

Interpretação constitucional: achados das ciências comportamentais

Juarez Freitas¹

Resumo: A interpretação constitucional pode ser iluminada, de modo inovador, pelos achados científicos a respeito de como funcionam os vieses no processo de tomada da decisão. Nessa perspectiva, a nova justificação jurídica tende a ser vista, antes de tudo, como processo de elucidação dos condicionamentos ocultos que determinam a produção do significado normativo da Constituição.

Palavras Chave: Interpretação Constitucional - Vieses - Decisão - Ciências Comportamentais.

Abstract: Constitutional interpretation can be illuminated, in an innovative way, by scientific findings about how bias works in the decision-making process. From this perspective, the new legal justification tends to be seen as a process of elucidation of the hidden constraints that determine the production of normative meaning of the Constitution.

Keywords: Constitutional Interpretation - Bias - Behavioral Sciences.

1. Introdução

A tomada da decisão constitucional pode ser imensamente facilitada pela assimilação de notáveis descobertas científicas sobre os vieses e hábitos mentais. A pouco e pouco, as ciências comportamentais e o humanismo parecem dar as mãos, esboçando aliança promissora.² Ascendem tópicos relevantes à decisão constitucional, tais como (a) o suporte em avaliação “ex ante” e multidimensional dos impactos ambientais, sociais e econômicos, (b) a nova fundamentação jurídica, com a oferta explícita e congruente de argumentos deontológicos e consequenciais, ao mesmo tempo, (c) o tratamento, alicerçado em evidências e (d) a resolução, na raiz, de onerosíssimos conflitos patrocinados pela mentalidade adversarial dominante.

Nesse panorama, o livre-arbítrio do intérprete da Carta, ao que tudo indica, experimenta séria resignificação para se traduzir, antes de mais, como o poder de veto sobre os impulsivismos (endógenos e exógenos) não-universalizáveis (logo insustentáveis), sobretudo à vista da constatação de que milésimos de segundos antes

¹ Professor Titular do Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS, Professor Associado de Direito Administrativo da UFRGS, Presidente do Conselho Científico do Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito Público, Membro da Comissão de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da OAB, Autor de várias obras (entre as quais A Interpretação Sistemática do Direito, Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais, Direito Fundamental à Boa Administração Pública), Medalha Pontes de Miranda da Academia de Letras Jurídicas por sua obra Sustentabilidade: Direito ao Futuro.

² Vide, na sua proposta de conjugar ciência e humanismo, ainda que com algumas ressalvas, Steven Pinker in Enlightenment Now. The Case for Reason, Science, Humanism and Progress, NY: Penguin Random House, 2018. Para enfoque alternativo, também instigante, vide Robert Sapolski in Behave. The Biology of Humans at our Best and Worst. NY: Penguin Press, 2017.

da consciência racional, a decisão já terá sido tomada.³ Vai daí que os intérpretes constitucionais avisados reconhecem a valia do socrático investimento na formação de boas predisposições ético-jurídicas, em vez do refúgio estéril no discurso do mero acatamento mecânico e servil de comandos textuais heterônomos.

Desse modo, a primeira medida consiste em inserir na pauta decisória, com proeminência, o estudo de vieses e hábitos mentais.⁴ Merecem, de fato, ser incorporados como matéria-prima para autêntica reconstrução teórica e empírica da aplicação do sistema constitucional, de ordem a desvelar tanto aquelas predisposições indutoras de erros sistemáticos (cognitivos e não-cognitivos) como aquelas que favorecem os juízos equilibrados, empáticos, ecologicamente íntegros e proporcionais.⁵

Crucial, nessa perspectiva, ter em mente que o ser humano aparece, em retrato autenticado pelas pesquisas científicas de ponta, como aquele que, quando enviesado, corre o risco de inadvertidamente confirmar as crenças iniciais;⁶ alguém que, mesmo ao proclamar as virtudes passivas de Bickel⁷, pode estar influenciado, ostensiva ou subliminarmente, pela polarização do grupo, pelo contágio social⁸ e pela força de falsidades que se propagam mais rapidamente do que as verdades na rede;⁹ alguém que, se não adotar as pertinentes cautelas, pode restar obnubilado pela miopia temporal (hostil a pressupostos da justiça intergeracional) e pelos estereótipos e vieses implícitos¹⁰ (como sucede, de modo emblemático, na contraposição extremada entre textualistas e “purposivists”);¹¹ enfim, alguém que, pelo só fato de ser humano, possui o pendor de simplificar demais e reduzir ambiguidades,¹² com o eventual sacrifício da correção e da homeostase,¹³ em sentido lato.

Quer dizer, o primeiro passo para a “cura” de automatismos tendenciosos é o diagnóstico correto e sincero, com a autosindicabilidade dos males trazidos pelas

³ Vide Benjamin Libet in *Do we have free will?* *Journal of Consciousness Studies*; 6, ns. 8-9, 1999, pp 47-57. O fato de o processo volitivo iniciar, com milésimos de segundo, antes da tomada de consciência, não exclui a liberdade como poder de veto.

⁴ Vide Jerry Kang et al. in “Implicit Bias in the Court,” *UCLA* 59, 2012, pp. 1125-1186. Vide, ainda, Chris Guthrie, Jeffrey Rachlinski e Andrew Wistrich in “Blinking on The Bench: How Judges Decide Cases,” *Cornell Law Faculty Publications*, Vol. 93, Paper 917, 2007, p.9: “Our model, in short, views judges neither as the purely deductive decision makers envisioned by the formalists nor as the intuitive rationalizers envisioned by the early realists. Rather, it views judges as ordinary people who tend to make intuitive, System 1 decisions, but who can override their intuitive reactions with complex, deliberative thought.”

⁵ Vide, para ilustrar, “Consuming Differently, Consuming Sustainability: Behavioural Insights for Policymaking,” Nairobi, Unep, 2017.

⁶Vide Raymond Nickerson in “Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises.” *Review of General Psychology*, 1998, Vol. 2, pp. 175-220.

⁷ Vide Alexander Bickel in “Foreword: The Passive Virtues,” *Harvard Law Review*, Vol. 75, 1961, pp.40-79.

⁸ Vide, como introdução ao tema das cascatas sociais, da polarização de grupo e das assimilações tendenciosas, Cass Sunstein in *On Rumors*. NY: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

⁹ Vide, sobre motivos viscerais para o preocupante fenômeno, Soroush Vosoughi, Deb Roy, Sinan Aral in “The spread of true and false news online.” *Science*, Vol. 359, Issue 6380, março, 2018, pp. 1146-1151.

¹⁰Vide Keith Payne, Laura Niemi e John Doris in “How to Think about ‘Implicit Bias,’” *Scientific American*, março, 2018.

¹¹*Vide, sobre estereótipos relativos ao pensamento de juízes, descortinados pela pesquisa de campo, mostrando escassa relevância de várias etiquetas e polêmicas, Abbe Gluck e Richard Posner in “Statutory Interpretation on the Bench: A Survey of Forty-Two Judges on the Federal Courts of Appeals.” Harvard Law Review, Vol.131, março de 2018, pp. 1298-1373.*

¹² Vide Daniel Farber e Suzanna Sherry in *Desperately Seeking Certainty*. Chicago e Londres: The University Chicago Press, 2004.

