



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO CEARÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
Curso de Mestrado em Direito

SAMARA DE OLIVEIRA PINHO

**A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS SOB A PERSPECTIVA DAS
CIÊNCIAS COGNITIVAS: LIMITES E POSSIBILIDADES PARA A FORMAÇÃO
RACIONAL DO CONVENCIMENTO MOTIVADO**

Fortaleza

2018

SAMARA DE OLIVEIRA PINHO

A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS SOB A PERSPECTIVA DAS
CIÊNCIAS COGNITIVAS: LIMITES E POSSIBILIDADES PARA A FORMAÇÃO
RACIONAL DO CONVENCIMENTO MOTIVADO

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito *Stricto Sensu* da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção ao título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Lima Guerra.

Fortaleza

2018

SAMARA DE OLIVEIRA PINHO

A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS SOB A PERSPECTIVA DAS
CIÊNCIAS COGNITIVAS: LIMITES E POSSIBILIDADES PARA A FORMAÇÃO
RACIONAL DO CONVENCIMENTO MOTIVADO

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa
de Pós-Graduação em Direito *Stricto Sensu* da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial para a obtenção ao título de mestre.

Aprovada em ____ / ____ / ____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Marcelo Lima Guerra (Orientador)

Universidade Federal do Ceará

Prof. Dr. Carlos Marden Cabral Coutinho (Coorientador)

Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo (Membro)

À Vania e Eraldo, como não poderia deixar de ser.

AGRADECIMENTOS

A gratidão é um dos sentimentos que mais deve ser nutrido pela humanidade, porque reflete a realidade de que não se consegue ser ou fazer absolutamente nada sozinho, ainda que se tente assim permanecer.

Por isso, agradeço a Deus em primeiro lugar, por todas as bênçãos.

Meus sinceros agradecimentos aos meus pais, Vania e Eraldo, aos quais devo tudo que tenho e sou (nenhuma palavra ou texto serão o suficiente para expressar minha gratidão). Agradeço aos meus familiares, dentre tios, tias, primos, avós, enfim, eles – mais do que ninguém – acreditam em mim.

Especialmente, agradeço ao meu amado Geraldo, que segue sempre ao meu lado e, não importa em que momento, apoia-me em tudo que faço e acredito, além de me proporcionar leveza e amor em todos meus dias.

Agradeço ao meu querido e admirado Orientador, Prof. Marcelo Guerra que, além de grande jurista, é um verdadeiro mestre no magistério. Agradeço-o por ter me guiado na realização dessa complexa pesquisa e por ser uma permanente fonte de inspiração (ainda que involuntariamente).

Agradeço, especialmente, ao meu Coorientador, Prof. Carlos Marden; primeiro, por ter aceitado de bom grado ao convite em me auxiliar na produção deste trabalho; segundo, por toda a paciência, disponibilidade, dedicação e atenção que me foram destinadas. Meus agradecimentos sempre serão muito pouco diante de todo o conhecimento que me fora compartilhado.

Por fim, mas igualmente importante, agradeço imensamente a toda equipe do escritório Montenegro Assessoria Jurídica, que me recebeu de braços abertos, proporcionando-me um excelente ambiente de trabalho e, mais do que isso, por toda a compreensão e apoio quanto as atividades e obrigações perante o transcurso de meu Mestrado. Obrigada por acreditarem em mim e estarem comigo em cada desafio.

Meus sinceros agradecimentos a todos.

*The time has come to make things right
You and I must fight for our rights
You and I must fight to survive*

(Trecho da Música *Knights of Cydonia*, da banda *Muse*).

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo apresentar a necessidade de se estabelecer um diálogo entre a Ciência Jurídica e as Ciências Cognitivas, extraindo destas algumas ferramentas teóricas indispensáveis a uma compreensão mais realista da formação racional do convencimento motivado, de modo a conceder amparo científico à própria construção da fundamentação das decisões judiciais. Denota-se, pois, que um estudo sobre fundamentação decisória deve perpassar, antes de tudo, por uma mínima compreensão sobre o funcionamento e conceituação da mente e cognição humanas, vez que a atividade jurisdicional é uma manifestação do próprio exercício da cognição, motivo pelo qual a realização de mais uma pesquisa sobre o tema da fundamentação judicial sem a análise das influências dos aspectos mentais do julgador não se mostraria tão produtiva. É relevante, portanto, o conhecimento sobre os conceitos específicos das Ciências Cognitivas, especialmente institutos e ferramentas basilares desse campo de estudo para que se possa conceder suporte ao exame da fundamentação das decisões judiciais, em consideração a alguns limites e possibilidades encontrados quando do estudo da mente humana (e, igualmente, da própria cognição). Com base nesses pressupostos, segundo o emprego do método descritivo, a partir de levantamento bibliográfico da doutrina nacional e internacional sobre a temática, esta pesquisa abordará, inicialmente, algumas noções sobre a mente humana, raciocínio, inconsciente, Semântica Cognitiva, enfim, aspectos aparentemente estranhos ao Direito, mas que, ao final, demonstrar-se-ão intimamente ligados a ele, além de resultar num ganho sistêmico e conceitual no ato de interpretação judicial e normativa. Em seguida, enfrentar-se-á a diferença entre fundamentação e decisão judicial, seus contrapontos na limitação da atuação do julgador, investigando eventuais falhas que o raciocínio humano pode apresentar e de que forma isso pode repercutir na função jurisdicional. Por fim, refletir-se-á de que modo a junção entre Ciências Cognitivas e Ciência Jurídica pode colaborar no aprimoramento do estudo, aplicação e, especificamente, interpretação das normas quanto à fundamentação decisória.

Palavras-chave: Ciências Cognitivas. Fundamentação Judicial. Limites. Possibilidades.

ABSTRACT

This paper aims to present the necessity to establish a dialogue between Juridical Science and the Cognitive Sciences, extracting some theoretical tools that are indispensable to a realistic comprehension to the rational formation from motivated stipulation, in order to concede a scientific support to its own fundamental construction to judicial decisions. Therefore, a study about operative justification should be conducted, before, by a minimal understanding, about the functioning and conceptualization of the mind and human cognitions, which is known that jurisdictional activity is a manifestation of the own exercise of cognition, reason which the development of a research about the theme on judicial justification, without the analysis of the influences on mental aspects from the judging, would not demonstrate so productive. It is relevant the knowledge about the specific concepts of Cognitive Sciences, especially institutes and basic appliances from this field of study to convey support to the exam of legal reasoning of legal decisions, in consideration to a few limits and possibilities found, related to the human mind reports (and, equally, the cognition itself). Based on these presumptions, in accordance with the use of descriptive method, since bibliographical evaluation from the nation doctrine and international about the thematic, this research will focus, initially, on some notions about the human mind, rationale, unconscious, Cognitive Semantic, aspects apparently unusual to the Law, in which, at the end, will demonstrate closely connected to it, besides the results in a systemic gain and conceptual in the act of judicial interpretation and normative. Thereafter, it will confront the difference between justification and judicial decision, its counterpoints in the limitation of performance of the judging, investigating possible failures that the human thought could exhibit and how it can impact on jurisdictional matter. In conclusion, it will reflect in which way the junction between Cognitive Sciences and Legal Science can collaborate to the improvement to the study, application and, specifically, on the interpretation of norms related to the decisive legal ground.

Keywords: Cognitive Sciences. Judicial Legal Ground. Limits. Possibilities.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 CIÊNCIAS COGNITIVAS: NOÇÕES ELEMENTARES E SUA RELAÇÃO COM A CIÊNCIA JURÍDICA	16
1.1 Inquietações iniciais	16
1.2 Uma breve fuga do senso comum teórico-jurídico	22
1.3 Noções elementares sobre as Ciências Cognitivas	27
1.3.1 <i>Um conceito de mente humana</i>	32
1.3.2 <i>Um pouco de Semântica Cognitiva</i>	36
1.3.3 <i>O papel do inconsciente</i>	41
1.3.4 <i>Da racionalidade</i>	46
1.4 O que isto tem a ver com o Direito?	51
2 DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E VIESES COGNITIVOS	57
2.1 Inquietações iniciais	57
2.2 O direito-dever de motivação das decisões judiciais e a crença como elemento psicológico	62
2.2.1 <i>Decidir vs. fundamentar</i>	66
2.2.2 <i>Há controle sobre o pensamento “automatizado”?</i>	71
2.3 A estrutura da decisão judicial e sua (não) fundamentação (art. 489, §1º, CPC/2015)	75

2.3.1 As regras de experiência e os conceitos jurídicos indeterminados	83
2.4 Desafios da busca de uma fundamentação (maximamente) racional	85
2.4.1 Uma breve análise sobre o Modelo de Argumentação de Toulmin	87
2.4.2 Um modelo de juiz?	89
2.5 Vieses Cognitivos	95
3 A FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO MOTIVADO: LIMITES E POSSIBILIDADES COGNITIVAS PARA A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	99
3.1 Inquietações iniciais	99
3.2 Convencimento motivado e convicção	103
3.2.1 Da vinculação à interpretação normativa	108
3.2.1.1 Da insuficiência da Ciência Hermenêutica: vagueza de conceitos, correntes e métodos	112
3.2.1.2 A “pré-compreensão” de Gadamer e a delimitação de um conceito à luz das Ciências Cognitivas	116
3.2.2 Linguagem e experiência humana: os frames e backgrounds das Ciências Cognitivas	121
3.3 Reflexos na fundamentação da decisão judicial	125
3.4 Limites e possibilidades cognitivas para a formação do convencimento judicial	129
CONSIDERAÇÕES FINAIS	134

REFERÊNCIAS	138
-------------------	-----

INTRODUÇÃO

É elementar a noção segundo a qual o ato de decidir é central na atividade de um magistrado. Embora entenda-se que, no momento da prolação de sua decisão, o indivíduo incumbido desta função esteja representando o próprio Estado, não se pode olvidar que este mesmo indivíduo permanece a ostentar a condição de ser humano – sujeito às falhas, equívocos e precipitações inerentes ao seu existir, que, direta ou indiretamente, podem influenciar no desenvolvimento de sua atividade jurisdicional, seja de maneira positiva ou negativa.

O Direito, por sua vez, se constrói com a finalidade de tornar as relações ‘inter’, ‘multi’ e/ou ‘pluripessoais’ mais estáveis e seguras, segundo a elaboração de normas jurídicas com o fito de garantir e proteger direitos fundamentais, além solucionar os conflitos sociais que porventura surjam, mediante o desenvolvimento de um processo judicial devido, o qual, em sua lógica, não concebe a ocorrência de erros específicos, isto é, relacionados ao funcionamento da cognição humana, ainda que sejam inevitáveis. Explica-se.

A existência de um ordenamento jurídico, que se institui sobre um Estado Democrático de Direito, pressupõe, dentre outros atributos, segurança, estabilidade e horizontalidade nas disposições normativas que serão aplicadas aos seus destinatários. No caso da função jurisdicional, são aplicadas pelo próprio juiz, não devendo haver, em tese, margem para a ocorrência de falhas na aplicação da norma que não estejam conectadas com o próprio Direito, ou melhor, questões que fogem ao âmbito de interpretação técnico-normativa. Contudo, em vista de essa função ser executada por seres humanos, os equívocos se revelam forçosos (seja de que natureza forem), razão pela qual podem até ser evitados ou minimizados, mas não totalmente eliminados.

A decisão judicial, via de regra, se exhibe como um produto final de toda essa persecução processual, com a necessidade de agregar-se a devida e imprescindível fundamentação, como requisito de sua própria validade, de modo que, nesse processo complexo de construção decisória, o julgador deve se atentar aos fatos e normas aplicáveis ao caso concreto.

Nesse âmbito – de construção da decisão e da própria fundamentação – também e normalmente, não se concebem falhas de raciocínio (apesar de existirem), exigindo-se do juiz a entrega de um “produto” conforme às leis, aos fatos, além de correto e adequado às pretensões dos interessados. Não há, no entanto, um método ou fórmula delimitados ou que sejam

minimamente consagrados ou aceitos na doutrina brasileira no que tange à elaboração da fundamentação decisória especificamente, tampouco da própria decisão, que contemplem questões ligadas ao modo de operação da mente do julgador, não havendo orientação quanto às reais possibilidades e limitações dele no momento de exercício de sua atividade.

Esta circunstância dificulta o desenvolvimento da atividade jurisdicional pelo próprio juiz. Na verdade, deixa-se de aprimorar a realização de seu ofício e a própria prestação jurisdicional aos interessados, uma vez que se refere ao requisito de validade da decisão, isto é, a fundamentação judicial. De ressaltar, porém, que a inexistência de tal método não pode ser reputada, necessariamente, como falha teórica ou legal, tendo em vista que esse tema, de fato, é bastante complexo e requer estudo, amadurecimento e evolução teórico-prática – algo que está progredindo aos poucos. Adianta-se que a busca por esse método ou tentativa de sua construção não será objeto deste trabalho, mas sim outros desdobramentos desse contexto, que a seguir se expõe.

A complexidade sobre o tema da fundamentação da decisão judicial é denotada pelo próprio alicerce desse estudo, qual seja a cognição humana, vez que tentar compreender o processo de elaboração da fundamentação de certa decisão, efetivada por um indivíduo, exige conhecimento sobre sua cognição. No entanto, isso, muitas vezes, é ignorado, sendo um ponto para o qual se fecha os olhos ou não se coloca como um problema a ser enfrentado ou compreendido.

Porém, não é possível entender sobre fundamentação decisória, conforme restará claro ao longo deste trabalho, sem, antes, entender um pouco sobre a cognição humana e seus limites e possibilidades, de modo que esse estudo não deve ser realizado como um estudo comum sobre normas e Direito, devendo-se considerar a atuação cognitiva do julgador, na medida em que se exige uma interdisciplinaridade para entender devidamente o processo de elaboração e construção da fundamentação de uma decisão judicial, a nível do que se denomina de Ciências Cognitivas.

Neste estudo, portanto, adentrar-se-á às noções basilares oferecidas pelas Ciências Cognitivas, com o objetivo de entender um pouco sobre a mente humana e seu funcionamento, mais precisamente, o ato de “conhecer” e “fazer” do ser humano e suas reações, considerando seus acertos e falhas no que tange ao raciocínio, de forma a concentrar-se no momento em que este – o indivíduo – externa-se para o mundo. Afinal, o que realmente importa para os fins de

verificação, mormente em âmbito normativo, é aquilo que se realiza e não apenas se pensa/reflete/raciocina, vez que a mera intenção ou vontade do julgador em si não é objeto do controle jurídico, principalmente no que concerne à fundamentação decisória – que será o objeto principal desta pesquisa.

Desta feita, as Ciências Cognitivas terão um papel essencial no desenvolvimento deste trabalho, servindo-se como pano de fundo a este, na medida em que se intenta imprimir na Ciência Jurídica e, mais precisamente, no campo de estudo sobre a fundamentação decisória, a consciência e o entendimento de que não se pode ignorar o entroncamento e os reflexos diretos das acepções e institutos relacionados à cognição humana para a implementação e aprimoramento do Direito. A fim de sofisticar a própria cientificidade jurídica, intenta-se franquear suporte de caráter interdisciplinar para seu desenvolvimento, agregando ao tema da fundamentação das decisões judiciais parâmetros e ferramentas para compreender o raciocínio humano e como isso pode refletir na atividade do juiz, especialmente quanto à possibilidade de falhas durante o processo de elaboração de suas razões de decidir.

Entretanto, adverte-se que não se pretende esgotar a temática, vez que a vastidão a qual o assunto detém não permite a realização de tal empreitada, razão pela qual se optou, dentro do que seja necessário para cumprir os objetivos deste estudo, a utilizar-se de alguns “achados” e institutos das Ciências Cognitivas, relativos aos pontos mais relevantes, que podem influenciar mais claramente sobre a fundamentação decisória.

Este trabalho, portanto, não deixa de ser eminentemente jurídico, mas com pretensões interdisciplinares, que se exibem inevitáveis ao aprimoramento do estudo sobre a fundamentação das decisões judiciais, na medida em que apresenta aspectos proeminentes da interação dessas duas Ciências – Jurídica e Cognitiva. Disto, extrai-se a própria relevância da temática tratada, uma vez que o estudo sobre a fundamentação decisória está, cada vez mais, em evidência. Entretanto, não se observam estudos com o intuito de enfrentar a própria limitação do indivíduo-juiz frente às possibilidades que sua cognição lhe oferece¹, na formulação da fundamentação da

¹ Uma exceção é a tese de Leonardo Wykrota (2017, p. 88), o qual realizou um estudo inédito no Brasil, em que abordou alguns aspectos do Poder Judiciário como Instituição, sob a perspectiva da Neurociência – a qual está dentro do que se denomina de Ciências Cognitivas. Em seu trabalho, referido autor ainda cita outros poucos estudiosos sobre o tema, quais sejam Álvaro Ricardo de Souza Cruz, Oscar Vilhena, Hugo de Brito Machado Segundo, Carlos Cabral Coutinho, dentro outros poucos, não se podendo olvidar, ainda, Marcelo Lima Guerra.

decisão judicial, havendo urgência em agregar essa espécie de conhecimento à própria Ciência Jurídica.

Com esta pesquisa, objetiva-se, em geral, entender o entroncamento entre as Ciências Cognitivas e a Ciência Jurídica, analisando conceitos específicos daquela área de estudo que podem influenciar diretamente nesta. Especificamente, objetiva-se conhecer institutos, conceitos e ferramentas basilares das Ciências Cognitivas, enfrentar a diferença entre fundamentação e decisão judicial em si e seus contrapontos na limitação da atuação do julgador, investigar eventuais falhas que o raciocínio humano pode apresentar e de que forma isso reflete na função jurisdicional, por fim, refletir de que modo o diálogo entre Ciências Cognitivas e Ciência Jurídica pode colaborar no aprimoramento do estudo e na aplicação sobre a fundamentação decisória.

Para tanto, intentar-se-á satisfazer os seguintes questionamentos: *i.)* Qual a relação entre Direito e Ciências Cognitivas? *ii.)* De que forma este campo de estudo pode colaborar com o desenvolvimento daquele? *iii.)* Qual a diferença entre decisão e fundamentação? *iv.)* Há controle quanto à sua elaboração? *v.)* Se há um modelo ideal de juiz? *vi.)* É possível identificar eventuais equívocos na realização da atividade jurisdicional, havendo limites executáveis? *vi.)* Que espécie de conhecimento as Ciências Cognitivas podem agregar à Ciência Jurídica para aprimorar a construção da fundamentação das decisões judiciais, mormente no âmbito do convencimento motivado?

O presente trabalho é dividido em três capítulos. No primeiro, serão abordados os pontos mais essenciais sobre as Ciências Cognitivas, isto é, a noção de mente humana, raciocínio, o papel do inconsciente, Semântica Cognitiva, enfim, aspectos aparentemente estranhos ao Direito, mas que, ao final, demonstrar-se-ão intimamente ligados a ele, para entender a própria limitação do julgador. No segundo, serão tratados o conceito e posição no ordenamento jurídico do princípio da motivação das decisões judiciais, a própria diferenciação entre fundamentação e decisão, além de sua estrutura e o enfrentamento de eventuais modelos de juízes, culminando no estudo sobre os vieses cognitivos e sua relação com a fundamentação decisória.

Por fim, no capítulo terceiro, será explorado o conceito de convencimento motivado e sua afinidade com a interpretação das normas jurídicas, perpassando por um breve histórico e por noções quanto à Hermenêutica Jurídica e Constitucional, para justificar a necessidade de agregar outros elementos para além da própria interpretação quanto à compreensão e aplicação das normas, especialmente no âmbito de construção de uma fundamentação decisória. Além disso,

serão apontados alguns dos conceitos e elementos extraídos das Ciências Cognitivas, na busca do preenchimento e aprimoramento de conceitos já consolidados no campo jurídico, com fins de disseminar tal conhecimento.

Esta pesquisa foi realizada com emprego do método descritivo, a partir de levantamento bibliográfico da doutrina nacional e internacional sobre a temática, de maneira específica e abrangente, além da feitura de exame legislativo, para possibilitar a construção de analogias e/ou associações com a finalidade de interdisciplinar a análise sobre a fundamentação das decisões judiciais, ao somar-se elementos das Ciências Cognitivas.

Alerta-se, entretanto, que serão utilizadas as noções e conceitos mais elementares das Ciências Cognitivas, isto é, aquilo que está mais assentado no seio da comunidade científica, sendo ratificado em livros consagrados, tanto de cunho meramente informativo e de divulgação, como de pesquisa mais detalhada. Assim, intentar-se-á alinhar tais questões aos estudos que existem sobre fundamentação da decisão judicial e, ao final, providenciar conclusões próprias e autênticas, devidamente embasadas.

Com a realização desta pesquisa, em suma, buscar-se-á demonstrar o enorme ganho sistêmico, epistêmico, conceitual e científico que o Direito alcançará ao considerar elementos e ferramentas das Ciências Cognitivas, especialmente quanto à seara de estudos sobre fundamentação da decisão judicial.

1 CIÊNCIAS COGNITIVAS: NOÇÕES ELEMENTARES E SUA RELAÇÃO COM A CIÊNCIA JURÍDICA

Neste capítulo inaugural, far-se-á uma análise sobre os principais aspectos e acepções extraídas das Ciências Cognitivas, com o objetivo de enfrentar questões pouco debatidas na seara jurídica, mas que, na realidade, têm bastante relevância para o desenvolvimento específico de um estudo sobre a construção das decisões judiciais e, especificamente, de sua fundamentação.

Para tanto, necessário um exame sobre temas, à princípio, alheios à Ciência Jurídica, no sentido de fugir um pouco de seu lugar teórico mais comum, para, ao final, ser demonstrado que, a rigor, o Direito tem profunda ligação com o desenvolvimento e as definições advindas das Ciências Cognitivas. Dentre os temas mais importantes, avaliar-se-á a concepção de mente humana, em conjunto com algumas compreensões da chamada Semântica Cognitiva; as peculiaridades da própria racionalidade, o papel do inconsciente, enfim, noções de natureza elementar das Ciências Cognitivas que ajudarão a conceber este trabalho.

As Ciências Cognitivas, assim, permearão todo o desenrolar desta pesquisa, na medida em que as bases ora traçadas servirão de ponto de partida para as demais reflexões incluídas em cada parte deste trabalho, denotando-se sua relevância para auxiliar o aprimoramento da Ciência Jurídica, mormente da fundamentação das decisões judiciais.

1.1 Inquietações iniciais

O conceito de “perfeição” é bastante controverso, uma vez que depende de inúmeras variáveis e especialmente do ponto de vista de quem o define, modificando-se conforme parâmetros estabelecidos em relação ao objeto ou até mesmo à pessoa a qual se refere, motivo pelo qual qualquer pretensa idealização de perfeição está inevitavelmente sujeita às críticas; seja em âmbito do conhecimento científico (quando da construção de uma teoria ou experimento desta); seja, até mesmo, no âmbito do senso comum (quando, por exemplo, afirma-se que determinada senhora ostenta beleza inquestionável, sendo possível que um sujeito surja afirmando que não é bem assim).

Os supostos ideais e objetos aparentemente acabados são postos à dúvida e à prova facilmente, tendo em vista as eventuais mudanças de contexto e do observador, por exemplo. Em Platão, o belo, o amor e a perfeição são alocadas em sua acepção de “mundos” bipartidos, em que o primeiro diz respeito ao “mundo” das ideias e intangíveis – no qual a perfeição se encontra – e

o segundo refere-se ao “mundo” físico e natural (PLATÃO, *online*, 36-37), de modo que as concepções ideais denotam certo *status* virtuoso².

O que se intenta demonstrar é que o atributo da perfeição deve ser refletido antes de ser concedido a algo ou alguém e, neste último caso, torna-se ainda mais temerário fazê-lo. Explica-se. O ser humano é um organismo complexo que, por sua vez, é composto por diversos sistemas, dentre eles, o sistema nervoso, em que se encontra o centro das percepções, ações e sensações do homem, isto é, o encéfalo³ (BEAR; CONNORS; PARADISO, 2002, p. 5).

Sabe-se que, em expressiva parte inclusive, os estudos sobre este órgão são permeados por dúvidas, mormente no que dizem respeito às consequências e causas do comportamento humano, uma vez que o encéfalo se encontra envolto a uma estrutura complexa⁴ de bilhões de neurônios e processos de transmissões sinápticas⁵ que têm a função de externar a linguagem, o movimento, as sensações, as decisões e, de modo geral, responsabiliza-se pelo funcionamento e desenvolvimento da cognição humana (KANDEL *et al.*, 2014, p. 3).

Por isso, afirma-se que todo esse conjunto biológico é parcela ainda não (inteiramente) desvendada pelo conhecimento científico, na medida em que é objeto de muitas suposições e “verdades provisórias” que ainda se busca compreender. Este posicionamento não é fruto de um mero *doxa* desta pesquisa, uma vez que são comuns as expressões “acredita-se”, “crer-se”, “supõe-se”, quando estudos se referem a aspectos sobre o sistema nervoso como um todo e, especificamente, ao funcionamento do cérebro, a exemplo das pesquisas sobre transtornos mentais (BEAR; CONNORS; PARADISO, 2002, p. 497).

Por esta razão, a cognição humana está sujeita a falhas, falsas impressões, erros de interpretação e formação de crenças⁶ equivocadas, das quais podem decorrer efeitos negativos (MYERS, 2014, p. 110), findando-se pela não possibilidade de caracterizar-se as ações e reações do ser humano, em algum aspecto, como perfeitas.

² A concepção de Platão é utilizada neste trabalho tão somente para ilustrar que a perfeição é imputada como uma noção intocável e inalcançável, de modo a não ser (ao menos, não deveria ser) facilmente atribuível.

³ Apesar de, muitas vezes, utilizar-se indistintamente os termos “cérebro” e “encéfalo”, ressalva-se que tais conceitos não têm qualidade de sinônimos, na medida em que o cérebro corresponde a uma parcela do encéfalo, este que abrange todos os componentes da caixa craniana do homem, inclusive o cérebro (BEAR; CONNORS; PARADISO, 2002, p. 4).

⁴ O encéfalo é formado pelo cérebro, cerebelo e tronco encefálico, dispostos numa rede de mais de cem bilhões de células nervosas individuais e conectadas em circulas neurais (BEAR; CONNORS; PARADISO, 2002, p. 10).

⁵ As transmissões sinápticas correspondem à comunicação entre neurônios (KANDEL *et. al*, 2014, p. 157).

⁶ Esclarece-se que ainda se dedicará, neste trabalho, mais detidamente a um conceito específico de crenças.

