontram um suporte neurofisiológico em sistemas neuronais conectados com os sistemas de base que executam os comportamentos instintivos, de maneira que as estratégias adquiridas podem continuar a operar pelo mesmo meio: sofrimento e prazer, punição e recompensa. O cérebro mantém a sobrevivência do *soma* como sua finalidade global, e o *soma*, com a ajuda de sinais produzidos pelos seus próprios estados, regula a operação de socorro realizada pelo cérebro. Para um tratamento teórico e pormenorizado destas idéias, Damasio, 1994 e Adholps et al., 2002.

os orangotangos, os gorilas e os chimpanzés (para citar somente uns poucos exemplos) compartilham, com os *Cebus apella* e humanos, tal sinapomorfia.

4.1. O “órgão” da inteligência emocional e racional: processadores de juízos

A melhor confirmação do papel que joga a emotividade ao enfrentar-se qualquer ser humano com problemas como os que propõem o dilema do ultimatum chegaram por meio das investigações levadas a cabo pela neurociência cognitiva. Hoje, à medida que a ciência foi compreendendo como funciona o cérebro, o velho paradigma de inteligência como sinônimo de razão, lógica, velocidade de resposta, aprendizagem e processamento de informação – de uma inteligência única, analítica, inata, universal e medível – deixou espaço a uma nova definição de inteligência em que as emoções e as relações interpessoais passaram a ser as principais protagonistas: já não podemos entender a razão sem a influência das emoções, do mesmo modo que já não podemos imaginar ao ser humano e seu cérebro de forma isolada ou independente do entorno e de suas relações com os demais.

De fato, desde que Hanna Damasio e seus colaboradores ressuscitaram o caso de Phineas Gage, o engenheiro que, no século XIX, sofreu lesões cerebrais que não lhe mataram, mas que arruinaram sua vida por lhe haverem provocado déficits na toma de decisões (1994), se pôs de manifesto a importância das conexões cerebrais existentes entre o córtex frontal e o sistema límbico para poder levar a cabo uma conduta útil em termos de adaptação social (como expressão sutil do tipo de inteligência própria de nossa espécie, a denominada “hipótese do marcador somático” – isto é, as variações fisiológicas do corpo provocadas automaticamente pelas emoções antes de que a mente obtenha consciência delas). Mediante o estudo de pacientes com lesões cerebrais se estabeleceu que a amígdala e outras zonas ventrais do cérebro são elementos necessários à hora de realizar juízos sobre a vida social, ainda que seus papéis respectivos sejam distintos nesse processo (Adolphs, Tranel, & Damasio, 1998; Bechara et al, 1999).

Por sua parte - como referimos antes -, e graças à técnica da ressonância magnética funcional (fMRI) que mede o consumo de oxigênio provocado pelo trabalho dos neurônios, Alan Sanfey e seus colaboradores (2003) identificaram em sujeitos ,

esta vez são, a ativação de uma zona que está relacionada com as emoções – a ínsula anterior – e outra zona frontal encarregada de múltiplas funções entre as que se encontram os juízos realizados frente às alternativas existentes para a ação — o córtex pré-frontal dorsolateral.

Em todos estes estudos se dá por suposto o fato de que o cérebro é o gerador, mediante seus estados funcionais, do que chamamos consciência ou mente. Em realidade não poderia ser de outra maneira: como dizíamos ao princípio, poucos negam hoje em dia que a mente - que durante séculos “*ha sido considerada como el sujeto incorpóreo de todas la facultades físicas, y que a menudo há sido separada del cuerpo que la cobija...*” (Denton, 2009: 328) - não é uma entidade separada, senão, simples e definitivamente, “*aquilo que o cérebro faz*” – quer dizer: que tudo o que experimentamos deve estar associado a, ou causado por, ou baseado no, cérebro. Mas existe uma diferença sensível entre falar da atividade cerebral em termos vagos e estabelecer quais são as redes neuronais interrelacionadas em um determinado processo cognitivo. Por desgracia a precisão temporal da fMRI não é muito alta, da ordem de entre 2 e 6 segundos, quando os processos de ativação cerebral se medem em milissegundos.

Nesse aspecto, então, o que nos estão indicando a fMRI e a tomografia de emissão de positrons (PET) respeito da ativação cerebral relacionada com juízos que implicam em certa forma o uso de valores morais?

Os resultados dos diferentes estudos já realizados são um tanto dispersos, devido, provavelmente, aos diferentes objetivos e supostos de partida dos diferentes grupos de investigadores, coisa que leva a se questionar acerca da validez e adequação de alguns dos desenhos experimentais que lhes serviram de base.

Por exemplo, o trabalho de Joshua Greene e colaboradores (2001) se centrou na busca de correlatos neuronais diferenciais para a resolução de dois grupos diferentes de dilemas que se distinguem pelo modo de chegar a um mesmo resultado. Os exemplos paradigmáticos acerca dos dois tipos diferentes de juízo moral foram os seguintes: um em que os sujeitos se encontram implicados pessoalmente em uma determinada ação (*footbridge*) e outro que implica uma maior distância pessoal para quem julga a ação (*trolley*). Greene *et al* denominam ao primeiro “*moral-personal dilemma*” e ao segundo “*moral-impersonal dilemma*”, sendo contudo bastante duvidoso que estas denominações sejam efetivamente as mais adequadas e corretas.

No primeiro caso, de dilema moral impessoal, ao participante no experimento se lhe colocou ante a seguinte situação: dilema tipo *trolley* – um trem sem controle matará a cinco pessoas se segue seu trajeto. Um sujeito, situado em uma local distante dos fatos, pode desviá-lo, mediante o simples movimento de uma alavanca, para outro trajeto no qual só há uma pessoa, a qual sem dúvida o veículo matará. É correto acionar a alavanca?

No segundo caso (dilema tipo *footbridge*), de juízo moral pessoal, o dilema segue um guião parecido, com a diferença de que agora o sujeito está situado em uma ponte sobre a estrada de ferro e tem a seu lado a uma pessoa estranha. Para salvar as cinco pessoas que serão atropeladas o sujeito pode empurrar o estranho desde a ponte para a estrada de ferro – que seguramente morrerá –, detendo assim o trem. É correto obrar assim? (ignoramos, em ambos os casos, possibilidades hipotéticas tais como que o homem sozinho que está ao lado do agente na ponte fosse Einstein, ou um amigo próximo).

A busca de correlatos neuronais diferenciais teve sua origem em que as respostas aos dilemas por parte dos distintos sujeitos implicados no experimento variavam de maneira substancial. Em resumo, a maior parte dos participantes respondia que no primeiro caso é apropriado desviar o trem lançando-o em direção ao indivíduo solitário, enquanto que no segundo caso, também de forma maioritária, se opinava que não é apropriado jogar à via ao estranho. Tudo isso pese à obviedade de que o resultado final de ambos os dilemas é o mesmo: salvar a vida de cinco pessoas em troca da vida de um só indivíduo.

Para levar a cabo o estudo a equipe de Greene acrescentou aos grupos de dilemas tipo *trolley* – aos que chamou dilemas morais impessoais – e ao tipo *footbridge* – ou dilemas morais pessoais – um terceiro grupo de dilemas neutros com o propósito de que estes últimos servissem como linha base para comparar os resultados dos outros dois. A heurística utilizada para construir uns e outros foi a de partir dos dilemas paradigmáticos e criar variações sobre eles, processo pelo qual se chegou a estabelecer que os dilemas pessoais deviam conter necessariamente três elementos: 1) implicar um dano corporal; 2) a um indivíduo ou grupo de indivíduos particular e 3) de tal forma que o dano não seja uma “desviação“ de um dano pré-existente, senão mais bem o resultado da intervenção expressa de quem julga (noção de agência). Os dilemas que carecessem de ao menos um dos elementos anteriores seriam considerados impessoais, de conter juízos morais, ou neutros se se referiam a

outro tipo de juízo como pode ser o de utilizar um determinado tipo de ingredientes em uma receita de torta que exige outros.

O interessante não é tanto a resposta que deram os participantes do experimento, mas sim as zonas cerebrais que se lhes ativaram de forma distinta quando se enfrentavam aos dilemas morais pessoais, os dilemas morais impessoais e os dilemas sem conteúdo moral. De acordo com os resultados obtidos por Greene e colaboradores (2001), a condição pessoal (*footbridge*) ativou de maneira significativamente maior o giro medial frontal (áreas de Brodmann – BA – 9 e 10), o giro posterior cingulado (BA 31) e o giro angular nos dois hemisférios (BA 39). Todas essas áreas se consideram relacionadas com o processamento das emoções.

Pelo contrário, os dilemas morais impessoais (*trolley*) e os neutros moralmente ativaram de maneira significativamente maior o giro medial frontal direito (BA 46) e o lobo parietal de ambos hemisférios (BA 7/40), áreas que se relacionam com a memória de trabalho. O resultado indica, pois, uma implicação das emoções nos juízos sobre dilemas pessoais frente ao cálculo presente nos impessoais e os neutros. O trabalho original de Greene e colaboradores foi ampliado mais tarde (Greene et al, 2004) tendo em conta esta vez as respostas dos indivíduos aos dilemas pessoais, mas sem diferenças dignas de maior comentário.

É possível destacar algumas sombras na interpretação do desenho experimental de Greene e colaboradores (2001). Em primeiro lugar, os correlatos neuronais do juízo associado a dilemas impessoais e neutros foram na prática idênticos com a ressalva de alguns pontos da área BA 7/20 do hemisfério direito. Para completar, o ponto chave onde poderia haver sido possível buscar diferenças adicionais, o córtex orbitofrontal, não se pôde estudá-lo devido a certos artefatos criados pela suscetibilidade magnética. Mas também existem algumas dúvidas de conceito.

Ainda que os sujeitos dos experimentos optem por uma solução distinta no caso da alavanca e no da ponte, é mais duvidoso – como sugerem, por outra parte, os próprios autores ao final de seu artigo – que se possa chamar de “impessoal” à ação quando se obriga a sacrificar uma pessoa; e ainda mais digno de suspeita que essas ações impessoais ativem os mesmos circuitos no cérebro que os juízos não morais ao estilo de se é correto utilizar nozes normais em uma receita pensada para nozes de macadâmia. Ou bem a inteligência humana esconde certos traços de perversidade e indiferença com relação a sorte de nossos congêneres, ou bem o experimento põe de manifesto claves mentais distintas a de um juízo moral.

Por outro lado, o trabalho de Jorge Moll e colaboradores (2002) ofereceram a tal respeito algumas pistas usando dilemas que implicavam juízos morais (exemplo: o juiz condenou a um inocente), juízos não morais neutros (as crianças obesas devem seguir dieta), juízos não morais mas desagradáveis (limpou a retreta com a língua) e juízos sem nenhum sentido (o turno vital dos sapatos bebidos era irmão). Os juízos morais ativaram o córtex medial orbitofrontal, o pólo temporal e o sulco temporal superior do hemisfério esquerdo enquanto que os não morais, mas desagradáveis o fizeram respeito da amígdala esquerda, o giro lingual e o giro lateral orbital.

Em opinião dos autores, a coincidência neste último caso com as zonas que Greene e colaboradores indicavam como próprias dos juízos morais pessoais apontam à ativação de zonas emotivas não tanto pela necessidade de decidir a moralidade de uma ação como pelas circunstâncias desagradáveis das condutas que se sugerem no experimento, de evidente importância à hora de empurrar a uma pessoa desde uma ponte. Pelo que se refere à ativação ligada ao juízo moral, o trabalho de Moll e colaboradores confirmou pautas já conhecidas como é o da implicação do córtex medial orbitofrontal. Mas o fato de que os juízos morais utilizados não ativassem zonas límbicas e sim zonas occipitais relacionadas com a visão demonstra a necessidade de se levar ao cabo novos experimentos com mais sujeitos e em condições melhor controladas.

Seja como for, e em termos gerais, o que parece razoável supor é que, de acordo com as evidências experimentais até agora obtidas, não estamos frente a dois juízos reciprocamente excludentes, senão diante de juízos diferentes que ativam áreas distintas do cérebro por obra das circunstâncias e do envolvimento pessoal do agente que atua. Por exemplo, Casebeer (2003), tendo em vista as numerosas filosofias morais que existem, tomou como ponto de partida de suas investigações acerca das zonas cerebrais que se ativam durante o raciocínio ou juízo moral, as três filosofias ocidentais mais importantes: o utilitarismo de Stuart Mill, a deontologia de Kant e a teoria da virtude de Aristóteles (que trata de cultivar a virtude e evitar os vícios). Concluiu sua análise com a seguinte observação: “Assim que poderíamos dizer [...] que estes três enfoques situam-se em diversas zonas do cérebro: frontal (Kant); pré-frontal, límbica e sensorial (Mill); a ação corretamente coordenada de todo o cérebro (Aristóteles)”.

No atual panorama científico têm aparecido vários estudos donde se afirma que *existe*, no cérebro, uma versão do raciocínio ou juízo moral. Já se descobriu que

determinadas regiões do cérebro, normalmente ativas durante os processos emocionais, se ativam diante de alguns tipos de juízo moral, mas não diante de outros. Os encarniçados debates seculares sobre a natureza das decisões morais e sua similitude ou diferença se resolvem agora de maneira rápida e clara com as técnicas modernas de imagiologia cerebral. E os novos resultados indicam que, quando alguém está disposto a atuar segundo uma determinada crença moral, é porque a parte emocional de seu cérebro se ativou ao pensar na questão moral. Assim mesmo, quando se apresenta um problema moralmente equivalente sobre o qual a pessoa decide não atuar, é porque a parte emocional do cérebro não se ativa.

Trata-se, como dissemos antes, de uma assombrosa novidade para o conhecimento humano, porque ajuda a entender que a resposta automática do cérebro pode prever nossa resposta moral. Resumindo: os novos resultados das imagens cerebrais parecem indicar que o cérebro responde aos grandes dilemas morais subjacentes, isto é, de que parece haver mecanismos subconscientes inatos comuns que se ativam em todos os membros de nossa espécie como resposta aos desafios morais. É como se todos os dados sociais do momento, os interesses de sobrevivência pessoal que todos possuímos, a experiência cultural que já vivemos e o temperamento básico de nossa espécie alimentassem os mecanismos subconscientes e inatos que todos possuímos e daí surgira uma resposta, um impulso para atuar ou deixar de atuar (Gazzaniga, 2005, 2010). E parece ser muito provável que o fato de que os juízos morais são majoritariamente intuitivos e inatos talvez seja (ou constitua) a chispa moral, o aglutinante que impede que nossa espécie se destrua a longo prazo¹⁹⁷.

¹⁹⁷ Para uma análise filosófica sobre o “dilema do trem”, assim como sobre os limites e problemas gerados pela denominada “ética do dilema”, cf. Appiah, 2010. Note-se, por oportuno, que em um experimento mais recente, Piercarlo Valdesolo e David De Stefano (2006: 476), investigadores da Northwestern University, encontraram um vínculo entre o estado de ânimo e o juízo moral. Antes de apresentar os cenários do trem, fizeram que a metade de seus sujeitos vissem cinco minutos da série cômica *Saturday night live*, e para a outra metade lhe projetaram um tedioso documentário sobre uma aldeia espanhola. Os que estavam de bom humor à raiz de haver desfrutado da comédia se mostraram mais propensos a dizer que empurrariam ao homem da ponte. Os investigadores chegaram à conclusão de que as emoções negativas que inspirava a contemplação do homicídio “pessoal e imediato” (moral/pessoal) se contra-arrestaram com o espírito festivo do espetáculo. Segundo Appiah (2010: 123), “¿Habrà que cuidarse, entonces, de la gente que está de buen humor?”.

5. Sobre as causas dos juízos morais: cognição e/ou emoção

5.1. Emotivismo e racionalismo: Hume e Kant

Compreender a moralidade supõe compreender o *porquê* e o *como* ela mesma chega a existir, *por que* aprovamos ou reprovamos às pessoas ou as ações que percebemos, e *por que* tomamos com relação a elas (pessoas e ações) as atitudes morais que tomamos. O propósito aqui é analisar, ainda que de forma resumida, algumas das teorias elaboradas e articuladas com o objetivo de sentar os fundamentos para uma compreensão e explicação mais precisa acerca do juízo moral¹⁹⁸. E começaremos recordando que a esta meta chegará Hume mediante uma fase negativa e uma positiva de sua investigação (Stroud, 1986: 252). A positiva consiste em mostrar a preponderância do desejo (estado volitivo impulsionado por uma paixão ou um sentimento) na motivação da ação. A negativa consiste em rechaçar o poder da razão na ação.

De acordo com Bricke (1996: 5-30), Hume é um *conativista*. Isto quer dizer que para o filósofo escocês, uma razão para a ação é um estado psicológico complexo que incorpora tanto um desejo como uma crença, e que aquele intervém como premissa maior no argumento prático. Que o agente tenha um desejo significa que está em um estado prático: se há projetado um propósito que faz com que ele não seja indiferente ante a situação atual, senão que tenha uma *propensão* ou *aversão* a atuar de certa maneira¹⁹⁹. Por outro lado, entanto que tem uma crença, o agente está em um estado informativo: se representa ou intenta representar-se o modo como as coisas são.

¹⁹⁸ O objetivo geral é explicar o processo mental a partir do qual se expressa um juízo moral. É importante deixar claro que nosso propósito aqui é puramente explicativo, não justificativo; quer dizer, não é nosso interesse apresentar uma justificação do juízo moral, senão explicar como surge, o que o causa. É claro que podemos encontrar diferentes formas de relacionar o tema da ‘justificação moral’ e o da ‘normatividade’, com o da explicação do processo a partir do qual expressamos um juízo moral; sem embargo, para os propósitos desta tese, não será necessário deter-nos nesses detalhes; por esta razão, tais temas (‘justificação moral’ e ‘normatividade’) não serão tratados aqui.

¹⁹⁹ De acordo com a teoria de ação de Hume, a razão ou o raciocínio podem proporcionar-nos um novo desejo ou uma nova preferência somente se já temos algum desejo ou alguma preferência prévia. Portanto, a razão não pode ser a fonte de todos nossos desejos. Isto quer dizer que nos antecedentes causais de toda ação tem que haver pelo menos um desejo que a razão não haja produzido, pois, de outro modo, não se apresentaria nenhum desejo em absoluto e em consequência a ação não poderia ocorrer (Stroud, 1986: 263).

A crença e o desejo que constituem a razão para a ação devem estar adequadamente relacionados: a crença deve apresentar informação pertinente que permita alcançar o fim proposto pelo desejo. Assim, ao expressar as razões pelas quais atua, a pessoa bosqueja um argumento que lhe permite sustentar por que atuou da maneira em que o fez.

Relativamente à fase negativa pode citar-se a clássica passagem de Hume (1977, II, iii, 415): “*La razón es, y sólo debe ser, la esclava de las pasiones y no puede pretender otro oficio que el de servir las y obedecerlas*” . Com isto não se quer dizer que a razão não joga nenhum papel na ação humana; sempre é necessária uma crença para poder ter um motivo para atuar. Com dita máxima se assinala que a razão somente pode cumprir o papel menor de mostrar os meios pelos quais se pode obter o fim proposto pelos desejos. Assim, o desejo é o que nos impulsiona à ação, enquanto que a razão somente pode dirigir-nos (orientar-nos) de acordo com as representações que há alcançado do mundo.

Mas, o que é aquilo que, segundo Hume, leva ao sujeito a expressar um juízo moral? De acordo com o anterior, poderia dizer-se que quando se afirma que a ação X é moralmente correta ou incorreta, se tem um sentimento de aprovação ou de desaprovação com relação a ela, na medida em que esta esteja a favor ou em contra de nossos desejos ou interesses. A este respeito diz Stroud (1986: 263) que todos os chamados “juízos morais” são realmente enunciados sobre a mente do que fala: “*Los ‘juicios morales’ que formulo se refieren a mí, y cuando alguien dice ‘X es vicioso’ está diciendo que tiene un cierto sentimiento hacia X*”²⁰⁰. Contudo, esta interpretação é problemática, pois, por um lado, quando dizemos ‘este foi um ato vicioso, cometido por um homem perverso’, parece que dizemos algo sobre uma ação e sobre um agente, e não algo sobre nossos sentimentos. Por outro lado, se o vício fosse um sentimento ou uma percepção na mente, então, ao dizer que tenho certo sentimento quando contemplo a X, estaria dizendo que tenho um vício quando contemplo X, o qual é

²⁰⁰ Não obstante o dito, intérpretes como o próprio Stroud mostram que há passagens em que Hume parece negar o que ele mesmo defende (que o juízo moral é uma expressão de um sentimento). Por exemplo, no *Tratado* (III, i, 582), Hume sugere que pode haver alterações em nossos sentimentos atuais sem alterações correspondentes em nossos juízos de valor, e vice-versa, do que se segue que os juízos que formulamos não estão somente em função dos sentimentos que temos no momento, pelo qual a pergunta sobre como chegamos a formular um juízo moral deve ser resolvida acudindo a algo mais que aos sentimentos (Stroud, 1986: 277).

absurdo (Stroud, 1986: 264). Isto quer dizer que é incoerente entender o juízo moral como o reporte de um sentimento.

Para solucionar este problema devemos entender o juízo moral, seguindo a interpretação de Stroud, como uma projeção: eu contemplo ou observo uma ação ou uma qualidade pessoal e então experimento certo sentimento de aprovação com relação a ela. Quando digo ou creio que X é virtuoso, estou em verdade atribuindo a X certa característica objetiva, pese a que, de acordo com Hume, em realidade não é possível achar “em” X nenhuma característica de tal índole. Neste sentido, a virtude e o vício são semelhantes às qualidades secundárias.

Quando digo que X é virtuoso, não estou somente fazendo uma observação sobre meu próprio sentimento, senão que faço a observação somente porque tenho esse sentimento. Pode também dizer-se que quando ‘declaro’ que X é virtuoso estou expressando ou manifestando minha aprovação de X. Hume pensa que esta aprovação é um sentimento bem definido, de modo que, para ele, ela estaria expressando meu sentimento com relação a X. Assim, o juízo é uma expressão de meu sentimento, mas não um reporte que notifica que tenho tal sentimento. Em vez disso, é a atribuição de certa característica — virtude ou vício, bondade ou maldade— a uma ação ou a uma qualidade pessoal.

Ainda que dita característica não exista de fato nas ações ou nas qualidades pessoais, os sentimentos que temos ao contemplá-las nos levam inevitavelmente a atribuí-la às mesmas. A aceitação ou a afirmação do juízo moral é uma reação ante o sentimento ou um resultado dele, mas não põe meramente de manifesto o sentimento à maneira de uma exclamação ou de uma aclamação. Quer dizer, expressamos o sentimento mediante uma asseveração, mas não é esta uma asseveração acerca do conteúdo de nossa própria mente, senão a expressão de um sentimento na qual atribuo uma característica (virtude ou vício) a uma ação ou qualidade pessoal. Assim, à pergunta, “tem os juízos morais como causa preponderante a razão ou são primariamente produto da emoção?”, Hume responde afirmando que os juízos morais são produto da emoção.

Pois bem, Kant foi um dos primeiros em refutar a Hume propondo uma teoria ética racionalista. Deste modo, ele respondeu ao cepticismo pelos poderes motivadores da razão do filósofo escocês, mostrando que qualquer agente racional poderia e, de fato, deveria eleger o moralmente correto aplicando o imperativo categórico (máxima que vale, uma vez abraçada e aplicada, como lei em nosso mundo). Somente seguindo

o imperativo categórico e atuando em concordância com ele, se dirá que a ação do agente é moral. Destarte, diremos — os espectadores— que uma ação é moralmente boa se, e somente se, a máxima de tal ação logra passar a prova do imperativo categórico, deixando de lado qualquer tipo de sentimento ou emoção²⁰¹. Por conseguinte, à pergunta que nos interessa — tem os juízos morais como causa preponderante a razão ou são primariamente produto da emoção?— Kant responde afirmando que a causa preponderante dos juízos morais é a razão.

Tanto a proposta humeana como a kantiana tiveram um forte impacto na filosofia contemporânea. Tal impacto fez com que a discussão sobre qual é a causa que motiva o juízo moral, ainda em nossa época, siga levantando discussões, à maneira moderna, entre ‘racionalistas’ e ‘emotivistas’. Poderia dizer-se que a maioria das propostas que pretendem dar conta da motivação predominante do juízo moral, propendem pela superioridade da razão sobre as emoções, ou vice-versa, e que o fato que as distingue é o tipo de argumentação que cada uma esgrime a seu favor.

Na corrente analítica encontramos uma discussão análoga à que se apresentou na época moderna com respeito à questão que nos interessa. Trataremos das duas teorias (a emotivista e a intuicionista) pertencentes a esta corrente para dar um exemplo da maneira como se intentou solucionar, no século XX, a pergunta sobre a causa dos juízos morais - isto é, resolver o problema partindo de uma pergunta que pressupõe que somente a razão ou somente as emoções podem contar como causa preponderante do juízo moral. Para tanto, primeiro apresentaremos a resposta de Stevenson, um dos máximos seguidores da proposta humeana e reconhecido como o maior expoente do emotivismo (Hare, 1999: 116; Hudson, 1983: 113s); em seguida, mostraremos a resposta do intuicionismo, quiçá a doutrina antagônica por antonomásia do emotivismo.

Segundo Stevenson os juízos morais são, em primeiro lugar, *expressões* da atitude do agente²⁰² e, ao mesmo tempo, imperativos com os que se busca modificar as

²⁰¹ Segundo a proposta kantiana, é possível saber se alguém atuou conforme o dever, mas é impossível saber se atuou por dever, já que não podemos conhecer as verdadeiras intenções pelas quais o sujeito atua. Isto significaria que, em última instância, não nos é possível saber com certeza se uma ação é moral ou não. A partir disto se poderia dizer que na teoria kantiana não é possível falar de juízo moral, pois, ao não ter acesso às intenções do agente, não temos as ferramentas que se requerem para julgar sua ação. Sem embargo, Kant sustenta que, através das máximas, podemos avaliar tipos de ações, o qual é suficiente para fazer juízos morais.

²⁰² É importante ter em conta que os juízos morais expressam – não enunciam – um sentimento ou atitude, já que os enunciados somente servem para descrever estados de coisas. Por exemplo, suponha-se que A golpeia sem razão a B e que C —um repórter— e D - um familiar

atitudes e ações dos outros. O juízo moral “isto é bom” significa ‘aprovo isto/aprová-lo tu também’. “Aprovo isto” é a expressão da emoção ou atitude que leva ao sujeito a emitir o juízo moral²⁰³. Por outro lado, “aprová-lo tu também” é um imperativo com o que se intenta exortar ao outro para que aceite e, por isso, expresse o mesmo juízo moral. Ao respeito diz Hare (1999: 119), referindo-se ao emotivismo: “*la actitud de aprobación es una disposición a actuar del modo que se aprueba, y a alentar a los demás para que actúen de la misma forma*”.

De acordo com tal argumento, podemos sintetizar o juízo moral em Stevenson mediante o seguinte esquema: primeiro, se apresenta ante um sujeito um evento moralmente relevante; segundo, a partir disso se produz uma emoção, entendida como um sentimento ou, o que para o caso seria o mesmo, uma *atitude* de aprovação ou desaprovação com relação a tal evento (Hare, 1999: 93); terceiro, o sujeito emite um juízo moral que, por um lado, expressa sua emoção e o motiva a atuar em conformidade com ele e, por outro lado, faz as vezes de imperativo mediante o qual se pretende alentar ao outro para que aprove tal juízo moral. Dessa forma, parece possível sustentar que os emotivistas respondem à pergunta de “se tem os juízos morais como causa preponderante a razão ou são primariamente produto da emoção”, afirmando que os juízos morais são primariamente produto da emoção.

Vejamos agora a maneira como responderia a esta mesma pergunta a postura contrária: o intuicionismo. O intuicionista é um descritivista que diz que aparte da sintaxis, o significado dos enunciados morais está completamente determinado por suas condições de verdade. Agora bem, de acordo com esta teoria, as condições de verdade dos enunciados morais consistem na possessão de propriedades *sui generis* especificamente morais, que não podem ser definidas sem introduzir algum termo moral no *definiens*. Como não podem apelar a propriedades não morais para especificar tais condições (à maneira em que o faria um naturalista), o que fazem os

de B— estão observando este fato. Em tal caso, C pode (cumprindo com seu labor) descrever o fato sem expressar nenhum juízo de valor e, por isso, sem expressar nenhum sentimento ou atitude, e isto o faz mediante enunciados. Em câmbio, D lançará um juízo moral em que expressará seu sentimento de desaprovação (sobre esta distinção poder ver-se Hare, 1999: 117 ss.).

²⁰³ Um dos problemas da proposta de Stevenson é que não há uma clara distinção entre “emoção” e “atitude”; tanto assim que a “atitude” pode ser entendida como um tipo de emoção ou de sentimento (Hare, 1999: 117). Sobre a confusão entre “emoção” e “atitude” em Stevenson, assim como sobre as críticas que se hão formulado à sua teoria, pode ver-se Hudson, 1983: 124.

intuicionistas é acudir a uma faculdade por meio da qual as pessoas podem reconhecer atos corretos ou incorretos.

Para os intuicionistas, o que passa na mente das pessoas que expressam um juízo moral é uma intuição ou, o que é o mesmo, um *pensamento* ou *convicção moral* de que o ato é correto ou incorreto – um emotivista dirá ao respeito que é um sentimento de aprovação ou desaprovação frente ao ato em questão (Hare, 1999: 93). O que dirá um intuicionista, como Ross, é que a “incoreção” é uma propriedade comum que muitas ações compartilham e que podem discernir aqueles que possuem a capacidade necessária de discernimento. Isto implica que nem todas as intuições (ou supostas intuições) merecem crédito, senão unicamente aquelas geradas por gente reflexiva e com um bom nível de formação (Ross, 1930: 41), o qual implica que as intuições das pessoas (quer dizer, seus pensamentos ou convicções morais) serão distintas em função do modo em que tenham sido educadas (Hare, 1999: 98)²⁰⁴. Assim, o que garante que um enunciado moral seja verdadeiro é a simples ocorrência da experiência que eles chamam intuição, a qual depende da formação que tenha tido o sujeito que julga.

De acordo com este tipo de argumento, a explicação que os intuicionistas apresentam com respeito à causa do juízo moral pode resumir-se mediante o seguinte esquema: primeiro, se apresenta ante um sujeito um evento moralmente relevante; segundo, a partir dele o sujeito terá a intuição (quer dizer, o pensamento ou a convicção moral) de que o ato é correto ou incorreto. Isto o faz graças a sua capacidade

²⁰⁴ Acudir a esta ‘capacidade de discernimento’ permite aos intuicionistas responder a uma das objeções mais importantes que se faz a sua teoria, conhecida como ‘o argumento desde o desacordo moral’: “*No hay duda de que existen casos en los que las opiniones morales de las personas están en desacuerdo. Las dos partes, por consiguiente, no pueden tener razón a la vez. De modo que si las intuiciones morales son una fuente fiable de verdad moral, una de las dos partes no debe estar en posesión de esta fuente. Esta parte, por lo tanto, tiene una intuición equivocada (o, en caso de que no quieran llamarla intuición, si está equivocada, no tiene el poder de la intuición —el cómo lo digamos no afecta al argumento—)*” (Hare, 1999: 97). Segundo a proposta de Ross, devemos seguir preferentemente as intuições da gente reflexiva e com formação, antes que aquelas de gente que não tem formação. Agora, se o que responde o intuicionista à objeção é que devemos respeitar tão somente as intuições morais da gente com formação, então aparece outro problema em seu argumento. Porque no caso em que a discussão se apresenta entre duas pessoas que se (auto) valoram por ter uma excelente formação (como se dá com muita frequência entre juízes), a quem vamos a considerar como uma pessoa “com formação”? De que modo resolveríamos este tipo de disputa? Como nos casos anteriores, não nos deteremos nas objeções, uma vez que, repetimos, nosso objetivo aqui é meramente expositivo.

de discernimento (adquirida mediante educação); por último, o sujeito *expressa* um juízo moral, produto de seu discernimento (não de um sentimento de aprovação ou desaprovação). Dito de outro modo, para os intuicionistas a causa preponderante dos juízos morais é a intuição, a qual — em termos de Ross— depende inteiramente do discernimento do sujeito. Assim, poderíamos dizer que eles respondem à pergunta sobre “se os juízos morais têm como causa preponderante a razão ou são primariamente produto da emoção”, afirmando que a causa preponderante dos juízos morais é a razão, na medida em que (entanto críticos do emotivismo) negam qualquer tipo de afetividade na produção do juízo moral e dão preeminência ao discernimento.

Como se pode observar, as respostas dadas à pergunta sobre a causa dos juízos morais levaram as mencionadas doutrinas a propor duas soluções contrapostas: uma solução que exclui a razão (no caso do emotivismo) *ou* as emoções (no caso do intuicionismo) como produtoras preponderantes do juízo moral. Desta maneira, resulta claro que a pergunta formulada na tradição moderna exclui de entrada a possibilidade de que a razão e as emoções, em conjunto, joguem um papel preponderante na produção dos juízos morais.

5.2. Filosofia e Psicologia moral

Partindo do que dissemos no item anterior, parece razoável inferir, sem nenhuma dúvida, que ainda hoje se mantém, tanto na filosofia como na psicologia moral contemporânea, a discussão em termos similares à estabelecida entre emotivistas e intuicionistas. A pergunta pela causa primeira dos juízos morais se propõe de forma tal que exige uma resposta excludente, quer dizer, exige que os investigadores respondam desde uma visão *humeana* ou desde uma visão *kantiana* — o qual parece igualmente excluir a possibilidade de que o juízo moral seja produto tanto da razão como das emoções.

De fato, em filosofia, uma das questões que mais se há discutido é a de saber se os juízos têm como causa primordial as emoções ou a razão. As respostas que deram Hume e Kant a tal pergunta serviram como ponto de partida de duas das doutrinas filosóficas mais destacadas ao respeito: o emotivismo e o racionalismo. Estas

correntes, ainda em nossos dias, permeiam a discussão filosófica sobre a natureza dos juízos morais.

Da mesma forma, tanto a proposta humeana como a kantiana também tiveram (e ainda tem) um forte impacto na psicologia moral contemporânea²⁰⁵. Tal impacto fez com que a discussão sobre qual é a causa que motiva o juízo moral, ainda em nossa época, siga sendo proposta em termos de ‘racionalismo’ ou ‘emotivismo’. Poderia dizer-se que a maioria das propostas que pretendem dar conta da motivação predominante do juízo moral propendem pela superioridade da razão sobre as emoções, ou vice-versa, e que o que distingue os resultados dos estudos atuais destinados a identificar os correlatos neuronais do juízo moral são os desenhos experimentais e os procedimentos empíricos levados a cabo, assim como o tipo de argumentação que cada um esgrime a seu favor.

Vejam as duas teorias que, na atualidade, se destacam e por meio das quais se está intentado responder à pergunta pela causa do juízo moral e que, na mesma

²⁰⁵ “La psicología moral contemporánea es una corriente interdisciplinaria que se vale de ciencias humanas empíricas como la biología, psicología, antropología, sociología, historia, ciencia cognitiva, lingüística y de la neurociencia para examinar algunos de los problemas morales de la tradición filosófica. Os investigadores se han preocupado últimamente por mostrar la importancia de valerse de la psicología moral para resolver este tipo de problemas, así como por mostrar el método de investigación que sigue esta rama. La psicología moral ha nacido en respuesta a la dificultad de resolver problemas morales a partir del mero análisis conceptual. De esta manera, una de las tareas que se ha propuesto es la de resolver debates filosóficos clásicos mediante apoyo empírico. Así, por ejemplo, con respecto a uno de los debates entre racionalistas y emotivistas, experimentos practicados con psicópatas muestran que las emociones juegan un papel primordial en el juicio moral. Los psicópatas tienen deficiencias evidentes con respecto a las emociones negativas, especialmente en los casos del temor y la tristeza, pues rara vez las experimentan. Sin las emociones negativas esenciales, ellos no pueden tener sentimientos de dolor, remordimiento o culpa. Este déficit emocional parece ser la raíz de la causa de sus patrones de comportamiento antisocial. O que Prinz (2006) defiende al respecto es que los psicópatas se comportan mal porque no pueden hacer juicios morales genuinos. El psicópata puede decir que entiende lo bueno y lo malo, pero no hay manera de que él se dé cuenta de que no lo entiende (Cleckley 1941). Blair (1995), por su parte, muestra que las personas que tienen profundas deficiencias respecto a las emociones (como los psicópatas), nunca desarrollaran una verdadera comprensión de la moral: los psicópatas entienden la palabra ‘malo’ (desde un punto de vista moral) en sentido puramente convencional, como si simplemente significara ‘prohibido por las autoridades locales’. De esta manera, las investigaciones en psicopatía sugieren que las emociones son necesarias en el desarrollo mediante el cual se adquiere la capacidad para hacer juicios morales. Claro está, aunque es un primer paso, este trabajo experimental no es suficiente para resolver el debate entre racionalistas y emotivistas. Aún falta camino por recorrer. Sin embargo, este ejemplo es una muestra de que el análisis empírico puede dar aportes importantes para solucionar los debates en filosofía”. (Doris et al. 2005: 206)

medida, tratam de identificar, compreender e explicar os processos cognitivos superiores relacionados com sua produção²⁰⁶.

De acordo com o modelo ‘intuicionista social’ de Jonathan Haidt²⁰⁷, as capacidades emocionais envolvem afetos e intuições que fazem quase todo o trabalho na geração dos juízos morais (Haidt, 2001: 817; 2006). A razão, por outro lado, é relegada ao papel de advogado ou de agente de relações públicas, cujo trabalho é

²⁰⁶ Recorde-se que Joshua Greene e colaboradores (2001), empregando a técnica de ressonância magnética funcional (fMRI) para observar câmbios no funcionamento cerebral dos participantes enquanto eles realizavam juízos acerca de como devem comportar-se as pessoas quando se enfrentam a diferentes tipos dilemas morais, também propuseram uma explicação do juízo moral que mostra o papel primordial que desempenha neste a emoção, sendo que, em determinados casos, a explicação dada por estes autores concede igualmente à razão um papel importante. Neste particular, Prinz (2006: 30 ss.) faz um comentário à proposta de Greene *et al.* que parece oportuno e importante ter em conta: sustenta que as emoções co-ocorrem com juízos morais. Quando julgamos que uma regra moral foi violada, afirma Prinz, normalmente temos uma resposta emocional negativa. O que sucede neste caso é que as estruturas emocionais do cérebro estão ativas quando a gente faz juízos morais (Greene e Haidt, 2002). O que há demonstrado a neurociência é que um scanner do cérebro simplesmente acrescenta suporte empírico a uma intuição pré-teórica segundo a qual as emoções surgem quando respondemos a um amplo rango de eventos moralmente significativos, incluindo o insulto, a injustiça e o desacato às leis (Greene *et al.* 2001; Kaplan, Freedman y Iacoboni, 2007). O que não pode estabelecer a neurociência é o papel específico que jogam as emoções: são as emoções meros efeitos dos juízos morais? Estão intimamente relacionados? Estas são perguntas que, ao parecer, não se podem responder desde a neurociência. Registre-se que um grupo de cientistas – valendo-se, entre outras coisas, dos cenários hipotéticos desenvolvidos por Greene e colaboradores — exploraram a natureza dos juízos morais em seis indivíduos com dano bilateral no córtex pré-frontal ventromedial (DBCPV) (Koenigs *et al.*, 2007), uma área que é reconhecida por seu papel transcendental na relação entre as emoções e a tomada de decisões (Bechara *et al.*, 1997). Descobriram que os sujeitos com DBCPV estavam mais dispostas a apoiar violações emocionalmente impactantes que maximizavam o valor agregado (por exemplo, lançar a um homem de uma ponte para salvar a cinco pessoas), o qual dá como resultado juízos altamente consequencialistas ou, melhor, utilitaristas. Agora bem, não há nenhuma diferença entre os sujeitos com DBCPV e as pessoas normais em cenários não morais ou ‘impessoais’, o que mostra que muitos aspectos de seus sistemas de tomada de decisões permanecem intactos. Este e outras análises sugerem que o efeito que tem sobre os juízos morais o DBCPV joga um papel específico no processo das emoções e um papel específico em cenários nos quais não há umas normas explícitas a partir das quais julgar, quer dizer, em cenários que apresentam dilemas (ou dificuldades) morais (como o caso das situações ‘pessoais’). Em resumo, eles se valem destes casos experimentais para provar que a emoção joga um papel importante no processo mediante o qual se produz um juízo moral, ainda que não necessariamente em juízos amorais.

²⁰⁷ Há vários tipos de intuicionismo, sendo que o exposto antes é o clássico defendido por Prichard e Ross, isto é, aquele que se enfrenta diretamente com as teses dos emotivistas. O que defende Haidt é muito diferente ao clássico, já que o intuicionismo que ele defende aceita teses que provém do emotivismo. A respeito disse Haidt: “*Intuitionist approaches in moral psychology [...] say that moral intuitions (including moral emotions) come first and directly cause moral judgments (Haidt, 2003; Kagan, 1984; Shweder & Haidt, 1993; J. Q. Wilson, 1993). Moral intuition is a kind of cognition, but it is not a kind of reasoning*” (Haidt, 2001: 814).

oferecer ao auditório justificações dos juízos depois de que hajam sido expressados. E uma vez que no modelo de Haidt é o afeto o principal gerador do juízo moral, costuma-se denominar a este modelo de “humeano”, já que – como dissemos antes – Hume é conhecido como o filósofo clássico que sustenta que o juízo moral é produto das paixões.

Nesse sentido, para Haidt, é o afeto e não a razão o causante primeiro do juízo moral: o primeiro passo no processo que leva ao juízo moral é a percepção de um evento moralmente relevante. Logo, as ‘intuições morais’ rápida e espontaneamente aparecem na consciência em resposta à situação moral percebida. Normalmente a pessoa que experimenta estas intuições carece de toda consciência, isto é, não chega a elas através de um processo de raciocínio. Pelo contrário, Haidt caracteriza estas intuições (que ele sustenta que são determinantes fundamentais dos juízos morais) como reações afetivas - por exemplo, súbitas sensações de repugnância ou cólera. Em geral, o processo inteiro culmina uma vez que a intuição produz um juízo. Sem embargo, quando as circunstâncias exigem que a pessoa dê razões a favor de seu juízo, ela se vale do raciocínio consciente para dar uma justificação. Este processo de raciocínio posterior usualmente serve como apoio da intuição afetiva, ainda que em ocasiões anule o juízo afetivo inicial e inclusive possa afetar o sistema responsável das intuições afetivas. Em apoio a seu modelo, Haidt oferece uma larga série de provas empíricas. (Haidt, 2001; 2006)

Pese aos descobrimentos de Haidt e Greene, muitos rechaçam a idéia de que se dê um papel secundário aos processos racionais no que se refere à motivação dos juízos morais. Marc Hauser (2006) argüiu que a resposta emocional não pode ser o meio principal pelo qual produzimos nossos juízos morais. Sua proposta é a de que possuímos uma capacidade inata (de caráter racional), tácita para os juízos morais que é, em muitos sentidos, paralela à capacidade que temos para a linguagem.

Hauser sustenta que estamos dotados com uma *gramática moral* inata, parecida à gramática universal lingüística postulada por Noam Chomsky²⁰⁸. Ao igual que no

²⁰⁸ Como recordam Cela-Conde e Ayala (2007:366): “*Marc Hauser has proposed that humans are born with a sort of moral “organ” ou moral “grammar”. Hauser does not believe, of course, that we are born with specific moral rules. Moral norms differ from one culture to another and evolve from one time to another, even within a given society. Rather, Hauser draws an analogy with Chomsky’s theory that humans possess a kind of language organ that contains a universal grammar, i.e. a kind of innate universal grammar. This grammar consists of universal syntactic rules that underlie the syntax of any specific language. Hauser analogously claims that we have an innate universal moral grammar, which underlies all*

desenvolvimento da linguagem, esta gramática moral inata provê informação com respeito aos principais “princípios comuns” a todos os sistemas morais²⁰⁹. Esta informação permite que as crianças usem os sinais de seu meio ambiente para extrair e interiorizar as regras morais específicas presentes em qualquer cultura em que elas tenham nascido. Isto sucede inclusive quando estão diante de estímulos muito pobres. Ademais, como na faculdade da linguagem, a faculdade moral inata opera inconsciente, rápida e automaticamente.

A proposta de Hauser está inspirada em uma passagem de *A Theory of Justice* (1971), na qual John Rawls sugere o uso da analogia da linguagem para a moralidade (Rawls 1971: 46). Hauser propõe que somos ‘criaturas rawlsianas’. O modelo rawlsiano do juízo moral de Hauser 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 de Haidt, os juízos morais estão baseados primariamente na intuição, ainda que, contrário a Haidt, Hauser negue que estas intuições sejam de tipo afetivo.

codes of morality but allows variation among them, just as there is syntax variation among different languages”. Note-se que em algumas passagens de *Teoria da justiça*, Rawls adverte sobre esta idéia, seguramente animado pelos exemplos incandescentes de Chomsky. Nossa “habilidad para reconocer oraciones bien formadas” requer “construcciones teóricas que exceden con creces nuestro saber gramatical explícito” – assinala Rawls – e “es lícito suponer que en la filosofía moral se produce una situación similar” (Rawls, 1979: 46-47). Para uma crítica da proposta acerca da existência de uma gramática moral universal que subjaz a nossa competência moral, cf. Appiah, 2010.

²⁰⁹ Ao parecer, na tradição analítica se pode encontrar uma teoria acorde com esta proposta de Hauser, como a de Hare. Ao respeito se pode ler a seguinte passagem: “[...] *podríamos estar de acuerdo en que existe una disposición innata a pensar moralmente - una disposición que no determina el contenido de la moralidad de una persona, pero sí, al menos, parte de su forma. Esto cuadraría con la tesis de Chomsky de que existen unos ‘universales’ (así se llaman) del lenguaje que están determinados genéticamente y que son comunes a todas las culturas*” (Hare 1965: 35). De acordo com esta sugestão, existe uma estrutura comum da linguagem moral, com sua gramática e sua lógica, que todos estamos geneticamente predispostos a aprender e que, por conseguinte, aprendemos mais facilmente que se não tivéssemos essa predisposição genética. Esta tese, afirma Hare (1999:96), é consistente “*con mi propia tesis, pero no voy a opinar sobre si está en lo cierto o no; pues eso es algo que debe ser determinado por medio de la investigación empírica*”.

Hauser se vale dos casos do ‘problema do trem’ desenvolvidos por Mikhail para justificar sua proposta (Mikhail, 2000; Mikhail *et al.*, 2002). Recorde-se que Greene descobriu que os centros emocionais do cérebro se ativam durante a contemplação/solução dos dilemas tipo *footbridge*, que é a variante do problema do trem. Greene lançou a hipótese de que este incremento na reação emocional é responsável de nosso juízo de que empurrar ao homem não é permitido. Mikhail e Hauser, por sua parte, lançam a hipótese de que nossa gramática moral inata codifica uma regra segundo a qual usar a alguém somente como um meio para um fim é incorreto. Assim, empurrar ao homem da ponte não está permitido porque se usa incorretamente ao homem como um simples meio, enquanto que oprimir o interruptor, no caso standard do trem, está permitido porque a morte da pessoa que está no outro carril é um mero efeito colateral do ato intencional.

Esta é uma amostra de um dos problemas mais espinhosos com os que se enfrenta a filosofia e a psicologia moral: como interpretar os experimentos levados a cabo pela ciência? Que fazer à vista dessas evidências? E no caso particular do direito: Qual pode ser a relação existente entre os resultados da investigação neurocientífica sobre a cognição moral e o processo de interpretação do direito e de tomada de decisões judicial? Têm os juízos levados a cabo pelos juízes 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 juízes atuam como criaturas humeana, kantiana ou rawlsiana?

Embora muitas destas questões ainda permaneçam sem resposta, o anterior nos permite dizer que alguns autores, inspirados na proposta humeana, tratam de mostrar que são as emoções a causa primeira do processo mediante o qual se expressa um juízo moral (p.e., Haidt, 2001; Greene *et al.*, 2001; Greene *et al.*, 2004; Prinz 2006); enquanto outros, inspirados na proposta kantiana, intentam mostrar que são princípios racionais os que estão na base de tal processo (p.e., Mikhail, 2007; Hauser, 2006)²¹⁰. Claro está que estes investigadores aceitam que tanto as emoções como os princípios

²¹⁰ Note-se que Hauser, apesar de dar uma evidente preponderância aos princípios racionais, trabalha em conjunto com Damasio em uma investigação na qual apresentaram alguns avanços com relação ao papel central que jogam as emoções na produção dos juízos morais (Koenig *et al.*, 2007). De fato, Hauser pensa que seu modelo é compatível com modelos emotivistas como os de Jesse Prinz e Ron Mallon (cf. Sinnott-Armstrong, 2008).

racionais jogam um papel central em tal processo²¹¹. A disputa entre eles se inicia porque uns tentam mostrar que (ainda que os dois joguem um papel central) as emoções são a causa primeira de tal processo, enquanto que outros, em contraposição, tentam mostrar que são os princípios racionais.

Mas ainda que se mantenha, de uma maneira geral, a discussão em termos similares aos modernos (pois a pergunta pela causa primeira dos juízos morais continua a formular-se de forma tal que exige uma resposta excludente, quer dizer, parece exigir que os investigadores respondam desde uma visão *humeana* ou desde uma visão *kantiana*), de acordo com as provas atuais, parece razoável inferir que há determinadas ocasiões em que prevalece a emoção e outras em que prevalece o processo racional como motivador do juízo moral – isto é, de que o juízo moral é produto tanto das emoções como da razão (de que as decisões racionais provêm das emoções e as emoções, por sua vez, dos sentidos do corpo). Seja como for, o certo é que não há ainda uma prova contundente de que um ou outro seja a causa primordial e única do juízo moral. E dado que não há dita prova, cada uma das partes se afana por encontrar uma explicação empírica, seguida de uma justificação, que mostre claramente que é a sua posição a que vai pelo caminho adequado²¹².

Particularmente com relação ao direito, há que recordar que as teorias atuais acerca da compreensão, interpretação e aplicação jurídica, quer dizer, dos juízos éticos normativos levados a cabo pelos operadores jurídicos, se movem em um espaço intermédio que transita desde um “ultra-racionalismo” de Ronald Dworkin – cujo juiz Hércules faz gala de uma invejável confiança na capacidade de sua razão – até um

²¹¹ É que embora as emoções representem um papel fundamental no processo de realização do direito, o juízo ético-jurídico não é completamente emocional e que as emoções com frequência dependem da razão. Por exemplo, emoções como a simpatia ou a justa ira são, com certa frequência, muito inteligentes se baseiam em uma profunda compreensão do mundo. Ademais, uma teoria fundada puramente na emoção não pode explicar um dos aspectos mais interessantes e significativos da natureza humana: a existência do progresso moral. Para explicar novas intuições morais – como a escravidão é má – os seres humanos tiveram que exercitar sua capacidade de raciocínio moral.

²¹² Estes casos mostram, por um lado, que não é adequada a leitura que propõem investigadores como Prinz (2006) ou Stich *et al.* (Doris *et al.*, 2006), entanto que mantém uma perspectiva tradicional, pois exigem uma resposta à causa dos juízos morais *excludentes*: uma que não admite os princípios racionais junto com as emoções como causantes primordiais do juízo moral. No caso de Prinz, ele sustenta que as emoções são condições necessárias e suficientes dos juízos morais; Stich, por sua parte, apresenta o debate em psicologia moral como um entre emotivistas e racionalistas. Os dois casos antes expostos (os de Haidt e Hauser) evidenciam o interesse genuíno que os investigadores têm em responder à pergunta pelo processo a partir do qual se leva a cabo um juízo moral, deixando em um segundo plano a defesa por qualquer das correntes da tradição.

“irracionalismo” de Ross, que consiste no fato de que as decisões jurídicas, igual que sucederia com qualquer outro gênero de decisão, dependem da *vontade* do sujeito das mesmas (neste caso, o juiz) ao menos tanto como de sua razão –, passando pelo já mencionado “indeterminismo” sobretudo de Hans Kelsen e Herbert Hart.

Mas 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 em 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.

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 as tomam primatas humanos, indivíduos que estão eles mesmos envolvidos - direta ou indiretamente, quando menos ideologicamente – em tais condutas. De fato, uma decisão não costuma resultar mais racional que a vontade, as emoções e o conhecimento de quem a produz. No caso do direito, os atores principais 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 entorno e da mentalidade comum²¹³.

²¹³ Sobre os fatores que influem, limitam, configuram e distorcem a maneira como percebemos o mundo, pensamos e atuamos, cf. Csikszentmihalyi, 2008; já sobre as limitações do cérebro evolucionado, responsáveis por gerar as principais predisposições e fraquezas do ser humano, cf. Linden (2010: 16-41): “*El cerebro no há sido diseñado de manera elegante ni mucho menos: es un revoltijo improvisado e incomprensible que, sorprendentemente y pese a sus cortocircuitos, logra realizar una serie muy impresionante de funciones – o sea, que funciona sorprendentemente bien. Pero si bien la función general es impresionante, no cabe decir lo mismo de su diseño. Y lo que es más importante, el extravagante, ineficaz y singular plano de construcción del cerebro y sus partes constitutivas es fundamental para nuestra experiencia humana. La textura particular de nuestros sentimientos, percepciones y actos se deriva en una amplia medida del hecho de que el cerebro no sea una máquina optimizada que 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*

Por isso está 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 juristas são “humanos”. E não poucas vezes – se pode agregar- até *demasiado humanos...*²¹⁴

Vejamos por parte.

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”. Particularmente 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 predizer, 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.No mesmo sentido, Marcus, 2010; Chabris e Simmons, 2010.

²¹⁴ “ *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: 240).

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

Como vimos, três dos diversos modelos propostos para explicar as relações entre emoção/raciocínio 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. Não obstante, os transtornos de conduta apresentados por pacientes com lesões cerebrais têm mostrado as limitações da capacidade de raciocínio na regulação dos juízos morais.

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 juízes²¹⁵, 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. Este modelo, contudo, parece não dar conta dos transtornos dos sujeitos psicopatas, quem, pese a carecer de emoções morais e violar de maneira reiterada normas morais elementares, preservam a capacidade de realizar juízos morais. Daí que se há postulado que as emoções não

²¹⁵ 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 el imaginario de nuestra cultura-”.

interviriam na geração dos juízos morais, e sim em modular a conduta da maneira de atuar em concordância com o juízo moral.

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. 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.

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 o “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 esenciales para la consciencia*” - 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. Sem embargo, 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.

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 não são 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 não merecem 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: 974).

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, etc. 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 os móveis racistas) não atenuam, e sim agravam a responsabilidade. Qual é o fundamento destas circunstâncias modificadoras da responsabilidade? Porque as emoções as vezes atenuam e as 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; sem embargo, parece haver menos diferenças das esperadas enquanto à fiabilidade das lembranças de um ou outro tipo de testemunhas)²¹⁶. 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 (2001:99), 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 sociais²¹⁷. Por outro lado, algumas emoções podem servir de explicação (ou parte da mesma) de certas normas jurídicas. Nas palavras de Martha Nussbaum (2006:20): “*cualquier buena explicación de por qué los delitos contra las personas y la propiedad están sujetos universalmente a reglamentación legal*

²¹⁶ Cf. García Bajos e Migueles, 1999: 91-102. 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.

²¹⁷ Esta questão, ademais, esta relacionada com a legitimidade das penas que tem como finalidade causar vergonha; cf. Pérez Triviño, 2001.

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, 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 Martha Nussbaum 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"*» (Nussbaum, 1995:113). Em definitivo, como podemos entender e valorar as emoções do sujeito processado se não nos perguntamos quais poderia haver sido nossas emoções em sua situação?²¹⁸

²¹⁸ 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

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 direito²¹⁹, começando com a distinção entre as

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 passo 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 “neuro” 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 levada a cabo 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.

²¹⁹ Segundo Martínez Zorrilla (2008: 34), 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*”. Note-se que no âmbito do direito não há nenhum autor que afirme a possibilidade de que surjam dilemas morais sem que exista ao mesmo tempo um conflito normativo, ainda que sim há autores que tratam ambos conceitos como sinônimos ou (a maioria) que consideram os dilemas como uma subcategoria específica dentro da categoria mais ampla dos conflitos morais. De qualquer modo, um aspecto destacável da discussão filosófica acerca dos conflitos morais é que o discurso se há centrado (em ocasiões de modo quase obsessivo) na *possibilidade* dos dilemas, formando assim dois “bandos”: o dos autores que negam toda possibilidade de que possam propor-se dilemas (sustentando que todas as situações de conflito são em último termo aparentes e que sempre há uma resposta para o caso), e o dos autores que afirmam a possibilidade real de sua aparição (por exemplo: como contrários à possibilidade dos dilemas, encontramos a Earl Conee, Terrance McConnell o Alan Donagan; e como autores partidários de sua possibilidade podem citar-se entre outros a Bernard Williams, Ruth B. Marcus, Philippa Foot o Walter Sinnott-Armstrong). Seja como for, a idéia dominante entre os filósofos e teóricos do direito é a de que para que uma situação de dilema moral resulte juridicamente relevante, o sistema jurídico deve de algum modo referir-se ou remeter-se ao discurso moral para a resolução do caso. De outro modo, o que se pode ter é, por exemplo, soluções divergentes para um mesmo caso segundo se analise este desde a perspectiva jurídica ou desde a perspectiva moral, ou pode ocorrer que uma situação seja moralmente dilemática, mas que o sistema jurídico ofereça uma resposta determinada e unívoca, em cujo caso, desde a perspectiva estritamente jurídica, o dilema moral seria irrelevante. De acordo com Martínez Zorrilla (2008: 24), “*una de las posibilidades existentes para que se dé esta conexión y un dilema pueda llegar a tener relevancia jurídica se plantea en aquellas normas jurídicas en las que para la solución del caso se hace una*

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 chave 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". Quero 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 textos, 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

remisión a la moral o se utilizan conceptos propios del discurso moral, que hacen necesario un razonamiento de carácter moral para hallar o establecer (para ser neutrales desde un punto de vista metaético) la solución del caso". Por outro lado, uma boa parte da doutrina (a qual, diga-se de passo, nos filiamos) admite que este vínculo entre o direito e os dilemas morais pode ocorrer em qualquer situação de indeterminação normativa, de conflitos entre princípios ou valores, assim como nos chamados casos difíceis e trágicos. Nestas situações, como o decisor goza de discricionariedade, pode acudir a um tipo de raciocínio ou juízo moral para tomar sua decisão e poderia ocorrer que, precisamente no âmbito da moral, se levantasse um dilema.

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 que nada e por encima 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, ideologias, experiências pessoais, memória 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.

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, 1985:28).

Sem embargo, 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-humeana- 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. 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.

7. As emoções e a racionalidade. Sobre a contribuição da emoção à “racionalidade” do juízo normativo

Tradicionalmente se entende a emoção como um fator de limitação à racionalidade, tendo a separação entre emoções e razão uma longa tradição na filosofia e nas ciências sociais. Em linha com isto, já vimos, a teoria econômica elaborou um modelo de comportamento racional que mantém de forma estrita a separação entre emoções e racionalidade. Tal modelo, conhecido como o modelo da eleição racional (ou mais comumente como o modelo do *homo oeconomicus*), não somente domina o enfoque standard na teoria econômica, senão que também se há estendido a outras disciplinas sociais, como as ciências jurídicas.

A idéia básica do enfoque standard é que os agentes são racionais no sentido de eleger os melhores meios para os fins que perseguem. Em termos jurídicos, o juiz racional, em cada situação de decisão, conhece as alternativas interpretativas disponíveis, conhece as consequências de cada interpretação e suas respectivas soluções ao caso concreto, e pode comparar as consequências (e, conseqüentemente, as alternativas de interpretação) de modo tal a gerar uma ordem de preferências sobre elas capaz de justificar um discurso jurídico correto e justo; finalmente, sua eleição é guiada pela regra de eleger a melhor alternativa (em termos de suas preferências). Em resumo, a noção de racionalidade envolvida é a noção de racionalidade instrumental (Hargreaves-Heap et al., 1992), e os agentes são racionais no sentido de ser otimizadores (por exemplo, Alexy, 1997).

Um dos supostos centrais da teoria da decisão jurídica racional é que o comportamento é volitivo e a razão, no melhor estilo platônico, serve como fator excludente, controlador ou limitador dos fenômenos emocionais/inconscientes no âmbito da tarefa interpretativo-decisória levada a cabo pelo operador do direito. Desta maneira, se há mantido separado o aspecto emocional da vida. Seus críticos não assinalado que a incapacidade de incorporar a influência das emoções, como um fator que socava a volição, afeta sua capacidade explicativa. Contudo, apesar desta postura, as teorias sobre interpretação e argumentação jurídica se encontram com uma dificuldade para entender a influência que as emoções, as intuições morais, as experiências pessoais, um afeto que é recordado e antecipado, assim como o estado de

ânimo do sujeito-intérprete, exercem no momento de tomar a decisão. (Schwartz, 2000)

Nesse sentido, os resultados da recente investigação neurofisiológica e neuropsicológica nos obrigam a reconsiderar os mecanismos decisórios e a ter em conta a participação das emoções nestes processos²²⁰. A amígdala, juntamente com outras áreas do córtex cerebral, atribui significado emocional aos estímulos ambientais (*avaliação*) e põe em marcha uma série de reações de caráter motor, autonômico, endócrino e do sistema nervoso central, que constituem a *expressão* emocional. Todos estes câmbios revertem, a sua vez sobre o cérebro, no que se conhece como a *experiência* das emoções e dos *sentimentos* (note-se, de passo, que as emoções são programas-ações enquanto que os sentimentos de emoções são percepções de estados emocionais; as emoções sempre precedem aos sentimentos dessas mesmas emoções).

Daí que o interesse da filosofia e da ciência do direito pelo rol das emoções no juízo normativo e nos processos de tomada de decisão tem crescido nos últimos anos, influenciado pelo aporte de estudos neurobiológicos sobre emoção e comportamento (Goodenough e Prehn, 2005). 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 ao comportamento, à natureza humana e à dimensão essencialmente humana da tarefa de elaborar, interpretar, justificar e aplicar o direito.

²²⁰ A experiência cotidiana indica que emoções podem influenciar as decisões que tomamos e que os resultados destas geram determinadas emoções nos agentes. Se há reportado, por exemplo, que ao momento de tomar uma decisão os indivíduos felizes tendem a sobreestimar a probabilidade dos resultados dos eventos positivos e a desestimar a probabilidade dos negativos, e que o contrário vale para o estado de ânimo triste. A literatura da tomada de decisões se há ocupado amplamente do fato de que os resultados de uma decisão podem afetar os sentimentos do agente. Particularmente, se há estudado como a antecipação do resultado e a memória podem influenciar as decisões individuais (Schacter, 2007). Nesse sentido, se há proposto que os indivíduos estão motivados para evitar a experiência de determinados sentimentos e tomam decisões para minimizar a probabilidade de experimentá-las (Loomes & Sudgen, 1982).

7.1. As hipóteses de Joseph LeDoux e de Antonio Damasio: as emoções como condição de possibilidade da ação racional a partir de concepções fisiológicas não reducionistas

Existe uma longa tradição de crítica à racionalidade das emoções. Nessa tradição, que persiste em grande medida na cultura atual, a emoção é vista como um impedimento ao pensamento racional (Damasio, 1994; Ben-Ze'ev, 2000), tendo sido em grande medida ignorada no âmbito das ciências cognitivas (LeDoux, 2000). Não admira, por isso, que tenha sido igualmente negligenciada pela filosofia jurídica e pela ciência do direito, em consequência da preocupação com a noção clássica de racionalidade como medida da capacidade de raciocínio e argumentação.

Os desenvolvimentos nas neurociências trouxeram, entretanto, um conhecimento acrescido acerca do papel abrangente da emoção em múltiplos processos cognitivos, como a formação de memórias, a aprendizagem, o raciocínio e a tomada de decisão (Damasio, 2000; Dolan, 2002). De fato, evidências crescentes revelam uma intrincada relação entre emoção e cognição em geral. Por exemplo, Gray *et al.* (2002) apresentam evidências experimentais indicando uma ampla e efetiva interação/integração entre processamento emocional e cognitivo, com perda de especialização funcional.

Apesar de – como vimos - Herbert Simon haver proposto a emoção como um elemento central para as decisões tomadas por indivíduos limitadamente capazes de lidar com as características e restrições do “mundo real”, só nos anos 90 essa idéia veio a ganhar expressão. E dois trabalhos em particular contribuíram para essa mudança: as investigações sobre os mecanismos do medo realizadas por Joseph LeDoux (1996; 2000) e, em especial, as investigações sobre a relação entre emoção e racionalidade, realizadas por Antonio Damasio (1994; 2000).

A obra de Joseph LeDoux sobre as bases biológicas da memória, aprendizagem e emoção (1993, 1994, 1996) é um bom exemplo do esclarecimento que pode proporcionar uma teoria fisiológica não reducionista das emoções. Segundo LeDoux, um aspecto chave da relação entre emoção e cognição é o papel que os fenômenos emocionais desempenham na aprendizagem e capacidade de adaptação dos organismos a ambientes dinâmicos. Esse papel não é, no entanto, estanque, abrangendo igualmente os aspectos de raciocínio e tomada de decisão.

LeDoux identifica o medo como uma emoção chave desses mecanismos adaptativos. A idéia base que LeDoux propõe é a existência de dois caminhos distintos envolvidos em uma resposta de medo, o que designa por *caminho superior* e por *caminho inferior*. Os estímulos emocionais são, assim, processados numa primeira etapa a nível do tálamo. Neste ponto, surgem dois caminhos distintos. Um caminho leva à amígdala (caminho inferior), permitindo uma resposta rápida aos estímulos a partir de um processamento rudimentar. Um outro caminho leva ao córtex sensorial (caminho superior), permitindo um processamento mais elaborado dos estímulos, mas originando uma resposta mais lenta.

Estes caminhos distintos são identificados por LeDoux como estando relacionados com respostas emocionais conscientes (caminho superior) e inconscientes (caminho inferior). Para além de controlarem a resposta direta do organismo a estímulos, estes caminhos estão também relacionados com as capacidades de adaptação e aprendizagem através da modulação emocional das memórias formadas. A amígdala, em particular, apresenta múltiplas ligações a diferentes regiões cerebrais, havendo evidências de estar relacionada com a formação de memórias emocionais de longo prazo, bem como com a experiência emocional que resulta da ativação dessas memórias.

Ademais, LeDoux, a partir de várias investigações, afirma que o comportamento é uma atitude sem consciência das razões, produzido por sistemas cerebrais de atividades inconscientes, uma vez que uma das principais tarefas da consciência é fazer da nossa vida uma história coerente, um auto-conceito, e o cérebro faz isso dando explicações para o comportamento com base em nossa auto-imagem, em lembranças do passado, em expectativas futuras, na situação social presente e no meio ambiente físico em que se produz o comportamento.

Sendo assim, grande parte da vida mental acontece fora dos limites da percepção consciente. O processamento de estímulos passa mais tarde a exercer influência significativa sobre o pensamento e o comportamento. Segundo LeDoux, a consciência só será entendida se compreendermos os processos inconscientes que a viabilizam - isto é, realça a importância de considerar as emoções de forma consistente e reveladora, uma vez que já restou demonstrado que a tomada de decisão não é, na maioria das vezes, racional.

Em resumo, para LeDoux a emoção e cognição são mais bem compreendidas como função mentais interativas, mas distintas, mediadas por sistemas cerebrais

interativos embora distintos. As emoções funcionam em algum espaço psíquico e neural, ao qual a consciência não tem livre acesso. As funções não-verbais primitivas da evolução do homem permanecem não conscientes e não verbais até se tornarem conscientes e verbais.