¹³ Vide, sobre a homeostase em sentido amplo, António Damasio in *The Stranger Order of Things*. NY: Penguin Random House, 2018.

metáforas equivocadas,¹⁴ as quais, vivenciadas rapidamente e sem reflexão, obnubilam os juízos constitucionais e toldam a reta percepção das coisas. Não há como simplesmente decretar que predisposições automáticas ou vieses (“biases”)¹⁵ não interfiram. O cérebro humano ostenta inclinações que afetam a qualidade global das decisões. A cegueira voluntária, perante o quadro, de nada adianta. Ao revés, piora tudo. É o que ocorre com quem se fia em suposições formalistas/normativistas ou em subsunções “seguras” da ponderação, a despeito de flagrantes contradições axiológicas da ordem estatal.

O que se passa, no mundo da vida, é que não existe intérprete inteiramente imune à atuação inercial de automatismos no manejo de regras,¹⁶ princípios e valores. À medida que progridem as pesquisas comportamentais, caem por terra perigosas ingenuidades. Para ilustrar, a noção de que a mente opera sozinha, de modo solipsista, não faz o menor sentido. Como observa Richard Nisbett, “nosso entendimento do mundo é sempre uma questão de perspectiva conceitual – de inferência e interpretação.”¹⁷ Dito de outro modo, a tomada da decisão constitucional, em toda parte, está desafiada a assimilar os achados das ciências comportamentais e, na sequência, adotar postura hábil a consolidar hábitos mentais alternativos que funcionem como anteparos reflexivos contra predisposições nefastas e não universalizáveis.

De fato, embora os argumentos linguísticos, sistêmicos e consequenciais¹⁸ (para evocar a conhecida classificação de Neil MacCormick) soem, à primeira vista, como suficientes para o trabalho cotidiano, especialmente quando aplicados de maneira cumulativa e eclética, veiculam opções inconscientes.¹⁹ Escolhas cujo caráter oculto tende a representar forte embaraço ao poder de veto da racionalidade²⁰ intersubjetiva.

Assim, observando as múltiplas teorias sobre como se tomam as decisões constitucionais, verifico que, sem negar a valia de poliédricas correntes explicativas (teorias atitudinais, legalistas, sociológicas, pragmáticas, estratégicas, organizacionais, econômicas, psicológicas e fenomenológicas - para citar a tipologia de Richard Posner),²¹ todas, sem exceção, descrevem insuficientes angulações que só adquirem

¹⁴ Vide, sobre as metáforas equivocadas, Alan Jacobs in *How to Think*. NY: Currency, 2017.

¹⁵ Vide Paul Litvak e Jennifer Lerner in “Cognitive bias”, *The Oxford Companion to Emotion and the Affective Sciences*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 90.

¹⁶ Vide, sobre regra “against bias”, Mark Elliot, Jack Beatson e Martin Matthews in *Administrative Law*. 4ª ed., NY: Oxford University Press, 2011, pp. 292-341.

¹⁷ Vide Richard Nisbett in *Mindware. Ferramentas para um pensamento mais eficaz*. Rio: Objetiva, 2018, p. 23. Além disso, assinala: “as situações em que nos encontramos afetam pensamentos e determinam comportamentos com muito mais intensidade do que imaginamos.” (p.23) Emtretanto, alerta de maneira judiciosa: “Mas o fato de que tudo é inferência não significa que todas sejam igualmente justificáveis.” (p. 297)

¹⁸ Vide a tipologia de Neil MacCormick in *Rethoric and the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 121-143.

¹⁹ Vide Leonard Mlodinow in *Subliminar. Como o inconsciente influencia nossas vidas*. Rio: Zahar, 2013.

²⁰ Vide Steven Pinker in *Os anjos bons da nossa natureza*. SP: Cia. das Letras, 2013, p. 892: “é a razão que pode sempre prestar atenção às imperfeições dos exercícios de raciocínios anteriores, renovando-se e aprimorando-se em resposta.”

²¹ Vide, sobre essas grandes teorias, Richard Posner in *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, pp. 19-42. E observa que não se devem negar instâncias de vieses como: “Conscious falsification”, “Priors shaped by experience, temperament, ideology, or other personal, non legalist factors”, “Cognitive Illusions”, “Priors shaped by irrelevant reactions, such as dislike of a lawyer (...) reactions that have no place in judicial decision making”, “Twisting the facts to minimize the likelihood of being reversed” (pp.69-70).

força descritiva/prescritiva se acompanhadas compreensão holística do papel dos vieses.

Eis o ponto fulcral. São precisamente os vieses (“biases”) que levam às atitudes conduzidas por uma espécie de segunda natureza. Tais predisposições, se não forem calibradas e criticadas pelo sistema reflexivo, têm o condão de converter as regras de ouro da hermenêutica constitucional em ouro falso, notadamente em situações estressantes. Naturalmente, o herdeiro tardio da jurisprudência dos conceitos, em desespero de causa, esgrimirá com a fundamentação nas fórmulas rígidas e mágicas. Postula, desse modo, operar no reino do inteiramente racional.

O que pretendo ressaltar é que tentativas similares de conferir soluções demasiado simples (e erradas) para questões complexas situam-se aquém do mais adequado controle intertemporal de constitucionalidade.²² É, pois, melhor o desassossego da verdade do que a quimera da falsa tranquilização.

Não descarto que possa e deva ser buscada, no processo decisório constitucional, a hierarquização axiológica²³ consistente e congruente, como ideal regulador. Todavia, a observação fria leva a duvidar da escala de seu sucesso e reclama sábia dúvida metódica no tocante à correção de juízos expostos ao penetrante influxo das sugestões e influências.²⁴

Nessa medida, sem endossar a postura “pirronista” que renega a racionalidade intersubjetiva, lanço a hipótese de que, se o julgador se mantiver atento aos vieses e hábitos mentais, será capaz de reunir elementos para resistir melhor a tais condicionamentos (internos e contextuais), forjados pela força contagiosa de preconceitos explícitos e implícitos.²⁵ Preconceitos que, não raro, derivam de áreas cerebrais primitivas, avessas às justificações externas,²⁶ em termos multidimensionais.

A boa notícia é que se encontra disponível, no mercado das ideias, o remédio para as patologias cognitivas e não-cognitivas, sem prejuízo das técnicas consagradas de argumentação jurídica:²⁷ trata-se de, com apoio no entendimento do modo pelo qual operam os circuitos neurais, produzir as substituições de “biases”,²⁸ mediante

²² Vide Juarez Freitas in Sustentabilidade: Direito ao Futuro. 4ª ed., BH: Fórum, 2019.

²³ Vide, sobre a hierarquização axiológica, Juarez Freitas in A Interpretação Sistemática do Direito. 5ª ed., SP: Malheiros, 2010.

²⁴ Vide, sobre influências sociais, Richard Davidson e Bruce McEwen in [“Social influences on neuroplasticity: Stress and interventions to promote well-being”](#). Nature Neuroscience, 15(5), 2012, pp. 689-95. Vide, como ilustração das influências até na relação entre gosto e atributos físicos do recipiente, Betina Piqueras-Fizman e Charles Spence in “The influence of the color of the cup on consumer’s perception of a hot beverage”, Journal of Sensory Studies. Vol. 27, outubro de 2012, pp. 324-331.

²⁵ Vide, sobre os preconceitos implícitos e o papel do endosso de outras pessoas, Janetta Lun, Stacey Sinclair, Erin R. Witchurch e Catherine Glenn in “(Why) Do I Think What You Think? Epistemic Social Tuning and Implicit Prejudice”, Journal of Personality and Social Psychology, 2007, Vol. 93, nº. 6, pp. 957-972.