Assim como a cognição, a seara das ciências humanas, não se afasta ou, muito menos, exclui o caráter inacabado, incompleto e falível comum ao próprio conhecimento científico (RESCHER, 2003, 15-18), de forma que é possível sinalizar que não se pode proporcionar razão para supor que seja possível atingir o ponto nodal entre o observado e o não observado (DANCY, 1993, 72-74), ou melhor, entre a propositura de uma teoria e o alcance absoluto e universal da mesma no plano prático, vez que sempre haverá certa margem de erro e não aplicabilidade.

Especificamente, na Ciência Jurídica, existe um tema que merece destaque, em especial para fins deste trabalho, qual seja a formação e a capacidade do juiz como prolator de decisões, ou melhor, sobre a formulação ou idealização de uma espécie de modelo de juiz e de fundamentação de decisão judicial. Na verdade, na literatura jurídica (brasileira principalmente) não se encontram estudos minimamente aprofundados sobre o “ser juiz” ou sobre um método próprio de tomada de decisões judiciais e construção de sua fundamentação, de modo que se olvidam as limitações cognitivas de um juiz (que é usual a qualquer ser humano –, dissociando-se completamente algo indissociável: o juiz-pessoa do juiz-instituição⁷).

Dessa forma, é comum a negligência que se comete quanto ao tratamento de aspectos do processo de tomada de decisões e sua respectiva forma de fundamentação, na medida em que se direciona a atenção abruptamente para o próprio resultado; ou, quando se debruça sobre o momento antecedente ao resultado, não se realiza um estudo atento e criterioso sobre as dificuldades e possibilidades inerentes a um processo mental tão complexo como o é o processo de decidir.

O ato de decidir é diverso do ato de fundamentar, conforme restará explícito em item específico deste trabalho, podendo-se adiantar, no entanto, que aquele não é racionalmente controlável, razão pela qual este trabalho tem por foco a fundamentação das decisões judiciais. O resultado advindo do ato de fundamentar proferido pelo julgador fornece aos jurisdicionados elementos que os garantem a possibilidade de controlar, corrigir e até modificar o conteúdo da decisão judicial e, por outro lado, as Ciências Cognitivas apresentam ferramentas que auxiliam o próprio julgador no processo de interpretação dos fatos e das normas jurídicas, podendo aprimorar a realização dessa atividade.

⁷ Estas expressões são utilizadas no presente trabalho para designar quando o juiz é tratado de forma pessoal, no primeiro caso; e quando o juiz é tratado como o próprio Estado, exercendo a função jurisdicional.

Por isso, é importante inserir uma perspectiva epistemológica para este assunto, para que se lembre sobre a possibilidade (latente) de falibilidade na própria interpretação das normas (MACHADO, 2014, p. 198), trazendo claramente um aspecto do pensamento de Popper à Ciência Jurídica (POPPER, 2010, p. 217-222), em certa medida. Apesar de esta concepção de imperfeição ou falhas nos atos humanos ser óbvia, é relevante trazê-la à baila no sentido de denunciar que a idealização ou modelo de formação de um julgador no âmbito do Direito não deve pressupor que ele esteja resguardado de equívocos tão somente por ostentar uma posição de autoridade. Na verdade, segundo reflexão de Marcelo Guerra (2015, p. 58), o próprio ser humano está familiarizado com seus equívocos sobre convicções – principalmente quando formadas involuntariamente.

De igual modo, a própria formulação de um modelo ou padrão a ser seguido no que tange à construção da fundamentação judicial não garante, por completo, a eliminação de falhas, entretanto, pode-se estabelecer meios que realizem a necessária correção e aproximem-na do melhor e mais correto resultado, mormente quando o próprio indivíduo – prolator deste resultado – tem consciência das possibilidades e hipóteses de erros em seu ato de decidir.

A ciência é falível e derrotável⁸ na mesma medida que um ato decisório, razão pela qual não se concebe a ideia de que um juiz possui capacidade inquestionável para proferir suas decisões. Não se deve olvidar que, no Brasil, o ingresso na magistratura ocorre mediante a submissão dos candidatos a um concurso público de provas e títulos⁹ que, geralmente, é composto de três etapas: uma prova objetiva, uma prova subjetiva e uma prova oral. Se aprovado, o sujeito realiza um curso de formação para juízes e, em seguida, é investido no cargo. Percebe-se que a formação do magistrado é feita, desde sua seleção, de maneira “simples” no que diz respeito ao desempenho de duas funções e de seu ofício em tomar decisões, uma vez que o

⁸ O caráter derrotável do objeto de estudo do Direito (a norma) diz respeito à situação de que nem todas as prescrições normativas devem ser tomadas como absolutas, podendo-se não serem aplicadas no momento em que se afere circunstâncias que, efetivamente, não se enquadram à norma e, por isso, são derrotadas (PRAKKEN, SARTOR, *online*, passim), mormente o comportamento dialético da construção da norma (PRAKKEN, SARTOR, *online*, p. 7).

⁹ Constituição Federal de 1988.

Art. 37. [...]

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

juiz somente irá se preparar estritamente para sua função meses antes de assumir seu cargo em definitivo.

Arrisca-se a afirmar que nenhuma das etapas acima mencionadas, ainda que em conjunto, têm aptidão suficiente para habilitar um indivíduo a tomar decisões (tão importantes e, por vezes, complexas) com base num método de argumentação ou, muito menos, prepará-lo para corrigir ou evitar as intempéries, vicissitudes e vícios de seu pensamento, que podem levá-lo a uma interpretação ou crença equivocada, considerando que essas matérias são ignoradas, até os dias atuais, pelos próprios juristas.

Desta feita, impende-se demonstrar que o ato de decidir não é controlável e, nesse sentido, deve-se conscientizar os juizes de suas eventuais falhas e de que isso é inerente ao seu ser, cabendo-lhes, todavia, o dever de fundamentar sua decisão, para que a mesma possa ser apreciada e controlada pelos jurisdicionados, havendo significativo ganho sistêmico teórico-prático no entendimento das diferenças entre as ações de decidir e fundamentar.

Esclarece-se, assim, que este estudo optou por realizar uma análise sobre a própria fundamentação das decisões judiciais, sem desconsiderar aspectos relevantíssimos desse processo trazidos pelas Ciências Cognitivas, no intento de não incorrer nas mesmas superficialidades e equívocos de um estudo sobre o tema, como é o caso da exclusão de uma (ainda que breve) pesquisa sobre aspectos da mente humana e de sua cognição. O juiz não deve assumir a posição de uma espécie de “herói” com poderes sobrenaturais para o exercício de sua função, de modo que estudos que buscam controlar ou limitar o funcionamento e o desenvolvimento de uma racionalidade para decidir, sem o enfrentamento de questões ligadas ao funcionamento da cognição humana, não se exibem como um estudo mais próximo do completo, já que estas questões são inegáveis à construção de uma decisão judicial e, especialmente, de sua fundamentação.

A tomada de decisões é uma constância para o homem, estando este rodeado por pequenas e grandes escolhas cotidianamente. Para um magistrado, esta constância faz parte de seu ofício e tem repercussões extensas e expressivas na vida de outras pessoas. Mas há um procedimento adequado sobre como ocorrem essas decisões? Esse processo respeita alguma linearidade? É possível controlá-lo?

Estas questões serão objeto de maior aprofundamento em itens específicos deste trabalho, porém adianta-se que já se sabe que não se pode dissociar o ato de tomar decisão da

própria emoção, sendo errôneo o pensamento segundo o qual a racionalidade está afastada do aspecto das sensações e emoções do homem, havendo papel indispensável do “sentimental” para a conduta de decidir. Há estudos, inclusive, que comprovam que pessoas que possuem algum tipo de lesão na parte do cérebro responsável pela “administração” de emoções (a região pré-frontal ventromediana) não conseguem tomar decisões (DAMÁSIO, 2015, p. 65). Entretanto, essas emoções, a par de serem inerentes ao ato decisório, não estarão inclusas na fundamentação respectiva, motivo pelo qual se denota ainda mais a importância deste estudo, devendo-se destacar o caráter essencialmente jurídico da fundamentação, no qual o aspecto emocional não estará contemplado textualmente.

Na medida em que o magistrado afeta direta e indiretamente a vida das pessoas, mediante a prolação de suas decisões, termina por realizar verdadeiras transformações nas vidas dos jurisdicionados, motivo pelo qual seus atos decisórios devem ser revestidos das características da controlabilidade, corrigibilidade e modificabilidade, mediante a racionalização e exposição de uma adequada fundamentação. No entanto, justamente em razão do modo ainda não completamente compreendido quanto ao funcionamento de sua mente e da limitação de sua cognição, reputa-se enorme dificuldade em se estabelecer critérios e métodos para o desenvolvimento de uma teoria da fundamentação decisória.

Ressalta-se que estabelecer critérios objetivos e racionais para uma ação que é, naturalmente, subjetiva, como o é o ato de decidir, é tarefa desafiadora, contudo é imprescindível realizar uma análise sobre o modo de desenvolvimento de uma decisão judicial, a partir de sua fundamentação, em consideração aos elementos das Ciências Cognitivas, para entender, ao menos, as limitações e reais possibilidades do julgador.

Apesar de se considerar que as emoções têm papel direto nas decisões, do mesmo modo, deve-se considerar que as emoções são cognitivamente impenetráveis (ZEELLENBERG; NELISSEN; PIETERS, 2008, p.175-176), razão pela qual não resta suficiente o mero entendimento sobre estas influências internas, mas principalmente do que é externado e pode ser controlado numa decisão judicial, revelando-se a sua fundamentação como elemento viável de aferição da adequabilidade e racionalidade daquilo que foi deliberado, sendo este um ponto imprescindível de segurança jurídica na qual o Direito se firma nesse assunto. Com efeito, é indispensável para esta pesquisa a consideração de elementos e concepções das Ciências Cognitivas de maneira integrada e interdisciplinada com o Direito, auxiliando-o, para que não se

façam críticas sem o adequado exame de como, realmente, é possível limitar e formular a fundamentação decisória, racionalmente.

Neste primeiro item, por fim, destaca-se a crítica à pressuposição de que os magistrados possuem uma preparação completa e perfeita para a prolação de decisões judiciais adequadamente fundamentadas, não estando, supostamente, sujeitos a erros por possuírem, também supostamente, um sistema seguro de tomada de decisões.

1.2 Uma breve fuga do senso comum teórico-jurídico

Para a continuidade do presente estudo, é necessário que se realize uma espécie de “des-ambientação” do lugar comum da Ciência Jurídica, com o objetivo de atentar-se às influências e confluências de aspectos que não se circunscrevem normalmente dentro do universo do Direito, mas que advêm de outros “ramos” do conhecimento científico, mais precisamente das Ciências Cognitivas. Neste item, demonstrar-se-á o porquê.

A colaboração de um enfoque extrajurídico permite que uma pesquisa se desenvolva de forma mais realista e abrangente, revelando-se mais proveitosa para a comunidade científica e, em especial, para a sociedade. Ignorar esses aspectos é persistir no erro e acostumar-se com uma visão solipsista de mundo. Quando se trata da análise da fundamentação das decisões judiciais, por sua vez, essa interdisciplinaridade se exhibe ainda mais indispensável, na medida em que a negligência ou o tratamento *an passant* de questões ligadas à cognição humana não restam suficientes para o propósito de compreensão e questionamento do processo de criação judicial das razões de uma deliberação.

Por isso, para que não se cometam precipitações, é relevante considerar a unidade do conhecimento científico (HESSEN, 2003, p. 5), isto é, sua indivisibilidade e totalidade dos objetos sob a análise da cognição humana, evitando o risco de revestir-se (o conhecimento científico) das características do que se pode denominar de senso comum teórico. Explica-se.

Considerando que o conhecimento científico pode ser definido a partir daquilo que não é conhecido ou ignorado; ao especializar-se um dado saber, há uma tendência irrefletida de desmembrar aquele ponto especificado do todo já conhecido, apartando-o e afastando-o do conhecimento em sua completude. As “especialidades” podem, assim, ignorar os influxos do “sistema” de conhecimento científico, uma vez que se encontra imersa tão somente em suas

peculiaridades, sem apreciar as possibilidades outras que o saber – em sua totalidade – lhe oferta (AFTALIÓN; VILANOVA; RAFFO; 2004, p. 5).

Nessa perspectiva, não apenas a experiência comum detém certa carga de penumbra, mas, igualmente, o conhecimento científico, na ocasião em que se divide em diversos “ramos”, sem a oportunidade de interdisciplinaridade entre estes. Torna-se, com isso, uma espécie de senso comum teórico, admitindo a “contaminação” de seu caráter científico por *doxas* (BACHELARD, 1996, p. 18) e dogmas, em virtude de passar a ser atingido por uma gama de discursos notadamente ideológicos, sem perspectiva zetética.

Com o Direito, não é diferente, motivo pelo qual é imprescindível que se concilie seu estudo com noções advindas de outras ciências, que levem em consideração elementos e concepções que ofereçam uma análise mais completa e – insista-se – realista do problema da fundamentação das decisões judiciais. Neste trabalho, por isso, intentar-se-á “sair da caixa” da literatura jurídico-tradicional, apresentando visões outras que não necessariamente sejam extraídas da cultura jurídica, mas que muito têm a colaborar para uma pesquisa desta natureza.

Um estudo em que se distancia o Direito da análise da cognição humana, ou sequer considera uma aproximação entre ambos os saberes, não se revela como um exame minimamente suficiente para aprimorar a tarefa de aplicação das normas¹⁰, uma vez que é necessário indicar razões cognitivas e racionalmente possíveis no que tange à atividade de interpretar e executar as normas jurídicas, não se devendo limitar a realizar um estudo retórico, que se utiliza exaustivamente de conjunturas e expressões teóricas sem o arcabouço necessário para o enfrentamento do próprio problema¹¹ da fundamentação decisória, sem apresentar uma proposta factível de eventual solução.

¹⁰ Sobre a denominada atividade de ‘aplicação das normas’, importa ressaltar que se reputa de natureza complexa e deve ser realizada obrigatoriamente por um juiz, em virtude do princípio da legalidade, de modo que tais normas, segundo o paradigma de Robert Alexy, são cindidas entre normas-regras e normas-princípios, as quais são analisadas e, enfim, aplicadas, pelo julgador (GUERRA, 2015, p. 47).

¹¹ Como exemplo de obras que tratam da aplicação (equivocada) de normas no contexto brasileiro, cita-se a obra “Entre Hidra e Hércules” de Marcelo Neves, em que o autor realiza um estudo sobre as espécies de normas (regras e princípios), criticando as diversas teorias que abordam a temática, além de lançar apreciação sobre a própria interpretação das normas pelo Poder Judiciária de forma a rejeitar a condução e construção das decisões judiciais com base no que ele chama de “panaceia de princípios” (NEVES, 2013, p. 9). Entretanto, o autor não oferece uma proposta, efetivamente, palpável para a resolução do problema que ele aponta, limitando-se a criar uma nova teoria sobre o assunto (com a apresentação de uma nova estrutura para regras e princípios) que, em nada, quanto a aspectos práticos, colabora para o melhor entendimento ou solução da formulação de uma decisão judicial mal fundamentada. Cruz e Wykrota afirmam que o autor em comento esforça-se em buscar nomenclaturas para “zonas de incertezas”, a exemplo das figuras híbridas (2015, p. 7), com o objetivo de demonstrar um tratamento depreendido de firmar conceitos úteis e delimitados.

Afere-se que denunciar, por exemplo, que as decisões judiciais não são bem fundamentadas porque são influenciadas negativamente por aspectos econômicos, políticos, ou de outra ordem qualquer não é, obviamente, suficiente, vez que, na verdade, esta situação é facilmente identificável no contexto brasileiro. No entanto, quando se busca a explicação dos motivos para alcançar tal conclusão ou de como isso foi mensurado, simplesmente não se encontra, tampouco apresenta-se mínima solução¹².

Há uma verdadeira crise que se apresenta com isso quanto ao próprio tratamento (doutrinário) precipitado sobre o assunto, vez que, antes de se oferecer uma crítica teórica ao ambiente pragmático da Ciência Jurídica (isto é, à aplicação das normas pelo Poder Judiciário), é preciso identificar o problema nas próprias construções teóricas que lhe dão suporte.

Assim, por exemplo, como tipo de zona de senso comum teórico-jurídico, tem-se a utilização da hermenêutica gadameriana para a compreensão do fenômeno decisório, no sentido de alocar a linguagem como um fim em si mesmo para viabilizar e legitimar a fundamentação da decisão judicial¹³. Primeiramente, destaca-se que aquilo que se imputa como ‘virada linguística’, com o passar do tempo, recebeu intensa promoção por parte de diversos teóricos do conhecimento científico, inclusive, na área do Direito, de modo que, às vezes, se toma a linguagem como explicação para tudo (MACHADO, 2014, p. 214), com caráter absoluto.

Este posicionamento, no entanto, é bastante problemático, tendo em vista que não leva em consideração os aspectos da realidade palpável, isto é, entende-se que o acesso à realidade sequer chega a ser parcial, alocando a linguagem como intermediador de todas as ações humanas. Consequentemente, a virada linguística não pode se prestar para a explicação ou fundamentação de toda a vida humana, mormente no campo jurídico, no qual há a necessidade de identificação de um espaço de realidade crível e aceitável, tendo em vista que seu objeto de estudo é a norma (KELSEN, 2003, p. 79) e – se assim for considerada a linguagem – esta poderia assumir um caráter volúvel.

A linguagem, nesse viés, deve ser concebida sim como um instrumento para se entender uma parte da realidade, mas não toda ela; e, no que se refere ao Direito – que tem como principal

¹² É o que se extrai da explanação de Neves sobre a aplicabilidade da teoria de Luhmann para a sociedade brasileira (NEVES, 2013, 115-116).

¹³ Isto é o que faz Lenio Streck em sua obra “Hermenêutica Jurídica e(em) crise” ao sustentar que o modelo de interpretação de Gadamer, que enaltece a utilização da linguagem como forma de compreender o mundo, traz maior legitimidade e segurança na atividade criativa do julgador, como se isso, por si só, fosse, de fato, suficiente a tal propósito (1999, p. 174-175/187).

tarefa a interpretação das normas e o estudo dos fatos (AFTALIÓN; VILANOVA; RAFFO, 2004, p. 160-163) – deve-se ter ainda mais cautela para não invocar a linguagem como suporte teórico para todos os acontecimentos jurídicos. E disto é que se busca se afastar este estudo.

A proposta teórica de Gadamer quanto à interpretação dos acontecimentos no sentido de “colocar em jogo os próprios conceitos prévios, com a finalidade de que a intenção do texto seja realmente trazida à fala para nós”¹ (GADAMER, 1997, p. 578, v.1), ou seja, sobre a existência de uma consciência histórica no ser humano (GADAMER, 2003, p. 18), apesar de importante, não foi suficiente aos propósitos de se delimitar a construção da fundamentação de uma decisão judicial – e esta nem era sua intenção. Segundo tal autor, seria inevitável considerar os próprios conceitos alocados de antemão ao exame final, em face da característica de historicidade da racionalidade humana, denominando isto de “pré-compreensão”.

Veja-se que a “pré-compreensão” gadameriana é tão somente um dos fatores a ser identificado no complexo processo de interpretação das normas, não sendo minimamente satisfatória a assegurar uma tomada de decisão bem fundamentada e legitimada. Na verdade, exhibe apenas um pequeno traço do abstruso ato de deliberação a ser formulado e fundamentado pelo juiz.

Desta sorte, dedicar-se-á, no capítulo final deste estudo, um espaço próprio para investigar o entroncamento entre a formação do convencimento motivado e, conseqüentemente, a fundamentação das decisões com o ato de interpretação das normas, com considerações a respeito do pensamento de Gadamer, com o propósito de adaptar e preencher o significado da “pré-compreensão” e suas possibilidades práticas, por meio dos elementos das Ciências Cognitivas que serão analisados.

Esclarece-se, portanto, que este trabalho não despreza a relevância da hermenêutica gadameriana¹⁴. Na verdade, em nenhum momento, intenta-se negar as contribuições teóricas de referido autor para fins de se estabelecer um raciocínio mais adequado ao ato de interpretar, porém é necessário compreender e admitir que este posicionamento não é, por si só, suficiente à delimitação de um método de fundamentação de decisões judiciais e, muito menos, exhibe-se

¹⁴ Lembra-se, por exemplo, que Gadamer se contrapôs à hermenêutica metodológica de Dilthey, ao apresentar uma hermenêutica de caráter ontológico que não se funda no ato de adivinhar o que se passa diretamente na própria consciência do julgador ou do legislador, segundo uma percepção psicológica da atividade interpretativa (GADAMER, 2003, p. 27), sem, igualmente, desconsiderar a importância da distinção entre ciências naturais e ciências humanas realizada por Dilthey (GADAMER, 2003, p. 12), de modo a ressaltar, de logo, o caráter não cartesiano da Ciência Jurídica.

como bastante para arrazoar a conduta do próprio julgador na tarefa de aplicação das normas, razão pela qual é imprescindível a realização de uma releitura.

Há problemas de ordem muito mais complexa que envolvem o processo de raciocínio e formulação da fundamentação da decisão judicial, que merecem ser encarados pela Ciência Jurídica, como, por exemplo, a existência de limitações cognitivas e a possibilidade de corrigi-las, de modo que a mera criação teórica de uma espécie de “padrão” de juiz que – supostamente – possui um preparo inigualável para o desenvolvimento de suas atividades pouco ou em nada contribui no ato de construção da decisão judicial, como é o caso dos Juízes Hércules e Iolau (DWORKIN, 1999, p. 287; NEVES, 2013, p. 227)¹⁵.

O que o julgador precisa não é de uma série de comandos vazios da doutrina – carentes de uma estrutura segura de direcionamento – mas sim entender e incorporar sobre a possibilidade de tomar decisões equivocadas e racionalmente precárias, imbuídas de algum aspecto que ignora em sua consciência, em razão de algum viés cognitivo¹⁶, motivo pelo qual é necessário que haja uma exposição de suas razões para franquear aos jurisdicionados oportunidade de controle e correção. Com efeito, ao juiz urge conscientizar-se da factibilidade de errar em virtude de algum pensamento apressado, intuído ou não raciocinado adequadamente.

Por ora, impende não se olvidar que o magistrado está imerso à atividade de aplicação de normas e estas são, geralmente, formuladas por meio de textos que contém palavras e, dentro de todo esse conjunto, pode-se extrair inúmeros conceitos, os quais não são palpáveis e de fácil percepção, em face de sua inesgotabilidade de sentidos (CRUZ; WYKROTA, 2015, p. 3-5; FALCÃO, 2010, p. 93), de modo que esta circunstância reflete na própria interpretação e tentativa de reconstrução da perspectiva fática da questão em análise, dada à impossibilidade de acesso à realidade (GUERRA, 2015, p. 39), potencializando as distorções cognitivas e, pior, distorções éticas¹⁷.

¹⁵ Os conceitos de Juiz Hércules e Juiz Iolau instituem, primeiro, a ideia de julgador com uma capacidade enorme de identificação de todos os princípios havidos no ordenamento jurídico e, segundo, de um julgador que possui aptidão para “desparadoxizar” a defendida relação difícil entre regras e princípios (este aspecto será tratado com mais afinco no capítulo segundo deste trabalho).

¹⁶ Este conceito será retomado em momento específico do trabalho.

¹⁷ Embora não seja o objeto deste trabalho, vale frisar que, além das interferências involuntárias que a mente e a cognição humana podem realizar no processo decisório do julgador, não se deve fechar os olhos para as próprias interferências e deturpações voluntárias dentro de tal processo, provocadas por interesses alheios ao caso concreto, de natureza essencialmente pessoal e ideológica do julgador, o qual pode converter seu ato decisório em verdadeiro desvio ético.

1.3 Noções elementares sobre as Ciências Cognitivas

Antes de adentrar diretamente ao mérito das Ciências Cognitivas e suas peculiaridades, interessa a este estudo uma contextualização da evolução do conhecimento científico, haja vista o engrandecimento de uma visão holística de mundo, na tentativa de afastar-se e superar-se o clássico raciocínio cartesiano – algo que influencia essencialmente a concepção de mente adotada neste trabalho; e que ainda será abordada com a devida atenção.

Adianta-se que aquilo que se imputa como pensamento cartesiano diz respeito à famosa formulação de René Descartes (1996, *passim*) no que tange à seguinte proposição: “Penso, logo existo” (“*Cogito, ergo sum*”) de modo a caracterizar a racionalidade como algo separado de todo o organismo humano, ou seja, a capacidade de pensar racionalmente estaria completamente desvinculada do corpo humano e de seu funcionamento, havendo uma cisão entre mente e corpo (CAPRA, 2006, p. 37)¹⁸. Neste estudo, admite-se que esta concepção é, no entanto, equivocada, além de ser prejudicial a diversos ramos do conhecimento e sua forma de compreender a vida, vez que restringe bastante as possibilidades da ação humana e de sua própria capacidade de raciocinar, desconsiderando as influências eminentemente corpóreas e naturais.

Com efeito, a mudança de paradigma perpetrada em razão da aproximação e interação intensa das nações, segundo a evolução da sociedade mundial e dos meios de comunicação, conferiu uma forma diversa de compreender os acontecimentos da vida, identificando-se diversas fases de transição deste fato, em meio à instalação de uma crise durante o chamado processo de globalização. Crise representada por três fases de transição, a saber: a primeira diz respeito ao enfraquecimento do patriarcado (na medida em que o movimento feminista se torna “uma das mais fortes correntes culturais do nosso tempo, e terá um profundo efeito sobre a nossa futura evolução”); a segunda refere-se ao decesso do combustível fóssil (impactando intensa e diretamente o sistema econômico e político, tendo em vista sua gradativa substituição por outras fontes de energia); a terceira corresponde à mudança de paradigma cultural, englobando a revolução científica, iluminismo, revolução social, *etc.*, que trouxeram

¹⁸ Esta temática está diretamente conectada à Filosofia da Consciência, bem como à tentativa de afastar o entendimento segundo o qual o sujeito pensante teria total acesso à realidade somente pelo próprio ato de raciocinar, independentemente de sua interação com o meio.

uma nova perspectiva de entendimento sobre as concepções teóricas e práticas das ciências (CAPRA, 2006, p. 27-30)¹⁹.