No caso de Damasio, cujo trabalho não é igualmente reducionista e pode associar-se sem inconvenientes a uma concepção intencional-avaliativa²²¹, as emoções não são concebidas como opostas a tomada de decisão racional, mas como ajudantes de esta. Damasio (1994), cujo trabalho consiste em mostrar que o funcionamento emocional está vinculado com centros particulares do cérebro, sustenta que a emoção contribui à racionalidade baseado no descobrimento de que os pacientes com lesão no córtex orbitofrontal (que chamaremos pacientes COF) apresentam um defeito na geração de emoções e na tomada de decisões, enquanto suas habilidades cognitivas permanecem intactas. Damasio apresenta outra via para reivindicar a contribuição das emoções à ação racional: a «hipótese do marcador somático» - a que nos referimos antes e segundo a qual determinadas imagens mentais são marcadas com uma representação somática, isto é, do estado fisiológico do corpo²²².

Sua intenção é mostrar o papel das emoções no processo de tomada de decisões e, portanto, na racionalidade da ação. Este autor há despertado grande interesse entre os filósofos pelas implicações de sua proposta, e suas opiniões são hoje o centro de atenção da discussão sobre o vínculo entre as emoções e a racionalidade²²³. Neste

²²¹ Cf. Nussbaum, 2006: 142.

²²² Os efeitos dos marcadores somáticos podem ser fisiológicos ou hipotéticos, “curto-circuitando” a expressão corporal através de um mecanismo “*como se*”, mas que manteria as mesmas características. Deste modo, o corpo desempenha um papel central nos processos emocionais, o que Damasio designa como “teatro das emoções” (Damasio, 1994). Outros aspectos centrais das conclusões de Damasio são a relação estreita entre emoção e regulação homeostática e a sua relação com a promoção da sobrevivência e manutenção da vida, assim como o fato das emoções serem inseparáveis dos estados de prazer ou dor, da idéia de bom ou de mau, de consequências favoráveis ou desfavoráveis e da recompensa ou punição por uma ação (Damasio, 2000; 2010).

²²³ Um dos trabalhos de Antonio Damasio que maior impacto teve resultou do estudo de indivíduos claramente racionais na forma como governavam as suas vidas até que, como resultado de danos neurológicos em regiões específicas do cérebro, perderam a capacidade de tomar decisões racionais e, simultaneamente, perderam a capacidade de processamento emocional normal. Apesar de terem mantido a capacidade de lidar com os aspectos pertinentes do mundo que os rodeia e, em particular, da sua capacidade de compreender e lidar com a lógica de um problema se manter intacta, muitas das suas decisões pessoais e sociais passaram a ser irracionais (Damasio, 1994). Estas observações sugerem que uma redução da emoção é, pelo menos, tão prejudicial para a racionalidade quanto a emoção excessiva. E mais: indicam que os processos de raciocínio e tomada de decisão humana são em grande medida suportados por processos emocionais (Damasio, 2000).

particular, Damasio parte da crítica à maneira clássica de entender a racionalidade: quando um agente se enfrenta a uma situação na qual há de tomar uma decisão acerca de como atuar, o cérebro reage criando rapidamente supostos de possíveis opções e seus correspondentes resultados. *«Para nuestra consciencia – afirma este autor -, los supuestos están formados por múltiples escenas imaginarias, no realmente como una película ininterrumpida, sino más bien como destellos pictóricos de imágenes clave de dichas escenas»* (Damasio, 2004:201). Portanto, ao começo do processo de raciocínio a mente do sujeito não está em branco. Como escolher entre as distintas opções que se nos representam de esta maneira?

De acordo com a concepção tradicional da racionalidade, a mente separa as distintas opções e as analisa em termos de custos e benefícios esperados. Agora bem, esta não é uma tarefa fácil: as alternativas podem ser muitas e, ainda que não sejam, cada uma delas pode ter custos ou benefícios distintos segundo o prazo que examinemos. Devemos, portanto, calculá-los em distintos cenários imaginários mais ou menos distantes no tempo. E muitas vezes devemos também comparar resultados de natureza distinta, traduzindo-os a valores comuns que possibilitem a comparação. Segundo Damasio, *«si dicha estrategia es la única de la que disponemos, la racionalidad [...] no funcionará. En el mejor de los casos, nuestra decisión tomará un tiempo excesivamente largo, mucho más de lo que sería aceptable si ese día hemos de hacer alguna otra cosa. En el peor de los casos, puede que incluso no acabemos tomando una decisión, porque nos habremos perdido en los desvíos de nuestro cálculo»* (Damasio, 2004: 203).

De forma que as coisas devem funcionar de outra maneira, ao menos quando tomamos decisões cotidianas que afetam, ou se aproximam a, nossa esfera pessoal. A chave, segundo Damasio, está em que quando a mente se enche das imagens que representam as distintas alternativas de ação e seus possíveis resultados, alguns deles se conectam com uma sensação desagradável e outros com uma agradável. Esta sensação é o que Damasio chama um «marcador somático». Os marcadores somáticos forçam a atenção sobre os resultados negativos ou positivos e podem fazer com que rechacemos a alternativa por esse curso de ação, com o que, na prática, o raciocínio opera com um número significativamente menor de alternativas.

Pois bem, os marcadores somáticos não são outra coisa que emoções. Nas palavras de Damasio (2004:205): *«Los marcadores somáticos son un caso especial de sentimientos generados a partir de emociones secundarias. Estas emociones y sentimientos han sido conectados, mediante aprendizaje, a resultados futuros predecibles de determinados supuestos. Cuando un marcador somático negativo se yuxtapone a un determinado resultado futuro, la combinación funciona como un timbre de alarma. En cambio, cuando lo que se superpone es un marcador somático positivo, se convierte en una guía de incentivo»*.

Posto que os marcadores somáticos são um tipo de emoções secundárias, dependem da educação e da aprendizagem (à diferença das emoções primárias, que consistiriam em conexões entre tipos de sucessos e sensações agradáveis ou desagradáveis que adquirimos através de nossa herança genética)²²⁴. Durante o processo de educação e socialização se criam, segundo Damasio, a maioria de marcadores somáticos que usamos na tomada racional de decisões, isto é, a maioria de conexões entre categorias de eventos e reações corporais que se experimentam como agradáveis ou desagradáveis. Trata-se de um processo que produz sua maior atividade durante a infância e a adolescência, mas que perdura durante toda a vida. São vários os agentes desta «educação emocional». Em primeiro lugar, aprendemos a conectar categorias de sucessos com sensações agradáveis ou desagradáveis ao experimentar os fatos e acontecimentos do mundo. Mas, em segundo lugar, resultam também fundamentais o castigo e a recompensa impartidos pelos pais e outras pessoas. Estes costumam reagir de acordo com as convenções sociais e convicções éticas da sociedade, pelo que neste processo de aprendizagem tem uma enorme relevância a cultura e as crenças e práticas morais da comunidade.

Damasio apóia sua hipótese (ainda que reconheça que não deixa de ser meramente uma hipótese que requer maior investigação) com evidência empírica. Por

²²⁴ Damasio classifica as emoções em duas classes gerais: emoções primárias, ativadas por estímulos externos, associadas a respostas fisiológicas como aceleração do ritmo cardíaco ou tremores; e emoções secundárias, relativas a recordações “emocionalmente carregadas” de eventos passados. Propõe que as emoções primárias estão relacionadas com a amígdala, enquanto as emoções secundárias estão baseadas no córtex pré-frontal, mas suportadas na amígdala. Existe assim uma segunda forma de ativação emocional, para além dos estímulos exteriores, que consiste na ativação de imagens de eventos passados. Segundo Damasio, as mesmas áreas que estão envolvidas no raciocínio e planeamento a longo prazo, são igualmente responsáveis pela capacidade de ter uma resposta emocional a determinados estímulos, indicando que emoção e raciocínio estão fortemente interligados.

um lado, mostra que certas zonas do cérebro encarregadas do raciocínio se ocupam também de processar as emoções e os sentimentos. Quer dizer, o «cérebro racional» e o «cérebro emocional» não estão neurologicamente separados, senão que existem muitas conexões entre eles (e o que Damasio sugere é que igualmente o estão, portanto, a «mente racional» e a «mente emocional»). Por outro lado, descreve o comportamento de vários pacientes com graves lesões em certas zonas do cérebro associadas às emoções. Tais pacientes não só exibem anomalias emocionais no seu comportamento, como também carências sérias em sua capacidade de tomar decisões. Por exemplo, um dos pacientes de Damasio, ao que em seu livro chama Elliot, era um homem de negócios com uma vida familiar satisfatória, até que lhe operaram de um tumor nas meninges. A partir de então Elliot pareceu perder sua capacidade para governar sua vida: realizou negócios desastrosos, se divorciou, se casou e se divorciou de novo, perdeu suas amizades, etc. Nas provas a que foi submetido, Elliot demonstrou um conhecimento normal da sociedade e uma plena capacidade de memória, uso da linguagem, atenção, raciocínio básico, etc. Sem embargo, apresentava uma redução de suas reações emocionais e, se tinha que tomar uma decisão (ainda que fosse trivial como marcar o dia para uma nova consulta), podia passar horas analisando os prós e os contras de cada alternativa, sem chegar nunca a decidir-se (ainda que logo aceitasse, sem mais, qualquer das soluções que se lhe propuseram).

Três últimas considerações: há que destacar que os marcadores somáticos ou emoções dos que fala Damasio não operam necessariamente diante de acontecimentos reais, senão especialmente diante de fatos imaginários, isto é, diante de fatos «como se» (dito de outra maneira, seu objeto intencional costuma ser virtual, não real). Esta característica é especialmente relevante para sua contribuição à eleição racional. Em segundo lugar, o que propõe Damasio não é uma substituição da razão pela emoção, senão uma colaboração entre elas. Uma vez que as emoções hão marcado as distintas alternativas, a razão opera de acordo com o modelo tradicional, ainda que o faça entre as alternativas que sobram, e que podem haver-se visto muito reduzidas. Em terceiro lugar, as emoções também contribuem ao processo gerando uma sensação de urgência, necessária para tomar a decisão a tempo.

7.2. A emoção na tomada de decisão

Elster (2000) sustenta que os economistas se não ocupado de estudar a relação entre emoção e comportamento enquanto que a psicologia²²⁵ se há interessado pela emoção mesma, suas causas últimas e próximas, à exceção dos estudos neurobiológicos. Como Lowenstein (1996), Elster considera que as emoções podem ajudar-nos a explicar aqueles comportamentos para os quais não há boas explicações. Nesta área, assinala que a questão mais relevante é como as emoções se pode combinar com outras motivações, como o auto-interesse, para produzir comportamento.

Elster assinala que os estudos neurobiológicos de emoções e comportamento econômico (Damasio, 1994; LeDoux, 1999) afirmam que a emoção melhora a tomada de decisões em dois aspectos. Primeiro, nos equipam para tomar uma decisão quando é preciso, mais que para tomar a decisão ótima. Segundo, estas podem ajudar-nos a tomar a melhor decisão em alguns casos. Em ambos os casos se assume que a decisão guiada pela razão e a emoção é melhor que aquela tomada, somente, segundo a deliberação racional. Elster não está de acordo com isto. Sua idéia básica é que a emoção resolve problemas, mas se trata de problemas que foram criados, em alguma medida, por esta. Portanto, a capacidade das emoções para suprir e aumentar a racionalidade não existiria se estas não a socavassem.

De maneira geral, Elster assinala que todas as posturas que afirmam que a emoção aumenta nossa capacidade de levar a cabo boas decisões, não por guiar-nos à melhor resposta senão por capacitar-nos para tomar uma decisão em circunstâncias de indeterminação, donde postergar a decisão não seria racional (LeDoux, 1996; Johnson-Laird and Oatley, 1992; de Sousa, 1987), cometem erros de interpretação e se equivocam em sua proposição. Afirmar que a emoção vem preencher o espaço que existe entre o comportamento reflexo e a ação perfeitamente racional, de modo que se converte em suplente da razão quando esta falha, implica a premissa implícita de que a racionalidade implica uma ‘adição à razão’. Trata-se de uma caracterização exagerada da razão, que a confunde com uma compulsão a tomar todas as decisões sobre a base de razões suficientes. Sem embargo, ser racional implica saber que, baixo certas condições, é melhor seguir uma regra mecânica de decisão que usar procedimentos

²²⁵Elster usa o termo psicologia no sentido amplo e inclui a neurobiologia.

mais complicados e com custos de oportunidade mais altos. Disto se segue que ser racional implica, também, aplicar regras mecânicas de decisão (por exemplo, se algo tem mau gosto há que cuspi-lo).

Se bem Elster não se ocupa diretamente de Damasio nesta crítica, em certo sentido, fica implicado. Pode-se dizer que, à diferença dos autores mencionados, Damasio considera que a emoção nos guia à melhor resposta porque promove resultados que se tomariam racionalmente (Damasio, 2006). Sem embargo, também afirma que o defeito na capacidade de tomada de decisões dos pacientes COF se apresenta como indecisão e posposição, e não somente como má decisão (Damasio, 1994). A idéia é que o mecanismo de emoção, também, permite não pospor a decisão quando fazê-lo é desvantajoso para o organismo.

Elster (2000, 2001) faz, ao menos, três críticas que podemos caracterizar como geral, principal e secundária. Em primeiro lugar, Damasio comete um erro ao opor os sentimentos viscerais ao cálculo hiperracional de custo-benefício. Estas não são as únicas duas opções de um agente que tem que decidir em uma situação de incerteza. Diante de problemas complexos de tomada de decisões, onde a racionalidade parece ser insuficiente, os agentes podem jogar uma moeda (regras de dedo). Sem embargo, como Elster mesmo reconhece, isto não invalida o fato de que em situações problemáticas muitas pessoas recorram aos sentimentos viscerais. Quando as pessoas se enfrentam a situações novas e não dispõem de uma regra de dedo, algumas pospõem sua decisão indefinidamente enquanto que outras tomam alguma decisão baseadas em alguma característica destacada.

Em relação com isto se apresenta a crítica que chamamos secundária. Esta objeção ataca o mecanismo pelo qual a emoção atua como marcador positivo (ressalta opções) ou negativo (elimina, sem esforço cognitivo, alternativas). Para Elster (2000), Damasio recorre ao processo regular de reforço sem usar o termo e o problema reside em que a caracterização que faz de este mecanismo não cumpre com os princípios da teoria do reforço ou, ao menos, os cumpre rudimentarmente e, deste modo, não pode explicar o rango de comportamento pretendido (Elster, 2001). Para que o reforço implique comportamento tem que ocorrer em um lapso breve posterior com relação ao comportamento em questão, tem que fazê-lo invariavelmente quando o comportamento é escolhido e o comportamento tem que ser um que se escolha freqüentemente. Para Elster os marcadores somáticos não cumprem com estes requisitos.

A objeção principal se dirige ao que Damasio pode postular ou não, em base a evidência. Elster encontra duas afirmações a respeito da relação entre o defeito de emoção e o de tomada de decisão. Uma débil, de correlação entre ambos os defeitos, e a qual considera plausível segundo a evidência. Outra forte, segundo a qual o defeito emocional pode ser causa do defeito decisório. Para Elster, esta última não é aceitável porque a evidência não permite descartar a possibilidade de que exista um mecanismo comum que cause ambos os defeitos (emoção e decisão).

A evidência que apresenta Damasio, segundo Elster, é a seguinte. Em primeiro lugar, conta com um suporte inferencial e de evidência empírica para o defeito emocional. Por um lado, infere que os pacientes COF tem um defeito emocional porque costumam comportar-se contra as normas sociais (que mostram conhecer). Elster assinala que tal inferência implica uma teoria determinada acerca do suporte das normas sociais. Trata-se da teoria do século XIX, segundo a qual as normas sociais são sustentadas pelas emoções dos agentes e dos observadores (vergonha, orgulho), e não pelas sanções materiais. Por outro lado, Damasio apresenta evidência fisiológica e comportamental direta. Os pacientes COF raramente mostram signos de emotividade. Estes podem falar de sua condição sem mostrar preocupação. Quando lhes apresentam fotografias perturbadoras e quando jogam o jogo de aposta de Iowa, apresentam respostas de condutância dérmica que diferem dos sujeitos normais.

Também, apresenta evidência comportamental direta acerca dos defeitos na tomada de decisões racional dos pacientes. Estes invertem muito tempo em tarefas triviais. A falta de emoções viscerais pode ser vantajosa em certas ocasiões (lhe permite não perder a calma se seu carro se desliza no gelo) e desvantajosa em outras (não pode decidir a data para uma próxima consulta médica e alguém tem que decidir por ele). Na tarefa de aposta, os pacientes COF tiveram um pior desempenho que os controles normais. A explicação oferecida assinala que estes pacientes não têm a capacidade de ser motivados por representações mentais de estados futuros. Estes pacientes podem gerar emoções quando perdem dinheiro (isto é medido em condutância dérmica), mas não pode gerar respostas antecipatórias no período imediatamente posterior à eleição de uma opção ou alternativa. De esta maneira, não podem aprender de seus erros e quando voltam a se enfrentar com uma opção ou alternativa que lhes gerou uma perda a voltam a escolher.

Para Elster, esta evidência lhe permite a Damasio argumentar plausivelmente que (i) a ausência de emoção causa (ii) um comportamento social defeituoso, e que a

(iii) inabilidade de ser motivado por representações de eventos ausentes causa (iv) uma tomada de decisões defeituosa. Sustentar que (i) e (iv) tem que ir juntos é uma afirmação plausível. Sem embargo, falta mostrar que (i) é a causa, ou uma causa, de (iv). O argumento de Damasio parece ser que (i) causa (iii). Os eventos futuros ganham significado emocional através dos marcadores somáticos ligados a sua representação. Sem embargo, nada nos dados exclui a hipótese contra-intuitiva de que o mesmo dano cerebral que induz a ausência de emoção cause a inabilidade de ser motivado por representações de eventos não presentes e, de esse modo, cause o defeito na tomada de decisões. Há correlação, mas não se pode afirmar que também existe causalidade. É mais, como assinalamos antes, Elster considera rudimentar o mecanismo causal proposto para ligar as emoções às decisões, isto é, não crê que se adéqüe ao rango de casos que pretende explicar²²⁶.

²²⁶ Em outras palavras, Elster (2002: 351 e seg.) se há mostrado um tanto crítico com as teorias que postulam que as emoções servem de guia a razão, sustentando não somente que a evidência apresentada por Damasio lhe permite estabelecer uma correlação entre o defeito de emoção e o defeito na tomada de decisões, mas não causalidade, senão que também o mecanismo proposto por Damasio para explicar a influência das emoções é rudimentar e não pode explicar o rango de ações pretendido. Assim: a) em primeiro lugar, estas teorias (neurobiológicas) costumam apresentar um modelo de racionalidade demasiado simples (e, ademais, caberia complementar, o tomam como se os modelos clássicos de racionalidade fossem intentos de descrever como raciocinamos, sem ter em conta que muitos deles só têm uma pretensão normativa: isto é, mostrar como seria a racionalidade perfeita, ainda que se reconheça que esta é impossível na prática). Elster assinala que muitas teorias da racionalidade aceitam que examinar todas as alternativas cada vez que se há de tomar uma decisão (o que chama «adição a razão») pode ser irracional. Os sujeitos racionais sabem que em ocasiões é melhor tomar as decisões de acordo com certas regras mecânicas. Em definitiva, «*no es que la emoción esté haciendo lo que la razón no puede hacer, sino que la emoción está haciendo lo que la razón también podría hacer, pero de modo distinto*»; b) é mais, diante da evidencia dos casos nos quais as emoções distorsem a capacidade de juízo, a idéia anterior pode completar-se com a possibilidade de que as emoções em realidade estejam solucionando os problemas que elas mesmas contribuem a criar: «*Las emociones solucionan problemas - disse Elster -, si bien son problemas que, hasta cierto punto, han sido creados por ellas mismas. La capacidad de las emociones para suplementar e incrementar la racionalidad no se daría si ésta, a su vez, no se viera socavada por aquéllas*»; c) mas o argumento mais forte de Elster contra as sugestões de Damasio é o seguinte: segundo Elster, o que Damasio há demonstrado é que os indivíduos com certos danos cerebrais costumam 1) ser emocionalmente planos e 2) a ter capacidades de decisão menoscabadas; o que não há demonstrado é que entre 1) e 2) haja alguma relação causal. Quer dizer, as observações de Damasio só apontariam a que certas zonas do cérebro regem tanto aspectos emocionais como de tomada de decisões, mas não demonstrariam a conexão causal entre estas duas coisas. Bem poderia ser que fossem efeitos de uma mesma causa, sem ter entre eles relação causal. Agora bem: este último argumento serve para recordar-nos que a proposta de Damasio é só uma hipótese, mas não para descartá-la. O que há no transfundo das considerações de Damasio é uma idéia admitida por muitos estudiosos das emoções: estas são mecanismos mais ou menos rígidos que, de uma ou outra forma, e para bem ou para mal, influem na tomada de decisões, «empurrando-nos» (às vezes, de maneira irresistível, mas não sempre) até certos cursos de ação, ou chamando-nos a atenção sobre sua

Seja como for, o certo é que os trabalhos de Damasio e LeDoux acerca do rol das emoções na tomada de decisões tem despertado o interesse da filosofia e da dogmática jurídica, acusadamente no que se refere à razão jurídica, que perde poder explicativo ao não poder incorporar a influência das emoções que, para bem ou para mal, maculam o processo de realização (interpretação e aplicação) prático-concreta do direito. De fato, quem ainda insiste em sustentar que as emoções caem fora do âmbito ou a categoria da razão jurídica olvida, deliberada ou inconscientemente, que a nova fronteira do conhecimento sobre as emoções está modificando toda nossa visão sobre a relação entre o pensamento e o mundo afetivo do ser humano. Neste particular, os estudos neurobiológicos sobre a emoção (muito menos reducionistas e muito mais compatíveis com concepções que destacam igualmente a intencionalidade e a racionalidade) mostram, de modo claro, a existência de uma relação estreita entre processamento emocional e cognitivo no cérebro, a qual não se restringe a simples mecanismos de interrupção, mas antes tem uma abrangência global, nomeadamente em termos de raciocínio e tomada de decisão.

Esta idéia, contudo, parece estar em permanente conflito com o enfoque das teorias contemporâneas da interpretação e argumentação jurídica, cujos modelos têm sido em grande medida determinados pela visão clássica de racionalidade que discutimos antes. Mas o que as mais recentes investigações empíricas nos dizem é que esta imagem não descreve a forma como realmente opera a nossa razão, sugerindo que a devemos deixar cair, juntamente com alguns outros mitos, a deturpada idéia que ainda mantemos acerca do que é a racionalidade humana e do que é ser racional. Depois de milhares de anos em que foram reprimidas e afastadas dos estudos sérios acerca da racionalidade, as emoções são hoje em dia consideradas por filósofos da mente, psicólogos e neurocientistas como "vitais para a ação inteligente".

conveniência ou inconveniência. Esta idéia de processos «mais ou menos rígidos» é fundamental para entender a possibilidade de controlá-las, limitá-las e educá-las.

8. O Direito Judicial, Direito humano

A prática do direito necessita de dois pontos de referência: a norma e um ser humano ao que imputar as consequências previstas naquela. Esta imputação é realizada em caso de discórdia por outro ser humano de intermediação: o juiz. A intermediação humana é imprescindível – ao menos até agora – na vida do direito, posto que as leis são troços de papel (ou textos lingüísticos se se prefere) que necessitam de um impulsor exterior para serem operativas. Em um passado remoto tal impulso provinha em ocasiões diretamente da mão de Deus (ordalías, duelo) e também é imaginável um impulso automático, mecanicista, que em alguns âmbitos será realizado facilmente, e a não tardar, por computadores.

Mas de momento a tarefa de intermediação judicial está encomendada a seres humanos individuais ou em atuação colegiada. Por isso pode afirmar-se com ênfase que o Direito Judicial é um direito humano que descansa na pessoa do juiz que obra de intermediário entre a norma jurídica e a realidade concreta e, que, como resultado da conexão destes dois elementos, mediada por uma atividade neuronal interpretativa, produz um ato jurídico novo – a decisão – de que é autor individualizado, ainda que formalmente se atribua a um órgão do Poder Judicial.

Estas circunstâncias magnificam a relevância da pessoa singular de cada juiz, que sempre é subjetivamente distinta, individual e única, surgida gradualmente como resultado da interação entre as experiências interpessoais, o meio em que se desenvolve e a estrutura e função de um cérebro essencialmente plástico - e, por isso mesmo, imprevisível no que se refere à forma como cada cérebro constrói a realidade em que vive.

8.1. Sentimento e cognição

A estas alturas do trabalho já sabemos que - independentemente dos descarnados interesses - na decisão intervêm dois componentes básicos: um de natureza irracional (intuições, sentimentos, paixões, etc.) e outro de natureza jurídico-racional (expressada na técnica jurídica). E também conhecemos as duas tendências polares que se hão formado para explicar sua operacionalidade: em um extremo se encontra a tese da influência exclusiva do raciocínio jurídico, que não deixa vazio algum aos sentimentos; e em o outro, a tese do predomínio absoluto da intuição que só acode a técnica jurídica para justificar *a posteriori* a decisão previamente tomada.

O radicalismo destas posturas delata, não obstante, seu caráter rudimentar e reducionista e explica a teorização de soluções intermédias que analisam com maiores matizações a interconexão destes dois elementos. Por exemplo, a Bihler (1979) se deve não somente a interpretação mais audaz do sentimento jurídico (em sua teoria da “identificação”) senão ademais uma versão convincente de suas relações com o raciocínio jurídico, que examina desde uma perspectiva seqüencial e que, de forma bastante objetiva, se resume à continuação em termos deliberadamente simples.

Conforme a este modelo, o processo decisório se desenvolve de ordinário em várias fases. Na primeira delas pode aparecer a intuição ou o sentimento jurídico; e se não aparece, o juiz toma sua decisão de acordo com um raciocínio técnico. Mas se aparece, o juiz toma, pelo contrário, sua decisão, guiado exclusivamente por dito sentimento. Agora bem, uma decisão provisional há de reelaborar-se seguidamente na segunda fase, na qual tem lugar um controle legal - consciente ou inconsciente - daquela, de tal maneira que, ao final, sentimento e raciocínio se contrapõem e se equilibram.

O juiz realiza aqui um controle do fato na primeira fase, posto que se a decisão há sido inicialmente intelectual, juridicamente confirmada, a contrasta com sua consciência e se esta não fala - ou se fala e está conforme -, a decisão prévia se converte em definitiva. Enquanto que se na primeira fase se há operado intuitivamente, agora o controle há de ser intelectual, racionalizando-se com a técnica jurídica; e se os resultados da subsunção coincidem com os da intuição, termina confirmando a decisão preliminar.

Para não falar que as dificuldades vêm nos supostos de discordância entre a decisão provisional e a definitiva, que pode resolver-se de distintas maneiras:

a) a mais desejável é a harmonização, buscando uma fórmula intermédia que supere a incompatibilidade inicial; objetivo que ordinariamente se alcança repassando o processo lógico-subsuntivo e revisando as premissas e os cânones hermenêuticos aplicados até dar com uma solução que já não repugne ao sentimento jurídico;

b) e se, apesar dos esforços anteriores, não se encontra tal solução harmônica, o juiz terá que tomar uma decisão pessoal responsável em um sentido ou em outro. Se prima o sentimento, então tratará de usar todos os mecanismos a seu alcance para racionalizá-lo juridicamente, com freqüência insatisfatoriamente e inclusive com fórmulas contra-lei; e se prima o raciocínio, padecerá sua consciência, que terá às vezes de tranquilizar aludindo de forma expressa ao rigor da lei que lhe impede adotar uma decisão «mais justa».

Em qualquer de suas variantes, o modelo seqüencial integra habilmente os dois elementos da decisão cuja eventual contraposição não costuma ser dramática na prática, bem seja porque com freqüência o sentimento não aparece nitidamente e de forma consciente, bem seja pela facilidade com que um juiz experimentado pode superar sua aparente incompatibilidade com o raciocínio técnico.

8.2. Impulsos pessoais e intuições morais

Os motivos se abocam em uma cadeia causal de eslabões praticamente indefinidos, já que cada causa é, a sua vez, efeito de outra causa anterior. O que significa que por prudência - e para ser operativos - há que cortar alguma vez esta cadeia sem remontar-se demasiado a dados remotos, já que isso suporia um afastamento excessivo da parte dispositiva (normativa).

O importante, contudo, é precatar-se da natureza psicológica destas causas porque, ainda que em sua maior parte procedam do exterior do procedimento judicial e sejam objetivamente alheias ao discurso jurídico, hão de ser internalizadas (consciente ou inconscientemente) para influir sobre a sentença. As complicações, sem embargo, não terminam aqui porque há também, independentemente das causas externas internalizadas, outras causas de origem interna, anímicas, que vão ser examinadas à

continuação e que são, de ordinário, as mais difíceis de identificar, dado que o juiz não as reflete na sentença, ainda que só seja porque na maior parte dos casos não tem consciência delas (não se acautela, por exemplo, de que costuma dar a razão aos arrendadores porque seu cônjuge é proprietário de imóveis arrendados ou de que costuma interpretar restritivamente as causas legais do aborto devido a sua rígida formação católica) e, quando a tem, a oculta intencional e cuidadosamente.

Em geral, os juízes não somente não toleram que se lhes imputem estas causas explicativas senão que reagem com indignação ante elas, negando-as em termos suspeitosamente apaixonados, como se se tratasse de uma agressão a sua honestidade profissional. Nas palavras de Wroblesky (1989: 131), «*explicar lo que hace el juez es tan importante como analizar lo que el juez dice que ha hecho*»; ou nas de Esser (1961:140), segundo o qual o juiz tende a «*ocultar la motivación real de su comportamiento, hasta tal punto que esos motivos, impulsos y objetivos primarios se niegan en buena conciencia y se rechazan con indignación ... (es fácil) camuflar profesionalmente la motivación (real) con motivos que se llaman jurídicos*».

Ao operador do direito lhe ajudam muito a psicologia, as ciências cognitivas e a neurociência, que são armas formidáveis para romper a couraça com que o juiz envolve suas verdadeiras motivações internas. Inclusive sem necessidade de conhecer essas disciplinas²²⁷ e nem tão pouco de haver-se aprofundado nos resultados das investigações recentes acerca dos processos de tomada de decisão, os operadores jurídicos sabem de sobra a que decisão chegará um determinado juiz entre as várias alternativas interpretativas possíveis, e que, depois de tudo, são vários os fatores e circunstâncias, pessoais e impessoais, que condicionarão sua decisão final. Circunstâncias e influências, por certo, muito difíceis de explicar à opinião pública quando ao mesmo tempo se dá oficialmente por indiscutível que para nada influem no temperamento individual de um magistrado. Os juízes levam na testa marcado seu destino, suas preferências, suas manias, etc., e, precisamente por levá-las na testa, são os únicos que não as vêem; mas os operadores do direito sem toga sabem de antemão quem vai estar temperamentalmente a favor ou em contra de seus interesses.

²²⁷ Como recorda Churchland (2006:321-322): “*Que yo sepa, en la neurociencia nadie piensa que para comprender el sistema nervoso sea necesario comprender primero todo acerca de las moléculas básicas y luego todo acerca de cada neurona y de cada sinapsis, continuando laboriosamente el ascenso por los distintos niveles de organización hasta que, por fin, se llegue al nivel superior: los procesos psicológicos [...] Tal caracterización no es, en realidad, sino una explicación espuria*”.

As influências e as manipulações psicológicas são inevitáveis, mas, pelo mesmo, não constituem em si mesmas razões para a desconfiança e, muito menos, para a desqualificação. Há que aceitar as coisas como são. O juiz tem que ser consciente de sua vulnerabilidade psicológica e de seus condicionamentos inatos e adquiridos porque, se sabe que é assim, tem mais possibilidades de superar tais dependências e de escapar aos caprichos de sua personalidade para poder afirmar suas decisões da forma mais racional possível.

A instituição do processo está desenhada para que o juiz tome a decisão por si mesmo e não como consequência de influências internas e/ou externas - como a pressão política, o medo, a venalidade... Quando resolve por si mesmo (que é o que aqui nos interessa) pode chegar à decisão, ou bem através de um tentado processo intelectual racional ou bem através de um impulso emocional, nos termos dos modelos antes explicado. Como os juízes crêem que o caminho correto é o primeiro, de ordinário afirmam que é o que seguem, ainda mais em se tratando de uma operação interna que, por sua própria natureza, faz impossível verificar se isto é certo. Mas não faltam casos nos quais os juízes confessam que sua decisão inicial está provocada por uma intuição, por um sentimento, uma emoção ou simples palpite (*Gefahl, Hunch*). Nas palavras de Cardozo (*Paradojas, II*): «*Preguntado un juez americano excelentemente reputado por su laboriosidad e imparcialidad sobre cómo llegaban él y sus colegas a la sentencia, contestó riendo que le apedrearían si se supiese que, después de valorar concienzudamente la prueba y de escuchar con atención las alegaciones de los abogados, tenía que esperar a sentir lo que era correcto.*»

A existência de uma alternativa ao raciocínio legal é, pois, inegável e já foi constatada com precisão em 1913 por Erich Jung (*Das Problem des natürlichen Rechts*) ao advertir que há dois caminhos para chegar ao direito concreto: o «deduzido» das normas objetivas e o «induzido» do sentimento jurídico. E também por Gény (1925: 135), para quem a equidade «*es una especie de instinto que, sin invocar el razonamiento ve por sí mismo perfectamente la solución mejor ... En cuanto sentimiento inconsciente y no razonado, la equidad no difiere esencialmente, por su naturaleza, de las revelaciones de la conciencia moral propiamente dicha ... La solución justa se alcanza por sentimiento intuitivo más que por razonamiento*». Na atualidade, a existência destes dois caminhos forma parte já do acervo jurídico comum e somente é negada (talvez da boca para fora) por quem rechaça o impulso ao entender que supõe uma traição as obrigações legais do julgador.

Desde nosso ponto de vista, afirmamos que as sentenças se ditam de ambas as formas, sem que naturalmente nos atrevamos a conjecturar proporções, já que não parece possível e/ou razoável pretender entrar no foro interno de cada juiz, nem cabe intentá-lo. De fato, os seres humanos (e muito especialmente os que exercem a função/dever institucional de julgar) se resistem a admitir que tomam decisões de acordo a processos inconscientes, sobretudo porque querem considerar-se racionais. Querem explicar tudo, pensar que dirigem conscientemente seu próprio destino e dos demais, que cada uma de suas decisões se baseiam em uma avaliação estritamente racional das normas, dos valores e dos fatos.

E o mais surpreendente é, ainda, a seriedade com que muitos juízes afirmam carecer de sentimentos ou intuições, assegurando que jamais lhes hão guiado no exame de um caso. Quase todos asseguram que unicamente se movem pela razão jurídica e que atuam como máquinas de pensar, considerando traição institucional o uso dos sentimentos, como se de algo nefando se tratara. Falando assim ignoram uma radical e bem conhecida formulação de Strindberg: *«piensas con tu estómago, tu garganta, tus impulsos sexuales, con tus piernas e intereses, con tus odios y simpatías; cuando estás deseando, crees estar pensando»*.

Estas máquinas de raciocinar - como boas máquinas que pretendem ser - nada (salvo memorizar e “raciocinar”) aprenderam na universidade e nada lhes há ensinado, ao parecer, seus anos de experiência. Não se precatam - ou não querem precatar-se - de que a um magistrado maduro lhe basta olhar um instante nos olhos de uma testemunha para saber se está declarando a verdade e que dificilmente lhe escapam os truques, as mentiras e as artimanhas dos litigantes. Com todos os riscos que o excesso de confiança leva consigo, não há que envergonhar-se de tais sentimentos; ao contrário, do que teria que envergonhar-se é dessa insensibilidade da que tantos pregoam, que por si mesma desqualifica a seriedade da tarefa institucional que levam a cabo. Porque para fazer um silogismo bastam as máquinas, que hoje subsumem muito melhor que os seres humanos; mas as máquinas não aprendem nada. É este o ideal de juiz que queremos?

A este propósito conta Recasens-Siches (1991) que a meados do século se levou a cabo uma pesquisa entre juízes de todo o mundo, aos que se pedia que expusessem de que modo funcionava sua mente ao administrar justiça. Pois bem, as respostas foram, ao parecer, surpreendentemente análogas, já que a imensa maioria dos pesquisados reconheceram que, ao cabo de algum tempo de meditações confusas, a

decisão surgia em um instante de súbita iluminação. Com a advertência de que nesse instante aparecia, *«no sólo la decisión sino también los hechos probados y jurídicamente calificados, a la vez que la consideración de los mismos a la luz de la norma jurídica pertinente. Es decir, lo que acaecía no era un proceso mental que empezase con la constatación de la norma pertinente, que fuese seguido después por la enunciación de los hechos y que terminase con la conclusión, con el fallo. Por el contrario, primero no había nada; después súbitamente lo había todo: el fallo integrado por tres dimensiones inseparables, cada una de ellas solidaria con las otras»*.(Siches, 1991: 73)

Esta iluminação súbita - que os realistas jurídicos norteamericanos qualificam de *hunch* - é para o autor espanhol *«una clara intuición intelectual en la que no hay componentes fortuitos, en la que no hay factores de azar, en la que no interviene ningún impulso ajeno a la razón ... Así, la sentencia constituye un acto mental indiviso, un todo conjunto con tres caras o tres lados. Pero cada uno de estos lados está recíprocamente ligado a los otros dos, de manera que ninguno de ellos tiene sentido por sí mismo separado de los otros»*.(Siches, 1991: 81)

Na atualidade, o emprego dos resultados das investigações levadas a cabo em outras áreas de conhecimento está facilitando muito o conhecimento das emoções e, conseqüentemente, dos sentimentos jurídicos. A neurociência nos obriga a reconhecer que os processos inconscientes (as emoções, as intuições, a memória, etc.) têm um impacto muito maior em nossas decisões do que nos gostaria admitir. Mas isto não deveria frustrar-nos nem assustar-nos, já que *“el inconsciente forma parte de cada uno de nosotros y hasta podría considerarse nuestra mismísima esencia”*. (Ansermet e Magistretti, 2006).

Daí que os juízes prudentes, e que tem confiança em si mesmo, não desmentem a emergência de sentimentos, intuições e palpites premonitórios; outra coisa é que se deixem levar por eles e, desde logo, que nunca os aludam em suas decisões, dado que - como já se há explicado com algum detalhe - as motivações/justificações das mesmas devem ser sempre jurídicas, racionais, objetivas, satisfatórias e não psicológicas.

8.3. Sentimento jurídico e sentimento de injustiça

Em 1932, Helena Antipoff escreveu que nosso sentido da justiça representa *“una manifestación moral innata e instintiva que, para desarrollarse realmente, no requiere experiencia preliminar ni socialización en contacto con otros niños. [...] Tenemos una percepción afectiva inclusiva, una “estructura” moral elemental que el niño parece poseer con gran facilidad y que le permite captar simultáneamente el mal y su causa, la inocencia y la culpa. Podemos decir que lo que tenemos aquí es una percepción afectiva de la justicia”* (Hauser, 2008: 349).

Pois bem, dentro do que em termos deliberadamente imprecisos podem denominar-se intuições ou sentido da justiça, merecem ser analisados conjuntamente o denominado sentimento jurídico e, muito particularmente, nosso igualmente inato sentimento de injustiça.

Desde sempre se há reconhecido a existência de um sentimento jurídico pessoal entendido como percepção individual e direta das obrigações e direitos que a cada um corresponde. E tanto é assim que quando a princípios do século XX se começou a traçar uma topografia fiável das funções cerebrais, os neurocientistas buscaram afanosamente o lugar onde este sentimento podia encontrar-se. Em 1924, Constantin Monakow entendeu havê-lo identificado - o que, por certo, as investigações atuais parecem confirmar - e o denominou de «órgão valorativo».

De fato, poucas idéias despertam tantas paixões, consomem tantas energias, provocam tantas controvérsias, e têm tanto impacto em tudo o que os seres humanos valoram como a idéia de justiça. Na mesma medida, que a busca pela realização de um “justo concreto” sempre provocou uma verdadeira e tormentosa “angustia existencial” é um fato do qual apenas cabe duvidar.

Que é a justiça e como realizá-la? Uma virtude das pessoas? A primeira das qualidades das instituições políticas e sociais? O meio entre dois extremos? A lei da classe dominante? O resultado de um procedimento equitativo? O que surge de um processo histórico no qual não se violam direitos fundamentais? Um ideal irracional? Estas e muitas outras respostas extremamente divergentes entre sí foram dadas por filósofos sérios ao largo de uma extensa história do pensamento dedicado a desvelar esta intuitiva – e igualmente intencional e significativa - concepção.

A preocupação dos filósofos se centra em analisar um conceito que é empregado em muitos tipos de discursos, articulando concepções que permitam justificar ou impugnar os juízos que se formulam nos argumentos que empregam e/ou manipulam o conceito em questão. Invoca-se a justiça nos jogos de crianças e de adultos; se apela a ela também em contextos religiosos e em quase todas as questões de nosso , por vezes repetitivo e enfadonho - cotidiano. Ademais disso, a justiça ocupa um lugar central no discurso moral e é absolutamente distintiva do atual discurso jurídico - em especial quando se trata de julgar o grau de valor com que uma determinada teoria pode ser posta em prática, e na qual cabe efetuar com ela câmbios para o bem dos homens.

Daí a necessidade de introduzir alguma precisão em um conceito tão vago, a cujo efeito os autores não começaram a diferenciar acepções ou variedades. Por exemplo, a primeira e já clássica de Erwin Riezler (*Das Rechtsgefühl*, 3.^a ed., 1969), quem distinguiu entre a) sentimento do que é direito, ou seja, capacidade de compreender e aplicar adequadamente o direito vigente; b) sentimento do que deve ser direito, quer dizer, tendência a identificar-se com um direito ideal, e c) sentimento de que há que respeitar o direito vigente. Desde uma perspectiva ligeiramente distinta, as variedades se formam também segundo o nível - abstrato ou concreto - em que operam. Pelo que se refere a segunda, há sido lapidariamente descrita por Lautman (“Rechtsgefühl und soziale Lage”, en *Das sogennante ...* , 289): «*Enjuiciamiento espontáneo de un conflicto con criterios de justicia.*»

A questão que mais preocupava inicialmente era a do caráter inato - geneticamente herdado - ou adquirido - por experiência individual ou social - de este sentimento. Na atualidade, como já demonstrado antes, já se não superado estes ingênuos propostos unilaterais: o ser humano está dotado de um instinto moral, uma faculdade da mente humana que guia nossos juízos acerca do justo e injusto, estabelecendo um abanico de sistemas morais/jurídicos suscetíveis de aprendizagem, cada um deles com um conjunto de marcas exclusivas ou compartilhadas. Hoje, já ninguém dá valor científico absoluto às generalizações induzidas de observações individuais. Os sentimentos de justiça do príncipe Segismundo ou de Kaspar Hauser (estudado diretamente este último nada menos que por Feuerbach) e demais indivíduos criados em isolamento total, não provam que todos os homens tenham nascido com iguais sentimentos. E da mesma maneira, o sentimento jurídico aprendido em uma cultura determinada não exclui uma herança inata prévia.

Da mesma forma, já vimos, se há algo que hoje têm claro os especialistas é o equivocado convencionalismo da tradicional separação entre corpo e alma, natureza e cultura. Já se há comprovado experimentalmente que o espírito depende das funções nervosas centrais até tal ponto que qualquer alteração destas transtorna completamente a personalidade do indivíduo. Estas questões individuais estão já em mãos da psicologia e da neurociência e são poucos os que ainda se atrevem a negar sua carta de natureza.

Com todos os matizes que se queiram, hoje se admite pacificamente que existe um patrimônio genético e neuronal herdado, mas que não é determinista porque o homem, dotado de uma assombrosa plasticidade neuronal, o vai alterando perceptivelmente ao ir se adaptando a seu entorno cultural. O ser humano vive num duplo processo de relação - cultural e natural - e ao longo deles vai escolhendo com aceitável liberdade as possibilidades que se lhe oferecem.

Estes processos já não são analisados e descritos inúmeras vezes. Um resumo apresentado por E. E. Hirsch (1982: 147) resultará perfeitamente esclarecedor sobre a que nos referimos: *“el hombre tiene en el cerebro intermedio un programa de comportamiento que es ciertamente innato pero que luego es internalizado como un mandato evidente que aparece como un deber incondicionado, es decir, que la «conciencia biológica» determina la conciencia ética. Ahora bien, a renglón seguido aparece un filtro normativo adquirido mediante aprendizaje como un espejo de las normas éticas sociales que se dan en el entorno social. En definitiva, pues, existe un programa biológico de instinto jurídico cuyo contenido es modificado y manipulado por el entorno”*.

Tal proposta que nos leva a outra mais moderna e sutil, que consiste em saber se do que se trata é de um sentimento individual ou mais bem social. Admitido o impulso que convencionalmente denominamos sentimento jurídico, a primeira dificuldade é a de determinar seu grau de personalização, quer dizer, a de saber se procede originalmente do indivíduo ou se, pelo contrário, não é senão a manifestação de um sentimento difuso de origem coletivo.

Aos psicólogos modernos não inspira demasiada confiança a «consciência individual», posto que somos animais sociais a quem é muito difícil saltar mais além da sombra da sociedade que nos inspira usos e ideologias. Entre a ortodoxia e a heterodoxia medeia uma linha de separação que oficialmente está muito clara. Dizer que «somos filhos de nossas obras» não passa de ser uma bela e estimulante frase

literária. A verdade é que somos filhos de um grupo social que nos há transmitido uns genes condicionantes e nos envolve num contexto vital igualmente condicionante. O de menos é determinar as proporções do inato e do adquirido. O essencial é que entre um e outro fica pouca margem para posições reducionistas tanto em um sentido como em outro.

Mas o que mais interessa por agora - considerando que se trata de um sentimento *jurídico* - é sua relação com o Direito positivo. O primeiro grande censor do sentimento jurídico, enquanto puro sentimento, foi nada menos que Ihering, quem negou rotundamente sua existência por entender que é um simples reflexo das leis imprecisamente conhecidas. Em sua opinião, primeiro são as leis e logo vem seu conhecimento e sentimento: cremos estar percebendo uma voz misteriosa do interior e o que deveras sucede é que estamos recordando um texto não memorizado. Em outras palavras, as leis conhecidas que não chegam a memorizar-se constituem um substrato confuso do qual emergem disfarçadas de mero sentimento. Mas o que é claro é que, sem este conhecimento prévio da lei, nada se «sentiria».

Nesta mesma linha, mas em termos mais modernos - que conectam o sentimento jurídico não já com leis determinadas senão com o conjunto do ordenamento jurídico -, escreveu Kriele (“*Rechtsge fuhl und Legitimitat der Rechtsordnung*”, em *Das sogennante ...*, 33) que «*si tenemos en cuenta que a lo largo de muchas generaciones se han ido recogiendo en el Derecho positivo, al menos aproximativamente, principios éticos y experiencias, cuando vemos en la historia del Derecho la historia de un progreso y cuando nos consideramos partícipes de un proceso evolutivo, entonces podemos entender el sentido del sentimiento jurídico. De este entendimiento forma parte la percepción de que el sentimiento desarrolla y precisa el contenido de justicia ya cristalizado en el Derecho positivo*».

Uma mirada atenta pode descobrir que as questões anteriores, aparentemente distintas e separadas, operam, em realidade, interconectadas: como estamos dotados de uma base moral inata – de uma capacidade inata para julgar as ações dos outros, isto é, certo sentido de justiça -, o sentimento «surge» espontaneamente, mas logo se vai «polindo», reformando pela reflexão ao se por em contacto com o contexto social (particularmente tratando-se de juristas, com o Direito positivo). Em definitiva, é um *instinto racionalizado*. Em todo sentimento jurídico se descobrem, portanto, estes dois elementos, cuja proporção é variável segundo os indivíduos, sua capacidade cognitiva, seu grau de emotividade e sua cultura. Isto é, ao menos, o que se pode dizer da cultura

jurídica ocidental, onde *se supõe* que os indivíduos estão identificados com seu ordenamento jurídico, do qual parece que não desejam afastar-se nem em seus comportamentos nem em seus sentimentos.

A desvinculação do sentimento jurídico respeito do direito positivo foi defendida brilhantemente por Bihler, quem, apoiando-se na psicanálise de Adler, há sustentado - como sabemos - que o sentimento jurídico não é nem mais nem menos que o resultado de uma *identificação* no sentido de que o julgador se coloca instintivamente na posição de uma das partes e desde esta percebe o conflito: o que significa inevitavelmente que o resolve a favor da parte com quem se há identificado. Em outras palavras - e muito sumariamente -, o juiz não se pronuncia a favor do arrendatário porque crê que o direito lhe ampara, senão que crê que o direito lhe ampara porque olha o conflito com os olhos do arrendatário com o que se há identificado. Nem que dizer tem, que a tese de Bihler há encontrado uma tremenda oposição, mas é inegável que - tecnicismos aparte - tem um formidável poder de convicção e uma potencial capacidade de vir a tornar-se, hoje, uma evidência empírica. Ainda que também seja verdade que a identificação não há de ser igual segundo se trate de um jurista ou de um leigo. O leigo se identifica facilmente com uma das partes e desde ela julga apaixonadamente, enquanto que o especialista, antes de pronunciarse, raciocina primeiro em direito. (Schleim et al., 2010)

A atitude dos juízes é ambivalente e esta parece ser uma situação universal, tal como há descrito Robert Weimar em “Rechtsgefühl und Ordnungsbedürfnis” (1969: 158 e ss.), onde constata a existência constante destas posturas contraditórias: por um lado, a rejeição jurisprudencial generalizada a aceitar a interferência do sentimento jurídico, enquanto que, por outro, não faltam testemunhos - que cita - de alusões a ele e de invocações de sua operatividade (certamente daqueles poucos juízes que questionam o poder decisório injustificado de que tem que fazer gala, muitas vezes em contra seus próprios pressentimentos e intuições)²²⁸.

²²⁸ Nesse sentido, por exemplo, Duncan 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 –

Assim como assim, o certo é que a expressão de sentimento jurídico evoca uma intuição precisa de soluções jurídicas nítidas concordantes às que oferece a lei. Mas também pode falar-se de um sentimento, certamente inequívoco, mas difuso, impossível de explicar ao carecer de pontos de referência, o de justiça - *Gerechtigkeitsgefühl, senso of justice* -, muito mais generalizado entre todos os homens, muito mais claro em sua manifestação e, desde logo, livre de toda contaminação legal, posto que são as próprias leis as primeiras vítimas de tal sentimento; e com a peculiaridade, ademais, de que quando emerge, produz inevitavelmente reações de desassossego e indignação.

Em palavras de Calamandrei (1989:175): “*el sentimiento de justicia mediante el cual, una vez conocidos los hechos, se siente de golpe de qué parte está la razón, es una virtud innata que no tiene nada que ver con la técnica del derecho; igual que en la música, en la que la inteligencia más grande no sirve para suplir la falta de oído*”. Já para Recasens-Siches (1996: 57), “*el sentimiento de la injusticia consiste en el hecho, dado de manera inmediata en nuestra conciencia, de reaccionar frente a una situación injusta. Se trata de un hecho dinámico y, a la vez, impregnado de un calor emocional de repudio e indignación... Acontece frecuentemente que es difícil obtener la intuición inmediata de la justicia, mejor dicho, de la solución justa para un determinado problema legislativo o judicial. Pero, en cambio, suelen ser hechos inmediatos en la conciencia las reacciones de ultraje, horror, repugnancia, resentimiento y cólera, contra aquellos actos en los cuales se siente o experimenta de un modo directo la presencia de la injusticia*”.

O curioso é que, dentro do sentimento jurídico a que nos referíamos antes, se manifesta com maior clareza o sentido do injusto que o do justo, não obstante o fato de que justiça e injustiça são inseparáveis, como já fez notar Ulpiano: *ars iusti ac iniusti*. Dito de outro modo, a injustiça é a sombra que projeta a realidade ao ser iluminada pelos raios da lei: a outra cara da justiça. E porque este sentimento parece

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”. (Kennedy, 2010: 36 e 54)

habitar no “fundo de nosso coração”²²⁹, conhecer o direito implica indagar, antes de tudo, como opera no âmbito da injustiça.

Ademais, diga-se de passo, sequer caberia objetar (séria e licitamente) contra este sentido de justiça ou sentimento de injustiça, com desmedido e míope entusiasmo, os argumentos e os discursos jurídicos que agora primam pelo mais insano e inconsistente relativismo e pluralismo jurídico. Tais discursos desprezam a evidência de que, por estar a nossa mente modelada através da seleção natural e com uma estrutura domínio-específico homogênea para todos os seres humanos, a alegada diversidade e/ou heterogeneidade de sentimentos, tanto no âmbito jurídico como cultural, não pode ser indefinida, senão *limitadamente* diversa no tempo e no espaço.

De acordo com a perspectiva adotada ao longo desta tese, estou convencida de que o melhor modo (sempre em termos comparativos e não superlativo) de formular o conteúdo substancial deste universal, intuição, instinto ou sentimento humano consiste em considerar a circunstância de que, na maioria das vezes, especialmente diante dos chamados “casos difíceis” e dos “casos trágicos” – e ainda mesmo na mais aparentemente “insignificante” das demandas –, a virtude, a integridade e a própria idéia de cidadania, são submetidas a juízo, e que, por essa razão, a verdadeira promoção da natureza humana (da promoção da constituição de uma individualidade livre, autônoma e separada) consiste em atuar a tarefa interpretativa de tal forma que as consequências por ela produzidas sejam sempre compatíveis com a maior possibilidade de evitar ou diminuir a miséria humana (Kaufmann,1999).

Trata-se, simplesmente, de impedir, na medida do factível, a *infelicidade* da maior quantidade possível de indivíduos. E a infelicidade, mais exatamente a aspiração de todo ser humano de não se ver exposto à infelicidade, pode ser universalizada. De fato, porque estamos desenhados pela seleção natural para dispor de uma mente equipada com módulos (redes neuronais) orientados para o atuar por *empatia* (altruísmo e cooperação) em relação ao sujeito que sofre (e não somente porque se tenha alguma relação com ele, nem tampouco porque se espera receber alguma recompensa em troca), o que para todos os homens significa infelicidade se pode

²²⁹ Note-se que para descrever estas sensações, sempre se empregam palavras de interioridade e de profundidade. Mas mais importante ainda é que não somente se dirige contra as condutas dos demais senão contra nós mesmos. Circunstância indiscutível que parece haver provocado um autêntico desdobramento da personalidade, criando uma “consciência interior”, mas a tal ponto separada de nós mesmos que podemos dialogar com ela. A “consciência” se dirige a nós com reproches e nós nos dirigimos a ela tentando tranquilizá-la com explicações e confabulações em forma de diálogos.

mencionar em concreto: enfermidade, padecimento físico, dores, pobreza, fome, carência de moradia , etc.(em resolução: se não sabemos como tornar as pessoas felizes, estamos, contudo, cognitivamente dotados da capacidade para poder remover o sofrimento e a desvantagem evitáveis).

Neste particular, e pelo que se refere à verificabilidade dos resultados obtidos mediante este critério, Kaufmann admite que resulta problemática, mas defende a possibilidade de uma falsação²³⁰ , desenvolvendo, a partir daí, sua teoria do utilitarismo negativo, que consiste essencialmente em substituir o princípio da “maior felicidade para o maior número” pelo da “menor infelicidade para o maior número”, uma vez que a felicidade e o prazer são multiformes e não universalizáveis, enquanto que as caras do sofrimento são também multiformes, mas universalizáveis (Kaufmann, 1994).

E se é certo que o cérebro humano é uma máquina de sobreviver, um produto da evolução que está desenhado para “não ser feliz” – porque a infelicidade é necessária para a sobrevivência ; e que o preço que pagamos por nossa liberdade de não estar predeterminados é o erro, a possibilidade de fazer-nos infeliz²³¹ -, esta idéia deve ser psicologicamente admitida com muita força porquanto estimula a expectativa de nossa mente para captá-la e armazená-la prioritariamente; isto é, o sofrimento, a miséria ou a infelicidade (própria ou alheia) é assumida com tanta facilidade porque, ao estar formada por aspectos marcadamente intuitivos, tem a propriedade de chamar profundamente a nossa atenção. A natureza humana fornece um padrão de comparação para identificar o sofrimento em qualquer membro da nossa espécie.

Dizendo de outro modo, porque a representação da miséria e do sofrimento humano traduz um conteúdo que encaixa em um domínio para o qual estamos dotados de mecanismos especializados, ela será percebida, transmitida e assimilada de um

²³⁰ A falsação joga um destacado papel na ciência, muito especialmente no direito. Não podemos dizer o que é verdadeiramente direito justo ou o que são bons costumes; somente podemos dizer o que é sem dúvida injusto e decididamente imoral. (Kaufmann, 1999)

²³¹ A conciliação entre a neurobiologia e os estudos acerca da realidade interna inconsciente, do inconsciente fundado sobre os mecanismos da plasticidade (e que não é exclusivamente um fenômeno de ordem psíquico, senão que também envolve ao corpo), possibilitou a descoberta de donde saca a gente a capacidade infinita para fazer-se não feliz, senão infeliz. As entranhas do inconsciente nos estão revelando, pela primeira vez, que a infelicidade, a equivocação, é o resultado de certa liberdade (que outorga os mecanismos da plasticidade neuronal que nos permitem liberar-nos do estrito determinismo genético) que não tem os chimpanzés ou os répteis: a infelicidade é o resultado do poder devastador das convicções próprias ou, dito em outras palavras, que somos mais infelizes porque somos mais livres (Ansermet e Magistretti, 2006).

modo intuitivo, prioritário e distinto das demais representações que não encaixam em um domínio específico (por exemplo: a felicidade, o abuso de poder, a inveja, o formalismo exacerbado, etc.). Tal como explica Zagrebelsky (2006:26), quiçá *“podemos afirmar que la justicia es una exigencia que postula una experiencia personal: la experiencia, justamente, de la injusticia o, mejor, de la aspiración a la justicia que nace de la experiencia de la injusticia y del dolor que de ella deriva. Si no disponemos de una fórmula de justicia que pueda poner a todos de acuerdo, es mucho más fácil convenir – a menos que se trate de conciencias desviadas – en la percepción de la injusticia contenida en la explotación, en la cosificación de los seres humanos por parte de otros seres humanos”*.

Nesse sentido, e seguindo a reflexão desenvolvida por Ilmar Tammelo (1978), parece seguro afirmar que o mais alto mandamento do sentimento de justiça consiste na supressão ou redução do máximo possível de miséria do maior número de indivíduos. É necessário, na tarefa interpretativa, que o operador jurídico situe-se intuitiva e idealmente no lugar do outro para reconhecer que cada um de nós não é mais que um ser entre outros, todos os quais têm desejos, crenças e necessidades que lhes importam, o mesmo que a nós nos importam nossas necessidades, crenças e desejos.

Em contra dessa premissa já se objetou que é muito reservada com respeito à generalização de conteúdos éticos e jurídicos. Isto não é certo, de maneira alguma: se a ética e, sobretudo, o direito se põe como tarefa liberar o mundo, na medida do exequível, da miséria, então este não só é um fim muito elevado, senão, e muito especialmente, de todo amigável com nossas intuições morais mais fortes. De fato, o atuar ético pressupõe que aquele que atua eticamente deve (como obrigação) tratar de produzir, reproduzir e desenvolver auto-responsavelmente a vida concreta de cada sujeito humano, numa comunidade de vida legitimamente compartilhada (Dussel, 2002).

Depois, este postulado se faz extensivo, em aproximação, também ao princípio ético de prioridade introduzido por Rawls, segundo o qual aqueles colocados em uma posição desvantajosa se lhes deve conceder o argumento que decida a prioridade. Trata-se, mais bem, de prevenir a infelicidade do que promover a felicidade (ou o que por esta se deseje entender e que, de toda forma, não é possível universalizar: a felicidade para uns é jogar futebol, enquanto para outros é ler Aristóteles). E esta regra ou postulado menciona uma das mais importantes regras de prioridade para a

determinação daquilo que se deve ter por *bonum commune* e, deste modo, por justiça material.

É possível, pois, sintetizar o dito acima da seguinte forma: à justiça do bem comum, porque representa uma amplificação de nossas intuições e emoções morais, deve-se aspirar de tal forma que o sofrimento existente seja, na medida do possível, eliminado ou, pelo menos, diminuído; que não se produza sofrimento quando é possível preveni-lo, e aquele que é inevitável se minimize e afete com moderação aos membros individuais da sociedade, aos cidadãos.

Em definitiva, e de forma abreviada, pode-se elevar à categoria de garantidor do conjunto da argumentação jurídica o conteúdo deste sentimento universal formulado, de forma categórica, nos seguintes termos: *interpreta e realiza o direito de tal maneira que as consequências de tuas decisões sejam sempre compatíveis com a maior possibilidade de evitar ou diminuir a miséria (ou o sofrimento) humana.*

Este o sentimento que atende à exigência de justiça material, atrativo por sua própria indeterminação e que, com caráter de universalidade, deve direcionar e nortear toda a atividade de interpretar, justificar e aplicar o direito. E porque este postulado apresenta-se como o mais amigável para com as funções próprias de nossa arquitetura cognitiva, moral e emocional, um discurso jurídico (ou uma decisão) só estará (racionalmente) justificado quando adotar, em todo e qualquer processo de realização do direito, dito sentimento dirigente. Ademais, não somente a existência de sofrimento e injustiça nos põe diante de um inegável imperativo moral, senão que sem a possibilidade do sofrimento o que teríamos não seria uma bem-aventurada harmonia social, senão uma completa falta de consciência humanitária.

Da mesma forma, a atuação do operador jurídico, que em sua tarefa institucional é responsável ante o meio sócio-cultural frente ao qual há de assegurar a plausibilidade de suas soluções, somente resultará válida e legítima (racional e substancialmente) quando efetivamente se adequar bastante bem a este modo de pensar e proceder. Por este critério terá de procurar que suas valorações estejam em consonância com nossas intuições e emoções morais, assim como com as valorações prioritárias do grupo social. Assim que a produção de consenso sobre o caráter razoável da solução, no marco das alternativas legalmente prefixadas, residirá fundamentalmente no atendimento do conteúdo substancial deste sentimento essencialmente humano e universal, no sentido de viabilização de consenso sobre uma questão de justiça material “instintiva” e comunitariamente compartilhada.

Em resumo, porque a justiça não é um valor abstrato senão um valor cujo alcance, precisão e sentido dependem de sua realização na unidade da vida humana, o injusto descreve, delimita e realiza a práxis da justiça. Em outras palavras, o que dá sentido ao Direito não pode ser outra coisa que a aspiração de justiça que, em última instância, decorre de um sentimento de luta contra toda e qualquer forma de injustiça.

8.4. A personalidade do juiz

Se na decisão, como acabamos de ver, não intervém somente a lei senão também fatores rigorosamente subjetivos do juiz, já não se pode seguir prescindindo da personalidade deste nem considerar-se que todos os julgadores são fungíveis e que é indiferente que atue um ou outro. De fato, desde princípios do século XX que já se havia tomado plena consciência da importância da personalidade individual do juiz, considerando-se que não era um autômato senão o protagonista da vida do direito.

Deixando a um lado as pressões externas e, portanto, as mais visíveis, o juiz é, como todos os humanos, um ser estritamente «condicionado» ainda que não chegue a ser um autômato «determinado». Todos nos sentimos livres e nos cremos responsáveis de nossas decisões e comportamentos. Vã ilusão. Porque em grande parte - sem chegar ao determinismo absoluto - não fazemos senão responder a uns condicionamentos internos dos que não somos conscientes. De ordinário, ainda que não sempre, conhecemos as pressões políticas, mediáticas ou econômicas as que estamos submetidos; mas ignoramos a existência de outras muito mais importantes que latem em nosso interior. Somos o resultado de vários processos concorrentes: uns biológicos, que parecem os mais significativos, e outros sociais e culturais. Cremos atuar, em outras palavras, guiados pela razão e de fato são os genes, o cérebro, a educação familiar, a cultura e o contexto social os que nos movem.

Ainda que só fosse por isto, assim se explicaria que se as leis são as mesmas, as sentenças sejam diferentes porque diferentes são seus autores. Para entender a atividade judicial não basta com a análise das leis nem das pressões políticas: há que estudar a personalidade do juiz, que é donde conduzem e desde onde se reelaboram todas as informações e pressões, externas e internas, que terminam nos atos de aplicação do direito. Isto é algo que nunca aceitaram os operadores jurídicos, mas chegará um tempo em que se dedicará mais atenção à psicologia, às ciências cognitivas, a psicologia evolucionista, à primatologia e à neurociência que ao estudo das normas jurídicas; e de fato assim o estão fazendo já muitos juristas pragmáticos.

A atenção que hoje se está prestando à personalidade individual do juiz é consequência necessária do abandono do dogma da sujeição mecânica do julgador à lei e da aceitação da presença de interferências na relação entre um (o juiz) e outra (a norma). Na pessoa do juiz concorrem informações procedentes do caso concreto e das

normas, princípios, valores e ideologias (Kennedy, 2010), mas também de determinados impulsos internos (seu modo de pensar, suas crenças, seus prejuízos e seus [curto-] circuitos neuronais cognitivos e afetivos com todas as limitações que isto implica), que são os que, como qualquer ser humano, cabalmente integram sua personalidade e se prestam naturalmente a cínicas manipulações. Em outras palavras, a função do juiz vai perdendo abstração e automatismo em benefício da singularidade (cerebral) e humanidade. Quem decide não é uma máquina senão um homem e, ademais, um homem singular distinto dos demais humanos.

Mas não basta com estabelecer estas afirmações, que qualquer profissional com experiência percebe de imediato. O que sucedeu como novo nas últimas décadas foi o intentar estudar cientificamente este fenômeno, situando-o na arquitetura cerebral humana (nas atividades que transcorrem no cérebro de uma pessoa quando esta está interpretando e formulando juízos de valor) e objetivando-o o máximo possível com os seguintes propósitos: a) para estabelecer uma metodologia o mais amigável para com as limitações próprias da capacidade cognitiva do sujeito-intérprete; b) para analisar as causas reais de cada decisão; e c) para limitar e predizer o conteúdo e as consequências das decisões futuras.

E precisamente neste particular, as ciências da vida e da mente, ainda quando vão unidas a um programa reducionista (Churchland, 2006), podem efetuar contribuições ricas e esclarecedoras à compreensão das emoções, de sua intencionalidade e intensidade, e do papel que efetivamente desempenham na ativa e comprometida tarefa interpretativa levada a cabo nos processos de tomada de decisão jurídica: podemos tentar ser terrivelmente objetivos, mas o que não podemos é olvidar de algo muito importante acerca do que é ser um ser humano. Como seres humanos, todos sabemos que se *sente* de certo modo e desde dentro. E o juiz, como qualquer primata ou besta biológica de nossa espécie, tem sensações, pensamentos e sentimentos privados e por vezes inefáveis que têm lugar de algum modo em seu cérebro.

Depois de tudo, evolutivamente falando, no âmbito humano do jurídico somente há dois tipos de primatas: primatas que usam toga e primatas que não as usam. O juiz é um primata com toga a quem cabe, a partir da letra fria, estática e fixa das normas como geradoras de expectativas seguras, humanizar o sistema jurídico, tornando-o compassivo.

9. Discurso jurídico: racionalidade e emoção

9.1. Discurso jurídico: emoção, memória e equilíbrio reflexivo

Tendo em vista as considerações que acabamos de desenvolver, parece razoável admitir que a concepção de racionalidade jurídica que subjaz ao modelo contemporâneo da dogmática jurídica exige uma reconsideração à luz do que hoje sabemos pela informação científica e histórica atual, nomeadamente no que se refere aos problemas relativos à interpretação da lei, aos processos de tomada de decisão em sede de jurisdição e à denominada criação judicial do direito. Assim como o conceito de racionalidade atravessa a todas e cada uma das notas ou determinações das categorias constitutivas do processo interpretativo, extraído do horizonte da objetividade normativa, os aspectos da dimensão humana que a caracteriza são também concorrentes de uma maneira inevitável à hora de operar com os mesmos, tanto de uma maneira teórica como prática, conforme as considerações necessariamente hermenêuticas antes apontadas. Vejamos por parte.