²⁶ Vide, sobre a inevitabilidade de justificações externas, Cass Sunstein in The Partial Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

²⁷ Vide, sobre formas concretas de argumentos, Robert Alexy in Teoria da Argumentação Jurídica. SP: Landy, 2005, pp.230-244.

²⁸ Vide, sobre como lidar juridicamente com os vieses implícitos, Christine Jolls e Cass R. Sunstein in “The Law of Implicit Bias”, California Law Review, Vol. 94, 2006, p. 969. Observam, à p. 996: “We have suggested the importance of distinguishing between two responses to implicit bias. Sometimes the legal system does and should pursue a strategy of insulation—for example, by protecting consumers against their own mistakes or by banning or otherwise limiting the effects of implicitly biased behavior. But sometimes the legal system does and should attempt to debias those who suffer from consumer error—or who might treat people in a biased manner. In many domains, debiasing strategies provide a preferable and less intrusive solution. In the context of antidiscrimination law, implicit bias presents a particularly severe challenge; we have suggested that several existing doctrines now operate to reduce

instalação voluntária de rotinas mentais distintas daquelas que, por um motivo ou outro, sucumbem no processamento de contextos sociais e emocionais.²⁹

Aí está o desiderato da exposição: de uma parte, arrolar os principais vieses que irrompem na tomada da decisão e, de outra, sugerir as soluções preventivas, mitigadoras ou compensatórias para os desvios cognitivos e não-cognitivos, na expectativa de, tudo considerado, alcançar o julgamento intertemporalmente adequado.

2. A Tomada da Decisão Constitucional e os Achados das Ciências Comportamentais

A hermenêutica reconhece, há muito, a força das crenças que determinam, modulam e condicionam as interpretações. A novidade consiste em lidar cientificamente com os vieses e hábitos mentais, alterando-os e reformatando-os, sempre que apropriado fazê-lo. Nesse horizonte, recorro a preciosos trabalhos³⁰ que começam a descortinar a mente de quem interpreta e realiza escolhas, preordenadas inevitavelmente por vieses (“biases”) e atalhos heurísticos. Como advertem Keith Stanovich e Richard West, os pontos cegos resistem até aos pensamentos mais sofisticados.³¹ Sem dúvida, quem pretende negar a presença dos vieses, aí mesmo é que se deixa enviesar.

Para facilitar a identificação dos desvios cognitivos, recorro, em sintonia com a abordagem de Daniel Kahneman, à ficção de dois sistemas de pensamento, no campo da interpretação em geral: o sistema I (pensamento automático) e o sistema II (controle racional).³² O sistema I é aquele que opera automática e rapidamente, tomando a maior parte das decisões por impulso, sem maior senso de controle voluntário,³³ ao passo que o sistema II diz respeito àquelas áreas do cérebro mais novas, responsáveis pelo esforço de calcular, pela concentração,³⁴ pelo monitoramento e controle de sugestões formuladas pelo sistema I, além da representação do futuro (e dos direitos de gerações vindouras, por exemplo). Isto é, o sistema II responde pela intencional atenção³⁵ regulatória, em que pese, com desafortunada assiduidade, revelar-se confinado à lei do menor esforço.³⁶

Antes de ir adiante, esclareço que, ao adotar a referida distinção, não retomo, nem de longe, o menor vestígio de dualismo cartesiano,³⁷ completamente defasado. Reconheço, sem hesitar, que ambos os sistemas interagem o tempo todo, entre si e

that bias, either directly or indirectly, and that these existing doctrines do not on that account run into convincing normative objections”.

²⁹ Vide Elizabeth Phelps e Peter Sokol-Hessner in “Social and emotional factors in decision-making: appraisal and value” in Dolan, R.J., & Sharot, T. (eds), *Neuroscience of Preference and Choice: Cognitive and Neural Mechanisms*. London: Academic Press, 2011, pp. 207-222.

³⁰ Vide, para ilustrar, Law and Neuroscience. Michael Freeman (eds.). NY: Oxford University Press, 2011.

³¹ Vide Richard West, Russell Meserve e Keith Stanovitch in “Cognitive sophistication does not attenuate the bias blind spot”. *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 103 (3), Setembro 2012, pp. 506-519.

³² Vide Daniel Kahneman in *Thinking, Fast and Slow*. London: Penguin Books, 2012, p. 13: “Fast thinking includes both variants of intuitive thought – the expert and the heuristic – as well as the entirely automatic mental activities of perception and memory, the operations that enable you to know there is a lamp on your desk or retrieve the name of the capital of Russia.”

³³ Vide Daniel Kahneman in *ob.cit.*, p.20.

³⁴ *Idem*: *ob.cit.*, p. 21.

³⁵ *Idem*: *ob.cit.*, p. 22.

³⁶ *Idem*: *ob.cit.*, p. 35.

³⁷ Vide, para a crítica ao “cogito” cartesiano, António Damásio in *Descartes’ Error: Emotion, Reason and the Human*. NY: Avon Books, New York, 1999.

com o ambiente, descartando qualquer “localizacionismo” estrito. Mais: a velha disputa entre razão e emoção não encontra guarida nos dias que correm, perante a comprovação irrefutável da integração, sobretudo em zonas pré-frontais do cérebro.³⁸

Visto isso, o que pretendo assinalar é que o sistema automático, escassamente examinado na teoria clássica da decisão constitucional, funciona como industriosa usina de enviesamentos, com resíduos tóxicos: distorções cognitivas, “emotional selection”³⁹ e cascatas informacionais de alto risco potencial. Em outras palavras, o sistema I manipula os dados, longe do abrigo seguro da prudência e incorre em várias inconsistências. Como acentua Daniel Kahneman, o sistema primitivo confunde facilidade cognitiva com verdade, abusa de heurísticas e simplifica demais, especialmente ao substituir as questões difíceis por fáceis, a par de inventar causas.⁴⁰ Sim, inventa causas e produz memórias fantasiosas.⁴¹ Sofre de comprovada aversão à perda, com desmesurada reação às perdas na comparação com os ganhos.⁴² Exagera, hiperbolicamente, a coerência emocional e é propenso a confirmar impressões iniciais, quaisquer que sejam, vendo somente aquilo que quer ver.⁴³

Aí está, com a limpidez das ressonâncias magnéticas, a natureza biológica do sistema antigo do cérebro. Não obstante ser programável pelo sistema mais novo da racionalidade (o córtex pré-frontal), o sistema automático permanece preordenado a economizar energia, cobrando preço extorsivo, ao tropeçar nas questões que envolvem o exercício da lógica e do discernimento a respeito do que realmente leva ao bem-estar⁴⁴ duradouro. Sede funcional da memória,⁴⁵ simplifica para se contentar com respostas atraentes e fáceis (apesar de insatisfatórias), tudo para não enfrentar o penoso trabalho suscitado pela dúvida e para não problematizar as crenças preliminares.⁴⁶

Convém não esquecer que o próprio sistema reflexivo, quando debilitado⁴⁷ ou exaurido, apresenta-se vulnerável e libera vastos territórios mentais para o domínio

³⁸ Vide André Palmieri in “Violência na perspectiva neurocientífica dos afetos e das decisões: por que não devemos simplificar os determinantes do comportamento humano”, Revista Brasileira de Psicoterapia, 2010; 12(2-3): p. 211: “não faz mais sentido discutir-se razão *versus* emoção como uma disputa entre regiões corticais *versus* estruturas subcorticais, mas sim a integração entre razão e emoção em diversas estruturas cerebrais, particularmente nas regiões pré-frontais.”