Esta nova realidade²⁰ revelou que a visão fragmentada de mundo não era suficiente, de modo que a concepção cartesiana não se mostrou como a mais adequada, nada obstante ainda persistia forte discussão nesse tocante, estando, porém, superada neste trabalho, vez que se entende que se exige uma postura consonante com a dinamicidade da sociedade e sua interligação, tendo em vista a interdependência entre os fenômenos biológicos, psicológicos sociais e ambientais (CAPRA, 2006, p. 14), razão pela qual, mais uma vez, uma análise cindida do pensamento e do raciocínio humano não se exibiu bastante, sobretudo ante a característica do homem como “biopsicossociocultural” (FELTES, 2007, p. 259), ou seja, percebeu-se que o homem, para além de suas características biológicas e fisiológicas, possui também qualidades definidas por seu perfil social, cultural e psicológico.

Em sentido semelhante, tem-se que o próprio conhecimento possui seu viés biológico, vez que, muito antes da própria formação da mente, percebeu-se a configuração de parâmetros químicos que já influenciavam no comportamento do “ser”, ainda que numa composição bastante simplória (DAMÁSIO, 2011, p.78), ressaltando a unicidade entre mente e corpo. A capacidade de racionalizar e processar pensamentos e informações é, porém, bastante peculiar e aprofundada, demandando a existência de uma composição neural mais complexa, vez que os ideários e o ato criativo penetram no que se denomina de “mente”, cuja equivalência encontra-se no cérebro, de forma que a ausência de neurônios importa a ausência da própria mente (DAMÁSIO, 2011, p. 71)²¹.

Dessa forma, conclui-se que a mente não controla o corpo (CAPRA, 2006, p. 318), mas, na verdade, há uma unidade de movimento, desempenho e resultados advindos de um só “lugar”: o organismo humano, não havendo que se falar em divisão entre aspecto físico e mental do homem. Esta percepção é relevante para o presente estudo, na medida em que explana a

¹⁹ Condensam-se as crises em questão com o seguinte período: “O declínio do patriarcado, o final da era do combustível fóssil e a mudança de paradigma que ocorre no crepúsculo da cultura sensualista, tudo está contribuindo para o mesmo processo global” (CAPRA, 2006, p. 30).

²⁰ “A nova visão de realidade, de que vimos falando, baseia-se na consciência do estado de inter-relação e interdependência essencial de todos os fenômenos – físicos, biológicos, psicológicos, sociais e culturais” (CAPRA, 2006, p. 259).

²¹ Ainda que se admita que até mesmo seres unicelulares são capazes de produzir conhecimento (DAMÁSIO, 2011, p. 50), não se pode negar que a composição destes é completamente diversa da do ser humano, tendo este uma maior complexidade de pensamento e percepção da realidade.

insuficiência de um entendimento mecanicista para o Direito, vez que se observa que a cognição humana não é intransponível ou completamente inacessível, justamente em razão da unidade entre mente e corpo e as externalidades promovidas por esta junção (este aspecto irá ser mais bem trabalhado no item seguinte).

O enfrentamento destas questões é realizado por diversos campos do conhecimento científico, mormente pelas Ciências Cognitivas – pano de fundo desta pesquisa –, as quais têm como objeto exatamente o estudo do cérebro e da mente (FELTES, 2007, p. 26), podendo ter a seguinte definição:

A Ciência Cognitiva constitui um domínio cuja formação é o resultado de estudos oriundos de diferentes áreas do conhecimento. Sua característica essencial é a interdisciplinaridade e, contemporaneamente, a transdisciplinariedade. Os cientistas da cognição advêm de áreas, tais como: Inteligência Artificial, Psicologia, Linguística, Antropologia, Filosofia da Mente (e da Linguagem), Neurobiologia, para citar algumas, que se ocupam, sob alguma perspectiva epistemo-metodológica, da natureza, da estrutura e dos processos da cognição humana (FELTES, 2007, p. 212).

A cognição humana²² é, pois, a “protagonista” das Ciências Cognitivas, como a própria etimologia da expressão sugere, mas, nota-se, que tal ramo do conhecimento é preenchido por diversas outras “espécies” de ciências, resultando numa só ao final, enfatizando que o próprio estudo da relação entre mente e corpo não está adstrito a um modo de raciocinar ou a uma espécie apenas de sistema de entendimento.

As Ciências Cognitivas desenvolveram-se segundo duas gerações significativas, correspondendo, a primeira, à denominada Ciência da mente “desencorporalizada” ou “não-corpórea” e, a segunda, à geração quanto à ciência da mente corporizada (FELTES, 2007, p. 26). Com mais vagar, tem-se que na, primeira geração, a mente era tomada como uma espécie de computador, de modo a ser considerada como independente do corpo; já, a segunda geração, concebe a mente como corpórea, isto é, como dependente direta do corpo humano (FELTES, 2007, p. 27).

O estudo da cognição humana tem enorme relevo e ganha, ainda que aos poucos, destaque para o âmbito da Ciência Jurídica, tendo em vista que o exame da relação entre corpo, mente e meio ambiente (que não se restringe ao meio ambiente natural) – em razão do

²² A cognição pode ser definida por uma forma geral de saber/conhecer, expressando-se como um meio pelo qual o cérebro processa as informações, bem como o uso e aquisição de conhecimentos e experiências mediante o exercício dos sentidos (SERFAS, 2011, p. 42-43).

afastamento da visão cartesiana, assumindo ainda uma concepção holística – sinaliza a relação direta com o processo de construção da fundamentação das decisões judiciais, na medida em que o “meio”, nesse caso, é aquele concernente ao próprio contexto de aplicação da norma. Esta atividade exige uma formação racional de fundamentação que se apoia em processos mentais e cerebrais que, na verdade, dizem respeito a um, apenas.

Como visto, o encéfalo é o exemplo mais complexo de órgão do ser humano (CAPRA, 2006, p. 260), atentando-se, inclusive, que as ações do homem se desenvolvem de uma maneira extremamente dinâmica e, em grande parte, imperceptíveis, isto é, os estímulos cerebrais e seus processos respectivos ocorrem fugaz e internamente aos sentidos. Por isso, os reflexos e as percepções geradas são corporificados sem um controle verdadeiramente consciente do indivíduo (KANDEL *et al.*, 2014, p. 395), vez que o funcionamento de seu organismo é dinâmico e intenso. A exemplo disso, o homem não pensa a respeito das transmissões sinápticas ou sobre o que acontece em suas redes neurais no momento em que levanta o braço, corre ou realiza um cálculo matemático, ele apenas o faz e raciocina sobre o próprio desenvolvimento e os resultados dos atos refletidos por seu cérebro, não se tratando de várias ações, mas de um todo abrangente. Nas ponderações de Gilbert Ryle, as condutas ocultas das pessoas não podem ser identificadas pelos demais, mas, na verdade, seus atos e declarações que são externadas (RYLE, 2009, p. 15-16).

Os comandos e os processos cerebrais também são objeto de estudo das Ciências Cognitivas, utilizando-se ferramentas da Psicologia Comportamental, da Psicologia Cognitiva e da Neurociência, esta que, por exemplo, evoluiu no sentido de auxiliar suas pesquisas por meio da ressonância magnética funcional (RMf)²³, que permite uma análise direta e mais aprofundada sobre as sensações dos seres humanos, quebrando um pouco da “barreira” sobre o entendimento dos chamados acontecimentos inconscientes da mente humana²⁴. No entanto, estes estudos, que poderiam ser considerados como mais “objetivos” sobre a cognição humana, ainda estão em constante e necessário progresso, não havendo completa segurança e tampouco viabilidade de sua

²³ Esta é uma técnica pela qual é possível a identificação de variações no fluxo sanguíneo em resposta à atividade neural (BEAR; CONNORS; PARADISO, 2002, p. 639).

²⁴ “[...] métodos de imagem permitiram a visualização direta do encéfalo em seres humanos ao realizarem atividade mental, gerando informações acerca da atenção e de aspectos da consciência. Assim, pode-se agora estudar diretamente as representações neurais do ambiente e da ação motora pela comparação de registro celulares em primatas executando atividades com propósito com imagens de encéfalos humanos trabalhando” (KANDEL *et al.*, 2014, p. 328-329).

implantação para “objetivar” a consciência do julgador em meio a construção das razões de uma deliberação judicial, por exemplo.

Com efeito, não se pode conhecer ou aferir os estímulos sensoriais, sentimentais ou corporais de um indivíduo, neste caso, do magistrado, em consideração ao funcionamento de sua mente; é preciso, portanto, entender um pouco sobre os conceitos, ferramentas e funcionamento do raciocínio humano para identificar suas limitações cognitivas, inclusive, para conscientizar o magistrado e os demais interessados dessas questões.

As incertezas sobre o funcionamento da mente humana e seus reflexos no plano existencial podem gerar certo assombro, vez que se assevera, inclusive, que todas as percepções do homem devem ser tomadas como meras ilusões, sustentando-se que a inteligência sobre o mundo ocorre tão somente de forma indireta, revelando-se o ser humano como simples intérprete e processador de informações (MLODINOW, 2014, p. 54). Se assim fosse considerada a existência humana, tornar-se-ia cada vez mais difícil a possibilidade de construção de “verdades” e a análise dos fatos, mormente para uma área que necessita de segurança em suas avaliações, a saber: o âmbito de um processo judicial, que demanda intenso exercício cognitivo e apreciação de situações práticas.

Na verdade, o encéfalo é mais do que um mero processador passivo de informações, ele constrói a própria realidade do indivíduo, conferindo-o capacidade em distribuir certos estímulos cerebrais em detrimento de outros, e vice-versa, selecionando dados e descartando outros, por vezes (BEAR; CONNORS; PARADISO, 2002, p. 673).

A lógica e a racionalidade existentes no ambiente da Ciência Jurídica levam em consideração, sobretudo, as condutas humanas e a forma de regulá-las e controlá-las, denotando-se a necessidade de confluir as noções das Ciências Cognitivas para o âmbito de aplicação das normas, tendo em vista a energia cognitiva a ser despendida em tal processo de compreensão e apreensão do sentido e alcance normativo. Por isso, o estudo sobre os limites da cognição humana e das reais possibilidades de aferição dos conceitos e da simbologia das normas (para, em seguida, transpô-las ao mundo prático) deve ser introduzido na teoria da fundamentação das decisões judiciais e na formação dos magistrados.

1.3.1 Um conceito de mente humana

Como visto, existem duas principais gerações de pensamento no tocante ao estudo das Ciências Cognitivas, quais sejam: a geração da mente “não-corpórea” e a da mente “corpórea”, que são diferenciadas justamente pela forma de conceituação da própria mente humana. Detalha-se que, na primeira, a mente é compreendida como se um computador fosse, ao agir por meio de operações nas quais símbolos se dirigem às mudanças ocorridas na “máquina”, ou seja, como se a mente estivesse desprendida do corpo humano e este fosse um receptor de informações produzidas não fisicamente (FELTES, 2007, p. 61). Na segunda, a mente tem “forte dependência de conceitos e razão sobre o corpo” (FELTES, 2007, p. 74), ou seja, a mente é a integração entre o aspecto físico e não físico do ser humano, o qual interage com o meio e os símbolos, revelando-se a mente, portanto, como parte do próprio corpo, baseando-se no desenvolvimento dos conceitos racionalizados pelo indivíduo. Em síntese:

[...] defendem os estudiosos da mente corpórea que a cognição humana é, necessariamente, o resultado de uma interação do organismo como um todo com o meio ambiente, recusando a ideia de uma ‘razão abstrata’, que funciona da mesma maneira, como se independente do corpo e das possibilidades corpóreas (GUERRA, 2015, p. 40).

Este trabalho filia-se à segunda geração mencionada, no entanto, antes de explicar as razões deste posicionamento, é preciso entender aspectos outros relacionados ao tema, no intuito de contextualizar a compreensão do próprio conceito de mente humana, apresentando um pouco sobre a evolução da conceituação ora apresentada.

Em primeiro lugar, importa narrar sobre um caso paradigmático e emblemático que representa a noção de que a mente (simbolizado pelo cérebro) e o corpo se equivalem: o do americano Phineas Gage. Em 1848, aos 25 anos de idade, este indivíduo sofrera um grave acidente na ocasião em que trabalhava na supervisão de uma ferrovia em Vermont (EUA). Em razão de uma explosão naquele local, uma barra de ferro, com mais de um metro de comprimento, atingiu o crânio de Gage, ao adentrar por sua bochecha e sair pelo topo de sua cabeça.

O mais surpreendente foi que Gage manteve-se completamente lúcido após o acidente, demorando ainda alguns minutos para perceber o que havia ocorrido consigo. Os médicos que o examinaram, à época, declararam-no, após um ano da extração do objeto, totalmente recuperado, sem quaisquer sequelas (HORGAN, 2002, p. 47).

Dessa forma, os estudos despendidos sobre esse evento e seu protagonista começaram a apresentar conclusões contrárias as que, até então, eram prevalecentes, isto é, de que o cérebro, na verdade, não funcionava de forma fracionada, ou seja, não era dividido em partes específicas que estariam supostamente responsáveis por determinada função do corpo humano, uma vez que havia sido analisado que Gage tivera o cérebro danificado em partes teoricamente responsáveis pela linguagem e pelo controle motor, no entanto, permanecia como se isso não tivesse acontecido, restando a impressão de que o cérebro funcionava de forma holística.

Tempos depois, o médico John Harlow percebeu que, embora Gage não tivesse apresentado qualquer sequela ou deficiência aparente após o acidente, ele mudou veementemente sua personalidade e sua forma de lidar com as pessoas e as circunstâncias, exibindo-se como sujeito bastante frio e com dificuldades em tomar decisões, bem como de raciocinar segundo a moral (HORGAN, 2002, p. 48). Nesse sentido, descobriu-se que Gage, na verdade, sofrera uma lesão nos lobos frontais do cérebro, parte a qual é imputada como responsável pelas funções cognitivas, inclusive, decisórias e morais.

O caso Gage, até os dias atuais, tem extrema relevância para os estudos sobre as lesões cerebrais e sua repercussão na compreensão das ações, reações, sentidos e sentimentos humanos, oferecendo mais avanços sobre o entendimento da ligação entre cérebro (corpo) e mente. Este caso revela, ainda, uma relação direta e indissociável entre o aspecto físico e não físico do cérebro, ou melhor, que há uma clara equivalência entre o mental e o cerebral, inexistindo autonomia entre ambos, ou entre o que seja corpóreo e mental, de sorte que a concepção cartesiana de mente não se demonstra como mais adequada aos propósitos deste estudo e à própria evolução do conhecimento científico sobre o tema.

Em segundo lugar, outra situação que denota essa equivalência entre mente e cérebro é o caso da lobotomia (procedimento o qual era adotado²⁵ para o tratamento de pessoas com doenças mentais, a partir da destruição de seus lobos pré-frontais), que se acreditava que tal técnica traria cura aos pacientes, quando, na verdade, estes reagiam, cada um, de formas diferentes, na medida em que, ao passo que alguns experimentavam certa melhora, outros tantos tinham sua capacidade de raciocínio e existência consciente totalmente retirados de si (HORGAN, 2002, p. 51).

²⁵ Esclarece-se que, embora não seja tão comum e tampouco recomendado, alguns cientistas, em menor número, ainda acreditam nesse tipo de tratamento para a cura de doenças mentais (HORGAN, 2002, p. 169).

Entretanto, a despeito de a lobotomia reforçar a ideia de equivalência entre mente e cérebro, em contrapartida, apresenta um desafio ao entendimento sobre o este assunto, uma vez que supõe influências de caráter fisiológico, social e valores pessoais construídos na consciência e inconsciência de cada indivíduo, sugerindo que a compreensão sobre a mente humana está muito além de seu aspecto físico e não-físico, mas também depende do que ocorre no meio. Nesse tocante, Heloísa Feltes arremata ao afirmar que a “cognição humana está inextricavelmente ligada à experiência humana, corpórea, social, cultural e histórica” (2007, p. 90), ou seja, a construção da mente humana não depende só de si própria e do organismo do homem, mas também de um conjunto de interações com o ambiente em que se encontra inserido.

De outro lado, o que se tem é uma verdadeira lacuna explicativa (HORGAN, 2002, p. 26) no que concerne ao funcionamento do encéfalo como um todo, identificando-se uma incapacidade de ciências fisiológicas para explicar eventos psicológicos. Especificamente, no campo da Neurociência (que também compõe às Ciências Cognitivas), por exemplo, John Horgan informa que, ao passo que se atinge um progresso, igualmente ocorre um antiprogreso, considerando a dificuldade em se entender a enorme divergência de dados e, ao mesmo tempo, que tais dados estejam coerentemente organizados no todo do encéfalo (2002, p. 29).

Lembra-se que o interesse sobre a mente humana remonta à Grécia Antiga quando Platão formulou que o homem possuía uma alma que era diferente de seu corpo (alma aqui não entendida no sentido espiritual da palavra, mas como significação da própria mente), assim, a alma seria imortal, independentemente da perenidade do corpo (PLATÃO, *online*, s.n.t.). Hodiernamente, Gilbert Ryle despona como teórico, do campo da Filosofia, que propôs uma aceção de mente ao identificar o que ele chama de “erro de categoria” cometida pela “doutrina oficial cartesiana” (RYLE, 2009, p. 6). Explica-se.

Na obra “*The Concept Of Mind*”, Gilbert Ryle discorre sobre a admissão inicial de que a mente estaria distante e divergente da própria matéria, sendo apresentada uma divisão entre mundo externo e interno, em que este dizia respeito ao que não se podia, em tese, acessar e aquele concernente ao externado pelas ações humanas (2009, p. 3-4). O autor, então, formulou que, na verdade, Descartes cometera um erro de categoria ao supor que a mente seria uma variação do mecânico (RYLE, 2009, p. 8), ou melhor, ao propor que mente e corpo fizessem parte de categorias diversas quando, na realidade, são itens intrínsecos e indissociáveis um do outro.

A cartografia conceitual de Ryle preconiza, nesse sentido, que o pensamento e o agir não são manifestações diferentes do homem, este, ao agir (andar, correr, levantar o braço, *etc.*) e ao raciocinar (pensar em um cálculo matemático, por exemplo) não está realizando dois eventos distintos, mas tão somente um, expondo, ainda, uma crítica veemente ao que denominou de “mito do fantasma da máquina” (2009, p. 23), isto é, à concepção que identificava a mente como um lugar no qual existem pensamentos secretos e inatingíveis, ao refutar a tese de que o intelecto estaria ligado apenas ao fenômeno da teorização e não da prática. Ryle, assim, introduziu os aspectos do *know how* e do *know that* (2009, p. 15), os quais dispõem sobre a necessária compreensão de que a mente não é um espaço alheio ao corpo, na medida em que o homem, ao formular uma teoria, concebe-a em razão da interação de seu organismo com o meio e consigo mesmo, ou seja, não há pensamento ou raciocínio desprendido do próprio aspecto material do indivíduo.

No entanto, é válida a advertência de Marcelo Guerra sobre a correta compreensão do pensamento de Ryle, uma vez que tal filósofo não pode ser considerado tão somente como adepto da chamada teoria “não dualista” – a qual refuta a separação entre mente e corpo –, fazendo parte também da teoria “não monista”, sendo um erro imputar a Ryle o título de “behaviorista lógico”, tendo em vista que sua compreensão de mente não nega a existência de estados intencionais e, muito menos, os reduz a estados ou fenômenos cerebrais (físicos). Na verdade, Ryle entende que os chamados estados intencionais podem ser, igualmente, objetos de observação direta, ao negar que os eles estariam em um espaço interno da mente que limitaria sua identificação ao próprio sujeito que os concebe, impossibilitando que outras pessoas percebam esses fenômenos sem o recurso a meras suposições e inferências (GUERRA, 2015, p. 21).

Esclarece-se que a noção de “estados intencionais” está ligada, tradicionalmente, na filosofia, aos eventos que designam vivências de sentidos do homem, ou melhor, como ocorrências internas ao seu agir, como, *v.g.*, crenças, desejos e intenções, que não podem ser percebidas a “olho nu”²⁶. No entanto, a partir da teorização de Ryle, esta expressão (estados intencionais) passou a ser identificada por meio da significação de “disposição para agir”, ou seja, como a tendência a agir de determinada maneira, em determinada situação, em relação a determinado estado de coisas (GUERRA, 2015, p. 22; RYLE, 2009, p. 117).

²⁶ “Estados mentais distinguem-se pela relação que o sujeito estabelece com as representações envolvidas, ex. acreditar, duvidar, presumir em algo” (FELTES, 2007, p. 65).

No entendimento de Ryle, os estados intencionais de uma pessoa não dizem respeito a apenas um momento ou um processo de suas ações, mas, na verdade, à propensão em agir de acordo com aquilo que foi mentalmente representado, na oportunidade adequada, na medida em que, quando um sujeito aspira algo ou em ser algo, isto não significa que ele está pronto para submeter-se a determinada situação, entretanto, é capaz de realizar certas ações na ocasião necessária. Em suma, o sujeito tende/está disposto a executar certas ações em dadas circunstâncias para alcançar aquilo que mentalmente representou. Dessa forma, os símbolos que se utiliza para descrever o comportamento dos indivíduos significam disposições e não episódios (RYLE, 2009, p. 93-97).

A aceção de estados intencionais tem enorme relevância para o entendimento sobre a mente humana designada como corpórea e para o desenrolar deste trabalho, mormente em sua segunda parte, quando tratar-se-á com mais vagar sobre a noção de crença e estados intencionais, relacionando-os com o que se entende por motivação das decisões, razão pela qual se reforça a filiação deste trabalho à segunda geração da compreensão sobre mente humana.

1.3.2 Um pouco de Semântica Cognitiva

Neste item, utilizar-se-á como referencial teórico a obra de Heloísa Feltes, intitulada por “Semântica Cognitiva: ilhas, pontes e teias” (2007, *passim*), tendo em vista sua especificidade, detalhamento e aprofundamento sobre o tema em apreço, considerando ainda seu relevo para o prosseguimento do trabalho, ante à concepção de mente adotada.

A Semântica Cognitiva é uma área do conhecimento humano abrangida pela grande área da Linguística Cognitiva, de modo que ambas se encontram inseridas dentro do campo de estudos das Ciências Cognitivas. Entende-se que a Linguística Cognitiva é uma “janela para mente”, com a finalidade de edificar e comunicar o significado, ao passo que a Semântica Cognitiva se revela como responsável pelo estudo dos sistemas conceituais, de significado e inferência humana, ou seja, destina-se à compreensão dos conceitos construídos, dos sentidos extraídos destes e a forma pela qual o ser humano os assimila (FELTES, 2007, p. 15-16).

Disto, registra-se que o estudo perquirido pela Semântica Cognitiva está diretamente ligado, mas não adstrito, à linguagem e, por conseguinte, à forma de comunicação e entendimento do homem, razão pela qual se extrai sua relevância para o presente trabalho e especificamente quanto à fundamentação das decisões judiciais, tendo em vista seu contato

frequente e necessário com a interpretação de normas, estas, em certa medida, constituída por palavras e textos e, muitas vezes, extraídas de um conjunto de significados dispostos por todo o ordenamento jurídico brasileiro, os quais não se confundem, necessariamente, com os textos escritos (ÁVILA, 2005, p. 22).

Do mesmo modo, depreende-se a relação direta e a importância do tratamento do item anterior, uma vez que, ao se admitir uma acepção de mente corpórea, a forma de entendimento sobre conceitos e significados é realizada de maneira bastante específica, vez que se rechaça, por exemplo, a acepção de que o processamento de uma informação descrita em um texto ocorre de maneira independente do corpo e do organismo humano, como se fosse um lugar estranho à própria interação com o meio, mas, na verdade, o aspecto psicológico (não físico) e neurológico (físico) encontram-se interligados, na medida em que “a redução do psicológico ao neurológico exige que qualquer evento que seja a instanciação de uma propriedade psicológica seja idêntico a algum evento que seja instanciação de uma propriedade neurológica” (FELTES, 2007, p. 56).

A linguagem manifesta-se como aspecto indissociável da autonomia e do reconhecimento do indivíduo como tal, na medida em que o fornece ferramentas de compreensão do mundo, comunicação e argumentação com os outros indivíduos, razão pela qual é possível dissertar que ela (a linguagem) “envolve o uso criativo de palavras de acordo com as regras de gramática sistemática” (BEAR; CONNORS; PARADISO, 2002, p. 638). Deve-se advertir, entretanto, que a Semântica Cognitiva deriva de princípios e regras advindos da gramática, a qual se revela como sistema formalmente desenvolvido independentemente dos significados e fórmulas (FELTES, 2007, p. 25).

Há, portanto, uma intensa relação entre a linguagem, a Semântica Cognitiva (já que esta se ocupa de conceitos e significados, que podem ser expressos pela linguagem), e a Ciência Jurídica (esta que se presta à tarefa de examinar e interpretar normas jurídicas que também podem ser expressas pela linguagem). A Semântica Cognitiva é concebida como uma espécie de “empreendimento” hermenêutico, em que o uso da linguagem é intenso e efetivo, com a finalidade de realizar uma organização conceitual da própria linguagem, de modo que a compreensão desta envolve uma correlação entre estruturas sintáticas e cognitivas (FELTES, 2007, p.75-85/190).

Nesse viés, esta junção de temas exhibe-se relevante para o estudo das decisões judiciais e sua fundamentação, considerando que, no processo de decisório, há, necessariamente, a análise e a interpretação de normas, as quais veiculam uma carga imensa de conceitos e significados, que devem ser expressos em suas razões, motivo pelo qual o entendimento sobre um pouco de Semântica Cognitiva torna-se imprescindível para a presente pesquisa.

Por isso, levando em consideração essa noção preliminar sobre Semântica Cognitiva, não se concebe a ideia de que seria factível apreender o significado esboçado por uma norma pelo mero exame das palavras escritas ou da interpretação isolada de um texto legal; não se concebe também a ideia de que a simples disposição normativa, implícita ou explícita, garantiria o cumprimento ou observância do que a norma intenta significar; considera-se frágil a ideia de que um enunciado normativo seria total e facilmente interpretado pela cognição do julgador, vez que esta (a cognição) é limitada (HORGAN, 2002, p. 6). Por fim, assevera-se que, não raramente, aquilo que determinada pessoa pretende comunicar ao proferir determinada sentença²⁷ diverge bastante daquilo que é efetivamente escrito, expresso ou representado por símbolos na mesma sentença (GUERRA, 2015, p. 33), na medida em que o real significado não depende da interpretação de uma determinada pessoa.