Recentemente, o tema da natureza da mente e do funcionamento do cérebro chegou à filosofia e ao direito, de uma maneira bem contundente. Já não podemos manejar-nos na filosofia e no direito do século XXI com uma idéia da mente (ou de natureza humana) procedente do século XVII e nem tão pouco trabalhar com os métodos do século XIX. Somos antes de tudo animais, e tudo o que seja fazer uma abstração da dimensão natural do ser humano, sua natureza biológica e sua origem evolutiva, é falso. Durante os últimos anos, os resultados das investigações nas ciências cognitivas e neuronais têm apontado que todo pensamento que pensamos – seja permanente ou transitório, racional ou irracional – tem seu correlato físico no cérebro e que não é possível separar, como pretendia Descartes – e como afirmaram, em seu momento, os funcionalistas cognitivos –, emoção e racionalidade, espírito e cérebro, inato e adquirido; quer dizer, que o pensamento depende das emoções e que a racionalidade humana está restringida por limitações da atenção e a memória - é a voz de nosso corpo, denominada de marcador somático²³².

²³² O marcador somático, recordemos, etiqueta e associa todos e cada um de nossos pensamentos com sua correspondente emoção. A racionalidade pura não existe. Sem o

Concebida primeiro em economia, a racionalidade passou logo a ciência política, ao direito e a outras disciplinas; seu conceito fundamental é o de que os seres humanos são racionais em suas ações. Acrescentam os custos e benefícios antes de decidir-se; a opção preferida é aquela que maximiza a utilidade. Os juristas em particular insistem em perseguir normas e padrões exigentes de racionalidade, proporcionalidade, razoabilidade, “otimização”, etc. , a partir de teorias e modelos que dotam os seres humanos com capacidades ilimitadas para saber, memorizar, raciocinar, ponderar, valorar, calcular, etc.

Ocorre que, como já sabemos, esta não é uma imagem adequada de como pensa a gente. A mente humana²³³ (as propriedades do cérebro real, que é um órgão do Pleistoceno desenvolvido durante milênios e que só recentemente se viu imerso ao estranho ambiente das sociedades modernas, democráticas e industrializadas) não é um processador de informações muito veloz e que a maioria de decisões é tomada com

sustento do motivador essencial que é o corpo vivo, os conceitos e as lógicas colapsariam como um edifício que se assentara sobre areias movediças. O corpo resulta ser assim não uma prisão para alma, senão seu cimento. Em resumo, a tomada de decisões não é somente um processo puramente lógico e racional, senão mais bem um processo que depende em grande medida do afeto e o processamento emocional quando se ativam estes sinais afetivos e emocionais chegam a desempenhar um influente papel (não necessariamente consciente, uma vez que podem exercer sua influência inconscientemente ou em um nível “instintivo”) nas decisões.

²³³ Tradicionalmente – como já se disse –, a mente foi considerada como um computador de uso geral ou *tabula rasa*, com todo o seu conteúdo como derivado dos mecanismos de uso geral que operam com conteúdos gerados pelo ambiente ou pela sociedade; para dizer-se lisa e lhanamente, o mundo externo está pensado para impor seu conteúdo no interno. Em verdade, contudo, é a estrutura evolucionada da mente que impõe por si mesma o conteúdo ao mundo social. Como dito por Nicholas Humphrey (1993: 35), os *“historiadores pueden describir estas fuerzas impersonales como quieran, pero la realidad es que no hay fuerzas impersonales en la sociedad humana: no hay un solo acontecimiento significativo que no haya sido modelado por mentes humanas en interacción con otras mentes humanas. La historia de la sociedad humana en los últimos miles de años es la historia de lo que las personas se han dicho unas a otras, de lo que han pensado unas de otras, de rivalidades, de amistades, de ambiciones personales y nacionales”*. Dito com outras palavras mais simples, isso implica que as artes, as humanidades e as ciências sociais podem ver-se como o estudo dos produtos de certas faculdades do cérebro humano. Ditas faculdades incluem a linguagem, o juízo ético-jurídico, o sentido moral, o amor, a lealdade, a rivalidade, os sentimentos até os parentes e os aliados, a obsessão pelos temas da justiça, e muitos outros. A posta em comum e a acumulação dos descobrimentos ao longo do tempo, e o estabelecimento de convenções e regras para coordenar seus desejos muitas vezes enfrentados, fizeram com que se tornasse possível o surgimento entre os seres humanos do fenômeno que chamamos “cultura”. E esta cadeia causal contínua que vai da biologia à cultura, passando pela psicologia, converte a (tradicional) divisão fundamental entre as ciências e as humanidades em algo completamente obsoleto e inócuo.

bastante rapidez, em cenários complexos e com informação incompleta²³⁴ – mediante uma interação de fatores hereditários e ambientais.

É certo que não seria sensato negar ou deixar de admitir que o conjunto das teorias até então elaboradas sobre hermenêutica e interpretação jurídica é assombroso, fascinante e inteligente. O problema, contudo, é que, como dissemos antes, se baseiam principalmente em suposições, isto é, sem qualquer escrutínio empírico minimamente sério, carentes do menor respeito da acerca dos problemas “de fundo” que implica qualquer teoria da ação intencional humana, e em particular, da necessidade de se elaborar uma teoria da racionalidade jurídica compatível com as investigações procedentes das demais ciências.

Recordemos: o conceito (explícito ou implícito) fundamental e dominante de racionalidade é o de que, antes de tudo, os juízes são essencialmente racionais e objetivos em seus juízos de valor acerca da justiça da decisão. Examinam conscientemente e tão bem como podem todos os fatores pertinentes ao caso e ponderam, sempre de forma neutra e não emocional, o resultado provável que se segue a cada uma das eleições potenciais. A opção preferida (“justa”) é aquela que melhor se adequar aos critérios de racionalidade e objetividade por meio da qual foi gerada. A idéia, em síntese, é a de um juiz ideal, plenamente consciente de suas crenças, preferências e desejos que, ademais de dispor de um conhecimento cabal de todas as circunstâncias do caso, pode (e deve) aplicar as normas de forma racionalmente rigorosa.

Mas a realidade é que os *juízes reais* – aliás, como o comum dos mortais - não somente não são plenamente consciente de suas crenças, preferências e desejos, senão que tão pouco contam com conhecimentos tão amplos: devem adotar decisões, na maioria dos casos, em um contexto de informação parcial e incompleta ou, inclusive, em condições de incerteza; conhecem algumas das circunstâncias que o caso exhibe, ainda que quiçá muitas delas não sejam relevantes, e muitas circunstâncias relevantes podem permanecer ignoradas ou somente são conhecidas incompletamente. Da mesma

²³⁴ Sobre esta questão cf.: Sutherland, 1992; Linden, 2010; Gary, 2010. Assim, um juiz ideal, podemos imaginar, teria conhecimento cabal de todas as circunstâncias do caso, de maneira a poder aplicar as normas de forma rigorosa; não obstante, os juízes reais, com sua evolucionada e biológica natureza humana – aliás, como o comum dos mortais –, não contam com conhecimentos tão amplos: devem adotar decisões, no comum dos casos, em um contexto de informação parcial e incompleta ou, inclusive, em condições de incerteza; conhecem algumas das circunstâncias que o caso exhibe, ainda que quiçá muitas delas não sejam relevantes, e muitas circunstâncias relevantes podem permanecer ignoradas ou somente são conhecidas incompletamente.

forma, as valorações que orientam as decisões judiciais não são unicamente aquelas preferências, desejos e crenças, muito genéricas, que podem resultar de alguma idéia neutra de justiça, sobre o sentido da lei ou de outros valores um tanto abstratos, senão de preferências pessoais, concretas e circunstanciais que levam ao juiz a aceitar alguma versão sobre os fatos do caso, descartando outras, e a invocar certas normas, pondo de lado a aplicação de outras também válidas.

Daí que o juízo ético-jurídico baseado em raciocínios, mas também em emoções e sentimentos morais produzidos pelo cérebro, não pode ser considerado como algo separado da estrutura e funcionamento desse órgão que parece não dispor de uma sede única e diferenciada relacionada com a cognição moral. A realidade da tarefa do operador do direito ético-cerebral tem, em seus sistemas avaliativo-afetivos neuronais uma permanente vigilância de exigências, obrigações e estratégias, um “dever-ser” que incorpora internamente os motivos racionais e emocionais, e que se integra constitutivamente em todas as atividades dos níveis prático, teórico e normativo de todo processo de realização do direito.

E isto implica em reconhecer, depois de tudo, que na interpretação há necessariamente algo de pessoal e de arbitrário. A interpretação, justificação e aplicação das normas jurídicas envolve forçosamente uma margem de autonomia. A norma é, como se sabe, estruturalmente constituída por uma previsão e por uma estatuição geral e abstrata, ligadas por um nexos, no âmbito do qual, ao contato com a vida, tem lugar a realização do direito (ou seja, a “causalidade jurídica”). Pois bem, é precisamente no percurso desse processo de realização do direito (do *continuum* entre interpretação e aplicação da norma nos seus dois elementos estruturais ou da sua passagem do mundo formal da abstração para o mundo da realidade concreta) que estão presentes certos elementos não lógicos, valorativos e não algorítmicos (isto é, práticos, subjetivos e emocionais), elementos que não só condicionam a autonomia do intérprete senão que sempre intervêm na interpretação de uma vontade estranha, seja a do legislador seja outra qualquer.

Mas não se creia, contudo, que as propostas que nesta matéria pretende-se formular sejam de aplicação tão fácil, sejam tão precisas e exaurientes, que tudo se resuma a subsumir, no quadro delas, de forma puramente mecânica, os casos da vida real, ou, o que seria ainda pior, a exaltar a capacidade do operador do direito (nomeadamente do magistrado) de ser exclusivamente reflexivo, neutro e analítico, de poder examinar todas as alternativas possíveis, enumerar todos os prós e os contras,

sopesar cuidadosa e exaustivamente todas as consequências de sua interpretação, etc. Isso em primeiro lugar não seria, definitivamente, conveniente nem muito menos real. Se o texto legal, a norma legislada, pela sua natureza e finalidade, constitui um mero bosquejo de interpretações e decisões futuras, um simples propósito genérico e altamente indeterminado que necessita concreção para tornar-se direito efetivamente operativo²³⁵, o operador do direito se move, necessariamente, no âmbito de uma moldura de contornos vagos, de uma estrutura normativo-material aberta e indeterminada.

Esta estrutura é oferecida ao sujeito-intérprete com a finalidade de que, mais perto do mundo da vida, este coloque o quadro que entender por mais ajustado à especificidade do caso vertente. Entre o enunciado legal e a decisão que resolve um caso concreto há um extenso espaço intermédio em que o intérprete (nomeadamente o juiz) manobra com ampla margem para suas opções. E, no ato de manobrar nesse espaço, tem um papel central a tarefa interpretativa, cuja principal característica parece residir no fato de que o processo para tomar decisões corretas (ou satisfatórias) não consiste precisamente em processar uma grande e ilimitada quantidade de informação senão, considerando que a maioria das decisões são tomadas com bastante rapidez, em cenários complexos e com informação parcial e incompleta – inclusive, em condições de incerteza –, em descartar intuitivamente aquelas que não necessitamos. (Gigerenzer, 2008)

Sendo assim, considerando que a racionalidade que possuímos como seres humanos é o produto das atividades de um conjunto de “módulos” ou circuitos neuronais desenhados pela seleção natural, não parece lícita a pretensão (freqüentemente implícita) de desconsiderar ou tentar dissimular o fato de que a maioria das decisões que tomamos, em tempo real, está minada de ambigüidades e resultam da insuficiente articulação e combinação de todos os fatores relevantes para produzi-las²³⁶. Em realidade, faz tempo que a neurociência demonstrou que os

²³⁵ Com o aponte de que, todo o demais, delimita com amplitude as fronteiras dentro das quais acontecerá ulteriormente, e em cada caso, a opção elegida, mas sem proporcionar ainda uma autêntica pauta decisória.

²³⁶ Por outro lado, racionalidade humana, por haver surgido evolutivamente partindo de uma estrutura valorativa pré-existente (o sistema límbico-hipotalâmico), está condicionada por algo que vai mais além da existência de determinadas restrições biológicas ou culturais: a necessidade de raciocinar a partir de valores. Damasio (1994) sugeriu que alguns aspectos das emoções e os sentimentos são imprescindíveis para a preferência racional, o qual de alguma maneira afeta a essência mesma da objetividade. Um sistema objetivo deve separar com nitidez conhecimentos e valores. Sem embargo, as emoções estão intrinsecamente ligadas a um

fenômenos cognitivos e voluntários, as emoções, a capacidade de raciocinar, interpretar e argumentar ou os juízos de valor em termos de bom ou mau, justo ou injusto, melhor ou pior se fundamentam na atividade fisiológica (eletroquímica) de circuitos e redes neuronais. Em resumo, de que somos nosso cérebro.

Isto implica que o acesso ao conhecimento sobre o sentido e o alcance das normas jurídicas, por parte do operador jurídico, parte sempre de uma experiência individual, de processos mentais que são propriedades emergentes das atividades neuronais, isto é, que é um produto da atividade cerebral. O sujeito experimenta, em sua tarefa interpretativa, uma sensação, recebe uma informação, que é processada pelo cérebro, e isso lhe permite formar uma imagem da realidade a partir da qual elabora uma idéia, um conceito ou um juízo de valor. É um processo complexo que não tem uma vinculação estrita com a vontade de um legislador abstrato, senão como resultado de uma atividade neuronal através da qual a norma adquire seu próprio significado dentro do sistema jurídico, influenciada pela experiência pessoal, fundamentalmente subjetiva, do sujeito intérprete.

Assim que toda experiência interpretativa é por definição subjetiva: o sujeito-intérprete que a vive recebe uma sensação única e intransferível. Não parece haver nenhuma possibilidade de interpretar o mundo de maneira objetiva. Nossa percepção está condicionada por nossa própria natureza, de forma que qualquer deficiência em nosso sistema sensorial, em nosso cérebro, ou nas condições de observação/interpretação se traduz automaticamente em uma distorção de nossa percepção. E uma vez que toda percepção é sempre parcial e construtiva, um processo ativo e muito seletivo, toda interpretação é inevitavelmente não neutral.

Todo conhecimento é subjetivo e sempre está mediado por nossas estruturas mentais. E uma vez que cada um experimenta de maneira única sua mentalidade do mundo, um grupo de indivíduos expostos a uma mesma situação, inclusive em condições mais ou menos equivalentes, podem oferecer respostas distintas e chegar a conclusões ainda mais díspares, segundo sua própria maneira de ser, suas experiências

conjunto de normas, objetivos e valores mentalmente representado a que se denomina estrutura de valor. E existem boas razões - na realidade boas razões evolutivas - para pensar que os conteúdos das estruturas de valores serão frequentemente inadaptados e que, quando o são, as emoções e o comportamento a que elas conduzem serão tipicamente irracionais. Seja como for, e como assinala J. Monod, a necessidade de distinguir conhecimentos e valores não é em si mesmo algo objetivo: é claramente uma norma valorativa. Ademais disso, parece uma regra de difícil cumprimento, já que detrás de toda categorização conceitual se encontra inevitavelmente outra valorativa.

anteriores, seus desejos, interesses e crenças, e suas inumeráveis peculiaridades. Dito de outro modo, as normas transmitem informação, mas não possuem representação de valor.

As normas possuem unicamente palavras; os valores e significados que são ligados a essas palavras é tarefa do sujeito, cuja forma de interpretar o mundo é pessoal, única e está condicionada com sua interação com o contexto. Todo processo interpretativo evoca estados subjetivos com texturas que criam o conteúdo de nossos juízos de valor e o sentido de nossas relações com o mundo percebido. Somos seres subjetivos e nossa experiência subjetiva relativa ao processamento de informação é construída por padrões de atividade dos grupos neuronais do cérebro. Esses grupos estão organizados em unidades funcionais que condicionam nossas preferências e orientam nossas decisões.

Daí que haveria de repensar se o que falha não são nossas firmes crenças na racionalidade jurídica. Quando pensamos que a racionalidade é uma ilusão, a maioria dos juristas se escandaliza pensando que se trata de uma afirmação absurda e contra-intuitiva, dado o convencimento de que os humanos são pura razão. O problema é que a interpretação é um processo ativo que consiste em atribuir significados e, nesse processo, a função da memória, a experiência adquirida previamente, joga um papel determinante. Quero dizer que no processo de interpretação e de tomada de decisão a função da memória é tão ou mais importante que a racionalidade, já que constitui o cimento que une o passado com o presente e o futuro, formando o que costumamos designar personalidade ou individualidade. Podemos existir sem racionalidade, mas não sem memória – o pecado original da mente e a principal responsável da peculiar e singular particularidade cognitiva humana (Marcus, 2010: 51)²³⁷.

Isto implica que em toda e qualquer tarefa interpretativa o sujeito intérprete consulta a memória para poder formar um juízo que lhe permita tomar a decisão mais correta possível. E uma vez o armazenamento dos conteúdos da memória escapa a nossa vontade e controle, esse argumento supõe que a racionalidade da qual estamos tão orgulhosos deve ser, com muita probabilidade, uma mera ficção. De fato, não somente ninguém pode decidir o que se armazena na memória - pois é uma função do

²³⁷ Nas palavras de Linten (2010:157), a memória, “*que no es más que el producto accidental de una solución operativa a un conjunto de antiguas limitaciones evolutivas, es el sustrato de nuestra conciencia y de nuestra individualidad*”.

cérebro emocional que o realiza de maneira inconsciente para o sujeito -, senão que toda interpretação passa necessariamente pelo filtro imprevisível da memória.

E não só não temos o mais mínimo controle consciente do que se armazena em nossa memória senão que também nos baseamos na memória para empreender qualquer ação, para entender as palavras que lemos, reconhecer objetos que vemos, compreender o que escutamos e interpretar o mundo. Aqui, o processamento de informação que realiza o cérebro é praticamente inconsciente: o como percebemos os estímulos, como os filtramos, categorizamos, interpretamos e valoramos, como os conectamos com outros materiais presentes já no cérebro, como os armazenamos na memória a curto ou a longo prazo e como os expressamos em nossa conduta e mais tarde os recuperamos... não intervêm a consciência; isto é, de que o ser humano não tem nenhum controle sobre estas funções (Rubia, 2009; Solms e Turnbull, 2004).

Assim que quando vamos tomar uma decisão em um sentido ou em outro, consultamos de maneira automática, inconscientemente, os conteúdos de nossa memória e associamos as vivências do passado com as situações semelhantes do presente. Por conseguinte, a decisão que tomamos jamais será totalmente livre, neutra ou racional no sentido em que tentamos convencer-nos, pois está condicionada tanto por esses conteúdos de conhecimentos prévios e vivências anteriores que armazenamos inconscientemente como por nossos desejos, expectativas, predições e antecipações, funções todas elas inconscientes.

Qualquer interpretação/percepção está acompanhada desta comparação que é vital para a formação de nossos juízos de valor e para a atribuição de significados. Este processo comparativo/associativo é um resultado natural da interação entre a memória, a percepção e a consciência, e caracteriza o cérebro como uma máquina antecipadora, associativa, detectora de pautas e elaboradora de significado: nossas mentes comparam automaticamente as experiências passadas com as percepções presentes enquanto antecipamos o seguinte momento do tempo. Dessa forma, o resultado da interpretação se constrói, de fato, pelo cérebro, à medida que interage com o contexto presente, com o contexto de suas experiências passadas e as expectativas de futuro.

Em definitivo, se a memória não é controlável por nossa consciência, tão pouco o será de forma absoluta a decisão que tomemos em um momento dado, uma vez que sempre estará condicionada pelos conteúdos de nossa memória e, ademais, essa consulta é totalmente inconsciente. Como afirma Gerhard Roth, “ as decisões para nossos atos conscientes procedem de um substrato inconsciente criado pela mente”, o

que quer dizer que temos a impressão de que sabemos o que decidimos, mas que em realidade o eu consciente o único que faz é atribuir-se algo que não é obra sua.

A planificação e o controle consciente de nossas decisões sempre passam primeiro pela censura da memória de nossas experiências, que são inconscientes, emocionais e acumuladas ao longo da vida. Esta memória tem em todas as nossas decisões a última palavra e determina em grande parte os desejos, os motivos e os planos de ação. O eu consciente/racional tem muito poucos conhecimentos do que ocorre com estas determinações inconscientes e praticamente nenhum conhecimento dos impulsos da memória empírica. Nosso eu está sujeito à ilusão do autocontrole e o expressa como vontade racional. O eu consciente se atribui a si mesmo todos os desejos, intenções e crenças que se geram inconscientemente e, quando não tem a informação necessária, formula-as como fabulações – isto é, uma narração construída de forma ativa pelo cérebro (acusadamente o córtex do hemisfério esquerdo) a fim de criar um relato coerente e detalhado para dar sentido a nosso mundo.

Desta maneira, a racionalidade resulta como uma ilusão funcional que estabiliza a auto-estima do sujeito intérprete. A autonomia das decisões humanas, desde o ponto de vista da neurociência, não radica exclusivamente em um ato voluntário e racional sentido subjetivamente, senão, e em igual medida, na capacidade do cérebro em levar a cabo ações por seu próprio impulso e sob a influência de fatores, inatos e adquiridos, que condicionam o processo de decisão – em resumo: de que os processos inconscientes são decisivos na tomada de decisão.

Significa dizer, em síntese, que uma inarredável questão pendente está ainda por definir: em que medida as emoções e a memória condiciona os processos de decisão levados a cabo pelos operadores do direito. Pois bem, como sabemos, o direito vive em representações e significados que se passam na mente, isto é, em nossas estruturas cerebrais. E uma vez que estas estruturas processam informações através de redes neuronais localizadas no sistema nervoso, a busca de um adequado critério de realização do direito pode considerar-se como a arqueologia dessas estruturas e correlatos cerebrais, que parece estar destinada a ser uma parte vital do processo de realização do direito. E este tipo de busca abre, sem dúvida, vias muito potentes e férteis de explicação e compreensão da racionalidade e conduta social humana e, em particular, de um amplo abanico de decisões mal adaptadas às circunstâncias atuais.

Neste particular, já dissemos, argumentamos a favor de um modo de pensar, interpretar e decidir que tome em consideração a forma em que a ciência cognitiva e a

neurociência entendem a mente: de uma racionalidade que fale explicitamente do pensamento fundado em emoções e discuta seus efeitos – quer dizer, em que pese o fato de que os filósofos (e uma larga tradição de cientistas) nos fizeram crer que o pensamento podia abstrair-se do corpo e ser completamente independente de nossas emoções, o certo é que racionalizamos por razões irracionais.

A capacidade de interpretar (de raciocinar e valorar) a tudo e a todos é o correlato e o corretivo da liberdade e da plasticidade nervosa (cerebral), que sem nenhum tipo de corretivo poderia lançar-nos em direções letais. A responsabilidade pessoal pelos efeitos de nossas interpretações é o preço que pagamos por essa liberdade, e tratar de minimizar e humanizar esse preço é também parte da natureza. Só nós axercemos o agridulce privilégio dessa liberdade e só nós somos capazes de por uma nota valor, de justiça e de injustiça em nossas interpretações, em meio de um universo indiferente e desalmado. Mas isso somente é possível se se entende bem a verdadeira natureza do pensamento, para lograr o qual resulta necessário uma postura aberta e honrada.

Portanto, considerando que o direito vive em representações e significados que se passam na mente, isto é, em nossas estruturas cerebrais, que estas estruturas processam informações através de um mecanismo localizado no sistema nervoso e que nossos juízos de valor ocorrem em estruturas neurais preexistentes (que se desenvolveram como adaptações, resultantes de um processo de evolução por seleção natural, através do tempo, em ambientes ancestrais), a busca de um adequado critério de realização do direito pode considerar-se como a arqueologia dessas estruturas e correlatos cerebrais, que parece estar destinada a ser uma parte vital da tarefa interpretativa. Daí porque, hoje, estabelecer as funções próprias de nossa arquitetura cognitiva e moral constitui uma das mais fascinantes e buscadas empresas para as ciências cognitivas, a psicologia, a neurociência e para a ciência social normativa. Abre, sem dúvida, vias muito potentes e férteis de explicação e compreensão da racionalidade humana e, em particular, dos múltiplos fatores e influências, inatas e adquiridas, que condicionam e limitam nosso processo de decisão.

Do que resulta que a contaminação subjetiva do dado é um fato inevitável, ainda que positivo e oportuno: o saber, e (de maneira preliminar e vaga) o que quero saber, é a condição que me permite compreender a resposta; meus prejuízos são o *a priori* do qual me sirvo para ver a realidade e sem os quais a realidade mesma me pareceria privada de sentido. E o único modo de possuir uma compreensão o mais

objetiva possível é ser consciente dos próprios prejuízos e refletir sobre os mesmos. A pretensão de uma racionalidade absoluta e de neutralidade é o fator principal que “cega” a visão da realidade. Nossa impressão subjetiva de que somos objetivos raras vezes (para não dizer nunca) se corresponde com a realidade objetiva: por muito que intentemos ser objetivos, uma crença ou um juízo de valor, devido – entre outras coisas - à iniludível interferência da memória, se acha inevitavelmente sob a influência de nímios detalhes dos que sequer somos conscientes.

Ademais, que além do mundo em que nos situamos ser um mundo histórico, cambiante e “produtivo”, a compreensão tem uma estrutura circular. Isso significa dizer que a própria compreensão consiste na inter-relação e a interpenetração entre o mundo e o intérprete. É o chamado “círculo” ou “espiral” hermenêutico: sem uma antecipação de sentido que a guie não há compreensão, antecipação que vem determinada desde a comunidade que os une a uma forma de vida; mas essa comunidade está por sua vez submetida a um processo de contínua formação e transformação que os sujeitos-intérpretes mesmos vão conformando. Mais bem a compreensão é sempre ao mesmo tempo objetiva e subjetiva: o sujeito que compreende entra no “horizonte da compreensão” e não reproduz de maneira puramente passiva em sua consciência o compreendido, senão que o conforma.

A compreensão nunca identifica uma simples, descomprometida e pragmática “aplicação artificial de um saber fazer”, pressupondo antes uma complexa, empenhada e eticamente responsabilizante participação do sujeito que nela se intromete: que, ao “alargar” e “aprofundar”, pela mediação do exercício dessa sua tarefa, o modo como se “compreende”, não deixa de recriar e projetar nela, constituindo na “resposta” que se afoita a dar à “pergunta” que o convocara (com os seus inelimináveis “pré-juízos”), dimensões originariamente radicadas na sua inapagável e irredutível “experiência” pessoal e comunitária. Esta, enquanto expressão direta da “humanidade” e da “historicidade” de quem a realiza, modela decerto o entorno problemático em que se desenrola o processo de realização do direito.

Como já adiantamos, a pressurosa busca de uma metodologia que marque os critérios de uma “correta” ou “ótima” determinação dos enunciados normativos parece constituir, em essência, uma pretensão incompatível com os conhecimentos que a realidade já nos aporta: a de desenhar um modelo de extrema racionalidade de algo que se configura essencialmente como uma atividade com acentuados componentes irracionais, isto é, de construir uma imagem ou ilusão racional do que parece ser, em si

mesmo, irracional. Aqui está sempre presente (embora não exclusivamente, é certo) certo momento pessoal relacionado com a sempre problemática “racionalidade” humana, isto é, de que o “conhecimento” do direito importa sempre um toque de “construção” humana do jurídico. Mais claramente: 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 (do intérprete) – daí que os juízes já não podem invocar compulsão “de ‘la ley’ para justificar sus decisiones: ellos son siempre parte de la decisión. Dios ha muerto” (Kennedy, 2010: 18). .

As emoções (e a memória) são, assim, o humano na aplicação do direito e assumi-la como elemento natural da psicologia humana na realização do direito o torna transparente, em lugar de ocultar-se detrás dos “impessoais” fundamentos da decisão ou de uma pretensa e irreal racionalidade. Este panorama basta seguramente para mostrar que a aclaração do vínculo entre interpretação, justificação e aplicação do direito e “racionalidade” exige, por parte da dogmática jurídica como “forma de vida”, o desenho de um conjunto de métodos criteriosos úteis para a tarefa de realização do direito, tudo com vistas a pôr o direito e a justiça ao serviço da atividade hermenêutica e da argumentação jurídica, acusadamente no que se refere às emoções imperfeitas e aos fatores de irracionalidade que condicionam o processo de decisão. Somente a assunção consciente e responsável do que realmente sentimos e experimentamos na tarefa de interpretar poderá trazer maior contribuição para o desenho e a elaboração de discursos jurídicos ou decisões mais justas, a despeito da agradável a ilusão sobre a racionalidade ou emoções ideais que gostaríamos que motivassem a atividade interpretativa.

Por certo que se poderia argumentar que, diferentemente do que ocorre com as ciências positivas – que se contrasta com os fatos, os quais, por sua vez, contribuem para determinar seus respectivos espaços teóricos –, as teorias normativas não podem contrastar-se com os fatos (sustentar o contrário, sem maiores qualificações, seria cometer a denominada falácia naturalista). E parece que o espaço conceitual das teorias sociais normativas, como o das teorias positivas, necessita determinação: como, senão, eleger - por exemplo - entre soluções ou interpretações normativas em conflito? Ou, mais especificamente para o que aqui nos interessa: como eleger - nomeadamente nos chamados “casos difíceis” - entre soluções igualmente aceitáveis, mas conflitantes?

A negativa em determinar o espaço teórico-normativo equivale a abandonar por completo e sem restos toda a possibilidade de discussão racional em assuntos de justiça ou de moral, e ainda de ética *tout court*: seria reconhecer como um *factum* trágico a existência de um “politeísmo ético” irreduzível à argumentação e deliberação racional (no melhor estilo kelseniano), para dizê-lo com a celebrada expressão de Max Weber²³⁸. Se a contrastação com os fatos empíricos é, quando menos, uma fonte importante de determinação das teorias positivas, e se aparentemente as teorias normativas não podem contrastar-se com os fatos, em contraste com que haveríamos de começar a determinar e a restringir o espaço de possibilidades, por exemplo, da solução ou do resultado normativo das interpretações levadas a cabo pelos operadores do direito?

Há várias décadas, Nelson Goodman (1965) se perguntou pela justificação epistêmica do mais básico, as regras de inferência dedutiva da lógica formal elementar e as regras de inferência indutiva. Pois parece natural supor que todo o edifício da ciência empírica (e de todas as empresas cognitivas humanas) depende, em última instância, de que essas regras estejam justificadas, de que resultem fiáveis. A resposta que deu Goodman a essa pergunta é seguramente uma das contribuições mais influentes e discutidas da filosofia do conhecimento do século XX. Vale a pena citá-la com alguma extensão:

“Como justificamos uma dedução? Manifestamente, mostrando que é conforme às regras gerais da inferência dedutiva. Um argumento que se conforma a elas está justificado, é válido, ainda se suas conclusões forem falsas. Um argumento que viola uma regra é falaz, ainda que suas conclusões sejam verdadeiras... Analogamente, a tarefa básica de justificar uma inferência indutiva é mostrar que é conforme as regras gerais da indução...

“Mas, evidentemente, as regras mesmas devem ser justificadas. A validade de uma dedução depende de sua conformidade não com quaisquer regras puramente arbitrárias que pudéramos idear, senão de sua conformidade com regras válidas. Quando falamos das regras de inferência nos referimos às regras válidas(...) Mas como se determina sua validade? (...) Os princípios da inferência dedutiva se justificam por sua conformidade com a prática dedutiva aceita. Sua validade depende

²³⁸ O mesmo que a negativa a determinar o espaço teórico-positivo, sustentando, por exemplo, que toda realidade é realidade socialmente construída – e toda verdade, verdade servil e convencional –, equivale a abandonar por completo toda possibilidade de discussão gnoseológica racional.

de sua concordância com as particulares inferências dedutivas que realmente executamos e sancionamos. Se uma regra gera inferências inaceitáveis, a eliminamos como inválida. Assim, pois, a justificação das regras gerais deriva de juízos de rechaço ou de aceitação de inferências dedutivas particulares.

“Isto parece uma circularidade flagrante. Já disse que as inferências dedutivas se justificam por sua conformidade com as regras gerais válidas, e que as regras gerais válidas se justificam por sua conformidade com as inferências válidas. Mas se trata de um círculo virtuoso. Pois assim as regras, como as inferências particulares, se justificam pela via de pôr-las em acordo mútuo. *Se emenda uma regra se gera uma inferência que não estamos dispostos a aceitar; se rechaça uma inferência se viola uma regra que não estamos dispostos a emendar.* O processo de justificação é o delicado processo de fazer ajustes mútuos entre regras e inferências aceitas; e no acordo logrado radica a única justificação que necessitamos para ambas.

“Tudo o qual vale também para a indução. Também uma inferência indutiva se justifica por sua conformidade com regras gerais, e uma regra geral, por sua conformidade com inferências indutivas aceitas”.

Os filósofos morais reconhecerão imediatamente nesta argumentação uma irmã gêmea da noção rawlsiana de “equilíbrio reflexivo”. E, de fato, assim o é. Rawls (1971) sustenta a idéia de justificar sua teoria da justiça como equidade (e em geral as teorias sociais normativas) apelando a um equilíbrio reflexivo²³⁹ entre sua teoria e uma

²³⁹ Note-se que uma objeção comum ao equilíbrio reflexivo é a de que é circular. Apela, por um lado, a nossas intuições para fundar as teorias normativas, mas logo usa essas mesmas teorias para corrigir nossas intuições. Esta objeção valeria também para um bom número de análises aparentemente circulares de fenômenos lingüísticos, epistemológicos, computacionais, jurídicos e sociais. Entre estes últimos está o fenômeno do “conhecimento comum” (eu sei que tu sabes que eu sei que tu sabes que eu sei que tu sabes, etc.), que é um suposto que parece imprescindível para a aplicação da teoria dos jogos aos problemas sociais. Quando esta objeção se faz tecnicamente refinada, sustenta duas teses: que qualquer coisa que pretenda rigor matemático deve poder reduzir-se à teoria de conjuntos, e que a única concepção coerente da teoria de conjuntos proíbe este tipo de circularidades (Domènech, 1998). Seja como for, esta idéia de equilíbrio reflexivo que parece permitir manter, em última instância, um certo sistema social com um grau razoável de segurança jurídica e de justiça, admitindo que esta deve ser assumida prioritariamente com relação a liberdade, a igualdade, a fraternidade e a certeza jurídica, isto é, com a equitativa distribuição e equilíbrio entre essas três grandes virtudes ilustradas e com possibilidade de uma digna convivência ética, em tudo compatível com nossas intuições morais mais fortes e expressivas. Também vale a pena recordar que, em suas primeiras formulações (a de 1951), o equilíbrio reflexivo como critério para o “procedimento de decisão” exposto por Rawls se aplicava aos juízos morais em casos particulares, ou seja, com o objetivo de elaborar uma estratégia que servisse para tomar decisões em casos particulares. (Appiah, 2010: 101).

peculiaríssima classe de fatos: a de nossas intuições éticas ou morais. E esta idéia foi tomada precisamente da idéia goodmaniana de justificar as regras de inferência lógicas recorrendo a um equilíbrio, a um “acordo”, entre nossas intuições acerca de quando devemos aceitar uma inferência particular e as regras gerais que pretendem legitimar a validade das inferências.

Ocorre que nossas intuições e nossas práticas éticas e jurídicas – o mesmo que nossas intuições e nossas práticas inferenciais – não são muito consistentes, e em qualquer caso se nos apresentam um tanto revoltas e confusas; tratamos de dar-lhes coerência, de sistematizá-las e de capturá-las conceitualmente codificando-as mediante sistemas coerentes e globais de preceitos – normas éticas, normas jurídicas ou regras de inferência –; vemos se essa codificação sistemática logra capturar todas ou a grande maioria dessas intuições e dessas práticas, e se concorda com elas.

É possível que não o faça, que deixe muitas intuições e práticas de fora, ou que viole algumas das que abarca; então, retocamos nossa codificação sistematizadora para que abarque mais e para que o abarcado quadre melhor com nossas intuições e nossas práticas; mas também é possível o contrário, a saber, que nossa codificação sistematizadora nos resulte muito aceitável, mas que deixe de fora ou viole algumas intuições e práticas; então, tratamos de emendar e retocar nossas intuições e nossas práticas para que casem com a codificação que nos resulta satisfatória; e ao final desses processos de ajuste e “acordo” chegaremos a um “equilíbrio reflexivo” entre nossas regras e normas sistematizadas e refinadas, por um lado, e nossas intuições e nossas práticas emendadas e devidamente reconsideradas, por outro.

Sem embargo, parece notório o fato de que nossos valores e nossas intuições (assim as éticas como as epistêmicas) são muitas vezes confusas e pouco cogentes, e que podemos presumir sem aviltamento não só que essas intuições e valores estão diversamente marcados por efeito dos processos culturais de diferenciação social, senão também que, em algum grau, nossas intuições – o mesmo que nossas capacidades – estão desigual e diversamente distribuídas geneticamente.

Isto levanta, aparentemente, o seguinte problema: se nossas intuições morais e epistêmicas (sobre o que seja uma inferência correta, ou uma crença bem fundada etc.), o mesmo que nossas capacidades cognitivas estão diversamente distribuídas geneticamente, como presumir que podemos chegar a consensos, a “acordos” ou a “equilíbrios reflexivos” (públicos e intersubjetivos) acerca dos critérios de racionalidade (das razões justificativas) das interpretações que levamos a cabo (ou

seja, de nossos discursos jurídicos)? Não abre isso automaticamente as portas ao relativismo e ainda ao nihilismo jurídicos? Não está então o caminho expedito para que se rompa a intersubjetividade e se possa afirmar, não somente que a senhora A e a senhora B têm intuições morais distintas e ainda desencontradas, senão que tão “corretas” são as da senhora A como as da senhora B?

Da mesma forma, e para pôr o problema algo mais complicado, bem se poderia conjecturar que nossas intuições e nossas emoções morais de raiz biológica se solapam, sejam globalmente incoerentes, e até, em determinados contextos, contraditórias. Afinal, a universal experiência humana dos dilemas éticos, tão explorada como recurso literário e de reflexão filosófica, bem poderia deixar suas raízes no caráter fluxo e pouco coerente de nossas intuições e emoções morais.

E aqui chegamos ao problema seguramente mais interessante que se discute nesta secção: o de que, em verdade, não há razão para supor que, biologicamente falando, e ainda cambiantes e incoerentes, nossas intuições e emoções morais sejam idênticas para todos os indivíduos. Em certo sentido, parece até intuitivo que se deva presumir exatamente o contrário. Desde logo, um teorema da genética das populações nos assegura a diversidade biológica dentro de qualquer clã darwiniano. Consequentemente, podemos estar razoavelmente seguros de que, no que se refere às suas raízes biológicas – e já nos ocupamos do assunto introduzindo a necessidade da devida cautela –, nossas intuições e nossas emoções morais são, *até certo ponto*, diversas: nem todos os indivíduos da espécie *Homo sapiens* compartilham exatamente as mesmas (Singer, 1999; Browne, 1998).

Mais patente ainda se faz este problema quando consideramos os valores, as intuições e as emoções morais culturalmente modeladas. Se há um sentido em que se pode dizer que a vergonha (que se refere ao “não bom” – Tugendhat, 1997 e 1988; Domènech, 1989) é uma emoção moral universal, entanto que biologicamente entranhada (Demócrito apresentou a *aidesthai autón*, a vergonha de si próprio, como origem e fundamento de toda a ética), de nenhuma maneira cabe dizer o mesmo da emoção moral da culpa (relativa à violação do “tem de”), que tem um caráter de todo ponto cultural e é, civilizatoriamente falando, demasiada paroquiana (Gibbard, 1990). De fato, nem sequer dentro de determinada cultura há de se pressupor homogeneidade nos valores, nas intuições e nas emoções morais de seus membros. As sociedades estão atravessadas por conflitos, escindidas em interesses de classe social e de outros tipos, crescentemente manifestos. É de se temer que os valores, as intuições e as emoções

morais estejam, senão modeladas, (mas sim) pelo menos marcadas por esses interesses desencontrados.

Mas se o cultivo da racionalidade jurídica (e epistêmica) consiste em boa medida em corrigir os traços e em reparar os defeitos de desenho do aparato cognitivo que nos foi legado pela biologia e pela tradição cultural, então essa diversidade, que seria fatal para uma associação de robinsons e, muito especialmente, para racionalizar e despersonalizar (sem inibir a subjetividade) o trabalho interpretativo, longe de ser um inconveniente se converte em uma ferramenta de refinamento e melhora de primeira ordem em uma comunidade fundada no uso público da razão. Queremos dizer, tomados por separado, os inconvenientes de dois traços cognitivos contrapostos se acumulam e resultam danosos para quem os albergam: postos em comum, dois traços contrapostos tendem a anular-se. Tomados por separado, duas ferramentas defeituosas têm rendimentos defeituosos; postas em comum, não é improvável que alguns de seus defeitos resultem complementários, e que uma sirva para reparar e melhorar a outra.

Portanto, e à vista de tudo isso, a questão principal passa a consistir no fato de saber se é possível propor e defender, no âmbito das teorias sociais normativas e muito especialmente do direito e de seu processo de realização, sem se avilantar nem padecer de ingenuidade, o denominado critério do “equilíbrio reflexivo”²⁴⁰. Vejamos por partes.

Para começar, cabe recordar que o critério do *equilíbrio reflexivo* proposto por John Rawls (1971) sustenta que as teorias normativas, e em particular, as teorias sociais normativas, são suscetíveis de contrastação com uma peculiaríssima classe de fatos: *a de nossas intuições morais* (e como se verá mais adiante, um dos critérios básicos articulados e propostos em nossa argumentação radica no fato de que também o resultado da interpretação jurídica – nossos discursos jurídicos – é suscetível de ser contrastado com essa mesma classe de fatos).

²⁴⁰ Desde logo, os participantes na empresa cognitiva, sobre compartilhar um conjunto de objetivos, compartilham também – e sabem que compartilham, é publicamente notório que compartilham – um conjunto de regras do jogo. Por outra parte, à justificação dessas regras – a tarefa que aqui se propõe ao metodólogo – chega-se por meio de um “equilíbrio reflexivo”, e não há equilíbrios reflexivos “robinsonianos”, não há equilíbrios reflexivos sem o *uso público da razão: nemo solus satis sapit*. Esboçar e contrastar intuições e práticas, de um lado, e princípios, valores e normas sistematizadas, de outro, leva ineludivelmente a posta em comum dessas intuições e práticas e a livre discussão pública sobre o melhor modo de capturá-las conceitualmente e de justificá-las – ou criticá-las – normativamente. Daí a exigência de que todos os julgamentos sejam públicos e fundamentadas todas as decisões, isto é, na observação de Puigpelat Martí (1994), de que é a publicidade e a motivação que assegura racionalidade e, com isto, mais segurança às decisões.

Depois, a diversidade biológica, o fato de que nem todos os humanos tenham exatamente as mesmas intuições morais de raiz biológica (para não falar das modeladas pela cultura) – o fato, por exemplo, de que nem todos os humanos experimentem a emoção da vergonha com a mesma intensidade – , não representa um problema insolúvel:

a) primeiro, porque não são radicalmente diversas ao ponto de impedir ou comprometer seriamente os processos de deliberação comum; e parece firme a conclusão de que isso é assim, entre outras razões de peso, pela muito evidente (razão) de que uma espécie essencialmente social como a nossa não haveria conseguido prosperar de outro modo ;

b) segundo, porque pode, inclusive, representar uma vantagem se levamos em conta a possibilidade de que nossos valores e nossas intuições morais individuais sejam incoerentes ou estejam dificilmente articuladas; pois das duas teses juntas (a dos “defeitos” de nossas intuições e a da diversidade das mesmas e de nossos valores), segue-se que haverá também certa diversidade na distribuição dos “defeitos”, o que abre uma potente via para a mútua correlação destes (podemos servir-nos –já dissemos antes- de duas ferramentas diversamente defeituosas para reparar ou mitigar com uma os defeitos da outra).

Por essas razões, o equilíbrio que se deve buscar entre nossas teorias normativas e nossas intuições morais tem de ser um equilíbrio *reflexivo*, isto é, um equilíbrio de ida e volta. Nossas teorias normativas (ou nossos discursos jurídicos) devem ser a satisfação de nossas intuições (é mais: em boa medida, o que tratam de fazer é captar adequadamente o núcleo de nossas intuições)²⁴¹ ; mas tampouco há de

²⁴¹ Graças às investigações psicológico-cognitivas realizadas nos últimos anos sobre o que se veio a chamar *folk-science*, ou seja, sobre a sistematização teórica dos complexos de intuições com que está dotada a arquitetura cognitiva humana em diversos domínios (geometria, física, biologia, psicologia, sociologia), estamos agora mais bem preparados para entender o que quer dizer “captar adequadamente o núcleo de nossas intuições”. Nesse sentido, a axiomatização de Euclides captou o núcleo de nossas intuições sobre a estrutura geométrica do espaço. Uma reivindicação da física de Aristóteles – entendida esta última como o intento de captar o núcleo de nossas intuições físicas – pode ver-se em McCloskey (1983); sobre biologia *folk* é sugestivo o livro de Atran (1999); sobre sociologia *folk*, sobretudo Hirschfeld (1994); sobre *folk psychology* a bibliografia já é literalmente inabarcável: o disparo de saída foi dado pela polêmica Churchland (1986). E para o que aqui nos interessa, vale a pena observar que quando fazemos ciência positiva ou descritiva podemos contar com uma dupla determinação de nossas teorias: a que vem das intuições ínsitas em nossa arquitetura cognitiva (o que nos proporciona ou determina o repertório de nossas primeiras conjecturas e hipóteses) e a que vem dos fatos aos que submetemos nossas hipóteses (fatos que podem levar a conclusiva refutação de nossas teorias *folk*: como ocorreu com a física aristotélica, ou como ocorreu com

a geometria euclideana em tanto que teoria empírica sobre a estrutura do espaço) (Domènech,1998). Ao contrário, quando fazemos ciência ou filosofia social normativa, só podemos contar com a primeira das determinações, o que implica dizer que nenhuma teoria normativa pode reduzir folgada e discricionariamente o estágio *folk*. De fato, recentes investigações transculturais convergem em apontar que todos os humanos possuem um conjunto de capacidades mentais básicas que facilitam um acesso diferenciado e solapado a distintos domínios da natureza: a mecânica intuitiva ou *folk mechanics* (sobre os limites ou contornos dos objetos e seus movimentos), a biologia intuitiva ou *folk biology* (sobre as configurações das espécies biológicas e suas relações) e, também, a *folk psychology*. Note-se, neste particular, que é precisamente no âmbito das ciências sociais normativas (aqui incluídas a Ética e o Direito) que surge a pergunta se a ação humana pode explicar-se do mesmo modo em que as ciências naturais explicam os fenômenos em seu domínio. E as distintas respostas possíveis a esta pergunta levam, por sua vez, a subseqüentes perguntas: se é que *sim*, por quê nossas explicações sobre a ação humana são menos precisas e menos informativas que as explicações científicas das ciências naturais? Se a resposta é que *não*, quer dizer, que os métodos da ciência natural são inapropriados, então, qual é a forma correta de explicar cientificamente a ação? E se não há maneira de explicar cientificamente a ação humana – como defendem alguns filósofos, juristas e cientistas sociais - , por quê a ação humana requer um enfoque distinto do modelo adotado pela ciência natural, e que classe de enfoque? Estas perguntas constituem, em última instância, o transfundo das ciências sociais normativas desde sua origem e denotam que, geralmente, o tipo de pergunta que se faz determina em grande medida o tipo de resposta que se quer obter. Agora: é realista pensar que o fato de que em ciência social normativa não se faça explícita uma descrição da natureza psíquica humana tenha sua razão na aceitação geral de uma teoria psicológica suficientemente robusta e informativa? Posto que na psicologia científica atual não há acordo acerca de de uma teoria unificada, a resposta deveria ser negativa. Mas cabe outra interpretação, uma vez que não são raras as situações em que a teorização social quanto aos supostos da natureza psicológica humana sobre os quais se constrói são implícitos e, com frequência, tácitos. Nas ciencias sociais, uma razão de peso para eludir predefinições psicológicas foi a aceitação de uma tradição herdada, segundo a qual está fora de discussão que as pessoas atuam para conseguir aquilo que desejam, dadas umas crenças. Trata-se de uma definição precisa e simples que pressupõe que o objeto de estudo da ciência social é a ação humana (já seja individual ou em agregados institucionais) e pressupõe, assim mesmo, que a ação humana está determinada por uma conjunção de desejos e crenças que a sua vez são razões e causas da ação. Dito em termos filosóficos, a persistência deste esquema da psique humana de fundo se explicaria porque cada um de seus elementos dá conta de uma “classe natural” de fatos do mundo (a conduta humana e suas causas) e viria avaliada por sua inegável eficácia preditiva na vida social dos humanos. Pois bem, no particular contexto de tais considerações, parece-nos razoável tratar - ainda que brevemente - da força da *folk psychology* e suas limitações, utilizando (e repetindo), para tanto, os argumentos articulados por Mundó (2005: 29-54): “*los humanos navegamos con gran facilidad en el proceloso mar del mundo social por mor de la eficacia del simple esquema que conecta la acción humana con los deseos y las creencias. Desde la noche de los tiempos, los humanos somos capaces de entender de un modo sorprendentemente sencillo la acción de alguien si conocemos cuáles son sus creencias y cuáles los deseos que le animan. En otro sentido, podemos predecir con gran fiabilidad cuál va a ser la acción que emprenderá otra persona si de antemano conocemos cuáles son sus deseos y creencias. Más aún, conociendo cuál ha sido su acción y cuáles sus deseos podemos inferir verosímelmente qué creencias albergaba. Y, en fin, sabiendo cuál ha sido su acción y cuáles sus creencias podemos conjeturar muy aproximadamente cuáles eran sus deseos. En lenguaje de filosofía de la mente este esquema es conocido como folk psychology o psicología intuitiva o de sentido común. Se trata de una supuesta explicación de la naturaleza psicológica humana que funciona con extraordinaria precisión al dar cuenta de las interacciones sociales entre los miembros de la especie. De aceptar que las categorías descriptivas de sentido común de la folk psychology son correctas, es decir, de aceptar que las acciones, los deseos y las creencias*

son descripciones que, como diría Aristóteles, dividen las diferentes partes de la realidad por sus articulaciones, la pregunta relevante sería si la folk psychology puede coadyuvar a una explicación causal de los mecanismos subyacentes de la acción humana. Los humanos depositamos una gran confianza en la folk psychology porque nos permite hacer inferencias, predictivas o retrodictivas, que resultan empíricamente muy fiables. Se trata de un esquema que utilizamos de una forma inconsciente, al igual que ocurre con la gramática que regimenta nuestra habla, la cual evita que cometamos errores sintácticos básicos sin que necesariamente tengamos conciencia de ello. Si de esto dedujéramos que las explicaciones folk psychology funcionan muy bien como explicaciones causales de la acción humana, que acotan y dan cuenta plausiblemente de la intencionalidad humana, podríamos llegar a pensar sin violencia conceptual que la folk psychology es una excelente candidata para dar forma a las explicaciones en ciencias sociales normativas. Entonces, nos preguntaríamos, ¿por qué no dejar que la ciencia social trate de desarrollarse a partir de explicaciones folk, si resulta que éstas nos garantizan un éxito predictivo tan estimable? Se trataría de ampliar esta “teoría” a partir de la comprensión de las interacciones de los individuos, hasta llegar a la modelización de las interacciones que ocurren en las instituciones sociales entre un gran número de individuos, y también hasta las interacciones entre individuos cuyas culturas y formas de vida son distintas de las propias. Más que una mera hipótesis, es un hecho que una parte importante de la ciencia social se ha desarrollado a partir de un esquema folk, a menudo sin tener plena conciencia de ello. Regiones relevantes de la ciencia social han tomado la folk psychology como un mecanismo de descubrimiento de significados, de comprensión de los hechos sociales humanos, de vía por la que se puede hacer inteligible la acción humana, de modo que ha permitido desechar explicaciones causales fuertes —en el sentido de las que se pretenden en las ciencias naturales. En este sentido, que conecta con la venerable tradición de la hermenéutica y las Geisteswissenschaften (o ciencias del espíritu, en oposición a las Naturwissenschaften o ciencias naturales), el propósito de las ciencias sociales no sería el de explicar —en sentido causal fuerte— sino el de comprender —de algún modo explicar, utilizando las razones como causas de la acción—, el de hacer inteligible la acción. Cabe preguntarse, por tanto, si la economía, la sociología, la antropología, la ciencia política, la historia, la ética o el derecho tienen a su disposición —vía folk psychology— una teoría causal de la acción humana en sentido fuerte o si sólo pueden aspirar a utilizarla para hacer inteligible la acción humana. Lo normal en ciencia empírica a la hora de establecer una conexión causal (fuerte) entre A y B es disponer de descripciones de A y de B que sean conceptualmente independientes del vínculo causal existente entre ellas. Cuando afirmamos, por ejemplo, que hay un vínculo funcional y causal entre la presión de un gas, su volumen y su temperatura, tenemos medios de controlar todas esas variables (de describirlas y de medirlas) de un modo conceptualmente independiente de la Ley de Boyle que expresa el vínculo funcional (y causal) entre ellas. Eso es lo que hace que esa ley sea, en principio, corregible y ajustable empíricamente. En cambio, no parece fácil encontrar descripciones de las creencias, los deseos y las acciones de los individuos que sean conceptualmente independientes entre sí y conceptualmente independientes del esquema básico o “ley” de la folk psychology. Parece difícil imputar deseos y creencias que expliquen la acción de alguien de un modo conceptualmente independiente de la hipótesis (esa hipótesis es la “ley” de la folk psychology) de que ese alguien es coherente o racional en algún sentido que nos haga inteligible su acción. El problema radica en que la peculiar noción de causalidad comprensiva (utilizar las razones de la acción como causas de la acción) tiene su talón de Aquiles en que la “ley” de la folk psychology no sería interpretable causalmente en ningún sentido filosófico serio; esa, digamos, “ley” sería empíricamente incorregible y sólo serviría para hacernos inteligible la acción humana, para hacernos comprenderla, no explicarla. Y la imposibilidad de corrección empírica haría que las hipótesis resultantes corrieran el serio riesgo de ser vacuas o arbitrarias. El círculo hermenéutico formado por deseos, creencias y acciones sólo permitiría, pues, explicaciones fatalmente circulares. De modo que toda la fuerza de la folk psychology, su innegable poder para realizar inferencias sobre los estados mentales intencionales de los individuos en las interacciones cotidianas, se vuelve contra ella cuando se pretende extenderla

se descartar que, uma vez ordenadas e sistematizadas nossas intuições morais por uma teoria normativa (ou discurso jurídico) consistente e informativa, esta nos ajude a ver as limitações ou as incoerências dessas intuições, cominando-nos a emendá-las e ainda a podá-las .

E o fato de que seja possível emendar e podar nossas intuições não implica que possamos reduzir o caráter da sistematização teórica do complexo de intuições com que está dotada a arquitetura cognitiva humana em diversos domínios (o caráter *folk*) das teorias sociais normativas. Ocorre simplesmente que as intuições arraigadas em nossa arquitetura cognitiva, moral e emocional estão verossimilmente regimentadas em módulos ou domínios específicos (funcionalmente independentes), desenvolvidos ao longo do tempo evolutivo e que se destinam a realização de tarefas específicas (Hirschfeld e Gelman,1994; Barkow,Cosmides e Tooby,1992).

Ao aplicar a essas intuições esquemas gerais ou universais de raciocínio, podemos tratar de transcender essa regimentação e buscar uma coerência intra-específica. Trata-se de um exercício de distanciamento intelectual com relação aos domínios específicos em que estão estruturadas nossas intuições – morais ou de outro tipo –, de um exercício no qual se despreza uma intencionalidade de segunda ordem. Esta, em qualquer caso, poderia ser uma das justificações psicológicas mais profundas

a otros ámbitos de la teorización social que sobrepasen el nivel folk, intuitivo o de sentido común. De todo esto podría desprenderse que, o bien optamos por considerar que la ciencia social es un ámbito gnoseológico autocontenido que no requiere hacer explícitos los principios ni la metodología de investigación procedentes de otras disciplinas (una suerte de reino causalmente aislado), de modo que no nos queda otra salida que la vía de exploración hermenéutica, en alguna de sus innumerables ramificaciones; o bien, si seguimos considerando epistémicamente irrenunciable la necesidad de encontrar explicaciones causales empíricamente corregibles y consideramos, además, que para conseguirlo es condición necesaria que la ciencia social tenga en cuenta los resultados de las ciencias adyacentes, debemos optar por reconceptualizar la relación entre la ciencias sociales normativas , la psicología y la neurociencia". E é precisamente a psicologia evolucionista - buscando estabelecer a conexão causal entre o mundo biológico e o psicológico, e entre este e o social - que permite explorar uma via alternativa a essa reconceitualização dos desejos e as crenças, que são variáveis inerentemente inobserváveis. Se os desejos ou crenças não são somente o produto da socialização e não emergido em todas as culturas, então a hipótese causal mais verossímil é que nossos programas de desenvolvimento ou arquiteturas cognitivas nos impõem esta forma de interpretar o mundo interno dos demais humanos: as inferências sobre os estados mentais dos demais seriam geradas por um sistema cognitivo domínio específico denominado "módulo da teoria da mente" (Leslie, 1987). Trata-se, em síntese, de uma reconceitualização da relação entre a mente e o mundo social que, por sua vez, implica caminhos inéditos de exploração, categorização e explicação causal da realidade social – e como a atividade mental está baseada e é possibilitada pelo cérebro (nos padrões de interações dinâmicas entre múltiplas regiões cerebrais), a neurociência também joga um papel fundamental nesse processo de reconceitualização.

da idéia segundo a qual não há vida moral ou jurídica, nem bom conhecimento, sem intencionalidade de segunda ordem (sem preferências sobre preferências, ou sem crenças sobre crenças)²⁴².

Por esta forma, o equilíbrio reflexivo se alcançaria idealmente quando o resultado de nossa interpretação, justificação e aplicação do direito acabassem casando com nossas intuições, após um período mais ou menos dilatado de reflexão (pública) e emenda mútua entre livres que se reconhecem como iguais em dignidade e em direitos. Nas palavras de Habermas (1991), e com exceção dos casos em que pode ver-se frustrado o consenso, é da essência desse procedimento supor, pragmaticamente, que em princípio todos quantos possam ser afetados por uma interpretação/decisão, participem, como livres e iguais, em uma *busca cooperativa da verdade*, busca essa na qual a única forma legítima de coerção que se pode exercer é a coerção sem coerções que exercem os bons argumentos.

Em resumo: admitindo que os resultados de nossas interpretações são suscetíveis de contrastação com a peculiaríssima classe de fatos das *intuições e emoções morais* (e que nos proporciona ou determina o repertório de nossas primeiras conjecturas e hipóteses), nossas intuições, emoções e sentimentos morais, inatos e adquiridos, constituem a pedra de toque dos discursos jurídicos. As emoções morais jogam o mesmo papel no direito que as observações empíricas na física. Por muito plausível que resulte uma teoria física, se contradiz a nossas observações, tanto pior para a teoria física. E por muito eloqüente que seja uma interpretação jurídica, se a partir dela resultam conclusões ou discursos contrários a nossas intuições e sentimentos morais, tanto pior para a interpretação jurídica. Se uma interpretação jurídica conduz a resultados que chocam frontalmente com minhas emoções, revisarei

²⁴² Frankfurt, 1971; Domènech, 1989 e 1997; Lehrer, 1990. Note-se que segundo a teoria do livre-arbítrio de Harry Frankfurt (1971), os humanos e outros muitos animais têm o que ele denomina “desejos de primeira ordem”, como o desejo de comer, praticar o sexo ou fumar. Mas somente os humanos, diz, têm “desejos de segunda ordem”, desejos *acerca dos* desejos de primeira ordem, como o desejo de deixar de fumar (fumar é um desejo de primeira ordem). Para Frankfurt, sentimos que atuamos livremente se atuamos não somente de acordo com nossos desejos de segunda ordem, senão também se fazemos que estes desejos sejam voluntários. Embora não seja uma tarefa fácil afirmar que não haja animais diferentes dos humanos que tenham desejos de segunda ordem, desejos acerca de seus desejos de primeira ordem, parece evidente que os desejos de segunda ordem e o desejo de que ditos desejos se convertam em voluntários são claramente adaptativos para uma espécie tão social e possuidora de consciência como a humana. É possível, pois, que o sentimento de livre-arbítrio seja simplesmente um subproduto da evolução dos desejos de segunda ordem e da correspondente vontade de tê-los. (Stamos, 2009:99)

a interpretação, não as emoções. No melhor dos casos, chegaremos a um equilíbrio reflexivo entre interpretação e sentimentos.

Em nossa reflexão moral se dá um processo contínuo em que nossas emoções e nossas memórias guiam as nossas interpretações e nossas interpretações educam as nossas emoções. Por vezes, contudo, colocar nossas emoções morais sobre a mesa não constitui nenhuma panacéia ético-jurídica, não conduz por si mesmo a nenhum acordo e em ocasiões pode inclusive resultar contraproducente e arriscado. Nesses casos, o remediar essa situação implica que ditas emoções passem pelo crivo de uma reflexão moral mais demorada: de uma reflexão eticamente comprometida com o imperativo segundo o qual o direito deve ser manipulado de tal maneira que suas consequências, sempre compatíveis com a maior possibilidade de evitar ou diminuir o sofrimento humano, permitam a cada indivíduo viver com os demais em uma comunidade verdadeiramente ética, isto é, com a criação de um modelo sócio-institucional livre, justo e solidário que permita a constituição de uma comunidade de homens livres e iguais unidos por seu comum, legítimo e compartilhado submetimento ao direito e em pleno e permanente exercício de sua cidadania.

Seja como for, o certo é que, com frequência, nossos sentimentos respondem a um processamento da informação mais minucioso e profundo e não por inconsciente menos sofisticado que as ideologias e teorias “conscientemente” articuladas. Muitas das aberrações de nosso tempo se devem à desativação de nossos sentimentos de compaixão e empatia e à aplicação implacável de teorias e ideologias aprendidas nos livros. Em qualquer caso, o ser um bom intérprete tem mais que ver com os sentimentos, as emoções, as atitudes e disposições do que com o conhecimento de (ou de acordo com) alguma abstrusa teoria jurídica. (Mosterín, 2006).

9.2. Discurso jurídico: racionalidade e consenso

A “reabilitação da razão prática” que vivenciou a filosofia dos últimos decênios repercutiu na filosofia jurídica com o auge de uma série de doutrinas enquadradas sob o rótulo de teorias da argumentação jurídica. Dado comum a todas elas é o de tratar de arrancar o irracionalismo das valorações que acontecem na práxis jurídica, nomeadamente a jurisdicional.

Contra o irracionalismo já se havia esgrimido uma visão científicista da razão, segundo a qual não existiria outra maneira de acreditar racionalidade para nossos enunciados que a contrastação fática (verdade empírica) ou a correção lógica, de caráter puramente formal (verdade lógica). Sem embargo, as teorias da argumentação partem do suposto de que nos âmbitos da razão prática, quer dizer, os relativos a afirmações guiadas por valorações e tendentes a orientar a ação livre dos sujeitos, nem é possível a demonstração da verdade ou falsidade empírica, nem tão pouco é suficiente a correção lógica como garantia de racionalidade, sem que para isso, como afirmam, se esteja ingressando nesses âmbitos irremediavelmente imersos à pura irracionalidade ou subjetivismo.

Daí que a racionalidade, aqui, se transmuda em racionalidade prática ou razoabilidade e se expresse na idéia de que ali onde se opera com valorações, a postura ou opção mais racional será aquela que esteja avalizada pelas melhores razões, pelos argumentos mais aceitáveis. E dada a (limitada) incomensurabilidade apriorística dos valores em pugna, pressupondo a capacidade dos indivíduos auto-interessados para optar pelo que em maior medida permita realizar seus planos de vida no contexto de uma vida comunitária, se acaba por entender de um ou outro modo, nas teorias da argumentação, que os sujeitos são capazes de pôr-se de acordo (sempre e quando o debate transcorra nas adequadas condições de liberdade, igualdade, respeito e participação) acerca de quais são essas opções valorativas que em cada caso melhor asseguram o interesse de todos; o que é tanto como dizer que as opções valorativas plasmadas no discurso estão avalizadas pelas razões mais convincentes e aceitáveis para todos.

Assim que a idéia de aceitabilidade que aparece como um requisito fundamental para avaliar a razoabilidade de um discurso jurídico se refere, prioritariamente, a de consenso ou acordo da comunidade. O intérprete do direito é

responsável ante o meio social frente ao qual deve assegurar a plausibilidade de suas soluções. Cabe ao operador do direito o dever de procurar que suas valorações estejam em consonância com as valorações prioritárias do grupo social, uma vez que o próprio sentido de “racionalidade” e aceitabilidade sobre o caráter razoável de uma determinada solução passa a ser entendido como “possibilidade” ou “capacidade” de consenso sobre questões de justiça comunitariamente compartilhadas. Em uma palavra, porque as valorações não podem ser objeto de prova ou de contrastação empírica, senão de fundamentação, o conhecimento judicial do direito tem de estar orientado para a sua (potencial) capacidade de consenso.

De um modo geral, é possível admitir duas formas de consenso: um consenso fático e um consenso de tipo ideal ou fictício. A exigência de que para que uma decisão jurídica possa ser razoável deva ser aceita *de fato* por uma determinada comunidade é uma exigência que está abarrotada de sentido. Sem embargo, não parece que o consenso fático deva ser considerado como o único critério para eleger entre duas ou mais decisões que, em princípio, pretendam ser razoáveis - ainda que provavelmente sim que seria possível pensar-se que a não aceitação *de fato* é uma condição suficiente para justificar a adoção de uma decisão razoável, em lugar de uma estritamente lógico-dedutiva.

Ademais, uma das dificuldades que levanta o consenso fático é que teria que servir, precisamente, como critério para resolver casos difíceis (ou trágicos)²⁴³, quer

²⁴³ Note-se que alguns doutrinadores sustentam a ocorrência, junto aos casos fáceis e difíceis, dos chamados casos trágicos, como por exemplo, Atienza, 1997. Dworkin (1989) denomina de “casos difíceis” (“*hard cases*”) aqueles casos que se apresentam aos tribunais nos quais há um grau mais elevado do normal de incerteza respeito ao resultado, devido a que não há uma norma preexistente que rija a situação pertinente ou que, em havendo, pode parecer inadequada para produzir um resultado satisfatório; em casos como estes soe haver fatores que empurram aos juízes em diferentes direções. Deve entender-se, contudo, que Dworkin utiliza este termo a sua maneira, isto é, não utiliza o termo como se o usasse na linguagem ordinária para referir-se aos casos que são difíceis de entender ou cujo resultado parece difícil, quer dizer, que causa desgraças devido a um resultado injusto para uma das partes (Riddall, 1991). De uma maneira geral, entende-se por difícil um caso quando: não há uma resposta correta ao caso; as formulações normativas são ambíguas e os conceitos que expressam são vagos, possuem leitura aberta, etc; o direito é incompleto ou inconsistente; não há consenso acerca da resolução do caso na comunidade de juristas; o caso não é rotinário ou de aplicação mecânica da lei; o caso somente é decidível sopesando disposições jurídicas em conflito, mediante argumentos não dedutivos; requer para a sua solução de um juízo baseado em princípios e/ou valores; e, a solução do caso envolve necessariamente a juízos morais (Navarro, 1993). Nas palavras de Amaya Navarro (2009: 38-39), a “*distinción entre casos fáciles y casos difíciles es una distinción común en teoría del derecho. En los casos fáciles, las decisiones jurídicas se justifican apelando al llamado “silogismo judicial”, es decir, mostrando que la decisión es la aplicación de una norma jurídica general (la premisa mayor del silogismo) a los hechos del*

dizer, casos a respeito dos quais não há um acordo claro: uma parte da comunidade, o grupo A, respalda a decisão X, enquanto que outra parte, o grupo B, faz o mesmo com Y. A questão poderia resolver-se, naturalmente, utilizando a regra da maioria, mas é bem possível que com isso tropeçássemos então com outro problema não menos importante, o da comunidade, aqui entendida como o todo concreto e intersubjetivo dos sujeitos, onde a intersubjetividade é o modo pelo qual os sujeitos estão constituídos uns a partir da subjetividade (cerebral, lingüística, cultural, histórica e ética) dos outros.