³⁹ Vide Chip Heath, Chris Bell e Emily Steinberg in “Emotional Selection in Memes: The Case of Urban Legends,” Journal of Personality and Social Psychology, Vol. 81, n. 6, 2001, p. 1040: “Emotional selection is theoretically interesting because it tells us that informational selection is not the only process at work in the marketplace of ideas. However, emotional selection may also be practically important because it has the potential to alter social and community relationships.”

⁴⁰ Vide Daniel Kahneman in ob.cit., p. 105.

⁴¹ Vide Elizabeth Loftus in “Our changeable memories: legal and practical implications”, Nature Reviews/Neuroscience, Vol. 4, 2003, pp 231-234.

⁴² Vide Daniel Kahneman in ob.cit., p.105: “responds more strongly to losses than to gains (loss aversion).”

⁴³ Idem: p. 105: “is biased to believe and confirm.”

⁴⁴ Vide, sobre bem-estar, Daniel Kahneman, Ed Diener e Norbert Schwartz in Well Being. Russel Sage Foundation, 1999. Vide, ainda, Ed Diener, Richard Lucas, Ulrich Schimmack e John Helliwell in Well-Being for Public Policy. NY: Oxford University Press, 2009.

⁴⁵Vide Daniel Kahneman in ob.cit., p. 46: “Memory function is an attribute of System 1. (...) The extent of deliberate checking and search is a characteristic of System 2, which varies among individuals”.

⁴⁶ Vide António Damásio in E o cérebro criou o homem. SP: Cia. das Letras, 2011, p. 169: “Nossas memórias sobre certos objetos são governadas por nosso conhecimento prévio de objetos comparáveis ou de situações semelhantes. (...) são preconceituadas, no sentido estrito do termo, pela nossa história e crenças prévias.”

⁴⁷ Vide Daniel Kahneman: in ob.cit., p. 41.

opressivo de estereótipos,⁴⁸ juízos epidérmicos e falácias de toda ordem. Não raro, o sistema reflexivo deixa de funcionar (ou funciona mal) em termos de autocontrole, com pesados danos à qualidade intertemporal dos sopesamentos.

De outra parte, como atesta o experimento de Walter Mischel e Ebbe Ebbesen sobre os efeitos da incapacidade de adiar gratificações, sobrevém do automatismo a séria dificuldade de realizar escolhas sustentáveis, ao longo do tempo. Para agravar o quadro, impulsos e atalhos mentais são explorados à exaustão por aproveitadores inescrupulosos,⁴⁹ no leilão de crenças,⁵⁰ em especial nessa era de hiperconsumismo, na qual o sujeito parece convertido numa mercadoria desejável, como diagnosticou Zygmunt Bauman.⁵¹

Nesse passo, o que almejo destacar é que os argumentos e as ponderações coexistem, na mente humana,⁵² com a trama de impulsões (fenômeno evidenciado pelos experimentos de John Bargh⁵³ sobre o peso dos estereótipos). Assim, convivem o sistema I e o sistema II em crispadas batalhas entre a recompensa imediata e o pensamento de longo prazo, semelhantes às clássicas lutas das dietas. São, no fim das contas, as impulsões (sem freios) que costumam solapar ou contaminar as modulações intertemporais,⁵⁴ particularmente aquelas endereçadas ao longo prazo,⁵⁵ adensando a vulnerabilidade ao contágio emocional⁵⁶ e à ignorância pluralística.⁵⁷ O antídoto?

⁴⁸ Vide, para ilustrar a ameaça dos estereótipos (“stereotype threat”), Claude Steele in “A threat in the air: How stereotypes shape intellectual identity and performance”, *American Psychologist*, Vol. 52(6), Jun 1997, pp. 613-629.

⁴⁹ Vide Robert Cialdini in *Influence*. 4ª ed., Boston: Allyn e Bacon, 2001. Entre as ilusões cognitivas ou vieses, mostra a crença de quanto mais caro, melhor. A racionalidade sabe, com facilidade, que nem sempre é assim. Contudo, o sistema impulsivo sequer duvida. Outros vícios mentais arrolados, para ilustrar, são o de confiar cegamente no argumento do especialista, desconhecer o efeito contraste e ignorar as influências da reciprocidade, todos arditamente explorados pelo marketing. Vide, para perspectiva crítica, Michael Sandel in *What a money can't buy. The moral limits of market*. NY: Farrar, Straus and Giroux, 2012. Vide, sobre a realidade das ilusões cognitivas, Daniel Kahneman e Amos Tversky in “On the reality of cognitive illusions,” *Psychological Review* Vol. 103 (3), 1996, pp. 582-91.

⁵⁰ Vide Eduardo Gianetti in *O mercado das crenças*. SP: Cia. das Letras, 2003.

⁵¹ Vide Zygmunt Bauman in *Vida para consumo. A transformação das pessoas em mercadoria*. Rio: Zahar, 2008, p. 22: “Numa sociedade de consumidores, tornar-se uma mercadoria desejável e desejada é a matéria de que são feitos os sonhos e os contos de fadas.”

⁵² Vide André Palmieri e Victor Geraldi Haase in “‘To do or not to do?’ The neurobiology of decision-making in daily life”, *Dementia & Neuropsychologia* 2007; 1: pp.10-17. Observam (p. 15): “The crucial issue is that *in practice*, in real life, several stimuli – appealing differently to the subcortical reward and to the prefrontal systems - coexist in time. In other words, in practice, there are several stimuli with prospectively distinct levels of immediate versus delayed gratification demanding a behavioral response.”

⁵³ Vide John Bargh, Mark Chen e Lara Burrows in “Automaticity of Social Behavior: Direct Trait Construct of Stereotype Activation on Action”, *Journal of Personality and Social Psychology* 71 (1996): 230-244. Por exemplo, compor uma frase sobre idosos faz com que as pessoas, logo a seguir, inconscientemente, passem a andar mais devagar.

⁵⁴ Vide, sobre a questão intertemporal, André Palmieri e Victor Geraldi Haase in “‘To do or not to do?’ The neurobiology of decision-making in daily life,” *ob.cit.*, p.12: “Inescapably, making decisions is a constant demand upon our brains, and there is always the dichotomization between the more immediate rewards and the more delayed gratifications (without the immediate rewards).”

⁵⁵ Vide Juarez Freitas in *Sustentabilidade: Direito ao Futuro*. 4ª ed., *ob.cit.*, notadamente no Capítulo sobre falácias. Vide, ainda, James Salzman e Barton Thompson in *Environmental Law and Policy*. NY: Foundation Press, 2010, pp. 24-26.

⁵⁶ Vide, sobre a emoção como fenômeno comportamental, social e psicofisiológico e sobre o automatismo do contágio, Elaine Hatfield, John Cacioppo e Richard Rapson in *Emotional Contagion*. University of Cambridge, 1994.

⁵⁷ Tendência de agir mais quando está só, numa situação emergencial, do que em grupo, no qual resta preso à inércia. Vide, sobre a ignorância pluralística, Dale Miller e Cathy McFarland in “Pluralistic ignorance: When similarity is interpreted as dissimilarity”. *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 53(2), Aug 1987, pp. 298-305. Vide, a propósito da influência do tamanho do grupo sobre a capacidade de agir em emergência, Bibb Latane e Steve Nida in “Ten Years of Research on Group Size and Helping”. *Psychological Bulletin* 1981. Vol. 89, nº. 2, pp. 308-324.