Estas conjecturas justificam-se porque o pensamento e o raciocínio são estruturados sobre pré-conceituações de base corporal (FELTES, 2007, p. 180) e, novamente, em virtude da acepção de mente adotada neste trabalho, afere-se a possibilidade de apreciação dos próprios estados mentais, os quais são, segundo a pesquisa de Heloísa Feltes, semanticamente avaliados, tanto pelo conteúdo, como por sua estrutura sintática (2007, p. 51), razão pela qual o cumprimento, a interpretação e correta aplicação da norma não decorre tão somente de seu alcance, mas de sua interação com o meio e com a visão do homem, de modo a situar a Semântica Cognitiva num espaço fluido de propostas, ante as variações de contexto e significados respectivos, exigindo-se exercício constante de construção e reconstrução de conceitos (FELTES, 2007, p. 179).

Afirma-se, então; para ser possível a compreensão sobre processos implícitos, é imprescindível que as pessoas determinem suas expressões externas, de modo que a delimitação

²⁷ Entende-se por “sentença” aquilo que diz respeito a uma cadeira de expressões considerada, gramaticalmente, correta e completa, no âmbito de uma língua natural (HAACK, 2002, p. 114).

de um significado de dado enunciado exige a construção de inferências pelos demais indivíduos justamente sobre as manifestações externas do outro, ou seja, incidindo tal exame sobre as tarefas explícitas, as quais dependem do contexto de comunicação, para além de uma análise natural de símbolos e palavras (SCHWARZ, 1996, p. 7-23).

Dessa forma, a explicação sobre o funcionamento da mente humana não deve recair sobre causas ditas ocultas, isto é, sobre acontecimentos internos e, em tese, inacessíveis pela racionalidade do homem (RYLE, 2009, p. 20), mormente ante as contribuições da Semântica Cognitiva, a qual determina que o estudo da mente corpórea impõe a preocupação com os processos imaginativos de metáfora, metonímia, protótipos, *frames*, espaços mentais e categorias radiais, que repercutem na compreensão (FELTES, 2007, p. 74), ou seja, sobre algo mais concreto e palpável do que meras suposições quanto a um sentimento ou instinto do homem.

Os elementos indicados acima são caracterizados da seguinte forma: *i*) metáforas, como fenômeno linguístico conceitual, sociocultural, neural e corporal (FELTES, 2007, p. 153), a exemplo de uma denominação figurativa sobre dado objeto; *ii*) metonímias, estas tomam como base as metáforas, em que os domínios de conceitos possuem uma base experimental comum (FELTES, 2007, p. 154), sendo utilizada para designar um objeto fora de seu contexto ou significado formal, substituindo-o por outro que se aproxime em outro contexto (v.g., quando utilizamos um conceito para fazer a definição de um outro fora de seu contexto); *iii*) protótipos, são como bases de conceitos, donde se obtém diversas derivações (são expressões genéricas, que servem, inicialmente, pra definir vários objetos); *iv*) espaços mentais, como “domínios conceituais que estruturam vários tipos de informações”, a exemplo de imagens, representações, jogos, fotografias, campos, esportes, obras de literatura, e *etc.* (FELTES, 2007, p. 116); *v*) *frames* dizem respeito às estruturas que têm o condão de contornar as imagens, isto é, apresentar uma moldura aos conceitos, de modo a gerar inferências, ou seja, são conceitos incipientes (FELTES, 2007, p. 135-136); *vi*) categorias radiais são determinados itens dispostos por predicados comuns, manifestando-se como núcleos de uma determinada variação comum (FELTES, 2007, p. 142), isto é, são como qualificações centrais.

Dessa forma, aquilo que se conceitua é representado por espaços mentais, existindo conectores quanto aos diversos domínios de significações, sendo esta a base para projeções de metonímias e metáforas (FELTES, 2007, p. 116), considerando ainda que a categorização é

inerente ao ser humano em seu processo de aprendizagem, além de ser ponto central da própria Semântica Cognitiva (FELTES, 2007, p. 86).

Toda esta breve base teórica quanto ao entendimento sobre a Semântica Cognitiva exhibe, nesta pesquisa, a ideia de que a interpretação e aplicação de normas jurídicas independe de uma análise meramente subjetiva do intérprete, vez que os significantes e significados produzidos pela mente humana são perfeitamente aferíveis, considerando a própria interligação com o corpo do indivíduo e, em consequência, é possível que haja a constatação das externalidades advindas do que normalmente se compreende como algo oculto e inacessível às avaliações. Nesse processo, o cérebro²⁸, por meio dos córtices sensoriais, interpreta os sinais apresentados e produz imagens, organizando-as e classificando-as nos moldes de conceitos, os quais são passíveis de investigação direta (DAMÁSIO, 2012, p. 99).

A Semântica Cognitiva recai, pois, sobre os significados e as funções comunicativas (FELTES, 2007, *passim*), isto é, fenômenos imensamente complexos, vez que um único símbolo, palavra ou gesto pode conter diversos significados e conotações que variam, ainda, conforme o contexto ao qual estão inseridos, porém esta é justamente a parte mais intrigante e interessante do raciocínio humano, tendo em vista sua aptidão de processar, compreender e propagar informações ambíguas e vagos (HORGAN, 2002, p. 273).

Por fim, uma das finalidades da Semântica Cognitiva é auxiliar o ser humano a entender que sua cognição é vasta, podendo construir conceitos, símbolos, expressões, significantes, significações, figurações e *etc.*, os quais tornam o funcionamento e o desenvolvimento de seu raciocínio ainda mais complexo, refletindo, inclusive, em sua interação com o meio e os demais indivíduos. Desta feita, constata-se haver repercussões entre as formas e os significados produzidos pela mente humana, exigindo-se a descrição e a explicação pormenorizada de tal conceito em termos semânticos, considerando os elementos já apontados – metonímia, metáfora, *frames*, categorias radiais, estados mentais, *etc.* (FELTES, 2007, p. 167).

²⁸ “Considere que o cérebro recebe sinais não apenas do corpo, mas, em alguns de seus setores, de partes de sua própria estrutura, as quais recebem sinais do próprio corpo! O organismo constituído pela parceria cérebro-corpo interage com o ambiente como um conjunto, não sendo a interação só do corpo ou só do cérebro. Porém, organismos complexos como os nossos fazem mais do que interagir, fazem mais do que gerar respostas externas espontâneas ou reativas que no seu conjunto são conhecidas como comportamento. Eles geram também respostas internas, algumas das quais constituem imagens (visuais, auditivas, somatossensoriais) que postulei como sendo a base para a mente” (DAMÁSIO, 2012, p. 95).

1.3.3 O papel do inconsciente

Um dos primeiros temas que é suscitado quando da abordagem do estudo da mente humana é a respeito do “inconsciente”, sendo até mesmo intuitivo e natural que se empreenda uma análise justamente sobre aquilo tomado como oculto e obscuro à mente humana, de modo a despertar enorme curiosidade e ser alvo de inúmeras construções eivadas de mistério. Neste item, portanto, examinar-se-á o real papel do inconsciente para a compreensão da mente humana – se é que, de fato, há algum papel relevante e influente das questões inconscientes no comportamento e exteriorização do indivíduo.

Ao falar-se de inconsciente, imprescindível citar o nome de Sigmund Freud como responsável pelas primeiras formulações teóricas a respeito do assunto. Este autor entendeu que, no inconsciente, há a “fonte essencial” do comportamento do homem, que seria representada pela libido, pelo conceito e impulso sexual e pelos sonhos (CAPRA, 2006, p. 170). A partir de sua concepção, compreendeu-se que a vida mental das pessoas estaria dividida pelo consciente e inconsciente, correspondendo aquele à menor parcela das manifestações mentais em si, ao passo que este último era todo o resto, representando a mais extensa parte das ações e reações humanas.

Em seguida, Freud ampliou sua análise para as noções de *id*, *ego* e *superego*, os quais se referem, primeiro, à parcela do inconsciente regida majoritariamente pelo prazer e satisfação pessoal; segundo, ao sistema de equilíbrio das exigências do *id*, em que se realizam as decisões com base nas consequências na realidade e; terceiro, a parte além do *ego*, no qual se encontram as censuras e repreensões de ações, no intuito moldar o indivíduo para a vida em sociedade (CAPRA, 2006, p. 172). O objetivo precípua de Freud era delinear uma pesquisa, no âmbito da psicanálise, destinada ao tratamento de diversos distúrbios e transtornos mentais causados, segundo ele, por problemas gerados no inconsciente humano, a exemplo da histeria. Seu método era denominado de “cura pela fala”, com a utilização, inclusive, da técnica da hipnose (FREUD, 1900, p. 98).

Sua terapia era, então, voltada ao “setor” interno e anterior à consciência, na medida em que a colaboração do paciente para o sucesso do tratamento era determinante, tendo em vista que Freud entendia que seu método somente era aplicável quando o indivíduo se disponibilizava a, voluntariamente, explanar sobre seus pensamentos inconscientes (FREUD, 1900, p. 207).

Nesse contexto, para Freud, as ações, reações, pensamentos e comportamento do indivíduo estariam centralizadas, eminentemente, numa “área” mais oculta da mente e, portanto,

inacessível e não aferível por observação direta de *outrem*, motivo pelo qual seria necessário o auxílio da própria pessoa – submetida à terapia – na tentativa de compreender e orientar sobre sua vida mental. Observa-se, desse modo, que esta concepção se confronta diretamente com o que foi dito, no item anterior, sobre o posicionamento de Gilbert Ryle quanto a não preocupação sobre as ocultações da mente, ou seja, o inconsciente poderia ser imputado, nesse sentido, como “fantasma da máquina”, haja vista que, segundo a teorização clássica da psicanálise, não seria passível de avaliação direta – reforça-se, pois, que este trabalho segue o posicionamento de Ryle nesse tocante.

Esclarece-se, entretanto, que não se nega que muitos dos aspectos comportamentais, relacionado ao viés emocional²⁹ e sentimental humano, são manifestados de forma inconsciente, havendo dados, inclusive, que fazem denotar seu processamento reflexo na região encefálica (KANDEL *et al*, 2014, p. 883). Por outro lado, apesar de o inconsciente (e seus reflexos na parte consciente do ser humano) ser bastante estudado, para os fins deste trabalho, importa entender sobre as eventuais influências ocasionadas pelo inconsciente na prolação do ato decisório e de sua fundamentação pelo julgador, contudo, estabelecer que tais repercussões não podem ser verificadas ou controladas diretamente³⁰, necessitando-se, ao menos, conhecê-las minimamente, em razão das consequências negativas que pode acarretar.

Para esta pesquisa, que leva em consideração os influxos dos ensinamentos das Ciências Cognitivas sobre a fundamentação das decisões judiciais, faz-se um corte epistemológico no sentido de se estabelecer o máximo grau de segurança possível sobre seu desenvolvimento e as conclusões a ser extraídas, tendo em vista o trato sobre questões ligadas à interpretação da norma jurídica e à própria construção da fundamentação das decisões judiciais. Por isso, o inconsciente do julgador, para fins de correção lógica deste trabalho, embora relevante, não se submete ao crivo dos destinatários da decisão e fundamentação judicial.

²⁹ “O hipotálamo, com estruturas do tronco encefálico e do sistema límbico às quais está intimamente ligado, age diretamente no ambiente interno por seu controle sobre o sistema endócrino e o sistema nervoso autônomo de modo a estimular comportamentos direcionados a objetivos. Essa estrutura age indiretamente, por meio de suas conexões com regiões superiores do encéfalo, controlando estados emocionais e motivacionais. Além de regular comportamentos motivados específicos, o hipotálamo, junto com o tronco encefálico e o córtex cerebral acima, mantém um estado geral de alerta, que varia de excitação e vigilância a sonolência e torpor.” (KANDEL *et al*, 2014, p. 884).

³⁰ De ressaltar, inclusive, que, além de não ser possível o conhecimento dos estados sensoriais de *outrem*, há limites para conhecer os próprios, considerando a inacessibilidade completa e direta do inconsciente (DANCY, 1993, p. 86).

Apesar de ser importante e ter influência na exposição das razões decisórias do magistrado, direta ou indiretamente, ao jurisdicionado não convém saber sobre o que se passa no inconsciente do juiz, devendo este propiciar uma exteriorização de todo seu raciocínio sobre determinado caso no momento da prolação de sua decisão, razão pela qual o meio viável de aferição deste processo é pela fundamentação de sua decisão. No entanto, por sua vez, o julgador deve tentar conhecer as repercussões de seu inconsciente em sua atividade jurisdicional, na tentativa de minimizar as eventuais consequências negativas que um raciocínio empregado com pouco esforço cognitivo pode ocasionar.

A análise e eventual controle da fundamentação judicial³¹ somente é possível ao admitir-se como pressuposto a concepção de mente corpórea já esboçada neste trabalho, para levar em consideração a necessidade de uma análise conceitual e semântica dos significantes e significados apresentados pelas partes de uma processual, pautando-se com cautela e atenção quanto aos impulsos advindos do inconsciente, no sentido de estabelecer meios para corrigir um raciocínio mais superficial e até mesmo automático (KAHNEMAN, 2012, p. 60), construindo, gradativamente, a cultura de um esforço cognitivo maior.

Lembra-se que Freud³² afirmava, inclusive, que os pensamentos inconscientes, por serem tão distantes da percepção humana, poderiam até mesmo ser considerados como não pertencentes ao indivíduo que os produziu (FREUD, 1900, p. 72), sendo tal concepção irrelevante para o âmbito de construção de uma decisão judicial, uma vez que não atende ao dever de motivação decisória, já que tem o potencial de desincumbir o julgador do próprio ônus de fundamentar, razão pela qual a noção de mente corpórea é a mais adequada para os propósitos que se buscam atingir neste trabalho (em consideração, ainda, ao corte epistemológico realizado e das propostas teóricas que se admitem como mais adequadas, no sentido de explorar as

³¹ A fundamentação judicial exerce uma função de “constranger” o julgador para tomar uma decisão da forma mais racional possível, exemplificando-se a obrigatoriedade de observância do contraditório como meio pelo qual se condiciona a validade do ato decisório do juiz (MARTINS, 2010, p. 28).

³² A despeito de se reconhecer a importância e relevância do estudo perpetrado por Freud quanto à parcela inconsciente da mente, igualmente, não se pode negar as diversas controvérsias, incertezas e dúvidas que giram em torno de sua proposta teórica. Por muito tempo, creditou-se imenso prestígio às pesquisas de Freud, no entanto, com o passar dos anos, no âmbito da própria Psicologia e das ciências da mente como um todo, seus métodos começaram a ser bastante contestados e refutados, sendo, inclusive, objetos de enorme desconfiança por estudiosos do meio, os quais acabaram por decretar a “morte” de Freud, isto é, de seu pensamento (HORGAN, 2002, p. 67-68). Por outro lado, deve-se considerar que a Psicanálise advinda dos estudos freudianos persiste forte de alguma forma, vez que “a ciência tem sido incapaz de propor uma teoria e uma terapia obviamente superiores para a mente. Por isso é que Freud³² não está morto” (HORGAN, 2002, p. 70).

repercussões de algumas correntes no âmbito da Ciência Jurídica e, especialmente, da fundamentação da decisão judicial).

Apesar de muitos dos estados mentais, em especial emocionais³³, serem experimentados majoritariamente pelo inconsciente (KANDEL *et al*, 2014, P. 883), importa, para esta pesquisa, levar em consideração o posicionamento de Gilbert Ryle, segundo o qual os sentimentos são sensações também corporais³⁴, cuja manifestação ocorre externamente, isto é, para além do campo inacessível da mente (RYLE, 2009, p. 70).

Como já dito, esta representação externa da mente humana é realizada por meio de processos linguísticos e semânticos, vez que “nosso inconsciente cognitivo é povoado de um sistema extensivo de mapeamento metafórico para conceptualizar, raciocinar e comunicar nossas ideias morais” (FELTES, 2007, p. 332), admitindo-se que o inconsciente é um campo repleto de incertezas, no entanto, seu conhecimento é importante para traçar limitações à cognição humana, bem como alertar sobre eventuais falhas em seu desenvolvimento, mormente para no que tange à elaboração de fundamentação racional das decisões judiciais.

Além disso, esclarece-se que a mente consciente pouco tem acesso à sua enorme parte inconsciente, na verdade, aquela fica numa parte secundária de atividade do cérebro, o qual funciona majoritariamente por meio de pressupostos para otimizar tempo de raciocínio e recursos, para visualizar o mundo na medida necessária, não se devendo desprezar a importância do inconsciente. Alerta-se, porém, que parte do conhecimento guardado no inconsciente repercute involuntariamente no “plano consciente” (EAGLEMAN, 2012, p.13-65).

Na verdade, a chamada “mente inconsciente” é responsável pela produção de dados limitados e equivocados (MLODINOW, 2013, p. 236), na medida em que proporciona interpretações ambíguas de fatos da realidade, que fazem aparentar algo que, em realidade, não o são, ocasionando ações irrefletidas e impulsivas, as quais prejudicam o entendimento geral dos eventos vivenciados pelo indivíduo.

³³ “Acredita-se que os elementos cognitivos nas emoções, chamados de estados de sentimentos, sejam mediados por vias até o córtex cerebral que se originam da musculatura do corpo e de órgãos internos, de um lado, e da amígdala, de outro” (KANDEL *et al*, 2014, p. 883).

³⁴ Deve-se considerar que “a emoção é a combinação de um processo avaliatório [*sic*] mental, simples ou complexo, com respostas dispositivas a esse processo, em sua maioria dirigida ao corpo propriamente dito, resultando num estado emocional do corpo, mas também dirigidas ao próprio cérebro (núcleos neurotransmissores no tronco cerebral), resultando em alterações mentais adicionais” (DAMÁSIO, 2011, p. 135). Isto somente tende a reforçar a não desvinculação dos estados mentais das sensações biológicas e físicas.

Como fatores do inconsciente que denotam bastante insegurança e instabilidade, é possível exemplificar a situação, experimental, na qual juízes, que foram induzidos a pensar em morte em momento anterior a prolação de uma decisão condenatória penal, tendiam a impor penas mais severas aos acusados, no caso, prostitutas (HARRIS, 2013, p. 125). Outro experimento concluiu que juízes cansados e com fome tendiam a negar pedidos de liberdade condicional. Esta situação foi vivenciada na Corte de Israel, em que juízes passavam dias revisando pedidos de condicional, sendo observado que, na medida em que o tempo passava e o horário da primeira refeição se distanciava e o horário da próxima refeição se aproximava, os picos de rejeição de pedidos de liberdade condicional aumentavam significativamente (KAHNEMAN, 2012, p. 50).

Veja-se como estes fatores internos e extremamente subjetivos podem ser prejudiciais e variáveis segundo cada circunstância, razão pela qual os reflexos negativos da “mente-inconsciente” devem ser objeto de preocupação do julgador, o qual deve buscar minimamente conhecer sobre o funcionamento de seu raciocínio, quando do desenvolvimento de sua atividade jurisdicional em meio a uma demanda, para que possa conscientizar-se de eventuais problemas e erros de cognição e, conseqüentemente, fundamentar devidamente seus atos decisórios. Com efeito, o julgador poderá providenciar ao jurisdicionado a possibilidade de verificar e controlar o processo de deliberação judicial de forma mais abrangente, já que os fatores internos da decisão judicial não podem ser mensurados diretamente, mas apenas por meio de sua fundamentação.

O mundo interior e o exterior que interligam a mente do homem devem ser explorados com prevalência deste último, o qual conjectura o agir de todo um organismo³⁵, atrelando aspecto fisiológico e psicológico da própria percepção humana, de modo a representar este mundo exterior por meio de símbolos, conceitos e comunicação destes dois, com auxílio da linguagem verbal e não-verbal (CAPRA, 2006, p. 288-289). No entanto, não se deve olvidar da importância e repercussões do inconsciente³⁶ na análise e desenvolvimento das razões de decidir do julgador, mormente no que tange às eventuais falhas de caráter racional, que ainda serão exploradas neste trabalho.

³⁵ “O organismo constituído pela parceria cérebro-corpo interage com o ambiente como um conjunto, não sendo a interação só do corpo ou só do cérebro” (DAMÁSIO, 2011, p. 95).

³⁶ David Eagleman disserta sobre as vantagens do funcionamento do inconsciente para os atletas, os quais, quanto mais bem treinados, melhores reflexos e intuições possuem para exercer sua atividade, de modo que, nesses casos, a parte consciente da mente, ao ser utilizada, pode atrapalhar, ante o exercício de um raciocínio mais lento (EAGLEMAN, 2012, p. 84).

No final das contas, percebe-se que não cabe ao jurisdicionado avaliar ou preocupar-se com um aspecto que se assemelha ao chamado “fantasma da máquina” explanado por Ryle, tampouco vislumbrar os elementos emocionais e sentimentais que possivelmente imbuíram as razões da decisão do julgador, no entanto, compete a este – e aos estudiosos do Direito – entender sobre as possíveis implicações negativas que podem ser geradas pela natural não percepção do inconsciente, concluindo-se pela relevância desta compreensão para a presente pesquisa no que tange, especialmente, à necessidade de alerta, reprodução e explanação desses conceitos para a Ciência Jurídica, que não pode permanecer na ignorância quanto a este tema.

1.3.4 Da racionalidade

A capacidade ou qualidade de aplicar o raciocínio, isto é, de empregar as aptidões do pensamento, consoante uma atividade mental bastante complexa pode ser denominada como racionalidade, a qual elabora e desenvolve relações entre dados, informações e fatos, com a finalidade de obter o melhor resultado a determinado problema ou acontecimento, com base, até mesmo, na execução de uma autorreflexão.

Muitas vezes, a racionalidade é atrelada diretamente à habilidade de desenvolver teorias e propostas eminentemente abstratas, que fomentam o aspecto meramente intelectual deste conceito. Considerando, entretanto, que a racionalidade se manifesta como representação da própria mente humana e que esta, para este estudo, é tomada como unidade entre corpo e mente, do físico e não físico, obtém-se que aquilo que se reputa como racional não se restringe a uma atividade alheia ao corpo e à própria existência material.

Como já bastante tratado, apresentar a racionalidade como aspecto diverso do corpo fora uma falha cometida por Descartes (DAMÁSIO, 2012, p. 20-21). Na verdade, o pensamento racional está diretamente ligado às exteriorizações corpóreas, as quais agregam maiores experiências e se revelam indispensáveis à própria aprendizagem intelectual do homem, razão pela qual os “processos mentais podem agora ser associados a caminhos neurais e estruturas cerebrais específicos” (MLODINOW, 2014, p. 114). A exemplo disso, a própria decisão judicial pode ser considerada também como ato intelectual que, por óbvio, demanda emprego de raciocínio para uma fundamentação adequada, mediante sua fundamentação, ao passo que também tem efeitos concretos que incidem intensamente na experiência do homem. Nesse

contexto, sua mínima compreensão (da racionalidade) é indispensável para os fins desta pesquisa, haja vista a necessária construção racional da fundamentação das decisões judiciais.

Há intensos debates sobre a natureza da racionalidade humana, que são antigos à própria acepção de racionalidade (GIGERENZER, 2008, p. 3). Contudo, neste estudo, não se irá aprofundar em tal mérito, mas nas possibilidades e limitações do agir racional do homem.

Geralmente, o atributo da racionalidade é destinado às atividades de motivação e argumentação sobre determinada ocorrência ou suposição, não sendo estas atividades simples; muito pelo contrário, o desenvolvimento de uma razão lida com o funcionamento, por vezes, inconstante da mente, ou melhor, de uma natural interpretação espontânea dos eventos e, por assim dizer, intuitiva (que não se pode controlar ou sequer perceber, por vezes). Isto é extraído da ausência de uma linha definida entre o pensamento racional e intuitivo. Nesse sentido:

O racional e o intuitivo são modos complementares de funcionamento da mente humana. O pensamento racional é linear, concentrado, analítico. Pertence ao domínio do intelecto, cuja função é discriminar, medir e classificar. Assim, o conhecimento racional tende a ser fragmentado. O conhecimento intuitivo, por outro lado baseia-se numa experiência direta, não-intencional, da realidade, em decorrência de um estado ampliado de percepção consciente. Tende a ser sintetizador, holístico e não-linear (CAPRA, 2006, p. 35).

A intuição, todavia, pode tanto prejudicar como auxiliar na formulação de um raciocínio, considerando que impressões impulsivas e mais céleres da realidade, com base na experiência humana, têm a habilidade de apreender determinado aspecto que não fora tangenciado pelo exame mais atento, objetivo e analítico, em face do próprio distanciamento do fato que é pressuposto em tal processo. Aponta-se, por exemplo, a experiência oriental quanto à aplicação do conhecimento subjetivo e intuitivo, que buscam na própria experiência humana as respostas para as questões mais desafiadoras (CAPRA, 2006, p. 312-313).

A racionalidade enfrenta obstáculos para seu desenvolvimento que são gerados incontrolável e imprevisivelmente, tornando a capacidade de realização de uma análise racional ainda mais difícil, de modo que a cognição humana e seu esforço de empenho podem ser limitados por fatores advindos das incertezas do inconsciente. Assim, a racionalidade apresenta-se como uma espécie de paradoxo, haja vista que enfrenta sua própria limitação de cognição em meio ao funcionamento de uma mente completamente ilimitada (KAHNEMAN, 2012, p. 420), com alcance e possibilidades ainda não compreendidas, haja vista a existência latente de um exame mais rápido e supostamente “não-racional” e, sim, intuitivo, que pode levar a equívocos.

Dessa forma, questiona-se: seria uma tentativa já fracassada intentar objetivar uma cognição com aptidões limitadas, advinda de uma mente ilimitada? Mais especificamente, no âmbito de elaboração da fundamentação das decisões judiciais, seria possível estabelecer critérios realmente objetivos para aferir a atuação racional do juiz se este mesmo pode agir de forma intuitiva e inconsciente? Como controlar e moldar, então, o desenvolvimento de uma operação (fundamentação judicial) que pressupõe a racionalidade?

É evidente que não se pode estar dentro da mente do julgador, mas, como visto, é possível aferi-la e inferi-la, considerando seu aspecto corpóreo e, portanto, tangível, o qual pode ser representado pela argumentação e fundamentação exposta na decisão, nada obstante as influências incontroláveis e emotivas, as quais, em certas circunstâncias, podem ser corrigidas, caso haja um esforço cognitivo maior e uma conscientização de sua existência. Contudo, isto não é nada fácil de se estabelecer ou perceber. O que se busca neste estudo é justamente explorar eventuais falhas na racionalidade humana, tentando entendê-las e revelá-las para fins de torná-las passíveis de atenção e correção.

Outro fator importante é compreender que conceitos são limitados para descrever a realidade (CAPRA, 2006, p. 45), ou seja, a apreensão abstrata do que significa algo não é suficiente para representar sua ocorrência no mundo real. A idealização, por si só, não provoca efeitos concretos na realidade, razão pela qual a estruturação de um raciocínio com base naturalmente em conceitos, como é a fundamentação da decisão judicial, já enfrenta a problemática da correspondência e aproximação com a realidade, de modo que a própria construção de razões de uma decisão racional se torna paradoxal às possibilidades da cognição humana.