De fato, no âmbito do jurídico operam diversas comunidades ou auditórios: o tribunal que tomou a decisão, o conjunto dos tribunais de um Estado, a doutrina jurídica, os afetados pela decisão, o conjunto da sociedade, etc. E não é nada infrequente que nos diversos auditórios se produzam acordos majoritários, mas de

caso particular (la premisa menor del silogismo). En los casos difíciles, sin embargo, para que la decisión jurídica esté justificada, no es suficiente mostrar que la decisión es una aplicación de una norma a un caso concreto. En estos casos, hay problemas relativos bien a la premisa normativa, bien a la premisa fáctica y es necesario realizar una justificación de segundo orden, como la llama MacCormick, es decir, es necesario justificar las premisas de las que parte el silogismo judicial. Los problemas que dan lugar a casos difíciles son de distintos tipos. MacCormick diferencia entre los problemas de interpretación y relevancia, en relación con la premisa mayor, y los problemas de prueba y calificación, en relación a la premisa menor. Los problemas de interpretación surgen cuando hay términos ambiguos o conceptos vagos en la formulación de la norma aplicable que requieren ser interpretados. Los problemas de relevancia se enfrentan en aquellas ocasiones en que es controvertido si existe o no una norma aplicable al caso. Los problemas de prueba se plantean en casos en los que hay dificultades para determinar cuáles fueron los hechos. Por último, los problemas de calificación surgen cuando, una vez determinados los hechos, es discutible la calificación jurídica de los mismos. En todos estos casos, es necesario justificar por qué se acepta una determinada interpretación de los hechos y del derecho, es decir, es necesario dar razones que apoyen la selección de las premisas fáctica y normativa de las cuales se deriva la decisión judicial.” Seja como for, persiste um enigma: que é exatamente o que há nos casos difíceis que os faz difíceis?; ou – uma pergunta melhor- que é o que há nos casos fáceis que os torna fáceis? Cosmides e Tooby (1992), parecendo haver descoberto um fóssil de nosso passado nietzscheano, apresentaram uma hipótese evolucionista, e é difícil de imaginar que esta idéia houvesse ocorrido a qualquer um que não seja precisamente consciente das possibilidades do pensamento darwiniano: os casos fáceis são todos aqueles casos que são interpretados sem dificuldade como as tarefas de vigilância de um contrato social ou, em outras palavras, o descobrimento dos tramposos. E isto mostra exatamente que, para nós humanos, é mais fácil raciocinar sobre uns temas que sobre outros, isto é, uma vez que a seleção natural nos desenhou para resolver certo grupo de problemas levantados pelo entorno (ecológico e social) no qual evolucionamos, quando surge uma solução de baixo custo a tendência é que esses módulos específicos se instalem e que sigamos nossas conatas predisposições de considerar o mundo de uma determinada maneira inata e a efetuar, “sem grandes esforços cognitivos”, determinadas eleições frente a outras. De uma perspectiva estritamente jurídica, casos fáceis são aqueles (que certamente existem) nos quais não há mais que uma aplicação pura e simples do direito e cuja justificação consistiria em efetuar uma mera dedução, o consabido silogismo judicial, isto é, aqueles em que a questão em litígio está determinada pelos standards jurídicos existentes.

significação contraposta (por exemplo, um critério mais seguido na prática é muitas vezes majoritário ou inclusive unanimemente criticado e não admitido pela doutrina). É bem verdade que a principal dificuldade do consenso fático não radica exatamente neste ponto, senão no fato de que na construção dos acordos jogam sempre um papel fundamental os prejuízos sociais, a diversidade de nossas intuições e emoções morais, os interesses contrapostos, o nível de informação do auditório, a distinta habilidade argumentativa dos que sustentam uma e outra opinião e, em geral, uma série de circunstâncias, de fatores espúrios, que fazem com que não seja possível identificar-se sem mais a “opinião majoritária” e/ou a “opinião razoável” - o que não implica, evidentemente, que se deve excluir *a priori* a possibilidade de que em ocasiões a opinião razoável (ou a “mais razoável”) seja precisamente a opinião de fato da maioria.

Mas se em lugar de um consenso de tipo fático apelamos a um de tipo ideal de consenso, é muito provável que possamos solucionar estes problemas, ainda que, desde logo, se voltará a tropeçar com outras dificuldades igualmente relevantes e de não simples solução. Uma, por exemplo, é a dificuldade de poder utilizar operativamente esta noção, tendo em conta o fato de que a prova da razoabilidade (ou da maior razoabilidade) de uma decisão radicaria em um juízo simplesmente hipotético: uma vez cumpridas certas condições, se produziria um acordo em torno a uma determinada decisão. Mas o problema é que quem deve emitir esse juízo hipotético são seres reais, por exemplo, A e B, e é possível que A pretenda que o acordo se produza em torno a X, e B que em torno de Y. Outra dificuldade consiste na determinação de quais são essas condições ideais em que devem interatuar os agentes.

A primeira dificuldade parece mais bem insolúvel, ainda que talvez tenha um caráter menos grave do que parece a primeira vista. Depois de tudo, o consenso fático também teria que operar muitas vezes hipoteticamente e, ademais, o raciocínio jurídico é sempre, em um aspecto importante, hipotético - na medida, precisamente, em que todo o raciocínio jurídico parece ser em essência consequencialista: por exemplo, uma maneira muito freqüente de argumentar em direito consiste em preferir a solução X a Y, porque X *produziria* melhores resultados (MacCormick, 1978).

Para resolver o segundo problema, contudo, parece oportuno ter em boa conta a circunstância de que um discurso real, fundamentado na experiência da vida prática, leva a um acordo ou consenso que deve poder ser analisado no contexto de situações interativas e intersubjetivas: o que significa que estão presentes no discurso não

somente o estado das coisas, a que se refere a linguagem, senão também as intenções (crenças e desejos) dos agentes e inclusive as relações interpessoais nas quais as palavras e o próprio acordo recebem seu valor.

No que aqui interessa nos limitaremos a supor que aqueles que cumprem ditas condições são agentes racionais e razoáveis, suficientemente informados, imparciais, livres e iguais, e que estas noções, ademais de suficientemente claras, possibilitam a inclusão do consenso no processo de constituição intersubjetiva de uma decisão correta. A partir desta suposição é possível colocar-se o problema de como haveria tais agentes para pôr-se de acordo à hora de estabelecer critérios básicos de justiça concreta, e sobre quais seriam estes critérios.

E parece ser que o melhor caminho para solucionar o problema de “como” e “em que ponto” se alcançaria um consenso válido e legítimo intersubjetivamente, será o de recorrer aos processos de deliberação pública racional, que põem em comum nossas diversas e “defeituosas” intuições e emoções morais e as corrigem e reparam, muito embora por este processo o acordo possa ver-se frustrado em ao menos dois casos: *a)* quando a divergência das intuições morais e interesses é demasiado radical, ou *b)* quando as intuições morais e interesses estão demasiado fortemente marcados por motivos pugnazes.

No primeiro caso, as intuições morais e os interesses podem apresentar uma diversidade tal, que torne impossível a deliberação racional entre comunidades muito distintas- não digo que seja assim, mas, se assim ocorresse, então haveria que restringir a uma só comunidade a aspiração de consenso. No segundo caso, mas ainda restringindo a um só tipo de comunidade com determinada tradição histórico-cultural, se nos apresenta o problema da divisão da própria comunidade em subgrupos de interesses encontrados e ainda hostis . Se nos coloca, aqui, o problema de que as intuições e emoções morais da gente possam estar irreparavelmente marcadas por seus interesses.

Ora, não há deliberação pública racional possível, como tão pouco viabilidade intersubjetiva de consenso, nem em condições de radical conflito de interesses aberto e nem no *bellum omnium contra omnes*. O único que cabe dizer aqui é que estas situações extremas – mas nem muito menos infrequentes – caem fora do espaço das condições de possibilidades do consenso, pelo que sai sobrando nelas qualquer teoria acerca de discurso prático normativo baseado no consenso. Nestes casos, o resultado de uma interpretação fica condicionado a um critério de autoridade que se lhes impõem

por meio de uma verdade que não convence a todas as partes participantes do discurso – e a verdade que não convence não passa, em última análise, de força bruta.

Assim que a estratégia a seguir para tornar operativo o critério do consenso ideal ou fictício em relação com as interpretações/decisões jurídicas razoáveis parece ser a de buscar pontos de acordo ou de equilíbrio material²⁴⁴ entre exigências contrapostas, isto é, entre as intuições morais e os interesses que consubstanciam as argumentações que tratam de fundamentar discursos aceitáveis. E isto se daria mediante um processo cognitivo de “cedência recíproca” ou de “mútua correção”, no sentido de congruar as intuições morais e os interesses aparentemente contraditórios desde que abdicassem da pretensão de serem considerados de forma absoluta. É certo que as dificuldades aumentariam na medida em que o acordo se produzira somente em relação com princípios ou valores de caráter muito abstrato, mas parece que, afortunadamente, nas questões jurídicas – inclusive naquelas que afetam as normas situadas mais acima na pirâmide normativa – não é comum ser este o caso.

Quem interpreta e aplica o direito encontra-se sempre vinculado (se sente vinculado) por princípios, valores e normas que, de certo modo, representam a formalização de regras de conduta social, sobre as quais uma grande quantidade de pessoas concorda, e que não somente refletem as inclinações comportamentais senão que também oferecem benefícios potenciais àqueles que as seguem. O controle de razoabilidade das decisões jurídicas depende, assim, ao menos em uma muito ampla medida, da busca destes pontos de equilíbrio, de reparação e ajuste mútuos que, de certo modo, acabam por reforçar o sentido de justiça, segurança e certeza jurídica. A tendencial e intuitiva aspiração de um consenso resultam imprescindíveis para agentes sociais não oniscientes; só um ser onisciente poderia prescindir desta dimensão complementar e intersubjetiva da “verdade” jurídica.

Logo, quanto mais membros de uma comunidade ideal aceitem determinado discurso jurídico normativo, porque amigável com sua forma de vida e suas intuições e

²⁴⁴ Em todos os casos difíceis ou trágicos parece possível falar-se de uma contraposição entre intuições morais, valores ou princípios que devem sopesar-se até chegar a um equilíbrio. Sem embargo, dito equilíbrio, naturalmente, não se encontra sempre (quicá nunca) em um “termo médio”, posto que as intuições morais, os valores ou princípios podem não ter o mesmo “peso”, de maneira que o equilíbrio se encontraria então, sempre em função das condições concretas e de justiça material circunstancialmente mobilizada, em um ponto mais próximo a um extremo que o outro. Ou, dizendo de outra maneira, o termo médio está em função dos extremos, mas estes não estão já formados mediante a simples referência a tais intuições, valores ou princípios, senão que tem que constituir-se, em cada caso, a partir destes materiais.

emoções morais, tanto maior será a relevância social do mesmo. Não parece possível encontrar meios melhores para “medir” a legitimidade dos princípios, valores e normas à que eventualmente venha a fazer referência esse hipotético discurso. Somente por esta via o princípio da correção estará conectado com a exigência de legitimidade e de validade intersubjetiva, e não com a simples, tirânica e autoritária “verdade”.

Depois, há que dizer, a busca desse consenso (ou validade/legitimidade intersubjetiva) não importa que o intérprete tenha que peregrinar sem fim no contexto do processo interpretativo, uma vez que, no estágio em que a interpretação se torna *aceitável* na comunidade interpretativa, chegará a uma posição muito parecida àquela em que uma hipótese das ciências naturais resulta confirmada – aqui a aceitabilidade estará baseada em concepções (frequentemente mais bem ambíguas) acerca de “como” os vínculos sociais relacionais têm de ser articulados e combinados e de “como” as expressões não de ser entendidas no contexto de uma determinada forma e comunidade de vida (Aarnio,1991). E o mais curioso é o fato de que uma vez que determinados discursos jurídicos são amplamente compartilhados dentro de uma comunidade, eles passam a ser considerados como uma espécie de realidade, muito embora exista apenas na mente das pessoas.

Com efeito, Searle (1997) já demonstrou que certos fatos são objetivamente verdadeiros somente porque as pessoas agem como se eles fossem verdadeiros, isto é, de que um fato social depende inteiramente da disposição das pessoas para tratá-lo como um fato. Não obstante, e em que pese a perspectiva aqui adotada acerca da iniludível interação natureza/cultura²⁴⁵, parece razoável ter em boa conta que os

²⁴⁵ Note-se que o direito, naturalmente, é um belo exemplo de cultura que emerge quando as pessoas reúnem e acumulam seus conhecimentos e quando instituem convenções para coordenar seus esforços, julgar e resolver seus conflitos: um fundo comum de inovações normativas e sociais que os indivíduos acumulam para ajudá-los na vida, e não uma coleção de símbolos arbitrários que por acaso surgem para eles ou se lhes impõem ilimitadamente sem qualquer tipo de restrição cognitiva inata. O modo como o direito pode ser compreendido em cerca de uma infinidade de níveis de análises relacionados, do cérebro e da evolução aos processos cognitivos dos indivíduos e aos vastos sistemas culturais, mostra como a cultura e a natureza humana pode relacionar-se, uma vez que aquela depende sobremaneira de um conjunto de circuitos neuronais responsável pela proeza que denominamos aprendizado. De fato, as possibilidades de conexões em outras áreas do conhecimento humano são abundantes, e as encontramos ao longo de todo este trabalho. O senso moral pode lançar luz sobre códigos legais e éticos. A psicologia humana ajuda-nos a compreender nossas motivações, nossas disposições normativas, sociais, éticas e políticas. A mentalidade da agressão e a tendência à cooperação ajuda a entender a guerra, as estratégias e os mecanismos de resolução de conflitos. As diferenças entre sexos são importantes para as políticas de gênero. Nossas intuições e emoções morais podem delimitar as condições de possibilidade e o potencial da capacidade de consenso dos discursos jurídicos. Racionalidade e emoção humanas podem

discursos jurídicos não são fatos sobre o mundo físico, como o número atômico do cádmio ou a classificação de um primata como mamífero. Consistem em uma interpretação compartilhada nas mentes da maioria dos membros de uma comunidade, em geral acordos para assegurar, conceder ou negar direitos e/ou deveres resultantes dos vínculos sociais relacionais aos quais a norma jurídica atribui o status de relação jurídica.

E embora o consenso exista entre um determinado grupo de pessoas, ele depende de uma capacidade cognitiva presente em cada indivíduo: a capacidade de compreender um acordo público para conferir validade formal e legitimidade substancial a um discurso jurídico, e de honrá-lo enquanto as outras pessoas também o fizerem. Dito de outro modo, em se tratando de consenso, assim como ocorre com tantos outros assuntos humanos, a natureza humana é um problema, mas também parece ser a solução: a arquitetura intrínseca do cérebro, nossos mecanismos mentais evoluídos, não permite ou não pode suportar a geração de um consenso baseado em qualquer tipo de discurso prático normativo. Pelo contrário, o discurso jurídico é recriado a cada momento histórico conforme passa pelas mentes dos humanos que o adotam e o corrigem mediante um processo contínuo autodeterminação, de compreensão recíproca e consenso intersubjetivo.

Por outro lado, e sob essa mesma linha de raciocínio, o consenso ou a aceitabilidade racional - ademais da assumida capacidade cognitiva de compreensão individual - tem igual relevância social em outro aspecto muito importante: fica assegurada a garantia do controle cidadão e da reciprocidade participativa como um relevante e firme passo no sentido de atingir o ponto em que se consuma a atuação da busca de um equilíbrio reflexivo (a que nos referíamos antes e do qual a interpretação é um vetor), no sentido não somente de garantir e satisfazer os mais estritos requerimentos relativos à nossa inata capacidade e necessidade de inferir os estados mentais, de compreender e prever o comportamento dos demais, mas igualmente o de justificar mutuamente nossas ações. Tais focos de garantia centram-se sob os ângulos do formal (como as *garantias processuais*) e substancial (como as *garantias metodológicas impostas em razão do modo como se processou a passagem de uma* –

lançar luz sobre nossa compreensão acerca do processo de interpretação, justificação e aplicação do direito. Em resumo, nossa compreensão de nós mesmos e de nossos artefatos culturais somente pode ser enriquecida pela descoberta de que nossa mente se compõe de intricados circuitos neuronais para pensar, sentir e aprender, em vez de tábuas rasas desenhadas e modeladas exclusivamente pela cultura.

provisória e parcial – pré-compreensão a sua definitiva motivação), sempre representativos do comércio de informações que se estabelecem entre o sujeito-interpretante, as partes, os valores, os princípios, as normas e os fatos. Por isto, nas diversas manifestações que se inserem no diálogo travado pelo juiz com a vida, atua a tarefa interpretativa como força motriz formadora e conformadora, considerando-se que por meio dela se definem os pontos de interpolação que levarão ao convencimento plasmado na decisão.

E porque a tarefa interpretativa vem a ser a mais alta expressão da “política” jurídica de um Estado (republicano democrático) de Direito, investida no caso concreto, resulta óbvia a importância, ou melhor, a necessidade de dispor de uma teoria interpretativo-argumentativa que permita conhecer como se chega a alcançar a solução correta (sempre em termos comparativos e não superlativos), ou seja, a solução razoável e racionalmente aceitável. O conhecimento adequado das bases reais da racionalidade jurídica permite construir um modelo de raciocínio jurídico capaz de garantir discursos práticos normativos os mais amigáveis possíveis para com nossas intuições e emoções morais e, em igual medida, aptos a viabilizar a realização do compromisso ético de utilizar o ordenamento jurídico e os valores fundamentais do direito para ir conquistando essas pequenas (e por vezes indefiníveis) “parcelas do justo” e, em igual medida, assegurar o incondicional respeito a essa invariante axiológica a que se soe denominar “dignidade da pessoa humana”.

Não obstante, no que diz respeito à moderna teoria do processo e da argumentação jurídica, se parece razoável inferir que estas já alcançaram consideráveis progressos nesse terreno, elaborando de maneira muito convincente regras metodológicas e processuais mais céleres e prescritivas de argumentação e de preferência, não menos prudente é admitir o fato de que nem sempre estas regras são, em verdade, apropriadas para o processo judicial. E isto porque, em verdade, o processo judicial é, antes de tudo, uma atividade estratégica e não comunicativa; aspira, em considerável parte, a obter uma utilidade e não só conhecimento verdadeiro, pois não é autônomo; os participantes estão sujeitos às normas jurídicas, inclusive a normas defeituosas; o processo não pode estender-se até o infinito, tampouco até a “saturação dos argumentos”, senão que termina também sem que medeie o consenso.

Hipocrisias à parte, o processo não deve servir somente à verdade ou à justiça, mas, assim mesmo e antes de tudo, à paz pública, razão pela qual as sentenças judiciais, também as (sentenças) incorretas, fazem a coisa julgada, o que não somente é

completamente impossível com o discurso prático geral senão que igualmente inconcebível em um Estado democrático que prima pela justiça concreta, isto é, pela construção de uma sociedade livre, justa e fraterna. Ademais, que todos os participantes em um processo judicial “esperem” que se argumente racionalmente, parece-me, desde uma ótica da experiência judicial prática, mais que duvidoso (afinal, as partes podem mentir, ocultar provas e dissimular ou manipular os fatos).

De fato, se analisamos o caso desse discurso jurídico particular, mas absolutamente central na experiência jurídica que é o processo, se confirmam as dificuldades com que tropeça a representação – como a das teorias processuais da argumentação jurídica racional – do processo como discurso em que diferentes falantes formulam argumentos considerados capazes de obter consenso. No processo não são livremente discutíveis todas as questões (como em câmbio sucede nas condições comunicativas ideais), senão somente as condições pertinentes ao processo mesmo e, como tais, admitidas.

Depois, ainda frente ao grande esforço da civilização jurídica por assegurar uma série de garantias normativas (como o devido processo legal, o contraditório, a dignidade igual – teoricamente ao menos – das partes, etc.), o certo é que os papéis no processo estão sempre distribuídos de modo desigual: por exemplo, o acusado no processo penal não comparece por sua espontânea vontade, senão porque se lhe convoca pela força. É também inegável que no processo a discussão e a decisão devem submeter-se às regras de procedimentos prefixadas, enquanto que a sentença do juiz deve - ou ao menos deveria - intervir em prazos breves, em todo caso em prazos conceitualmente limitados e em condições de informação incompleta.

Por último, a discussão entre as partes não termina com um acordo senão com uma sentença que cria distância entre elas e resolve de uma forma necessariamente autoritária a controvérsia. Decidir significa produzir um vínculo antes que no discurso se haja alcançado o consenso. Se houvesse consenso não existiria controvérsia. Este aspecto, o da presença de limites e vínculos no processo - entendido como o lugar privilegiado de uma discussão ordenada e ritualizada - e o raciocínio jurídico - entendido como um modelo de prática orientado à deliberação - introduz uma distância insuperável respeito ao modelo de discussão aberta e infinita concebido por algumas teorias processuais e argumentativas contemporâneas.

À diferença do que sucede em outros “casos especiais” de discurso prático, como por exemplo, no juízo moral, o juízo jurídico pode desenvolver-se e concluir-se

somente no marco das condições particulares estabelecidas no ordenamento jurídico, e requer a intervenção de sujeitos (os juízes) expertos e dotados de autoridade institucional. Em outras palavras, existe no juízo jurídico um elemento inevitável de autoridade, ajudado pela força e o uso do poder, que falta em outras formas do discurso prático. Desse modo, aplicando ao processo o conceito de discurso, tal como propõem as teorias processuais da argumentação jurídica, se corre o risco de perder de vista algumas características específicas do processo mesmo, presentes no contexto técnico representado pelo universo do discurso jurídico.

Mas nada disso impede - ao contrário, recomenda - que, por parte do intérprete autorizado, exija-se, pelas razões já expostas, uma solução com potencial capacidade de consenso intersubjetivo e uma racionalidade – ainda que limitada - de conteúdo, fundada esta em métodos criteriosais (a que nos referimos antes) aptos a produzir ou obter um resultado (um discurso) que *seja bastante bom*, quer dizer, que seja *satisfatório*. Isto implica que os fundamentos que conduzem a optar por uma solução “*bastante boa*” (*satisfatória*) – fato que constitui a estrutura básica de todo processo de tomada de decisão real – pressupõe o desenho de um modelo que permita reconstruir e controlar (não de forma absoluta, mas laxa o suficiente como para permitir que o direito permaneça a serviço da realidade) racionalmente o processo de argumentação em um caso individual concreto.

Por outro lado, parece igualmente relevante observar que o fato de ter regras, de ter métodos, de ter toda a informação e, inclusive, de ter boas intenções, não basta para garantir o discurso correto: o operador do direito deve procurar encontrar toda matéria correta e utilizá-la, inclusive afrontando, de forma virtuosa, os adversos retos racionais, os problemas emocionais e as constrictões informativas exteriores desenhadas para perturbar suas convicções, desejos e juízos.

Significa dizer, em síntese, que a missão dos métodos criteriosais não consiste em servir de fonte direta para a obtenção de decisões justas, nem em proporcionar postulados a partir dos quais a decisão justa se deduza sem mais da letra fria e descolorida da lei, senão que o valor de um discurso jurídico deve ser avaliado pelo grau com que os critérios metodológicos utilizados podem ser postos em prática, em que cabe efetuar por meio deles mudanças para o bem de uma comunidade ética de indivíduos em constante processo de construção. Estes elementos ou mecanismos metodológicos não servirão para que deles se derive silogisticamente a decisão justa,

senão que unicamente servem para abrir vias adequadas de pensamento prático-concreto que podem conduzir até ela.

Desde essa perspectiva, parece razoável inferir que a finalidade do processo radica, *ultima ratio*, no dever de todo operador jurídico de instrumentalizá-lo e atuá-lo em razão *da* pessoa e *para a* pessoa humana, no sentido de oferecer soluções a problemas práticos, delimitando (mais do que compondo conflitos) por uma via civilizatoriamente conflitiva os campos em que os interesses individuais, sempre a partir das reações do outro, possam ser válida, legítima e socialmente exercidos, isto é, no dever de assegurar e promover a liberdade e a igualdade necessárias para que os indivíduos possam, como partes interessadas e na qualidade de sujeitos destinatários de um ato imperativo do Estado (acórdãos, sentenças, etc.), dispor de plena capacidade para controlar e participar legitimamente de sua formação por meio de eficazes medidas processuais de controle, a fim de evitar que o abuso de autoridade, o subjetivismo desregrado ou a falta de correção moral por parte do operador do direito rompa os limites que asseguram o âmbito prático da decisão (da interpretação e da aplicação) justa²⁴⁶.

Agora: é de fato imprescindível assegurar ao cidadão plena capacidade para controlar e participar legitimamente da formação da decisão judicial por meio de eficazes medidas processuais e metodológicas de controle? É de fato inegociável a necessidade afastar qualquer tipo de “racionalidade irreal” que, por sua própria natureza, socava qualquer possibilidade de controle? A resposta só pode ser afirmativa. E neste particular, é preciso notar que a posse da liberdade requer não somente a ausência de interferência por parte dos demais nos espaços em que tomamos decisões

²⁴⁶ Ademais, talvez seja útil recordar que no processo de realização do direito se apresenta ainda ao magistrado um importante problema relativo à sua responsabilidade de garantir ou, melhor dito, de estabelecer a coerência intrínseca do sistema jurídico. Ao magistrado se lhe confia a tarefa específica de combater ou ao menos minimizar a contradição intrínseca do sistema jurídico, particularmente a de reconstruir e contextualizar a hierarquia dos valores e princípios constitucionais, que não se pode considerar como dada e adquirida de uma vez por todas. O sentido de uma norma jurídica se converte, por meio do sujeito-intérprete – e ainda que a modifique no percurso do processo interpretativo-, em expressão de relações mantidas com a prática, de uma capacidade de relação com os dados extralingüísticos e com o contexto de experiência, que em cada novo caso tem que ser renovada e dinamicamente reconstruída, mas sempre com o fim de compor em um todo coerente normas, princípios e valores diferentes e, portanto, de detectar, de forma prudente e responsável, na pluralidade de hipóteses interpretativas e soluções alternativas possíveis, a solução legítima, mais satisfatória e com maior capacidade de consenso. É dever (e não uma faculdade) do magistrado, no exercício de sua tarefa sócio-institucional, procurar que suas valorações cambiantes do texto normativo estejam sempre em consonância com a coerência do sistema jurídico e com os valores historicamente aceitos e compartilhados por uma determinada comunidade ética.

relevantes para o desenvolvimento de nossas vidas, senão também a ausência de controle não justificado, quer dizer, a ausência de dominação.

Dito de outro modo, que uma interferência não será arbitrária ou causa de dominação na medida em que seja exercida sob o controle estrito e prioritário dos sujeitos interferidos. A interferência não arbitrária – isto é, a interferência que o interferido tem a capacidade de controlar – não constituirá forma alguma de diminuição ou negação da liberdade como não dominação do sujeito interferido. Isso se deve ao fato de que a interferência arbitrária requer, pelo menos, a possibilidade de interferir à vontade e com impunidade. Se posso pôr freio a certo tipo de interferência que se me exerce, ou se posso fazer que aos sujeitos que interferem lhes resulte demasiado custoso interferir em minha vida – até o ponto de que deixe de ser racional para eles o continuar interferindo -, então o fato de que eu permita tal interferência não significa que esteja sendo dominado²⁴⁷.

Dessa forma, parece ser perfeitamente legítimo, já agora, perguntar se é possível que a interferência praticada pelo Poder Judiciário, ao tomar uma decisão não vinculada à lei, poderá vir a constituir uma forma de dominação ou interferência arbitrária nas vidas daquelas pessoas que, em termos legais, saiam perdendo em decorrência desse provimento (decisão). E a resposta a esta pergunta é muito simples: quando esta intervenção do Estado-juiz é conduzida de forma tal, que outorga ao cidadão uns níveis de controle sobre a forma em que a intervenção estatal tem lugar (ou garante ao indivíduo a capacidade de controle sobre a forma como interpreta e aplica o direito), não haverá dominação nos termos a que estamos nos referindo. E o argumento é simples: serei controlado por instâncias alheias na medida em que o Poder Judiciário tenha arrojado uma decisão que interfira em minha vida, em minha liberdade, à vontade – ou seja, sem nenhum controle – e a um custo intolerável – isto é, com certo grau de impunidade pelo mau, equivocado ou desvinculado uso de um poder do Estado.

Daí que hoje a gente exige não só decisões dotadas de autoridade senão que pede razões. Isto vale principalmente para a administração da justiça. A responsabilidade do magistrado se converteu cada vez mais na responsabilidade de justificar suas decisões. A base para o uso do poder por parte do juiz reside na

²⁴⁷Suponhamos que permito a alguém guardar a chave de meu carro ou esconder meus cigarros. Quando esse alguém atue de acordo com dita permissão, que eu lhe outorguei, pode que interfira em minha vida, mas em nenhum caso sua interferência constituirá uma forma de dominação ou interferência arbitrária (Pettit, 1999 e 2006).

aceitabilidade de suas decisões e não na posição formal de poder que possa ter. Neste sentido, a responsabilidade (e a obrigação) de oferecer justificação é, especificamente, uma responsabilidade de maximizar o controle público da decisão, sendo que sua representação (da justificação) é sempre também um meio para assegurar, sobre uma base racional, a existência da certeza jurídica na sociedade (Aarnio, 1997). Em resumo, é através da justificação (isto é, de sua fundamentada vinculação ao ordenamento jurídico) como o magistrado, enquanto mediador *na* comunidade e *para a* comunidade da idéia de direito e da justiça que o fundamenta, cria e estabelece a credibilidade na qual descansa o controle e a confiança que os cidadãos têm nele, isto é, a confiança acerca de sua atividade.

Afinal, não se pode olvidar o fato de que o ilimitado (e/ou descontrolado) uso do poder é, depois de tudo, a essência da tirania. E o exercício do poder na Administração da Justiça não constitui, definitivamente, nenhuma exceção a esta regra.

9.3. Discurso jurídico: racionalidade jurídica “revisada”, emoção e neurociência

Nos últimos cinquenta anos, graças ao melhor conhecimento que temos sobre o funcionamento do cérebro e os processos que regulam a tomada de decisões das pessoas, se há chegado à conclusão de que áreas cerebrais – por exemplo, o hipotálamo e a amígdala- que estão encarregadas de elaborar e modular as emoções, também estimula as neuronas especializadas em raciocinar, e vice-versa. Como resultado, existe uma inexorável e iniludível relação entre o que sentimos e o que pensamos.

De fato, a regra é a de que resulta muito difícil, senão impossível, envolver-nos em uma atividade cognitiva na qual não intervenham as emoções. Quando um operador do direito (particularmente o juiz) processa o que é (ou deveria ser) material emocional como se não tivesse conotação alguma, sua conduta se assemelha muito a de um indivíduo psicopata: sua atividade se caracterizaria por uma ativação insuficiente das regiões cerebrais associadas à emoção, e por uma integração deficiente dos processos cognitivos e emocionais. Para um operador desse tipo, em que as regiões cerebrais que intervêm no processamento e na produção de material emocional (especialmente o sistema límbico) não se ativa na mesma medida que no resto dos indivíduos, o que deveria ser necessariamente uma experiência cognitiva/emocional, não passa de ser um fato exclusivamente cognitivo ou intelectual: um psicopata com toga. Em palavras mais simples: não podemos converter-nos em seres que anulam ou aparcam suas emoções ou sentimentos; somente a imaturidade cerebral ou a enfermidade podem originar seres ou comportamentos puramente emotivos ou puramente racionais.

Poderia argumentar-se que boa parte da razão e a emoção dos operadores do direito é instrumental e se deve na mesma medida a sua natureza e às forças sociais e ambientais que contribuem a induzir a determinados tipos de discursos jurídicos. Mas não se trata somente disso: as valorações pessoais de um determinado caso concreto não são simplesmente reações individuais a um acontecimento específico, porque a emoção não é somente uma reação ao fato em si senão, ademais, uma comunicação dirigida aos outros, provocando adaptações da conduta de uma forma mais direta; quer dizer, as emoções - que tomam em conta as perspectivas e posturas das outras pessoas com relação às nossas valorações - são adaptações ou comunicações (ou ambas as

coisas) que, em virtude de seu significado percebido, servem para provocar reações específicas por parte dos demais.(Parkinson *et al.*, 2005).

Daí que ao operador jurídico – e parece necessário insistir neste ponto-, enquanto mediador *na* comunidade e *para a* comunidade da idéia de direito e da justiça que o fundamenta, tem elevada às últimas consequências a exigência e a responsabilidade ética de criar e manter, por meio de seus discursos jurídicos, a credibilidade (racional e emocional) na qual deve descansar a inabalável confiança dos cidadãos acerca de sua atividade: uma manifestação indispensável de virtude e excelência de caráter em uma atividade cujos efeitos sobrepõem as intenções de que a leva a cabo.

É certo que já se construíram grandes edifícios de teoria e metodologia jurídica que foram criticados e defendidos, submetidos à revisão e ampliados pelos melhores métodos de investigação racional, e dentro desses artefatos do pensamento humano figuram algumas das criações mais extraordinárias da cultura humana e jurídica. Uma operação semelhante realizada com o ponto de vista posto na objetividade interpretativa gerada a partir de uma suposta racionalidade absoluta do sujeito-intérprete poderia fazer frente, talvez com garantias, às desviações subjetivistas da interpretação jurídica. Mas em realidade nos enfrentamos com o caso contrário.

Primeiro, porque um enfoque excessivo no aspecto “racional” do processo de realização do direito nada mais faz do que oferecer um panorama pouco realista sobre o processo de decisão jurídica; segundo, porque insistir na neutralidade emocional e na ilimitada objetividade do operador jurídico não somente tem servido para reduzir o intérprete a um puro técnico de aplicação mecânica das normas senão que também para dissimular, de forma aberta e vergonhosa, o inconcusso fato de que as interpretações e decisões que tomam seres humanos para modificar as expectativas de outros homens estão impregnadas até a medula de emoções e suas consequências. Em definitivo, as emoções são o humano na realização do direito, o sentimento que nos permite exercer nossas melhores capacidades e demonstrar nossa valia como seres humanos, e não há nenhuma técnica, por mais sofisticada que se apresente, que seja capaz de eliminá-las.

As fantasias hiper-racionalistas sobre a racionalidade formal do processo de realização do direito já entraram em crise há alguns anos: à disputa clássica sobre o papel das emoções e dos juízos de valor na tarefa interpretativa sucedeu o problema dos múltiplos fatores que condicionam e limitam nosso processo de interpretação e de decisão. O problema, contudo, é que no campo jurídico poucas vezes se prestou a

devida atenção à evolução da natureza humana, à estrutura e ao funcionamento material do cérebro humano como fonte das predisposições e dos prejuízos que permitem levar a cabo toda e qualquer tarefa interpretativa.

Daí que as ciências cognitivas e a neurociência parecem ser claramente as disciplinas que, a longo prazo, nos permitirão encontrar vias altamente sofisticadas para entender as aptidões psicológicas específicas do ser humano à hora de formular juízos de valor, interpretar, justificar e decidir. É definitivamente necessário dar-se conta de que em todos os casos a interpretação e a aplicação do direito são causadas por eventos cerebrais. E é precisamente por essa simples razão que estou firmemente convencida de haver chegado o momento de começar a operar com o que já sabemos sobre o cérebro e como isso pode vir a influenciar o atual modelo teórico e metodológico da ciência do direito, particularmente no que se refere ao problema da interpretação e argumentação jurídica. Para dirigir-se a este, parece razoável admitir que devemos partir da premissa de que a capacidade moral e ético-jurídica é (ou deve ser) contemplada como um atributo do cérebro humano, circunstância esta diretamente relacionada com o problema do processo de tomada de decisão em todas as suas dimensões.

E a compreensão do comportamento humano oferecido até agora pelas ciências cognitivas e a neurociência é perfeitamente compatível com esta perspectiva. Dito de outro modo, não somente não há pior prejuízo que imaginar que poderíamos raciocinar sem emoção (Todorov, 2008), senão que o que temos que entender de uma vez por todas é que o racional consiste precisamente em conhecer os limites da razão.

Em resumo, nosso argumento é no sentido de que, diante do atual panorama metodológico acerca do reconhecimento, polêmico em relação com a metodologia tradicional, do fato de que os operadores jurídicos (especialmente os juízes), em muitos casos e até certo grau, produzem direito, os novos avanços da neurociência permitirá uma melhor compreensão da mente e do cérebro e trará consigo a possibilidade de aplicações práticas no âmbito da interpretação e aplicação do direito: constituem uma oportunidade para refinar nossos juízos ético-jurídicos e abrir caminho para a exigência, cada vez mais premente, de desenhar novos padrões e critérios metodológicos sobre cimentos mais firmes e consistentes, estabelecendo os limites adequados que há que pôr a esta inegável formação do direito por parte dos magistrados.

Sem olvidarmos, claro está, de outros aspectos distintivos da natureza do comportamento humano à hora de interpretar e decidir sobre o sentido da justiça concreta e a existência de universais morais determinados pela natureza biológica de nossa arquitetura cognitiva (neuronal). Afinal, é o cérebro que nos permite dispor de um sentido moral, o que nos proporciona as habilidades necessárias para viver em sociedade, para interpretar, tomar decisões, solucionar conflitos sociais e o que serve de base para as discussões e reflexões filosóficas mais sofisticadas sobre direitos, deveres, justiça e moralidade. Como lembra Ramachandran (2008), nenhuma empresa humana é mais vital que esta (a neurociência) para o bem estar e a sobrevivência da raça humana. Recordemos que a política, a moral, a justiça e o direito também têm suas raízes no cérebro humano.

E uma vez que são os correlatos cerebrais dos processos cognitivos/emotivos os que parecem ditar o sentido e o alcance da racionalidade na tarefa hermenêutica, nada do que dissemos será possível sem a mediação de operadores jurídicos (e muito particularmente de juízes) criativos, com alto nível de inteligência efetiva, aberto à experiência, com liberdade para superar inibições restritivas e dogmáticas, com sensibilidade ante as injustiças, com flexibilidade cognitiva e emocional, com independência de pensamento e ação, e com o compromisso inabalável e inegociável de promover a vida humana concreta de cada sujeito-cidadão de forma livre, igualitária e fraterna em uma comunidade de vida legitimamente compartilhada.

Depois de tudo, virtuoso é o operador do direito a quem a dificuldade ou o esforço não lhe impedem empreender algo justo e valioso, nem lhe fazem abandonar o propósito à metade do caminho; um juiz que, “em harmonia consigo mesmo”, desenvolve e prática ou *hábito* de atuar “apesar das” dificuldades e guiando sua ação pela justiça, que é o critério último da virtude.

10. Função judicial e ética da virtude: prudência e método

Mas a que tipo de ética nos referimos quando o que está em jogo é o exercício da função judicial?

A filosofia moral apresenta três níveis que podem ser perfeitamente diferenciados. A metaética trata da natureza dos juízos morais e do raciocínio moral. A ética normativa se entende – em um nível abstrato – com as noções do bom e o correto. E, finalmente, a ética aplicada concreta em alguma área determinada as noções estudadas pela ética normativa. A ética da função judicial, desde logo, é um caso – importante, por certo – de ética aplicada. De um modo geral, não é possível realizar-se nenhum trabalho em ética aplicada sem conhecer previamente ética normativa, isto é, não existe uma ética da função judicial que possa determinar-se antes de conhecer ética normativa.

Deixando de lado suas respectivas particularidades e divisões em tendências, há três teorias éticas normativas que dominam o panorama da filosofia moral e que podem competir para aplicar-se à conduta dos operadores jurídicos (nomeadamente dos juízes): duas são éticas do dever, e a terceira é uma ética do caráter. As éticas do dever, assim chamadas porque estabelecem um catálogo preciso de nossos deveres morais, são o consequencialismo e o deontologismo. A ética do caráter, assim chamada porque não pretende proporcionar-nos um catálogo de deveres senão concentrar-se em lograr o melhor caráter moral para o agente, é a ética da virtude. Para esta ética (da virtude), o central é o caráter do agente moral: um indivíduo não é bom porque faz coisas boas, senão que certas coisas são boas porque as faz esse indivíduo, que possui um caráter virtuoso.

Para os objetivos desta tese, nos centraremos na denominada ética da virtude, aqui admitida como uma teoria que deve ser prioritária no desempenho da função judicial, quer dizer, de que a justiça concreta, o direito justo, não depende tanto do desenho normativo e do cumprimento de deveres e nem tão pouco se reduz à maximização da felicidade das pessoas, senão que depende, fundamentalmente, da atitude e caráter (da prudência, da sabedoria moral prática, do conhecimento concreto de si e de sua circunstância) daqueles que se encarregam de aplicar o direito aos casos da *vita activa*. Nesse sentido, uma vez que o processo de realização do direito tem como meta a justiça, a prudência e a virtude são os caminhos legítimos para alcançá-la.

Detectar que capacidades do ser humano são indispensáveis para falar de uma boa interpretação é fundamental desde o ponto de vista de uma teoria hermenêutica que tenda à equidade e a justiça social. Sigamos por parte.

O direito, como artefato normativo-institucional destinado a resolver problemas relacionados com nossa vida comunitária (para influenciar e regular o comportamento humano no domínio do social), verte-se também – e fundamentalmente – para um sentido de garantia de previsibilidade e segurança no tráfego dos vínculos sociais relacionais fixados no contexto dos grupos e dos indivíduos, como destinatários naturais das normas que a si mesmos se põem e pelas quais iluminam e fundamentam a solidariedade de sua convivência ética na sociedade – que outra coisa não é, nem outro objetivo se propõe o direito.

A atuação do operador jurídico (e nomeadamente do juiz) consiste em tratar de alcançar um estado de coisas que se aproxime das expectativas culturais e das intuições e emoções morais (jurídico sociais de validade e de legitimidade substancial) de uma comunidade de indivíduos ante a qual seu discurso deve apresentar-se justificado, traduzindo e compondo em fórmulas sócio-adaptativas de ordenada convivência a consensuada aspiração de justiça que nos move para o futuro. Já faz algum tempo que o operador do direito, dizendo o direito *in concreto*, deixou de ter apenas uma função técnico-metodológica para assumir e desempenhar uma verdadeira função transformadora e axiológica enquanto mediador na comunidade e para a comunidade da idéia de direito e da justiça que o fundamenta. Em poucas palavras, ele passou a ser o sujeito qualificado daquele ato em que o direito terá de ser atuado eticamente para ser direito justo²⁴⁸.

Tal tarefa se perfaz na capacidade e flexibilidade cognitiva (de perceber, sentir, imaginar e pensar) própria do processo interpretativo das normas e do caso concreto,

²⁴⁸ É certo que o sujeito da juridicidade é o próprio homem enquanto sujeito de vínculos sociais relacionais e membro de uma determinada comunidade ética, mas esta não será suscetível de realizar-se como tal se o próprio projeto axiológico não lhe for explicitado e fundamentado criticamente. Se a comunidade subsiste na sua existência histórica, o projeto e a totalização axiológicos serão sempre uma intencionalidade criticamente valorativa e espiritual. E esta parece ser justamente a verdadeira função, papel e tarefa que cabe ao operador jurídico: a de assumir criticamente a idéia do direito e de realizá-la concreta e historicamente em um determinado contexto sócio-cultural, na explicitação constituinte do próprio direito e do projeto axiológico que a sociedade a si mesma se põe; isto é, de uma atividade intermediada pelo iniludível manejo dos valores que articulam e animam as estruturas normativas, os fatos sociais e a própria idéia do direito.

como resultado de uma peculiar racionalidade plasmada no diálogo²⁴⁹ e na compreensão intersubjetiva dos conceitos e termos fixados na norma positiva escrita, e, *ultima ratio*, na realidade “viva”, a que aderem, como notas valorativas, os princípios e as regras de tutela dominantes²⁵⁰.

²⁴⁹Com a devida atenção, pode-se observar que as decisões judiciais, nos estados modernos, raras vezes constituem decisões individuais; são, pelo contrário, decisões coletivas elaboradas em diversas etapas, temporal e hierarquicamente reguladas. A decisão de um caso é, ainda quando intervenha um juiz único, uma decisão grupal, pois as partes no litígio contribuem de uma ou outra maneira à adoção da legislação que seja, em mérito às preferências que efetivamente exercem. Um juiz, por exemplo, mal poderia ter por provado um fato que a parte interessada tenha evitado acreditar, decisão da parte que condiciona a decisão judicial final. Tratando-se de órgãos coletivos – como os tribunais colegiados –, as decisões judiciais têm de ser pensadas como o resultado de uma função coletiva de preferência, uma função determinante da decisão social ou coletiva que, como se sabe, deve satisfazer certos pré-requisitos específicos para poder ser considerada uma decisão racional e não um mero ato arbitrário de poder. Por outro lado, e atentas às observações que antecedem, resulta igualmente claro o diálogo que o juiz competente para julgar a questão tem também de manter com o legislador e com as demais instâncias de constituição de critérios jurídicos suscetíveis de serem mobilizados para o caso decidendo, mesmo que este segundo grupo de interlocutores não passe de um “opositor silencioso” e se saiba hoje que está aqui muito mais em causa o encontro do juiz com o critério tomado na sua objetividade, do que a hipotética discussão entre aquela personagem e a personalidade ou o órgão instituidor do bordão que concretamente se lhe oferece.

²⁵⁰ A distinção entre estas espécies de norma jurídica (gênero) já está deveras consolidada: Dworkin, 1989; J. J. Gomes Canotilho, 1992; Esser, 1961; Alexy, 1998 e 1997. E embora não se trate de oferecer aqui uma teoria acerca das regras, valores e princípios jurídicos, bastará por notar que, segundo Alexy (1997), os *princípios* são *mandatos de otimização*, que pertencem ao âmbito deontológico, enquanto que os *valores* estão incluídos em uma dimensão axiológica: o que no modelo dos valores é o *melhor*, no modelo dos princípios, é o *devido*. Por outro lado, sabe-se que o direito existente não está composto exclusivamente por “regras” (no sentido de Hart, 1998), mas também por “princípios” e, para o que aqui nos interessa, a distinção essencial parece ser a seguinte: as regras nos proporcionam o critério de nossas ações, nos dizem como devemos, não devemos, ou podemos atuar em determinadas situações específicas previstas pelas regras mesmas; os princípios, diretamente, não nos dizem nada a este respeito, mas nos proporcionam critérios para *tomar posição* ante situações concretas mas que *a priori* aparecem indeterminadas. Os princípios geram atitudes favoráveis ou contrárias, de adesão e apoio ou de dissenso e repulsa a tudo o que pode estar implicado em sua salvaguarda em cada caso concreto. E uma vez que carecem de “suposto de fato”, aos princípios, em maior grau do que sucede com as regras, somente se lhes pode atribuir algum significado operativo fazendo-lhes “reacionar” ante algum caso concreto – ou seja, de forma muito mais acentuada que as regras, seu significado não pode determinar-se em abstrato, senão somente nos casos concretos, e somente nos casos concretos se pode entender seu alcance (Zagrebelsky, 1995). Em resolução, aos “princípios” falta a determinabilidade dos casos de aplicação e apresentam uma dimensão que as “regras” não têm: uma dimensão de peso ou importância, que se revela a propósito do seu modo específico de colisão. Depois, os “princípios” não são hierarquizáveis em abstrato, conseguindo cada um a prevalência face ao outro à luz das razões determinantes do caso concreto ou de determinado círculo (hermenêutico) problemático. Por fim, note-se que na célebre teoria do desenvolvimento moral de Kohlberg, a disposição para desconsiderar regras em favor de princípios abstratos foi identificada como um “estágio superior”: o qual, talvez reveladoramente, a maioria das pessoas (e os operadores do direito em particular) nunca alcança.

A inserção da atividade interpretativa, formando e conformando o sistema jurídico, repousa no caráter visceralmente artesanal da produção do provimento judicial, cuja característica principal radica no fato de que a aplicação deixa de ser vista como uma etapa derradeira e eventual do fenômeno da compreensão e passa a ser concebida como um elemento essencial que a determina desde o seu princípio e no seu conjunto (Gadamer,1997).

E da particular consideração da tarefa interpretativa, em seu aspecto metodológico, como uma atividade “*simultânea*” à aplicação do direito – no sentido de considerar a interpretação/aplicação do direito como operações que não operam autonomamente e, por conseguinte, de que o resultado da tarefa de realização do direito decorre de um contínuo “ir e vir” do fato ao direito e do direito ao fato, que condiciona tanto a reconstrução jurídica do fato como a constituição da norma a ser aplicada ao caso concreto – resulta constituir também ela e a sua especial forma de atuação, um importante dado a ser considerado na apreensão de métodos criteriais que resolvam o problema da passagem da iniludível e provisória antecipação do resultado (da pré-compreensão) a sua definitiva motivação, ou seja, que funcionem como mecanismos fiáveis e eficazes de controle e garantia da racionalidade da atividade decisória judicial.

Esta forma de entender o direito e sua realização prático-concreta, parece estar intimamente comprometido com a caráter virtuoso do sujeito-intérprete enquanto cidadão, razão pela qual resulta incompatível com o proclamado estado neutral entre as distintas concepções de justiça: a função judicial plasmada na tarefa de interpretação e aplicação jurídica é uma atividade comprometida com uma determinada forma de vida e incompatível com a tolerância neutral entre as distintas concepções do justo.

No constituir da norma judicial (da decisão) importa para o juiz, como agente mediador e no exercício de seu papel conformador ativo, o discernimento preciso dos múltiplos ângulos comprometidos com a controvérsia; não se lhe pode considerar simplesmente como conhecedor dos acontecimentos externos no mundo, senão como portador de uma sensação inefável de sentir-se (ele mesmo) como agente ativo nos acontecimentos percebidos do mundo. A sua atuação conformadora (produtora, constitutiva) e reguladora, fixando a movimentação dos valores, dos princípios, das normas e dos fatos, tem como principal objetivo a liberação de constrações informativas pertinentes ao caso (isto é, da escassez de conhecimento fiável sobre as circunstâncias do caso decidendo) e a adequada articulação dos vínculos jurídicos

relacionais nele (no caso) envolvidos, com vistas à produção de um resultado de justo acerto no que diz respeito à garantia da plena cidadania.

Por meio desse resultado, fundamentando argumentativamente (com validade intersubjetiva e potencial capacidade de consenso) o que já havia adiantado como resultado “provisional” de sua criativa atividade (“espiral” ou “círculo hermenêutico”), a ordem jurídica se realiza como sistema completo e aberto e, com ela, a certeza, o conteúdo substancial e a segurança dos princípios, valores e regras de tutela nela inseridos. De fato, já faz algum tempo que a questão da interpretação, justificação e aplicação do direito voltou a estar no centro da teoria jurídica.

Por essa razão, o controle que se espera do operador jurídico não diz respeito, sempre com o tom da equanimidade, tão-somente ao contexto de justificação de seu discurso prático normativo. Alcançam-se por meio dele todos os elementos circundantes que vão desde o princípio de sua atividade interpretativa até a formação de seu convencimento, abarcando todos os dados (axiológicos, normativos e fáticos) que nele se circunstanciam.

Daí que o cuidar dos desvios da arbitrariedade e do voluntarismo-subjetivista, propagados em suposta inserção no “justo” e no “equitativo”, impõe a verificação de quais sejam os métodos criteriosos úteis que assegurem um procedimento e um fundamento racional (e controlável) e, na mesma medida, criem não o acaso ou a simples decisão pela decisão, mas certeza e previsibilidade jurídicas. Trata-se, ademais – e como já salientado antes –, de não fechar os olhos à ineludível circunstância de que as emoções formam parte inseparável de nossa existência e de que, inclusive, desempenham um papel fundamental no pensamento racional e no processo de tomada das decisões judiciais²⁵¹.

Este o cenário por meio do qual se revela a argumentação no jogo da cena jurídica (e, em particular, da jurisdicional) e que implica, com igual importância, tanto

²⁵¹ Em verdade, já dissemos antes, o que nos incita a avaliar moral e juridicamente uma determinada conduta ou interação social não é o cálculo deliberado ou a eventual adequação consciente a normas com as que racionalmente comungamos. Entram em jogo mais bem certas intuições ou sentimentos morais de grande importância nas relações humanas, e o fazem de um modo sub-reptício, espontâneo, sem dar-nos apenas conta dele: empatia, remordimento, vergonha, inveja, humildade, sentido de honra, prestígio, compaixão, entre tantas outras. Formulamos juízos de valor sobre o justo e injusto não somente por sermos capazes de razão (como expressam as modernas teorias da interpretação jurídica), senão porque também estamos dotados de certas intuições morais inatas e de determinados estímulos emocionais que caracterizam a sensibilidade humana e que permite que nos conectemos potencialmente com todos os demais seres humanos.

a consideração do contexto de *descobrimto* – ou seja, do processo mental mediante o qual se chega a estabelecer determinada premissa ou conclusão – como do contexto de *justificação*, isto é, da necessidade de motivação da decisão, da questão de como os juristas fundamentam suas decisões ou, dizendo de outro modo, do procedimento consistente em justificar dita premissa ou conclusão²⁵².

Por conseguinte, a interpretação jurídica só poderá ser entendida em termos metodologicamente corretos e aceitáveis se for vista como a determinação/constituição *normativo-pragmaticamente adequada* de um critério jurídico do sistema do direito vigente para a solução do caso concreto decidendo, ou seja, como tarefa cognitiva prático-argumentativamente excogitada e intersubjetivo-racionalmente fundamentada,

²⁵² Como se sabe, esta é uma distinção que procede do âmbito da filosofia da ciência (nomeadamente da epistemologia neo-positivista) e distingue entre a atividade que consiste em descobrir ou enunciar uma teoria científica determinada, atividade que há de ser estudada por historiadores e sociólogos da ciência mostrando os fatores que concorrem no desenvolvimento do conhecimento científico (o sistema de seleção dos investigadores, seu processo de formação, a estrutura das comunidades de investigação, etc.) e a atividade, claramente distinta, de justificação da teoria científica, uma atividade na qual a lógica e as regras do método científico desempenham o papel mais destacado. Transladada ao campo da argumentação jurídica (da justificação das decisões judiciais - Wróblewski, 1988 ; Atienza, 1993; Aarnio, 1991 e Alexy, 1997), esta distinção foi utilizada para estabelecer que uma coisa é o procedimento por meio do qual se alcança determinada decisão e outra o procedimento mediante o qual se justifica dita decisão. Muitos dos argumentos dos realistas americanos são úteis no âmbito do contexto de descobrimto das decisões judiciais; é importante conhecer os motivos que explicam a decisão tomada pelo juiz: sua classe social, seus prejuízos ideológicos, sua formação dogmática, emoções e sentimentos, etc. Em uma palavra: trata-se de uma distinção utilizada para opor-se a certos teóricos do direito que consideram que as decisões jurídicas – as decisões judiciais – não podem ser justificadas, enquanto que os juízes tomam essas decisões em forma irracional –ou arracional -; a motivação das sentenças não seria mais que uma “racionalização” de uma operação que não obedece em absoluto ao esquema da lógica, ao silogismo judicial. Quem sustenta este último aspecto, diz-se, estaria confundindo o contexto de descobrimto com o contexto de justificação. Agora bem, as razões que justificam a decisão são, em última instância, as razões às que o juiz apela para fundamentar juridicamente sua decisão. E se tomamos em boa conta que o raciocínio moral e as emoções morais trabalham junto para produzir julgamentos ético-jurídicos, parece razoável supor que as apelações a uma multitude de motivos que interferem, condicionam e explicam a decisão judicial não configuram, em absoluto, nenhum argumento a favor de um presumível escepticismo jurídico-argumentativo. Daí porque, como já alertamos antes, não se nos afigura razoável desconsiderar de todo o denominado “irracionalismo” proposto por Alf Ross (1970), no sentido de que o aplicador do direito toma sua decisão em base a intuições emocionais e a considerações práticas; uma vez estabelecida a conclusão, o mesmo aplicador desenvolve uma argumentação jurídico-ideológica para justificar sua decisão: não se trata já de um ato puramente cognoscitivo que conduza a uma tomada de decisão (a uma solução automática ou exclusivamente racional), senão que há uma decisão que posteriormente recorre a um procedimento argumentativo a efeitos de justificação. Para uma interessante análise da investigação levada a cabo por Greene e Haidt (2002) e a capacidade humana (única) para o raciocínio crítico (no sentido de refletir sobre, controlar e decidir rechaçar nossas respostas emocionais no processo de tomada de decisões que envolvam dilemas morais), cf. Singer (*in* de Waal, 2006).

em uma palavra, como atividade racional, dialógica, circular e dialética, plasmada na compreensão recíproca e no consenso intersubjetivo por parte dos agentes sociais.

Ela deixa de ser, assim, um pressuposto e indiscutido algoritmo metódico ou uma técnica a que normalmente se pode recorrer, para ser um ato (uma tarefa, uma práxis social) metodológico que se problematiza na busca do “melhor resultado” (em termos comparativos e não superlativo), resultante da dinâmica de sua própria realização a cada caso individual e reafirmando a sua inserção como formadora e conformadora do sistema jurídico.

Não parece difícil entrever neste novo panorama teórico e metodológico da interpretação jurídica a importância do paradigma aristotélico da *phrónesis* (recuperado por Gadamer) como modelo da racionalidade jurídica. De fato Gadamer (1997), ao tratar da “atualidade hermenêutica de Aristóteles” a propósito da “recuperação do problema hermenêutico fundamental” (o da “*aplicação*”), busca na noção aristotélica de “*phrónesis*” – que Aristóteles analisa no livro VI da *Ética a Nicômaco* – a elucidação da tese hermenêutica fundamental de que toda a compreensão coenvolve sempre e em todo momento aplicação (naturalmente que Gadamer reconhece que Aristóteles não se ocupa aí do problema hermenêutico, mas da avaliação do papel que a razão desempenha na ação moral).

E porque, por definição, um enunciado normativo não pode, por si mesmo, oferecer uma resposta unívoca às demandas objeto de controvérsia (já que a vida produz, em realidade, muito mais problemas jurídicos que os que ao legislador foi possível prever), aqui entra em cena, com toda evidência, o caráter razoável – no sentido dado por Aristóteles no Livro III da *Ética a Nicômaco* – do direito: razoável há de ser a conexão entre a norma e as exigências contingentes do caso; razoável, a valoração e a eleição entre as diferentes alternativas que tem que realizar o intérprete no jogo combinado de passos lógicos e de avaliações em que consiste seu procedimento. Razoável, por último – inclusive no sentido de uma argumentação que contenha “boas razões” para que a decisão seja admitida –, tem que ser a justificação judicial das eleições em que se fundamenta a decisão, a qual, nesta condição, não somente deve viabilizar um efetivo equilíbrio entre exigências contrapostas como, e muito particularmente, lograr uma maior aceitabilidade e consenso por parte da comunidade na qual se insere.

Nesse sentido, determinados critérios de razoabilidade do sistema jurídico, do ordenamento normativo e de suas partes, e do conjunto de ações a que se refere o

direito não podem senão intervir como princípios ordenadores da argumentação jurídica, tanto no momento da decisão como no de sua justificação. É algo profundamente arraigado na idéia mesma de administração da justiça que a jurisdição transforme razoavelmente as normas em decisões equilibradas e adequadas ao caso decidendo. O mesmo princípio fundamental do “livre convencimento” do juiz, se não pretende terminar em arbítrio subjetivo do intérprete, tem que submeter-se às regras de razoabilidade e ao peso de uma adequada motivação.

Por ele, a razoabilidade se converte, ao mesmo tempo, em requisito subjetivo do sujeito-intérprete e requisito objetivo do direito. Portanto, entre as distintas formas da razão há uma especificamente pertinente às operações dos operadores do direito, e essa forma específica está representada precisamente pela prudente razoabilidade: pelo fato de mover-se no campo prático, esta não pode fundar-se em uma necessidade lógica ou empírica estreita, senão em prudentes valorações argumentativas. A pretensão normativa dos textos jurídicos não se dirige tanto a uma compreensão – correta, reflexiva e que seja um fim em si mesmo – do texto enquanto tal, senão mais bem a um *atuar justo* ou *correto*. No âmbito do direito, a compreensão do texto se configura como um verdadeiro “atuar prático”.

Este tipo de argumento, com distintas e sofisticadas versões, pode ler-se em muitos livros e artigos acadêmicos e pode escutar-se em não poucas universidades do mundo. Mas isso é realmente o suficiente para conhecer e realizar direito justo? É possível separar a ética da competência e atuação da função judicial no processo de interpretar, justificar e aplicar o direito? Ou melhor, é razoável conceber a atividade interpretativa, que pretenda ser digna de crédito na atualidade, desvinculada da virtude moral do sujeito-intérprete em um Estado que se diz republicano? Francamente creio que não. Vejamos mais de perto, situando, a partir de uma concepção republicana mais robusta acerca da virtude, o papel do sujeito-intérprete no processo de realização do direito e a relevância de sua atuação no âmbito próprio da ética da virtude.

A tradição histórica republicana nunca há tratado a questão da virtude de forma a-institucional, isto é, como um problema exclusivo de mera psicologia moral. Já desde Aristóteles, toda referência à virtude foi acompanhada de considerações institucionais e relativas às bases sociais e materiais que fazem (ou não) possível esta virtude. A virtude tem, evidentemente, uma importante dimensão psicológico-moral, mas o republicanismo sempre há acompanhado a análise desta dimensão com a afirmação de que somente sobre o solo de uma existência sócio-material, aquela pode

brotar. A partir desta constatação, a virtude republicana não se limita exclusivamente ao aperfeiçoamento moral, nem apela a uma concepção de “vida boa” isolada das instituições sociais. Todo o contrário: a tradição republicana defende que quando a cidadania tem garantida pela república uma base material para sua existência social autônoma, pode desenvolver uma capacidade para autogovernar-se em sua vida privada. E, ademais, tal garantia de uma base material para a existência social autônoma dos indivíduos possibilita que estes possam avivar sua capacidade para a atividade ética e responsabilidade pública.

Claro que esta base material também pode empurrar a alguns cidadãos a saturar-se de bebidas alcoólicas, de deportes e de comida dieteticamente horrorosa enquanto contemplam os programas televisivos mais infames. Os defensores do republicanismo não negam esta eventualidade; o que afirmam é que esta base material dá a possibilidade (em muito maior grau que a situação na qual vivem quem carecem dela) para desenvolver a virtude moral e cívica, que não é outra coisa que a capacidade para autogovernar-se na vida privada e, daí, chegar à vida pública exercendo plenamente sua condição de cidadão - isto é, de indivíduos materialmente independentes e autônomos.

Ser livre significa não depender de outro para viver, não ser arbitrariamente interferível por este outro; quem depende de outro para viver, não é livre. Quem não tem assegurado *o direito de* e desfruta *da capacidade para* autogovernar sua vida privada não é sujeito de direito próprio –*sui iuris*–, vive a mercê de outros, e não é capaz de cultivar –e muito menos exercitar– a virtude moral e cidadã; e isso é assim porque esta dependência com respeito ao outro e esta falta de autogoverno pessoal o converte em um sujeito de direito alheio: um *alieni iuris*, um “alienado”. Daí que a verdadeira autonomia é, como vimos, essencialmente uma questão de se somos ativos e não passivos em nossos motivos e eleições; de se, com independência do modo em que os adquirimos, são motivos e eleições que realmente queremos e que, portanto, não nos são alheios.

Não é distinto o esquema ético-social da relação entre a virtude pessoal e o bem estar coletivo ou o bem público que Aristóteles apresenta (Livro IX da *Ética Nicomáquea*, 1167B - versão espanhola)- e cuja tradução mais comum reza assim:

“Ahora bien; esta clase de concordia (homonoiá) se da entre los hombres buenos (epieikeis), pues éstos están en armonía consigo mismos y entre sí, y teniendo, por así decirlo, un mismo deseo (porque siempre quieren las mismas cosas y su

voluntad no está sujeta a corrientes contrarias como un estrecho), quieren a la vez lo justo y conveniente (tà dikaia kai tà sympheronta), y a esto aspiran en común. En cambio, en los malos (phaulous) no es posible la concordia, salvo en pequeña medida, ni tampoco la amistad, porque todos aspiran a una parte mayor de la que les corresponde de ventajas, y se quedan atrás en los trabajos y servicios públicos. Y como cada uno de ellos procura esto para sí, critica y pone trabas al vecino, y si no se atiende a la comunidad, ésta se destruye. La consecuencia es, por tanto, la discordia pugnaz (stasiazein) entre ellos al coaccionarse los unos a los otros y no querer hacer espontáneamente lo que es justo."

A interpretação mais natural e corrente deste texto declara o seguinte:

1) Que há homens bons e homens maus.

2) Que os homens bons são virtuosos, e que ser virtuoso quer dizer "estar em harmonia consigo mesmo", "querer sempre as mesmas coisas", não ter uma vontade volúvel ou caprichosa, e desejar ao mesmo tempo o que convém - e se deve - a si mesmo e o que convém - e se deve - aos demais.

3) Que os homens maus, ao contrário, são viciosos que nem estão em harmonia consigo mesmos pelo traço mudadiço de sua vontade, nem podem tê-la com os demais ao antepor sistematicamente seus próprios interesses particulares do momento ao que se deve aos demais (e a si mesmo no futuro).

Essas três afirmações admitem a seguinte reformulação: os homens maus o são porque não conseguem resolver um dilema do prisioneiro que seus *eus* presentes jogam contra seus *eus* futuros, e pelo mesmo motivo que se maltratam a si próprios, têm que maltratar também aos demais; o homem mau é um *free rider* com os demais porque o é desde logo consigo. O homem bom, em câmbio, é um jogador de lei, que pelo mesmo motivo que trata bem a seus *eus* futuros e está em harmonia consigo, o está também com os demais.²⁵³

Portanto: parece minimamente concebível admitir como bom intérprete e digno de confiança moral o sujeito que, por não estar em harmonia consigo, tão pouco é capaz tê-la com os demais ao antepor sistematicamente seus próprios interesses

²⁵³ "El hombre perverso, sin duda, no es uno, sino múltiple, y en el mismo día es otra persona e inconstante. (...) el hombre bueno no tiene que andar haciéndose reproches a sí mismo todo el tiempo, como el incontinente; ni su yo presente nada que reprochar al del pasado, como el arrepentido; ni su yo pasado al del futuro, como el mentiroso." (Et. Eu., 1240B)

particulares do momento ao que se deve aos destinatários de sua decisão? Com toda evidência que não. A independência, a existência material, a base autônoma (são expressões aqui perfeitamente permutáveis) que confere a virtude moral é condição indispensável para o exercício pleno e legítimo da função judicial.

Por quê? Pelo simples fato de que, como dissemos antes, as interpretações e decisões jurídicas constituem inegável instrumento de estabilidade e alteração da realidade social, de modo que o intérprete tem indisfarçável responsabilidade ético-social com a interpretação que adota e a decisão jurídica que profere, a qual, em última instância, está destinada a interferir na vida dos demais. Esta responsabilidade ético-social nada mais é do que um componente da virtuosa prudência que deve iluminar todo o processo interpretativo, a fim de serem afastadas as interpretações e decisões estapafúrdias, desarmônicas e/ou desconectadas do sistema jurídico e do contexto histórico-social em que são proferidas.