Autoconhecimento e autocontrole o tempo inteiro. Com efeito, tomar ciência dos vieses e dos hábitos mentais é condição primordial, sem infirmar a interconexão que transcende, desde sempre, a dicotomia entre sujeito e sistema normativo.⁵⁸

Em outras palavras, se o tomador de decisões estiver vigilante, deixará de acreditar piamente na determinação do mundo pré-dado e não se deixará capturar, grosseira ou sutilmente, pelas pré-compreensões não universalizáveis. Ao passo que se estiver distraído ou confiante demais, converte-se em verdadeiro títere no jogo conjuntural, na trilha de opções tingidas por influências (internas e externas), que nada ostentam de fundo impessoal, dado que gravitam em torno de idiossincráticas oscilações na percepção dos riscos.⁵⁹

Antecipo que defendo ser perfeitamente factível filtrar e trocar predisposições equivocadas (e, em decorrência, insustentáveis). A pedra de toque, nessa senda,⁶⁰ radica, antes de mais nada, em não confiar cegamente no sistema de impulsos (próprios e alheios), nem no domínio simplificador das regras ou máximas canônicas, porque, formalismos à parte, não convém negligenciar que são os hábitos mentais que estabelecem, na maior parte das vezes, as intensidades contrastantes, no manejo dos critérios jurídicos e extrajurídicos.

Por ora, reitero que as predisposições podem conduzir a erros amazônicos de avaliação⁶¹ e atribuição causal,⁶² ainda mais quando combinadas à força do contexto.⁶³ Modelam os discursos interpretativos constitucionais, mesmo que o sistema reflexivo assegure figurar no controle. Tudo se passa como se os vieses mal escolhidos conspirassem contra o melhor julgamento,⁶⁴ desde dentro, por assim dizer. O irracionalismo arbitrário resulta do predomínio - como se constata em históricos julgamentos infames⁶⁵ - que o sistema primitivo confere às inferências que confirmam perversas convicções preliminares,⁶⁶ incorrendo no enviesamento da confirmação.⁶⁷

Logo, é temerário - para dizer o mínimo - subestimar a circunstância de que o sistema primitivo gratifica-se pela coerência (falsa) das estórias que consegue criar,⁶⁸ nada importando a quantidade e a qualidade dos dados coligidos. Ou seja, a coerência

⁵⁸ Vide a polêmica entre Emilio Betti, com o seu cânone da autonomia do objeto, in *Teoria Generale de la Intepretazione*. Milão: Giuffré, 1955 e, com acerto maior, no ponto, Hans-Georg Gadamer, com ênfase para o papel das pré-compreensões, in *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 1997.

⁵⁹ Vide Armando Freitas da Rocha e Fábio T. Rocha in *Neuroeconomia e Processo Decisório*. Rio: LTC, 2011, pp. 11-95.

⁶⁰ Hermenêutica jurídica é a ciência (mais do que arte) descritiva do processo interpretativo, em seus mecanismos conscientes e inconscientes, condicionadores da produção normativa de significados pelos intérpretes do sistema jurídico. Trata-se de interpretação tópica e sistemática, ao mesmo tempo, como preconizo in *A Interpretação Sistemática do Direito*, 5a ed., op.cit.

⁶¹ Vide Daniel Kahneman, ob.cit., p. 58.

⁶² Vide, sobre a tendência de ignorar fatores situacionais em detrimento de fatores disposicionais, o texto dos organizadores de *Psicologia social: principais temas e vertentes*. Cláudio Vaz Torres e Elaine Rabelo Veiga (orgs.) Porto Alegre: Artmed, 2011, p. 50.

⁶³ Vide, para explanação didática sobre o poder do contexto, Malcon Gladwell in *O ponto de virada*. Rio: Sextante, 2009, pp. 139-143.

⁶⁴ Vide Veronika Denes-Raj e Seymour Epstein in "Conflict between intuitive and rational processing: When people behave against their better judgment". *Journal of Personality and Social Psychology*, 66, 1994, pp. 819-829.

⁶⁵ Vide, sobre julgamentos infames, Erwin Chemerinsky in *The Case Against The Supreme Court*. NY: Viking, 2014.

⁶⁶ Vide Daniel Gilbert in "How Mental Systems Believe", *American Psychologist*, vol. 46, n.2, fev, 1991, pp. 107-118. Af sugere, à p. 116, que a aceitação temporária de uma proposição é parte do processo não voluntário de sua compreensão.

⁶⁷ Vide Daniel Kahneman in ob.cit., p. 81: "The operations of associative memory contribute to a general confirmation *bias*."

⁶⁸ Idem: ob.cit., p. 85.

pode ser cúmplice da perpetuação de erros⁶⁹ tenebrosos, via predisposições subalternas fora do radar.

Justamente por esse motivo, se o intérprete constitucional não estiver imbuído do dever de checar a si mesmo e aos dados factuais,⁷⁰ a coerência, tão valorizada (por relevantes considerações, que incluem o combate à volatilidade de súbitas reviravoltas interpretativas) tende a não encontrar o menor respaldo no sistema reflexivo, eclipsado pela excessiva confiança nas próprias inclinações.⁷¹ Vítima da ojeriza à dúvida⁷² e da propensão de suprimir as incertezas, no mau vezo de só inferir o que deseja.

Não é de estranhar que o emprego de cânones jurídicos, por exemplo, converta-se, com assiduidade, no singelo fruto da chamada correspondência de intensidade (“intensity matching”),⁷³ operação levada a cabo pelo sistema primitivo, mais do que resultante, como seria de esperar, de conselhos judiciosos e prudentiais do sistema reflexivo. Numa frase: no íntimo do tomador da decisão constitucional, indispensável vigiar constantemente para que os módulos primitivos não engolfem as partes modernas do cérebro, em termos evolucionários. Então, fortalecer as predisposições universalizáveis é requisito essencial para exercer, com êxito, o poder sobre os vieses.

Com efeito, os desvios cognitivos estão presentes em toda atividade interpretativa, sem que a exegese constitucional represente exceção, por maior prestígio que se atribua aos comandos heterônomos da Carta. É que intervêm atalhos heurísticos,⁷⁴ conforme aversões e preferências, ao sabor de saltos infundados, que culminam em julgamentos⁷⁵ distorcidos. Donde segue a premência de arrolar os principais vieses (“biases”) que espicaçam o balanceamento virtuoso e imparcial, selecionados entre os (provavelmente) mais assíduos. Ei-los:

(a) o viés da confirmação:⁷⁶ a predisposição de optar por dados e informações que somente confirmam as crenças e impressões preliminares, sem passar pelo crivo apurado do sistema reflexivo, em que pese o risco da seleção adversa.⁷⁷ Ocorre, por exemplo, quando o intérprete constitucional, fatigado ou estressado, fixa inclinação inicial e seleciona provas e argumentos que confirmem o apriorismo, afastando tudo aquilo que se colocar em dissonância. Desnecessário dizer que a crença de partida pode estar rotundamente equivocada, inclusive pela escassez de dados disponíveis. A

⁶⁹ Vide Robert Cialdini in ob.cit., p.119.

⁷⁰ A rigor, sem niilismo, conhecemos somente narrativas, não os fatos propriamente.

⁷¹ Vide Daniel Kahneman in ob.cit., p. 87: “The confidence that individuals have in their beliefs depends mostly on the quality of the story they can tell about what they see, even if they see little. We often fail to allow for the possibility that evidence that should be critical to our judgment is missing – what we see is all there is.”

⁷² Idem: ob.cit, p. 114: “System 1 is not prone to doubt. It suppresses ambiguity and spontaneously constructs stories that are as coherent as possible. Unless the message is immediately negated, the associations that it evokes will spread as if the message were true.”