No entanto, a despeito da racionalidade humana ser falha e derrotável, sendo o ato de conhecer bastante complexo, a inteligência humana tem a aptidão de cumulatividade e coletividade de pensamentos, característica esta que não se encontra em demais seres, na medida em que a experiência humana pode ser processada e reprocessada, a uma, em estado presente, a duas, em estado passado, sem que o indivíduo necessite vivenciar nova ou imediatamente o fato ao qual se refere seu pensamento (RIDLEY, 2010, p. 1-10). Disto, obtém-se a capacidade e dinamicidade da razão em apreender inúmeras formas de ocorrência da realidade, seja ela vivenciada ou lembrada, algo que resulta na própria possibilidade de seu aprimoramento.

Daniel Kahneman (2012, *passim*) disserta a respeito das dificuldades enfrentadas pela racionalidade, imputando-lhe inúmeras falhas, de forma a pôr em dúvida a própria possibilidade de realmente existir pensamento racional, diante de tantas resoluções intuitivas da mente. O autor, assim, intenta identificar e compreender os erros de julgamentos e escolhas dos indivíduos, com base numa metáfora (KAHNEMAN, 2012, p. 1-22), isto é, sustenta que o ser humano possui duas formas de pensar: uma rápida – representada pelo sistema “1” – e outra devagar – representada pelo sistema “2”, em que aquela é mais célere, não demandando tanto esforço e, portanto, mais intuitiva; e esta, por exigir maior esforço cognitivo, é mais “preguiçosa” e demora mais a elaborar suas análises e obter sua solução.

Para este autor, os indivíduos exibem e desenvolvem espécies de vícios de cognição, os quais são denominados por “vieses”, isto é, uma tendência genérica e automática de raciocinar, quando uma situação aparentemente corriqueira ocorre, podendo resultar em decisões equivocadas e contrárias aos dados e informações apresentados, por não ter sido “acionado” o sistema “2” (KAHNEMAN, 2012, p. 139). Estes vieses podem ser de várias ordens, *e.g.*, de confirmação, ambiguidade, da âncora, representatividade, do autosserviço, de impacto, retrospectiva, autofavorável, e *etc.* (MYERS, 2014, *passim*)³⁷ – e todos eles agem no único sentido de limitar um eventual maior esforço cognitivo, de modo a prevalecer o pensamento mais rápido e menos detalhista³⁸.

Além dos vieses, há também as heurísticas, as quais são definidas por uma espécie de substituição feita pelo sistema “1” quando se depara com uma problemática bastante complexa e, para ser possível sua resolução de forma mais célere. O sistema “1” substituiu tal problema por um similar, mas de menor complexidade e, ao fim, apresenta uma resposta igualmente mais simplória, e ausente de todas as variantes inicialmente existentes (KAHNEMAN, 2012, p. 140), permitindo até mesmo que, na ausência de dados mais confiáveis, a análise possa ser feita mediante a utilização de inferências, previsões e/ou presunções (SERFAS, 2011, p. 147).

Este posicionamento acaba por quantificar a aptidão de ocorrência de decisões racionais ou mais intuitivas, com base nos vícios de cognição cometidos ou não, razão pela qual o

³⁷ Os vieses serão trabalhados com maior detalhe no capítulo seguinte.

³⁸ Deve-se observar, porém, que o sistema “1” não tem um aspecto eminentemente negativo, muito pelo contrário, ele auxilia o indivíduo a se proteger, tomar decisões de forma prática e rápida, bem como armazenar uma lógica de raciocínio que dinamiza sua existência, não havendo que se retirar o caráter racional do pensamento tão somente por não ter sido “acionado” o sistema “2”.

ato de decidir é qualificado como incontrolável, não linear, sendo a fundamentação racional das decisões a proposta mais adequada para atribuir legitimidade, corrigibilidade e controle da atuação do juiz, vez que se exhibe como parcela aferível da mente (corpórea) do magistrado.

Em contrapartida, Gerd Gigerenzer (GIGERENZER, 2008, p. 19) entende que o debate sobre a (ir)racionalidade do homem tem sido mal interpretado, no que tange a uma espécie de quantificador idealizado para o exame de supostos graus de racionalidade experimentados pelo indivíduo, sustentando que não é uma questão de quantidade, mas de qualidade, a qual irá definir um comportamento racional ou não, não havendo que se falar em irracionalidade quando há, ao menos, um esforço cognitivo, por mínimo que seja, em resolver determinado problema, independentemente do momento, inclusive. O importante é o processo como um todo e a própria adaptação do homem ao ambiente que fora inserido para desenvolver seu raciocínio, os vieses e as heurísticas fazem, portanto, parte de todo esse “caminho” da própria racionalidade, não a descaracterizando do pensamento por este ter sido mais intuitivo.

Do contraste da compreensão de ambos os autores, obtém-se que, primeiro, é preciso atentar para a fundamentação de decisões com pouco esforço cognitivo e sem uma análise mais aprofundada de todas as variantes que incidem naquela situação, no sentido de evitar equívocos em um nível de percepção bastante alcançável; segundo, um pensamento mais intuitivo e desprovido de maior detalhamento, por si só, não retira a característica racional daquela medida mentalmente idealizada e efetivamente executada, sendo necessária que haja, ao menos, uma explanação plausível e dentro dos parâmetros de realidade apresentados pela própria problemática, a qual é estabelecida e exposta pelas razões de decidir e não pelo próprio ato de decidir em si.

Algo que deve ser dito, é que, do ponto de vista da interpretação das normas jurídicas, a racionalidade da fundamentação de uma decisão judicial recai majoritariamente sobre objetos abstratos, os quais são apoiados em objetos fáticos, estes que, no entanto, não podem ser reconstruídos de forma literal no curso da demanda judicial, o que lhes torna também abstratos, pois, na verdade, os fatos não são apreciados diretamente no processo (pois não podem ser repetidos da forma que ocorreram), mas interpretados, de modo que a operação racional quanto à fundamentação de uma decisão judicial é extremamente complexa e falível. Com efeito, qualquer formulação de modelo ou tentativa de objetivação da fundamentação da decisão judicial

pressuporá eventual falha, o que não significa que seja impossível aprimorá-la e torná-la mais próxima de sua própria adequação.

Assim, a descoberta ou o resultado final (decisão) exige a elaboração de uma fundamentação, sob pena de o julgador decidir com a utilização tão somente de seu sistema “1”, ou seja, com pouco esforço cognitivo, razão pela qual se aponta a fundamentação como momento apropriado para o julgador “filtrar” eventuais ocorrências de vieses de cognição, tornando sua decisão mais racional, sem, no entanto, deixar de observar o cumprimento do contraditório (formal e material) em favor das partes, a quais devem, igualmente, participar da construção da decisão final, mediante uma espécie de diálogo processual (LEAL, 2002, p. 105).

1.4 O que isto tem a ver com o Direito?

Expostas todas noções gerais (e principais) sobre as Ciências Cognitivas, que são pertinentes a este trabalho, eis o momento de explicitar seu entroncamento com a Ciência Jurídica, de modo a também relacionar aos propósitos desta pesquisa.

O objeto de estudo do Direito³⁹ diz respeito, basicamente, à norma jurídica e suas repercussões no mundo fático, motivo pelo qual este “ramo” do conhecimento humano se encontra ligado diretamente às questões de julgamentos, interpretação e argumentação em consideração à conduta humana, vez que a análise da norma jurídica e sua aplicabilidade (ou não) demandam um trabalho cognitivo de apontar a melhor ou mais adequada “opção” interpretativa para determinado caso concreto. É exatamente isso que ocorre nas decisões judiciais, haja vista o julgador ter de, supostamente, racionalizar sobre a questão em si, formando seu entendimento para, ao final, deliberar sobre seu resultado.

Nesse sentido, a Ciência Jurídica, por óbvio, pressupõe o exercício da cognição humana, principalmente em consideração aos preceitos da teoria do conhecimento, segundo a qual é inerente à construção do conhecimento científico⁴⁰ a sua característica falha e inacabada e,

³⁹ Não se pode confundir o Direito com seu próprio objeto de estudo, ou seja, não se restringe à análise das normas, mas também se debruça sobre os próprios problemas sociais para a aplicação normativa (MARQUES NETO, 2001, p. 185), tendo em vista que o conhecimento científico não se concentra apenas em seu objeto (MARQUES NETO, 2001, p. 184). Por isso, o Direito seria uma conjugação da norma, da institucionalização, e dos instrumentos identificadores de sentido (interpretação) para a construção de suas teorias e resolução pragmáticas (FERRAZ JR, 2015, p. 115).

⁴⁰ Para que não se cometam precipitações, é relevante considerar a unidade do conhecimento científico (HESSEN, 2003, p. 5), isto é, sua indivisibilidade e totalidade dos objetos sob a análise da cognição humana, evitando o risco de

por sua vez – consoante já tratado –, a própria cognição humana é muito limitada frente as inúmeras e ainda desconhecidas possibilidades da mente humana, sendo este o primeiro ponto de convergência entre as Ciências Cognitivas e o Direito.

É latente, pois, a possibilidade de falibilidade na própria interpretação das normas, ressaltando-se que o Direito⁴¹ pode se revelar, muitas vezes, como uma Ciência não dogmática (zetética), no momento em que põe em questão, por exemplo, sua própria forma de expressão e/ou fonte de criação, se natural ou positivista (MARQUES NETO, 2001, p. 134).

Entretanto, esse caráter de falível e de constante construção não afasta a necessidade de agregar segurança aos preceitos do Direito e, de igual modo, é necessário entender as possibilidades de erros e as razões pelas quais eles ocorrem, exibindo-se as Ciências Cognitivas como pano de fundo dessas questões, haja vista que seu objeto de estudo é justamente a manifestação e o exercício da cognição humana, a qual reveste a própria atuação do estudioso ou do profissional do Direito na formulação de teorias e práticas adotadas para a regulação do Estado e dos indivíduos, em especial, para a elaboração de uma decisão judicial e sua fundamentação.

Disto, obtém-se a relação direta entre o Direito e as Ciências Cognitivas, considerando o objeto de estudo daquele (a norma) que se expressa por símbolos e conceitos, os quais demandam uma análise de alcance e sentido, podendo ser realizada mediante a utilização de ferramentas propostas pela Semântica Cognitiva, esta que, por sua vez, pressupõe uma aceção de mente humana corpórea e, conseqüentemente, a possibilidade de aferição das ações e das representações mentais dos sujeitos.

Os processos cerebrais são de extrema complexidade, não havendo compreensão linear sobre eles, existindo uma enorme margem de incerteza na verdade, motivo pelo qual a interpretação e racionalização de normas para a consecução de um produto (a decisão judicial),

revestir-se (o conhecimento científico) das características do que se pode denominar de senso comum teórico – da qual o Direito se afasta (ou deveria se afastar).

⁴¹ O Direito, portanto, não diz respeito a um conhecimento comum, mas, na verdade, um conhecimento científico que se debruça sobre problemas especificamente jurídicos, possuindo uma sistematização e uma linguagem própria (técnica e racional), a qual traduz o que seria um acontecimento jurídico para o âmbito do Direito (AFTALIÓN; VILANOVA; RAFFO, 2004, p. 156). O Direito, assim, não se confunde com outros conhecimentos como a Sociologia do Direito, a História do Direito, a Filosofia do Direito, *etc.*, sem desprezar, no entanto, a importância e a inegável interdisciplinaridade entre todos estes “ramos” (MARQUES NETO, 2001, p. 129). E, a despeito de ter-se utilizado indistintamente dos termos Ciência do Direito e Direito, aponta-se que tais concepções não se confundem, na medida em que aquela descreve este (KELSEN, 2003, p. 82), e este expressa sua normatividade na regulação das condutas humanas, numa estática e dinâmica de normas.

dentro do processo judicial, encontra dificuldades práticas quanto a vieses de pensamento do julgador, que podem levá-lo a conclusões equivocadas, de modo que tais vieses merecem atenção e alerta, exigindo-se a formulação de uma fundamentação adequada para evitá-los ou minimizá-los. No entanto, a realidade é que a grande maioria dos estudiosos e profissionais do Direito ignora e sequer tem interesse em compreender as repercussões de exames cognitivos em sua forma de atuação, deixando de trazer para o Direito teorias mais viáveis quanto à cientificidade de aspectos valorativos, morais e emocionais do julgador, o qual necessita ser conscientizado de suas limitações, ante a utilização de supostos critérios de objetivação da resolução de uma controvérsia judicial.

A discussão mais acalorada e recorrente quanto à fundamentação das decisões judiciais é decorrência do atual momento de uma sociedade inflada de expectativas (MARDEN, 2015, p. 95), que exige respostas mais rápidas, as quais são apresentadas sem o esforço cognitivo adequado, como é o caso de algumas decisões judiciais em meio a um processo. Uma demanda judicial, portanto, tem por fim administrar essas expectativas (MARDEN, 2015, p. 17), porém, ante o foco excessivo pela conclusão e o descrédito ao próprio percurso para alcançá-la, observa-se, cada vez mais, decisões carentes de fundamentação, advindas de uma reflexão cognitiva apressada.

É preciso, no entanto, entender sobre as próprias limitações da cognição humana para, então, apontar soluções possíveis a uma adequada fundamentação das decisões judiciais, sem se desvincular dos efeitos concretos disso, aproximando as teorias da própria aplicabilidade e interpretação das normas em si. Nas palavras de Toulmin:

Sem dúvida, se nossos sentidos e intelectos fossem mais aguçados, uma quantidade menor de nossas previsões provar-se-ia de fato equivocada; porém, por mais aguçados que se tornassem, nós estaríamos tão distantes quanto antes de superar o risco em questão (2006, p. 339).

O trecho acima somente ressalta a insistente limitação da cognição humana em tentar minimizar suas falhas, ainda que haja mecanismos apropriados para controlar o pensamento ou que este próprio seja mais cauteloso, na medida em que as imprevisões sempre irão existir.

Por outro lado, a construção da fundamentação de uma decisão judicial não está numa linha tênue entre a razão e a emoção, na verdade, ambos os aspectos fazem parte da própria racionalidade do julgador, de modo que não interessa ao sujeito destinatário da deliberação

entender sobre as vicissitudes do inconsciente do magistrado, mas, sim, a forma pela qual tais vicissitudes são manifestadas no ato de decisão e como elas podem ser corrigidas ou controladas, mediante a exposição das respectivas razões.

Destarte, a formação da própria convicção judicial perpassa por desafios de ordens volúveis e incontroláveis, todavia, no momento em que o julgador lhe concede a devida forma por meio de sua fundamentação, no bojo de uma decisão judicial, é factível a identificação de falhas conceituais de maneira mais objetiva quanto à cognição humana, minimizando erros e otimizando o controle de decisões construídas superfluamente, sendo esta a principal finalidade desta pesquisa, vez que a decisão judicial se assemelha a um compromisso (SCHAUER, 2009, p. 179), o qual é contraído pelo juiz perante o jurisdicionado, e este elo de confiança não pode ser desfeito por um dado incerto que seja, sob pena de não obter a devida legitimidade e confiabilidade em momentos posteriores.

Os próprios métodos hermenêuticos, tanto clássicos como constitucionais, tornam-se insuficientes no momento da interpretação da norma jurídica e de sua aplicabilidade ao caso concreto quando se extrai que eles não comportam ou não consideram o real modo de raciocinar do ser humano e as próprias vicissitudes e vieses de sua cognição, na medida em que tais métodos são adotados independentemente de uma análise sobre o próprio funcionamento da mente humana e de suas limitações⁴². Frisa-se que se reportou quanto à insuficiência dos métodos hermenêutica e não de sua desnecessidade, os quais ainda têm bastante relevo no entendimento da Ciência Jurídica como um todo. No capítulo final, dedicar-se-á item próprio sobre esse tema.

O Direito tem como principal ferramenta a utilização da linguagem e dos símbolos, os quais tem por finalidade a representação textual e semântica do julgamento racional realizado, contando com técnica e sistemática própria de manifestação de seus conceitos, no entanto, por vezes, esta Ciência intenta apropriar-se de conceitos não originalmente seus, incorporando-os à teoria jurídica sem antes examiná-los com detenção no que concerne à sua aplicabilidade efetiva, prejudicando o próprio entendimento sobre as limitações e possibilidades dentro de uma demanda judicial e, por fim, numa fundamentação de decisão deste âmbito.

⁴² Por exemplo, quando se fala no método da literalidade não se atenta para o fato de que, ainda que algo seja dito de maneira literal e clara, nada garante que aquela determinada palavra pode apresentar diversos significados diversos em contextos também diversos. Da mesma forma, no que concerne ao método da interpretação ampliativa, não é possível aferir o limite concreto e objetivo de determinada ampliação, sendo algo completamente volúvel a depender da situação.

Como exemplo, tem-se que Marcelo Neves, baseado nas concepções de Niklas Luhmann, apresenta suas propostas teóricas tendo como suporte primário a noção de sistemas sociais, apropriando-se de conceitos e institutos estranhos à própria Ciência do Direito, a exemplo de “código binário”, “autopoiese”, demonstrando-se uma tese epistemologicamente falha, *data venia*, por incorporar concepções que não foram pensadas para a aplicação direta e irrestrita noutro campo, como se a mera adaptação semântica a justificasse. Muito pelo contrário, tem-se, na verdade, enorme dificuldade quanto à própria aferição de seu entendimento sobre norma jurídica, por distorcer tanto as teorias de Dworkin, como de Alexy (NEVES, 2013, *passim*).

Esta espécie de estudo colabora para mais debates sem qualquer fim prático e relevância para o sujeito mais interessado (o jurisdicionado), não sendo, por óbvio, adequado aos propósitos desta pesquisa, pois deixa de lidar com a resolução de problemas efetivos e realistas especificamente no que concerne a forma e ao processo de fundamentação da deliberação do julgador, razão pela qual este estudo se direciona para um campo mais sensível e palpável quanto a cognição humana, debruçando-se sobre questões que envolvem a própria mente do ser humano e de seu funcionamento, considerando ainda sua viabilidade concreta.

É importante, portanto, inculcar uma conscientização quanto à desnecessidade de decisões meramente “metafóricas”, isto é, com a utilização de frases de efeito, discursos vazios e retórica sem propósito, com conceitos extremamente genéricos, mas, invés delas, haja uma latente pretensão de corrigibilidade⁴³ do exercício da cognição, em face de um maior esforço, ao considerar-se as limitações da mente para a formação da própria convicção do julgador e, por conseguinte, na própria fundamentação da decisão judicial.

Não deve ser estranha, portanto, a tentativa de atrelar estas Ciências (Cognitivas e a Jurídica) num estudo, no sentido de romper com a falsa ideia de que o Direito tem a capacidade de obter respostas em si mesmo, independentemente da articulação interdisciplinar com outras áreas do saber, muito pelo contrário, o Direito deve estar interligado com diversos ramos do conhecimento humano justamente para enriquecer os valores sociais que incorpora a seus conceitos e normas. É indispensável o diálogo intenso entre Ciência Jurídica e Ciências Cognitivas, considerando ainda os grandes avanços desta em relação ao funcionamento da mente

⁴³ Dierle Nunes sugere a colegialidade dos tribunais como meio de corrigibilidade das próprias decisões, com base em falhas de decisões, eventualmente, ocasionadas por vieses cognitivos (2015, p. 61-81).

humana, sendo este aspecto indissociável da análise do próprio exercício da função jurisdicional operada pelo homem, baseando-se diretamente em sua racionalidade.

2 DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E VIESES COGNITIVOS

Neste capítulo, dar-se-á início a uma análise direta quanto à elaboração e desenvolvimento da fundamentação das decisões judiciais, a partir de sua conceituação no ordenamento jurídico brasileiro e sua caracterização como direito fundamental, insculpido pelo próprio devido processo legal. Além disso e principalmente, serão considerados elementos técnico-jurídicos em diálogo com concepções extraídas das Ciências Cognitivas, consoante exposição e estudo realizado no capítulo antecedente.

Da análise procedida no capítulo inicial, utilizar-se-á, com ênfase, o conceito de mente humana, raciocínio e racionalidade, inconsciente e vieses cognitivos, os quais serão detalhados no item final deste capítulo, vez que tais acepções serão retomadas justamente a fim de relacionar com a problemática da fundamentação racional das decisões judiciais, bem como na diferenciação entre decidir e fundamentar, nos desafios da elaboração de um ato intelectual tão complexo como este, em eventuais modelos de juízes, na estrutura da decisão judicial e seu possível formato de fundamentação nos termos do Código de Processo Civil de 2015 – CPC/2015 – e, por fim, numa exposição própria quanto aos vieses cognitivos e sua relação com o ato de fundamentar uma decisão judicial.

Neste ponto, reforça-se a importância da interdisciplinaridade entre a Ciência Jurídicas e as Ciências Cognitivas, as quais oferecem todo o suporte e segurança necessários às conclusões expostas ao longo desta pesquisa, bem como as refutações e confirmações constadas por meio da introdução de concepções, aparentemente, externas ao Direito, mas que, na verdade, devem ser inteiramente incorporadas para uma melhor compreensão de sua extensão.

2.1 Inquietações iniciais

Diante da outorga ao juiz do poder de estabelecer o direito aplicável sobre determinado caso concreto, a fim de solucioná-lo, os indivíduos, via de regra, sujeitam-se à apreciação e decisão unilateral advinda de um outro indivíduo, o qual se encontra investido da denominada jurisdição. O juiz revela-se como terceiro na relação processual, com a incumbência de discernir sobre a melhor resolução da demanda posta ao seu crivo, ou seja, mediante exercício de sua cognição, ele define o resultado do debate.

Estar-se diante, portanto, da atividade jurisdicional heterônoma, ou seja, que não se finda mediante um consenso entre as partes, concedendo ao magistrado o dever de prestar a

jurisdição e, por outro lado, o direito aos sujeitos interessados em obter resposta para sua demanda. Ou seja, a prestação da tutela jurisdicional configura-se como dever-direito na relação ora esboçada, assim como a própria fundamentação das decisões judiciais, conforme será visto no item seguinte.

Esclarece-se, ainda, que o processo não deve mais ser visto como mero instrumento ou método de resolução de conflitos, mas como meio para a proteção de garantias e direitos fundamentais dos indivíduos, de modo a conferir legitimidade ao próprio procedimento. Dessa forma, considerando as vicissitudes e dificuldades da interação social, revela-se indispensável a existência de meios que não apenas eliminem eventuais conflitos, mas procedimentos que assegurem aos indivíduos o transcurso regular de sua demanda, com a apresentação de uma adequada resposta, razão pela qual o Poder Judiciário e, mais precisamente, o juiz possui tal mister, exibindo-se este como responsável pela prolação do ato final de contração de obrigações, faculdades, direitos, ônus e deveres (*etc.*) em meio a uma relação processual, a saber: a decisão judicial, a qual deve ser fundamentada, em razão dos pilares do Estado Democrático de Direito e da observância dos direitos fundamentais.

Esta decisão não deve ser realizada mediante uma simples escolha do julgador, mas deve apresentar consonância com a normatização jurídica pela qual é abarcada, a qual deverá oferecer técnicas, métodos e diretrizes próprias para estabelecer, na medida possível, a solução mais adequada à situação específica.

No entanto, conforme visto no capítulo anterior, por ser a decisão judicial um ato que exige diretamente o exercício da cognição humana, não é passível de controle e objetividade, devendo ser consubstanciada e legitimada pela sua fundamentação. Por isso, este processo depende da imersão e entendimento metrificado dos conceitos expostos e suas significações, tendo em vista que o processo de elaboração da fundamentação de uma decisão judicial é eminentemente interpretativo, de modo que lhes se aplicam as noções analisadas da Semântica Cognitiva. Mais uma vez, tem-se que o ato de decidir não é ato linear, muito pelo contrário, a decisão judicial, ou melhor, o processo de elaboração dela, é bastante complexo, vez que se depara com as inconstâncias e não limitações da mente humana, necessitando de compreensão aprofundada das possibilidades e restrições da própria cognição, no sentido de mitigar equívocos, sendo isto feito no momento de exposição da própria fundamentação.

A Semântica Cognitiva, como uma vertente das próprias Ciências Cognitivas, oferece elementos que auxiliam na clarificação e identificação de conceitos e significados, não se olvidando que a fundamentação das decisões judiciais não é tão somente representação de grafia ou textual, mas exibe uma carga semântica intensa, a qual reflete de uma forma efetiva na prática processual e, sobretudo, na vida dos jurisdicionados.

Neste trabalho, adianta-se, por sua própria natureza, não se propõe ou se expõe uma forma de aplicação direta da Semântica Cognitiva ao processo de fundamentação das decisões judiciais, contudo, pretende-se apresentar, conforme item específico do capítulo inicial, uma conjuntura de acepções e institutos que podem intervir na própria compreensão e formação da fundamentação de uma deliberação judicial, no campo interpretativo das normas, inclusive, em consideração às Ciências Cognitivas, de forma mais específica.

Importa, pois, entender que a elaboração e prolação da fundamentação de uma decisão judicial perpassa por um processo cognitivo ainda pouco conhecido e, pior, pouco explorado, gerando interpretações e conclusões sobre as reais possibilidades do exercício da cognição do julgador, o qual, algumas vezes, pode ser enganado por um viés de pensamento, por exemplo, e acabar proferindo uma fundamentação não tão adequada ao caso concreto e, conseqüentemente, uma decisão equivocada.

Dessa forma, quando se trata de uma demanda judicial, o exame e a apresentação do resultado decisório devem ser realizados com extrema cautela sobre as influências internas e externas ao conteúdo meramente jurídico, de modo que o entendimento semântico e interpretativo dentro do processo de cognição são fundamentais para esta finalidade, na medida em que a mente humana é variável segundo a própria formação biopsicossociocultural do indivíduo, conforme mencionado no capítulo primeiro.

Ademais, a psique humana apresenta possibilidades até mesmo ilimitadas e desconhecidas, tornando a “existência” um fato ainda mais complexo do que já se pensou, vez que este aspecto (psicológico) do indivíduo permeia todas suas ações e ressoa contundentemente nas pontes interativas que estabelece com o outro e com o meio. Atrelada à consciência e à inconsciência do homem, a sociabilidade, ou seja, sua capacidade de inserir-se e relacionar-se, tem o condão, igualmente, de modificar e afetar seu modo de ser, reformulando seu próprio “Eu”.