E o juiz – repetimos - , mais do que qualquer outro intérprete do direito, não pode desatender a essa exigência de prudência com o teor das suas decisões, uma vez que tem, enquanto mediador, a inarredável função de promover a estabilidade social: a *antecipação das consequências* de seus julgamentos não somente influi diretamente sobre os efeitos que a decisão jurídica provocará no futuro e na vida de seus destinatários senão que também manifesta seu sentido de justiça no ato de julgar. A interpretação/decisão jurídica, que engloba tanto o dado passado como a *antecipação de suas futuras consequências*, não somente constitui uma dimensão iniludível da tarefa judicial senão que delimita os significados normativos que o intérprete atribui e constrói para solução das controvérsias circunstancialmente em causa. A “boa interpretação”, a interpretação “satisfatória”, entendida como a interpretação cujo componente de justiça não afeta a estabilidade social e a segurança jurídica dos cidadãos, é aquela que considera de forma equilibrada estes dois aspectos no processo de decisão: interpretar/aplicar o direito é acima de tudo uma virtuosa responsabilidade ética.

Daí que, como dizíamos ao princípio deste capítulo, os juízes têm um poder imenso em suas mãos, e suas decisões podem fazer enorme diferença para o bem estar social: julgar é acima de tudo uma responsabilidade ética motivada por um “agir correto”. Mas em que consiste a coordenação na Ética acerca do ponto de vista de um “agir correto”?

No discurso jurídico, pelo menos nos sistemas jurídicos modernos, dotados de forte grau de institucionalização, ao problema do “agir correto” adere-se mais bem um agir ou atuar “*conforme*” aos dados do “sistema”. Por exemplo, Gadamer, ao explorar a idéia de “*phrónesis*”, coloca-se no terreno do neo-aristotelismo e compreende o juízo prático como um mero juízo de “contextualização”, de “assimilação” entre pauta geral e situação, quer dizer, como realizando uma *applicatio* – ou seja, procedendo à clarificação e concretização de conteúdos normativos pré-dados.

Em realidade, muito embora a *phrónesis* seja um conceito essencial da ética socrática, não deixa de ser certo que Platão e Aristóteles têm importantes diferenças a respeito do mesmo: Platão lhe dá uma dignidade epistemológico-moral equivalente à *sophía*, enquanto que Aristóteles restaura o uso cotidiano de “*phrónesis*” na língua grega, “degradando” o conceito até convertê-lo em sabedoria prático-concreta. Um *phrónimos*, de acordo com esta interpretação, seria um indivíduo que, ainda sem estar em posse da sabedoria (*sophía*) necessária para conhecer-se a si próprio e conseguir a *enkratéia* pelo mero recurso à autognose, sim teria ao menos o suficiente discernimento prático-concreto como para re-conhecer sua própria debilidade e ignorância e buscar-se um amarre externo e guarnecer-se conscientemente ao abrigo da tradição. Essa é a maneira como a filosofia moderna e a teoria do direito tendem a interpretar a *phrónesis* aristotélica: como mera *prudentia* mundana.

Sem embargo, resulta inverossímil que essa reconstrução conceitual faça justiça à linhagem socrática do Estagirita²⁵⁴: na versão aristotélica, somente o *enkratés*, a pessoa que logra impor-se a si própria suas metapreferências, a pessoa que, sendo amiga de si mesma, não se contradiz no silogismo prático e que é capaz de eleger seus desejos e resolver seus conflitos interiores, possui *phrónesis*, prudência, sabedoria moral prática, conhecimento concreto de si e de sua circunstância.

²⁵⁴ Para Aristóteles, sendo a existência separada e autônoma, a formação do indivíduo, quer dizer, de seu caráter, um logro ético de primeira ordem e no qual intervém por muito o próprio indivíduo, que se automodela e se faz a si próprio, *enkratés* é o indivíduo capaz de eleger seus desejos e resolver seus conflitos interiores: somente dele pode dizer-se que é “uno e indivisível”, ou seja, indivíduo. Em câmbio, o homem *akrático*, incontinente ou perverso, “não é uno, senão múltiplo, e no mesmo dia é outra pessoa e inconstante” (Ética Eudemia., 1240b). Isso leva ao homem vicioso, desesperado da debilidade de sua vontade, a enfrentar a si mesmo, pois ao estarem dissociados seus desejos e seus sentimentos, torna possível “que um homem seja seu próprio inimigo” (Ética Eudemia, 1240b). Sobre “prudência” em Aristóteles ver, por todos, Aubenque, 1986.

Por outro lado, para Aristóteles – e isto marca outra diferença com relação ao pensamento platônico da felicidade do homem virtuoso em qualquer circunstância –, ser *enkratés* é uma condição necessária para ser livre, feliz e prudente, mas não suficiente. O bom controle sobre si mesmo, o ser sábio e senhor de si mesmo (precisamente para satisfazer o imperativo do oráculo, por se conhecer a si próprio), a “força interior” (uma possível tradução de *enkratéia*) ou a liberdade respeito dos próprios impulsos, em uma palavra: a capacidade de superar os obstáculos internos, é imprescindível para ser prudente, feliz e livre (no sentido de que nenhum obstáculo interno frustra sua vontade), mas também o é um entorno que não levante diques externos à realização da firme vontade do *enkratés* (palavra que designava em grego coloquial a quem tinha poder ou capacidade de uma firme e virtuosa disposição sobre algo).

Assim que se é certo que na doutrina da “*phrónesis*” se dá a coordenação de um geral e de um particular (tal como na hermenêutica, e daí o papel central da “*applicatio*” e o “caráter exemplar” da hermenêutica jurídica, onde se coordena *norma* e *situação*), não menos correta e fundamental é a constatação de que a prudência, por ser uma virtude – uma disposição ou capacidade, acompanhada da razão, de atuar na esfera do que é bom ou mal para o ser humano –, pressupõe a *enkratéia*.

E entendida assim, a prudência no ato de julgar exige, antes de tudo, um juiz *enkrático* que, por dizê-lo com o apóstolo dos gentios, conhece-se muito bem a si mesmo, que entende o que faz e faz o que verdadeiramente lhe parece virtuoso e justo; isto é, de um juiz que, afrontando de forma virtuosa os adversos retos racionais, os problemas emocionais, os fatores ou resíduos de irracionalidade e as eventuais constrações informativas exteriores desenhadas para perturbar a realização de suas firmes convicções, desejos e juízos, não ceda ante nenhuma outra coisa senão somente ante a força da virtude moral e da sensatez.

Em palavras mais simples, de um juiz cuja atividade deve estar permeada pela virtuosa pretensão de que suas decisões sejam moralmente corretas e justas²⁵⁵; a ela (atividade) corresponde a intenção e o dever moral e jurídico de decidir corretamente,

²⁵⁵ A dimensão jurídica remete à dimensão moral, que por sua vez remete a uma dimensão antropológica: do sujeito de direito que se caracteriza por sua relação dialógica com os demais, mais concretamente na idéia de um ser humano desenhado para a cooperação, o diálogo e a argumentação e que, em seu “existir com” e situado em um determinado horizonte histórico-existencial, reclama continuamente aos outros, cuja alteridade interioriza, que justifiquem a legitimidade de suas eleições aportando as razões que as subjazem e as motivam.

de que embora necessário, não é suficiente para resolver um problema jurídico a simples amostra ou demonstração de uma *prudentia* mundana ou o acomodado recurso à determinados artifícios legais e/ou metodológicos. A prudência do juiz não é outra coisa que a manifestação de sua dignidade e de seu caráter virtuoso, comprometido que deve estar, eticamente, com o desenho de um modelo sócio-institucional livre, justo e solidário que permita a cada cidadão, frente a qualquer interesse espúrio do Estado ou de qualquer outro agente social, viver com o outro na busca de uma humanidade mais justa.

Agora: é possível encontrar um bom operador do direito – e nomeadamente um bom juiz – com tais qualidades e virtudes, quer dizer, um juiz que esteja “em harmonia consigo mesmo”? Parece que sim, desde que se abandone o “filisteísmo” que por vezes tem caracterizado a postura daqueles que exercem a atividade jurisdicional. E o que vem a ser isso? Como já dissemos em outra oportunidade, é um conceito muito marxista. É um conceito que, a diferença dos muito apodrecidos de "modo de produção", "sobreestrutura" ou "hegemonia", tem a vantagem acrescida de que não se revelou propício até agora aos jogos escolásticos de palavras a que tão aficionados se mostraram os acadêmicos "marxistas" ou, já que estamos, os profissionais da coisa²⁵⁶.

Mas, o que é um filisteu? Filisteu é quem se nega ou se resiste a valorar as coisas, qualquer coisa, por si mesmas. Filisteu é quem não admite, por exemplo, que se possa desejar conhecer algo pelo valor mesmo de conhecê-lo, pelo mero gosto de satisfazer a curiosidade, a qual, como disse Aristóteles - o pai do antifilisteísmo filosófico— é o começo de todo saber. O filisteu sustenta, ou – na maioria das vezes — atua como se sustentara que somente é desejável o conhecimento que serve para algo (para ganhar dinheiro ou prestígio, para ser famoso, para escalar na hierarquia acadêmica ou judiciária, para lograr uma tecnologia útil, para fazer uma revolução, para conquistar a admiração de alguém, etc.). Filisteu é, em geral, quem se nega a reconhecer que possa haver ações humanas com valor por si mesmas, qualquer que seja o resultado delas. Para a triste vida do filisteu, esta se reduz a um imenso

²⁵⁶ Nas palavras de Doménech (2006): “*Yo no sé de ningún estudio que haya procedido a un escrutinio informático de las obras completas de Marx y Engels, pero si algún día se lleva a cabo, apuesto a que, al menos en los 10 gruesos volúmenes de su correspondencia, la palabra "filisteísmo" – y otras claramente coextensivas, como spiessbürgerlich, que ha veces se traduce un tanto inocentemente como "pequeño burgués" – será una de las que registre más entradas*”.

repertório de instrumentos, de meios e cadeias inteiras de meios postos ao serviço de algum fim, normalmente heterônomo.

Pois bem: um juiz que aspire desfrutar das virtudes a que me referia antes deve, antes de tudo, cultivar um antifilisteísmo extremista, que não se conforma com declarar que há algumas coisas que devem buscar-se ou fazer-se por si mesmas, por seu valor intrínseco, senão que se indigna e se envilece a converter quase qualquer meio ou instrumento legal em fim. Dito de modo mais específico, de um juiz que assuma o compromisso ético de admitir que a legislação existente deve ser concebida como mero instrumento de construção social, que representa em numerosos casos valores humanos justos e que, interpretada de forma adequada, permite realizar e efetuar por meio dela câmbios para o bem dos homens.

De um magistrado que haja optado por uma perspectiva pragmática, instrumental e dinâmica do direito, a considerar este (o direito) como um intento, uma técnica, para a solução de determinados problemas práticos relativos à conduta em interferência intersubjetiva dos indivíduos, ou seja, do direito como argumentação, como uma prática discursiva que tem a vida (os vínculos sociais relacionais) por objeto, a prudência e a norma por meio e a justiça e a segurança por fim. Que entenda não somente que a “justiça plena” é impossível – porque a sociedade é um acordo desconfortável entre indivíduos com interesses conflitantes, antes de ser algo projetado diretamente pela “racionalidade” humana –, senão que também seja capaz de compreender que os tribunais são formados por indivíduos tendencial, prioritária e igualmente egoístas e não por santos que só trabalham para o bem comum: os operadores do direito, por vezes, não passam de uma ferramenta de interesses grupais e de burocratas que maximizam o discurso da justiça para aumentar seu poder e sua recompensa, à custa dos demais. Que não é uma máquina neutra e sem motivos próprios de produzir benefícios sociais, mas um homem comum, um primata que têm que lidar com as pessoas tais como são, limitadamente desiguais em talento, ambição e em suas motivações, mas cada qual uma mistura de bondade e de maldade na composição de seu caráter.

Enfim, de um magistrado cujo objetivo deve ser sempre o de intentar criar a visão de uma sociedade donde impere a justiça; de criar discursos jurídicos humanistas baseados, na medida do possível, em uma concepção humanista e firme da essência humana, ou da natureza humana, que dizer, de intentar estabelecer as conexões entre um conceito da natureza humana que dê lugar à liberdade, a dignidade, a criatividade e

outras características humanas fundamentais, e uma noção de estrutura social donde estas propriedades possam realizar-se e a vida humana adquira um sentido pleno.

Em síntese, de um juiz que seja capaz de entender, entre outras coisas:

1. que há certo tipo de fundamento absoluto que em última instância reside nas qualidades humanas fundamentais, sobre as que se baseia um conceito “real” de justiça;

2. que é muito apressado qualificar nossos sistemas de justiça atuais como meros sistemas de opressão de classe, senão que expressam sistemas de opressão de classe e elementos de outros tipos de opressão, mas também uma busca óbvia e constante de conceitos verdadeiramente humanos e valiosos de justiça, decência, amor, bondade e compaixão, que são reais; e

3. que a busca da justiça deve ser uma tarefa que se valore por si mesma, independentemente de suas consequências práticas ou benefícios pessoais (uma atividade que compensa por si mesma a quem a realiza e que, por isso mesmo, proporciona inestimáveis retribuições internas). Afinal, o que dá sentido ao direito não pode ser outra coisa que a aspiração à justiça ou, para dizer em termos mais modestos e mais realistas: a luta contra toda e qualquer forma de injustiça.

E é precisamente nesse contexto que a exigência de virtude passa a ser a condição existencialmente fundamental – e a condição decisiva – da tarefa (pessoal e institucional) do magistrado. Que o juiz não se compreenda apenas como destinatário do direito e titular de direitos, que no exercício de sua função não abdique nunca do seu mesmo dever comunitário e que, na mesma medida, não aceite degradar-se à mera função burocrática que “analisa processos”, reduzindo-se a um mero instrumento público pronto para homologar e dar execução a todo e qualquer ditame do poder. De um juiz que se assuma autenticamente como o sujeito do próprio direito e assim não apenas beneficiário dele mas comprometido com ele: o direito não reivindicado no cálculo e sim assumido na existência, e dessa forma não como uma externalidade apenas referida pelos seus efeitos, sancionatórios ou outros, mas como uma responsabilidade vivida no seu sentido.

O direito somente concorrerá para a epináfia do ser humano se os magistrados lograrem pessoal, cultural e institucionalmente a virtude desse compromisso ético: de um operador do direito que incentive e priorize a implicação do direito com uma

postura republicana e democrática do Estado e, portanto, que se distancie da paroquiana concepção de sacerdote da dogmática, travestido do manto da infalibilidade jurídica e autoinvestido da suposta virtude que faz com que funcionem como “*les bouches qui prononcent les paroles de la loi*”(Montesquieu). De que concebido o direito como prática social de tipo interpretativo e argumentativo, é o operador jurídico que produz a realidade do direito e a edifica enunciando o que este mesmo é. Daí que o objetivo da boa interpretação não é conseguir que os intérpretes admirem e reproduzam uma legislação já feita, senão fazê-los capazes de valorá-la e de corrigi-la; interpretar/aplicar o direito é acima de tudo uma virtuosa responsabilidade ética: podemos admirar o estilo de um discurso jurídico ou a habilidade do sujeito-intérprete, mas ainda assim devemos julgar tanto a um como ao outro pelos resultados de sua atividade.

Estes são os tipos de ações em que a típica relação meios-fins com que se soe descrever a ação humana não vige: uma atividade autotélica²⁵⁷ – portanto, livre e voluntária, e não *dissimulada por interesses de outra ordem* ou *forçada por uma posição institucional* -que traz a recompensa em si mesma, nos próprios meios ou no processo de sua execução. E isso implica, depois de tudo, que a tarefa interpretativa do magistrado deve radicar, *ultima ratio*, no dever autotélico de atuar o direito em razão *da* pessoa e *para a* pessoa humana, no sentido de oferecer soluções a problemas práticos, delimitando (mais do que compondo conflitos) por uma via civilizatoriamente conflitiva os campos em que os interesses individuais, sempre a partir das reações do outro, possam ser válida, legítima e socialmente exercidos, isto é, no dever de assegurar e promover a liberdade e a igualdade necessárias para que os indivíduos possam, como partes interessadas e na qualidade de sujeitos destinatários de um ato imperativo do Estado (acórdãos, sentenças, etc.), dispor de plena capacidade para

²⁵⁷ Trata-se de ações que os psicólogos contemporâneos chamam “autotélicas”, isto é, das ações que se valoram por si mesmas, que vale a pena fazê-la por si mesma, independentemente de suas consequências (uma atividade que compensa por si mesma a quem a realiza e que, por isso mesmo, proporciona inestimáveis retribuições internas). Estas são aquelas ações nas quais a típica relação meios-fins com que se soe descrever a ação humana não vige: a ação autotélica traz a recompensa em si mesma, nos próprios meios. O processo é o que conta, o caminho é a meta ou parte da meta (e a meta é um estado mental). Um exemplo importante – ademais de clássico – é o do trabalho: o jovem Marx condenava a alienação do trabalho sob os regimes econômicos de propriedade privada precisamente porque impediam que fosse uma atividade autotélica – portanto, livre e voluntária, e não *trabalho forçado* -; mas não há modo de dar sentido a essa condena ética da alienação do trabalho – uma das peças decisivas da teoria marxista da justiça – no marco de uma linguagem puramente egoísta.

participar legitimamente de sua formação por meio de eficazes critérios metodológicos de controle, a fim de evitar que o abuso de autoridade, o eventual filisteísmo, o subjetismo desregrado ou a falta de correção moral por parte do operador do direito rompa os limites que asseguram o âmbito prático da decisão (da interpretação e da aplicação) justa.

Depois, talvez seja útil recordar que no processo de realização do direito se apresenta ainda ao operador do direito um importante problema de responsabilidade ao garantir ou, melhor dito, ao estabelecer, a coerência intrínseca do sistema jurídico. Ao magistrado se lhe confia a tarefa específica de combater ou ao menos minimizar a contraditoriedade intrínseca do sistema jurídico, particularmente a de reconstruir e contextualizar a hierarquia dos valores e princípios constitucionais, que não se pode considerar como dada e adquirida de uma vez por todas. O sentido de uma norma jurídica se converte, por meio do sujeito-intérprete, em expressão de relações mantidas com a prática, de uma capacidade de relação com os dados extralinguísticos e com o contexto de experiência²⁵⁸, que em cada novo caso tem que ser renovada e dinamicamente reconstruída, mas sempre com o fim de compor em um todo coerente normas, princípios e valores diferentes e, portanto, de detectar, de forma prudente e responsável, na pluralidade de hipóteses interpretativas e soluções alternativas possíveis, a solução legítima, mais satisfatória e com maior capacidade de consenso.

Poderia argumentar-se, é certo, que a ética da virtude não pode aplicar-se ao campo da função judicial, que neste âmbito só os deveres (uma ética do dever) contam decisivamente e que a virtude dos operadores do direito é instrumental e se deve na mesma medida a sua natureza e às forças sociais e ambientais que contribuem a induzir a determinados tipos de condutas e discursos jurídicos. Mas não se trata somente disso: as valorações pessoais de um determinado caso concreto não são simplesmente um mero cumprimento de deveres ou reações individuais a um acontecimento específico, porque a tarefa interpretativa/decisória não é somente uma reação ao fato em si senão,

²⁵⁸ A norma não pode prescindir do caso concreto, que a enriquece e lhe dá maior determinação. Isto significa descentralizar o núcleo da análise de um direito concebido como algo precedentemente constituído e já dado ao sujeito que deve redeterminar e descobrir o direito, quer dizer, o sujeito que através de seus argumentos há de convencer a um auditório. A norma não pode conhecer-se senão em situações particulares, desenvolvida e precisada pela riqueza inesgotável dos fatos: por isso as teses de Alexy (1997) sobre a formalidade e a índole processual do procedimento de justificação, que formaliza e submete a normas o discurso prático, sem dúvida perseguem o intento, em si louvável e digno de mérito, de garantir a correção da argumentação jurídica, mas ao mesmo tempo correm o risco de resultar incompletas e abstratas por não ter em conta a concretização aplicativa das normas.

ademais, uma comunicação dirigida aos outros, provocando adaptações da conduta de uma forma mais direta.

Quer dizer, as interpretações/decisões - que tomam em conta as perspectivas e posturas das outras pessoas com relação às nossas valorações - são adaptações ou comunicações (ou ambas as coisas) que, em virtude de seu significado percebido e de seu poder de interferência na passarela intersubjetiva da vida social, servem para provocar reações específicas por parte de seus destinatários. Nesse sentido, atuar eticamente significa estar e se preocupar com os outros, ser um entre os outros dentro de um quadro institucional que nos afirme na condição de cidadão: o bom intérprete, ética e responsabilmente comprometido com a justiça social, é o juiz virtuoso, que combina a procura do interesse pessoal com a exigência interpessoal da liberdade, igualdade e solidariedade social, sob a égide de instituições justas.

Depois, ao sujeito-intérprete (ao juiz), enquanto mediador *na* comunidade e *para a* comunidade da idéia de direito e da justiça que o fundamenta, tem elevada à máxima potência a exigência e a responsabilidade ética de criar e manter, por meio de seus discursos jurídicos, a credibilidade (moral, racional e emocional) na qual deve descansar a inabalável confiança dos cidadãos acerca de sua atividade: uma manifestação indispensável de virtude e excelência de caráter.

Por onde se vê, porque julgar exige um transitar em um espaço de jogo entre vínculo (limites) e liberdade (discricionariedade), um singular entendimento dos indivíduos (do conjunto de suas crenças, desejos e ações) e das coisas do mundo, bom senso e, acima de tudo, caráter virtuoso, não resulta, definitivamente, nada fácil “ser prudente” na tarefa de interpretar e aplicar o direito de forma antifilisteísta, racional e razoável – isto é, de humanizar a linguagem do direito ao ponto de torná-la eqüitativamente compassiva e compatível com uma concepção humanista e firme da natureza humana. No contexto dos fatores e influências que condicionam nosso processo de decisão, a falta de excelência moral não é nenhuma bênção.

Assim que a tônica da tarefa de julgar, no que concerne à realização do direito, leva a que seja o seu “processo” posto como um ato metodológico, como instrumento ou mecanismo conformador (e igualmente constitutivo) da ordem jurídica. Dela vale-se o juiz na operação de interpretar, justificar e decidir, ajustando arestas das controvérsias surgidas no “comércio” dos vínculos sociais relacionais, trazidos para o caso concreto. A sua tendência volta-se ao conhecimento abrangente da cena que se lhe oferece a historiar, perpassada pelos ideais de justiça, de certeza do direito e de

segurança jurídica (valores que, em última instância, resultam de nossas intuições e emoções morais e de nossa inata capacidade para inferir os estados mentais e predizer o comportamento dos demais), contextualizados e só visíveis em cada caso.

Nesse sentido, a freqüente denúncia crítica das insuficiências do método jurídico tradicional serviu para pôr de manifesto a inidoneidade de qualquer proposta ingênua sobre a segurança jurídica e a certeza do direito. As correntes antiformalistas e as teorias positivistas (especialmente as de Kelsen e Hart) podem ser rechaçadas por abrir espaços de não-direito na decisão jurídica; mas suas observações sobre uma margem irreduzível de discricionariedade e a impossibilidade de alcançar soluções unívocas desde o texto da lei em todos os casos são o suficientemente sérias como para que tenham sido consideradas em muito boa conta, nomeadamente no que diz respeito à conformação normativo-material fragmentária e fracionada das normas jurídicas.

Por outro lado, os ideais racionalistas e liberais sobre a racionalidade formal do direito legal e a metodologia jurídica também entraram em crise há alguns anos: à disputa clássica sobre o papel dos valores na decisão jurídica, sucedeu – quiçá porque quase ninguém discute mais o papel dos “prejuízos” (da “pré-compreensão”, das emoções, das memórias e dos juízos de valor) na tarefa interpretativa – o problema da “materialização” do direito que promove o desenvolvimento da individualidade (livre, separada e autônoma) do ser humano e a eficaz garantia dos direitos que habilitam publicamente a sua condição de cidadania plena: a adequada articulação e combinação dos vínculos sociais relacionais e a tendência a incorporar critérios de racionalidade limitada nos discursos jurídicos que, plasmando desejos e crenças cognitivamente virtuosas, resultem de um processo fiável, controlável e no qual confiamos.

Daí que as considerações desenvolvidas nas páginas anteriores trataram de fazer frente ao reconhecimento da incidência de fatores “materiais” (subjetivos, emocionais, contextuais, axiológicos, dos defeitos, dos erros e das impropriedades, etc.) na atividade cognitivo-normativa de interpretar, justificar e aplicar o direito, tratando de salvar metodologicamente as possibilidades de uma eventual – necessária, embora não suficiente – objetividade hermenêutica e a própria racionalidade da interpretação. Afinal, a normatividade do direito, sem o qual não cumpriria (ou cumprirá) nenhum de seus fins, repousa necessariamente sobre a objetividade – ainda que tentada – da interpretação, justificação e aplicação das normas jurídicas.

Dessa forma, a argumentação racional tenderá a apartar-se da concepção tradicional do método jurídico, sendo que de nenhum modo pode dizer-se que

representa uma alternativa incrédula. Reconhecem-se as insuficiências do método tradicional, mas não se renuncia ao ideal de certeza e previsibilidade, nem à pretensão de fazer predominar, em última instância, certo grau de racionalidade (real e factível) sobre os fatores materiais e humanos do discurso jurídico.

E desde esta perspectiva, qualquer teoria da argumentação racional supõe uma mudança radical na maneira de tratar o problema da fundamentação da objetividade hermenêutica e a própria racionalidade da interpretação, entanto que atividade tendente a lograr um resultado com validade e legitimidade intersubjetiva e com potencial capacidade de consenso: primeiro, porque já não se parte do postulado absoluto da racionalidade do legislador, que em todo caso se dará por descontado ou verá reduzida sua funcionalidade a um elemento mais da interpretação²⁵⁹; depois, trata-se de reconhecer que a objetividade descansa na própria atividade do intérprete, cuja finalidade última é revelar e atribuir (constitutivamente), de modo objetivo e controlável, o sentido das ações e das criações humanas.

Por outro lado, não somente há que se considerar a distinção entre “casos claros” ou “rotinários” – em relação aos quais o ordenamento jurídico provê uma resposta correta que não é discutida – e “casos difíceis” (*hard cases*) – que se caracterizam porque, ao menos em princípio, não existe uma disposição normativa concreta ou, em havendo, quando o seu significado é tão duvidoso que cabe propor mais de uma resposta correta que se situe dentro das margens permitidas pelo Direito positivo-, senão também que se deve levar igualmente em conta a possibilidade de uma terceira categoria, a que Atienza (1993) denomina de *casos trágicos*, ou seja, aqueles em relação aos quais não cabe encontrar uma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado como fundamental do ponto de vista jurídico e/ou moral²⁶⁰.

²⁵⁹ Frente a um dos postulados mais característicos da concepção metodológica tradicional, as teorias da argumentação defendem que o legislador real não é racional ou, o que é o mesmo, que não faz leis perfeitas que prevejam soluções claras e não contraditórias para qualquer caso hipotético que possa produzir-se, e que, portanto, quem têm de ser racionais são os operadores do direito, quem interpretam e aplicam a lei. Contudo, não se acaba de romper com o modelo dedutivo, que segue vivo como método no horizonte global a partir do qual se articula e analisa o raciocínio jurídico, muito embora se ampliem as estreitas margens argumentativas das concepções formalistas.

²⁶⁰ Como explica Amaya Navarro (2009: 42-44), no “*ejercicio de su profesión, los jueces enfrentan en ocasiones casos que involucran lo que se ha venido llamando “dilemas morales”*”. *Los dilemas morales son aquellas situaciones en las que un sujeto está obligado a hacer dos acciones pero en las cuales hacer ambas acciones no es posible y, por ello, cualquiera que sea la decisión que se tome, el sujeto habrá violado una obligación. Los*

E uma vez que a adoção de tais supostos não significa somente enfrentar-se com simples alternativas, mas também com verdadeiros dilemas²⁶¹, a justificação se desloca da perspectiva de uma lógica entendida em sentido estrito – isto é, como cálculo dedutivo formalizado em maior ou menor medida –, até se apresentar como justificação *sensu largo*, ou seja, como uma argumentação que busque a inclusão de determinadas formas de raciocínio que viabilizem, por meio de *métodos criteriosais* úteis, um modelo de realização do direito²⁶² fiável, realista, factível, prudente e

dilemas morales son, por lo tanto, un tipo de conflicto moral: lo que hace de ellos una clase especial dentro de los conflictos morales es que en los casos disyuntivos (i) no existen criterios, escalas, o procedimientos para poder resolver el conflicto; y (ii) las decisiones en estos casos conllevan la pérdida de algo que se considera fundamental, son, por ello, casos “trágicos”. Un ejemplo de dilema moral ampliamente discutido en la literatura es el de la decisión de Sofía. Sofía es una judía polaca recluida en un campo de concentración nazi con sus dos hijos. Un guardián del campo le dice que puede salvar a uno de sus hijos, pero que el otro tiene que morir. Sofía tiene que elegir a qué hijo salvar, si no lo hace, los dos morirán. En este caso, verdaderamente trágico, no existen obviamente criterios morales que permitan tomar una decisión: Sofía está obligada a salvar a ambos hijos, pero dado que, si no elige, los dos morirán, también tiene una obligación moral de elegir a uno de ellos. Desgraciadamente, no puede satisfacer ambas obligaciones, y tampoco hay, obviamente, un criterio que permita establecer una jerarquía entre las obligaciones. Por fortuna, las decisiones que enfrentan los jueces en el ejercicio de su profesión no son tan dramáticas, en la mayoría de los casos, como la decisión de Sofía. No obstante, los jueces deben decidir en ocasiones casos que involucran dilemas morales. Estos dilemas pueden ser de distintos tipos. En primer lugar, los jueces pueden enfrentar dilemas entre obligaciones propias de su rol y obligaciones morales generales: por ejemplo, cuando un juez debe aplicar una ley que es manifiestamente injusta. En segundo lugar, a veces, el sistema jurídico remite al ámbito moral; puede ocurrir que en éste se plantee una situación de dilema, en cuyo caso el juez, para decidir el caso, debe enfrentar un dilema moral. Por último, los jueces deben decidir ‘conflictos constitucionales’, en los que pretensiones distintas e incompatibles están igualmente amparadas por derechos, bienes, etcétera, constitucionales. Por ejemplo, un dilema de este tipo surgiría en casos en los que entran en conflicto el derecho a la intimidad y la libertad de expresión, como cuando la publicación de una noticia en un medio de comunicación afecta de manera importante la intimidad de una persona. En estos casos, los jueces, para resolver los casos, tienen que enfrentar dilemas morales, algunos de los cuales, por la relevancia de los intereses en juego, pueden calificarse de ‘trágicos’”.

²⁶¹ Nas palavras de A. Sen (1999: 33), “ *um dilema não é um conflito entre algo bom por um lado e algo mau por outro. Mais bem se trata de um enfrentamento entre duas coisas boas, mas diferentes*”.

²⁶² Precisamente nesta oportunidade há de se indicar que, sob a perspectiva aqui adotada, os métodos ou elementos tradicionais de interpretação não se tornam de todo obsoletos e prescindíveis – especialmente no que diz respeito aos chamados “casos fáceis”. A partir dos argumentos aqui sustentados, todos esses fatores passam a ter apenas uma função complementar e meramente instrumental relativamente à produção, ao funcionamento e à realização do direito que, em todo caso, “ *não se esgota, no mais mínimo, em uma (prosaica) subsunção do caso baixo a lei*” (Kaufmann, 1999: 123). Por outro lado, o relevo de cada um desses elementos em particular só pode ser aquele que o problema concreto justifique, ou melhor, que normativo-argumentativamente solicite: terá maior relevo ou polarizará a interpretação aquele elemento ou método que, perante os pontos problemáticos

compatível com as limitações próprias (internas) das capacidades cognitivas do sujeito-intérprete.

especificamente acentuados no caso concreto, tenha maior força argumentativa na utilização da (s) norma(s) como critério de solução desses pontos topicamente determinados.

11. Controle da racionalidade e atividade jurisdicional

Como se deve entender o «controle de racionalidade» - a que constantemente nos estamos referindo - no âmbito da jurisdição? Para exercitar um controle similar, a que tipo de racionalidade devemos fazer referência?

O problema nos remete às diversas concepções da racionalidade na filosofia e nas ciências, ou, de forma mais específica, se é possível pensar em uma *específica racionalidade jurídica*, compreensiva do conjunto das razões que podem fazer parecer «racional» (controlável e moderno) os resultados do processo de tomada de decisão?

A resposta parece ser afirmativa. Mas deveria resultar igualmente óbvio que a mesma idéia de uma racionalidade específica incorpora problemas, que de algum modo e medida interferem inclusive com o tema mais general da racionalidade no âmbito da filosofia teórica e, sobretudo, da filosofia prática. De um modo geral, parece razoável admitir, seguindo a doutrina dominante, que o conceito de racionalidade no campo do direito e acusadamente no âmbito da hermenêutica e interpretação jurídica pode ser utilizado nas seguintes acepções: **a)** racionalidade lógico-argumentativa (*logique oblige*); **b)** racionalidade dogmático-sistemática no interior da teoria geral do direito; **c)** racionalidade respeito aos valores por tutelar, no duplo plano do sistema positivo e da política; **d)** racionalidade respeito aos fins políticos por perseguir, uma vez mais no duplo plano do ordenamento positivo e da política; **e)** racionalidade do procedimento científico no sentido estrito, para a parte na qual a racionalidade se vale dos conhecimentos e das prognoses oferecidas pelas ciências empíricas e sociais; **f)** e, mais em geral, pareceria oportuna a adoção de uma atitude metodológica atenta às «condições de uma comunicação racional» em tomo aos temas que relaciona a criação, a interpretação-aplicação e a eficácia das normas jurídicas.

Nesse sentido, o controle de racionalidade pode em teoria ser efetuado nos diversos níveis da fenomenologia punitiva, e faz referência à atividade de sujeitos diversos: o legislador, o jurista-científico, o jurista intérprete e/ou o cientista social. Nos deteremos aqui no problema concernente do controle de racionalidade que tem por objeto a jurisdição, isto é, aquele que faz referência à atividade do juiz-intérprete.

Em tema de argumentação jurídica, o problema cardinal parece ser, hoje mais que antes, a *eleição* de meios e mecanismos metodológicos úteis, fiáveis, adequados e funcionais para a árdua tarefa de dizer a justiça no caso concreto de forma rápida,

legítima e eficaz, dirigidos a gerar discursos jurídicos (decisões) materialmente justos, racionalmente controláveis e com potencial capacidade de consenso para a solução de determinados problemas práticos relativos ao exercício e aos limites do poder jurisdicional do Estado.

E uma vez admitido que a pretensão de proporcionar uma justificação exaustivamente racional (neutra, objetiva e verdadeira) da maneira com que os juízes conduzem suas interpretações é ilusória, resulta igualmente inaceitável pretender que a aplicação do direito possa ser uma tarefa completamente dissociada do pessoal e do político, ainda que seja somente no sentido de reconhecer e proferir decisões destinadas a manter o *statu quo* ou de dar continuidade ao ordenamento²⁶³. Entre o

²⁶³ Em seu artigo “*La administración de justicia constitucional*”, o constitucionalista mexicano Agustín Pérez Carrillo (2003, 104) comenta com um orgulho nada dissimulado que todo Judiciário é, ao mesmo tempo, tribunal e poder: um tribunal que cumpre uma função do poder, um tribunal que tem poder, um poder que por sua função requer ser titularizado por um órgão com tipologia orgânica e funcional do tribunal. Na lição de Guastini (2001, 47), dentro do contexto da expressão “separação dos poderes”, o vocábulo “poder” condensa pelo menos dois significados que convém distinguir. Em um primeiro sentido, “poder” se refere às funções do Estado; neste caso, à instituição que exerce funções jurisdicionais que basicamente consistem na interpretação e aplicação de disposições normativas. Em um segundo sentido, “poder” se refere aos órgãos-instituição do Estado que operam funções tipicamente estatais. Os magistrados têm um fragmento dos poderes do Estado e esse “poder” de que estão investidos significa que sua atividade é essencialmente política em razão de que (co-) participa na formação da vontade estatal e coopera com sua manutenção. Trata-se de um poder fundado em uma competência particular e limitado ao campo de tal competência, mas que conta com a capacidade de determinar a conduta de outros, incluindo-se entre os que devem obediência às suas decisões não somente o cidadão, senão também o próprio poder que manda. E dado que não parece imaginável a interpretação/criação apolítica (isto é, completa e totalmente neutra) do Direito, isso implica que é impensável que sua aplicação possa ser uma tarefa completamente dissociada do político, ainda que seja no sentido de reconhecer decisões destinadas a manter o *statu quo* ou de dar continuidade ao ordenamento. Como recorda Wróblewski (1988, PP. 11-12), uma das “peculiaridades de la interpretación jurídica estriba en su carácter político para tratar sobre diferentes problemas. (...) No es necesario definir aquí el significado del término “político”. Lo entenderemos en el sentido más amplio y corriente: algo es político cuando genética y/o funcionalmente está conectado con las relaciones entre diversos grupos interesados en utilizar el poder del Estado en direcciones preferidas”. Portanto, continua Wróblewski, “*las reglas constitucionales se encajan en una axiología política, por lo menos a través de términos indeterminados y valorativos que se refieren a valores políticos - económicos, éticos y sociales -, pero estos valores influyen en la interpretación de términos descriptivos y cuasidescriptivos en caso de duda suscitada por el contexto funcional*”. Esta circunstância é a que deve influir na necessidade de se criar mecanismos especiais para definir, de forma mais objetiva possível, que classe de critérios devem ser utilizados para fundamentar e justificar, de forma apropriada, as decisões operativas. Agora bem, a sana apreciação ou a prudente ponderação comporta admitir que o arbítrio judicial em seu sentido mais estrito é uma potestade que a lei concede ao juiz para que, dentro de determinados limites, a interprete com o suposto concreto que há de resolver, ou complete alguma indeterminação ou algum extremo que a lei deixa a sua valoração pessoal. Contudo, não é ouro tudo o que reluz. O quadro atual da situação que oferece a dogmática jurídica contém mais enigmas que certezas. Ainda não tem respostas para definir nem qual é a direção que se deve adotar ante a onda

enunciado legal e a decisão que resolve um caso concreto há um extenso espaço intermédio em que o juiz manobra com ampla margem para suas opções e, no ato de manobrar nesse espaço, tem um papel central os múltiplos fatores e influências (pessoais, sociais, políticas, econômicas, morais, etc.) que condicionam a tarefa interpretativa no processo de decisão.

Por essa razão, e precisamente em virtude do fato de que a tarefa interpretativa vem a ser a mais alta expressão da política jurídica do Estado, investida no caso concreto, resulta óbvia a importância, ou melhor, a necessidade de dispor de uma teoria da argumentação racional que permita conhecer como se chega a alcançar a solução correta (sempre em termos comparativos e não superlativos), ou seja, a solução razoável, satisfatória e racionalmente aceitável.

Dito de outro modo, qualquer teoria acerca da hermenêutica e/ou interpretação jurídica quando é séria e intelectualmente honrada, e que queira propugnar de verdade sua causa (quer dizer, honrada também na ação), deveria, antes de insistir na objetividade e racionalidade da interpretação e aplicação do direito, admitir a criatividade como elemento essencial da tarefa interpretativa e, nesse contexto, assumir o compromisso ético de inserir em seu modelo metodológico de realização do direito critérios que eliminem a premissa de que a cientificidade da ciência do direito sempre termina em uma *petitio principii*, em um falso problema.

Neste particular, e como dissemos antes, parece haver certo consenso no sentido de que o atual modelo da dogmática jurídica já não mais atende às atuais exigências de justiça provocadas pela crescente onda expansionista do direito e que devem nortear o desenho institucional do Estado democrático moderno. Quer dizer, de

expansiva do direito, nem sobre quais são os critérios metodológicos adequados a serem adotados em matéria de interpretação das normas jurídicas. É que, em última instância, a valoração pessoal ou a prudente ponderação pode levar à produção de decisões com um grau intolerável de subjetivismo. Nas palavras de Calamandrei, “(...) não é honesto (...) refugiar-se atrás de cômoda frase de quem diz que a magistratura é superior a toda crítica e a toda suspeita: como se os magistrados fossem criaturas sobre humanas, não tocadas pela miséria desta terra, e por isto inatingíveis. Quem se satisfaz com estas vãs adulações ofende a seriedade da magistratura: a qual não se honra adulando-a, mas ajudando-a, sinceramente, a estar à altura de sua missão”. A independência do magistrado e suas prerrogativas constitucionais não são valores em si mesmo, mas sim instrumentos da manutenção de sua imparcialidade. Dito de outro modo, da mesma forma como parece razoável evocar a independência e a prudente ponderação no processo de interpretação e aplicação do direito, resulta igualmente despropositado não exigir do magistrado, assim como de qualquer integrante dos poderes estatais, a prestação de contas acerca de suas atividades na “Administração da Justiça”.

que o atual modelo, a despeito das garantias processuais, não parece dispor de mecanismos aptos para resolver o problema de como responder a pergunta central da interpretação jurídica: a de como deve proceder o sujeito-intérprete (no caso, os magistrados) para que os frutos de sua interpretação/aplicação, embora não se possam dizer rigorosa e objetivamente corretos, sejam não obstante razoáveis, satisfatórios e que gozem de uma certa aceitabilidade social, ou, ao menos, para que não possam reputar-se de perfeitamente subjetivos e caprichosos, o qual, em direito, se assemelha a uma perigosíssima arbitrariedade decorrente, em última instância, do mau uso do poder estatal e que não somente põe em questão nossa segurança enquanto cidadãos sob o império da lei senão que também socavam paulatinamente o perfil constitucional do Estado de Direito.

De uma maneira geral, os operadores jurídicos ainda procedem em relação a este problema de uma forma um tanto quanto arbitrária e inusitada. Entre o atual modelo jurídico e as exigências de uma justiça razoável, satisfatória e racionalmente aceitável medeia um abismo que nem sequer os gurus da hermenêutica e da argumentação jurídica parecem capazes de superar. Por exemplo, e no que diz respeito à atual teoria do processo e da argumentação jurídica, se parece razoável inferir que estas já alcançaram consideráveis progressos nesse terreno, elaborando de maneira muito convincente regras metodológicas e processuais mais céleres e prescritivas de argumentação e de preferência, não menos prudente é admitir o fato de que nem sempre estas regras são, em verdade, apropriadas para a interpretação e aplicação judicial das normas jurídicas. Vejamos em que consiste essa evidência e os meios necessários – ainda que não suficientes – para superá-la.

Quando tomamos decisões em um entorno dado e tratamos de levá-las a cabo, uma batelada de dificuldades se cruzam com nossos desejos, entorpecem nossa ação e aparecem como restrições dela. Esses obstáculos são de natureza e origem muito distintas, mas podem classificar-se em três grandes grupos: **a)** constrições de recursos (que têm que ver com a limitação de nossas capacidades físicas, por exemplo); **b)** constrições tecnológicas (dadas pelas limitações de nosso *modus operandi* sobre o entorno); e **c)** constrições informativas (causadas pela escassez de conhecimento fiável sobre o âmbito em que nos movemos).

Podemos tomar essas constrições como indiscutivelmente dadas e desenhar nossa ação no espaço mais ou menos limitado que nos deixam (maximizar nossa função de utilidade restringida por elas). Mas também podemos atacá-las previamente,

intentar remover parcialmente os estorvos que se apresentam a nossa ação. Se intentarmos essa segunda opção, mais ambiciosa, não tardaremos em dar-nos conta de que as constrictões essenciais são as do grupo (c), acima indicado: dificilmente podemos aumentar nossos recursos e melhorar nossa tecnologia se não aumentamos o nível disponível de informação sobre o meio. Liberar-se de constrictões informativas é essencial para uma ação ambiciosa e de largo alento dos humanos sobre o meio (ou sobre si próprios). Liberar os humanos de constrictões informativas parece ser o objetivo mais natural que propor a uma perspectiva metodológica do processo de realização do direito.

Frequentemente sonhamos despertos, imaginamos coisas improváveis e até inverossímeis, mas aparentemente satisfatórias e que nos confortam dos dissabores de nosso comércio com a realidade. Quando Freud falou da onipotência infantil se referia exatamente a este tipo de situações: as crianças, em medida incomparavelmente maior que os adultos, são capazes de se extraviar nas mais urânicas fantasias e obter uma ilimitada gratificação delas.

Que os adultos se entreguem menos a este fantasiar sem orilhas é só um indício de que a psicologia do adulto extrai menos prazer de sonhar desperto que a do infante de curta idade. Encanta-nos sonhar despertos, obsequiar-nos com lenitivos que amortizem ou façam mais leve nossa relação com o mundo, mas somos renuentes a nos abandonar puerilmente ao caos onírico de nossas representações, ao fluxo disparatado e anárquico da informação interiormente gerada²⁶⁴. Não desfrutamos

²⁶⁴ O uso da metáfora de Freud não implica aceitar sua concepção da geração interna de informação. De fato, comparada com as teorias freudianas, a psicologia evolucionista resulta muito mais satisfatória. Por exemplo, uma de suas primeiras providências foi incorporar os sucessos da sociobiologia e utilizá-los em suas disputas com outros movimentos intelectuais: é crível que os seres humanos evitem o incesto em virtude da seleção contra as tendências a praticar o coito com parentes próximos, consideradas as consequências genéticas deletérias da homozigose extensa (algo assim como se o cérebro humano estivesse programado para seguir uma regra simples : *não tenhas interesse sexual por aqueles que estiveste intimamente ligado durante as primeiras etapas de tua vida*). A alternativa (freudiana) é um palavratório sobre complexos edipianos, recalçamento e negação, uma mistura de disparates vienenses com total descaso à necessidade de pesquisas empíricas que pudessem colocar suas confiantes conjecturas perante o tribunal das provas; similarmente, há uma relação plausível entre a difundida preferência sexual masculina por mulheres jovens, com uma anatomia pélvica e peitoral adequada e a seleção darwiniana básica pela reprodução, e não com algum acidente estético arbitrário (Rose, 2000). Note-se, contudo, que dois psicólogos sociais, Chris Fraley e Michael J. Marks (2010), colocaram recentemente à prova a hipótese neo-Westmarckiana com dois experimentos que parecem ser dificilmente compatíveis com a sugestão de um "mecanismo" natural desenhado para evitar o incesto: *“En este artículo argumentamos que el debate intelectual entre Freud y Westermarck probablemente ha sido resuelto de forma prematura. Específicamente, presentamos datos que sugieren que la activación no consciente*

sonhando despertos se não é impondo a esse fluxo interior um conjunto de regras e restrições capazes de produzir representações e fantasias verossímeis e ordenadas.

de representaciones mentales acerca de parientes conduce al incremento del deseo sexual hacia otros (Experimento 1) y que las personas encuentran más atractivas las imágenes faciales cuando sus propios genes han sido sutilmente introducidos en tales imágenes sin que sean conscientes de ello (Experimento 2). Sin embargo, cuando la gente es consciente de la semejanza genética potencial entre ellos y las caras que están evaluando (esto es, cuando son activados los tabúes del incesto), entonces encuentran menos atractivas esas caras (Experimento 3). Estos datos sugieren que podría haber alguna legitimidad en la controvertida afirmación de Freud acerca de que el tabú del incesto existe porque hay una propensión no consciente hacia aquellas personas que parecen parientes atractivos". Ao distinguir entre o plano consciente e não consciente da atração, a perspectiva "evolucionista e psicodinâmica" de Fraley e Marks permitiria arrojara luz sobre o mito de Édipo Rei: *"una razón por la que Edipo deseaba casarse (y eventualmente lo consiguió) con su madre es porque estaba emparentado con ella. Su deseo fue posible, sin embargo, solo porque no era consciente de su verdadera relación con ella".* Por outro lado, como é fartamente sabido, a concepção freudiana do sistema nervoso convertia este em receptáculo passivo de energia e informação. Agora sabemos que ambas as coisas são falsas: o sistema nervoso está em posse dos meios metabólicos para criar sua própria energia (ainda que muito dependente do oxigênio e da glucose) e dos meios, geneticamente determinados, para criar sua própria informação (ainda que dependente de estímulos externos para adquirir informação sobre o mundo exterior). Sabemos, ademais, que nosso sistema nervoso, em contra do que pensou Freud, é muito capaz de anular tanto a informação e a energia externas como as internas, e que o cérebro não recebe, nem armazena e nem envia energia, senão sinais, informação. O cérebro envia aos músculos a ordem (a informação) de contrair-se, mas não lhes envia energia. De fato, as células dos músculos produzem a energia que necessitam descompondo em ADP o ATP que previamente acumulam mediante a respiração celular. Não há um tráfico de energia entre o cérebro e outras partes do corpo. Neste particular, há que distinguir a psicanálise como método terapêutico e como teoria ou modelo da mente humana. A possível eficácia de uma terapia não depende da veracidade da teoria que a justifica. Basta com pensar nos casos de eficácia terapêutica dos placebos ou de curação pela fé. Os filósofos da ciência do século XX não submetido a psicanálise a uma rigorosa análise crítica. O resultado foi uniformemente devastador, ainda que a devastação tomou duas formas distintas. Segundo alguns autores, como Karl Popper, a psicanálise é uma doutrina incontrastável e irrefutável, pelo que não pode ser tomada em sério como teoria científica. Segundo outros autores, como Adolf Grünbaum (1984), a psicanálise sim é uma teoria contrastável, já foi contrastada e resultou ser falsa. Se tome como se tome, a psicanálise como teoria científica (que embora tenha surgido inspirada na ciência de 1895, a metodologia freudiana já não foi renovada nem posta a ponto em função dos descobrimentos posteriores) sai sempre mal do escrutínio epistemológico: é uma mera especulação incontrastável ou uma falsidade patente. Para mais detalhes: Barkow et al., 1992; Mosterin, 2006; Sanjuán e Cela-Conde, 2005; de Waal, 2001; Castro, López-Fanjul e Ángel Toro, 2003. Sem embargo, não parece demais fazer referência à advertência de Ramachandran et. al. (2006: 33-34) relativamente às idéias de Freud: *"Y si bien hoy en día sonreímos ante ideas como la de la envidia del peneo el complejo de Édipo, corremos un peligro real de arrojar al bebé junto com el agua del baño si no reconocemos la monumental contribución de Freud al pensamiento humano. Su idea básica, que la conciencia es simplemente la punta del iceberg, y que nuestro comportamiento en gran parte está regido por un caldero de emociones y motivos de los cuales en gran parte no somos conscientes (la mente inconsciente), es aún un concepto perfectamente válido que, de seguro, continuará teniendo un gran impacto tanto en la psicología como en la neurociencia."* Para uma aproximação séria e coerente entre a psicanálise e as neurociências, cf. Ansermet y Magistretti, 2006; Solms y Turnbull, 2004.

Pode-se dizer que criar essas regras é uma “arte”: a “arte” de (auto)impor-nos umas restrições o suficientemente estritas como para reconduzir e ordenar nosso fluxo interior de informação e nosso potencial criativo, mas o suficientemente laxas como para não abortá-los. E se pode dizer que o objetivo da Arte é produzir este tipo de restrições que nos permitam sonhar – em nossa “segunda vida” , na feliz expressão do poeta Gerard de Nerval - despertados como adultos . Arremedando a Ortega y Gasset: quando fazemos “precisão”, intentamos liberar-nos das restrições informativas do mundo exterior; quando fazemos “literatura”, intentamos criar restrições que canalizem ou dominem satisfatoriamente o caos informativo de nossa fantasia interior (ou amoldar-nos às restrições, ao estilo artístico, que outros criaram com esse propósito).

A mecânica clássica de partículas newtoniana permitiu fazer-se com uma gigantesca massa de informação sobre partes de nosso entorno muito relevantes para a ação, o que redundou em um importante aumento do nível tecnológico e do nível de recursos disponíveis. Isto é, em não pouca medida, o que nos fascina dela, sua contribuição à eliminação de obstáculos restritivos da ação humana. Que distinto o caso das grandes obras artísticas: quantas peças artísticas renascentistas devem sua condição de obras mestras a um processo externo de imposição de restrições, à colaboração do talento (por vezes maligno) do mecenas para impor restrições com o gênio do artista – ou do modesto artesão – capaz de resolver satisfatoriamente o problema por elas criado.²⁶⁵

E aqui é , seguramente , um bom momento para prevenir mal-entendidos : uma coisa é dizer que o objetivo da ciência é liberar os humanos de restrições informativas e que a liberação de restrições informativas tem (freqüentemente) um valor instrumental para a ação humana sobre o meio, e outra muito distinta consiste em afirmar que esse objetivo é perseguido pela investigação científica de um modo *instrumental* , com a proa posta à ação humana geral sobre o meio. O segundo é falso.

O que aqui se sustenta é que o objetivo de se liberar de restrições informativas é um objetivo *intrinsecamente valioso* para essa instituição a que chamamos “ciência”

²⁶⁵ Pense-se, por exemplo, nas inúmeras restrições impostas a Michelangelo Buonarroti aquando da criação (e até mesmo depois de criadas) de suas inigualáveis obras de arte. Aliás , é uma característica da independência do artista moderno a pretensão de pôr a si mesmo as restrições, em vez de aceitar as recebidas. O “vanguardismo” do século XX viveu, em câmbio, da ilusão de que é possível criar produtos artísticos sem restrições estilísticas ou de qualquer outro tipo.

(independentemente de que possa ter um valor instrumental mais ou menos alto para a sociedade em geral) ou , como expressou Ortega y Gasset – em sua crítica a Spengler- de um modo insuperável : “... a técnica é consubstancialmente ciência, e a ciência não existe se não interessa em sua pureza e por ela mesma, e não pode interessar se as gentes não continuam entusiasmadas com os princípios gerais da cultura”.

Por outro lado, que o objetivo da criação artística (*id est*, impor restrições ao fluxo informativo interior) seja simetricamente oposto ao objetivo da criação científica (liberar de restrições informativas exteriores), não quer dizer que ambas empresas não compartilham alguns traços pragmáticos. Também o cientista (e muito especialmente o operador do direito em sua *práxis* interpretativa) produz, cria e inventa²⁶⁶.

Daí que no âmbito propriamente jurídico já não seja de todo lícito pretender excluir a criatividade jurídica como a *arte de ter* pré-compreensões corretas. Pelo contrário, a assunção deste elemento da arte na realização do direito o torna transparente, em lugar de ocultar-se detrás dos “impessoais” fundamentos da decisão. Isto - recorde-se - já sabiam os juristas da antiga Roma : a aplicação do direito, diziam eles , é a *ars boni et aequi*. Mas embora a criatividade seja, em grande medida, uma condição necessária, está longe, muito longe, de ser condição suficiente, uma vez que – com já adiantamos antes- as regras e/ou métodos são cruciais em qualquer processo criativo e alimentam possibilidade de conseguir novos logros.

Assim, o operador do direito que intenta imaginar uma hipótese estrutural capaz de dar conta de um amplo espectro de fenômenos necessita de certa autodisciplina: não somente para pôr mãos à obra, mas para não se enveredar em um *brain storming* sem critério; o jurista necessita auto-impôr alguma regra ou restrição heurística como critério seletivo de possíveis hipóteses candidatas. E saber escolher uma regra heurística atinada é também uma “arte”.

Seja como for, se é correto afirmar que para a razão teórica (que posso eu saber?) regem outras categorias e modalidades – “obrigatório” , “necessário”,

²⁶⁶Em seus *Poemas e Cantares* , Antonio Machado rendeu agudo tributo ao lado imaginativo da busca da verdade: “ Se mente mais da conta / por falta de fantasia: / também a verdade se inventa”.Uma maneira menos metafórica e algo mais técnica de interpretar a agudeza de Machado consistiria em dizer, com Quine, que freqüentemente duas hipóteses teóricas logicamente incompatíveis entre si podem salvar (ou deixar de salvar) os mesmos fenômenos, e que a eleição entre elas está *subdeterminada* pelos fatos. A preferência por uma delas tem então de obedecer a outros critérios, que apelam mais à “fantasia” que ao austero tribunal dos fatos: a seu poder informativo, a sua capacidade sistematizadora da experiência, a sua simplicidade, a sua compatibilidade com outras hipóteses teóricas já admitidas, etc.

“impossível” – que para a razão prática (que devo eu fazer?) – “plausível”, “concordante”, “sustentável” –, não menos certo é a constatação de que também para esta última são possíveis conhecimentos objetivos, verificáveis e logrados metodicamente. Não há dúvida que as ciências naturais exatas estão mais próximas ao “ideal” de cientificidade que as ciências sociais normativas. Mas isso não pressupõe e/ou autoriza, como pretendeu Kirchmann (1848) – e antes dele Pascal (1670) –, que o direito fique entregue à dinâmica enlouquecida da (a-metódica) arbitrariedade, nem tampouco, como querem outros, à positiva e exata previsibilidade (informatividade) típica da eletrodinâmica quântica.

Como toda “ciência” sem pretensão a uma absoluta positividade empírica e com um mínimo de pressupostos para ser considerado como tal, o direito trata de *conhecimentos*: **a)** logrados mediante um *método racional*; **b)** *objetivamente ligados* (o que não é equiparável a lógico-substancial; de tal maneira que o direito há de ser, antes que qualquer outra coisa, “relação” e não substância); **c)** que se encontram em uma *conexão argumentativa* (de onde, contra a opinião de alguns autores, não é exigível nenhum sistema fechado); e **d)** que têm de ser *verificáveis* (o que não quer dizer que tenham de ser logicamente obrigatórios, porquanto a verificação nas ciências normativas resulta do discurso, que em verdade não conduz sempre ao consenso, mas que ao menos tem de demonstrar *validade intersubjetiva*, ou seja, tem de estar orientado para uma potencial *capacidade de consenso*)²⁶⁷.

Registre-se, por oportuno, que por “racional” entendemos não somente a atividade do *entendimento* que analisa conceitualmente, senão também o *processo criativo da razão* que tende à relação e à unidade do saber, isto é, não somente racionalidade formal senão também a interação de aspectos emotivos e cognitivos na criativa tarefa de realização do direito. A razão, assim entendida, é a sede lógica da motivação discursiva: ela mesma não pode fundamentar-se discursivamente, mas se empregará faticamente; o que é, se mostra em seu uso, no diálogo de reconhecimento e compreensão recíproca. Por isso não se pode separar a razão da personalidade de quem participa no discurso (Kaufmann, 1999).

²⁶⁷ Aliás, a diferença feita por Aristóteles entre o pensamento dialético – isto é, o tipo de raciocínio capaz de lidar com incertezas e objetivando alcançar soluções – e o pensamento analítico está justamente na qualidade das premissas que lhe servem de fundamento: o pensamento analítico conta com premissas verdadeiras e imediatas, enquanto o dialético conta com premissas prováveis e de ampla aceitação. A argumentação (jurídica), portanto, tendo como suporte proposições verossímeis e não necessárias, pressupõe um tipo de raciocínio dialético.

Assim que o que de fato nos interessa agora é mais bem explicar sumariamente “o que” pode querer dizer que a atividade interpretativa parece estar racionalmente orientada a conseguir o fim de liberar-nos de constrações informativas e, no caso específico da eleição do método, de conseguir crenças não triviais (informativas), decisões controláveis, com potencial capacidade de consenso e compatíveis com os princípios e garantias constitucionais e jurídicos que fundamentam o direito²⁶⁸.

Há duas maneiras de analisar a racionalidade de uma decisão. Uma é com razões: a racionalidade de uma decisão teria que ver com as razões que se articulam em favor de uma determinada crença (uma das quais poderia ser que a crença seja verdadeira ou tenha alguma outra virtude cognitiva)²⁶⁹. A outra é em termos de fiabilidade: uma decisão é racional se o processo que a produz (e a mantém) é um processo que costuma produzir (e manter) um alto percentual de argumentos não-triviais verdadeiros; uma decisão racional seria então uma decisão que resultaria de um processo em cuja produção de argumentos verdadeiros confiamos.

O melhor é combinar de algum modo ambos os tipos de análises: fazer que as razões em favor de uma decisão coincidam com a fiabilidade do processo mediante o qual essa decisão foi gerada. No contexto da interpretação e aplicação do direito somente nos interessam a verdade – ainda que aproximada - dos fatos, motivo pelo qual nos restringiremos à racionalidade como fiabilidade (e assumiremos que há boas razões para sustentar uma decisão se resulta de um processo fiável).

²⁶⁸ Decidir se a ciência real é racional ou não nesse sentido é farinha de outro saco. Dito seja de passo, contudo, que o primado da racionalidade epistêmica não está dado nem biologicamente (a racionalidade epistêmica é só um dos maximandos da seleção natural, um maximando que, na história filogenética de nossa espécie, teve de competir com outros), nem culturalmente. Se acaso, seu primado é um imperativo normativo. E nós vamos supor que é um imperativo normativo central na, entre outras, instituição cultural que chamamos “ciência”.

²⁶⁹ De um ponto de vista geral, poderíamos chegar a considerar racional uma crença que não somente não tivera nenhuma virtude cognitiva, senão que fora epistemicamente defeituosa. Alguém pode negar-se a crer que A é o caso, apesar de dispor de todas as evidências, porque aceitar ou manter essa crença seria demasiado custoso para seu equilíbrio psicológico: pense-se, por exemplo, na forma como a maioria dos pais julgam ou apreciam o caráter de seus filhos. De fato, há experimentos que demonstram que a persistência irracional de uma crença pode derivar da negativa a abandonar uma boa história inventada para explicar algo que o sujeito crê que é verdade. E porque os conflitos intrapsíquicos são inerentes à condição humana, a popular expressão de que “se conselho fosse bom não se dava, mas se vendia”, plasma nossa tendência a distorcer ou rechaçar as provas e os argumentos que não concordam com nossas crenças mais fortes, evitando tudo o que possa demonstrar sua falsidade. Na aguda expressão de Francis Bacon: “A razão humana, quando adota uma opinião, faz com que todo o demais a apoie e concorde com ela. E ainda que haja maior número de exemplos, e de maior peso, em sentido contrário, os desatende e desdenha ou, mediante uma distinção, os aparta e rechaça, para que, por esta perniciosa predeterminação, a autoridade de sua primeira conclusão permaneça inviolada”.

Diremos, pois, que uma decisão é racional se há boas razões para pensar que o processo que lhe há gerado, o caminho pelo qual ela veio a ser produzida, é um processo, é um caminho, fiável. Costumamos considerar que as decisões judiciais são racionais; e as aceitamos como tais, não pela autoridade, moral ou de outro tipo, de quem as emitem, nem sequer por suas virtudes intrínsecas ou de outro tipo, senão porque o caminho pelo qual vieram a ser produzidas nos resulta fiável. *Methodos* quer dizer “caminho” em grego: o processo de realização do direito (a interpretação, a justificação e a aplicação jurídica) não é senão método, caminho.

Com efeito, na literatura jurídica sobre metodologia (e porque está decisivamente em causa a superação da diferença entre a generalidade da norma e a singularidade do caso individual), ninguém contesta que têm de existir, em geral, critérios de interpretação/aplicação de textos ou enunciados normativos, uma vez que são exatamente estes (os diferentes critérios interpretativos) os instrumentos que utilizam os juízes para que suas resoluções possam integrar-se no sistema jurídico. Dito de outro modo, se aceitamos a idéia da criativa “ emancipação do pensamento jurídico respeito do texto da lei” (Horn, 1975) e a vinculação entre criatividade e método, os critérios interpretativos são os que possibilitam um desenvolvimento superador das próprias normas e servem para justificar a maioria das decisões que os juízes adotam.

Discutida é, contudo, a natureza, a extensão e a medida com que tais critérios devem vincular o juiz, uma vez que o direito na sua forma concreta de existência surge sempre no *processo de sua realização*. Daí a razão pela qual, recordemos, têm-se afirmado cada vez mais, nos tempos mais recentes, teorias que entendem o “direito correto” como o produto do processo metodológico de descoberta do direito aplicável; de que já não resulta mais legítimo e nem sequer razoável falar de “direito correto” ou justo sem cuidar do *método do direito correto*, isto é, falar do “quê” sem uma referência ao “como” (ao método, ao caminho).

É nesse preciso sentido que a teoria do método jurídico, seguindo a teoria do método científico (uma pequena parte da teoria normativa geral da racionalidade humana), tem por objetivo explorar a extensão das hipóteses normativas (ou condições de possibilidade das mesmas) a partir de dois tipos bem definidos de métodos: um *método algorítmico* (por exemplo: o método industrial para obter ácido sulfúrico), que é um conjunto de regras, cada uma das quais é necessária, e o conjunto delas suficiente, para obter o resultado (ácido sulfúrico); e um *método criterial*, que é

um conjunto de regras cada uma das quais é necessária para obter algo (por exemplo: fazer um cheque mate em uma partida de xadrez), mas o conjunto das quais não é suficiente para obter esse algo (fazer cheque mate).

Ao que se propõe a teoria do método jurídico é dar critérios úteis para conseguir a meta, mas não encontrar algoritmos que levem diretamente a ela; a teoria do método jurídico é uma teoria normativa criterial, não algorítmica. E a diferença que vai do critério ao algoritmo no processo de realização do direito não é meramente retórica ou fruto de algum desmedido devaneio acadêmico; pode ser, e de fato é, realmente abismal na prática.

Para começar, parece desde logo muito intuitivo que toda proposta metodológica, de per si, remete a uma certa concepção ontológica do direito: por exemplo, a interpretação exegetica remete à idéia do direito como expressão de uma vontade legislativa perfeita e completamente declarada; a interpretação segundo a intenção do legislador, à idéia positivista do direito como (mera) vontade daquele; a interpretação sistemática, à idéia do direito como sistema; a interpretação histórica, à idéia do direito como fato de formação histórica; a interpretação sociológica, ao direito como produto social; a interpretação segundo cânones de justiça racional, ao direito natural, e por aí poderíamos seguir.

Depois, no que se refere propriamente ao âmbito do direito, essa diferença é agravada pelo fato de que não se trata de um jogo de informação perfeita: não podemos, obviamente, estar seguros de que existe uma estratégia ganhadora; mais bem o contrário é o certo: nunca despejaremos totalmente a incerteza, nunca conseguiremos liberar-nos de todas as nossas restrições informativas.

Daí que a tarefa da dogmática jurídica, no ato de desenhar critérios úteis para que o operador jurídico possa utilizá-los no ato de realização do direito (ou seja, explorar a extensão do conjunto de possibilidades que levem a um discurso plausível, concordante ou sustentável), deve ser parecida à tarefa do escritor de um tratado de xadrez: explorar os critérios que necessariamente deve respeitar um enxadrista se quer ganhar. Evidentemente, a tarefa não fica bem determinada por esta definição, porquanto resta uma margem importante de ambigüidade e de liberdade para o jogador. Os expertos na arte do xadrez não se põem sempre de acordo na estimação dos critérios que necessariamente hão de respeitar para ganhar uma partida: há partidários da abertura inglesa e adversários dela; há partidários da defesa siciliana e ferozes adversários dela, etc.

O mesmo acontece entre os teóricos e metodólogos da ciência do direito: nem sempre estão de acordo na extensão do conjunto das possibilidades e condições a considerar quando da realização do direito; há jusnaturalistas, verificacionistas, positivistas, falsacionistas, sociólogos, instrumentalistas, realistas, adeptos da hermenêutica e da argumentação jurídica, etc. Em realidade, um dos méritos da filosofia analítica da ciência e do direito reside no fato de que não proporcionado (para o bem ou para o mal) um marco conceitual no qual a disputa entre todas essas escolas do método se fez, senão dirimível, inteligível, ao menos, com argumentos e contra-argumentos razoáveis e precisos²⁷⁰.