⁷³ Idem: ob.cit., p. 93.

⁷⁴ Vide Paul Slovic, Melissa Finucane, Ellen Peters e Donald G. MacGregor in “The affect heuristic” in *Heuristics and Biases*. Thomas Gilovich, Dale Griffin e Daniel Kahneman (Eds.). Cambridge: Cambridge University Press, 2002, pp. 397-420.

⁷⁵ Vide Daniel Kahneman in ob.cit., pp. 103-105.

⁷⁶ Idem: ob.cit., p. 81: “System 1 is gullible and biased to believe, System 2 is in charge of doubting and unbelieving, but System 2 is sometimes busy, and often lazy. Indeed, there is evidence that people are more likely to be influenced by empty persuasive messages, such as commercials, when they are tired and depleted.”

⁷⁷ Vide, acerca do viés confirmatório, Antonio José Maristrello Porto e Lucas Thevenard Gomes in “Economia comportamental e contratos de adesão,” in *Revista de Direito Empresarial*, BH, ano 9, n.1, jan/abril 2012, p.69: “O viés confirmatório é uma predisposição de um indivíduo para a seleção adversa de informações que confirmem suas hipóteses ou preconceitos anteriormente estabelecidos, independentemente de a informação ser ou não verdadeira.”

mente julgadora, ao pretender confirmar a qualquer custo, funciona rápido demais e se fecha perigosamente a opções distintas. Nessa seara, o melhor é rever continuamente as inclinações e os precedentes judiciais, mantendo a mente o mais aberta possível.

(b) o viés da falsa coerência: a predisposição de negar a incômoda dúvida e de suprimir artificialmente a ambiguidade (não menos incômoda), inventando narrativas coerentes.⁷⁸ Coerência frequentemente fictícia, para dizer o mínimo. Ocorre, por exemplo, quando a mente “lê” textos normativos como se estivessem escoimados de opções interpretativas conflitantes, valorizando mais ou menos arbitrariamente determinados elementos semânticos, sintáticos ou pragmáticos. Nesse caso, superestima a coerência daquilo que lhe é exposto ou⁷⁹ apresenta inclinação de, em face da incerteza, preferir a via da deferência excessiva ao consenso⁸⁰ ou ao argumento eleito “ad hoc.” Imagino que uma dose moderada de ceticismo e desapego à conformidade decisionista seja o remédio correto contra tal enviesamento, cujas raízes repousam na confusão entre a aspiração legítima da homeostase social e a estabilidade obtida a qualquer preço.

(c) o viés de aversão à perda:⁸¹ a predisposição de valorizar mais as perdas do que os ganhos (o dobro, em média).⁸² Trata-se de fenômeno que possui, como os demais, convincente explicação evolucionária. O ponto é que, embora útil na vida selvagem, predispõe à inércia conservadora e autocentrada, e sabota as transformações prioritárias, encaradas como ameaças, até de exclusão social.⁸³ O medo da perda, com frequência, toma conta e paralisa: impede as inovações sustentáveis. Pode ocorrer, por exemplo, na sobrevalorização desmedida de perigos, por temor exacerbado. Manifesta-se ainda na inércia que deixa de tomar providências cautelares, na ânsia simplista de tudo preservar. O antídoto, nesses casos, está em regular as impulsões, de modo a escrutiná-las com o raciocinado senso de moderação, não mobilizando apegos e temores ancestrais.

(d) o viés do “status quo:”⁸⁴ a predisposição de manter escolhas feitas, ainda que disfuncionais, anacrônicas, iníquas e obsoletas. Ocorre, por exemplo, quando o intérprete constitucional, tendo adotado determinada linha de orientação, resigna-se a mantê-la, mesmo que o precedente não reencontre, na atualidade, os pressupostos da sua consolidação. É o típico vício daqueles que rejeitam o senso de adaptação

⁷⁸ Vide Daniel Kahneman in ob.cit., p. 114: “System 1 is not prone to doubt. It suppresses ambiguity and spontaneously constructs stories that are as coherent as possible. (...) System 2 is capable of doubt, because it can maintain incompatible possibilities at the same time.”

⁷⁹ Idem: ob.cit., p. 114: “we are prone to exaggerate the consistency and coherence of what we see.”

⁸⁰ Vide Gretchen Sechrist e Charles Stangor in “When are intergroup attitudes based on perceived consensus information?” *Social Influence*. vol. 2, Issue 3, 2007, pp. 211-235.

⁸¹ Vide Cass Sunstein e Richard Thaler in *Nudge*. Rio: Elsevier, 2009, pp. 36-37: “De maneira geral, a tristeza pela perda é algo duas vezes maior do que a alegria proporcionada pelo ganho dessa mesma coisa. (...) A aversão à perda ajuda a produzir inércia, ou seja, um forte desejo de não mexer no que você possui neste momento.”

⁸² Vide Richard Nisbett in ob.cit., p.109. Observa: “Temos a tendência de evitar desistir daquilo que possuímos, mesmo em situações nas quais uma análise de custo-benefício conclui que deveríamos abrir mão do que temos em troca da perspectiva clara de conseguir algo melhor.”

⁸³ Vide Jaak Panksepp in “Feeling the pain of social loss”. *Science* 2003; 302: pp. 237-239. Vide, ainda, *Social Pain: Neuropsychological and Health Implications of Loss and Exclusion*. Geoff MacDonald and Lauri A. Jensen-Campbell (Eds.), Washington: American Psychological Association, 2011.

⁸⁴ Vide William Samuelson e Richard Zeckhauser in “Status Quo Bias in Decision Making”, *Journal of Risk and Uncertainty*, 1: p.8 (1988): “This article reports the results of a series of decision-making experiments designed to test for status quo effects. The main finding is that decision makers exhibit a significant status quo bias. Subjects in our experiments adhered to status quo choices more frequently than would be predicted by the canonical model”.

(incremental ou de fundo) perante as inovações culturais. O viés do “status quo”⁸⁵ tende a introduzir atroz ativismo regressivo que zomba da integridade, como se verificou, no contexto brasileiro, na tardança aviltante em abolir a cruel escravatura.⁸⁶ O remédio consiste em perceber que o melhor modo de preservar é avançar, no cumprimento de objetivos sustentáveis.

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

(f) o viés do otimismo⁹⁰ excessivo: a confiança extremada guarda conexão direta com as previsões exageradamente seguras (e negligentes),⁹¹ ligadas a erros nem sempre inocentes.⁹² A solução, nesse caso, é adotar uma dose moderada de otimismo, pois o excesso de confiança deturpa os julgamentos e alija os cuidados inerentes à prevenção e à precaução.⁹³ O melhor é se abster de julgar até recuperar o estado equilibrado. Extremismo nunca será boa predisposição inclusiva e equitativa, como se exige no âmbito da tomada da decisão constitucional.

(g) o viés da preferência pelo presente (“present-biased preferences”):⁹⁴ trata-se da tendência de hipervalorizar os resultados imediatos, sem perquerir sobre os efeitos de longo espectro da decisão constitucional, causando prejuízos de toda ordem (inclusive à saúde pública), por falhas conspícuas nas escolhas intertemporais.⁹⁵ É um dos mais graves inimigos da decisão intertemporal. O remédio consiste em pretender, em sentido forte, o desenvolvimento sustentável, o bem-estar duradouro e a justiça

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁹⁴ Vide Stephan Meier e Charles Sprenger in “Present-Biased Preferences and Credit Card Borrowing”, *American Economic Journal: Applied Economics*, vol. 2, n° 1, 2010, pp. 193-210. Observam: “The finding that directly measured present bias correlates with credit card borrowing gives critical support to behavioral economics models of present-biased preferences in consumer choice. This paper opens up a number of avenues for future research”.