Estabelecer um parâmetro ou um método de fundamentação da decisão revela-se como um enorme desafio, não havendo, porém, consenso no mundo acadêmico sobre um modelo de

fundamentação de decisão que possa servir de referência inequívoca aos julgadores. Todavia, pensa-se ser possível constituir meios para a correção da decisão, no sentido de oferecer ferramentas aos magistrados para que eles possam evitar eventuais falhas de pensamento, seja por uma análise superficial da situação, seja por uma interpretação errônea do contexto ou das significações dos conceitos apresentados, tendo em vista as peculiaridades do caso em concreto, de modo que estas falhas passam a ser consideradas e analisadas com cautela, sendo um dos objetivos da presente pesquisa.

Dessa forma, o percurso traçado no capítulo inaugural exhibe-se ainda mais essencial para o deslinde desta pesquisa, vez que as acepções que lá foram analisadas (tais como mente humana, estados intencionais, racionalidade, inconsciente, Semântica Cognitiva, *etc.*) são indispensáveis ao tema específico do presente capítulo, isto é, o tratamento direto da própria fundamentação das decisões judiciais atrelada aos vieses cognitivos que podem, justamente, alterar o cenário de apreciação e elaboração da fundamentação de uma decisão judicial.

Conhecer e entender um pouco sobre o funcionamento mental e, por consequência, do próprio organismo, em relação aos processos de escolha e decisão, culmina numa melhor capacitação do julgador e dos interessados no que concerne ao desenrolar de uma demanda judicial, na medida em que se fornece outros elementos de proteção, garantia e controle de um ato decisório, em atenção aos argumentos proferidos e eventuais provas produzidas nos autos, que auxiliam no processo interpretativo da norma.

A questão da abrangência dos conceitos e de sua interpretação encontra conexão direta com o processo mental de prolação de uma decisão judicial, mormente em sua “fase” de fundamentação, vez que a cognição do julgador se dirige à compreensão de fatos com repercussão jurídica, ou seja, o julgador, normalmente, busca subsumir o conjunto probatório dos autos numa norma jurídica construída para aquele caso em específico, por meio da fundamentação de decisão, ressaltando-se que os fatos são interpretados e não apreciados diretamente.

Esta norma jurídica, porém, durante esse processo de elaboração, pode lidar com diversas influências, seja de caráter interno ao processo, mas também externo a ele, podendo acarretar uma falha de interpretação por uma análise subjetiva ou pouco atenta às peculiaridades, sendo imprescindível, pois, uma cautelosa análise das expressões, dos atos e fatos e das significações apresentadas.

A decisão judicial, na condição de uma norma jurídica criada para regular determinada situação, pode apresentar certa textura aberta, isto é, indeterminação linguística, proporcionando ao julgador certa margem de liberdade para seu preenchimento (ou fundamentação), considerando os estudos de Hart, no livro “O conceito de Direito” (2001, *passim*). Assim, numa ocasião em que o julgador siga todas as regras do ordenamento jurídico, ainda restará espaço para o preenchimento dessa norma com dada discricionariedade, sendo referido Autor.

Este entendimento é deveras criticado na seara jurídica, não sendo a teoria de Hart tão bem recepcionada pelos estudiosos, em razão do alegado caráter positivista, vez que, para este autor, o direito é constituído por regras primárias e regras secundárias (HART, 2001, p. 151-152)⁴⁴, inexistindo espécies de normas mais flexíveis e moldáveis, como é o caso dos princípios.

Cita-se Ronald Dworkin como principal debatedor das concepções de Hart, vez que aquele discorda de que o Direito somente se expressa por meio de regras, sendo a interpretação construtiva, com a intenção de melhor justificar a prática jurídica (DWORKIN, 2007, p. 61). No entanto, deve-se admitir que os estudos de Hart podem ser tomados como um esboço incipiente no tocante à problemática da criação da fundamentação das decisões judiciais e o alto grau de subjetividade que, invariavelmente, está presente neste processo, de modo que a própria intuição, por vezes, é utilizada de forma incontrolável, não sendo este um método dos mais seguros, mas que pode ser evitado ou minimizado (HART, 2001, p. 154).

No âmbito de um processo judicial, portanto, a segurança jurídica deve ser buscada, de modo que os sujeitos interessados e o julgador devem, em sua relação interativa, ter consciência das reais possibilidades de formação do conteúdo decisório, o qual exige que as impressões iniciais sejam consolidadas por meio de uma apuração séria e aprofundada da situação, que somente é atingível se houver uma fundamentação adequada da decisão judicial.

⁴⁴ Esclarece-se que são primárias aquelas regras que impõem deveres e, portanto, determinam que alguém faça ou se abstenha de fazer algo. Já as regras secundárias (HART, 2001, p. 150) permitem a criação de novas regras, sua modificação ou fiscalização, atribuindo poderes, sejam eles públicos ou privados. Especificamente, as ações do Poder Legislativo devem ser compreendidas de acordo com essas regras, para evidenciar que as leis não sejam obedecidas em virtude de uma submissão às ordens de poder de um soberano, mas de sua “aceitação” pelos jurisdicionados, por meio do reconhecimento de sua autoridade. Essa regra de reconhecimento é a única regra cuja obrigação depende de sua própria aceitação, permitindo a existência de uma regra secundária que identifica as regras primárias (HART, 2001, p. 158).

2.2 O direito-dever de motivação das decisões judiciais e a crença como elemento psicológico

A motivação ou fundamentação das decisões judiciais é categorizada no ordenamento jurídico brasileiro, tradicionalmente, como um princípio fundamental, inserto no aspecto material do devido processo legal, uma vez que garante aos sujeitos processuais a prerrogativa de obter a resposta judicial ao seu problema de maneira fundamentada, isto é, com a exposição dos motivos pelos quais seu pleito foi julgado de determinada maneira, facultando-lhes o controle sobre os embasamentos de determinada decisão.

Nessa condição, a fundamentação da decisão judicial está inserida dentro da classificação dos objetos culturais (FALCÃO, 2002, p. 68-70), diversificando-se dos objetos naturais e/ou brutos, vez que advém das “mãos” e da atividade racional do homem, não sendo algo fisicamente atingível, na verdade, este fato – que é produzido em meio a um processo judicial – tem natureza eminentemente intelectual, de modo a ser considerado como fato institucional (SEARLE, 2010, p. 90-95), na medida em que é admitida em razão da estrutura e ditames estatais.

Por esta razão, entende-se que a fundamentação da decisão judicial não se trata de um objeto “achado” na natureza, mas sim um conceito e instrumento que é construído para significar e servir para algo, vez que não se trata de um ente concreto, afastando-se, de logo, o tratamento essencialista, que muito pode gerar confusões e equívocos quanto à sua análise.

Esclarece-se que o “essencialismo” diz respeito a uma corrente filosófica cuja questão principal é designar as propriedades de algo para ser caracterizado como tal no mundo concreto (OLIVEIRA, 2015, p. 129), em consideração às suas partes e itens diferenciais, a exemplo de uma caneta, cadeira, carro, *etc.*, de modo que, no primeiro caso, a caneta seria aquele objeto pequeno, com espessura fina, com eventual tampa e ponta; enquanto que a cadeira seria aquele objeto com apoio para as costas e um assento, eventualmente com “pernas”; e, por fim, o carro seria aquele objeto com rodas, volante e bancos.

Tratar a motivação da decisão judicial dessa forma acarreta a ideia equivocada de que tal instituto jurídico e suas propriedades são tangíveis, ou melhor, que a fundamentação da decisão judicial tem, de fato, propriedades e itens específicos que podem ser enumerados e incorporados a uma espécie de “natureza” da decisão, esta que seria supostamente imutável em decorrência de seus atributos. Na verdade, a fundamentação da decisão judicial não apenas “é” ou existe, mas

significa e serve para algo, sendo, portanto, um conceito abstrato e institucional criado pelo próprio Direito na viabilização de uma garantia processual de defesa e ação. Nessas condições, a fundamentação, por significar algo, serve a algo também, exibindo diversas interpretações e compreensões, as quais podem estipular este ou aquele atributo.

Lembra-se, ainda que, especificamente, dentro do processo judicial, os fatos são conhecidos indiretamente, vez que se obtém tão somente a percepção destes, segundo um constante exercício de deduções, induções, inferências e eventuais elementos de prova para alcançar o resultado mais adequado, salientando-se, mais uma vez, o caráter conceitual e abstrato da fundamentação da decisão judicial, bem como a impossibilidade de atingir sua essência, já que a fundamentação é, além de tudo, um “meio” de se garantir a proteção de direitos fundamentais e não apenas uma forma de resolução de conflitos.

Dito isto, considerando ainda tudo o que foi tratado ao longo do capítulo inicial (principalmente quanto à possibilidade de falhas e enganos da cognição humana), a tentativa de estabelecer métodos específicos para a fundamentação de uma decisão se exhibe bastante complexa, vez que sempre haverá “brechas”, haja vista seu caráter moldável, devendo-se haver uma conscientização sobre esses aspectos, para que a construção de um “método”, nada obstante ainda imperfeito, seja mais realista e próximo das possibilidades da cognição humana. Não se refuta, com isso, a possibilidade de um método específico para a fundamentação judicial, o que não se entende adequado é que se proponha um método que seja rígido em suas disposições, já que, inevitavelmente, falhará justamente em razão da inacessibilidade ao conteúdo inconsciente da mente humana.

A fundamentação da decisão judicial revela-se como ato de aplicação do Direito pelo julgador, vez que este, tomando por base os argumentos, as normas e as eventuais provas produzidas pelas partes, irá prolar uma norma específica que regulará àquela situação, individualizando o Direito Geral que fora inicialmente invocado, em decorrência da própria textura aberta das regras aplicáveis ao caso. Por isso, ressalte-se a necessidade em fornecer ao juiz elementos de conhecimento que evitem que elabore este ato com forte carga subjetivista, ou seja, afastada de parâmetros legais e, ainda que estejam dentro desses parâmetros, recaiam em posicionamentos ideológicos ou equivocados, ainda que de boa-fé, em decorrência de influências internas e externas ao próprio processo judicial.

Neste item, não se intenta reforçar a tese de que toda decisão judicial necessite ser fundamentada para ser considerada válida, pois, quanto a isso, não há divergências, mormente ante a previsão expressa da Constituição pelo art. 93, inciso IX⁴⁵, sendo, pois, um direito-dever constitucional. No entanto, quem insiste nesse discurso, como se fosse novidade ou como se os juízes não soubessem, age imbuído de pura retórica, vez que é nítido que o problema não está na conceituação da norma imperativa quanto ao assunto, porém na enorme dificuldade em sua própria aplicação e, mais do que isso, em sua compreensão no mundo prático-processual, no que tange às suas possibilidades e limites, em consideração àquele que a produz: o juiz.

A fundamentação das decisões advém do processo interpretativo das normas, com a finalidade de gerar, ao juiz, a convicção/convencimento, que, por sua vez, caracteriza-se como um estado psicológico, integrante do próprio processo de elaboração de uma decisão judicial e sua fundamentação, sendo, assim, um elemento indispensável (GUERRA, 2015, p. 17). Este “estado psicológico” relaciona-se com o conceito de estado intencional esboçado no capítulo primeiro deste trabalho, de modo que o estado psicológico representado pelo convencimento judicial corresponde diretamente ao estado intencional denominado de “crença” (*belief*) (MARTINS, 2010, p. 165).

O termo “crença” como estado intencional foi cunhado por Brentano (1935, p. 34) justamente com o objetivo de recuperar o estudo filosófico das intencionalidades psicológicas do homem, para fins de análise das reações internas e externas de seu aspecto mental e, nada obstante tal autor se filie ao posicionamento dualista da concepção de mente, não se pode negar sua enorme contribuição nessa temática.

Em retomada ao que se discutiu sobre a fundamentação judicial, percebe-se que, exatamente por considerá-la como um fato institucional e não palpável, há a importância de investigar o elemento psicológico em que se consubstancia, isto é, a crença⁴⁶, que leva ao chamado convencimento judicial e, conseqüentemente, permite que o magistrado profira sua

⁴⁵ Art. 93 [...]

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

⁴⁶ Esclarece-se que a acepção de crença e conhecimento podem se confundir, vez que tais categorias apenas diferem com base em “graus” de certeza, vez que quando o sujeito assevera que “sabe de algo” é como se tivesse certeza absoluta daquilo e, por outro lado, quando menciona que “acredita naquilo” quer significar que não possui tanta certeza assim (MYERS, p. 117, 2014).

decisão e motive-a. Este dinamismo que ocorre com o julgador é comum, na medida em que o homem é reputado como uma “máquina de crenças”, já que:

A crença também faz a ponte entre fatos e valores. Nós formamos crenças sobre fatos, e, nesse sentido, a crença perfaz a maior parte daquilo que sabemos sobre o mundo — por meio da história, da ciência, do jornalismo etc. Mas também formamos crenças sobre valores: juízos sobre moral, objetivos pessoais e o propósito maior da vida (MYERS, p. 20, 2014).

Conforme visto no capítulo inaugural, a crença, por ser um estado intencional, assume a expressão de uma “disposição para agir”, de modo que, por exemplo, se o juiz forma seu convencimento no sentido de improceder o pedido de uma ação proposta por “A”, quer dizer que ele crê, a partir do que lhe foi apresentado e analisado ao longo do processo, que “A” não tem razão quanto às provas e o direito invocado, ou seja, o magistrado tende a agir no sentido de julgar improcedente o pedido de “A”, naquela situação exposta, em decorrência da representação mental de um “estado de coisas” específicos (alegações, fatos, provas e *etc.*). Dessa forma, o juiz tende a tornar real aquela representação interna sobre aqueles estados de coisas para formar seu convencimento (crença) e proferir a fundamentação e decisão respectiva (GUERRA, 2015, p. 27), ou melhor, o julgador decide a partir de todo esse processo interpretativo de fatos e normas para, então, esboçar as razões que lhe levaram a tal posicionamento.

Importa ressaltar, pois, que a decisão judicial é ato bastante complexo, não se limitando a um comando – algo que é demonstrado a começar por sua própria estrutura exigida pelo Código de Processo Civil de 2015, a saber: relatório, fundamentação e dispositivo⁴⁷. Na verdade, a decisão judicial corresponde a um ato linguístico complexo (GUERRA, 2015, p. 49), carregado de expressões e conexões comunicativas, na medida em que reúne, em um só ato, a narrativa de uma série de fatos (relatório), a análise do direito aplicável ao caso e a crença ou não no enquadramento de tal direito aos fatos apresentados (fundamentação) e, por fim, a conclusão, a qual pode se expressar por determinações, declarações, constituição de direito, *etc.*, ou uma mescla disso tudo.

Neste cenário, o direito-dever constitucional de motivar ou fundamentar as decisões judiciais é também, nas palavras de Marcelo Guerra, direito-dever de “fundamentar as crenças

⁴⁷ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

judiciais sobre fatos relevantes” (2015, p. 52), vez que as crenças se expressam com as próprias razões do julgador para estabelecer certo entendimento sobre os eventos existentes no processo.

Em decorrência, afere-se que essas crenças são estabelecidas essencialmente sobre as alegações das partes, as quais, por sua vez, devem demonstrá-las, eventualmente, por meio de provas⁴⁸, estas que, ao final, revelam-se como base do próprio convencimento do julgador, o qual formula sua “disposição para agir” em relação ao fato apresentado e comprovado (ou não), em meio a todo esse processo interpretativo das normas que se conjugam com os elementos dos autos.

A evidente dificuldade no estudo da fundamentação da decisão judicial é justamente sua “estrutura” conceitual e intelectual, já que se baseia num estado psicológico, vez que estados mentais não se prestam a uma medição ou aferição completamente inequívoca, nada obstante os avanços da Ciência nesse sentido. Este fato é ignorado por muitos pesquisadores e autores, que estruturam um modelo de fundamentação de decisão firmados pura e simplesmente nas disposições constitucionais, sem preocupar-se sobre como realmente se dá esse processo de prolação da motivação de uma decisão judicial, em observância ao funcionamento da cognição humana. Ou melhor, não se tenta entender, sequer, a complexidade linguística deste ato ao desconhecer os próprios limites da mente humana, razão pela qual, nesta pesquisa, comprometeu-se a explorar um pouco dessa relação – ainda não tão conhecida – do Direito com as Ciências Cognitivas e, especificamente, da fundamentação da decisão judicial e estas.

2.2.1 Decidir vs. fundamentar

Pode parecer elementar e dispensável a distinção que se buscará traçar neste item, no entanto, importa elucidar e reforçar que o ato de decidir e o ato de fundamentar não se confundem, mas compõem o conjunto de atos para a formação (complexa) de uma decisão judicial, na medida em que os procedimentos e métodos adotados no âmbito de um processo judicial convergem, via de regra, para a formação do convencimento do julgador, o qual motivá-lo-á por suas razões que, necessariamente, devem integrar a própria decisão.

Com efeito, a decisão ou ato de decidir não equivale necessariamente às suas razões ou fundamentos, mas diz respeito ao próprio resultado de um procedimento racional,

⁴⁸ Frisa-se que algumas demandas dispensam a produção probatória por tratarem, em tese, de matérias somente de direito, vide art. 355 do CPC/2015.

desenvolvido de acordo com regras e princípios, além de métodos, que determinam sua validade; ao passo que a fundamentação refere-se à indicação das razões pelas quais o julgador considerou e analisou os argumentos e normas suscitadas, racionalmente, sendo, pois, a base de motivação para a decisão judicial, a qual é característica da estrutura do próprio processo (TARUFFO, 2009, p. 223-273).

Esclarece-se, no entanto, que, a nível psicológico, não há uma ordem cronológica quanto à construção intelectual da fundamentação e decisão, vez que esta última pode ser concebida antes mesmo de o julgador conhecer ou elencar as razões correspondentes ao caso em concreto, visto ser um ato intuitivo e, muitas vezes, incontrolável. Cabe, assim, aos estudiosos do Direito e, especificamente, ao legislador, a delimitação de mecanismos que impeçam a prevalência de uma grande carga subjetiva e discricionária, com vistas a garantir que esse aspecto eminentemente subjetivo não prevaleça e, por isso, exige-se a exposição dos fundamentos, justamente para oportunizar a correção de alguma falha constatada na decisão que fora prolatada, a partir da exposição das razões.

Lembra-se da distinção entre crer e saber (TOULMIN, 2006, p. 340), de modo que o indivíduo-julgador pode acreditar que, por exemplo, “A” cometera um ato ilícito que gerou danos a “B” e, por isso, este deve ser indenizado por aquele. Num primeiro momento de análise dos fatos e argumentos e, na medida em que constrói seus fundamentos e interpreta as normas aplicáveis à situação, o julgador encontra as razões necessárias e adequadas, com base nas provas, eventualmente, produzidas e no processo interpretativo, que confirmam e o fazem convicto de que, de fato, “A” deva ser condenado a pagar uma indenização para “B”.

O juiz, então, assume a narrativa de “B” como fundamento de sua decisão, em detrimento da narrativa apresentada por “A”, a partir de seu juízo sobre os fatos e análise normativa correspondente (TARUFFO, 2009, p. 229-271), de modo a formar sua crença (estado psicológico) sobre os fatos relevantes e construir seu convencimento para, então, proferir sua decisão, com base numa delimitada fundamentação, não havendo qualquer obstáculo para a constatação de um resultado contrário a este, desde que o julgador, igualmente, identificasse razões para conferir julgamento favorável para “A”, com base na mesma análise fático-normativa, vez que entendeu ser o posicionamento com fundamentação mais adequada e conforme às normas do ordenamento jurídico respectivo.

Nesse cenário, a crítica quanto à suposta ordem de elaboração desses atos do julgador, isto é, quando este decide antes de fundamentar (STRECK, 1999, p. 44-45) não se exhibe pertinente ou minimamente apropriada, em virtude de não ser uma questão de opção do magistrado em fundamentar primeiro e depois decidir, porque, na verdade, isto é indiferente ao que se exige dele, não sendo importante a ordem pela qual ocorre o processo de elaboração de uma decisão ou fundamentação judicial. Além disso, não é possível controlar o intelecto no momento em que se exige a tomada de uma decisão, de modo que, invariavelmente, a decisão poderá ocorrer logo da primeira apreciação da situação em concreto, sendo natural e inevitável que se faça uma espécie de pré-julgamento⁴⁹ do que foi apresentado para, em seguida, confirmar-se ou não o posicionamento, com base na interpretação das normas e no eventual elemento probatório, permitindo a exposição dos fundamentos.

Ao menos, é o que se espera. Desse modo, a preocupação maior deveria ser com a fundamentação em si, a qual, por sua vez, pode ser controlada e corrigida. Utiliza-se como exemplo desse fenômeno o presente trabalho, vez que, inicialmente, decidiu-se sobre eventuais resultados e, posteriormente, buscou-se material de pesquisa que confirmasse ou não a hipótese levantada *a priori*, esclarecendo-se que isto não é algo feito de má-fé ou por equívoco, mas o funcionamento do raciocínio dá-se dessa maneira. A fundamentação, portanto, fornece os elementos de validade da própria decisão (TARUFFO, 2009, o. 273) a qual pode ser controlada e, conseqüentemente, alterada.

De ressaltar que esta conclusão “provisória” do juiz advém de sua própria pré-compreensão de mundo (GADAMER, 2003, p. 13) e dos dados históricos colhidos durante sua formação pessoal, não sendo possível evitar esta influência, ainda que indireta, isto é, de uma perspectiva historicista no momento do processo de elaboração da fundamentação e decisão judicial. Reforça-se, pois, a tese segundo a qual o “pré-julgamento” não pode ser considerado um equívoco, mas algo integrante de todo o fenômeno decisório, conforme ainda restará detalhado no capítulo final, em atenção ainda ao que foi analisado sobre o pensamento intuitivo e inconsciente, os quais auxiliam o funcionamento do raciocínio.

Todavia, impende-se elucidar que a motivação da decisão judicial não reflete os processos mentais ou os estados psicológicos que a fomentaram e a estruturaram, vez que “[...] a

⁴⁹ Este pré-julgamento ou pré-concepção, a par de ser um conceito muito utilizado no âmbito da interpretação das normas jurídicas, não está devidamente delimitado pelos próprios intérpretes, no entanto, a partir de algumas noções extraídas das Ciências Cognitivas, buscar-se-á preencher essa acepção no capítulo final desta pesquisa.

motivação – ao contrário do que muitos pensam – não é um detalhamento do assim chamado *inter lógico-psicológico* que o juiz seguiu para chegar à formulação fina de sua decisão” (TARUFFO, 2009, p. 271), porém, em verdade, a motivação é o elemento objetivo que concede validade à própria decisão judicial, independentemente dos processos psicológicos formulados pelo sujeito (TARUFFO, 2009, p. 226-271).

Assim, apesar de a decisão judicial ter formação a partir de um elemento psicológico, a saber: a crença sobre os fatos relevantes, extrai-se que a intuição desta crença não é suficiente para a validação das disposições decisórias, mas é indispensável que haja a respectiva explicitação ou fundamentação sobre tais crenças, corroborando a própria conclusão, além de viabilizar sua correção, vez que não é possível teorizar ou medir dados advindos do “sexto sentido” (TOULMIN, 2006, p. 348).

O dever-direito de motivação das decisões judiciais é, inclusive, elemento do próprio modelo de processo constitucional, o qual concebe o processo como instrumento de efetivação de direitos fundamentais, em meio à previsão de garantias processuais, a exemplo do devido processo legal, contraditório, ampla defesa, razoável duração do processo, *etc.*, no intento de compatibilizá-lo (o processo) com o próprio Estado Democrático de Direito (MARDEN, 2015, p. 191), razão pela qual a análise isolada sobre o percurso interno-psicológico do juiz na construção da fundamentação judicial não tem viabilidade, considerando sua própria inacessibilidade, devendo-se focar no conteúdo externo proferido (a fundamentação), em atenção à própria segurança jurídica.

Considerando, ademais, a decisão também como fato institucional, observa-se que, nessa condição, ela somente pode ser compreendida e explicitada por meio de regras constituintes (OLIVEIRA, 2015, p. 184), motivo pelo qual o critério de fundamentação é seu elemento de validade, o qual legitima todo o processo de construção do convencimento judicial, o qual será refletido na própria fundamentação do ato decisório.

Desta feita, lembrando-se da possibilidade de o indivíduo firmar seu posicionamento com base, eminentemente, numa intuição ou ser acometido de forma inconsciente por vícios de pensamento (vieses), produzirá, em consequência, uma decisão inadequada aos elementos existentes, razão pela qual a explicitação de sua motivação/razão é indispensável para franquear aos jurisdicionados a oportunidade de exercer sua pretensão de correção e controle da decisão

judicial, diferindo-se, mais uma vez, o ato de decidir e o ato de fundamentar, vez que aquele pode ser alterado a partir da elaboração deste.

A razão de uma decisão judicial é delimitada em sua fundamentação, algo que oferece maior segurança e legitimidade ao próprio ato de decisão, com o potencial, inclusive, de gerar parâmetros decisórios, como é o caso do conceito de *ratio decidendi*, o qual é bastante invocado no âmbito da teoria dos precedentes judiciais, com a finalidade de atribuir a essa sistemática maior grau de coerência, razão pela qual se reforça que os procedimentos racionais utilizados pelo magistrado devam ser intrínsecos à própria dinâmica interpretativa de normas inerentes ao caso, independentemente das inconstâncias e equívocos dos processos mentais.

Admitindo-se que a construção das decisões judiciais advém de um processo interpretativo das normas jurídicas, conjugados com a análise fática posta ao crivo do julgador, obtém-se que a operação realizada por este diz respeito ao entendimento sobre proposições/alegações das partes, isto é, fatos institucionais (assim como a própria decisão), dependendo a validade deste ato da elaboração da fundamentação da decisão judicial. Assim, uma primeira aparência pode ser aceita até “prova em contrário” ou até o exercício de um esforço cognitivo mais aprofundado (HARRIS, 2013, p. 121).

Neste esforço cognitivo, destaca-se ainda que a fundamentação da decisão judicial se exterioriza por meio da linguagem, racionalizando a própria decisão judicial, além de conferir elementos (conceituais e significativos) de controle e correção de seu resultado (OLIVEIRA, 2015, p. 202-203), na medida em que o pensamento do julgador pode ser aferível nas expressões linguísticas proferidas na fundamentação de sua decisão, uma vez que:

[...] A linguagem é um dizer no sentido original da palavra, é mostrar, deixar aparecer, ver, ouvir. A linguagem deixa aparecer o ser como, sentido; ela é, por isso, a casa do ser. Se o ser emerge enquanto linguagem, a linguagem é o caminho necessário de nosso encontro com o mundo, já que é o sentido que funda e instaura todo o sentido (OLIVEIRA, 2015, p. 215-216).