Contudo, em matéria de método jurídico, uma boa parte das discussões metodológicas da última centúria se viu enturvada pela falácia de confundir o ideal do método como conjunto de critérios com o ideal algorítmico. De fato, uma boa definição possível do positivismo metodológico é esta: alguém é *metodologicamente* positivista se, e somente se, confunde o plano algorítmico com o criterial ou crê que é possível o descobrimento de um algoritmo que determine as condições necessárias e suficientes para interpretar uma norma e produzir um “boa decisão”.

No âmbito jurídico, a estrita vinculação da decisão concreta, a certeza e a segurança jurídica, a uniformidade, a igualdade de aplicação da lei, a legalidade estrita, a “dogmática interpretativa canonizada” e muitas propostas doutrinárias feitas nesse sentido, etc., potenciam a importância dessa patogênica característica de algumas correntes juspositivistas. Para um positivista, portanto, na utilização do método algoritmo, por estar desprovido de sentido e ser, em essência, “neutro”, o substrato não é, definitivamente, importante, senão somente a lógica do procedimento, isto é: deve produzir sempre o mesmo resultado se começa no mesmo ponto.

A tarefa da dogmática jurídica há de concentrar-se estritamente no plano criterial, posto que uma confusão de planos não pode senão acarretar - como de fato tem acarretado - as consequências mais perniciosas. Dito de outro modo, diante da evidência de que as considerações até aqui articuladas indicam a necessidade de se oferecer uma proposta normativa de argumentação jurídica que se mova em um plano

²⁷⁰ O poder informativo (que garante a não trivialidade das crenças verdadeiras) define-se sobre este contradomínio. Uma mensagem é tanto mais informativa quantas mais possibilidades exclui, quantas menos probabilidades *a priori* tenham de ser verdadeiras, quanto mais improvável seja logicamente: a mensagem de que ontem choveu (que exclui ao menos a que ontem não choveu) é mais informativa que a mensagem de que ontem choveu ou não choveu (que não exclui nada, e que por isso mesmo é trivialmente verdadeira).

estritamente criterial, negar que explorar a extensão das condições de possibilidades tenha sentido para a fixação de diretrizes metodológicas para efeito de realização das normas jurídicas é, ou bem crer – falsamente – que essa é uma tarefa que se move no plano algorítmico, ou bem – no melhor dos casos – crer que a tarefa interpretativa é uma atividade essencialmente irracional.

É crer que a teoria do método não tem absolutamente nada que dizer sobre a existência de possíveis critérios seletivos heurísticos que governam os processos de informação das hipóteses normativas, as teorias hermenêuticas e as teorias da argumentação jurídica (enfim, a atividade de interpretar, justificar e aplicar o direito). Simplesmente os operadores do direito se sacariam as decisões arbitrariamente das normas jurídicas sem critério algum, reduzindo a dogmática, acusadamente nos casos difíceis e controvertidos, a um catálogo de argumentos e opiniões de distinta ordem, destinado a que os juízes escolham os que melhor lhes pareçam e fundamentem dessa forma a resolução que desejam (irracionalmente) tomar. Este tipo de procedimento (vergonhoso, diga-se de passo) consistiria em escolher, de forma arbitrária e em cada caso, aquele método de interpretação que, estimado o “mais adequado” em uma determinada situação, leve a resultados circunstancialmente “corretos” e “justos”.

Mas se queremos integrar à nossa perspectiva o fato de que os operadores do direito, em diversos contextos históricos ou conceituais, parecem ter critérios metodológicos distintos (fato que pode ser de uma importância capital para a reflexão metodológica nas ciências sociais normativas e, muito especialmente, na ciência jurídica), basta com dizer que o propósito da teoria geral do método é (ou deveria ser) o de explorar o processo (ou potencial) criativo dentro dos limites estabelecidos pelas regras e métodos que o constituem e o configuram, isto é, a extensão em todos os mundos – contextos – historicamente possíveis. Afinal, o operador do direito costuma estar sujeito às normas (princípios e regras) em vigor, limita-se pelo geral às restrições tradicionais da forma e da linguagem e encontra-se vinculado às convenções de um modo ou estilo particular de vida comunitária.

Um processo criativo vinculado às possibilidades metodológicas do discurso jurídico seria uma função que assinalaria a cada mundo possível (a cada contexto histórico-social, pragmático, empírico ou conceitual) uma extensão definida. Isso quer dizer que, sob essa perspectiva, deixamos aberta a possibilidade de que, dependendo

do contexto, os critérios metodológicos normativos variem²⁷¹. Os critérios que poderíamos considerar bons em um contexto, poderiam não sê-lo em outro. A empresa da argumentação jurídica, como a da arte ou da ciência do direito, estaria indexada: em seu contexto histórico, cultural, tecnológico, etc.

A idéia de que a teoria normativa do método explora as condições de possibilidades do processo (ou potencial) criativo na produção do discurso jurídico só nos compromete a afirmar que a meta perseguida é sempre a mesma, mas não nos compromete necessariamente com a idéia – tão peculiar no positivismo jurídico – de que os critérios metodológicos, que devem satisfazer os processos que a perseguem, devem ser sempre os mesmos, ter a mesma extensão, independentemente do contexto.

Ademais, o pluralismo metodológico está tão arraigado nas exigências do direito atual que nenhuma controvérsia sobre os métodos logrou jamais terminar impondo um deles em detrimento dos demais e, ao final, todas acabaram por se resolver com a proposta de incluir algum outro à lista. Por isso, todo aquele que se esforça em impor um método obtém o efeito oposto de contribuir à liberdade ou criatividade interpretativa e, “deste modo, se tem a impressão de que os esforços teóricos sobre os métodos [...] têm algo de donquichotesco” (Kriele).

Esta tendência estrutural à multiplicidade de métodos e das concepções substantivas do direito que subjazem aos mesmos termina por situar o problema já não na “natureza” do direito e de sua realização, senão em sua “função”. E a alternativa para alcançar este objetivo parece ser – como já salientado – a de buscar o desenho de um conjunto de métodos criteriosos que gere decisões acordes com um panorama do direito comprometido com a natureza humana, e que o caminho pelo qual a decisão veio a ser proferida ou o processo que lhe há gerado seja um caminho ou processo fiável: o direito expresso em enunciados normativos somente serve para proporcionar

²⁷¹ Afinal, na interpretação jurídica se reflete a concepção fundamental do direito de cada época e pressupõe o entorno cultural que vai no horizonte significativo dos operadores jurídicos; é (co-)determinada pela perspectiva epistemológico-metodológica do pensamento jurídico e se vê orientada pelos imediatos objetivos práticos da realização do direito. E isso porque, metodologicamente falando, cada época histórica dá ao problema do direito, que a si mesma se põe, uma resposta que é a sua; em cada uma delas o homem se transcendeu à auto pressuposição de um novo sentido adaptativo porque iluminou e fundamentou os vínculos sociais relacionais entabulados no curso de sua convivência (ética) na sociedade – que outra coisa não é, nem outro objetivo se propõe o direito. E esse transcender, registre-se, foi sempre crítico e “adaptativo” em um duplo significado: enquanto reagiu em superação de um sentido já exangue e enquanto refundamentou um sentido novo.

aos casos concretos a norma que lhes corresponde, pois carece de poder exclusivo para determiná-la.

Nestas condições, a pluralidade de métodos, sua equivalência e a inexistência de uma meta-regra que ordene hierarquicamente seus respectivos usos não é um defeito, senão uma possibilidade de êxito quando se interpreta um enunciado normativo buscando a norma adequada, funcionando mais como repertório de elementos retóricos que os operadores jurídicos (e nomeadamente os juízes) podem utilizar para justificar racional e razoavelmente a solução adotada. A expressão legislativa aberta e a eventual pluralidade de métodos (criteriais) não é um erro que a atual filosofia ou ciência do direito deva corrigir, senão um aspecto irrenunciável à vista de seu objetivo²⁷².

Por outro lado, vale à pena observar que um traço característico do positivismo lógico (e jurídico) foi sua decidida disposição de eliminar dos termos e dos conceitos científicos (e jurídicos) qualquer reminiscência criativa. Essa disposição obedecia a duas razões poderosas: em primeiro lugar, o processo criativo parecia demasiado à metafísica tradicional; em segundo lugar, a noção de criatividade é rebelde às regras de inferência dedutiva que consideram fundamentais na lógica formal.

O programa filosófico dos positivistas lógicos tratou, pois, de desterrar da ciência empírica o processo ou potencial criativo dos operadores do direito. E uma das consequências mais interessantes desse intento foi a insensibilidade demonstrada pelos positivistas lógicos com relação às ciências sociais em geral e, em particular, com respeito a ciência jurídica: porque as ciências sociais em geral (e a teoria do direito em particular) não parecem nada dispostas a abandonar a noção de criatividade, porquanto quase todos os conceitos e categorias com que operam a exigem; e ainda que aos positivistas lógicos pudesse assisti-los toda a razão do mundo em sua insistência nos problemas lógicos e metodológicos que o uso da criatividade acarreta, o certo é que não parece plausível que os operadores do direito possam prescindir da mesma diante da iniludível dimensão humana (natural e cultural) que configura toda e qualquer tarefa

²⁷² Zagrebelsky, 1995. De acordo com esta postura metodológica, todos esses fatores passam a ter apenas uma função complementar e meramente instrumental relativamente à produção, ao funcionamento e à realização do direito que, em todo caso, “ não se esgota, no mais mínimo, em uma (prosaica) subsunção do caso baixo a lei” (Kaufmann, 1999). Por outro lado, o relevo de cada um desses elementos em particular só pode ser aquele que o problema concreto justifique, ou melhor, que normativo-argumentativamente solicite: terá maior relevo ou polarizará a interpretação aquele elemento ou método que, perante os pontos problemáticos especificamente acentuados no caso concreto, tenha maior força argumentativa na utilização da(s) norma(s) como critério de solução desses pontos topicamente determinados.

de compreender ou interpretar: desejos, preferências, crenças, expectativas, emoções, sentimentos, utilidade simbólica etc.

Depois, a partir dessa perspectiva acerca do processo criativo pode ser levantada a tese no sentido de que em um discurso jurídico-normativo, para que exista o efeito de uma univocidade significativa, deve haver uma prévia coincidência “ideológica”. Por esta razão, a assunção da criatividade como elemento essencial do processo de realização do direito é o melhor e mais adequado instrumento para a formação de operadores do direito críticos, que não realizem leituras ingênuas e epidérmicas dos enunciados normativos, mas que tentem descobrir as conexões entre as palavras de um enunciado normativo e os fatores cognitivos, políticos, econômicos, ideológicos e culturais (assim como com nossas intuições e emoções morais) que produzem e determinam suas funções na sociedade.

Mas outra consequência não menos interessante é que, seja qual for a conclusão a que chegemos a respeito de se é possível ou não desterrar da ciência jurídica (e inclusive da empírica) a criatividade, o que parece impossível é desterrá-la do processo de realização do direito em seu conjunto e, em particular, do próprio contexto de descobrimento e de justificação peculiares do campo da argumentação jurídica e, muito especialmente, do da decisão judicial.

Ademais, que a análise da ciência, a filosofia da ciência, a ciência jurídica e a própria tarefa de realização do direito, vejam-se na necessidade de reconhecer a importância da criatividade, é menos surpreendente do que ao positivismo clássico pôde parecer-lhe (e acaso menos dramático do que ao positivismo *manqué* da filosofia da ciência romântica pudesse antojar-se-lhe): afinal a ciência, o direito e a tarefa interpretativa são uma empresa humana, e sua análise (positiva ou normativa), como a análise de todas as empresas humanas, dificilmente pode prescindir da criatividade e da dimensão humana a ela inerente.

Daí que a atividade efetiva – psicológica e externa – dos operadores jurídicos, nos processos de interpretação, justificação e aplicação do direito, já foi descrita e explicada de variados modos: por uma parte, uma vez levados a cabo investigações empíricas (nomeadamente no âmbito da neurociência cognitiva) sobre o comportamento dos órgãos judiciais ou de funcionários com competências decisórias, verificou-se que as motivações em jogo costumam diferir grandemente e que existe um elemento emocional e idiossincrático – a personalidade do juiz, por dizer assim – determinante das formas de atuar; por outro lado, sem embargo, tratando-se de

atividades decisórias, os modelos metodológicos da teoria da decisão servirão não somente para avaliar a racionalidade das atividades judiciais decisórias, senão para estabelecer também critérios para que as decisões estejam racionalmente justificadas, quer dizer, que em favor das mesmas se aporem argumentos que permitam possam ser debatidas e controladas.

Por conseguinte, considerando que não se apresenta a interpretação jurídica como um conceito rígido, como uma técnica (algorítmica) definida de métodos e regras, mas como *tarefa argumentativa* e *criativa* em que se sedimenta o encontro da ordem jurídica com o caso concreto, o problema reside em delimitar os mecanismos metodológicos que permitem considerar racionalmente aceitável a atividade do intérprete dentro das inevitáveis margens de liberdade e discricionariedade que representam as “transformações”, as “constituições” e os “saltos” não dedutivos.

Em definitivo, o importante para justificar a decisão jurídica é, primeiro, o de reconhecer quais são as bases da *racionalidade da razão jurídica* para, em seguida, tratar do problema do estabelecimento de limites e da determinação dos diferentes processos criativos que conduzem à norma, “...mas reconhecendo sempre que razão, vontade, emoção e intuição são componentes igualmente inelimináveis do operar jurídico”.(Campanini, 1984).

E como da tarefa interpretativa sucede decisões concretas que têm de ser fundamentadas, resulta iniludível a necessidade de uma teoria da argumentação jurídica consubstanciada na natureza humana e operacionalizada a partir do caráter criterial do método jurídico.

12. A discricionariedade judicial e o problema da criatividade jurídica: o “ilícito legal” e a função do operador do direito

Os juízes estão habilitados pelas constituições modernas para decidir sobre a liberdade e o patrimônio das pessoas. O poder normativo de que dispõem, quer dizer, de julgar e executar suas decisões, de acordo com o ordenamento jurídico, constitui uma das garantias do Estado de Direito. Trata-se de um poder de uma importância decisiva, tanto para a salvaguarda da condição de cidadão titular de direitos e deveres como, e muito especialmente, para preservar a credibilidade e a estabilidade institucional de um Estado democrático.

Com efeito, do Poder Judiciário se esperam muitas tarefas: que defenda nossa liberdade, que nos proteja frente aos abusos dos poderes públicos, que condene a ação delitativa, que inviabilize qualquer forma de trabalho indigno, que promova a igualdade entre os indivíduos, que tutele a quem ainda não há nascido, que ponha fim a uma sociedade ou vínculo matrimonial de quem se embarque nestas decisões tão íntimas e pessoais, enfim, que atue como agente construtor de uma comunidade de homens livres e iguais, unidos por uma comum e consensual adesão ao direito e em pleno e permanente exercício de sua cidadania. E por aí poderíamos seguir.

Esta reduzida, mas significativa mostra das inúmeras atribuições institucionais que cabem aos membros do Poder Judiciário põe de manifesto a importância que adquire o processo (discricionariamente limitado) por meio do qual os magistrados buscam canalizar nossa tendência à “agressão” decorrente da falta de reciprocidade e dos defeitos que emergem dos vínculos sociais relacionais que estabelecemos ao longo de nossa secular existência. A própria idéia de “juris-prudência” – no seu sentido apenas humano, e quaisquer que tenham sido os significados que haja recebido ao longo das nossas várias vezes milenar história cultural – sempre quis exprimir a virtuosa faculdade de valorar e julgar nossa existência humana essencialmente comunitária.

Pois bem, a expressão discricionariedade judicial pode utilizar-se para designar a margem de liberdade com que contam os juízes à hora de adotar suas decisões²⁷³. Já

²⁷³ Em linguagem cotidiana o termo “discrção” costuma denotar determinadas qualidades pessoais como são a prudência, a reflexão, a sensatez ou o bom juízo. Assim, mesmo, também se utiliza este termo para observar que algo está ao arbítrio ou sujeito à vontade de alguém. A

se disse que tal margem de liberdade vem expressamente reconhecida pelas normas de todos os sistemas jurídicos atuais e constitui um de seus elementos básicos. Sem embargo, parece que, ultimamente, ao falar de discricionariedade não se está fazendo referência à margem de arbítrio na atuação judicial com caráter geral senão mais bem ao labor que desenvolvem os juízes em certos casos especiais: os chamados casos difíceis. Daí que o sentido central da expressão discricionariedade judicial, que é o núcleo da maioria dos debates sobre este tema, poderia ser definido como a possibilidade de eleição entre diferentes cursos de ação igualmente válidos e admissíveis²⁷⁴.

literatura jusfilosófica incorporou estes dois usos do vocábulo “discrção” no discurso jurídico, mas com algumas matizes derivadas de sua utilização no contexto do direito. Assim, em geral, se alude à expressão “poder discricional” judicial para refletir um espectro de problemas jurídicos que enfrenta a função de interpretação e aplicação de normas, isto é, a função de resolver conflitos mediante o direito. Mas os diferentes sentidos em que se utiliza esta expressão costumam estar mediatizados por uma determinada concepção jurídica. Por este motivo, a caracterização conceitual da discricionariedade judicial costuma gerar algumas dificuldades, circunstância que já levou algum autor a afirmar que o fenômeno que se pretende analisar e descrever com esta noção segue sendo, em parte, um mistério (Barak, 1989). Sem embargo, entendemos que tais conjecturas não representam um óbice para reconhecer a relevância de um estudo detalhado da discricionariedade e de sua relação com o problema da criatividade jurídica, em especial tomando em boa conta que este é um dos elementos básicos da teoria jurídica por sua vinculação com os limites do controle institucional que exerce o direito. E ainda que a problemática em torno à discricionariedade já tenha sido amplamente tratada no marco da atuação dos órgãos administrativos e da legislação delegada, centraremos nosso interesse nas implicações deste conceito no que se refere à função judicial. Portanto, apesar de que a caracterização deste conceito terá um alcance geral, os enfoques que se tomarão em consideração se referem à análise da interpretação, justificação e aplicação do direito por parte dos magistrados. Por outro lado, e para o que aqui nos interessa, admitimos 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 que adotará cada juiz em busca de alcançar algum resultado ao interpretar os materiais jurídicos (as fontes jurídicas) ou resolver os casos. Sobre discricionariedade judicial (débil e forte), ademais dos livros citados ao longo desta tese, cf.: Hart – Dworkin, 1997, Kennedy, 2010, Schauer, 1991, Iglesias Vila, 1999, Lifante Vidal, 1999, Hawkins, 1992, MacCormick, 1978, Davis, 1969, Galligan, 1986, Isaacs, 1933, Bell, 1992, Castanheira Neves, 1995 e Pattenden, 1990.

²⁷⁴ Iglesias Vila (1999) distingue dentro dos casos difíceis cinco supostos: 1) casos normativamente difíceis quando há lacunas, antinomias e situações de indeterminação semântica; 2) casos epistemicamente difíceis quando, embora recebam uma resposta do direito, requerem um esforço intelectual para identificá-la; 3) casos pragmaticamente difíceis quando sua resolução está rodeada de circunstâncias conjunturais (política, opinião pública, conflitos sociais, etc.); 4) casos faticamente difíceis quando se trata de determinar se certos fatos se hão produzido ou não; 5) casos moralmente difíceis quando a resposta do direito implica resultados injustos, isto é, carece de justificação moral. Na opinião da autora o positivismo de corte hartiano assume como difíceis os casos 1 e 4 enquanto que os outros ficam excluídos dessa categoria.

Embora tal definição me pareça correta, creio que pode ser aplicada tanto aos casos fáceis como aos casos difíceis. Aqui se sustentará – na linha de raciocínio desenvolvida ao longo desta tese - que a discricionariedade judicial está presente em todas as ocasiões nas quais os juízes interpretam e aplicam o direito. Parece que, desde um ponto de vista qualitativo, é irrelevante que a discricionariedade seja maior ou menor dependendo dos casos; o verdadeiramente importante é que o sujeito que decide o faz sempre dentro de uma certa margem de liberdade²⁷⁵.

Em caso contrário não se pode explicar razoavelmente a exigência de motivação. Tal exigência impõe aos juízes o dever de justificar por que adotam uma determinada decisão e não outra, o qual (dever) supõe, desde logo, que sempre é possível chegar a uma decisão diferente. Se decidir é eleger, quando se elege é essencial que existam várias alternativas (pelo menos duas) pois em outro caso não caberia falar, em sentido próprio, de um ato de decisão.

Em princípio, todas as decisões devem encaixar dentro do marco de normas (princípios e regras) de um certo sistema jurídico. Formalmente ocorre sempre assim de modo que todas as resoluções são apresentadas como o resultado da aplicação de normas pré-existentes. Ainda que se possam utilizar diversos critérios interpretativos e obter decisões diferentes todas elas se encontram amparadas pelo marco normativo. Neste sentido pode afirmar-se que não há nenhuma decisão que careça de fundamentação normativa já que sua justificação exige em todo caso o recurso às diferentes fontes que são reconhecidas como operativas e vinculantes pelo próprio sistema.

Não obstante, tal fundamentação normativa tem em ocasiões um caráter fictício e esconde no fundo um ato de criação que se realiza à margem das normas do sistema. O exemplo típico – ainda que tenha um caráter excepcional – é o do recurso às ficções.

²⁷⁵ Por certo que os defensores da tese da “única resposta correta” não admitem que o juiz possa atuar discricionariamente. Se as regras do sistema não bastam, há que acudir aos princípios de modo que sempre é possível obter uma solução única e correta por mais que sua busca e seu achado resultem difíceis em determinados casos. Sem embargo, para Kennedy (2010: 103) – e com o qual concordamos – “la determinación (da resposta) es una función de las palabras de las normas válidas, y del contenido de otras fuentes, y también de su interacción con los recursos y las estrategias de quienquiera que tenga el poder de hacer una interpretación jurídica, y también de la “cosidad” de los materiales y de los hechos presentados”. Desde este ponto de vista, a questão não se reduz, oficial e exclusivamente, ao problema das fontes jurídicas, senão o de saber, concomitantemente, quais os (múltiplos) fatores e influências (inatas e adquiridas) que condicionam o processo de decisão e que elementos são buscados e empregados de fato na tarefa ou trabalho de interpretação, argumentação, justificação e aplicação jurídica.

Quando se produz uma qualificação contrária à realidade se está descumprindo o conteúdo das normas já que não se aplicam suas consequências porque o julgador considera que são inadequadas, injustas ou inaceitáveis²⁷⁶. Em tais casos, não cabe dúvida que o juiz está criando um novo direito e pouco importa a estes efeitos que a eficácia de sua decisão resulte limitada ao caso concreto que resolve.

É indubitável que existem mecanismos suficientes para justificar uma determinada decisão ainda que não se ajuste à legalidade. De fato, não é nada infrequente que os próprios ordenamentos jurídicos habilitem uma série de procedimentos que concedem ao julgador uma ampla liberdade. A consequência de tudo isso não pode ser outra que o reconhecimento da capacidade criadora dos juízes. E quando se diz que “os juízes criam direito” não se está em presença de um problema de linguagem senão, mais bem, de atitude (Carrió, 1973).

Desde esta perspectiva, portanto, a discricionariedade vai unida de forma irremediável à criação judicial do direito. É certo que os juízes podem ser mais ou menos criativos dependendo das circunstâncias e do tipo de jurisdição de que se trate, mas, em todo caso, parece que não se pode negar que em toda decisão há um momento insuprimivelmente criativo : por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao texto normativo, ele será sempre, por assim dizer, forçado a ser livre – porque não há texto musical ou político, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e nuances, para a criatividade interpretativa (Cappelletti, 1993).

Assim que, depois de todo o dito, parece razoável admitir que os juízes desfrutam de um grau acentuado de discricionariedade , originada, entre outras razões:

a) pela própria natureza de um ato de decidir: eleger entre alternativas (pelo menos duas) possíveis;

b) pelos limites que apresenta toda linguagem natural, com sua ambigüidade, vaguedade e textura aberta;

²⁷⁶ Perelman (1979: 157) dizia que “o recurso às ficções jurisprudenciais é muito frequente em direito penal quando o jurado quer evitar a aplicação de uma lei que encontra injusta, pelo menos nas circunstâncias concretas do caso”. O que recorre à ficção jurídica- segue dizendo Perelman – “manifesta uma revolta contra a realidade jurídica. É a revolta do que crê que não tem as condições necessárias para modificá-la, mas que se nega a submeter-se a ela, porque lhe obrigaria a tomar uma decisão injusta, inadequada ou não razoável. Para por fim a isso, a maneira mais conforme com a tradição que submete o poder judicial ao legislativo, seria modificar os textos legais. Mas se o legislador tarde em manifestar-se, os tribunais podem igualmente pôr fim à ficção reinterpretando os textos”.

c) por fenômenos tais como as contradições normativas, cuja resolução nem sempre se produz por critérios automáticos ou algorítmicos;

d) pelo conflito entre princípios que exige uma virtuosa, prudente e limitada ponderação;

e) pela presença de lacunas normativas e axiológicas, as quais podem colmar-se através da utilização de argumentos ou métodos criteriais que, por vezes, conduzem a soluções totalmente contrapostas.

Registre-se que esta discricionariedade carrega consigo o perigo de cair na arbitrariedade, nomeadamente se as decisões que tomam os juízes não estão devidamente fundadas em premissas normativas, valorativas e fáticas correspondentes e se estas não se apóiam em (ou são produzidas a partir de) uma metodologia criterial mais ou menos compartida. Resulta impensável, em um Estado de Direito de corte republicano-democrático, que toda decisão judicial deixe de explicitar e justificar as razões em favor das mesmas.

Agora bem, se passamos do plano da justificação das decisões judiciais ao da explicação dos mecanismos psicológicos, neuronais e sociais que influem no processo de tomada de decisão dos magistrados, há que advertir não somente do perigo de cair nas velhas especulações e/ou simplificações de carácter exclusivamente jurídico-formalista senão que também de insistir no cego descaso de uma adequada perspectiva interdisciplinar acerca da denominada criatividade jurídica. De fato, estas posturas, ademais de irrealistas, são psicologicamente indesejáveis, posto que, no desempenho de sua função, o juiz não deixa de ser o que é, nem pode abandonar sua particular formação enquanto in-divíduo. Os juízes não são, por certo, simples máquinas que se dedicam a aplicar de forma mecânica a casos individuais as normas gerais ditas pelo legislador: os juízes são seres humanos e, como tal, por detrás das decisões que tomam, se acha inevitavelmente a marca indelével de sua personalidade. Depois, trata-se de uma concepção doutrinariamente temerária, posto que na medida em que se pretende e se insiste que os dados pessoais do julgador devem ser inteiramente deixados de lado, se entra, com o pretexto da “objetividade” do juízo, no alienante “barco positivista”.

Sem embargo, de uma maneira geral, os magistrados parecem prestar pouca atenção a sua condição essencialmente humana, deixando de tomar decisões que sentem como moralmente corretas, de acordo com sua função político-social e a própria tradição jurídica e cultural à qual pertencem. Como questão de fato, o respeito à lei passa ser a única motivação e justificativa explícita de suas ações: uma postura – já vimos – irremediavelmente inadequada ante a inequívoca circunstância de que a decisão a que chega um julgador representa sempre o resultado de uma iniludível combinação de elementos e/ou fatores cognitivos, emocionais e atitudes valorativas.

Claro está que toda essa atividade interpretativa deve manter-se dentro de determinados limites, fora dos quais não nos parece razoável falar de interpretação, senão de “ativismo judicial”. Significa dizer com isso, se bem entendido, que se nos afigura inoportuna a livre criação do direito, a rebelião do juiz contra a lei ou o que os juristas alemães denominaram de “interpretação ilimitada da norma”. Não é verdade que as normas jurídicas admitam uma interpretação ilimitada (como pretendem alguns operadores do direito), como tão pouco que esteja aberta ao que certos juristas italianos chamaram há vinte anos de uso alternativo do direito, que pretende, em última análise, justificar qualquer interpretação desde critérios ideológicos.

Decerto que se a lei não é mais o único instrumento útil para a regulação social, não menos certo é que segue sendo um meio ou instrumento insubstituível e indispensável para assegurar, em sociedades pluralistas e complexas, corroídas pelo empirismo e subjetivismo relativista, um dos valores fundamentais do direito: a segurança jurídica. Normas capazes de sentar as regras de convivência com relação ao poder, a distribuição e o uso da propriedade, a estrutura da família ou de alguma outra entidade comunitária, a distribuição do trabalho e a regulação das trocas em geral. Normas que, por resolver determinados problemas adaptativos, plasmam no entorno coletivo e historicamente condicionado nossa capacidade e necessidade inatas de predizer o comportamento dos demais, de controlá-lo e de justificar mutuamente nossas ações.

Daí que não pode depender o sentido e alcance da norma (constitucional ou infraconstitucional) do talante pessoal de seus intérpretes, em especial de magistrados pretendidamente redentores ou iluminados, auto-vestidos como representantes de qualquer ideologia, doutrina ou tradição histórica. A objetividade do direito, sem a qual não cumpriria nenhum de seus fins, descansa necessariamente sobre a

objetividade e a racionalidade (ainda que limitada) da interpretação e aplicação da norma jurídica.

E torná-la possível vem a ser, justamente, um dos primeiros objetivos da tarefa concreta do jurista de realizar historicamente a verdadeira intenção do direito (a de, negativamente, impedir o homem do esquecimento de si próprio e, positivamente, a de afirmá-lo no seu ser e, assim, no seu incondicional valor) e que é projetada em um determinado contexto econômico, político e social segundo as necessidades humanas de cada época, isto é, de expressar e realizar historicamente as expectativas normativas e culturais de uma comunidade de indivíduos. Dito de outro modo, de elaborar discursos jurídicos cuja qualidade será medida por sua humanidade, pela precisão de sua adesão à natureza humana e que sirva para iluminar, fundamentar e constituir determinado agrupamento social em uma comunidade verdadeiramente ética. Essa, aliás, a razão pela qual o princípio da segurança jurídica, que assegura a previsibilidade (formal e substancial) das normas como ordenadoras das condutas humanas, leva também à manutenção da preeminência da lei no trato de nossos vínculos relacionais.

Contudo, da circunstância de que os cidadãos têm o direito de saber que uma conduta lhes compromete na medida em que o direito vá a qualificá-la como tal, não parece legítimo que se possa deduzir que o juiz deva ser um órgão “cego” e “acéfalo” no processo de interpretação e aplicação das leis ou que se deva autoinvestir da suposta virtude que faz dos juízes simples reprodutores dos textos normativos.

De fato, a importância da lei em uma sociedade onde a miséria e o desprezo pela dignidade humana ainda parecem ser a regra comum, a par de conviver com a preeminência das normas constitucionais, faz com que o papel do juiz, já não mais neutro, seja o de um vivo vigilante intérprete dos tempos, que tanto melhor sabe cumprir a sua função quanto melhor alcance sentir a exigência humana da história e traduzi-la em fórmulas apropriadas de ordenada convivência; o que não significa, evidentemente - já dissemos antes -, uma atividade “alternativa” à lei, senão uma qualificada tarefa de assegurar a sua legítima e devida efetividade. Aos destinatários das normas jurídicas não lhes interessa as opiniões pessoais dos que atuam como juízes, senão somente as suas respectivas capacidades para expressar as normas que a sociedade a si mesma se põe e pelas quais ilumina e fundamenta a solidariedade de sua ética convivência, depurando e afinando seu alcance e sentido e, na mesma medida, garantindo sua eficácia última.

12.1. O problema da “crise da lei”

Mas, como manter esse tipo de postura diante do fato de que não são poucas as vozes que insistem em afirmar a atual “crise da lei”?

É certo que as sociedades atuais, plurais e complexas, já não mais parecem aceitar lhanamente novos códigos gerais e globalizadores como os que alimentaram em seus dias os grandes dogmas do positivismo jurídico. Hoje, não só se fala abertamente de descodificação, inclusive com relação às matérias típicas dos códigos clássicos, como também as leis tendem a limitar-se, com frequência, a regulamentações fragmentárias e ocasionais e, por vezes, a formular disposições ou princípios muito gerais, confiando logo à interpretação e aplicação pelos operadores do direito a precisão casuística de seus enunciados.

O desgaste que vem sofrendo a generalidade e a abstração da lei em virtude do que se convencionou denominar de “pulverização” do direito legislativo produzida pela multiplicação de leis de caráter setorial e temporal, demonstra claramente a pressão de interesses corporativos, dando lugar a um tratamento normativo diferenciado e, em igual medida, provocando a explosão de legislações cambiantes, com a conseqüente crise dos mencionados princípios de generalidade e abstração. E a suposta conseqüência produzida por esse fenômeno é a de que a lei é, cada vez mais, transação e compromisso, tanto mais quanto a negociação se estende a forças numerosas e com interesses heterogêneos: cada um dos agentes sociais, quando acredita haver alcançado força suficiente para orientar em seu próprio interesse os termos do “acordo”, busca a aprovação de novas leis que sancionem a nova relação de forças; se produz, assim, a cada vez mais marcada “contratualização” dos conteúdos da lei.

De fato, a atual experiência legislativa nos situa muito longe da racionalidade do legislador e da imagem da lei como ordenação abstrata, geral e permanente, como quadro estável cuja finalidade é distribuir direitos e deveres gerais e sobre o qual a sociedade vive a continuação de seu próprio dinamismo. É indiscutível, portanto, que a realidade dessas leis se ajusta mal ao esquema ilustrado e revolucionário da *lex universales*.

Não obstante, e em que pese todas essas circunstâncias, entendemos que as considerações até aqui articuladas não devem ser desconsideradas por completo. Se é

certo que a legislação atual tende a ocasionalidade e a confusão, não menos certa é a constatação de que isso não nos permite deduzir que as sociedades modernas pretendam remeter aos magistrados os problemas últimos de seu livre – e por vezes defeituoso – ajuste social. Por muito que se ressalte a crise da lei nas sociedades atuais, tal crise não chega de modo algum a deslocar a lei do seu papel central e, até o momento, insubstituível.

Depois, como já dissemos repetidas vezes, as normas jurídicas não são simplesmente um conjunto de regras faladas, escritas ou formalizadas destinadas a constituir uma razão para o atuar dos indivíduos, que expressam ideologias dominantes ou que as pessoas se limitam a seguir. Em vez disso, as normas representam a formalização de regras de condutas sociais, sobre as quais uma alta porcentagem de pessoas concorda, que refletem as inclinações comportamentais e oferecem benefícios potenciais e eficientes aqueles que as seguem: quando as pessoas não reconhecem ou não acreditam nesses benefícios potenciais, as normas são, com freqüência, não somente ignoradas ou desobedecidas (pois carecem de legitimidade e de contornos culturalmente aceitáveis em termos de uma comum, consensual e intuitiva concepção de justiça) senão que seu cumprimento fica condicionado a um critério de autoridade que lhes impõem unicamente por meio da “força bruta” (M. Gruter,1991) ²⁷⁷.

²⁷⁷ Para citar Chomsky (2007: 9): “*Creio que há certo tipo de fundamento absoluto [...] que em última instância reside nas qualidades humanas fundamentais, sobre as que se baseia um conceito “real” de justiça. Creio que é muito apressado qualificar nossos sistemas de justiça atuais como meros sistemas de opressão de classe; não creio que seja assim. Penso que expressam sistemas de opressão de classe e elementos de outros tipos de opressão, mas também uma busca óbvia e constante de conceitos verdadeiramente humanos e valiosos de justiça, decência, amor, bondade e compaixão, que creio que são reais*”. Com efeito, em uma sociedade tendencialmente integrada a consciência jurídica dessa comunidade propende a confundir-se com a concreta objetivação histórico-social que a juridicidade obteve no sistema do direito vigente. Os princípios e normas positivas da sua juridicidade são em boa parte o resultado da assimilação jurídica de intenções ético-político-sociais dominantes no *ethos* social histórico da concreta comunidade. Pode assim dizer-se que nessa medida os princípios e normas informadoras de juridicidade vigente são expressão de nossas intuições e emoções morais (e, portanto, vigorando socialmente como ideologia em sentido positivo e global) assumidas pelo direito. Pense-se – e só queremos referir-nos a alguns exemplos mais evidentes – nos princípios sem os quais hoje, onde quer que seja, se não pode admitir como válida a individual responsabilidade criminal (a definição dessa responsabilidade nos termos objetivos que apenas um *princípio* de *nullum crimen sine lege* pode assegurar, e segundo uma imputação subjetiva que exige o respeito pelo *princípio da culpa* (não obstante a sua atual problemática). Considere-se o *princípio da autonomia* ou a irredutível subjetividade de uma esfera jurídica pessoal, a manifestar-se nos problemas dos direitos de personalidade, dos direitos subjetivos, da negocial autonomia privada (autonomia decerto hoje profundamente correlativa, e a conexionar-se, com um *princípio de responsabilidade* ou *vinculação social*, nos seus limites e no seu exercício). Contra o arbítrio do poder e a prepotência da autoridade,

Dispomos de normas de conduta bem afinadas porque nos permitem predizer, controlar e modelar o comportamento social respeito a reação dos membros de uma determinada comunidade. Estes artefatos, se plasmam grande parte de nossas intuições e emoções morais, não são construções arbitrárias, senão que servem ao importante propósito de, por meio de juízos de valor, tornar a ação coletiva possível. E parece razoável admitir que os seres humanos encontram satisfação no fato de que os valores e as normas sejam compartilhados e cumpridos pelos membros da comunidade – ademais, diga-se de passo, uma vez que a sociedade usa leis para encorajar as pessoas a se comportar diferentemente do que elas se comportariam na falta de normas, esse propósito fundamental não somente torna o direito altamente dependente da compreensão das múltiplas causas do comportamento humano, como, e na mesma medida, faz com que quanto melhor for esse entendimento da natureza humana, melhor o direito (e a ética) poderá atingir seus propósitos.

Por outro lado, qualquer alternativa à lei não seria admitida, de modo algum, pelas sociedades atuais, porque com ela se volatizaria, justamente, a democracia e nos encontraríamos reinstalando, em realidade, um verdadeiro governo despótico de uma

postula-se o *princípio da legalidade* da função ou atividade executiva, por um lado, e o *princípio do controle jurisdicional* do seu exercício, por outro lado. O *princípio da jurisdição*, com os seus corolários da *independência* e da *imparcialidade* da função judicial. O *princípio da igualdade jurídica* – a entender já hoje para além da mera igualdade perante a lei e verdadeiramente como “igualdade perante o direito”. O *princípio de defesa* perante quaisquer acusação ou incriminação e o *princípio do contraditório* (*audiatur et altera pars*), etc. Por certo que se poderá objetar que a existência jurídica de alguns destes princípios se deve em parte ao seu caráter formal, desde logo os que mais diretamente exprimem uma exigência de legalidade, e que os restantes carecem, na sua indeterminação intencional, de uma causa específica e, como tal, necessitam de concretização destinada a obter, com fundamento, os critérios materiais que (eles) não definem. Com o que se toca o problema, último e decisivo, da sede e natureza dos fatores ou critérios que são chamados, já a dar uma intenção material aos princípios e normas jurídicas formais, já a impor um sentido materialmente determinado aos princípios e normas jurídicas intencionalmente indeterminados. (Castanheira Neves, 1999). E a resposta comum é pronta: a determinante material ou de conteúdo de tais princípios e normas oferece-a unicamente nossas intuições e emoções morais que constituem em termos dominantes a espécie humana – ou, o que é o mesmo, a intenção ideológica, ética e política da comunidade em causa. Seria este, afinal, o decisivo critério material do jurídico; e seria assim de novo ilusória a pretensão de desvincular *nature-nurture*: que o direito compete à natureza humana, que ele, tanto no seu sentido como no conteúdo da sua normatividade, é uma resposta culturalmente humana (uma estratégia sócio-adaptativa) ao problema também e essencialmente humano da convivência no mesmo mundo e em um determinado tempo e espaço histórico social. Como bem expressado por Humphrey (1986), os historiadores podem descrever as forças impessoais como queiram, mas a realidade é que não há forças impessoais na sociedade humana: não há um só acontecimento significativo que não tenha sido modelado por mentes humanas em interação com outras mentes humanas. A história da sociedade humana nos últimos milhares de anos é a história do que as pessoas disseram umas às outras, do que pensaram umas das outras, de rivalidades, de amizades, de ambições pessoais e nacionais.

minoria que não tardaria em buscar e encontrar uma fundamentação política correlativa que pretendesse outorgar-lhe legitimidade. Vê-se claramente que, frente a qualquer outra alternativa, a democracia necessita inescusavelmente da lei e que não pode abdicar da responsabilidade central que lhe cabe, precisamente (reafirmando assim seu fundamento histórico moderno) enquanto que a lei ainda é o instrumento necessário (embora não suficiente) da liberdade, tanto por sua origem na vontade geral como por sua efetividade como pauta igual e comum para todos os cidadãos, à que todos podem invocar e na qual todos devem poder encontrar a justiça (material) que a sociedade se lhes deve²⁷⁸.

A verdadeira alternativa ao recurso utilizado pelo legislador para afrontar e contornar os problemas sociais, de justiça e de segurança jurídica, portanto, não parece ser a de reinventar o “juiz sacerdote” (preso a alguma ideologia, dogma ou doutrina sem consistência teórica e/ou incapaz de ter alguma eficácia fora dos limites físicos de um papel), senão a de habilitar os julgadores a assumir, de forma virtuosa, inflexível e qualificada a responsabilidade que lhes cabe e cuja tarefa seja a de afirmar indistintamente os direitos e deveres de toda a pessoa humana, projetando *na e através* da legalidade vigente os princípios e valores fundamentais do direito; isto é, de habilitar-lhes ao inegociável compromisso de colocar-se à frente dos fatos e dos vínculos sociais relacionais para, com a iniludível “pré-compreensão” e talento de desenhador que caracteriza o ato de julgar, impulsionarem os câmbios necessários para

²⁷⁸ Por exemplo, e como já advertimos antes, seguramente não seríamos verdadeiros cidadãos se o direito consentisse a alienação de nossa liberdade, se, ponhamos o caso, reconhecesse validade pública a um contrato civil privado, livremente subscrito – *coacti volunt* –, por meio do qual uma das partes se vendesse a outra na qualidade de escrava, participando do preço. Há direitos de todo ponto inalienáveis, como o direito a não ser “objeto” ou propriedade de outro. E são inalienáveis, porque não são direitos puramente instrumentais, senão *direitos constitutivos* do homem mesmo como âmbito de vontade soberana: direitos que *habilitam publicamente a existência de in-divíduos dignos, separados, livres e autônomos*. Certamente que o fato de que a lei limite nossa capacidade de eleição, proibindo a alienação voluntária da própria liberdade é uma interferência. Mas bem sabemos que não nos molestam as interferências como tais, senão somente as interferências arbitrárias. As interferências legais não arbitrárias não somente não diminuem ou restringem em nada a liberdade, senão que a protegem e ainda a aumentam, como claramente se pode constatar no exemplo aqui mencionado. Sem inalienabilidade legal da própria pessoa, não há liberdade, nem há dignidade, e nem, se bem observado, existências políticas individuais, autônomas e separadas. Esta restrição legal característica de nossas democracias é um dos testemunhos mais patentes do fato de que a base do mundo político moderno foi sentada pela tradição republicana. Representa o núcleo duro republicano de nossas democracias, resistentes até agora (embora por vezes mitigadas e vilipendiadas de forma dissimulada) à “desconstrução” que o liberalismo operou na modernidade.

que se promova um panorama institucional, normativo e sócio-cultural o mais amigável possível para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Como lembra Dieter Simon (1998), nós todos desejamos um juiz independente; independente no sentido que não depende da política, da religião e nem mesmo dos partidos ou da concepção de mundo, mas que segue somente a representação de valor da lei e não a sua.

Daí porque o papel do operador do direito (no caso, dos juízes) deverá seguir estando vinculado à lei – que nunca podem ser livres de contexto, senão que devem ter em conta seu “lugar na vida” e sempre “em situação” –, em nome das quais fala e das quais, e não de nenhuma outra fonte “mágica” ou de qualquer subjetivismo camuflado de teoria, extrai unicamente a justiça e a legitimidade de suas decisões. Em um sistema republicano-democrático real a atividade de um magistrado (que tem em suas mãos a distribuição de direitos e deveres inerentes ao exercício da cidadania) não pode estar limitada a realizar um mero exercício semântico ou lógico-dedutivo da norma jurídica, qualquer que seja sua natureza ou grau de imperatividade.

É certo que ante uma legislação fragmentada, casuística e cambiante, com enunciados que caem com frequência em desuso por desajustes sistemáticos e/ou sociais, o papel do magistrado se realça. Mas este realce do papel do juiz não poderá jamais pretender levar-lhe a uma independência com respeito à lei; lhe levará, certamente, a um uso mais apurado, sofisticado e refinado dos valores, princípios e regras jurídicas, sempre e em tudo condizente com a finalidade de aplicar o direito com a obrigação de produzir, reproduzir e desenvolver a dignidade humana com respeito aos variados caprichos de nosso mundo social.

Por este caminho vemos, com suas inafastáveis limitações, o processo vivificador do fenômeno jurídico e a conseqüente aproximação à justiça que há de inspirar e prevalecer na interpretação e aplicação do direito que, como tal, não é mais nem menos que um instrumento cultural, uma estratégia sócio-adaptativa empregada para articular argumentativamente, por meio da virtude da prudência, os vínculos sociais relacionais elementares através dos quais os homens constroem estilos aprovados de interação e estrutura social. Em todo caso, parece ser que essa vinculação não deve servir como fator determinante para debilitar a luta pela justiça, o esforço permanente em prol de uma interpretação mais razoável e equitativa e, sobretudo, para fomentar a negação do acentuado espírito conservador da grande maioria daqueles que operam com o direito.

Trata-se, sem mais, de uma tarefa ou práxis social que reforça a incessante necessidade de se repensar criticamente a ordem jurídica, no sentido de que se atribua à mesma (levando-se em conta que o direito vive num clima de permanente revisão de conceitos, valores, princípios e normas), a função principal de adequá-la para um mundo em constante transformação, cômicos, sobretudo, da tarefa não somente de interpretar e aplicar as garantias formais da democracia e nem à simples fiscalização da observância de princípios e valores inerentes ao sistema positivo, mas, principalmente, de viabilizar a realização do compromisso ético de utilizar o direito para garantir à sociedade a efetiva recuperação do controle democrático sobre as decisões políticas, sociais e econômicas, e aos indivíduos – a muitos, a milhões deles – a efetiva recuperação do controle sobre suas próprias vidas, isto é, o efetivo e incondicional respeito da dignidade da pessoa humana.

De todos os modos, acreditamos que o problema que levanta a reconhecida e amparada liberdade de atuação e criação judicial do direito não é somente a ausência de uma autorização e fundamentação normativa explícita nesse sentido ou a suposta “crise da lei” senão, e muito especialmente – já o dissemos -, a ausência de mecanismos ou instrumentos metodológicos efetivos de controle que permitam impor umas constrações suficientemente estritas para refrear os voluntarismos, mas o suficientemente laxas como para não jugular ou abortar a criatividade, que é indispensável a todas as formas de concretização de modelos jurídicos.

12.2. O “ilícito legal” e a função (criativa) do operador do direito

Por certo que tal função implica inevitavelmente uma grande responsabilidade, posto que ao operador do direito já não mais lhe será lícito e legítimo elidir ou dissimular o dever de *dizer não* às situações e relações intoleravelmente injustas que os homens entre si ou o poder perante eles se proponha a criar ou impor. Pois bem, para analisar esta questão, o que trataremos de fazer é tomar como critério de exemplo o tratamento a ser dado ao problema da denominada “lei injusta” ou “ilícito legal” (*gesetzliches Unrecht*).

É este um problema que aqui não nos interessa na totalidade de suas dimensões. Assim que nos limitaremos apenas a dizer que a lei injusta será toda a norma positiva

que não realize ou não permita realizar concretamente a idéia de direito. De fato, é no contexto da função interpretativa em que o ser humano na sua dimensão ético-social, a prudência, a equidade e a justiça do caso concreto têm primazia. E porque todos os operadores jurídicos têm uma filosofia acerca da vida, do direito e da própria natureza humana – embora alguns deles, ou talvez muitos, não o saibam – encontramos, nesse âmbito da interpretação e aplicação jurídica, com o problema da necessária interferência e inclusão de elementos valorativos no ato de julgar, ou seja, da iniludível e por vezes dissimulada relação entre o moral e o jurídico.

Neste particular, não tem qualquer caráter juridicamente vinculante (carecem totalmente de legitimidade e de obrigatoriedade) tanto as normas que porventura recusem a dignidade de personalidade moral a qualquer pessoa, grupo ou classe – isto é, que lhes excluam a qualidade de sujeitos autônomos de direito (com os direitos e deveres implicados pela sua válida e legítima integração na comunidade) para os reduzirem a meros objetos de coação política, econômica ou administrativa –, como as normas que lhes definam um estatuto de direitos e deveres que não esteja fundado no sentido axiológico de uma comunidade que a todos autônoma e totalizantemente integre²⁷⁹.

Nestes casos, e ainda que nos encontremos na presença de mandados emitidos por um legislador formalmente habilitado e acompanhados por uma organizada garantia coativa, o que se nos oferece são autênticas perversões do ato de legislar. Não podem, com efeito, considerar-se de outro modo as normas abertamente contrárias à idéia de direito e, portanto, violadoras daquela mesma função axiológico-normativa em que terão de justificar-se como normas jurídicas válidas e legítimas.

Assim que parece haver um sentido comum de que o direito moderno segue exigindo um momento de incondicionalidade que obedece a sua necessária vinculação com a moral, ou seja, de que não se tornou exclusivamente instrumental como pretendem algumas variantes do positivismo jurídico. E porque o fenômeno jurídico não surgiu do “nada”, a ética parece estar intimamente ligada ao direito: todas as normas jurídicas foram criadas a partir de um juízo ético surgidos para harmonizar os

²⁷⁹ Por exemplo, John Lyons (2005: 63) defende a idéia de que, no caso do juiz, as considerações morais vêm em primeiro lugar: *“Aqueles que agem em nome da lei realizam coisas que exigiriam ser justificadas, se não fossem feitas em nome da lei – eles utilizam a coação e a força, matam e mutilam, retiram às pessoas a sua liberdade e os seus bens[...]. As decisões judiciais, como outras coisas, têm de ser plenamente justificadas do ponto de vista moral”*.

vínculos sociais relacionais que estabelecemos ao longo de nossa evolucionada existência.

De fato, é essa pretensão de correção moral que permite distinguir entre o direito e a força bruta, que permite distinguir (ou não) entre a ordem de um delinqüente (“a bolsa ou a vida”) e a ordem de cobrança de um determinado tributo, enfim, que permite considerar o direito como uma estratégia sócio-adaptativa, uma práxis social destinada a gerar discursos jurídicos materialmente justos e com potencial capacidade de consenso para a solução de determinados problemas práticos relativos aos vínculos sociais relacionais elementares através dos quais os homens constroem estilos aprovados de interação e estrutura social.

Essa inerente pretensão de correção formulada pelo direito compreende uma pretensão de justiça que, em essência, nada mais é do que a correção com respeito à liberdade, igualdade e fraternidade, isto é, com a equitativa distribuição e equilíbrio entre essas três grandes virtudes ilustradas. O operador do direito, em toda sua cotidiana atividade, não pode prescindir dessa dimensão axiológica. E porque as perguntas sobre a justiça são perguntas morais, o operador jurídico que realiza distribuições e equilíbrios incorretos comete, por essa via, uma falha moral e a pretensão de correção transformam essa deficiência moral em deficiência jurídica: as normas perdem seu caráter jurídico se sobrepassam certos limites de injustiça.

Quando as normas negam conscientemente a vontade de justiça, quando os princípios, os direitos e as garantias consagradas são arbitrariamente violados, carecem tais normas de legitimidade e validade, pois não se pode conceber o direito, inclusive o direito legislado, de outra maneira que não esteja destinado a servir a justiça. E quando a injustiça não é oportunamente eliminada pelo legislador, corresponde ao operador do direito o dever e a coragem de deixar de efetivá-la, de negar o pretense caráter jurídico das normas arbitrariamente impostas – ou, parafraseando a Mark Twain, na vida real, o justo não ocorre nunca no lugar nem no momento justo; é tarefa do operador do direito pôr-lhe remédio. Esse o papel que cabe ao operador do direito na sua práxis hermenêutica: de um operador valente a quem a dificuldade ou o esforço hermenêutico não lhe impedem de empreender algo justo ou valioso, nem lhe fazem abandonar o propósito à metade do caminho, isto é, que atua “apesar da” dificuldade, e guiando sua ação pela justiça, que é o último critério da valentia.

Depois, as normas jurídicas não possuem representação de valor. As normas possuem somente palavras. Quais os valores e significados que devem ser ligados a

estas palavras são problemas vinculados à tarefa interpretativa levada a cabo pelos juízes. E ele estabelecerá sempre aquilo que deseja e em que ele mesmo crê: a justiça só é um valor para os que desejam e crêem na justiça; a humanidade só é um valor para os que crêem e desejam viver humanamente; a vida só vale para quem a ama e a deseja; e nenhuma coisa comanda a não ser proporcionalmente à crença e ao amor que temos por ela. O problema consiste, então, no fato que se possa garantir que a magistratura seja e se mantenha democrática. Um sucesso deste tipo não pode ser garantido por meios linguísticos. Os juízes não podem ser vinculados às palavras mesmo se se trata das palavras do legislador. As palavras podem assassinar, mas não podem vulnerar ou bloquear um juiz. Somente quem se vincula a si mesmo, está vinculado (Dieter Simon, 2006): nenhuma lei é fruto de uma verdade estabelecida, senão expressão da “vontade pública”, sempre sujeita à interpretação.

Dito de outro modo, parece ser que a única atitude legítima em face de uma lei injusta é a de recusar a sua aplicação: a lei injusta faz surgir no pensamento jurídico em geral o poder e o dever de lhe recusar validade e aplicação automática, de interpretá-la e decidir de tal modo que ela acabe por ter uma finalidade justa, isto é, cada norma sendo submetida a um critério de justiça material de sua aplicação em cada caso concreto. Afinal, querendo ou não, as normas são, em muito boa medida, manifestações de intuições e emoções morais (de raiz biológica e culturais) compartilhadas por um determinado grupo, partindo não da idéia de “imperator”, mas sim da comunidade ética na qual se insere o sujeito-intérprete.

Mas podem os operadores jurídicos educados no positivismo jurídico até aqui dominante, na aplicação do direito, ter a pretensão de não desprezar a vinculação necessária entre direito e Justiça?

Parece que sim, desde que se considere que essa vinculação (entre o direito e a moral) está fundada na idéia de que toda a atividade do sujeito-intérprete deve estar permeada pela pretensão de que seus discursos jurídicos (suas decisões) sejam moralmente corretos e justos. A ela (atividade) lhe corresponde à intenção e o dever jurídico de decidir corretamente, de que embora necessário, não é suficiente para resolver um problema jurídico o simples recurso a artifícios legais, ao muito limitado esquema de silogismo interpretativo ou de coerência lógico-formal. A virtude e a independência do operador do direito - já sissemos - não é outra coisa que a manifestação da autonomia do direito, comprometido eticamente com o imperativo segundo o qual o direito deve ser manipulado de tal maneira que suas consequências,

sempre compatíveis com a maior possibilidade de evitar ou diminuir a miséria humana - isto é, com a criação de um modelo sócio-institucional livre, justo e solidário que permita a constituição de uma comunidade de homens livres e iguais unidos por seu comum, legítimo e compartilhado submetimento ao direito e em pleno e permanente exercício de sua cidadania.

O ato de decidir contra qualquer forma de arbitrariedade ou interferência injustificada carrega consigo a virtuosa intenção de mudar um estado de coisas de conformidade com algo que se pretenda justo: com a idéia de que o homem, mesmo quando se converte em objeto de ordens estatais supra-individuais, sempre deve ser respeitado como um fim em si mesmo e não como instrumento de episódicos e injustificados interesses políticos ou de conveniência econômica. E assim deve ser porque na grande maioria das vezes estão submetidas a juízo a virtude na aplicação das normas, a realização da justiça concreta, a integridade do direito e a própria idéia de um operador jurídico autônomo e independente. Somente atuando guiado por uma justa e virtuosa pretensão de correção poderá vir o operador do direito a afirmar-se como mediador preocupado com a justiça e com a condição humana, não somente controlando toda a desregrada maquinaria estatal em suas funções administrativas e legais, senão que também assegurando de forma efetiva os princípios, direitos e garantias legitimamente consagrados.

É preciso reconhecer que não somente desde a *lex corrupta* insensatamente aplicada provém o injusto real como na aplicação do direito intervêm, ademais da razão, os sentimentos e as emoções: para ser um bom operador jurídico não basta com ter capacidade argumentativa (com conhecer o direito vigente), senão que é necessário ter outras virtudes como sentido da justiça, compaixão e valentia. Afinal, o que dá sentido ao direito não pode ser outra coisa que a aspiração à justiça ou, para dizer em termos mais modestos e mais realistas: a luta contra toda e qualquer forma de injustiça.

E nem se objete possa a idéia da segurança ou da certeza jurídica – sempre aqui invocada – constituir-se em argumento suficiente e necessário de oposição a esta conclusão, uma vez que não é qualquer “injustiça” a que determina o rigoroso sentido da lei injusta, mas somente aquela que envolva a negação da própria idéia de direito. Depois, se a segurança e a certeza jurídica têm decerto valor apenas na medida em que podem contribuir para a realização da objetividade e previsibilidade em uma ordem jurídica, deixam totalmente de ser fundamento de obrigatoriedade quando invocadas somente para encobrirem situações intoleravelmente injustas ou quando são postas a

serviço do arbítrio, da tirania e dos devaneios políticos. A obrigatoriedade e o valor da segurança e certeza jurídica cessam onde cessa toda a legitimidade jurídica, isto é, logo que deixem de contribuir para a concreta realização da idéia de direito. Não é, definitivamente, em função da segurança e da certeza que se afere o direito justo, senão em função do direito justo que se afere a segurança e a certeza jurídica.

Em efeito, as situações de tensão entre a segurança jurídica e a justiça constituem um dos aspectos mais dramáticos da experiência jurídica. Por vezes, são impostas à justiça, pelo menos à justiça estrita do caso singular, certos sacrifícios em nome da segurança jurídica, como, por exemplo, por força do princípio da coisa julgada ou do instituto da prescrição. Mas certamente não é de se admitir que a pretexto da segurança e da certeza jurídica se chegue a um grau intolerável de sacrifício da justiça, sob pena da ordem jurídica se esvaziar de legitimidade e se desnaturar. A paz, a ordem estável, a liberdade, a igualdade, o grau razoável de certeza e de estabilidade, são obras da justiça, cujo fundamento radica na pessoa humana. Como já se disse em outro lugar, a inumanidade do direito é infinitamente mais indesejável que a ausência de todo direito.

Como já fizemos notar, um puro sistema de segurança e certeza jurídicas, indiferente ou contrário à justiça, constitui por si mesmo a negação do próprio direito. Daí porque, no plano metodológico, faz-se sentir a necessidade de superar os unilateralismos – quer do legalismo estrito, que privilegia a segurança em prejuízo da justiça, quer do judicialismo casuístico, que favorece a justiça com menoscabo das exigências essenciais de segurança –, mediante soluções que atendam equilibradamente à norma e ao caso, assim como às reclamações desses dois valores fundamentais do direito, isto é, mediante soluções que tratem de alcançar um estado de coisas onde a justiça e a segurança jurídica em presença alcancem seu mais alto grau de vigência e eficácia possível.

Isto é, que a atividade hermenêutica, da qual não se pode excluir a dimensão emocional e de subjetividade do juízo, não se configure como produção *ex nihilo*, que não seja somente uma circunstância de produção subordinada à lei, senão que deve ser concebida como uma práxis social destinada a desenhar um modelo sócio-institucional que, garantindo certa igualdade material, permita, estimule e assegure que a titularidade e o exercício de direitos de todo ponto inalienáveis não sejam sacrificados em função de arbitrários interesses e injustificadas interferências por parte do Estado ou de qualquer outro agente social.

Ocorre que, para exercer esta postura metodológica e principalmente para dizer este “não” – parece evidente – não será suficiente que o operador do direito tenha a coragem de declará-lo; é necessário que tenha o poder de fazer como o declara. E esse poder somente o terá atualmente o operador jurídico no desempenho de uma função judicial. É que embora esta seja a função de todo o operador do direito, este não poderá cumprir (de forma vinculante) essa tarefa se não lograr ele mesmo impor-se institucionalmente, já que o *jus respondendi* pessoal dos romanos não é mais do nosso tempo. Depois, tendo deixado a legislação de poder considerar-se hoje como uma manifestação de vontade autêntica e exclusivamente comunitária, para ser mais bem a imposição prescritiva de uma ideologia partidária em veste de governo, somente a função judicial pode permitir-se ser ideologicamente imparcial, naquela imparcialidade que a faça tão somente sensível ao apelo do direito e da justiça.

Só que para tanto é decerto necessário que a função institucional do operador do direito seja verdadeiramente independente. E bem sabemos que esta independência é em boa parte uma condição sociológica, função das condições que efetivamente se criem para a sua possibilidade. Mas ela será sempre também, em não menor medida, o resultado de uma vocação. A função do operador jurídico não será nunca independente, se não o quiser responsabilmente ser; dificilmente deixará de sê-lo (até porque o exercício da função judicial potencia a organização das condições favoráveis para tanto) se quiser assumir-se como tal. Um operador jurídico independente é, pois, um dos mais importantes fatores do poder de que o direito necessita para se impor legitimamente.

Mas não bastará somente isto, nem poderá o operador do direito cumprir validamente sua tarefa institucional se esta não estiver motivada e esclarecida por uma intencionalidade e consciência crítica, quero dizer, daquela crítica que explicita e fundamente o próprio projeto axiológico do direito que deve ser, incondicionalmente, o seu. Isto é, que no exercício de sua função não abdique nunca do seu mesmo dever comunitário e que, na mesma medida, não aceite degradar-se à mera função burocrática que “analisa processos”, reduzindo-se a um mero instrumento público pronto para homologar e dar execução a todo e qualquer ditame do poder. Dito de outro modo, de um operador jurídico que trate de viabilizar a realização do compromisso ético de utilizar o Direito para ir conquistando essas pequenas (e indefiníveis) “parcelas do justo” que justificam nossa existência e, dessa forma, assegurar o incondicional respeito à dignidade da pessoa humana.

Cabe a estas parcelas de juridicidade a relevante tarefa de fazer valer e projetar na legalidade vigente os valores fundamentais do direito, isto é, de adotar os meios necessários e adequados que os permitam encontrar a verdadeira e consistente base de legitimação do fenômeno jurídico, em um mundo onde o sofrimento e o desprezo pela dignidade humana convivem com o excesso da riqueza produzida pelo trabalho social e acumulada nas mãos de uns poucos. Enfim, de um operador do direito que incentive e priorize a implicação do direito com uma postura republicana e democrática do Estado e, portanto, que se distancie da paroquiana concepção de sacerdote da dogmática, travestido do manto da infalibilidade jurídica e autoinvestido da suposta virtude que faz com que funcionem como técnicos da lei.

Somente pensando assim o jurídico – devidamente situado em um contexto histórico-comunitário determinado e fundado na natureza humana – participará o direito da própria dialética da história e da eticidade humanas. Mas para tanto, é definitivamente imperioso que os intérpretes autorizados não se limitem a ser apenas simples instrumentos de reposição e aprofundamento das desigualdades sociais, mas antes sintam, como uma verdadeira consciência ética da comunidade, a tormentosa necessidade de buscar “em meio das sombras, claridade” (Dante).

12.3. “Justiça com toga” e racionalidade jurídica

Não há dúvida de que a assunção deste tipo de postura leva-nos a inferir que, em tema de discricionariedade e de “ilícito legal”, o controle de racionalidade do processo de justificação parece encontrar-se submetido a importantes limitações. Mas que relação possui ou que peso deve ter as convicções morais, as emoções, a memória e as experiências pessoais de um juiz com seus juízos acerca de que é o “direito justo”? Juristas, psicólogos, neurocientistas, sociólogos, filósofos do direito, políticos e juízes, todos têm distintas respostas a esta pergunta, que vão desde “nada” até “tudo”: alguns crêem que estão plenamente vinculados enquanto que outros insistem em que não tem nenhuma relação²⁸⁰.

²⁸⁰ Para citar o exemplo dado por Dworkin (2007): “*Siendo Oliver Wendell Holmes magistrado del Tribunal Supremo, en una ocasión de camino al Tribunal llevó a un joven Learned Hand en su carruaje. Al llegar a su destino, Hand se bajó, saludó en dirección al carruaje que se*

Em realidade, toda a questão relacionada com o controle da racionalidade jurídica somente pode exercer-se desde uma perspectiva formal e não se pode olvidar que o cumprimento por parte do juiz das regras formais é relativamente simples. Já se disse com razão que *“tanto esas reglas formales (motivación, prueba, en general las reglas procesales) como (y sobre todo) las materiales son tan vagas y genéricas que no es difícil respetar siempre las primeras y obviar, cuando sea necesario, las segundas: que se le imponga al juez como límite de su poder adoptar una decisión «razonable» es como no decir nada”* (Ezquiaga Ganuzas, 1984: 58).

Mas o respeito formal da lei não parece configurar, nas hipóteses a que aqui nos referimos, garantia suficiente de racionalidade. Em todo caso, já sabemos, a existência de fatores emotivos e ideológicos na atuação judicial impede que se possa falar de uma atividade estritamente racional. De fato, a presença de tais elementos implica quando menos um déficit de racionalidade e, em consequência, ao igual que ocorria com o direito, haveria que chegar à conclusão de que a racionalidade da decisão jurídica, quando se trata de ilícito legal, é sempre relativa.

Em seu momento se disse que o postulado da racionalidade do legislador constitui uma ficção que não tem nenhum apoio na realidade. De qualquer modo, esta idéia cumpriu importantes funções e com o tempo se modificou no sentido de que a racionalidade ou a razão se deslocou *“desde la creación a la aplicación del Derecho y, de este modo se pasó del legislador racional al juez racional”* (Prieto Sanchís, 1992:101). Esta idéia do juiz racional, sem convicções morais, sem paixões e elegantemente neutral supõe a aceitação de certa ideologia jurídica que, como já dissemos antes, representa uma falsa imagem – ou pelo menos deformada – da realidade. O juiz, ao igual que o legislador, não pode atuar à margem de sua personalidade; é, como qualquer homem, um sujeito cuja atividade não pode dividir-se em várias partes. Por conseguinte, tudo o que faz é produto do conjunto de suas faculdades cognitivas e afetivas. Uma de tais faculdades é a razão, mas ao seu lado há evidentemente outras potências que determinam e condicionam seu comportamento.

A descrição da judicatura como uma instituição independente, neutral, apolítica e racional, não somente não corresponde (e tão pouco responde) à realidade, senão que ademais pretende ocultá-la, o que quiçá é ainda mais grave. Em consequência, parece

alejaba y dijo alegremente: “¡Haga justicia, magistrado!”. Holmes paró el carruaje, hizo que el conductor girara, se dirigió hacia el asombrado Hand y, sacando la cabeza por la ventana, le dijo: “¡ Ése no es mi trabajo!”. A continuación el carruaje dio la vuelta y se marchó, llevándose a Holmes a su trabajo, supuestamente consistente en no hacer justicia”.

oportuno superar a imagem tradicional do juiz (e do operador do direito em geral) que Kantorowicz (1962: 14) descrevia com ironia: *“la opinión dominante se imagina al jurista ideal como a un alto funcionario estatal con formación académica que está sentado en su celda armado exclusivamente con una máquina de pensar de la más fina especie. Su único mobiliario es una mesa verde en la que se encuentra el código del Estado delante de él. Se le entrega un caso cualquiera, ya sea real o sólo supuesto, y de acuerdo con su deber puede con ayuda de operaciones meramente lógicas y de una técnica secreta que sólo él comprende llegar a la solución predibujada por el legislador con exactitud absoluta”*.