⁹⁵ Vide Shane Frederick, George Loewenstein e Ted O’Donoghue in “Time Discounting and Time Preference: A Critical Review”, *Journal of Economic Literature*, vol. 40, n° 2, 2002, pp. 351-401.

intergeracional,⁹⁶ mirando nas gratificações continuadas, em nome de benefícios líquidos.⁹⁷

Como tais vieses ilustram (além de outros, como o da disponibilidade – “availability bias,”⁹⁸ que distorce as estimativas de probabilidade, ou o da ancoragem),⁹⁹ é fundamental identificar, no processo de percepção¹⁰⁰ constitucional, aqueles mecanismos enganadores que inclinam a encontrar respostas rápidas, mas errôneas, para perguntas difíceis.¹⁰¹ De fato, é crucial reconhecer a onipresença de vieses e armadilhas mentais. Os bons tomadores de decisão são aqueles que identificam as predisposições e tratam de produzir hábitos mentais capazes de automatizar as escolhas sábias e legítimas.

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

Desse modo, insofismável que, perante recentes achados científicos sobre como opera o cérebro humano, as teorias normativistas não merecem prosperar, sem retoques de fundo. Realmente, não servem as fórmulas abstratas de ponderação, por mais sedutoras que se afigurem, uma vez que até as tentativas matemáticas, como a fórmula de Daniel Bernouill,¹⁰⁴ são de debilidade manifesta. É que, como observa com clarividência, Antonio Damásio,¹⁰⁵ a própria memória, nas suas evocações, depende de pré-compreensões. Cabe, nessa medida, consolidar as predisposições universalizáveis, com base em evidências. Lógico, isso recomenda abandonar fantasias como a autonomia do objeto, sonhada por Emilio Betti.¹⁰⁶ Impõe-se o cuidado realista contra as simplificações dos cânones hermenêuticos, por melhores que tenham sido os anelos inaugurais. É que ignoram como a mente combina razão e emoção (tanto nos casos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰⁶ Vide Emilio Betti in *Teoria generale dell'interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1955.

“fáceis” como nos “difíceis”), condição para não extraviar os sentimentos morais.¹⁰⁷ A rigor, sem as emoções (filtráveis, é claro), os próprios julgamentos resultariam impraticáveis.

Como enfatizei, a mente humana, às voltas com desvios cognitivos, tende, na média, a valorar velozmente demais. À conta disso, o intérprete constitucional sagaz trata de manter o autocontrole para exorcisar erros sistemáticos, marcadamente no tocante à eleição de premissas. Para dizer de modo frontal, os automatismos inibem a impessoalidade, a compaixão racional (de que fala Paul Bloom¹⁰⁸) e a justiça recíproca.¹⁰⁹ Sem dúvida, o significado normativo pode resultar afetado pela desconsideração do futuro e¹¹⁰ pela polarização de grupo.¹¹¹ Os hábitos mentais moldam as escolhas interpretativas, mediante triangulação “estímulo-recompensa-rotina” que opera em “loop,”¹¹² no qual o cérebro tenta agir com o menor esforço possível. Os aludidos erros sistemáticos irrompem exatamente quando os automatismos se aliam à racionalidade pouco laboriosa, de sorte a embargar a atuação inibidora de rotinas superiores.¹¹³

Entretanto, assentadas as bases neurais dos juízos,¹¹⁴ existe solução para a vitória dos juízos íntegros e congruentes. Consiste em, via livre-arbítrio,¹¹⁵ trocar voluntariamente de hábitos mentais, neutralizando as predisposições negativas. Bem por isso, proponho a troca deliberada de predisposições. Em vez da discriminação negativa, o hábito da igualdade includente e da imparcialidade aberta.¹¹⁶ Em lugar do imediatismo imprevidente, o hábito da prospecção de impactos multidimensionais (sociais, ambientais, econômicos, éticos e jurídico-políticos). Em substituição da inércia crônica e omissivista, o hábito louvável da intervenção motivada, contida e providencial. Em troca de ódio, inveja e ressentimento, o hábito da simpatia racional. Em troca das capturas plutocráticas, o hábito seguro de pretender o bem de todos. Em lugar da simplificação mutiladora, o hábito de apreciar a riqueza da biodiversidade e da interconexão de tudo. Em vez do antropocentrismo estrito, o hábito de valorizar e respeitar o valor intrínseco dos seres vivos em geral.

¹⁰⁷ Vide Jorge Moll e Ricardo de Oliveira Souza in “Primeiro sentimos, depois julgamos”. *Mente e Cérebro. Especial O Segredo da Decisão*, n. 35, 2013, pp. 48-55.

¹⁰⁸ Vide Paul Bloom in *Against Empathy. The Case for Rational Compassion*. London: The Boldon Head, 2016.

¹⁰⁹ Vide, sobre “homo reciprocans” e vantagens da reciprocidade positiva, Armin Falk, Thomas Dohmen, David Huffman e Uwe Sunde in “Homo Reciprocans: Survey Evidence on Behavioral Outcomes”, *Economic Journal*, vol. 119, March 2009, pp. 592-612.

¹¹⁰ Vide, sobre os vieses que interferem na racionalidade administrativa, Thomas Bateman e Scott Snell in *Administração*. SP: Atlas, 2011, pp. 79-80. Vide, sobre o viés do desconto hiperbólico, *Vieses do Pougador*, Vol. 3. Série CVM Comportamental. Rio: CVM, 2016, p. 19.

¹¹¹ Vide, sobre a polarização de grupo, Cass Sunstein in *Going to extremes: How like minds unite and divide*. NY: Oxford University Press, 2009, pp. 1-20. Vide, ainda, Daniel Insenberg in *Group Polarization: A critical review and meta-analysis*. *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 50(6), Jun 1986, pp. 1141-1151.

¹¹² Vide, para relato das pesquisas sobre o hábito, Charles Duhigg in *O Poder dos Hábitos*. SP: Objetiva, 2012, p. 36: “Esse processo dentro dos nossos cérebros é um loop de três estágios. Primeiro há uma deixa, um estímulo que manda seu cérebro entrar em modo automático, e indica qual hábito ele deve usar. Depois há a rotina, que pode ser física, mental ou emocional. Finalmente, há uma recompensa, que ajuda seu cérebro a saber se vale a pena memorizar este loop específico para o futuro.”

¹¹³ *Idem*: pp. 38-39, 64-79.

¹¹⁴ Vide Jorge Moll, Roland Zahn, Ricardo Oliveira Souza, Frank Krueger e Jordan Grafman in “The neural basis of human moral cognition”. *Nature Reviews Neuroscience* 6, 2005, pp. 799-809.

¹¹⁵ Vide, sobre o livre-arbítrio, Jaak Panksepp in *Affective Neuroscience: The Foundations of Human and Animal Emotions*. NY: Oxford, 1998, p. 329.

¹¹⁶ Vide, sobre a imparcialidade aberta, Amartya Sen in *The Idea of Justice*. London: Penguin Books, 2010.

No ponto, andou bem Francis Bacon, não apenas ao destacar o elevado poder dos hábitos (os mais dominantes adquiridos na infância), como ao recomendar a estratégia de deixar as mentes predispostas ao aprimoramento.¹¹⁷ Mais do que nunca, o intérprete constitucional tem que manter viva a consciência de que as escolhas, em larga medida, espelham o conjunto das rotinas existenciais, das epidérmicas às mais enraizadas.