Portanto, a fundamentação da decisão judicial é expressada por meio da linguagem, a qual é ponto de aferição do próprio pensamento e convencimento construído pelo julgador, podendo ser verificada com base nos conceitos e significações utilizadas no momento de fundamentação da interpretação normativa aceita como adequada no ato decisório.

2.2.2 Há controle sobre o pensamento “automatizado”?

Ao longo do que restou tratado até este ponto da presente pesquisa, percebeu-se a necessidade de diferenciar a análise da decisão judicial de sua própria fundamentação, especialmente no item anterior, no qual se especificou as diferenças elementares deste tratamento, de modo que, se a decisão judicial é um ato que naturalmente não detém previsibilidade, controle ou possibilidade de aferição em decorrência da impulsão da mente; de outro lado, a fundamentação é ato pelo qual o julgador franqueia ao jurisdicionado o momento para correção, apreciação e até alteração deste ato complexo que fora proferido, justamente em consequência da exposição de suas razões.

No entanto, esta não é uma questão tão simples, vez que a fundamentação, apesar de ser verificável por meio de seus dados linguísticos, conceituais e textuais, também enfrenta os desafios advindos da construção e interpretação normativa e da própria tentativa de fuga dos erros de cognição, sendo uma repercussão persistente do ato irreflexivo de decidir, que está intrinsecamente ligado ao ato de fundamentação.

Este pensamento “automatizado” ao qual se faz referência na denominação deste tópico diz respeito exatamente às influências, internas e externas, que podem passar despercebidas até mesmo na ocasião de construção e elaboração da fundamentação judicial, situação esta que é normalmente causada por vícios de cognição ou vieses, por omissão do julgador no momento da análise do caso, ou qualquer outra circunstância da qual não se teve controle em razão de uma apreciação superficial da lide, ocasionando uma edificação de fundamentação inadequada ou equivocada.

Daí infere-se uma grande dificuldade na tentativa de instituição de um método de fundamentação, mormente se ainda for considerado situações de atuações inclinadas pela má-fé, da qual não se aponta uma questão de controle ou não, mas de intencionalidade deliberada, sendo algo ainda mais complexo, que não está abrangido pelo foco desta pesquisa.

Com efeito, reforça-se aquilo que se tratou sobre a conceituação de mente⁵⁰, não sendo esta um computador o qual recebe a informação, processa-a e transmite-a na mesma frequência e aparência. Na verdade, a mente não funciona nesse sentido ou como um fio condutor e transmissor de dados, porém recebe e interage com todas as informações e com o próprio meio,

⁵⁰ A consciência e a emoção são inseparáveis, motivo pelo qual a “emoção está vinculada à sobrevivência de um organismo, e o mesmo se aplica à consciência”, a qual é constituída por padrões neurais e imagens representantes para o organismo, para o objeto e a relação entre ambos (DAMÁSIO, 2015, p. 25-28/54).

conjugada com a própria estrutura corporal e orgânica, havendo uma clara dificuldade em entender aquilo que fora inicialmente representado na mente do indivíduo, em seu consciente e inconsciente, e transpô-lo para o nível de comportamento e externalidade. Dito de outro modo, entender a formação da representação mental e sua adaptação para o “mundo” palpável não é tarefa fácil e tampouco concretizar o é (DAMÁSIO, 2015, p. 20).

Somente os comportamentos externos são acessíveis por terceiros, a exemplo da exposição da fundamentação de uma decisão, razão pela qual há viabilidade de corrigi-la, no entanto, o seu processo de elaboração perpassa pela complexidade do fenômeno da “mente, consciência e comportamento”, isto é, da relação daquilo que é privado do indivíduo e se torna público em seguida, motivo pelo qual há resquícios de falhas (DAMÁSIO, 2015, p. 22).

Além disso, constatou-se ainda o entroncamento entre a chamada emoção⁵¹ e a razão, de forma a não ser possível haver racionalidade sem o aspecto emocional que impulsiona e confere a característica decisória do sujeito, sendo isto mais um fato sobre os influxos que a mente recebe, seja por uma convicção pessoal, cultural, ideológica, empírica, enfim, o homem se define pelo que vê, houve e vivencia, estando todos esses aspectos interligados para a construção de um pensamento e sua consequente exposição.

Segundo o modelo de processo constitucional, a fundamentação das decisões judiciais é condição de sua própria validade e expressão do Estado Democrático de Direito, demandando, pois, a possibilidade de aferição e investigação sobre ela e, por isso, se há um pensamento ou raciocínio “automatizado”, para se estabelecer um mínimo de controle, este deve ser conhecido e estudado. E, apesar de não ser uma fácil tarefa, o primeiro passo deve ser dado no sentido de conscientizar os julgadores e estudiosos dessa característica natural da falha e da possível superficialidade no tratamento das questões em exame.

Nesse cenário, na própria formação das crenças, por exemplo, as quais levam ao convencimento do julgador para que ele possa proferir sua decisão e a correspondente fundamentação, há diretamente influências de questões inconscientes, que nem sempre podem ser acessíveis, não podendo ser objeto de análise, dificultando, pois, o processo de “descoberta” e busca por uma “verdade”, ocasionando desvios nesses processos, por subjetividades inerentes ao indivíduo (HARRIS, 2013, p. 110-111).

⁵¹ Há uma diferença entre sentimento e emoção, sendo aquele reservado para a experiência mental interna, e este designa o conjunto de reações, as quais são, majoritariamente, publicamente observáveis (DAMÁSIO, 2016, p. 44).

Admitindo essa “automatização” imanente ao ato de raciocinar, deve-se buscar meios de condicioná-lo a um maior esforço de cognição, especialmente com o próprio conhecimento de tal possibilidade, de modo a entender melhor esse funcionamento, concedendo-se oportunidade de correção de falhas e até mesmo na tentativa de evitá-las.

Cita-se, por exemplo, as hipóteses de impedimento e suspeição do juiz, regulamentadas pelo Código de Processo Civil de 2015 em seus artigos 144 e 145⁵², os quais preveem circunstâncias que impossibilitam o julgador de apreciar aquele caso, vez que comprometem sua imparcialidade no processo, conforme certo grau de interesse do juiz na causa ou por motivos de relação direta ou indireta com as partes, em suma, revelando-se ocasiões em que o julgador resta impedido ou suspeito de julgar ante sua relação com determinados indivíduos, instituições, pessoas jurídicas, ou a sua própria atuação anterior.

⁵² Art. 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo:

I - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha;

II - de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão;

III - quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

IV - quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

V - quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo;

VI - quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes;

VII - em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços;

VIII - em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório;

IX - quando promover ação contra a parte ou seu advogado.

§ 1º Na hipótese do inciso III, o impedimento só se verifica quando o defensor público, o advogado ou o membro do Ministério Público já integrava o processo antes do início da atividade judicante do juiz.

§ 2º É vedada a criação de fato superveniente a fim de caracterizar impedimento do juiz.

§ 3º O impedimento previsto no inciso III também se verifica no caso de mandato conferido a membro de escritório de advocacia que tenha em seus quadros advogado que individualmente ostente a condição nele prevista, mesmo que não intervenha diretamente no processo.

Art. 145. Há suspeição do juiz:

I - amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados;

II - que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio;

III - quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive;

IV - interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes.

Essas situações podem não ser de conhecimento notório das partes, contudo podem influenciar, de alguma forma, no resultado do processo, em razão do posicionamento do magistrado ante a algumas pessoas ou condições. Embora algumas dessas hipóteses possam ser, em tese, avaliadas objetivamente, segundo a comprovação documental e investigação detida⁵³. Na verdade, tal objetividade não é tão delimitada ou efetiva assim, vez que, se as partes não tiveram atenção ou mínimo conhecimento de algumas circunstâncias, bem como se o julgador não se der conta, omitir ou simplesmente ignorar algum fato, ele poderá julgar aquela lide ainda que haja uma causa de impedimento ou suspeição – excluindo-se, mais uma vez, as hipóteses de omissão por má-fé –, seja em razão de as partes não terem suscitado ou porque o próprio juiz não se declarou impedido/suspeito.

Disto, tem-se a demonstração de situações em que o inconsciente não é aferível, considerando que, nada obstante, as causas de impedimento até sejam objetivas⁵⁴, mas, em determinação situação, pode não haver diligência das partes e do juiz, sendo necessário o empenho de um maior esforço cognitivo para que seja possível evitar vícios no próprio ato de fundamentação, evitando uma análise meramente superficial do caso.

As questões do inconsciente, portanto, não são acessíveis diretamente, motivo pelo qual a possibilidade de aferi-las é tão somente se o indivíduo assim o permitir por meio de seu comportamento, ocasião em que as externalidades respectivas podem ser verificadas e controladas e, ainda que não haja exposição espontânea ou linear, o que resta ao observador é aquilo que é tangível e investigável aos olhos, mediante elementos sensíveis de percepção à cognição humana. A partir disto, deve ser realizada uma análise ou apreciação. As expressões e proposições externas são tudo o que torna possível a aferição da fundamentação judicial, não havendo possibilidade de o estado psicológico interior ser diretamente palpável (DASCAL, 2003, p. 7-10).

Conclui-se, portanto, que o próprio controle sobre a fundamentação das decisões judiciais, ainda que seja mais seguro e objetivo do que sobre a decisão em si, poderá sofrer com a intervenção de falhas e vícios, mesmo que em menor proporção. Assim, as atuais proposições

⁵³ A exemplo do caso de o juiz ter figurado anteriormente como mandatário da parte, como membro Ministério Público, ou ter algum parente no processo, nos termos legais (impedimentos), ou quando uma das partes for sua credora/devedora (suspeição).

⁵⁴ Por outro lado, as causas de suspeição são de ordem subjetivas, de modo que o legislador, ainda que não voluntariamente, inseriu um instituto que previne alguns vieses cognitivos.

sobre a forma que o julgador deva decidir ou deva fundamentar encontram-se, ambas, equivocadas, justamente por ignorarem o conceito de mente corpórea (mais adequado) e por supor que o magistrado detém uma condição sobrecomum para formular sua fundamentação e decisão quando, na verdade, não a tem.

Está longe de a fundamentação das decisões judiciais obter um método infalível de construção, no entanto, não se pode deixar de tentar se aproximar do que seja melhor possível; e esse aprimoramento começa justamente quando se analisa e corrige o entendimento atual no que concerne ao funcionamento da mente humana e do próprio raciocínio na ocasião da formulação das razões das decisões.

2.3 A estrutura da decisão judicial e sua (não) fundamentação (art. 489, §1º, CPC/2015)

Na tentativa de reformar, aprimorar e normatizar a forma de prolação de uma decisão judicial e, principalmente, de sua fundamentação – a qual é a própria fonte e o meio pelo qual os jurisdicionados têm a oportunidade de exercer seu direito de intervir diretamente no resultado do processo – o Código de Processo Civil de 2015, Lei n.º 13.105/2015 (CPC/2015), inaugurou um dispositivo específico no tocante aos elementos de uma decisão judicial, no caso, a sentença e, ainda, estabeleceu critérios de identificação de uma decisão não fundamentada e, portanto, passível de anulação.

O que é no mínimo interessante e intrigante é que o artigo legal em comento não dispõe sobre como a decisão deva ser fundamentada, mas como não deva sê-la, supondo-se que esta opção legislativa possa ser justamente porque, dentro da sistemática processual civil brasileira, inexistente um método próprio – minimamente – aceito, disseminado, convencionado e construído quanto à teorização e edificação da fundamentação judicial. Em última análise, apura-se uma certa falha doutrinária em oferecer elementos ao legislador para normatizar um procedimento ou modelo de fundamentação das deliberações judiciais.

Evidentemente, essa possível falha da doutrina não é condenada ou apontada levemente nesta pesquisa, vez que se entende que a ausência de uma teoria ou método de fundamentação de decisão judicial não é algo omitido maliciosamente, mas pela enorme dificuldade em lidar e construir esse tipo de projeto intelectual e prático. Exige-se, pois, uma maturação e evolução maior da Ciência Jurídica nesse aspecto, no sentido de engrandecer sua

cultura, de modo a eliminar conceitos equivocados e ultrapassados⁵⁵ para, ao menos, delinear, num futuro próximo, uma teoria de fundamentação da decisão judicial própria para a regulamentação processual civil.

O que se tem a partir da disciplina do CPC/2015, é a previsão do art. 489, §1º, a saber:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

(Destacou-se).

Percebe-se que o artigo acima transcrito, primeiro, elenca os elementos formais da decisão judicial, especificamente para a sentença, mas se estendendo para as demais modalidades de atos decisórios, ou seja, apenas instituiu a estrutura adequada à prolação de uma decisão, sem se ater ao conteúdo ou método de sua construção; segundo, tem-se que um dos elementos da decisão são os próprios fundamentos, isto é, a motivação da decisão judicial (inciso II, art. 489); terceiro, no §1º do artigo, definiu-se as hipóteses em que a decisão não é considerada fundamentada e, portanto, passível de anulação, em virtude de violar o dever-direito de motivação das decisões judiciais, constitucionalmente estabelecido.

No entanto, considerando tudo o que foi exposto quanto ao exercício da cognição e raciocínio humanos até este ponto, questiona-se se essas hipóteses de identificação de uma não fundamentação decisória elencadas pelo dispositivo em apreço são suficientes e adequadas para

⁵⁵ Lembra-se, mais uma vez, o que se falou quanto ao conceito de mente humana e o funcionamento do raciocínio.

estabelecer uma “fórmula” de fundamentação das decisões judiciais? (Apesar de esta não ter sido a intenção do legislador, supõe-se). Ou, ainda, se esse critério de exclusão das situações em que uma decisão judicial não seja considerada motivada é bastante para estabelecer um parâmetro de fundamentação para o julgador?

George Marmelstein (2016, *online*) levanta uma tese contundente, de maneira descontraída, no tocante ao efeito reverso que o artigo 489, §1º, do CPC/2015 pode acarretar quando considerado num cenário fático, vez que essa sistemática de exclusão de hipóteses, da forma que é colocada, não incorpora o verdadeiro funcionamento do raciocínio do julgador de forma direta.

O autor sustenta que a fundamentação exaustiva e exauriente, como prevê o dispositivo legal mencionado, não necessariamente irá melhorar a qualidade das decisões judiciais, podendo ocasionar em decisões materialmente mais medíocres, mormente se for levado em consideração o âmbito de péssimas condições de trabalho em que o magistrado, muita das vezes, encontra-se para tentar proferir uma decisão.

Nesse contexto, Marmelstein (2016, *online*) disserta que (i) essa nova sistemática do CPC/2015 poderá proporcionar maior abertura e fortalecimento ao chamado *lazy judge*, isto é, uma espécie de juiz completamente diversa do Juiz Hércules invocado por Dworkin, que visualizou um cenário de condições perfeitas de atuação do magistrado; (ii) o *lazy judge* seria aquele julgador que sempre busca resolver as lides com o menor esforço possível, não se caracterizando como burro ou preguiçoso, mas, em razão de ser sobrecarregado de trabalho, não dispõe de muito tempo para fundamentar suas decisões, devendo se pautar pela máxima da opção do caminho menos trabalhoso; (iii) dessa forma, as exigências quanto ao dever de fundamentação estabelecidas pelo CPC/2015 podem estimular o *lazy judge* a optar pela solução que for mais fácil de fundamentar, mesmo que não seja a mais adequada, de modo que suas decisões estarão repletas de palavras-chaves que busquem preencher às determinações do §1º do art. 489, CPC/2015; (iv) assim, o CPC/2015 teria criado um percurso mais fácil e taxativo para o *lazy judge* formular suas motivações com o preenchimento de todos os requisitos da previsão normativa, ainda que não resulte na melhor e mais adequada fundamentação decisória.

O §1º do art. 489 do CPC/2015, portanto, supõe erroneamente que um eventual *lazy judge* será mais criterioso, desconsiderando as condições ruins de trabalho, a escassez de material e servidores, a imposição de metas de produtividade e celeridade processual, elementos estes que

dificultam mais ao julgador elaborar decisões melhores fundamentadas (MARMELSTEIN, 2016, *online*). A previsão legal, por si só, não enseja na mudança comportamental e cultural que seriam imprescindíveis para proporcionar ao juiz meios intelectuais e pragmáticos de construção de suas razões decisórias, tendo em vista que “para que algo seja estabelecido como um dever jurídico, é preciso que estejam presentes as condições fáticas necessárias para que esse algo possa ser realizado” (MARMELSTEIN, 2016, *online*).

A maior problemática não está nas regulamentações processuais, porém em algo muito anterior e profundo: na formação dos julgadores, ou melhor, na ausência de formação e preparação dos julgadores em temas inerentes a uma melhor construção de fundamentos para suas decisões, tais como Teoria da Argumentação, Ética do Discurso, Sociologia, Filosofia, Psicologia, *etc.*, que, a despeito de não serem assuntos próprios da Ciência Jurídica, enriquecem e expandem o entendimento de mundo e de argumentação do indivíduo.

A metáfora do professor George Marmelstein intenta enfatizar aquilo que se tratou no primeiro capítulo deste trabalho, quanto aos sistemas “1” e “2” do indivíduo, para o qual é natural, majoritariamente, a utilização do sistema “1” em detrimento do sistema “2”, isto é, a realização de uma análise mais rápida e superficial quanto o esforço cognitivo do que a realização de um exame mais aprofundado e cauteloso, que poderia gerar resultados mais adequados, razão pela qual a existência de *lazy judges* não deve ser encarada com espanto, pelo contrário, diante das características apresentadas e circunstâncias que assim o levam a agir, essa “espécie” de julgador talvez seja uma das mais comuns.

Apesar de respeitar e concordar em parte com o posicionamento acima, nesta pesquisa, com as vênias pertinentes, entende-se que os incisos do §1º, do dispositivo em questão, preveem itens que terminam por “constranger” a atuação do julgador, de modo a evitar que ele se desvie de questões que poderiam ser ignoradas por seu sistema “1”, fazendo-o obrigatoriamente acionar seu sistema “2”, para não incorrer nas hipóteses de anulação de sua decisão.

De fato, o §1º do art. 489 do CPC/2015 tem o potencial de proporcionar suporte aos *lazy judges*, não sendo igualmente suficiente para moldar um método de fundamentação judicial e tão pouco abranger todos os problemas que podem ser enfrentados nessa temática. No entanto, afere-se a possibilidade de aprimorar-se a construção das razões de uma decisão a partir de critérios mais objetivos que garantem que: o julgador não poderá se limitar à mera indicação ou reprodução de ato normativo, sem explanar sua relação com a causa; não poderá utilizar

conceitos jurídicos indeterminados, sem demonstrar sua incidência sobre o caso; não poderá invocar motivos genéricos; não poderá deixar de analisar e enfrentar os argumentos efetivamente levantados na demanda; não poderá invocar precedente sem demonstrar que seus fundamentos se ajustam à causa em análise e, por fim, não poderá deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente, invocados por uma das partes, sem demonstrar a existência de distinção no caso ou superação do entendimento.

Os itens acima podem parecer óbvios e básicos, contudo, a realidade e a prática processual mostravam o contrário, vez que decisões que incorriam nos vícios acima eram bastante comuns, na verdade, eram a regra, não sendo inútil sua previsão legal no CPC/2015. Em reforço disso, tem-se que, por exemplo, decisões que não enfrentavam efetivamente os argumentos deduzidos pelas partes na demanda, capazes de influenciar no resultado do processo, tinham respaldo no entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal (STF)⁵⁶, segundo o qual não haveria necessidade de o juiz examinar pormenorizadamente todo o processo e os argumentos das partes.

Essa possibilidade, por si só, já inviabilizava que o juiz pudesse ter mais atenção e cautela quando da formulação de sua fundamentação judicial e de sua própria decisão, uma vez que, muito provavelmente, não intentaria empregar maior esforço cognitivo para analisar os argumentos suscitados pelas partes, incorrendo em falhas ocasionadas pelo uso excessivo do sistema “1”.

A despeito de supor-se que o legislador inseriu o §1º, do art. 489 do CPC/2015 por problemas advindos da prática processual, obtém-se certa preocupação em auxiliar ao magistrado em não proferir decisões com fundamentações mal formuladas, que não permitem uma efetiva apreciação e racionalização de sua interpretação fática e normativa sobre o caso concreto.

Além disso, compreende-se que o §1º do art. 489 do CPC/2015 surge para combater as deficiências na produção da fundamentação de uma decisão judicial, em razão das reais possibilidades práticas e intelectuais do juiz nessa operação, considerando que a cognição humana é limitada e, isso, atrelado à enorme carga de trabalho, culminaria em um resultado não tão adequado.

⁵⁶ Precedentes: AI 79129 Q-O, RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, Dje 12.02.2010; MS 26.163, Rel. Min. Cármen Lúcia, Dje 5.9.2008; RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.12.2006; RE 140.370, 1ª Turma, 20.4.93, Pertence, DJ 21.5.93 e o AI 242.237 – AgR, 1ª T., 27.6.00, Pertence, DJ 22.9.00.

Por outro lado, Marmelstein (2016, *online*) disserta que normas como a estipulada pelo §1º, do art. 489 do CPC/2015 são ineficazes em sua finalidade, visto que se torna não concretizável ante as condições de fato em que o magistrado e as próprias partes se encontram, defendendo que a “técnica” de uma exaustiva fundamentação não seria o único meio para construir uma fundamentação que fosse suficiente e adequada ao caso concreto. Em verdade, este dispositivo não é o único meio de aprimoramento da fundamentação judicial, mas, pelo menos, já oferece proteção aos jurisdicionados no que concerne a dadas circunstâncias que invariavelmente ocorriam, de modo a não lhes ser entregue uma resposta adequada e minimamente arrazoada para seu problema.

Não se ignora que o efeito de tal dispositivo poderá, em certa medida, ser exatamente o contrário, podendo passar a estimular mais a comodidade de julgadores em utilizar apenas o sistema “1”, mantendo o sistema “2” como opção pouco invocada, em busca da solução mais fácil. Contudo, não se acredita que tal efeito passaria a ser uma regra, em razão do ganho sistêmico e epistêmico, com a inserção do disposto em questão, na atuação dos magistrados e em uma nova cultura de elaboração de fundamentação judicial, que se sucederia, no mínimo, de maneira mais criteriosa.

O dispositivo legal em questão dialoga diretamente com as perspectivas deste trabalho, uma vez que os itens já analisados, involuntariamente, podem ter o condão de esquivar ou minimizar as influências negativas dos vieses cognitivos⁵⁷ na fundamentação da decisão judicial, vez que retiram os julgadores de sua “zona de conforto”.

Verifica-se, ainda, a importância do §1º, art. 489 do CPC/2015, quando se rememora a avaliação feita sobre a construção das crenças que fazem parte do ato complexo de decidir e, principalmente, de sua fundamentação, em virtude da forma pela qual ela é edificada mentalmente, podendo ser acometida por erros de pensamento, em decorrência de influências negativas do inconsciente.

Explica-se. Antes de expor textual e simbolicamente as razões que levaram o julgador a decidir de determinado jeito, ele realiza uma representação intencional do “estado de coisas” posto em análise, o qual será objeto de sua crença, e relaciona-o com o “mundo real”, ou seja, o contexto de valoração em si (GUERRA, 2015, p. 37). O magistrado pode chegar a dois resultados: (i) o “estado de coisas” representado corresponde ao que existe no mundo fático ou

⁵⁷ Este tema será abordado ao final do capítulo especificamente.

(ii) o “estado de coisas” não corresponde a esse mesmo mundo fático – nas duas hipóteses o magistrado formula uma crença que baseará sua fundamentação. Com isso, haverá uma correspondência ou não entre a representação intencional e o estado de coisas representado.

No entanto, aquilo que foi representado mentalmente, e da mesma maneira estabelecido, pode não estar devidamente concebido na fundamentação da decisão, ou seja, há a possibilidade latente de o juiz expressar crenças falsas em detrimento das verdadeiras, ante a influência de, por exemplo, um viés cognitivo. A percepção que deveria tão somente se debruçar em estabelecer uma correspondência entre “mundo mental” e “mundo fático” pode ser fatalmente enganada se o julgador não estiver disposto a “ativar” seu sistema “2” e esforçar mais sua cognição – algo que poderá ser melhorado pela aplicação dos itens do §1º, art. 489, CPC/2015, constringendo o julgador a utilizar mais seu sistema “2”.

Como visto anteriormente, o dever-direito de motivar as deliberações judiciais emergiu junto com a própria Constituição de 1988, entretanto, ainda que constitucionalmente previsto, este instituto sempre foi aplicado de uma forma muito subjetiva, o que deu margem para o posicionamento mencionado do STF. Dessa forma, o ineditismo na previsão do CPC/2015 é justamente quanto aos critérios mais objetivos para controlar a fundamentação decisória dispostos pelo §1º, art. 489.

Com efeito, a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais é patente a partir da Constituição Federal de 1988, porém, os itens excludentes do §1º do art. 489⁵⁸, apesar de acolherem circunstâncias básicas que uma fundamentação decisória deveria conter, estabelecem um novo parâmetro para o julgador e para os jurisdicionados, não se olvidando que o problema da fundamentação judicial é muito mais complexo, conectando-se com questões mais profundas à própria formação do julgador.

Questiona-se: como era possível fundamentar, adequadamente, limitando-se a indicar o dispositivo normativo, apresentando conceitos jurídicos sem explicar o motivo da incidência ao caso, invocar motivos genéricos, não enfrentar os argumentos das partes no processo, suscitar

⁵⁸ O dispositivo em questão não deixa de receber fortes de críticas: “[...] uma vez que o juiz deve expressar suas crenças sobre fatos relevantes, adotando-as como fundamento necessário de suas decisões judiciais, em cumprimento à obrigatoriedade de fundamentação de decisões judiciais, consagrada no inc. IX do art. 93 da CF, é também este o fundamento normativo para que ele também expresse, na mesma decisão, as razões que fundamentam as crenças judiciais sobre fatos relevantes. [...] Sendo assim, é forçoso concluir que o CPC/2015 não inovou absolutamente em nada quanto à exigência do juiz fundamentar racionalmente as crenças que ele deve formular sobre fatos relevantes (GUERRA, 2015, p. 52)”.

súmula ou precedente sem expor a relação com a lide (*etc.*)? Estas hipóteses já deveriam estar inculcadas no condicionamento decisório do magistrado, justamente pela obrigatoriedade do dever-direito de motivação das decisões judiciais, porém, não era isso que ocorria e a previsão legal em questão espera operar uma mudança de postura dos magistrados.