O reconhecimento de que a atuação dos juízes não responde ao modelo ideal previsto pelo sistema jurídico levanta, em princípio, duas alternativas que se apresentam como irreconciliáveis: ou bem os juízes desempenham sua função incorretamente posto que se atribuem prerrogativas não reconhecidas pelo sistema, ou bem as previsões do ordenamento jurídico não respondem à realidade, quer dizer, se trata de uma construção fictícia que exige dos juízes o cumprimento de uma missão impossível. Inclino-nos a pensar que esta última alternativa é a mais plausível. Em efeito, o legislador sabe de antemão que suas instruções e desejos manifestados nas normas gerais somente poderão ser objeto de um cumprimento parcial.

Provavelmente esta seja uma das razões que justificam o fato de que a linguagem do legislador seja intencionalmente vago e impreciso. De qualquer modo, as profundas modificações que tiveram lugar nos sistemas de direito continental respeito da função e do papel que desempenham “realmente” os juízes evidencia a necessidade de submeter-se a uma revisão profunda alguns dos princípios fundamentais que hão alimentado a estrutura dos sistemas jurídicos atuais. A manutenção de certas funções, ademais de não ser operativa, somente pode provocar perplexidade nos cidadãos que, ao fim e ao cabo, são os protagonistas principais da vida jurídica. Não estou convencida de que se tenha produzido o trânsito do Estado da lei ao Estado do juiz que propugnara Marcic (cf. Puigpelat, 1983), mas parece que a evolução dos sistemas jurídicos atuais aponta inegavelmente nesta direção. É manifesto que a ampliação dos poderes dos juízes levanta novos problemas que afetam fundamentalmente à legitimidade de sua própria atuação, mas, em todo caso, este acréscimo do poder judicial, sua iniludível discricionariedade, não exclui, em princípio, a possibilidade de controle, ainda que se trate de casos claros de “leis injustas”.

Seja como for, resulta evidente que em tema de ilícito legal se potencializa o caráter complexo que, por si mesmas, já tem as operações de interpretação e aplicação do direito. No processo que conduz à decisão é perfeitamente possível discernir e encontrar uma série de elementos que escapam a toda previsão normativa, mas que influem no conteúdo da resolução final: a personalidade do juiz, a existência de certos valores, emoções, intuições morais e expectativas que estão presentes no seno dos grupos sociais, determinadas concepções éticas e políticas, etc. Todo isso faz com que o processo decisório não seja um caminho fácil senão que, pelo contrário, está abarrotado de obstáculos e dificuldades de toda índole. Esta breve descrição evidencia a impossibilidade de pretender utilizar de forma absoluta e exclusiva os esquemas da lógica formal no raciocínio jurídico²⁸¹.

Obviamente que esta conclusão não é original e essas idéias já foram defendidas desde há bastantes anos. Em qualquer caso, a quebra do modelo clássico de interpretação e aplicação do direito levanta e impõe a urgente necessidade de construir uma teoria e uma metodologia alternativa que não desemboque em um descontrolado irracionalismo, isto é, uma teoria “racional” da argumentação jurídica comprometida com a realidade da natureza humana e cuja função seria – em palavras de Hassemer (1972: 468) – *“la de fundamentar, justificar y limitar el proceder argumentativo de la praxis”*.

Não creio que as diversas teorias da argumentação - desde Viehweg a nossos dias – tenham cumprido satisfatoriamente esta função, mas pelo menos o hão intentado, e isso já resulta positivo. De fato, em torno aos meios adequados da aplicação correta e justa do direito já tiveram lugar uma profunda discussão, que em si certamente carece de final, mas que nem por isso é menos necessária, já que põe de

²⁸¹ Ademais, os estudos sobre o cérebro têm posto de manifesto que a gente avalia os silogismos empregando dois circuitos neuronais distintos: um associado mais estritamente à lógica e o raciocínio espacial (parietal bilateral), e outro associado mais estritamente às crenças anteriores (temporal frontal). O primeiro (lógico e espacial) implica um esforço, enquanto que o segundo se ativa automaticamente. O resultado é que não resulta fácil que a lógica funcione bem: um sistema muito sólido de raciocínio lógico e deliberado, *“ muy a menudo empañado absurdamente por los prejuicios, emociones y creencias anteriores. [...] Todo esto, claro está, es fruto de la evolución. La racionalidad, casi por definición, exige una valoración completa y sensata de las pruebas, pero los circuitos de la memoria en los mamíferos sencillamente no están bien adaptados para ese fin. La rapidez y la sensibilidad al contexto de la memoria ayudaron sin duda a nuestros antepasados, que debían tomar decisiones instantáneas en un entorno peligroso. Pero en los tiempos modernos, este antiguo valor se ha convertido en un lastre. Cuando el contexto nos dice una cosa y la racionalidad outra, con frecuencia pierde la racionalidad.”* (cf. Marcus, 2010: 80-81 y 104).

manifesto as diversas possibilidades da tarefa interpretativa²⁸² e as potenciais contribuições que as ciências da vida e da mente (aqui incluídas a psicologia evolucionista, a primatologia, a biologia evolutiva, a genética do comportamento, as ciências cognitivas, a neurociência...) podem trazer para a teoria e prática do direito.

Do contrário, e parafraseando o que escreveram alguns eminentes cientistas de finais do século XIX, nada mais que dizer que em tema de emoções, de intuição, de racionalidade, de interpretação e aplicação da lei e de justiça, os juízes continuarão condenados “à *ignorância infinita*”.

²⁸² No mesmo sentido, Prieto Sanchís (1987: 64) afirma que “*aunque la hermenéutica no demostrase de modo concluyente la racionalidad de toda decisión judicial, aunque fuera posible demostrar la existencia de elementos emotivos o por completo irracionales, ello tampoco significaría la inutilidad del esfuerzo: tanto la hermenéutica como la nueva retórica han puesto de relieve que allí donde termina la vinculación a la ley no comienza sin más el arbitrio subjetivo, en definitiva, que la argumentación judicial es un proceso racional*”. De fato, todas estas teorias prestam uma atenção especial à justificação, controle e racionalidade da decisão. Ainda que as conclusões difiram notavelmente entre umas e outras, em todas elas estes três problemas aparecem como o núcleo central das discussões.

CONCLUSÃO

Durante cerca de 2500 anos, desde Platão até as últimas décadas do século XX, o ponto de vista dominante foi o de que as emoções são algo bastante diferente dos processos de raciocínio e tomada de decisão e constituem frequentemente um grande entrave a esses processos. E em que pese o fato de que nos últimos anos esta ortodoxia tem sido desafiada de diversas maneiras, a maneira em que pretendemos mostrar as questões tratadas ao longo desta tese provavelmente não deixe de parecer, em princípio, surpreendente.

Acabamos por desvelar alguns pontos em comum, mas potencialmente relevantes, entre o biológico, o neuronal e o jurídico, tomando como referência o estado atual das investigações neurocientíficas. Tais investigações já permitem afirmar que o pensamento, memória, o conhecimento, os desejos, as emoções e nossas decisões, todos direta ou indiretamente relacionados com o fenômeno jurídico, procedem de determinados mecanismos cerebrais para serem processados, quer dizer, de uma base neuronal e biológica.

Esta afirmação matriz que constitui o fundamento de todos os “reducionismos” (de fato, a assimilação do espírito a um “instinto” natural), é ao mesmo tempo o ponto mais forte e o mais débil do discurso neurocientífico em geral. O mais forte porque, ainda que seja muito impactante, é indiscutivelmente, a parte do que se pense, a expressão de um avanço real: permitiu (e continua permitindo) aproximar-se de maneira cada vez mais precisa e objetiva a fenômenos como os da memória, a percepção, a emoção, o aprendizado, a tomada de decisão... e, também, aos problemas do comportamento humano. O mais débil, porque a certeza da continuidade entre o neuronal, o mental e o comportamental não pode, evidentemente, ser um postulado estritamente científico. Tal certeza implica e constitui necessariamente uma postura interdisciplinar que, embora muito pouco praticada, parece ser hoje uma necessidade social (Cortina, 2007).

Seja como for, o certo é que os estudos sobre a relação entre a natureza humana, o neuronal e as questões políticas, sociais, econômicas e jurídicas, graças às técnicas modernas de investigação, apontam já algumas pistas dignas de menção: já se comprovou que existe algo que denominamos natureza humana, com qualidades físicas e uma série de predisposições genéticas para desenvolver-nos adequadamente

em nosso entorno; que todos os seres humanos possuem certas destrezas e habilidades das que carecem outros animais e que tudo isso conforma a condição humana; que estamos feitos da mesma substância que os demais seres; que nossa mente surge a partir da atividade do cérebro e que este cérebro evoluiu por um processo de seleção natural, como o resto do corpo de que forma parte indissociável; que o cérebro não parece conter centros nem circuitos neuronais “éticos” ou “morais”, quer dizer, módulos cujo funcionamento esteja dedicado, exclusivamente, a produzir os pensamentos, juízos e a conduta ética.

Por outro lado, a caracterização neurológica da moral, no interior mesmo do funcionamento cerebral, deu passo aos iniludíveis vínculos entre o biológico e o cultural, assim como entre a base estritamente natural/neuronal do espírito e sua dimensão histórico-cultural e, portanto, necessariamente política, social, ética e jurídica. E particularmente com relação a esta última - isto é, a concernente ao âmbito do direito -, as investigações procedentes das ciências da vida e da mente (acusadamente das ciências cognitivas e da neurociência) sobre a cognição moral e jurídica já começam, de certa forma, a revolucionar nosso entendimento acerca da natureza do pensamento e da conduta humana, trazendo consigo a promessa de consequências profundas no domínio próprio (ontológico e metodológico) do fenômeno jurídico.

Por exemplo, no que se refere à racionalidade, embora a maioria dos investigadores sustentem uma opinião muito próxima a de David Hume - quem creia que a razão, e especialmente a razão moral, é "a escrava das paixões"-, há certo consenso no sentido de que emoção e razão são processos mentais inseparáveis – começando pela anatomia e fisiologia do próprio cérebro - e que este trabalho conjunto é possível graças à interação das estruturas do cérebro emocional, como a amígdala, com as do cérebro racional, como o córtex pré-frontal, implicada no raciocínio e na tomada de decisões – isto é, de que a cognição sem emoção já não tem razão de ser. Este consenso se baseia em investigações recentes que sugerem que determinadas reações emocionais (como a empatia, a vergonha e a repugnância) influem fortemente em nossos juízos sobre o bem e o mal, o justo e o injusto, e que encaixam bem com as recentes descobertas de que um rudimentar “instinto moral”, uma faculdade moral equipada com propriedades universais da mente humana que restringe o âmbito da variação cultural, que guia inconscientemente nossos juízos de valor e que permite desenvolver uma reduzida gama de sistemas morais concretos.

Agora, o grau em que isso seja possível e o calibre das resistências que encontrará é algo cuja resposta nos chegará quiçá antes do que podemos prever. Até então, a melhor alternativa parece ser a de reconhecer e harmonizar os pontos fortes e débeis dos múltiplos fatores e influências (racionais e emocionais, inatas e adquiridas) que interferem e condicionam nossos processos de decisão, discernindo as situações em que as decisões jurídicas tendem a ser parciais e desenhando estratégias metodológicas reais e factíveis, capazes de aportar um modelo de argumentação jurídica o suficientemente adequado para limitar (racional e objetivamente) a atividade interpretativa, mas sem pretender mascarar ou suprimir a iniludível subjetividade que a caracteriza.

O fato é que, como não parece haver uma instituição humana mais fundamental que a norma jurídica e, no campo do progresso científico, algo mais instigante que o estudo do cérebro, a união destes dois elementos (norma/cérebro) acaba por representar uma combinação naturalmente fascinante e estimulante, uma vez que tanto a norma jurídica como as condutas que procuram regular/controlar procedem de nossos processos mentais. E é precisamente neste contexto que o processo de interpretação e aplicação jurídica (convertido no ponto cardinal da racionalidade jurídica) aparece como um dos poucos mecanismos apto – isto é, com capacidade necessária e suficiente - para por em evidência a natural combinação cérebro/norma.

Apesar disso, esta sedutora e prometedor relação cérebro/direito não pode levar-nos a olvidar que a medida do direito, a própria idéia e essência do direito, é o humano, cuja natureza resulta não somente de uma mescla complicadíssima de genes e de neurônios senão também de experiências, valores, aprendizagens, e influências procedentes de nossa igualmente emaranhada vida pessoal e sócio-cultural. Resulta ingênuo pensar que um conhecimento exaustivo dos correlatos neuronais dos humanos nos proporcione automaticamente uma completa compreensão acerca da complexidade de todas nossas experiências subjetivas, de nossos juízos morais, de nossas condutas ou da própria condição humana.

Ainda que algum dia cheguemos a compreender profundamente nossa natureza, todos os processos neuronais que subjazem à empatia humana, ao altruísmo, ao egoísmo, ao conhecimento, à memória, ao aprendizado, ao livre-arbítrio, ao sentido de justiça, às tomadas de decisão ou à responsabilidade moral, continuará intacta nossa “perspectiva interna”. Apesar do intento das neurociências, na busca das raízes biológicas de nossos juízos morais, em fazer visível a “sede da moral” mediante

procedimentos de neuroimagem, os métodos científico-naturais não bastam por si só para decidir o que é nobre, bom e justo.

Mas uma vez assumida as atuais deficiências e limitações da investigação neurobiológica, os novos conhecimentos relativos à compreensão da natureza humana seguramente permitirá uma melhor compreensão da mente e do cérebro e trarão consigo a possibilidade de cruciais aplicações práticas no âmbito da compreensão do fenômeno jurídico, de sua interpretação e aplicação prático-concreta: constituirão uma oportunidade para refinar nossos valores e juízos ético-jurídicos, assim como estabelecer o reinventar novos parâmetros ontológicos e critérios metodológicos sobre cimentos mais firmes e consistentes.

Poderão, inclusive, ajudar-nos a compreender que a moral e o direito se formulam precisamente a partir de uma posição antropológica e neuronal que põe em jogo uma fenomenologia do atuar humano; que embora as emoções representem um papel fundamental no processo de realização do direito, o juízo ético-jurídico não é completamente emocional e que as emoções com frequência dependem da razão; e que somente situando-se desde o ponto de vista do ser humano e de sua natureza será possível representar o sentido e a função da moral e do direito como unidades de um contexto vital, ético e cultural. Esse contexto estabelece que os seres humanos vivem das representações (ou simulações) e significados que são processados em suas estruturas cerebrais e que, se se borrasse o conjunto de cérebros humanos da face da terra, a moral e o direito desapareceriam ao mesmo tempo.

As normas de conduta (morais ou jurídicas) e teorias jurídicas, sem nossas representações cerebrais, seguiriam plasmadas em livros guardados em estantes de bibliotecas abandonadas. Todas estas obras do gênio humano não teriam já a oportunidade de viver cada vez que uma mirada humana recai sobre elas. A moral e o direito não existem mais que no cérebro do homem ao que vai dirigido e que somente ele é capaz de produzir e compreender. Somente os seres humanos têm direito ou sentido de justiça e bondade, e as têm precisamente em seu cérebro, na forma de representações plasmadas em suas conexões neuronais. Toda nossa conduta, nossa cultura e nossa vida social, tudo quanto fazemos, pensamos e sentimos, depende de nosso cérebro. O cérebro é a sede de nossas idéias e emoções, de nossos temores e esperanças, do prazer e do sofrimento, da linguagem, da memória, da moral, do direito e da personalidade.

Se em algum órgão se manifesta a natureza humana em todo o seu esplendor, é sem dúvida em nosso volumoso cérebro. Daí que nossas valorações resultem determinadas a grandes traços pela tendência inata a determinadas condutas, que pode considerar-se a verdadeira fonte dos valores humanos. E parece importante ter esta circunstância em boa conta, na medida do possível, porque as valorações morais e jurídicas compartilhadas são as que têm mais probabilidades de êxito no contexto de uma existência essencialmente social. E convém aproveitar o melhor delas, muito particularmente, à hora de criar e adequar os preceitos éticos e normativos a sua sólida realidade se queremos que funcionem, mais do que extrair-lhes de voláteis e contingentes ideologias ou utopias.

Assim que um naturalismo moderado nos parece exigível e algo que pode ajudar a superar o atual problema do direito. Desde nosso ponto de vista, entre ciência e direito se dá uma forte continuidade, de tal maneira que as disciplinas científicas e as disciplinas jurídicas devem ter-se em conta mutuamente. A naturalização moderada do conhecimento que ajuda ao conhecimento jurídico, como futuro ideal da filosofia e da ciência do direito, consiste precisamente em ter em conta todos os dados científicos relevantes, posto que são precisamente estes os que nos proporcionam um conhecimento adequado e completo da peculiaridade do ser humano, em forma de uma explicação científica da mente e do cérebro. Qualquer câmbio em nossa maneira de entender o cérebro afeta por força nossa concepção da natureza humana.

Isto implica que para entender-nos completamente temos que tomar em consideração o físico, o psicológico e o sociocultural, a partir de uma perspectiva naturalista ou evolucionista. Para entender a condição humana – e o direito é parte dessa condição e a sua idéia (idéia de direito) é o resultado da idéia do homem – há de compreender ao mesmo tempo os genes, a mente e a cultura, e não por separado a maneira tradicional da ciência e as humanidades: a dinâmica, em conjunto, entre os genes e o entorno é o que constitui e configura o ser humano; e é o cérebro o que nos permite analisar, raciocinar, formular teorias e juízos de valor, interagir com os demais e adaptar-nos a todos os contextos.

Depois de tudo, se é o cérebro que nos permite dispor de um sentido moral, o que nos proporciona as habilidades necessárias para atuar e viver em sociedade, para tomar decisões e solucionar determinados conflitos sociais, e o que serve de base para as discussões e reflexões filosóficas mais sofisticadas sobre direitos, deveres, justiça e moralidade, devemos compreender sua estrutura e funcionamento para poder

compreender o que somos e como atuamos. Por conseguinte, o modo como se cultivem determinados traços de nossa natureza e a forma como se ajustem à realidade configuram naturalmente o grande segredo do fenômeno jurídico e da justiça e, conseqüentemente, para a dimensão essencialmente humana da tarefa de elaborar, interpretar, justificar e aplicar o direito. Enfim, de um direito que há de servir à natureza humana e não ao contrário.

BIBLIOGRAFIA

- Aarnio, A. (1991) *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (C.E.C.).
- Adolphs, R., Tranel, D., & Damasio, A. (1998). The human amygdala in social judgement. *Nature*, 393, 470-474.
- Adolphs, R. et al. (2002). *Emoción y conocimiento. La evolución del cerebro y la inteligencia*. Barcelona, Metatemas.
- Aiello, L. C., & Wheeler, P. (1995). The expensive tissue hypothesis: The brain and the digestive system in human and primate evolution. *Current Anthropology*, 36, 199-221.
- Alexander, R. (1994). *Darwinismo y asuntos humanos*, Barcelona, Salvat.
- ___(1987). *The Biology of Moral Systems*, Nueva York, Aldine de Gruyter.
- ___(1995) A biological interpretation of moral systems. In: THOMPSON, P. (ed.) *Issues in evolutionary ethics*, New York: State Univ. New York Press, p. 179-202.
- Alexy, Robert (1997). *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, C.E.C.
- ___ (1997). *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Madrid, C.E.C.
- ___ (1998). *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara.
- ___(1997). *El concepto y la validez del Derecho*, 2ª. Ed., Barcelona:Gedisa.
- ___(2005). *La institucionalización de la justicia*.Granada: Ed. Comares.
- Alexy, R. & Peczenick,A. (1990). “The concept of coherence and its significance for discursive rationality”, *Ratio Juri*, 1 bis, 3: 130-147.
- Allman, J. M. (2003). *El cerebro en evolución*. Barcelona: Ariel.
- Amaya Navarro, María Amalia (2009). Virtudes judiciales y argumentación : una aproximación a la ética jurídica, México : Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Amodio, D.M. et. al. (2006). Meeting of Minds : The Medial Prefrontal Cortex and Social Cognition, *Nature Reviews Neuroscience*, 7, 268-277.
- Anderson, S. W. et. al. (1999). Impairment of Social and Moral Behavior Related to Early Damage in Human Prefrontal Cortex, *Nature Neuroscience*, 2, 1032-1037.
- Ansermet, F. y Magistretti, P. (2006). *A cada cual su cerebro. Plasticidad neuronal e inconsciente*, Barcelona: Katz Editores
- Arnhart, L. (1998).*Darwinian Natural Right.The biological ethics of human nature*. New York: State University of New York Press.
- Aristóteles (1999). *Ética a Nicómaco*,Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (C.E.P.C.), edición bilingüe.
- ___(1985). *Ética Nicomáquea y Ética Eufemia*. Madrid: Grecos.
- Atienza, M. (1993). *Las razones del derecho.Teorías de la Argumentación Jurídica* , Madrid, C.E.C.
- ___ (2003). *El sentido del Derecho*,Barcelona: Editorial Ariel.
- ___(1997). *Derecho y Argumentación*, Colombia, Universidad Externado de Colombia
- Atran, S. (2001). “A cheater-detection module?Dubious interpretations of the Wason Selection Task and logic”, *Evolution and Cognition* , 7 (2): 187-192.
- Atran, S. (1999). *Folkbiology*, Cambridge: MIT Press
- ___(1990), *Cognitive Foundations of Natural History*. Cambridge: Cambridge University Press.
- ___(1998), “Folk biology and the anthropology of science: Cognitive universals and cultural particulars”, *Behavioral and Brain Science*, 21: 547–611.
- Aubenque, P. (1986). *La prudence chez Aristote*, Paris, PUF.
- Ayala, F.(1987). The biological roots of morality. *Biology and Philosophy*. Netherlands, v. 2, n. 2, p. 235-252
- ___(1999). *La teoría de la evolución*, Madrid, Ediciones Temas de Hoy.
- Axelrod, R. (1996). *La evolución de la cooperación*, Madrid, Alianza Editorial.
- ___ (1981). The Emergence of Cooperation Among Egoists. *The American Political Science Review*, 75, 306-318.

- Axelrod, R., & Hamilton, W. D. (1981). The Evolution of Cooperation. *Science*, 211, 1390-1396.
- Baillargeon, R. (1995). A model of physical reasoning in infancy. In C. Rovee-Collier & L. P. Lipsitt (Eds.), *Advances in infancy research* (pp. 305-371). Norwood, NJ: Ablex.
- Ball, J.A. (1984). Memes as replicators, *Ethology and Sociobiology*, n. 5:145-161.
- Barkow, J. et al. (1992). *The Adapted Mind*, New York, Oxford University Press.
- ___ (1996). "Regras de conduta e conduta da evolução". In Jean-Pierre Changeux (Ed.), *Fundamentos Naturais da Ética* (pp. 83-98). Lisboa: Instituto Piaget.
- Barkow, J. H. (1999), *Evolutionary Psychology as the Infrastructure of Culture and Society* (EPICS). Oxford: Oxford University Press.
- Barkow, J., Cosmides, L. y Tooby, J. (1992), *The Adapted Mind: Evolutionary Psychology and the Generation of Culture*, New York: Oxford University Press.
- Baron-Cohen, S. (1995). *Mindblindness and the Language of the Eyes: An Essay in Evolutionary Psychology*, Cambridge, Mass.: MIT Press.
- ___ et al. (1997). "Is autism an extreme form of the "male brain"?", *Advances in Infancy Research*, 11: 193-217.
- Baron, Frank et al. (1981), "Creativity, Intelligence, and Personality", *Annu. Rev. Psychol.*, 32: 439-76.
- Bartels, A., & Zeki, S. (1999). The theory of multistage integration in the visual brain. *Proceedings of the Royal Society B*, 265, 2327-2332.
- Bartra, R. (2006). *Antropología del cerebro*. Valencia: Pre-textos
- Batson, C.D. et al. (1981). Is Empathic Emotion a Source of Altruistic Motivation? *Journal of Personality and Social Psychology*, 40: 290-302
- Baumeister, R. F., & Leary, M. R. (1995). The need to belong: Desire for interpersonal attachments as a fundamental human motivation. *Psychological Bulletin*, 117, 497-529.
- Beccaria, C.(1997). *De los delitos y de las penas. Con el Comentario de Voltaire*, Madrid, Alianza.
- Bechara, A.; Damasio, H.; Tranel, A.; Damasio, A.(1997) "Deciding Advantageously Before Knowing the Advantageous Strategy". En: *Science*, 275: 1293-1295.
- Bechara A, Damasio H, Damasio AR, Lee GP (1999). Different contributions of the human amygdala and ventromedial prefrontal cortex to decision-making. *J Neuroscience*, 19:5473-81.
- Bekoff, M. y Pierce, J. (2010). *Justicia salvaje. La vida moral de los animales*, Madrid: Turner Noema
- Bennett, M. R. & Hacker, P. M. S. (2005). *Fundamentos filosóficos da neurociência*, Lisboa: Instituto Piaget
- Bertram, B. C. R. (1982). Problems with Altruism. In K. s. C. S. Group (Ed.), *Current Problems in Sociobiology* (pp. 251-267). Cambridge: Cambridge University Press.
- Betti, E. (1955). *Teoria generale del negozio giuridico*, Turín: Giuffrè.
- Biaggio AMB (1999). Universalismo versus relativismo no julgamento moral. *Psicol Refl Crít*,12:5-20.
- ___ (2002). Lawrence Kohlberg: ética e educação moral. São Paulo: Moderna
- Bickerton, D.(1995). *Language and Human Behaviour*. Seattle: University of Washington Press.
- Bieri, P. (2002). *El oficio de ser libre*. Barcelona: Ariel.
- Binmore, K. (1982) . Perfect Equilibria in Bargaining Models (Now published in *The Economics of Bargaining*), edited by K. Binmore and P. Dasgupta, (Basil Blackwell, Oxford
- Bischof-Kohler, D. (1990). "The development of empathy in infants", M.E. Lamb & H. Keller (comps.), *Infant development: Perspectives from German-speaking countries*, Hillsdale, NJ, Erlbaum.
- Bix, Brian (2003). Algunas reflexiones sobre metodología en Teoría del Derecho, *Doxa*, 26: 609-631.

- Blackmore, S. (1999). *The Meme Machine*, R.U. and New York, Oxford University Press.
- Blair, R. J. R. (1995) "A Cognitive Developmental Approach to Morality: Investigation the Psychopath". En: *Cognition*, 57: 1-29.
- Bliss, T. V. P., & Lomo, T. (1973). Long lasting potentiation of synaptic transmission in the dentate area of the anaesthetized rabbit following stimulation of the perforant pathway. *Journal of Physiology*, 232, 331-356.
- Bloom, P. (2010). *How Pleasure Works: The New Science of Why We Like What We Like*. New York: W. W. Norton & Co.
- Boela, Laura (2008). *Neuroetica. La morale prima Della morale*, Milano: Raffaello Cortina Editore
- Bolender, J. (2003). The genealogy of the moral modules, *Minds and machines*, 13: 233-255.
- Bourdieu, P. (1988), La distinción. Criterio y bases sociales del gusto. Madrid: Taurus.
- (1991), El sentido práctico. Madrid: Taurus.
- Boyd, R. & Richerson, P.J. (1985). *Culture and the Evolutionary Process*, Chicago, The University of Chicago Press.
- (1995). *Cultura y cooperación*, Hinde, R. A. y Groebel, J. (Ed.). *Cooperación y conducta prosocial*, Madrid: Visor
- (2001). "Norms and bounded rationality", in *Bounded Rationality: The Adaptive Toolbox*. G. Gigerenzer and R. Selten eds., Cambridge: MIT Press.
- Boyd, R., y Richerson, P.J. (1983), "Why is culture adaptive?", *Quarterly Review of Biology* 58: 209–214.
- (1995), "Why does culture increase human adaptability?", *Ethology and Sociobiology*, 16: 125-143.
- (1996), "Why culture is common but cultural evolution is rare?", *Proceedings of the British Academy* 88: 77-93.
- (2001), "Culture is part of human biology. Why the superorganic concept serves the human sciences badly", In M. Goodman and A. S. Moffat (eds.) *Probing Human Origins*. Cambridge, MA: The American Academy of Arts & Sciences.
- (2005), *The Origin and Evolution of Cultures*. Oxford: Oxford University Press.
- (2006), "Culture and the evolution of the human social instincts", in S. Levinson y N. Enfield, N. (eds.) *Roots of Human Sociality*. Oxford: Berg Publishers.
- Boyd, R. y Silk, J.B. (2004). *Cómo evolucionaron los humanos*. Barcelona. Ariel.
- Boyer, P. (1993). *The Naturalness of Religious Ideas: Outline of a cognitive theory of religion*, Berkeley, California University Press, 1994.
- (1990), *Tradition as Truth and Communication: Cognitive description of traditional discourse*. New York. Cambridge, Cambridge University Press.
- (1992). "Explaining religious ideas: Outline of a cognitive approach", *Numen*, 39: 27-57.
- (2002). "Restricciones cognitivas sobre las representaciones culturales: ontologías naturales e ideas religiosas", Hirschfeld & Gelman (comp.). *Cartografía de la mente*, vol. II.
- Boyer, P. (2001), *Religion Explained: The Evolutionary Roots of Religious Thought*. New York: Basic Books.
- Boyer, P. y Barrett, H. C. (2005), "Domain-specificity and intuitive ontology," in D. M. Buss (ed.), *The Handbook of Evolutionary Psychology*. New Jersey: Wiley, Hoboken.
- Braithwaite, J. & Pettit, Ph. (1990). *Not Just Deserts. A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford, Clarendon Press.
- Bricke, J. (1996) *Mind and Morality: An Examination of Hume's Moral Psychology*. Oxford: Oxford University Press, Clarendon Press.
- Baird, A. A. & Fugelsang, J. A. (2004) The emergence of consequential thought: evidence from neuroscience. *Phil. Trans.R. Soc. Lond. B* 359, 1797–1804.
- Brizendine, L. (2007). *El cerebro femenino*, Madrid : RDA Libros
- (2010). *El cerebro masculino*, Madrid : RDA Libros
- Brockman, J. (Ed.). (2004). *Los próximos cincuenta años. El conocimiento humano en la primera mitad del siglo XXI*, Barcelona: Ed. Kairos

- Brodie, R. (1996). *Virus of the Mind: The New Science of the Meme*, Seattle, WA, Integral Press.
- Brosnan, S., & De Waal, F. (2003). Monkeys reject unequal pay. *Nature*, 425, 297-299.
- Brown, P., Sutikna, T., Morwood, M. J., Soejono, R. P., Jatmiko, Wayhu Saptomo, E., & Awe Due, R. (2004). A new small-bodied hominin from the Late Pleistocene of Flores, Indonesia. *Nature*, 431(7012), 1055-1061.
- Brown, S.L. et. al. (2003). « Providing social support may be more beneficial than receiving it: Results from a prospective study of mortality, *Psychological Science*, 14, 320-327.
- Browne, J. (2007). *La historia de El origen de las especies de Charles Darwin*, Barcelona: Debate.
- Browne, K. (1998). *Divided Labours . An Evolutionary View of Women at Work*, London, Weidenfeld & Nicolson.
- Burgess, R. & MacDonald, K. (Eds.) (2005). *Evolutionary Perspectives on Human Development*. CA: Sage Publications.
- Buss, D. M. (1994) *The Evolution of Desire*. New York: Basic Books.
- _____(1995) "Evolutionary psychology: a new paradigm for psychological science", *Psychological Inquiry* 6(1): 1-30.
- Buss, D. (Ed.) (2005). *The Handbook of Evolutionary Psychology*. NY: John Wiley & Sons.
- Byrne, R. W. & Whiten, A. (1988). *Machiavellian Intelligence: Social Expertise and the Evolution of Intellect in Monkeys, Apes and Humans*, Oxford University Press.
- Cabos Cano, P. L. (2005). *Conexionismo y cognición*, Madrid: Pirámide.
- Calamandrei, P. (1989). *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Milano: Giuffrè Editore
- Calsamiglia, A. (1990). *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel.
- Campbell, D. T. (1994). "How Individual and Face-to-Face-Group Selection Undermine Firm Selection in Organizational Evolution", *Evolutionary Dynamics of Organizations*, J.A.C. Baum & J. V. Singh (eds.), New York, Oxford University Press, 23-38.
- Campbell, D.T. (1974) "Evolutionary Epistemology", en P. Schilpp (comp.), *The Philosophy of Karl Popper. The Library of Living Philosophers*, vol. 14, Open Court, LaSalle, Ill., pp. 413-463.
- Campanini, G. (1965). *Ragione e volontà nella legge*, Milano, Giuffrè.
- Camps, Victoria (ed.) (1999). *Historia de la ética*, Barcelona, Crítica, 3 vols.
- Canaris, Claus-Wilhelm (1998). *El sistema en la jurisprudencia*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado.
- _____(1995). *Función, estructura y falsación de las teoría jurídicas*, Madrid, Civitas.
- Canli, T. et al., (2002) Neuroimaging of emotion and personality: Scientific evidence and ethical considerations, *Brain and Cognition*, 50, 414-431
- Canotilho, J.J. Gomes (1992). *Direito Constitucional*, 5ª. ed., Coimbra, Almedina.
- Carballo, R. (1952). *Cerebro interno y mundo emocional*. Barcelona, Labor.
- Carbonnier, J. (1974). *Derecho Flexible*. Madrid.Tecnos.
- Carlén, M., Meletis, K., Barnabé-Heider, F., & Frisén, J. (2006). Genetic visualization of neurogenesis. *Experimental Cell Research*, 312, 2851-2859.
- Carr, L., Iacoboni, M., Dubeau, M.-C., Mazziotta, J.C., and Lenzi G.L. (2003), "Neural mechanisms of empathy in humans: A relay from neural systems for imitation to limbic areas", *Proc. Natl. Acad. Sci. USA*, 100:5497-5502
- Carter, R. (2002). *El nuevo mapa del cerebro*, Barcelona: RBA Livros SA
- Casebeer, W.D. (2003). "Moral Cognition and Its Neural Constituents", *Nature Reviews Neuroscience*, 4: 840-847.
- ____ & Churchand, P.S.(2003) ."The neural mechanisms of moral cognition: a multiple-aspect approach to moral judgment and decision-making". *Biol. Philosophy*, 18: 169-194.
- ____(2003). *Natural Ethical Facts: Evolution, Connectionism, and Moral Cognition*. Cambridge, MA: MIT Press.
- CastanheiraNeves,A.(1993). *Metodologia Jurídica.Problemas Fundamentais*,Coimbra, Universidade de Coimbra, Coimbra Ed.
- ____ (1995). *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento jurídico, da sua Metodologia e Outros*, I e II, Coimbra, Coimbra Ed.

- ___ (2002). *O Direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget.
- Castro, L. (1992), "Capacidad ética, transmisión cultural y evolución humana", *Arbor* 564: 81-92.
- Castro, L., y Toro, M.A. (1995), "Human evolution and the capacity to categorize", *Journal of Social and Evolutionary Systems* 18: 55-66.
- Castro, L., López-Fanjul, C. y Toro, M.A. (2003), *A la sombra de Darwin: Las aproximaciones evolucionistas al comportamiento humano*. Madrid: Siglo XXI Editores.
- Castro, L., Castro Nogueira, L. y Castro Nogueira M.A. (2008), *¿Quién teme a la naturaleza humana? Homo suadens y el bienestar en la cultura: biología evolutiva, metafísica y ciencias sociales*. Madrid: Tecnos.
- Cavalli-Sforza, L.L. & Feldman, M.W. (1991). *Cultural Transmission and Evolution: A Quantitative Approach*, NJ, Princeton University Press.
- Cavalli Sforza, L.L. (2007). *La evolución de la cultura*. Barcelona: Anagrama.
- Cela Conde, Camilo J. (1985). *De genes, dioses y tiranos. La determinación biológica de la moral*, Madrid, Alianza.
- ___ (1999). "Ética, diversidade e universalismo", in Jean-Pierre Changeux (Ed.), *Uma ética para quantos?*, 59-68, Sao Paulo: Edusc
- ___ (2004). ¿Es posible una antropología filosófica? , *Thémata. Revista de Filosofia*, 33: 87-94.
- Cela Conde, C.J. y Ayala, F. (2006). *La piedra que se volvió palabra. Las claves evolutivas de la humanidad*. Madrid: Alianza.
- Cela Conde, C.J. y Ayala, F. (2001). *Senderos de la evolución humana*. Madrid. Alianza.
- Cela Conde, C. J. & Ayala, F. J. (2007). *Human Evolution. Trails from the Past*, New York: Oxford University Press.
- Cela Conde, C. J., & Marty, G. (1998). El cerebro y el órgano del lenguaje. En Noam Chomsky, *Una aproximación naturalista a la mente y al lenguaje* (pp. 11-65). Barcelona: Prensa Ibérica.
- Cela Conde, C. J., Marty, G., Maestu, F., Ortiz, T., Munar, E., Fernandez, A., Roca, M., Rossello, J., & Quesney, F. (2004). Activation of the prefrontal cortex in the human visual aesthetic perception. *PNAS*, 0401427101.
- Chalmers, D. (1996). *The Conscious Mind*, Oxford, Oxford University Press.
- Changeux, J.P. (1994). *Raison et plaisir*, Paris: Odile Jacob.
- ___ (1996). *Fundamentos naturais da ética*. Lisboa. Instituto Piaget.
- ___ (2004). *The Physiology of Truth : Neuroscience and Human Knowledge*, MA, Harvard University Press
- ___ & Chavaille, J. (eds.) (1995). *Origins of the Human Brain*, Oxford : Clarendon Press
- Changeux, J.P. y Ricouer, P. (1998). *La nature et la règle. Ce qui nous fait penser*. París. Éditions Odile Jacob.
- Cheney, D.L. & Seyfarth, R.M. (1990). "The representation of social relations by monkeys", *Cognition*, 37: 167-196.
- ___ (1990). *How monkeys see the world*, Chicago, University of Chicago Press.
- Cherniak, C. (1986). *Minimal Rationality*, Cambridge, Mass., MIT Press.
- Chomsky, N. (1980). *Rules and Representations*, New York, Columbia University Press.
- ___ (1988). *Language and Problems of Knowledge: The Managua Lectures*, Cambridge, MA, MIT Press.
- ___ (1992). Explaining language use. *Philosophical Topics*, 20, 205-231.
- ___ (1994). Naturalism and dualism in the study of language and mind. *International Journal of Philosophical Studies*, 2, 181-209.
- ___ (1995). Language and Nature. *Mind*, 104, 1-61.
- ___ (1998a). New Horizons in the Study of Language. En N. Chomsky, 1998b, pp. 67-85 (conferencia dada en la Universitat de les Illes Balears el 21 de enero 1997).
- ___ (1998b). *Una aproximación naturalista a la mente y al lenguaje*. Edición preparada y comentada por G. Marty y C.J. Cela Conde. Barcelona: Prensa Ibérica.

- Chomsky, N. e Foucault, M. (2006). *La naturaleza humana: justicia versus poder*. Buenos Aires: Katz
- Churchland, P. S. (1993). "Eliminative Materialism and the Propositional Attitudes", in Alvin I. Goldman (comp.), *Readings in Philosophy and Cognitive Science*, Cambridge, Mass., MIT Press.
- ___ (1986). *Neurophilosophy*. Cambridge MA: MIT Press.
- ___ (1989). *Neurophilosophy. Towards a Unified Science of the Mind-brain*. NY: Bradford Book
- ___ (1989). *A Neurocomputational Perspective*, Cambridge, Mass., MIT Press.
- Cialdini, R.B. et al. (1997). « Reinterpreting the Emphathy- Altruism Relationship : When One into One Equals Oneness ». *Journal of Personality and Social Psychology*, 73:481-494.
- Cyrulnik, B. (2006). *De chair at d'âme*, Paris: Éditions Odile Jacob
- Clark, T.W. (2003) Against retribution, *The Human Nature Review*, v. 3, pp. 466-479
- Clark, A. (1989). *Microcognition. Philosophy, Cognitive Science, and Parallel Distributed Processing*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press.
- ___ (1990). Connectionist Mind, *Proceedings of the Aristotelian Society*, v. XC, pp.83-102
- Clayton, S. D. e Lerner, M. J. (1995). Complicaciones y complejidades en la búsqueda de la justicia, R. A. Hinde e J. Groebel (Ed.), *Cooperación y conducta prosocial*, Madrid: Visor.
- Cohen, J. (1986). *The Dialogue of Reason*, Oxford, Clarendon Press.
- Cohen, R. (1972). Altruism: Human, Cultural, or what? *Journal of Social Issues*, 28: 39-57
- Collier, J. & STIGL, M. Evolutionary naturalism and the objectivity of morality. In: THOMPSON, P. (ed.) *Issues in evolutionary ethics*, New York: State Univ. New York Press, 1995, p.409-429.
- Cortina, Adela (2007). Neurociencia y ética, *El País*, publicado en 19/12/2007
- Cortina, Adela (2010). Neuroética: ¿Las bases cerebrales de una ética universal con relevancia política?, ISEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política, n. 42, enero-junio, 2010, 129-148
- Cosmides, L. (1989). "The logic of social exchange: has natural selection shaped how humans reason? Studies with the Wason selection task", *Cognition* 31: 187-276.
- Cosmides, L. & Tooby, J. (1992). "Cognitive Adaptations for Social Exchange", in Jerome H. Barkow, Leda Cosmides & John Tooby (Eds.), *The Adapted Mind. Evolutionary Psychology and the Generation of Culture*, New York, Oxford: Oxford University Press.
- ___ (1994). "Origins of domain-specificity: The evolution of functional organization", in Hirschfield, L.A. e Gelman, S.A., *Mapping the Mind*, Cambridge, MA, Cambridge University Press, 85-116.
- ___ (1989). "Evolutionary Psychology and the Generation of Culture", II: "Case Study: A Computational Theory of Social Exchange", *Ethology and Sociobiology*, 10, 51-97.
- ___ (2000). Evolutionary psychology and the emotions. In M. Lewis & J. M. Haviland-Jones (Eds.), *Handbook of emotions* (2nd ed., pp. 3-134). New York: Guilford Press.
- (1992), "The psychological foundations of culture", in J. Barkow, et. al., *The Adapted Mind: Evolutionary Psychology and the Generation of Culture*. New York: Oxford University Press, pp. 19-136.
- (1994), "Evolutionary psychology. A premier". Este texto puede ser consultado en la web del Centre for Evolutionary Psychology, de la Universidad de California, <http://www.psych.ucsb.edu/research/cep/primer.html>
- Cosmides, L. et al. (2004). «Does morality have a biological basis ? ». *The Royal Society*. London.
- Cotta, S. (1981). *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Milano: Giuffrè.
- Cowan, M. W. (1979). The development of the brain. *Scientific American*, 241, 113-133.
- Crick, F. (2003). *La búsqueda científica del alma*. Barcelona: Debate.
- Crick, F., & Koch, C. (1990). Towards a Neurobiological Theory of Consciousness. *Seminars in the neurosciences*, 2, 263-275.
- Csikszentmihalyi, M. (2008). *El yo evolutivo*, Barcelona: Editorial Kairós

- Curry, Oliver (2005). A Change of Mind? Putting Evolutionary Psychology to the Test, Book Review of *Adapting Minds: Evolutionary Psychology and the Persistent Quest for Human Nature*, by David J. Buller, 435 *Nature* 425.May 26.
- Cushman, F., Young, L., and Hauser, M. (2006). The Role of Conscious Reasoning and Intuition in Moral Judgment, *Psychological Science*, 17, n. 12.
- D'Agostino (1993). *Filosofía del derecho*, Turín, Ed. Orecchia.
- ___ (2008). *Darwinismo e problemi de giustizia*, Milano: Giuffrè Editore
- Damasio, A. R. (1994). *Descartes' Error. Emotion, Reason, and the Human Brain*. New York, NY: G.P. Putnam's Sons.
- ___, (2001). Compreender os fundamentos naturais das convenções sociais e da ética, dados neuronais. In Jean-Pierre Changeux (Ed.), *Fundamentos Naturais da Ética* (pp. 113-129). Lisboa: Instituto Piaget.
- ___ (2005). *En busca de Spinoza*. Barcelona: Crítica.
- ___ (2010). *Y el cerebro creó al hombre*, Barcelona: Ediciones Destino
- Damasio, H., Grabowski, T., Frank, R., Galaburda, A. M., & Damasio, A. R. (1994). The Return of the Phineas Gage: Clues About the Brain from the Skull of a Famous Patient. *Science*, 264, 1102-1105.
- Davidson, R.J. (1998). Affective style and affective disorders: Perspectivas from affective neuroscience. *Cognition and Emotion*, 12, 307-330.
- Davidson, R.J. & Fox, N.A. (1989). Frontal brain asymmetry predicts infant's response to maternal separation, *Journal of Abnormal Psychology*, 98, 127-131.
- Darwin, C. (1998). *El origen de las especies*, Madrid, Espasa-Calpe.
- ___ (1987). *El origen del hombre*, Madrid, Edaf.
- ___ (1999). *Autobiografía y cartas escogidas*, Madrid, Alianza.
- ___ (1965). *The Expression of the Emotions in Man and Animals*. Chicago: University Chicago Press.
- ___ (1981). *The Descent of Man, and Selection in Relation to Sex*. Princeton: Princeton University Press.
- Dawkins, R. (1994). *El gen egoísta*, Barcelona, Salvat.
- ___ (2009). *El espejismo de Dios*, Barcelona: Espasa-Calpe.
- ___ (2009). *Evolución*, Madrid: Espasa
- Dewey, John (1965). *The Influence of Darwin on Philosophy*, Bloomington: Indiana University Press.
- Deacon, T. (1997). *The Symbolic Species*. New York, NY: W.W. Norton & Company.
- Deacon, T. W. (1996). Prefrontal cortex and symbol learning: Why a brain capable of language evolved only once. In B. M. Velichkovsky & D. M. Rumbaugh (Eds.), *Communicating Meaning: The Evolution and Development of Language* (pp. 103-138). Mahwah, NJ: Lawrence Erlbaum.
- Dehaene, S. (1997). *The Number Sense: How the Mind Creates Mathematics*, New York: Oxford University Press
- Dehaene, S., Spelke, E., Pinel, P., Stanescu, R., & Tsivkin, S. (1999). Sources of Mathematical Thinking: Behavioral and Brain-Imaging Evidence. *Science*, 284, 970-974.
- Dennett, D. C. (1979). *True Believers: The Intentional Strategy and Why It Works*.
- ___ (1987). *The Intentional Stance*. Cambridge, MA: Bradford Books.
- ___ (1995). *Darwin's Dangerous Idea: Evolution and the Meaning of Life*, New York, Simon and Schuster.
- ___ (1996). *Contenido y conciencia*, Barcelona, Gedisa.
- ___ (1997). *Kinds of Mind: Towards an Understanding of Consciousness*, London: Weidenfeld & Nicholson.
- ___ (1998). *La actitud intencional*, Barcelona, Gedisa.
- ___ (2000). *La libertad de acción*, Barcelona, Gedisa.
- ___ (2000). *Tipos de mentes. Hacia una comprensión de la conciencia*, Madrid, Debate.
- ___ (2003). *Freedom evolves*. Cambridge, MA: Viking Penguin.
- ___ (2003). The self as a responding and responsible artifact. *Ann. New York Acad. Sci.*, 1001, 39-50.

- ___(2006). *Quebrando o encanto*. SP: Ed. Globo.
- ___(2005). *Sweet dreams.Philosophical obstacles to a science of consciousness*, Cambridge: MIT Press
- De Waal, F. B. M. (2004). Evolutionary Ethics, Aggression, and Violence: Lessons from Primate Research. *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 32, 18-23.
- ___(2001). *The Ape and the Sushi Master*.New York, Basic Books.
- ___(1993). *La política de los chimpancés*. Madrid. Alianza Editorial.
- ___(1996). *Good natured. The Origins of right and wrong in humans and other animals*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- ___(2007). *El mono que llevamos dentro*. Barcelona:Tusquets.
- ___(2006). *Primates and Philosophers*, NJ: Princeton University Press
- ___(2009). *The Age of Empathy*, New York: Harmony Books
- Denton, D. (2009).*El despertar de la consciencia. La neurociencia de las emociones primarias*, Barcelona: Paidós
- Diamond, J.(1997). *Guns, Germs and Steel*, London, Cape
- Diosdado, C. et al (2010). *Neurofilosofía.Perspectivas contemporáneas*.México: Editorial Thémata/ Plaza y Valdés
- Di Francesco, M. et al. (2011). *Neurofilosofía*, Milano: Mandatori Bruno
- Di Francesco, M. (2007). Neurofilosofía, naturalismo e statuto dei giudizi morali, *Etica & Politica / Ethics & Politics*, IX, 2007, 2, pp. 126-143
- Doménech, Antoni (1989). *De la ética a la política. De la razón erótica a la razón inerte*, Barcelona, Crítica.
- ___ (1998). Ocho desiderata metodológicos de las teorías sociales normativas. *Isegoría*, 18, 115- 141.
- ___ (1997). “Racionalidad económica, racionalidad biológica y racionalidad epistémica. La filosofía del conocimiento como filosofía normativa”, in Manuel Cruz (coord.), *Acción humana*, Barcelona, Ariel.
- ___(2002). “Algunos enigmas de la racionalidad económica”. En J. E. García-Albea (ed.), *Llenguatge, Ciència i Societat, homenaje a Noam Chomsky*, Tarragona, Universitat Rovira i Virgili.
- ___(2008). Derecho, derecho natural y tradición republicana, *Revista Sin permiso*, n. 4, p. 33-44
- Donald, M. (1999). *Origens do pensamento moderno*, Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel.
- ___ (1986).*L'impero del diritto*. Milán: Il Saggiatore.
- ___(1993). *Ética privada e igualitarismo político*, Barcelona, Paidós.
- ___(2000). *Sovereign Virtue: the theory and practice of equality*, Cambridge,MA, Harvard University Press.
- ___(2007). *La justicia con toga*, Madrid. Marcial Pons
- Duchaine, B., Cosmides, L., & Tooby, J. (2001). Evolutionary psychology and the brain. *Current Opinion in Neurobiology*, 11, 225-230.
- Duffy, J. E. (1996). Eusociality in a Coral-Reef Shrimp. *Nature*, 381, 512-514.
- Dugatkin, L. A. (2007). *Qué es el altruismo. La búsqueda científica del origen de la generosidad*, Madrid: Katz Editores
- Dunbar, R. (1996). *Grooming, Gossip and the Evolution of Language*, London, Faber and Faber.
- ___(1999).*El miedo a la ciencia*, Madrid: Alianza.
- ___(2004). *The Human Story. A New History of Mankind's Evolution*. UK: Faber and Faber.
- ___ et al. (2002). *Human Evolutionary Psychology*, Princeton: Palgrave, Basingstoke & Princeton University Press.
- Dunn, J. (1988). Trust-political agency. D. Gambetta (Ed.), *Trust*, Oxford: Blackwell
- Dupoux, E., Pallier, C., Kakehi, K., & Mehler, J. (2001). New evidence for prelexical phonological processing in word recognition. *Language and Cognitive Processing*, 16, 491-505.
- Dupré, J. (2006). *El legado de Darwin: qué significa la evolución hoy*, Buenos Aires: Katz.

- Dussel, E. (2002). *Ética da libertação*. Rio de Janeiro. Ed. Vozes.
- Eccles, J. C. (1992). *La evolución del cerebro: creación de la conciencia*. Barcelona: Labor
- Eco, Umberto e Martini, C.M.(2000). *Em que crêem os que não crêem?*, Rio de Janeiro, Record.
- Edelman, G. M. (2003). Naturalizing consciousness: A theoretical framework. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 9, 5520-5524.
- _____(1987). *Neural Darwinism: The Theory of Neuronal Group Selection*, NY: Basic Books
- _____(1989). *The Remembered Present: A Biological Theory of Consciousness*, NY: Basic Books
- Edelman, G.M. et al. (2000). *A Universe of Consciousness*, New York, Basic Books.
- Eibl-Eibesfeldt, I. (1995). "The evolution of familiarity and its consequences." *Futura*, 10(4), 253-264.
- Ekman, P. (1973). "Cross-cultural studies of facial expression", P. Ekman (comp.), *Darwin and facial expression: A century of research in review*, New York, Academic Press.
- Elster, J. (2001). *Sobre las pasiones. Emoción, adicción y conducta humana*, Barcelona: Paidós
- _____(2002). *Alquimias de la mente. La racionalidad y las emociones*, Barcelona: Paidós
- Erdal, D. & Whiten, A. (1996). "Egalitarianism and Machiavellian intelligence in human evolution". Mellars, P. & Gibson, K., eds. *Modelling the Early Human Mind*. McDonald Institute Monographs, Cambridge: 136-160.
- Esser, Josef (1983). *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individualizzazione de diritto*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane.
- _____(1961). *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Barcelona, Bosch.
- Estany, A. (2005). *Filosofía de las ciencias naturales, sociales y matemáticas*, Madrid: Ed. Trotta
- _____(1999). *Vida, muerte y resurrección de la conciencia: Análisis filosófico de las revoluciones científicas en la psicología contemporánea*, Barcelona: Paidós.
- Etcheverry, J. B. y Serna, P. (Eds.) (2010). *El caballo de Troya del positivismo jurídico*, Granada: Ed. Comares
- Evers, K. (2011). *Neuroética*, Barcelona: Katz Editores.
- Feeney, J. y Noller, P. (2001). *Apego adulto*, Bilbao: Desclée
- Fehr, E., & Gächter, S. (2002). Altruistic punishment in humans. *Nature*, 415, 137-140.
- Fehr, E. & Schmidt, K. M. (1999). A Theory of fairness, competition, and cooperation, *Quarterly Journal of Economics*, n. 144, pp. 817-868
- Ferrajoli, L. (1966). "Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa", in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XLIII, 1, 290-304.
- Ferrara, F. e Andrade, M. (1978). *Interpretação e aplicação das leis*, Coimbra: Armenio Amado.
- Ferraris, M. (1988). *Storia dell'ermeneutica*, Milano, Bompiani.
- Ferry, L. & Vicent, J-D. (2000). *Qu'est-ce que l'homme? Sur les fondamentaux de la biologie et de la philosophie*. Paris: Odile Jacob
- Festinger, L. (1975). *Teoría de la Disonancia cognoscitiva*, Madrid, C.E.C.
- Feyerabend, P. K. (1992): *Tratado contra el método*, Madrid, Tecnos .
- Finnis, J. (1980). *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Clarendon Press.
- Firth, R. (1952). *Elements of Social Organization*, London: Watts and Co.
- Fiske, A. P. (1993). *Structures of Social Life. The Four Elementary Forms of Human Relations*, New York: The Free Press.
- Fischer, R. (1990). Why the Mind is not in the Head but in the Society's Connectionist Network. *Diogenes*, 151, 1-24.
- Fodor, J. (1983). *The Modularity of Mind*, Cambridge, MA, MIT Press.
- Foley, R. (2003). *Os humanos antes da humanidade. Uma perspectiva evolucionista*, São Paulo: Ed. Unesp.
- _____(1993) *Apenas mais uma espécie única*. São Paulo: EDUSP
- Foot, P. (2001). *Natural Goodness*. Oxford: Oxford University Press.

- Fox, R.(1989). *The Search for Society: Quest for a Biosocial Science and Morality*, Rutgers University Press, New Brunswick.
- Frank, R.H. (1988). *Passions with Reasons: The Strategic Role of the Emotions*, NY: Norton
- Frankfurt, H. (1971). "Freedom of the Will and the Concept of a Person", *Journal of Philosophy*. 45: 18-25.
- ___(2004). *The Reasons of Love*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press
- ___(2006). *On Bullshit. Sobre la manipulación de la verdad*, Barcelona: Paidós
- ___(2007). *Sobre la verdad*, Barcelona: Paidós.
- ___(2006). *La importancia de lo que nos preocupa*, Madrid: Autor-Editor
- Fridlund, A.J.(1991). "Evolution and facial action in reflex, social motive and paralanguage, *Biological Psychology*, 32: 3-100.
- Fried, M. S. (1999). "The Evolution of Legal Concepts: The Memetic Perspective", *Jurimetrics J.*, 39:291.
- Frith, U. y Blakemore, S. (2007). *Como aprende el cerebro: las claves para la educación*, Barcelona: Ariel.
- Gadamer, (1997), Hans-Georg, *Verdad y metodo*, Salamanca, Ed. Sígueme, 2 vols..
- ___(2000). *El problema de la conciencia histórica*, Madrid, Tecnos.
- ___(1981). *La razón en la época de la ciencia*, Barcelona, Alfa.
- Gallagher, H.L. et al. (2003). Functional Imaging of « Theory of Mind », *Trends In Cognitive Sciences*, 7, 77-83.
- Galef, B.G. (1988), "Imitation in animals: History, definitions, and interpretations from the psychological laboratory", in T. Zentall and B.G. Galef (eds.) *Social Learning: Psychological and Biological Approaches*. Lawrence Erlbaum Assoc.
- (1992), "The question of animal culture", *Human Nature* 3: 157-178.
- Gallese, V, Fadiga, L, Rizzolatti, G, (1996), Action recognition in premotor cortex, *Brain*, **119**, 593-609.
- Gambetta, D. (1988). Can we trust trust?, D. Gambetta (Ed.), *Trust*, Oxford:Blackwell
- García Enterría, E. y Menéndez Menéndez, A.(1997). *El Derecho, la Ley y el Juez.Dos estudios*, Madrid, Civitas.
- García-Porrero, J. A. (1999).*Genes, cultura y mente*. Santander. Universidad de Cantabria.
- Gardner, H.(1993). *Frames of Mind: The Theory of Multiple Intelligences*, New York, Basic Books, 2ª. ed.
- ___ (1987)*La nueva ciencia de la mente.Historia de la revolución cognitiva*.Barcelona:Paidos.
- Garpenstrand, H., Longato-Stadler, E., Klinteberg, B., Grigorenko, E., Damberg, M., Orelund, L., & Hallman, J. (2002a). Low platelet monoamine oxidase activity in Swedish imprisoned criminal offenders. *Eur Neuropsychopharmacol*, 12, 135-140.
- Garpenstrand, H., Norton, N., Damberg, M., Rylander, G., Forslund, K., Mattila-Evenden, M., J.P., G., Ekblom, J., Orelund, L., Bergman, H., Owen, M. J., & Jonsson, E. G. (2002b). A regulatory monoamine oxidase a promoter polymorphism and personality traits. *Neuropsychobiology*, 46, 190-193.
- Garfield, J. (ed.) (1989). *Modularity in Knowledge Representation and Natural Language Understanding*, Cambridge, MA, MIT Press.
- Gargarella, R. (1999). *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Barcelona, Paidós.
- Garland,B. (2004). *Neuroscience and the Law.Brain, Mind, and the Scales of Justice*.New York, AAAS, Dana Press.
- ___ & Glimcher, P.W. (2006). Cognitive Neuroscience and the Law, *Current Opinion in Neurobiology*, 16: 130-134
- Garz, D., F. Oser, & W. Althof (Eds.) (1999).*The Context of Morality*. Frankfurt: M. Suhrkamp.
- Garzón Valdés, E. (Coord.) (1993). *Derecho y Filosofía*, México, Fontamara.
- ___ et al. (Coord.).(1996). *El derecho y la justicia*.Madrid. Trotta.
- Gauthier, D. (2000). *La moral por acuerdo*. Barcelona. Gedisa.
- Gazzaniga, M.S. (1998). *Cuestiones de la mente*. Barcelona. Herder.
- ___(1993). *El cerebro social*. Madrid: alianza.

- ___ (1998). *The Mind's Past*. California. California University Press.
- ___ (1989). "Organization of the Human Brain", *Science*, 947: 245.
- ___ (2005). *The Ethical Brain*. New York: Dana Press.
- ___ (1992). *Nature's Mind*, New York, Basic Books
- ___ (2010). *¿Qué nos hace humanos?: La explicación científica de nuestra singularidad como especie*, Barcelona: Paidós
- Gazzaniga, M. S. et al. (2002). *The Biology of the Mind*, 2nd. Edition, NY: W.W. Norton & Company, Inc.
- Gazzaniga, M., & Heatherton, T. (2005). *Ciência psicológica: Mente cérebro e comportamento*. Porto Alegre, RS: ArtMed.
- Geary, D. C. (2008). *El origen de la mente. Evolución del cerebro, cognición e inteligencia*, México: Manual Moderno
- Geertz, C. (1973). *The Interpretation of Cultures*, New York, Basic Books
- Gelman, R. (1990). "First principles organize attention to and learning about relevant data: Number and the animate-inanimate distinction as examples", *Cognitive Science*, 14: 76-109.
- Gianformaggio, L. (1986). *Ética e diritto*, Roma-Bari, Laterza.
- Giansante, S. (2004). "La teoria della razionalità limitata applicata alle scelte economico-giuridiche nell'ottica delle scienze cognitive", *i-lex Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza Artificiale*. Revista quadrimestrale on-line: www.i-lex.it, n. 1.
- Gibbard, A. (1990). *Wise Choices, Apt Feelings*, Oxford, Clarendon Press.
- Gigerenzer, G. & Todd, P.M. (1999) *Simple heuristics that make us smart*. New York: Oxford University Press.
- ___ (2001). The adaptive toolbox: toward a Darwinian rationality. *Nebr Symp Motiv*, 48:113-43.
- Gilbert, D. (2006). *Tropezar con la felicidad*, Barcelona: Destino.
- Gilissen, J. (1979). *Introdução histórica ao Direito*, Lisboa, FCG.
- Giner, S. (1979). *Sociedad de Masa: crítica del pensamiento conservador*, Barcelona, Península.
- Golan, T. (2004). *Law of men and Laws of Nature. The History of Scientific Expert Testimony in England and America*, Cambridge: Harvard University Press
- Goldberg, E. (2002). *El cerebro ejecutivo*. Barcelona. Crítica.
- ___ (2006). *La paradoja de la sabiduría*. Barcelona: Crítica.
- Goldman, A. (1996). *Epistemology and Cognition*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- ___ (1993). *Philosophical Applications of Cognitive Science*, Boulder, Colorado, Westview Press.
- Gómez-Heras, J.M.G. (2000). *Ética y hermenéutica. Ensayo sobre la construcción moral del "mundo de la vida" cotidiana*, Madrid, Biblioteca Nueva
- Gómez, J. C. (2007). *El desarrollo de la mente en los simios, los monos y los niños*, Madrid: Morata
- Gopnik, A. (2010). *El filósofo entre pañales*, Madrid: Planeta
- Goodman, N. (1965). *Fact, Fiction and Forecast*, Indiana, Boobs-Merrill.
- Goodenough, O. R. (1997) Biology, behavior, and criminal law: seeking a responsible approach to an inevitable interchange. *Vermont Law Rev.* 22, 263–294.
- Goodenough, O. R. (2004) Responsibility and punishment: whose mind? A response. *Phil. Trans. R. Soc. Lond. B* 359, 1805–1809.
- ___ et al. (2004). *Law and the brain*. UK. The Royal Society.
- Goodenough, O. & Prehn, K. (2005). Un modello neurocientífico del giudizio normativo del diritto e nella giustizia, In *i-lex Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza Artificiale*, Revista quadrimestrale on-line: www.i-lex.it, Gennaio, numero 2.
- Gould, S. J. (1999). *Darwin e os grandes enigmas da vida*. São Paulo: Martins Fontes
- Gray, J. (2003). *Perros de paja. Reflexiones sobre los humanos y otros animales*, Barcelona: Paidós

- Grattan, L. M. & Eslinger, P.J. (1992). Long-term Psychological Consequences of Childhood Frontal Lobe Lesion in Patient DT, *Brain Cogn.*, 20, 185-195
- Greene, J. D., Sommerville, R. B., Nystrom, L. E., Darley, J. M., & Cohen, J. D. (2001). An fMRI Investigation of Emotional Engagement in Moral Judgment. *Science*, 293, 2105-2108.
- Greene, J. et al. (2002). How (and there) does moral judgement work?. *Trends in Cognitive Sciences*, 6 (12):517-523.

- Greene, J.D.; Nystrom, L.E.; Engell, A.D.; Darley, J.M.; Cohen, J.D. (2004) "The Neural Bases of Cognitive Conflict and Control in Moral Judgment". En: *Neuron*, 44: 389-400.
- Greene, J. et al. (2005). Saving lives versus keeping promises: an fMRI investigation of consequentialist and deontological moral judgment. Program n° 12.7. *Abstract Viewer/Itinerary Planner*. Washington, DC: Society for Neuroscience.
- Greene, J. & Cohen, J. (2004). "For the law, neuroscience changes nothing and everything." *Philos Trans R Soc Lond B Biol Sci* **359**, 1775-85 .
- Greene J. (2008). The secret joke of Kant's soul. In: Sinnott-Armstrong W, editor. *The neuroscience of morality: emotion, brain disorders and development*. Cambridge: MIT Press, Moral psychology, 3: 35-80
- Greenfield, S. (ed.) (2007). *El poder del cerebro. Cómo funciona y qué puede hacer la mente humana*, Barcelona: Critica
- Gregory, R. L. (1981). *Mind in Science: A History of Explanations in Psychology and Physics*, London, Weidenfeld & Nicolson.
- _____(1995). *Diccionario Oxford de la mente*, Madrid: Alianza Editorial
- Grimaltos, T. , Pancho, J., Moya, C. et. al. (2005). *La naturalización de la filosofía: problemas y límites*, Madrid: Pre-textos.
- Grondin, J. (1999). *Introducción a la hermenéutica filosófica*, Barcelona, Herder.
- Gruter, M. (1991). *Law and the Mind*, London : Sage.
- Guariglia, O. (1997). *La Ética en Aristóteles o la moral de la Virtud*, Buenos Aires, Eudeba.
- Grünbaum, A. (1984). *The Foundations of Psychoanalysis: A Philosophical Critique*. California: University of California Press.
- Gütz, W., Schmittberger, R., & Schwarze, B. (1982). An Experimental Analysis of Ultimatum Bargaining. *Journal of Economic Behavior and Organization*, 3, 367-388.
- Haba, E.P., *Metodología (realista) del Derecho*, Montevideo:FCU, 2008
- Häberle, P.(2003). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson.
- Häberle,P.(2004). "Die Menschenwürde als Grundlage der Staatlichen Gemeinschaft", in ISENSEE, J.; KIRCHHOF (Edit.), *Handbuch des Staatsrechts*, 3ª. Ed., vol. II, Heidelberg, C.F. Müller, p. 317-367
- Habermas, J. (1991). *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Barcelona, Paidós.
- _____(1992). *Morale- Diritto- Politica*, Torino, Einaudi.
- _____(1996). *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milán: Guerini e Associati.
- _____(1996). *La inclusión del otro*, Barcelona: Paidós.
- _____(2006). *Entre naturalismo y religión*. Barcelona: Paidós.
- Haidt, J. (2001) "The Emotional Dog and its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment". En: *Psychological Review*, 108: 814-834. (2003) "The Moral Emotions". En: *Handbook of affective sciences* (eds. R. J. Davidson; K. R. Scherer; H. H. Goldsmith). Oxford: Oxford University Press, 852-870.
- Haidt, J. & Joseph, C. (2004) "Intuitive Ethics: How Innately Prepared Intuitions Generate Culturally Variable Virtues". En: *Daedalus*, 133: 55-66.
- Haidt, J. (2006). *The Happiness Hypothesis*, New York, Basic Books.
- _____(2001). The emotional dog and its rational tail: a social intuitionist approach to moral judgement. *Psychol Rev* 2001;108:814-34.
- Haidt J, Koller SH, Dias MG. (1993). Affect, culture, and morality or is it wrong to eat your dog? *J Pers Soc Psychol*, 65:613-28.
- Haidt, J. Rapporteur, Susanne Baer, Leda Cosmides, Richard A. Epstein, Wolfgang Fikentscher, Eric J. Johnson, Jeffrey J. Rachlinski, Clara Sattler de Sousa e Brito, and Indra Spiecker genannt Döhmann. (2006). *Group Report: What Is the Role of Heuristics in Making Law*, 11, 25.
- Hamilton, W. D. (1964). The Genetical Evolution of Social Behavior. *Journal of Theoretical Biology*, 7, 1-52.