De passagem, seria injusto não evocar Aristóteles¹¹⁸ e Platão,¹¹⁹ numa convergência rara sobre o papel decisivo dos hábitos. De fato, os tomadores da decisão constitucional, se quiserem evitar os condicionamentos viciosos e alcançar os resultados apropriados, têm o condão de fazê-lo, via troca planejada e consciente de hábitos mentais, redirecionando-os¹²⁰ para padrões superiores.

Com esse fito, o intérprete “desliga” o hábito de pensar exclusivamente o curto prazo, incorporando as lentes da visão prospectiva. Nutre o hábito de desconfiar das próprias crenças, por mais aliciantes que se afigurem, ciente do viés de confirmação. Revela-se atento ao viés de aversão à perda e cultiva a mentalidade avaliativa “ex ante” dos custos e benefícios (diretos e indiretos), sem descurar da precificação das externalidades negativas. Em vez da confiança excessiva e da miopia temporal, espousa postura de vigilância contra estados alterados (excitações, fadigas, arroubos e desencantos radicais). Pratica o discernimento de diferir as gratificações.¹²¹ Evita o viés do “status quo”, contrapondo-lhe o hábito de tudo pensar como perfectível. Em síntese, para cada enviesamento desvendado, adota uma rotina sustentável alternativa.

À base do articulado, os hábitos mentais são elementos nevrálgicos para requalificar a tomada da decisão constitucional, numa combinação harmoniosa das habilidades cognitivas e não-cognitivas (salientadas por James Heckman).¹²² A interpretação sugerida é, pois, aquela voltada a produzir, homeostaticamente, resultados liquidamente benéficos multidimensionais. Inversamente, a má interpretação constitucional será sempre o fruto de vieses patológicos, disfuncionais e não universalizáveis.

3. Conclusões

A modo de resumo, a interpretação constitucional, empreendida com a crescente consciência dos vieses e da força de hábitos mentais, é enriquecida sobremaneira. Não é tarefa fácil ou trivial. Supõe ir a fundo e perscrutar a alma de quem decide e o conjunto dos seus hábitos mentais, acima dos estreitos domínios da dogmática jurídica ortodoxa. Claro que existe perigo nessa abordagem: o desavisado

¹¹⁷ Vide Francis Bacon in *Ensaio sobre moral e política*. SP: Edipro, 2001, p. 135.

¹¹⁸ Vide Aristóteles in *The Nichomachean Ethics of Aristotle*. London: Bohn, 1850, pp. 33-34: “The virtues, then, are produced in us neither by nature nor contrary to nature, but, we being naturally adapted to receive them, and this natural capacity is perfected by habit”.

¹¹⁹ Vide, sobre o hábito, a assertiva de Platão: “the character is engrained by habit” in *Laws*, Livro VII, 792e, *The Dialogues of Plato*, Oxford: Clarendon Press, 1953, vol. IV, p. 359.

¹²⁰ Vide Timothy Wilson in *Redirect*. London: Penguin, 2011.

¹²¹ Vide, sobre a resistência às tentações em favor de objetivos de longo alcance, Walter Mischel, Ozlem Ayduk, Marc Berman, B. J. Casey, Ian H. Gotlib, John Jonides, Ethan Kross, Theresa Teslovich, Nicole L. Wilson, Vivian Zayas e Yuichi Shoda in “Willpower over the life span: decomposing self-regulation”, *Social Cognitive and Affective Neuroscience Advance Access*, Oxford University Press, set., 2010, pp. 1-5.

¹²² Vide James Heckman, ao realçar a prioridade do desenvolvimento das chamadas “soft skills” in “The technology and neuroscience of capacity formation, *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 104(3): pp. 13250-13266. Vide, ainda, James Heckman e Yona Rubinstein in “The Importance of Noncognitive Skills: Lessons from the GED Testing Program.” *American Economic Review* 91(2), pp. 145-49.

poderia supor que os condicionamentos são fatais e inelutáveis. Não são. Espero ter deixado bem claro. O que há de alentador é a plausibilidade de atuar nos bastidores mais íntimos da produção de resultados interpretativos. Ademais, não nego a serventia evolucionária dos vieses, nem o peso das intuições. Tampouco pretendo dizer que toda predisposição seja sinônimo de erro. Longe disso. Bem lidar com predisposições significa fazer com que deixem de funcionar como fontes de erros sistemáticos e passem a favorecer as decisões acertadas sistematicamente. Em breve recapitulação, sublinho as ideias centrais da presente explanação:

- (a) Os condicionamentos prévios e as predisposições habitam o núcleo das escolhas constitucionais. Hábitos determinam, para o bem ou o mal, o resultado da decisão interpretativa, por maior que seja o respeito à alteridade dos textos. Em que pese essa constatação empírica, grifo que, em virtude do livre-arbítrio (aptidão de vetar os impulsos que não se universalizam satisfatoriamente), os vieses não são sinônimo de fatalidade.
- (b) É crucial que o intérprete constitucional se compenetre de suas rotinas mentais, das simples às mais elaboradas. Nesse quadro, o escrutínio dos vieses (“biases”) sobe de ponto, de ordem a filtrar não somente os aspectos cognitivos, mas os acervos de motivações subjacentes.
- (c) Em lugar do normativismo estrito, no suposto apreço às regras preexistentes, avulta o antídoto da reformatação deliberada de hábitos mentais. Nessa ordem de considerações, não faz o menor sentido postular que o “background” de cada intérprete possa ou deva ser cancelado.
- (d) O esclarecimento dos vieses não representa, por si, garantia de bom julgamento. No entanto, auxilia poderosamente no sentido da reconformação deliberada de hábitos decisórios aptos a conciliar o presente e o prospectivo, a razão e a intuição, o jurídico e o extrajurídico. Dito de outra forma, nenhum intérprete consistente e congruente pode ignorar a força das predisposições.
- (e) Com o emprego de achados comportamentais, sem prejuízo de ferramentas argumentativas, é possível ultrapassar, com vantagens, o mito da autonomia metafísica do objeto normativo, admitindo o peso da formação axiológica de qualidade. São, desse modo, insuficientes as teorias hermenêuticas que não tratam dos vieses, especialmente o da confirmação, o do “status quo”, o da aversão à perda, o do enquadramento, o do otimismo irrealista e o da miopia temporal. Não é saudável prosseguir na ignorância desses desvios (cognitivos e não-cognitivos) que comprometem, por ação ou omissão, a aceitabilidade das consequências jurídicas, sociais, ambientais, econômicas e éticas da decisão constitucional.
- (f) A simplificação das heurísticas, conquanto funcione bem às vezes, é altamente temerária, pois inibe prognoses confiáveis e meditadas. Então, nas hipóteses

de conflito entre os dois sistemas descritos (o automático e o reflexivo), o prudente é hierarquizar de modo a evitar os sequestros límbicos.

- (g) Tudo considerado, resulta cristalino que uma das maiores incumbências hemerísticas, no século em curso, será a de mapear e escoimar os erros sistemáticos de julgamento constitucional, oriundos de vieses implícitos e explícitos. Afinal, sem negar a alteridade do sistema jurídico, importa cultivar hábitos superiores (moral e juridicamente), no intuito de produzir normas concretas que viabilizem a atmosfera propícia ao bem-estar duradouro. Viés não é destino fatal.

Recebido para publicação em 07-09-18; aceito em 08-10-18