- Hare, R. M. (1979). What Makes Choices Rational? *Review of Metaphysics*, 32, 623-637.
- ___(1999) Ordenando la ética. Una clasificación de las teorías éticas. Barcelona: Ariel.
- Harris, Judith R.(1999).*Diga-me com quem anda...*Rio de Janeiro:Objetiva.
- Harris, S. (2007). *El fin de la fe*, Barcelona: Paradigma
- Hart, H. L. A.(1998). *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- Hartung, J.(1995). “Love thy neighbour: the evolution of in-group morality”, *Skeptic*, vol. 3, 4: 86-99.
- Hauser, M. (2008). *La mente moral. Cómo la naturaleza ha desarrollado nuestro sentido del bien y del mal*, Barcelona: Paidós
- Hauser, M.(2006). The liver and the moral organ Social Cognitive and Affective Neuroscience Advance Access published October 20, 2006
- ___(2002). *Mentes salvajes.¿qué piensan los animals?*, Barcelona:Granica
- ___(2009). The possibility of impossible cultures, *Nature*, 460: 190-196, 9/7/2009
- Hauser, M. & Singer, P. (2006), “Morality without religion”, *Free Inquiry*, 26: 1, 18-19.
- Hauser, M. et al. (2007). A Dissociation Between Moral Judgments and Justifications, *Mind & Language*, Vol. 22 No. 1 February 2007, pp. 1–21.
- Hawkins, J. y Blakeslee (2005). *Sobre la inteligencia*, Pazuelo de Alarcón: Espasa-Calpe.
- Hebb, D. (1949). *The organization of behavior*. New York: Wiley.
- Heekeren, H. R., Marrett, S., Bandettini, P. A., & Ungerleider, L. G. (2004). A general mechanism for perceptual decision-making in the human brain. *Nature*, 431(7010), 859-862.
- Heekeren, H. R., Marrett, S., Bandettini, P. A., & Ungerleider, L. G. (2004). A general mechanism for perceptual decision-making in the human brain. *Nature*, 431(7010), 859-862.
- Heberlein, A. *et al.*, (2004) Impaired spontaneous anthropomorphizing despite intact perception and social knowledge. *PNAS*, 101, 7487-7491
- Heider, F. & Simmer, M (1944) An experimental study of apparent behaviour. *American Journal of Psychology*, 57, 243-259
- Heiner, R. (1985). Decision making under uncertainty: The case of state-dependent preferences. *Journal of Economic Behavior & Organization*, Edi Karni, Harvard University Press, Cambridge, pp. 321-323
- Henrich, J. et al. (2005).“Economic man” in cross-cultural perspective: Behavioral experiments, *Behavioral and Brain Sciences*, 28, 795–855.
- Henrich, J. y McElreath, R. (2003), “The evolution of cultural evolution”, *Evolutionary Anthropology* 12: 123-135.
- (2007), “Dual inheritance theory. The evolution of human cultural capacities and cultural evolution”, in R. Dunbar y L. Barrett (eds.) *Oxford Handbook of Evolutionary Psychology*. Oxford: Oxford University Press.
- Hinde, R. , Groebel, J. et al. (1995). *Cooperación y conducta prosocial*. Madrid: Visor
- Hirschfeld, L. A. (2002). *Cartografía de la mente*. 2 vols. Barcelona:Gedisa.
- Hirschfeld, L.A. & Gelman, S. A. (comps.)(1994). *Mapping the Mind: Domain specificity in cognition and culture*, New York, Cambridge University Press.
- Holland, J. *et al.* (1986). *Induction: Processes of Inference, Learning, and Discovery*, Cambridge, Mass., MIT Press.
- Hoffman, M.L. (1977). “Empathy, its development and social implications”, C.B. Keasy (comp.), *Nebraska Symposium on Motivation*, Lincoln, University of Nebraska Press, 25: 169-217.
- ___(1984). “Empathy, Social Cognition, and Moral Action”, **in** W. Kurtines e J. Gerwitz (eds.), *Moral Behavior and Development: Advances in Theory, Research, and Applications*, New York, John Wiley and Sons.
- ___(2000).*Empathy and Moral Development: Implications for Caring And Justice*. New York, Cambridge University Press.
- Hudson, W. D. (1983) *Modern Moral Philosophy* (2da. Ed.). Oxford: Macmillan Education.
- Hume, D. (1977). *Tratado de la naturaleza humana*. 2 vol., Madrid: Ed. Nacional.
- ___(1968). *Investigación sobre los principios de la moral*. Madrid: Aguilar.

- __(1990). *Disertación sobre las pasiones y otros ensayos morales*. Barcelona: Anthropos.
- Humphrey, N. K. (1976). The social function of intellect. In P. P. G. Bateson & R. A. Hinde (Eds.), *Growing Points in Ethology* (En R. Byrne y A. Whiten (eds.) (1988), *Machiavellian Intelligence*, pp. 13-26 ed., pp. 303-317). Cambridge: Cambridge University Press.
- __(1993). *La mirada interior*, Madrid, Alianza.
- Iacoboni, M. (2009). *Las neuronas espejo. Empatía, neuropolítica, autismo, imitación o de cómo entendemos a los otros*, Madrid: Katz Editores
- Ingold, T. (2001). La evolución de la sociedad. En *Evolución: sociedad, ciencia y universo*. Barcelona: Tusquets
- Young L, Camprodon JA, Hauser M, Pascual-Leone A, Saxe R (2010) Disruption of the right temporoparietal junction with transcranial magnetic stimulation reduces the role of beliefs in moral judgments, *Proc Natl Acad Sci USA*, doi: 10.1073/pnas.0914826107
- Young, L. et al. (2007). The neural basis of the interaction between theory of mind and moral judgment *PNAS* , vol. 104 , no. 20 , 8235–8240
- Jaeger, W. (1970). *Paidea* , México, FCE.
- __(1997). *Aristóteles, bases para la historia de su desarrollo intelectual*, México, FCE.
- James, W. (1950). *The principles of psychology* (Vols. 1-2). New York: Henry Holt. (Original work published 1890)
- Jeannerod, M. (2005). *Le cerveau intime*, Paris: Ed. Odile Jacob
- __(2004). *A natureza da mente*, Lisboa: Instituto Piaget
- Jensen, E. (2004). *Cerebro y aprendizaje: competencias e implicaciones educativas*, Madrid: Marcea.
- Jessell, T. M., & Sanes, J. R. (2000). Development: The decade of the developing brain. *Current Opinion in Neurobiology*, 10(5), 599-611.
- Johnson, S. (2006). *La mente de par en par: nuestro cerebro y la neurociencia en la vida cotidiana*. Madrid: Turner
- Johnson, Mark, (1996) How Moral Psychology Changes Moral Theory, in May, L, Friedman, M, Clark, A, *Mind and Morals*, MIT Press.
- Johnston, M. V. (2004). Clinical disorders of brain plasticity. *Brain Development*, 26, 73-80.
- Jones, E. G. (2000). Neuroscience in the Modern Era. *Neuroscience Newsletter*, 31, 5-11.
- Jones, O. D. (1994). "Law and evolutionary biology: obstacles and opportunities". *Journal of Contemporary Health Law and Policy*. Vol. 10: 265-283.
- __(2001). "Time-Shifted Rationality and the Law of Law's Leverage: Behavioral Economics Meets Behavioral Biology", *Nw. U. L. Rev.*, 1141-95.
- __(2004) Law, evolution and the brain: applications and open questions. *Phil. Trans. R. Soc. Lond. B* 359, 1697–1707.
- __(2007) "Law, Responsibility, and the Brain" by Dean Mobbs, Hakwan Lau, Owen Jones and Christopher Frith, -- *PLOS Biology* 5(4), 693-700.
- __(2006), "Behavioral Genetics and Crime, in Context" . *Law and Contemporary Problems*, Vol. 69, pp. 81-100.
- __(2005). "The Causation Equation: Summers on Science" . *Cardozo Women's Law Journal*, Vol. 11, pp. 577-580.
- Jones, O. & Goldsmith, T. H. (2004). "Law and Behavioral Biology": *Columbia Law Review*, vol. 105: 405-502.
- Joyce, R. Darwinian ethics and error. *Biology and philosophy*, Netherlands, v. 15, n.5, p. 713 – 732, 2000.
- Kagan, J. (1984). *The Nature of the Child*, Basic Books, New York.
- __(1998). *Three Seductive Ideas*, Cambridge (Mass.) and London, Harvard University Press.
- __(1994). *Galen's prophecy: Temperament in human nature*, New York: Pantheon
- __(2003). Biology, contest, and developmental inquiry. *Annual Review of Psychology*, 54: 1-23.
- Kahneman, D. et al. (1982). *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*, Cambridge, Cambridge University Press.

- Kandel, E. R. (2007). *En busca de la memoria. El nacimiento de una nueva ciencia de la mente*, Buenos Aires: Katz Editores
- _____(2000). Cellular mechanisms of learning and the biological basis of individuality. In E. R. Kandel, J. H. Schwartz, & T. M. Jessell (Eds.), *Principles of Neural Sciences* (pp. 1247-1279). New York: McGraw-Hill.
- _____(2001). The molecular biology of memory storage: A dialog between genes and synapses. *Bioscience Reports*, 21(5), 565-611.
- Kahneman D, Tversky A.(1984). Choices, values, and frames. *Am Psychol* 39:341-50.
- Kaye, D.H. Behavioral (2006). Genetics research and criminal DNA databases. 69 *Law & Contemp. Probs.* 259-299
- Kanwisher, N. (2006). What's in a Face?, *Science*, 311, 617-618
- Karmiloff-Smith, A. (1994). *Más allá de la modularidad*, Madrid. Alianza.
- Karmiloff-Smith, A., Plunkett, K., Johnson, M. H., Elman, J. L., & Bates, E. A. (1998). What does it mean to claim something is innate? Response to Clark, Harris, Lightfoot and Samuels. *Mind and Language*, 13(4), 588-597.
- Katz, L. C., & Shatz, C. J. (1996). Synaptic activity and the construction of cortical circuits. *Science*, 274, 1133-1138.
- Kaufmann, Arthur(1998). *La Filosofía del Derecho en la Posmodernidad*, Santafé de Bogotá, Temis.
- _____(1994). *Negativer Utilitarismus. Ein Versuch ubre das bonum commune*, Manchen, Bayerische Akademie der Wissenschaften.
- _____(1999). *Rechtspolosophie*, München: C.H. Beck Verlagsbuch-handlung.
- _____(2000) *Derecho, Moral e historicidad*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons.
- _____(2000). *Las razones del derecho natural*, Buenos Aires, Depalma, 2000.
- Kaufmann,A. e Hassemmer,W. (2002). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito contemporâneas*, Lisboa, Fund. Calouste Gulbenkian.
- Kelsen, H. (1997). *¿Qué es la Justicia?*, México, Fontamara.
- _____(1984). *Teoria Pura do Direito*, Coimbra: Almedina
- Kennedy, D. (2010). *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, Madrid: Siglo Veintiuno Editores
- Kenny, A.(2000). *La metafísica de la mente*, Barcelona: Paidós.
- Keil, F. (1981). " Constraints on Knowledge and cognitive development", *Psychological Review*, 88(3): 197-227.
- Keil, F. (1981). " Constraints on Knowledge and cognitive development", *Psychological Review*, 88(3): 197-227.
- Keysers, C., Kohler, E., Umiltà M.A. Fogassi L., Nanetti L. and Gallese V. (2003). Audio-visual mirror neurones and action recognition. *Exp. Brain Res.*, 153: 628-636.
- Keysers C., Gallese V, Rizzolatti G (2004), A unifying view of the basis of social cognition, Trends in Cognitive Sciences 8: 396-403.
- Kiehl, K. A. et al. (2004). Temporal Lobe Abnormalities in Semantic Processing by Criminal Psychopaths as Revealed by Functional Magnetic Resonance Imaging, *Psychiatry Res.*, 130, 27-42
- Kymlicka, W. (1995). *Filosofía política contemporánea. Una introducción*, Barcelona, Ariel.
- Koenigs, M., Young, L., Adolphs, R., Tranel, D., Cushman, F., Hauser, M. and Damasio, A. (2007). "Damage to the prefrontal cortex increases utilitarian moral judgements.", *Nature* Advance online publication 21 March 2007. doi:10.1038/nature05631.
- Kohlberg, L. et al.. (2002). *La educación moral*. Barcelona. Gedisa.
- Kolb, B. (2002). *Cerebro y conducta:una introducción*, Madrid: MaGraw- Hill/ Interamericana de España SA
- Komblith, H. (1994). *Naturalizing Epistemology*, Cambridge: MIT Press
- Korsgaard, C. (2000). *Las fuentes de la normatividad*, México:UNAM
- Kotch, L. E., & Sulik, K. K. (1992). Experimental fetal alcohol syndrome: Proposed pathogenic basis for a variety of associated facial and brain anomalies. *American Journal of Medical Genetics*, 44, 168-176.

- Krebs, D. L. (2006). The nature of altruism: Ultimate determinants and proximate mechanisms. *Psychological Inquiry*, 17, 48-50.
- Krebs, D. L. & Climenhage, L. J. (2005). The nature and nurture of morality. *Evolutionary Psychology*, 3, 133-141.
- Krebs, D. L. (2005). The evolution of morality. In D. Buss (Ed.) *The Handbook of Evolutionary Psychology*, (pp. 747-771). John Wiley & Sons.
- Krebs, D. L. (2005). An evolutionary reconceptualization of Kohlberg's model of moral development. In R. Burgess & K. MacDonald (Eds.) *Evolutionary Perspectives on Human Development*, (pp. 243-274). CA: Sage Publications.
- Krebs, D. L. & Janicki, M. (2004). Biological foundations of moral norms. In M. Schaller & C. Crandall (Eds.) *Psychological Foundations of Culture*, (pp. 125-148). Mahwah, NJ: Erlbaum.
- Kuhn, T. S.(1993). *La estructura de las revoluciones científicas*, México,FCE.
- Kuklin, B. H. (2004) Evolution, politics and law. *Valparaiso University Law Review* 38, 1129–1248.
- Lai, C. S. L., Fisher, S. E., Hurst, J. A., Vargha-Khadem, F. & Monaco, A. P. (2001). 'A forkhead-domain gene is mutated in a severe speech and language disorder'. *Nature*, 413: 519-523.
- Lai, C. S. L., Gerrelli, D., Monaco, A. P., Fisher, S. E. & Copp, A. J. (2003). 'FOXP2 expression during brain development coincides with adult sites of pathology in a severe speech and language disorder'. *Brain*, 126: 2455-2462.
- Laland, K.N. & Brown G. R. (2002).*Sense & nonsense.Evolutionary perspectives on human behaviour*, New York, Oxford University Press.
- Lametti, D. R., & Mattar, A. A. G. (2006). Mirror neurons and the lateralization of human language. *The Journal of Neuroscience*, 26, 6666-6667.
- Lamprecht, R., & LeDoux, J. (2004). Structural plasticity and memory. *Nature Neuroscience Reviews*, 5, 45-53.
- Lanzetta, J. T. et al. (1989). « Expectations of Cooperation and Competition an Their Effects on Observers´ Vicarious Emotional Responses”, *Journal of Personality and Social Psychology*, 56: 543-554.
- Larenz, K.(1994). *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel.
- Larsen, R. y Buss, D.M. (2005). *Psicología de la personalidad: dominios del conocimiento sobre la naturaleza humana*, Mexico: McGraw-Hill/ Interamericana de Mexico.
- Latour, B. (2005), *Reassembling the Social. An Introduction to Actor-Network Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- Leakey, L. S. B., Tobias, P. V., & Napier, J. R. (1964). A New Species of the Genus *Homo* from Olduvai. *Nature*, 202, 7-9.
- LeDoux, J.(1998). *O cérebro emocional: os misteriosos alicerces da vida emcional*. Rio de Janeiro:Objetiva.
- ___ (2002). *Synaptic self: How our brains become who we are*. New York: Viking.
- ___ et al. (2003). The Self from Soul to Brain, *Annals of New York Academy of Sciences*, 1001.
- Lehrer, K.(1990). *Metamind* , Oxford, Clarendon Press.
- Leiter, Brian (2002). “Naturalism in Legal Philosophy”, in E. N. Zalta (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <http://plato.stanford.edu> (2002 edition).
- ___ (1998). “Realism, Hard Positivism, and Conceptual Analysis”, *Legal Theory*, 4 : 533-547.
- ___ (1997). “Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence”, *Texas Law Review* 76 : 267-315.
- Lent, R. (2001).*Cem bilhões de neurônios*. Rio de Janeiro: Atheneu Ed.
- Leonardo, E. D., & Hen, R. (2006). Genetics of affective and anxiety disorders. *Annual Review of Psychology*, 57, 117-137.
- Lesch, L.P. et al. (1996). Association of anxiety-related traits with a polymorphism in the serotonin transporter gene regulatory region, *Science*, 274: 1527-1531

- Lesch, L.P. *et al.* (1997). The 5-HT transporter gen-linked polymorphic region (5-HTTLPR) in evolutionary perspective: alternative biallelic variation in rhesus monkeys”, *Journal of Neural Transmission*, 104: 1259-1266.
- Leslie, A.M. (1987), “Pretense and representation: The origins of ‘theory of mind’,” *Psychological Review* 94: 412-426.
- Lewis, M., & Brooks-Gunn, J. (1979). *Social cognition and the acquisition of self*. New York: Plenum.
- Lewontin, R. C. (1990). The Evolution of Cognition. In D. N. Osherson & E. E. Smith (Eds.), *Thinking* (pp. 229-246). Cambridge, MA: M.I.T.
- Linden, D. (2010). *El cerebro accidental. La evolución de la mente y el origen de los sentimientos*, Barcelona: Paidós.
- Llinás, R.R. (2003). *El cerebro y el mito del yo*, Barcelona: Belacqua
- Llinás, R. y Churchland (Comp.) (2006). *El continuum mente-cerebro. Procesos sensoriales*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia
- Lordkipanidze *et al.* (2005). “The earliest toothless hominin skull”, *Nature*, 434: 717-718.
- Lykken, D. *et al.* (1996). Happiness is a stochastic phenomenon. *Psychological Science*, 7: 186-189.
- Lyons, D. (1998). *Aspectos morales de la teoría jurídica. Ensayos sobre la ley, la justicia y la responsabilidad política*, Barcelona, Gedisa.
- ___ (1986). *Ética y Derecho*, Barcelona, Ariel.
- ___ (1987). “Substance, Process and Outcome in Constitutional Theory”, 72 , *Cornell Law Review*, 745.
- López Moreno, A. (1999). “La idea de ‘mezcla adecuada’ en el proceso de aplicación e interpretación del derecho”, *Teoría y práctica en la aplicación e interpretación del Derecho*, Madrid, Colex.
- López Moratalla, M. (2007). *La dinámica de la evolución humana. Más con menos*, Pamplona: EUNSA
- Lorenz, K. (1963). *Das sogenannte Böse: Zur Naturgeschichte der Aggression*. Viena: Borotha-Schoeler.
- Lu, R. B., Lin, W. W., Lee, J. F., Ko, H. C., & Shih, J. C. (2003). Neither antisocial personality disorder nor antisocial alcoholism is associated with the MAO-A gene in Han Chinese males. *Alcohol Clin Exp Res*, 27, 889-893.
- Luo, Q. *et al.* (2006). The neural basis of implicit moral attitude—An IAT study using event-related fMRI, *NeuroImage* 30 (2006) 1449 – 1457
- Luhmann, N. (2006). *El derecho en la sociedad*, Barcelona: Herder.
- Lumsden, C. J., & Wilson, E. O. (1981). *Genes, Mind and Culture: The Coevolutionary Process*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Lumsden, C. J., & Wilson, E. O. (1983). *Promethean Fire. Reflections on the Origin of Mind*. Harvard, MA: Harvard University Press.
- Langleben, D. *et al.* (2002) Brain activity during simulated deception: An event-related functional magnetic resonance study, *NeuroImage*, 15, 727-732
- Lucretius (2005) Does Neuroscience Refute Free Will? <http://www.mises.org/story/1943>, Posted on 10/20/2005
- Marcus, G. (2005). *El nacimiento de la mente*. Barcelona: Ariel
- ___ (2010). *Kluge. La azarosa construcción de la mente humana*. Barcelona: Ariel
- McCloskey, M. (1983) Naive theories of motion. In D. Gentner and A. L. Stevens, Eds., *Mental Models*. Hillsdale, NJ: Erlbaum, pp 299-324
- Maccormick, N. (1978). *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press.
- ___ (1990). *Derecho legal y socialdemocracia. Ensayos sobre filosofía jurídica y política*, Madrid, Tecnos.
- ___ (1996). “The Concept of Law and ‘The Concept of Law’”, R. P. George (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press.
- Maccormick, N. & Weinberger, O. (1990). *Il diritto come istituzione*, Milano, Giuffrè.
- McGinn, C. (1991). *The Problem of Consciousness*, Oxford, Blackwell.
- ___ (1993). “In and Out of the Mind”, *London Review of Books*, pp. 30-31, 2.12.

- McNeilly, A. S. et al. (1983). Release of oxytocine and prolactin response to suckling, *British Medical Journal*, 286: 257-259
- MacIntyre, A. (2001). *Tras la virtud*, Barcelona, Crítica.
- (2001). *Justicia y racionalidad*. Madrid: Eiunsa
- Madrid, A. (2010). *La política y la justicia del sufrimiento*, Barcelona: Trotta
- Maestú Unturbe, F. et al. (2007). *Neuroimagen. Técnicas y procesos cognitivos*, Barcelona: Elsevier Masson
- Mariansky, A.. & Turner, J. (1992). *The Social Cage: Human Nature and the Evolution of Society*, Stanford, Stanford University Press.
- Maffettone, S. & Veca, S.(1998). *L'idea di giustizia da Platone a Rawls*, Roma-Bari, Laterza.
- Malem, J. et al. (Comp.).(2003). *La función judicial*. Barcelona. Gedisa.
- Mameli, M. (2004). The role of emotions in ecological and practical rationality. In D. Evans and P. Cruse (eds.), *Emotion, Evolution and Rationality*, Oxford University Press, pp. 158-178.
- Margolis, H. (1987). *Patterns, thinking, and cognition*, Chicago: University Chicago Press.
- Mariansky, A.. & Turner, J. (1992). *The Social Cage: Human Nature and the Evolution of Society*, Stanford, Stanford University Press.
- Markson, L., & Bloom, O. (1997). Evidence against a dedicated system for word learning in children. *Nature*, 385, 813-815.
- Maroney, Terry A. (2006). "Law and Emotion: A Proposed Taxonomy of an Emerging Field" . *Law and Human Behavior*, Vol. 30, pp. 119-142.
- Maroney, Terry A. (2006). "Emotional Competence, Rational Understanding, and the Criminal Defendant". *American Criminal Law Review*, Vol. 43,p.135.
- Martín-Loeches, M. (2008). *La mente del "Homo sapiens". El cerebro y la evolución humana*, Madrid: Aguilar
- Martínez Zorrilla, D. (2008). *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid: Marcial Pons
- Marty, G., Cela Conde, C. J., Munar, E., Rosselló, J., Roca, M., & Escudero, J. T. (2003). Dimensiones factoriales de la experiencia estética. *Psicothema*, 14, 478-483.
- Maturana, H. (2002). *Emoções e linguagem na educação e na política*, Belo Horizonte: Ed. UFMG.
- Maturana, H. y Varela, F.G. (1985).*El Árbol del Conocimiento: Las bases biológicas del entendimiento humano*». Editorial Universitaria, Santiago.
- Matsuzaki, M., Honkura, N., Ellis-Davies, G. C. R., & Kasai, H. (2004). Structural basis of long-term potentiation in single dendritic spines. *Nature*, 429, 761-766.
- Matus, A. (2000). Actin-based plasticity in dendritic spines. *Science*, 290, 754-758.
- Maynard Smith, J. (1996). "Evolution-natural and artificial", in M.A. Boden, *The Philosophy of Artificial Life*, Oxford , Oxford University Press.
- (1976). Evolution and the Theory of Games. *American Scientist*, 64, 41-55.
- (1982). *Evolution and the Theory of Games*, Cambridge, Cambridge University Press.
- (1998). *Shaping Life. Genes, Embryos and Evolution*, London, Weidenfeld & Nicolson.
- et al. (1995). *The Major Transitions of Evolution*, Oxford, Freeman/Spektrum.
- Mayr, E. (1998). *Así es la Biología*, Madrid, Debate.
- Mazzoni, G. (2010). *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*, Madrid: Trotta
- Mead, G. H. (1934). *Mind, self and society from the standpoint of a social behaviorist*. Chicago: University Press of Chicago.
- Meltzoff, A. N., & Moore, M. K. (1994). Imitation, memory and the representation of persons. *Infant Behavior and Development*, 17, 83-99.
- Mercader, J., Panger, M., & Boesch, C. (2002). Excavation of a Chimpanzee Stone Tool Site in the African Rainforest. *Science*, 296, 1452-1455.
- Michelman, F.(1988). "Law's Republic", *The Yale Law Journal*, vol. 97, 8: 1.493-1.538.
- Midgley, M. (2002). *Delfines, sexo y utopías. Doce ensayos para sacar a filosofía a la calle*, Madrid/México: Turner/FCE

- Mikhail, J. M. (2007) Rawls' Linguistic Analogy: A Study of the 'Generative Grammar'. *Rawls' linguistic analogy*. New York: Cambridge University Press
- Mikhail, J. M.; Sorrentino, C.; Spelke, E. (2002) Aspects of the Theory of Moral Cognition: Investigating Intuitive Knowledge of the Prohibition of Intentional Battery, the Rescue 13 Principle, the First Principle of Practical Reason, and the Principle of Double Effect. Manuscrito inédito, Stanford, CA: Stanford University.
- Miller, E.K. (2000). The Prefrontal Cortex and Cognitive Control, *Nature Reviews Neuroscience*, 1, 59-65
- Millikan, R.(1984). *Language, Thought and Other Biological Categories*, Cambridge, Mass., MIT Press.
- ___ (1993). *White Queen Psychology and Other Essays for Alice*, Cambridge, Mass., MIT Press.
- Missana, E. (2000). *L'etica nel pensiero contemporaneo*, Torino, Paravia.
- Mithen, S. (1996). *The Prehistory of the Mind. A search for the origins of art, religion and science*, London, Thames and Hudson.
- Moenssens, A.A. (2002). Brain Fingerprinting: Can it be used to detect the innocence of persons charged with crime?, *UMKC Law Reviews*, 70, 891-920
- Moffett, S. (2006). *El enigma del cerebro. Los secretos del cerebro y la mente humana*. Barcelona:Troppo
- Mool, J. et al. (2002). Functional networks in emotional moral and nonmoral social judgements. *NeuroImage*,16: 696-703.
- Mool, J. et al. (2003). Morals and the human brain: a working model, *NeuroReport*,14(3): 299-305.
- Mool, J. et al. (2002). The neural correlates of moral sensitivity: A fMRI investigation of basic and moral emotions. *The Journal of Neuroscience*,22(7): 2730-2736.
- Moore, G.E.(1982). *Principia Ethica*, Barcelona, Laia.
- Mora, F.(2005).*El reloj de la sabiduría*, Madrid:Alianza.
- ___(2005). *Esplendores y miserias del cerebro*, Madrid: FSCH
- ___ et al. (2004). *Diccionario de Neurociencia*, Madrid: Alianza
- Morgado, I. (2007). *Emociones e inteligencia social. Las claves para una alianza entre los sentimientos y la razón*. Barcelona:Ariel
- ___(2005). *Psicobiología: de los genes a la cognición y el comportamiento*, Barcelona: Ariel
- Morin, E. (2005).*El paradigma perdido.Ensayo de bioantropología*. Barcelona:Kairós.
- Morin, E. et Cyrulnik (2000).*Dialogue sur la nature humaine*.Paris : Éditions de l'Aube, La Tour d'Aigues.
- Morris, D. (2006). *El mono desnudo*, Barcelona : Debolsillo
- ___(2006). *La naturaleza de la felicidad*, Barcelona : Planeta.
- ___(2005). *Psicobiología: de los genes a la cognición y el comportamiento*, Barcelona: Ariel
- Morse, S.J.(2004). New Neuroscience, old problems, Garland,B. (2004). *Neuroscience and the Law.Brain, Mind, and the Scales of Justice*. New York: Dana Press, pp. 157-198
- ___(2006).Addiction, genetics, and criminal responsibility. 69.Law & Contemp. Probs. 165-207.
- Mosterín, J. (2006). *La naturaleza humana*. Madrid: Espasa-Calpe.
- ___(1987). *Racionalidad y acción humana*,Madrid, Alianza.
- Muguerza, J. (1977). *La razón sin esperanza*. Madrid: Taurus
- ___ (1998). *Ética, disenso y derechos humanos*, Madrid, Argés.
- Muguerza, J. y Cerezo, P. (eds.) (2000). *La filosofía hoy*, Barcelona, Crítica.
- Muller-Oerlinghausen, B., Roggenbach, J., & Franke, L. (2004). Serotonergic platelet markers of suicidal behavior —do they really exist? *J Affect Disord.*, 79, 13-24.
- Myers, G.(1990). *Writting Biology: Texts in the Social Construction of Scientific Knowledge*, Madison, University of Winsconsin Press.
- Mundó, J. (2005). "Integración causal en la explicación científica: ciencia social con y sin psicología", *Ludus Vitalis*, vol. XIII, num. 24, pp. 29-54.
- Nagel, T.(1998). *A última palavra*. São Paulo: UNESP

- (1985). *Mortal questions*. Cambridge: Cambridge Univ. Press
- (1996). *Igualdad y parcialidad. Bases éticas de la teoría política*, Barcelona: Paidós.
- Nature neuroscience (2003), (Editorial) Does neuroscience threaten human values?, *Nature neuroscience*, 1 (7), 535-536
- Navarro, P. E. (1993). “Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho”. *Doxa*, n. 14.
- Neumann, F. (1983). *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacionalsocialismo*, México, FCE.
- Newton-Smith, W.H.(1981). *The rationality of Science*, London, Routledge & Kegan Paul.
- Nino, C. (1983). *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires: Astrea.
- (1992). *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires: Emecé.
- Nisbett, R.(1980). *Human Inference*, Englewood Cleffs, NJ, Prentice Hall.
- Nita A. Farahany and James E. Coleman, Jr., Special Editors.(2006). The Impact of Behavioral Genetics on the Criminal Law. 69 *Law & Contemp. Probs.*1-365
- Norman, D.A. (2004). *El diseño emocional*. Barcelona:Paidós.
- Nowak, M. A., & Sigmund, K. (1998). Evolution of indirect reciprocity by image scoring. *Nature*, 393, 573-577.
- Novak & Gowin. (1984). *Learning how to lear*. New York: Cambridge University Press.
- Nozick, R.(1990). *Anarquía, Estado y utopía*, México, FCE.
- (1981). *Philosophical explanations*, Cambridge, Mass., Harvard University press.
- (1992). *Meditaciones sobre la vida*, Barcelona, Gedisa.
- (1995). *La naturaleza de la racionalidad*, Barcelona, Paidós.
- Nunney, L. (1998). “Are We Selfish, Are We Nice, ou Are We Nice Because We Are Selfish?”, *Science*, 281: 1619-1621.
- Nussbaum, Martha C. (2004). *Hiding from Humanity. Disgust, Shame, and the Law*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- (1986). *The fragility of Goodness*, Cambridge: Cambridge University Press
- (2008). *Paisajes del pensamiento. La inteligencia de las emociones*, Barcelona: Paidós
- (1995). *Justicia poética*, Bogotá: Andres Bello
- O’Hara, E. A. (2004) How neuroscience might advance the law. *Phil. Trans. R. Soc. Lond. B* 359, 1677–1684.
- Ó Scalaidhe, S. P., Wilson, F. A. W., & Goldman-Rakic, P. S. (1997). Areal Segregation of Face-Processing Neurons in Prefrontal Cortex. *Science*, 278, 1135-1138.
- Oliva, A. D. (2004). A noção de estado inicial e concepções de desenvolvimento: Problemas e necessidade de definições empíricas dos termos. In M. L. Seidl de Moura (Ed.), *O bebê do século XXI e a psicologia em desenvolvimento* (pp. 61-110). São Paulo, SP: Casa do Psicólogo.
- Oliva, A. D., Otta, E., Ribeiro, F. L., Bussab, V. S., Lopes, F., Yamamoto, M. E., et al. (2006). Razão, emoção e ação em cena: A mente humana sob um olhar evolucionista. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, 22(1), 53-62.
- Ortega y Gasset, J. (1999). *¿Qué es filosofía?*, Madrid, Austral.
- O’Riain, M. J., Jarvis, J. U. M., & Faulkes, C. G. (1996). A Dispersive Morph in the Naked Mole-Rat. *Nature*, 380, 619-621.
- Ovejero, F. et al. (2004). *Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y libertad*. Barcelona:Paidós.
- Padilla Gálvez (Ed.) (2009). *Igualdad en el derecho y la moral*, Madrid: Plaza y Valdez Editores
- Palmer, R. E. (1997). *Hermenêutica*, Lisboa, Edições 70.
- Palombella, G. (1996). *Filosofía del Derecho*. Madrid. Tecnos.
- Palomo, T., Kostrzewa, R. M., Beninger, R. J., & Archer, T. (2004). Gene-environment interplay in alcoholism and other substance abuse disorders: expressions of heritability and factors influencing vulnerability. *Neurotox Res.*, 6, 343-362.
- Panksepp, J. (1998). *Affective Neuroscience. The Foundations of Human and Animal Emotions*, New York: Oxford University Press.
- Parfit, D. (1998). “Equality and Priority”, in A. Mason (comp.) , *Ideals of Equality*, Oxford, Blackwell Publishers.

- Patterson, D.M. (ed.) (1992). *Wittgenstein and Legal Theory*, Boulder-San Francisco-Oxford, Westview Press.
- Peczenik, A. (2000). *Derecho y razón*. México, Fontamara.
- Penrose, R. (1989). *The Emperor's New Mind: Concerning Computers, Minds, and the Laws of Physics*, Oxford: Oxford University Press
- ___ (1994). *Shadows of the Mind: A Search for the Missing Science of Consciousness*, Oxford: Oxford University Press.
- Perelman, Ch. (1996). *Ética e Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 1996.
- ___ (1988). *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1988.
- ___ (1991). *La giustizia*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1991.
- Perelman, Ch. et Olbrechts-Tyteca, L. (1988). *Traité de l'argumentation*, Bruxelles, ed. de l'Université de Bruxelles.
- Pérez Lledó, Juan A. (1996). *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid : Tecnos
- Pérez Luño, Antonio-Enrique (1994). *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel.
- ___ (1999). *Teoría del Derecho: una concepción jurídica de la experiencia*. Madrid: Tecnos
- Perna, Giampaolo (2004). *La emozioni della mente*, Milano: Ed. San Paolo, s.r.l.
- Petersen, M., Sell, A., Tooby, J., and Cosmides, L. (2010) Evolutionary Psychology and Criminal Justice: A Recalibrational Theory of Punishment and Reconciliation, *Human Morality & Sociality: Evolutionary & Comparative Perspectives*, Henrik Høgh-Olesen (Ed.), Palgrave MacMillan, New York.
- Pettit, P. (1999). *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, Paidós.
- ___ (2006). *Una teoría de la libertad*, Madrid: Ed. Losada
- Phelps EA, Banaji MR. Animal models of human attitudes: integration across, behavioral, cognitive, and social neuroscience (2006). In: Cacioppo JT, Visser PS, Pickett CL , editors. *Social neuroscience: people thinking about thinking people*. Cambridge: MIT Press, p. 229-43.
- Pinker, S. (1994). *The Language Instinct*, New York, William Morrow & Co.
- ___ (1999). "The Blank Slate, the Noble Savage, and the Ghost in the Machine", *The Tanner Lecture on Human Values*, Utah University, Salt Lake City, Utah.
- ___ (2000). *Cómo funciona la mente*, Barcelona, Destino.
- ___ (2002). *The Blank Slate*, New York, The Penguin Group.
- Pocock, J.G.A. (1985). *Virtue, Commerce and History*, Cambridge: Cambridge University Press.
- ___ (2002). *El momento maquiavélico: el pensamiento político florentino y la tradición republicana atlántica*, Madrid: Tecnos.
- Popper, K. R. (1962). *La lógica del descubrimiento científico*, Madrid, Tecnos.
- Premack, D. & Premack, A.J. (2002). "La creencia moral: forma versus contenido", Hirschfeld & Gelman (comp.). *Cartografía de la mente*, vol. I.
- Premack, David & Woodruff, Guy (1978). "Does the Chimpanzee Have a Theory of Mind?", *Behavioral & Brain Science*, 1:515.
- Prinz, J. (2007) *The Emotional Construction of Morals*. Oxford: Oxford University Press
- ___ (2006) "The Emotional Basis of Moral Judgment". En: *Philosophical Explanation*, 9: 29-
- Priest, S. (1994). *Teorías y filosofías de la mente*, Madrid, Catedra.
- Puigpelat Martí, F. (1994). *Funciones y justificación de la opinión dominante en el discurso jurídico*, Barcelona, Bosch, 1994.
- Putnam, H. (1962). *Philosophical Papers, III: Realism and Reason*, Cambridge, Cambridge University Press.
- ___ (1990). *Representación y realidad*, Barcelona, Gedisa.
- ___ (1998). "Information and the Mental", in Ernest LePore (comp.), *Truth and Interpretation*, Oxford, Blackwell, 1986.
- Quartz, S. R., & Sejnowski, T. J. (1997). The neural basis of cognitive development: A constructivist manifesto. *Behavioral and Brain Sciences*, 20, 537-596.

- Queller, D. C., Zacchi, F., Cervo, R., Turillazzi, S., Henshaw, M. T., Santorelli, L. A., & Strassmann, J. E. (2000). Unrelated helpers in a social insect. *Nature*, 405, 784-787.
- Quine, W.O. (1962). *Desde un punto de vista lógico*, Barcelona, Ariel.
- (1969). “Epistemology Naturalized,” in *Ontological Relativity and Other Essays* (New York: Columbia University)
- Radbruch, G. (1992). *Filosofia do Direito*, Coimbra, Armênio Amado.
- (1992). *Relativismo y Derecho*. Bogotá: Temis
- Raine, A. (2002). Biosocial studies of antisocial and violent behavior in children and adults: a review. *J Abnorm Child Psychol.*, 30, 311-326.
- (1993). *The Psychopathology of Crime: Criminal Behaviour as a Clinical Disorder*, San Diego: Academic Press
- Rayner, R. J., Moon, B. P., & Masters, J. C. (1993). The Makapansgat australopithecine environment. *Journal of Human Evolution*, 24, 219-231.
- Ramachandran, V.S. (2000). “Mirror Neurons and Imitation Learning as the Driving Force Behind ‘The Great Leap forward’ in human evolution”, *Third Edge*. <<http://www.edge.org>>.
- (2004). *A brief tour of consciousness*. New York: Pi Press.
- (2008). *Los laberintos del cerebro*, Barcelona: La Liebre de Marzo
- Ramachandran, V.S. & Blakeslee, S.(2002). *Fantasmas no cérebro*. Rio de Janeiro: Record.
- Rapoport, J. L., & Gogtay, N. (2008). Brain neuroplasticity in health, hyperactive and psychotic children: Insights from neuroimaging. *Neuropsychopharmacology*, 33(1), 181-197.
- Ratey, J.J. (2002). *El cerebro: manual de instrucciones*, Barcelona: Mondadori
- Rauschen, F. (1997). How a kantian can accept evolutionary metaethics. *Biology and Philosophy*, Netherlands, v. 12, n. 3, p. 303-326
- Rawls, J., *Teoría de la justicia*, Madrid, FCE, 1978
- (2001). *O Direito dos povos*, São Paulo: Martins Fontes
- (2001) *Lecciones sobre la historia de la filosofía* (ed. B. Herman). Barcelona: Paidós.
- Rawls, J. y Habermas, J. (1998). *Debate sobre el liberalismo político*, Barcelona, Paidós.
- Reale, G. e Antiseri, D. (1991). *História da Filosofia*, São Paulo, Ed. Paulinas.
- Recasens-Siches, L. (1995). *Introducción al estudio del Derecho*, México :FCE
- Redondo, M. C. et al. (2009). *Estado de Derecho y decisiones judiciales*, Madrid : Fundación Coloquio Jurídico Europeo
- Richerson, P.J. & Boyd, R. (2005). *Not by genes alone : How culture transformed human evolution*. Chicago: University of Chicago Press.
- Ricoeur, P. (1995). *Le Juste*, Paris, Esprit.
- Riddall, J. G. (1991). *Jurisprudence*, London, Butterworths.
- Ridley, M. (1996). *The Origins of Virtue*, London, Viking.
- (2004). *O que nos faz humanos: Gene, natureza e experiência*. São Paulo, SP: Record.
- Rizzolatti, G. Et al. (2001). “Neurophysiological Mechanisms Underlying the Understanding and Imitation of Action”, *Nature Reviews Neuroscience*, 2:661-670.
- Rizzolatti, G. e Sinigaglia, C.(2006). *Las neuronas espejos.Los mecanismos de la empatia emocional*. Barcelona :Paidós
- Roberts, W.A. (2002), « Are Animals Stuck in Time », *Psychological Bulletin*, 128 : pp. 473-489.
- Robertson, D. et al. (2007). The neural processing of moral sensitivity to issues of justice and care, *Neuropsychologia* 45 ,755–766
- Rochat, P., & Striano, T. (1999). Social-cognitive development in the first year. In P. Rochat (Ed.), *Early social cognition: Understanding others in the first months of life* (pp. 3-34). Mahwah, NJ: Lawrence Erlbaum.
- Rogers, A. R. (1988), “Does biology constrain culture?”, *American Anthropologist* 90: 819-831.
- Rof Carballo, J. (1952). *Cerebro interno y mundo emocional*. Barcelona: Labor.

- Romo, Ranulfo (2003). Neurobiología de la Toma de decisiones, Flores Herrera O. et al. (eds.), *Mensaje Bioquímico*, vol. XXVII, Dep. Bioquímica, Fac. Medicina, UNAM, Cd. Universitaria, México, DF, México.
- Rorie, A. E. et al. (2005). A General Mechanism for Decision-making in the Human Brain ?, *Trends in Cognitive Science*, 9, 41-43
- Rorty, R. (1995). *La filosofía y el espejo de la naturaleza*, Madrid, Catedra.
- Rose, M. (2000). *Darwin's Spectre: Evolutionary Biology in the Modern World*. Princeton University Press.
- Rose, S. (2006). *The 21ST Century Brain*, UK: Vintage Books.
- _____(2001). *Trayectorias de vida. Biología, libertad y determinismo*, Barcelona: Granica
- Rose, H. & Rose, S. (2000) (orgs). *Alas, Poor Darwin: Arguments against Evolutionary Psychology*, UK: Cape.
- Roselló, F. T. (2005). *¿ Qué es la dignidad humana?*, Barcelona:Herder.
- Rosenberg, A. (1992). *Economics: Mathematical Politics or Science of Diminishing Returns?*, Chicago: University of Chicago Press.
- Rosenhan, D.L. (1978). Toward Resolving the Altruism Paradox, L. Wispé (ed.) *Altruism, Sympathy and Helping. Psychological and Sociological Principles*, New York, Academic Press, pp. 101-113
- Ross, A. (1970). *Sobre el derecho y la Justicia*, Buenos Aires: Ed. Eudeba
- Rothenberg, Karen and Alice Wang.(2006). The scarlet gene: behavioral genetics, criminal law, and racial and ethnic stigma. 69 *Law & Contemp. Probs.* 343-365.
- Rovee-Collier, C. K. (2000). Memory in infancy and early childhood. In E. Tulving & F. I. M. Craik (Eds.), *The Oxford handbook of memory* (pp. 267-282). New York: Oxford University Press.
- Ruiz-Gallardón, I. (2007). *La mente del jurista*, Navarra: Ed. Aranzadi
- Runco, Mark A. & Nemiro, J. (2003). "Creativity in the Moral Domain: Integration and Implication", *Creativity Research Journal*, v. 15, n. 1, 91-105.
- _____(2004). "Creativity", *Annu. Rev. Psychol.*, 55: 657-87.
- Ruse, M. (1986). *Taking Darwin Seriously: A Naturalistic Approach to Philosophy*.Oxford:Blackwell.
- ____ (1995a) Evolutionary ethics: a phoenix arisen. In: THOMPSON, P. (ed.) *Issues in evolutionary ethics*. New York: State Univ. New York Press, p. 225-247.
- (1983) *Sociobiología: senso ou contra-senso?* São Paulo: Itatiaia.
- Rosenzweig, M.R. et al. (2001). *Psicología Biológica.Una introducción a la Neurociencia Conductual, Cognitiva y Clínica*. Barcelona:Ariel.
- Rubia, Francisco J. (2009). *El fantasma de la libertad*, Barcelona: Crítica
- Ruff, C. B., Trinkaus, E., & Holliday, T. W. (1997). Body mass and encephalization in Pleistocene Homo. *Nature*, 387, 173-176.
- Rushton, J.P. (1982). Altruism and Society : A Social Learning Perspective, *Ethics*, 92: 425-446
- Schauer, F. (2004). *Las reglas en juego*. Barcelona: Marcial Pons.
- Safire, W. (2003). "The Risk That Failed", *New York Times*.
- Sagnotti, S. C. (1998). *I diritto tra storia e morale. Riflessioni sul pensiero di Ronald Dworkin*, Milano, Giuffrè.
- Sandel, M. (1982). *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Sanjuán, J y Cela Conde, C.J. (2005). *La profecía de Darwin. Del origen de la mente a la psicopatología*. Valencia: Ars Medica.
- Schaller, M. & Crandall, C. (Eds.) (2004). *Psychological Foundations of Culture*. Mahwah, NJ: Erlbaum.
- Seymour, Ben, Singer, Tania, & Dolan, Ray (2007). The Neurobiology of Punishment, 8 *Nature* 300.
- Simner,J.L.(2002)."Newborn's Response to the Cry of Another Infant", *Developmental Psychology*, 5: 136-157.

- Simonton, D. K. (2000). "Creativity. Cognitive, Personal, Developmental, and Social Aspects", *American Psychologist*, v. 55, n. 1:151-158.
- Singer, T. et al. (2004). Empathy for pain involves the affective but not sensory components of pain, *Science*, February, 20, v. 3, 1845-1846.
- Sanfey, A. G., Rilling, J. K., Aronson, J. A., Nystrom, L. E., & Cohen, J. D. (2003). The Neural Basis of Economic Decision-Making in the Ultimatum Game. *Science*, 300, 1755-1758.
- Sapolsky, R. M. (2004) The frontal cortex and the criminal justice system. *Phil. Trans. R. Soc. Lond. B* 359, 1787–1796.
- ___(2007). *El mono enamorado y otros ensayos sobre nuestra vida animal*. Barcelona:Paidós.
- Scanlon, T. (1998). *What We Owe to Each Other*, Cambridge, Harvard University Press.
- Schap, J. (1985). *Problemas fundamentais da metodologia jurídica*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor.
- Schick, F. (1999). *Hacer elecciones. Una reconstrucción de la teoría de la decisión*, Barcelona, Gedisa.
- Schleim, S. et al. (2010).From moral to legal judgment: the influence of normative context in lawyers and other academics. *Soc Cogn Affect Neurosci* (2010) doi: 10.1093/scan/nsq010 First published online: March 1, 2010
- Searle, J.R. (1997). *La construcción de la realidad social*, Barcelona, Paidós.
- ___ (1980). Minds, Brains and Programs. *The Behavioral and Brain Sciences*, 3, 417-424.
- ___ (2000). *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*, Barcelona, Nobel.
- ___(2005). *Libertad y neurobiología: reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder*, Barcelona: Paidos
- ___(2001). *Mente, lenguaje y sociedad: la filosofía en el mundo real*, Madrid: Alianza
- ___ (1992). *Intencionalidad. Un ensayo en la filosofía de la mente*, Madrid, Tecnos.
- ___ (1996). *El redescubrimiento de la mente*, Barcelona, Crítica.
- ___(1993). "Rationality and realism. What is at stake?", *Daedalus*, 55-83.
- Sedikides, C., & Skowronski, J. J. (1997). The symbolic self in evolutionary context. *Personality and Social Psychology Review*, 1, 80-102.
- Seidl de Moura, M. L. (2005). Dentro e fora da caixa preta: A mente sob um olhar evolucionista. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, 21(2), 141-147.
- Seidl de Moura, M. L., & Ribas, A. F. (2004). Evidências sobre características de bebês recém-nascidos: Um convite a reflexões teóricas. In M. L. Seidl de Moura (Ed.), *O bebê do século XXI e a psicologia em desenvolvimento* (pp. 21-60). São Paulo, SP: Casa do Psicólogo.
- Sen, A. (1999). *Sobre Ética e Economia*, São Paulo, Companhia das Letras.
- ___(1994). "Welfare Economics and Two Approaches to Rights": *Annual Meeting of the European Public Choice Society*, Valencia, 6-9 abril, mimeo.
- ___(2010). *La idea de la justicia*, Madrid: Taurus
- Serna, Pedro (dir.).(2003).*De la argumentación jurídica a la hermenéutica*. Granada.Ed. Comares.
- Settle, T. (1993). 'Fitness' and 'Altruism': Traps for the Unwary, Bystander and Biologist Alike. *Biology and Philosophy*, 8, 61-83.
- Sherry, D.F. & Schacter, D.L. (1987). "The evolution of multiple memory systems", *Psychological Review*, 94: 439-454. Simner, J.L.(2002). "Newborn's Response to the Cry of Another Infant", *Developmental Psychology*, 5: 136-157.
- Shu, W., Yang, H., Zhang, L., Lu, M. M. & Morrissey, E. E.: 2001. 'Characterization of a new subfamily of winged-helix/forkhead (Fox) genes that are expressed in the lung and act as transcriptional repressors'. *Journal of Biological Chemistry*, 276: 488-497.
- Siegel, D.-J. & Hartzell, M. (2003). *Parenting from the Inside Out: How a Deeper-Self-Understanding Can Helps You Raise Children who Thrive*, New York: Penguin Putman.
- Siegel, D. J. (2007). *La mente en desarrollo*, Bilbao: Desclée De Brouwe
- ___ (2010). *Cerebro y Mindfulness*, Barcelona: Paidós

- Simon, D. (2006). "Reflexões sobre o positivismo jurídico", in *Ensaio sobre Teoria Geral do Direito*, Pará: Ed. Cesupa, p. 173-180.
- Simon, Herbert A. (1983). "Discovery, invention, and development: human creative thinking", *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 80: 4.569-4.571.
- ___ (1959). "Theories of Decision-Making in Economics and Behavioral Science", *American Economic Review*, XLIX, 253-283.
- ___ (1982). *Models of Bounded Rationality*, 2 vols., Cambridge, Mass., MIT Press.
- ___ (1977). *Models of Discovery*, Dordrecht, Reidel.
- ___ (1990). "A mechanism for social selection of successful altruism", *Science*, 250:1665-8.
- Simon, W. H. (1991). "Social-Republican Property", *UCLA Law Review*, vol. 38, pp. 1.335-1.413.
- Simonton, D. K. (2000). "Creativity. Cognitive, Personal, Developmental, and Social Aspects", *American Psychologist*, v. 55, n. 1:151-158.
- Singer, P. (1999). *A darwinian left*, London, Weidenfeld & Nicolson.
- ___ (1981). *The expanding circle: Ethics and sociobiology*, NY, Farrar, Straus and Giroux.
- ___ (2002). *Vida ética: os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade*. Rio de Janeiro: Ediouro.
- Skinner, Q. (1996). "Acerca de la Justicia, el Bien Común y la Prioridad de la Libertad", *Agora*, n. 4, Buenos Aires, 1996.
- Slater, A., von der Schulenburg, C., Brown, E., Badenoch, M., Butterworth, G., Parsons, S., et al. (1998). Newborn infants prefer attractive faces. *Infant Behavior and Development*, 21, 345-354.
- Smith, A. (1991). *The Theory of moral sentiments*, Oxford: Clarendon Press.
- Smith, D. L. (2006). *Por que mentimos. Os fundamentos biológicos e psicológicos da mentira*, São Paulo: Ed. Campus.
- Skyrms, B. (1996). *Evolution of the Social Contract*, Cambridge: Cambridge University Press
- ___ (2007). *La caza del ciervo*, Barcelona: Melusina
- Sober, E., & Wilson, D. S. (1998). *Unto Others: The Evolution and Psychology of Unselfish Behavior*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Solms, M. y Turnbull, O. (2004). *El cerebro y el mundo interior: Una introducción a la neurociencia de la experiencia subjetiva*, Bogotá: FCE
- Soltis, J. et al. (1995). "Can Group-functional Behaviors Evolve by Cultural Group Selection? An Empirical Test," *Current Anthropology*, June, 36 (3), 473-483. Weibull, J"orgen, *Evolutionary Game Theory*, Cambridge, MA: MIT Press.
- Solomon, R.C. (1999). *The joy of philosophy: Thinking thin versus the passionate life*, New York: Oxford.
- Spence, S. A., Hunter, M. D., Farrow, T. F. D., Green, R. D., Leung, D. H., Hughes C. J. & Ganesan, V. (2004) A cognitive neurobiological account of deception: evidence from functional neuroimaging. *Phil. Trans. R. Soc. Lond. B* 359, 1755– 1762.
- Spelke, E. (2000). Core knowledge. *American Psychologist*, 55, 1233-1243.
- Sperber, D. (1990). "The epidemiology of believes", in C. Fraser & G. Gaskell (eds.), *The Social Psychological Studies of Widespread Beliefs*, Oxford, Clarendon Press. Atran.
- ___ (1985). " Anthropology and psychology: Towards and epidemiology of representatios", *Man*, (N.S.), 20:73-89.
- ___ (2002). "La modularidad del pensamiento y la epidemiología de las representaciones", Hirschfeld & Gelman (comp.). *Cartografía de la mente*, vol. I.
- Squire, L. (1987). *Memory and Brain*, NY: Oxford University Press.
- Stake, J. E. (2004) The property 'instinct'. *Phil. Trans. R. Soc. Lond. B* 359, 1763–1774.
- Stamos, D. N. (2009). *Evolución. Los grandes temas*, Barcelona: Biblioteca Buridán
- Stebbins, G.L. (1969). *The Basis of Progressive Evolution*, Chapel Hill, University of North Carolina Press.
- Stedman, H. et al. (2004). "Myosin gene mutation correlates with anatomical changes in the human lineage", *Nature*, 428: 415-418.
- Sterelny, K. (2003). *Thought in a hostile world*. Malden (MA): Blackwell.
- Stevenson, C. L. (1984) *Ética y Lenguaje* (trad. Eduardo Rabosi). Barcelona: Paidós.

- Stevenson, L. & Haberman, D.L. (1998). *Ten Theories of Human Nature*, New York: Oxford University Press.
- Stich, S. (1990). *The Fragmentation of Reason*, Cambridge, Mass., MIT Press.
- Stone, V. E., Cosmides, L., Tooby, J., Kroll, N., & Knight, R. T. (2002). "Selective impairment of reasoning about social exchange in a patient with bilateral limbic system damage". *Proceedings of the National Academy of Sciences, USA*, 99, 11531-11536.
- Stokstad, E. (2002). Violent Effects of Abuse Tied to Gene. *Science*, 297(5582), 752a.
- Strake, J. E. (2001). "Are We Buyers or Hosts?: A Memetic Approach to the First Amendment", *Alabama L. Rev.*, 1213:52.
- ___ (2001). "Pushing Evolutionary Analysis of Law", *Fla. L. Rev.*, 875:53.
- Stringer, C. et al. (2005). *La evolución humana*, Barcelona: Akal SA
- Ströig, H. J. (1995). *Historia universal de la Filosofía*, Madrid, Tecnos.
- Stroud, B. (1986) *Hume* (trad. Antonio Zirion). México D.F.: UNAM.
- Sugiyama, L. S., Tooby, J., & Cosmides, L. (2002). Cross-cultural evidence of cognitive adaptations for social exchange among the Shiwiari of Ecuadorian Amazonia. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 99, 11537-11542.
- Sulloway, F. J. (1992). *Freud, Biologist of the Mind: Beyond the Psychoanalytic Legend*. Cambridge and London: Harvard University Press paperback
- Sunstein, C. (1990). *After the Rights Revolution*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- Sutherland, S. (1992). *Irracionalidad. El enemigo interior*, Madrid, Alianza.
- Tammelo, I. (1978). *Modern Logic in the service of Law*, Vien-New York, Springer Verlag.
- Tarello, G. (1974). *Diritto, enunciati, usi*, Bologna.
- Thornhill, R. et al. (1983). *The Evolution of Insect Mating Systems*, Cambridge, MA, Havard University Press.
- ___(1987a). "Human Rape: An Evolutionary Analysis" , in *Ethology and Sociobiology*, 4, 37-73.
- ___(1987b). "Human Rape. The Strenghts of the Evolutionary Perspective", in C. Crawford, M. Smith & D. Krebs (eds.), *Sociobiology and Psychology: Ideas, Issues and Applications*, Hillsdale, N. J., Erlbaum, p. 269-291.
- ___(1989). "The Evolution of Psychological Pain", in R. Bell & N. Bell (eds.), *Sociobiology and the Social Sciences*, Lubbock, TX, Texas Tech University Press, p. 73-103.
- Tobias, P. V. (1987). The Brain of Homo habilis: A New Level of Organization in Cerebral Evolution. *Journal of Human Evolution*, 6, 741-761.
- Tobias, P.V. (1997). Orígenes evolutivos de la lengua hablada. In C.J.C. Conde, R.G. Lombardo, & J.M. Contreras (Eds.), *Senderos de la evolución humana* (pp. 35-52). México:Ludus Vitalis, número especial 1.
- Toi, M, & Batson, D.C. (1982). More Evidence That Empathy Is a Source of Altruistic Motivation, *Journal of Personality and Social Psychology*, 43 : 281-292.
- Tomasello, M. (2010). *¿ Por qué cooperamos?*, Madrid: Katz Editores
- Tomasello, M. (1996), "Do apes ape?", in C. M. Heyes y B. G. Galef (eds.) *Social Learning in Animals: The Roots of Culture*. London: Academic Press.
- (1999), *The Cultural Origins of Human Cognition*. Cambridge: Harvard University Press.
- Tomasello, M., Kruger, A.C., y Ratner, H.H. (1993), "Cultural learning", *Behavioral and Brain Sciences* 16: 495-552.
- Tooby, J. & Cosmides, L. (1989). "Evolutionary psychology and the generation of culture, part. I. Theoretical considerations", *Ethology and Sociobiology*, 10: 29-49.
- Tooby, J. & Cosmides, L. (1998). Evolutionizing the cognitive sciences: A reply to Shapiro and. Epstein. *Mind & Language*, 13(2), 195-204.
- Tooby, J. y Cosmides, L. (2005), "Conceptual foundations of evolutionary psychology", in David M. Buss (ed.) *The Handbook of Evolutionary Psychology*. New Jersey: Wiley, Hoboken.

- Tooby, J., & Cosmides, L. (1995). The Psychological Foundations of Culture. In H. Barkow, L. Cosmides, & J. Tooby (Eds.), *The adapted mind: Evolutionary psychology and the generation of culture*. New York: Oxford.
- Tooby, J., & Cosmides, L. (2010) Groups in Mind: The Coalitional Roots of War and Morality, from *Human Morality & Sociality: Evolutionary & Comparative Perspectives*, Henrik Høgh-Olesen (Ed.), Palgrave MacMillan, New York.
- Tricomi, E. et al. (2010): "Neural evidence for inequality-averse social preferences" *Nature*, 463: 1089-1092.
- Trigg, R. (2001). *Concepciones de la naturaleza humana. Una introducción histórica*. Madrid: Alianza Editorial.
- Trinkaus, E. (1983). *The Shanidar Neandertals*. New York, NY: Academic Press.
- Trivers, R.L. (1971). "The evolution of reciprocal altruism", *Quarterly Review of Biology*, 46: 35-56.
- Troper, M. (2003). *La Filosofía del derecho*. Madrid. Tecnos.
- Tudge, C.(1998). *Neanderthals, bandits and farmers. How Agriculture Really Began*, London, Weidenfeld & Nicolson.
- Tugendhat, E. (1997). *Lecciones de ética*, Barcelona, Gedisa.
- ___ (1988). *Problemas de la ética*, Barcelona, Crítica.
- ___ (1979). La pretensión absoluta de la moral y la experiencia histórica. In U. N. d. E. a. Distancia (Ed.), *Actas de las Ias. jornadas de Etica e Historia de la Ciencia* . Madrid: UNED.
- Turati, C., Simion, F., Milani, I., & Umiltà, C. (2002). Newborns' preference for faces: What is crucial? *Developmental Psychology*, 38(6), 875-882.
- Turiel, E. (1983). *The development of social knowledge: Morality and convention*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Turkheimer, Erik & Waldron, Mary (2000). "Nonshared Environment: A Theoretical, Methodological, and Quantitative Review". *Psychological Bulletin*, 126:78-108.
- Tversky A, Kahneman D. (1981).The framing of decisions and the psychology of choice. *Science*, 211:453-8.
- Ursua, N. (1993). *Cerebro y conocimiento: un enfoque evolucionista*. Barcelona: Anthropos
- Valdesolo, P. & DeSteno, D. (2006). Manipulations of emotional context shape moral judgment, *Psychological Science*, 17, 6, june/2006, p. 476 - .
- Van Inwagen, P. (1982) The incompatibility of free will and determinism. En *Free will* (ed. G. Watson), pp. 46-58. New York: Oxford University Press
- Van Parijs, P. (1993). *¿Qué es una sociedad justa? Introducción a la práctica de la filosofía política*, Barcelona, Ariel.
- ___ (1981). *Evolutionary Explanation in Social Sciences*, London, Tavistock.
- Vandenberghe, R., Price, C., Wise, R., Josephs, O., & Fracowiack, R. S. J. (1996). Functional anatomy of a common semantic system for words and pictures. *Nature*, 383, 254-256.
- Vanyukov, M. M., Maher, B. S., Devlin, B., Tarter, R. E., Kirillova, G. P., Yu, L. M., & Ferrell, R. E. (2004). Haplotypes of the monoamine oxidase genes and the risk for substance use disorders. *Am J Med Genet*, 125B, 120-125.
- Vanyukov, M. M., Moss, H. B., Yu, L. M., & Deka, R. (1995a). A dinucleotide repeat polymorphism at the gene for monoamine oxidase A and measures of aggressiveness. *Psychiatry Res.*, 59, 35-41.
- Vanyukov, M. M., Moss, H. B., Yu, L. M., Tarter, R. E., & Deka, R. (1995b). Preliminary evidence for an association of a dinucleotide repeat polymorphism at the MAOA gene with early onset alcoholism/substance abuse. *Am J Med Genet*, 60, 122-126.
- Varela, F. et al. (2001). *A mente corpórea. Ciência cognitiva e experiência humana*, Lisboa: Instituto Piaget
- Vargha-Khadem, F, Watkins, K. E., Price, C. J., Ashburner, J., Alcock, K. J., Connelly, A., Frackowiak, R. S. J., Friston, K. J., Pembrey, M. E., Mishkin, M., Gadian, D. G. & Passingham, R. E.: 1998. 'Neural basis of an inherited speech and language disorder'. *Proceedings of the National Academy of Science USA*, 95: 12695-12700.

- Vázquez, R. (comp.).(1998). *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona, Gedisa.
- Vihweg, T. (1997). *Topica y Filosofía del Derecho*, Barcelona: Gedisa
- Vigouroux, J. (1992). *La fabrique du beau*. Paris : Odile Jacob.
- Vincent, J. D. (2009). *Viaje extraordinario al centro del cerebro*, Barcelona : Anagrama
- Voorzanger, B. (1984). Altruism in Sociobiology: A Conceptual Analysis. *Journal of Human Evolution*, 13, 33-39.
- Waddington, H. C. (1960), *The Ethical Animal*. London: George Allen & Unwin Ltd.
- Wagstaff, G. F. (1998). "Equity, justice and altruism", *Current Psychology*, 17: 111-134.
- Walton, S.(2005). *Humanidad. Una historia de las emociones*, Madrid: Taurus
- Wedekind, C. (1998). Give and Ye Shall Be Recognized. *Science*, 280, 2070-2071.
- Weil, Simone (1989) *Aulas de Filosofía*, Rio de Janeiro: Papirus
- Wilson, E. O. (1997). *Sobre la naturaleza humana*, Barcelona, Círculo de Lectores.
- (1998). *Consilience. The Unity of Knowledge*, New York, Pellicer.
- (1980). *Sociobiología. La nueva síntesis*, Barcelona, Omega.
- Wilson, J. Q. (1993). *The Moral Sense*, Free Press, New York.
- Wilson, M. & Daly, M.(1992). "The Man Who Mistook His Wife for a Chattel", in Jerome H. Barkow, Leda Cosmides & John Tooby (Eds.), *The Adapted Mind. Evolutionary Psychology and the Generation of Culture*, New York, Oxford: Oxford University Press.
- Wilson, D. S. (1992). On the Relationship Between Evolutionary and Psychological Definitions of Altruism and Selfishness. *Biology and Philosophy*, 7, 61-68.
- (2002). *Darwin's cathedral: Evolution, religión, and the nature of society*, Checago: University of Chicago Press.
- Winston, J.S. et al. (2002). Automatic and Intentional Brain responses during evaluation of trustworthiness of faces, *Nature Neuroscience*, 5, 277-283
- Wynn, T. (1979). The intelligence of later Acheulean hominids. *Man*, 14, 371-391.
- Wright, R.(1994). *The Moral Animal. The New Science of Evolutionary Psychology*, New York, Pantheon.
- Wróblewsky, J. (1988). *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Civitas.
- WoldeGabriel, G., White, T. D., Suwa, G., Renne, P., Heinzelin, J., Hart, W. K., & Heiken, G. (1994). Ecological and temporal placement of early Pliocene hominids at Aramis, Ethiopia. *Nature*, 371, 330-333.
- Zaccaria,G.(1990). *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, Cedam.
- (1984). *Ermeneutica e giurisprudenza.Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, Giuffrè.
- (1994). *Ermeneutica e giurisprudenza. I fundamenti filosofici nella teoria di Hans-Georg Gadamer*, Milano, Giuffrè.
- Zaccaria, G. e Viola, F.(1999). *Diritto e interpretazione.Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari, Laterza.
- Zagrebelski, G. (1995). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid: Trotta
- y Martini, C. M. (2006). *La exigencia de justicia*, Madrid: Trotta
- Zahavi, A. e Zahavi, A. (1997): *The Handicap Principle. A Missing Piece of Darwin's Puzzle*, Oxford, Oxford University Press.
- Zeki, S. (1993). *A vision of the brain*. London: Blackwell Scientific Publications.
- (1995). *Inner Vision*, Oxford: Oxford University Press.
- Zeki, S. & Goodenough, O. (2006). *Law and the brain*, Oxford: Oxford University Press.
- Zeki, S., & Marini, L. (1998). Three cortical stages of colour processing in the human brain. *Brain*, 121, 1669-1885.
- Zammit, S., Jones, G., Jones, S. J., Norton, N., Sanders, R. D., Milham, C., McCarthy, G. M., Jones, L. A., Cardno, A. G., Gray, M., Murphy, K. C., O'Donovan, M. C., & Owen, M. J. (2004). Polymorphisms in the MAOA, MAOB, and COMT genes and aggressive behavior in schizophrenia. *Am J Med Genet B Neuropsychiatr Genet*, 128B, 19-20.

Zimmer, C. (2005). The Neurobiology of the Self, *Scientific American* , november, 65-71
Zito, K., & Svoboda, K. (2002). Activity-dependent synaptogenesis in the adult mammalian cortex. *Neuron* 35, 1015-1017.