Há de se admitir, nesse cenário, que a justificação racional da decisão judicial, desde a Constituição Federal de 1988, sempre foi elemento indispensável ao regular transcurso processual e às próprias garantias processual das partes, de modo que o art. 489 e seu §1º, do CPC/2015, a rigor, não modificou essa questão, todavia, a fez explícita e com o estabelecimento de critérios objetivos.

Por sua vez, Marcelo Guerra enfatiza sobre a insuficiência da norma contida no §1º, do, art.489, do CPC/2015 e ainda analisa a própria insuficiência da Ciência Jurídica para tratar deste tema, apresentando uma alternativa na Epistemologia, a qual se serve de muitas correntes para estabelecer a melhor forma de conhecimento e fundamentação de uma decisão.

Neste ponto da pesquisa, não se busca detalhar quais seriam, segundo a Epistemologia, os eventuais padrões de formulação da fundamentação de uma decisão, mas apenas indicar a existência de duas correntes bastante interessantes, de modo que, uma delas, espelha um pouco da realidade e necessidade brasileira, isto é, teorias internas e externas da motivação racional, na medida em que, em suma, a primeira estabelece que a motivação racional depende da integração de outras crenças para a fundamentação da crença inicial, ao passo que, na teoria externa, a crença depende de um processo confiável de formação, tendo outros elementos além das crenças interiores do julgador (GUERRA, 2015, p. 97)⁵⁹.

Percebe-se, portanto, que a teoria externa é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, vez que há norma que exige “que o juiz deva justificar determinada crença sua invocando uma conexão entre o fato objeto dessa convicção e outro fato que também deve ser sabido e/ou percebido não só por ele, mas também compartilhadamente sabido e/ou percebido por todas as partes do processo” (GUERRA, 2015, p. 101).

⁵⁹ Marcelo Guerra apresenta, ainda, uma outra perspectiva e denominação no que tange às teorias da justificação, sendo a primeira a teoria ‘doxástica’ e a segunda ‘não doxástica’, de modo que a primeira se refere às teorias que “defendem, de uma maneira ou de outra, que a motivação de uma crença depende, necessariamente, de outras crenças do agente cognitivo. Já as teorias não doxásticas são aquelas que admitem a possibilidade de as crenças serem justificáveis por algo diverso do que outras crenças do agente cognitivo, qualquer que seja o critério de justificação adotado” (2015, p. 99).

A decisão judicial se reveste de uma estrutura com elementos essenciais para sua validade, mormente sua fundamentação, a qual deve conter premissas epistemológicas e axiológicas que fundamentem as crenças judiciais do magistrado sobre os fatos relevantes extraídos da lide (DASCAL, 2003, p. 322-350), razão pela qual sem esse conjunto racional de conjunção de elementos, legalmente estabelecidos, não há que se falar numa decisão devidamente fundamentada, devendo-se afastar as razões que, em nada, modificam ou aprimoram a aplicação e interpretação das normas jurídicas.

2.3.1 As regras de experiência e os conceitos jurídicos indeterminados

Com visto, a fundamentação das decisões judiciais não se opera somente com base nas crenças do julgador, mas também em elementos externos ao seu consciente e inconsciente, sendo isto, inclusive, consagrado legalmente pelo CPC/2015, a saber, pelas regras de experiência, denotando-se mais complexidade à própria formulação da fundamentação racional da decisão, vez que este instituto requer concreta delimitação para sua execução num caso concreto.

O art. 375⁶⁰ do CPC/2015 expressamente prevê a possibilidade de o magistrado aplicar as regras de experiência, sejam elas comuns ou técnicas, quando da valoração da prova, ou seja, no momento em que o juiz realiza o exame fático da matéria em discussão para edificar suas crenças sobre os fatos relevantes e, posteriormente, proferir sua decisão que deverá ser, necessariamente, fundamentada.

As regras de experiência⁶¹, portanto, revelam que sua utilização pode ser feita não apenas de forma subsidiária, mas em concorrência com a norma jurídica, vez que são revestidas de elementos de deduções, inferências, padrões e *etc.* (PINHO, 2017, p. 174), os quais podem ser aplicados diretamente ao caso e, assim, serem um dos “itens” de racionalidade utilizado pelo julgador durante o processo de interpretação, aplicação e construção da própria norma jurídica destinada à situação concreta, ou seja, da própria fundamentação da decisão judicial.

No que concerne aos conceitos jurídicos indeterminados, estes, ao contrário das regras de experiência, não se destinam ao auxílio da análise fático-probatório, mas à própria

⁶⁰ Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum ministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.

⁶¹ São condições para o magistrado valer-se das regras de experiências: *i*) os conceitos em questão devem ser aceitos no âmbito social, cultural e, portanto, reconhecidos; *ii*) os conceitos não podem sofrer oposição do conhecimento científico e *iii*) não exista contradição com outras noções do senso comum (CAMBI, 2006, p. 290-291).

interpretação normativa e da linguagem jurídica (MOREIRA, 1980, p. 64), isto é, os conceitos jurídicos indeterminados dizem respeito às expressões ou termos imprecisos e ambíguos que podem ser preenchidos e delimitados pelo próprio intérprete, na medida em que o legislador apenas conferiu um padrão abstrato, numa verdadeira técnica legislativa, deixando para o momento da aplicação e execução da norma a realização da própria identificação do conceito.

São considerados exemplos de conceitos jurídicos indeterminados a “boa-fé”, a “função social do contrato”, o “perigo iminente”, dentre outros, os quais são apenas molduras ou padrões legislativos que devem ser preenchidos no exame do caso concreto, conforme sua adequada subsunção (MOREIRA, 1980, p. 65) para, posteriormente, produzir efeitos.

Em raciocínio semelhante ao que fora exposto sobre as regras de experiência, os conceitos jurídicos indeterminados também auxiliam o julgador no momento da construção da fundamentação de sua decisão, vez que estabelecem parâmetros para a identificação de uma acepção destinada à dada situação em concreto, mormente para a aplicação da própria norma.

Com efeito, tendo em vista as peculiaridades das normas que comportam conceitos jurídicos indeterminados, não é suficiente somente o esforço cognitivo básico, ou seja, o sistema “1” e “automático” não é o bastante para a apreciação e aplicação de conceitos jurídicos indeterminados. Por isso, o julgador poderá incorrer em equívocos na hipótese de ser influenciado por padrões de conceitos jurídicos indeterminados que não sejam adequados e tampouco se apliquem ao caso sob sua responsabilidade, haja vista suas peculiaridades, razão pela qual há a necessidade de maior esforço cognitivo.

Na utilização e delimitação de conceitos jurídicos indeterminados há certa margem de liberdade do intérprete, porém deve haver fundamentação no preenchimento do conceito, ao ser estabelecida a relação entre o caso concreto e o padrão normativo inicial, isto é, no momento da subsunção. Além disso, importa que os conceitos, quaisquer que sejam, até mesmo fora da esfera jurídico-normativa, sigam critérios de ordenação, funcionamento e unidade (BRONOWSKI, 1979, *passim*) para que seu emprego seja útil e até mesmo justificável.

Entretanto, ressalva-se ainda a ideia de derrotabilidade das normas e dos próprios conceitos jurídicos indeterminados, reforçando a maleabilidade destes ante o padrão inicial estabelecido, tendo em vista que é possível que, em determinada situação, não seja possível sua aplicação ou replicação da forma que fora concebida em primeiro plano, sendo, assim, derrotáveis (PRAKKEN, SARTOR, *online, passim*), podendo ser reconstruído conforme a

situação efetivamente existente. Isto implica na reiteração da imprescindibilidade da preferência ao sistema “2” em detrimento do sistema “1” no ato de interpretação jurídica, no sentido de mitigar e até mesmo eliminar as eventuais falhas.

Verifica-se, pois, que as regras de experiência são instrumentos de apuração de fatos e os conceitos jurídicos indeterminados instrumentos de subsunção e interpretação (MOREIRA, 1980, p. 67), ou seja, o primeiro refere-se à análise fática e o segundo ao enquadramento jurídico em si, exigindo, ambos, que haja uma análise aprofundada da situação para auxiliar na fundamentação da decisão quando necessário.

2.4 Desafios da busca de uma fundamentação (maximamente) racional

A fundamentação racional enfrenta o primeiro grande desafio relacionado à própria ideia, extensão e característica da racionalidade, isto é, sua falibilidade. Esta questão foi vista com mais detalhes em tópico específico do capítulo inaugural, porém, para este item, essa perspectiva deve ser enfatizada, na medida em que se busca desmistificar e entender os verdadeiros limites e possibilidades de uma fundamentação racional, ainda que diante de sua probabilidade de falha e a própria aplicação em conjunto com o aspecto intuitivo do pensamento, que, por si só, não retira o caráter racional dessa operação.

O elemento da racionalidade não é algo tão linear e constante como, normalmente, pensa-se, tendo em vista que o ser humano nem sempre consubstancia suas atitudes, condutas e decisões após exercer intensamente sua cognição, uma vez que, como visto, age majoritariamente com base em seu sistema “1”, com a utilização de estruturas pré-existentes em seu inconsciente e sua intuição, motivo pelo qual a aferição e concretização da racionalidade na fundamentação de uma decisão judicial é tarefa bastante complexa e encontra entraves latentes em sua compreensão.

A fundamentação racional está atrelada ao desenvolvimento de um conteúdo argumentativo de motivação, ou seja, é realizada mediante o emprego e a utilização de argumentos destinados a solucionar determinado caso, sendo este mais um desafio nessa busca, haja vista que, no ordenamento jurídico brasileiro, não há um modelo de argumentação, tampouco se encontra na doutrina um mínimo direcionamento adotado em termos de Teoria da Argumentação. Além disso, pouco se estuda ou se oferta o estudo desse tema nas faculdades/universidades e nos cursos de formação dos magistrados.

Nada obstante esse cenário, ainda se exige que o magistrado profira decisões “formidáveis” em termos de exposição de argumentos e fundamentação, devendo ser um indivíduo dotado de racionalidade infalível, quando, na verdade, nenhum ser humano o pode ser, mormente ante um completo vazio no que concerne a um modelo ou paradigma de argumentação racional. Por isso, o §1º do art. 489, do CPC/2015, ao estabelecer hipóteses em que uma decisão não é considerada fundamentada⁶², tem o condão de auxiliar bastante aos julgadores na formulação de uma fundamentação mais adequada à sua decisão, vez que os itens previstos no citado dispositivo legal garantem que a fundamentação decisória, pelo menos, não incorra em erros básicos, mas importantes para a resolução do caso concreto.

Não há, pois, um guia, delimitação ou direcionamento sobre a construção do conteúdo de uma fundamentação racional para uma decisão ou tampouco encontra-se, na legislação ou na doutrina majoritária, alertas sobre eventuais dificuldades e/ou falhas quanto à motivação dos argumentos – algo que certamente ampararia melhor o percurso de elaboração da fundamentação. Talvez, isso sequer seja factível, entretanto, é preciso, ao menos, haver uma espécie de mínima delimitação ou orientação sobre o tema, em especial quanto às reais possibilidades do magistrado, e não simplesmente vinculá-lo à observância peremptória de fundamentar sua decisão.

Todavia, não basta uma fundamentação vazia ou inadequada, há de ser uma fundamentação maximamente racional, tendo em vista que as razões de uma decisão sobre os fatos demanda análise lógica e racional de situações e normas, devendo isso ser enfrentado como regra no intuito de se formular boas e arrazoadas decisões (TARUFFO, 2009, p. 272).

Esta operacionalização – da elaboração de uma fundamentação racional para uma decisão judicial – perpassa, portanto, pela edificação de argumentos, os quais são expressados por palavras, texto, contexto, interpretação, análise fática, análise linguística, enfim, por um alicerce de símbolos e cenários em que é bastante difícil estabelecer critérios objetivos e seguros, havendo margem latente para a ambiguidade de entendimento, modificação de reflexão e raciocínio, sendo este, pois, mais um desafio na busca pela máxima fundamentação racional. A resposta apropriada não é achada ou descoberta, mas construída a partir dos elementos apresentados pelo conflito judicial, razão pela qual essa resposta depende diretamente de todo um contexto e de sua própria delimitação (TOULMIN, 2009, p. 307).

⁶² Não deixa de ser uma espécie de falha quando o CPC/2015 não prevê como a decisão deva ser fundamentada, no entanto, seu §1º, art. 489, igualmente, não deixa de ser um avanço, considerando os critérios mais palpáveis para identificar uma decisão não fundamentada.

Nesse diapasão, percebe-se que uma maneira adequada de se direcionar a fundamentação racional de uma decisão é por meio da exposição clara, objetiva e substancial dos argumentos, os quais servem para demonstrar as crenças formuladas pelo julgador sobre os fatos relevantes de determinada lide para, por conseguinte, proferir sua decisão. O ato de motivação racional não existe, pois, “fora do indivíduo” (TOULMIN, 2006, p. 303)⁶³, mas compreende sua impressão interna e externa da situação posta em análise, sendo uma característica eminentemente humana, de modo que se revela como uma ação regida pela ideia de prescrição e não simples descrição.

2.4.1 Uma breve análise sobre o Modelo de Argumentação de Toulmin

Apesar de não haver um modelo de argumentação majoritariamente adotado ou observado na doutrina brasileira, deve-se considerar que a estrutura de argumentação usual não deve e não pode mais ser tomada de forma simplória. Desta feita, a existência tão somente de três elementos: premissa maior, premissa menor e conclusão não se esboça suficiente, principalmente no âmbito de uma decisão judicial, em que se lida com circunstâncias e conceitos inúmeros que não necessariamente apresentarão a “forma” perfeita de uma premissa maior, menor ou de uma conclusão.

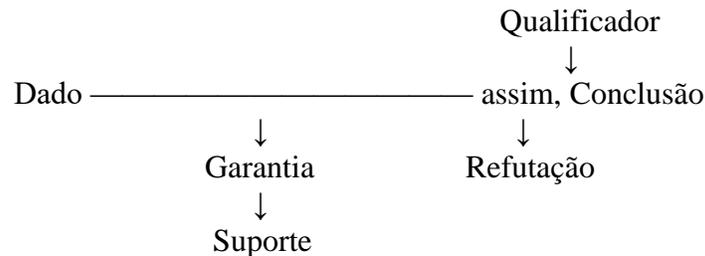
A estrutura de argumentação “clássica”, portando, é afastada como pressuposto desta pesquisa, uma vez que não se mostra suficiente aos seus propósitos por supor que a atividade argumentativa possa ser bastante simplista e reducionista, ao considerar tão somente os três elementos mencionados.

Com efeito, registra-se a existência de um modelo de argumentação específico que se insere justamente numa perspectiva mais complexa e abrangente, a saber, o denominado “Modelo de Argumentação de Toulmin”, que, em especial, na obra “Os usos dos argumentos” (2006, *passim*), encontra-se um estudo aprofundado sobre o conteúdo e a estrutura de um modelo de argumentação que melhor se aproxima daquilo que poderia ser considerado não só como ideal, mas útil. De antemão, esclarece-se que não se pretende esgotar ou detalhar, neste estudo, a análise feita por Toulmin, mas tão somente informar e explicar sobre a existência e essência de tal trabalho.

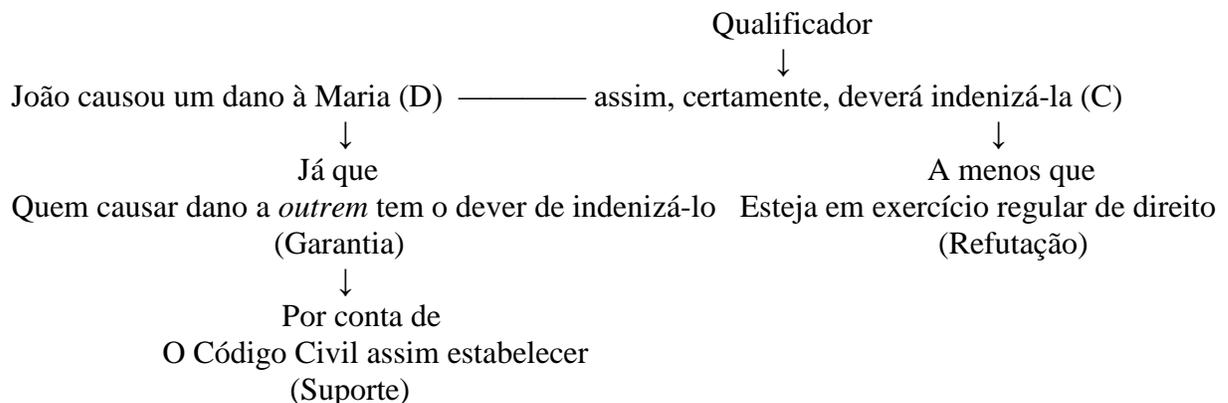
⁶³ Toulmin (2006, p. 303) ainda explana que existe uma fronteira entre psicologia e a lógica, na qual se deve reconhecer, numa como noutra, que o raciocínio humano é um artefato do homem e não um fenômeno natural.

No modelo Toulmin de argumentação, identificam-se os seguintes elementos: dado, conclusão, qualificador, garantia, suporte, refutação, os quais são representados simbolicamente pelas letras iniciais na obra deste autor. E, numa espécie de estrutura gráfica, o dado representa a premissa levantada que baseia a conclusão (ou alegação), a qual pode receber um qualificador modal de, por exemplo, possibilidade/probabilidade, que, por sua vez, é baseado num argumento de garantia, esta que possui um outro argumento de suporte da alegação, cabendo, porém, um argumento de refutação, representado pela expressão inicial “a menos que”, a qual tem a função de estabelecer as exceções possíveis (TOULMIN, p. 2006, p. 143).

Para uma melhor visualização dessa estrutura de argumentação, veja-se:



Transmutando-se a estrutura acima num exemplo de argumento, na interpretação de uma norma jurídica, obtém:



Observa-se, desse modo, que o modelo de argumentação de Toulmin é bastante complexo e abarca muitas situações que eventualmente podem surgir durante a construção da fundamentação decisória, sendo um direcionamento possível para a doutrina brasileira. Exige-se, no entanto, não apenas uma replicação disto na legislação pátria ou tampouco de reproduções de conceitos nas obras acadêmicas, mas evidentemente de uma reorganização e inserção de um estudo sobre argumentação nas faculdades e nos cursos de formação de juízes e servidores como um todo, para que haja uma melhora no aprendizado e na própria aplicação das normas jurídicas.

O *layout* de argumentos de Toulmin tem o condão de demonstrar as várias facetas da aplicação e interpretação de uma norma, tendo repercussão positiva para o aprimoramento da Ciência Jurídica, razão pela qual se reforça que uma estrutura simplória de argumentação composta por três elementos (premissa maior, menor e conclusão) já não seria o bastante para visualizar uma adequada compreensão das normas jurídicas.

Ainda que se esteja diante da hipótese de um modelo de argumentação para fundamentar as decisões, a problemática não estaria completamente resolvida, na verdade, a problemática sempre irá existir, em virtude de ser um ato praticado pelo ser humano, o qual possui características da inconstância e da falibilidade. Renova-se, por isso, o alerta de que a conscientização e aceitação dessa condição humana, dentro do âmbito jurídico, já representam um grande passo para o enriquecimento do estudo e até mesmo de uma futura formulação de uma teoria da própria fundamentação decisória, na medida em que desmistifica antigos conceitos e esclarece a necessidade de incorporação de outros, além de realizar uma vinculação do Direito com outros “ramos” da Ciência, com o condão de aproximá-lo mais da realidade.

2.4.2 Um modelo de juiz?

Uma possível investigação por um modelo de juiz também encontra enormes desafios porque sua base teórica seria, em tese, o estabelecimento de critérios comportamentais – prescritivos, de preferência – para aquele incumbido de proferir a fundamentação e a respectiva decisão – algo que, por si só, já dependeria de um complexo e aprofundado estudo que culminasse, de fato, no alcance de resultados efetivos e eficientes na prática processual.

Esta busca por um suposto padrão de julgador e sua eventual teorização não escaparia de fortes e contundentes críticas, uma vez que a prescrição de critérios dessa natureza exigiria que sua execução fosse, obviamente, vislumbrada dentro da linguagem do Direito, o qual é

instrumentalizado por normas, as quais teriam que preceituar critérios possíveis para a padronização do comportamento do magistrado, isto é, que sua delimitação no ato de motivar a decisão pudesse ser palpável em termos normativos. Diante disso, questiona-se: um modelo de juiz seria possível?

Considerando os pressupostos teóricos deste trabalho, a resposta para a pergunta acima seria negativa, haja vista que não há um modelo de julgador factível, vez que eventuais critérios de controle e objetivação não devem se concentrar na própria pessoa/indivíduo⁶⁴, mas – sim – em seu ato. Por isso, arrisca-se em afirmar que haveria, por outro lado, factibilidade na construção de um modelo de fundamentar, o qual se confronta e diverge de um modelo de decidir ou de um modelo de julgador.

A aferição do próprio comportamento do julgador, em nível de uma conduta intelectual, factual, mental e também prática como a fundamentação da decisão não seria verossímil, em virtude da imprevisibilidade e inacessibilidade do processamento interior de informações do indivíduo (conforme o que já foi analisado). Este entendimento também se aplica à não possibilidade efetiva de apuração da delimitação da decisão, de modo que o ato que mais se aproxima de uma suposta teorização e sistematização prática seria a própria fundamentação, ou seja, daquilo que foi utilizado para se alcançar determinado resultado. Dito de outra maneira, dos “caminhos percorridos” para se chegar àquela decisão.

Com isso, um dos principais focos desta pesquisa é exatamente redirecionar a atenção dos estudiosos da decisão para a fundamentação, ato este que tem melhor potencialidade de ser objeto de uma normatização e, portanto, de controle e, ainda assim, não estaria completamente prevenido de falhas, porém, estas seriam mais reduzidas se estudo estivesse direcionado à decisão ou ao próprio juiz (numa análise puramente subjetiva).

Ao longo do que foi exposto neste trabalho, já houveram algumas críticas esparsas a esse conteúdo, mas, neste momento, far-se-ão críticas de modo mais específico, com as vênias pertinentes, com a finalidade de explorar algumas tentativas de fixação de modelos de juízes que, tão somente pela descrição ou prescrição, se denota que não são praticáveis ou tampouco úteis

⁶⁴ Esclarece-se que esses critérios de controle em comento não dizem respeito à forma de ingresso do julgador em seu cargo. Por óbvio, ele deve se submeter, no mínimo, a um concurso público, como meio de avaliação impessoal e meritória pela Administração Pública. No entanto, o que se intenta demonstrar é que a adequabilidade de sua fundamentação judicial não será aferida por critérios que moldem seu comportamento, mas sim seus próprios atos judiciais.

para as perspectivas traçadas pelas Ciências Cognitivas em conjunto com o Direito, vez que pressupõem padrões de juízes inalcançáveis, em nível de possibilidades da cognição e do raciocínio humanos.

Há dois autores que apresentam, emblematicamente, duas “espécies” de juízes que, em seu entender, por meio de condutas “específicas”, seriam a idealização de um adequado julgador. Estes autores são Ronald Dworkin e Marcelo Neves, cujas obras e posicionamentos serão aqui analisadas, ainda que brevemente.

O primeiro, Ronald Dworkin, defende que o Direito deva se manifestar como uma integridade⁶⁵, em que haveria uma estruturação coerente de normas, as quais seriam compostas por três espécies (*standards*/padrões), a saber: regras, princípios e *policies*, com o objetivo de o julgador aplicar e incorporar essas concepções em suas decisões para promover equidade e justiça às partes. Nesse contexto, as regras seriam válidas ou inválidas, seguindo a lógica do “tudo-ou-nada”, isto é, de aplicação total ou de afastamento total; ao passo que os princípios seriam normas consubstanciadas na moral, com pretensão de universalidade e dimensão de peso, ou seja, sua aplicação não seria necessária, mas, em sendo, seguiria uma lógica de execução paulatina e comedida; por fim, as *policies* seguem a mesma base e acepção teórica dos princípios, no entanto, aquelas objetivam a tutela do interesse público/coletivo, enquanto que estes os de caráter individual (DWORKIN, 1999, p. 146)⁶⁶.

Diante de um cenário em que um ordenamento jurídico fosse composto por três espécies de normas, as quais dependeriam da interpretação jurídica para serem adequadamente aplicadas, Dworkin sustenta que o juiz ideal para a realização desta operação, em meio a tais espécies de normas, seria aquele “imaginário”⁶⁷, com uma capacidade e paciência para além das humanas – “sobre-humanas” – que aceitasse o Direito como integridade (DWORKIN, 1999, p. 287). Este seria o denominado “Juiz Hércules”, com a surpreendente capacidade de entender, conhecer e saber aplicar corretamente regras, princípios e *policies*.

⁶⁵ “O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios” (DWORKIN, 1999, p. 291).

⁶⁶ Este autor posiciona-se diametralmente contrário à Hart (2001, *passim*) o qual concebe o Direito composto apenas por regras primárias e secundárias, além da regra de conhecimento.

⁶⁷ “Ele é um juiz criterioso e metódico. Começa por selecionar diversas hipóteses para corresponderem à melhor interpretação dos casos precedentes, mesmo antes de tê-los lido” (DWORKIN, 1999, p. 288).

De logo, identificam-se dois problemas no entendimento deste autor. Primeiro, o conceito de integridade e de coerência são bastante fluidos, lacunosos e subjetivos em sua obra, não sendo possível aferir exatamente as características e manifestações de um Direito com integridade e coerência, para além de uma concepção a nível de senso comum, não há, pois, revestimento de normatividade em tais acepções. Segundo, o juiz idealizado por Dworkin, como ele alude, é imaginário, não podendo ser concebido como um modelo ou padrão a ser seguido, justamente por ser impraticável. Enfatiza-se, pois, o que fora analisado ao início deste trabalho quanto à inexistência da característica da “perfeição” para o homem, o qual se afasta de modelos que não concebam falhas e erros, não havendo compatibilidade entre a ideia de Dworkin e o efetivo cenário fático vivenciado pelo magistrado, mormente pelo magistrado brasileiro.

Arrisca-se em afirmar que Dworkin não teve a pretensão de estabelecer um modelo de juiz, mas apenas de delinear um conceito que fosse – justamente pela discrepância da realidade – mera idealização, assim, a pretensão de um modelo de julgador foi elaborada e distorcida por alguns de seus intérpretes precipitadamente. Com efeito, o Juiz Hércules não passaria de teorização, sem qualquer efeito prático.

Do outro lado, Marcelo Neves, em sua obra “Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico” refere-se a uma metáfora que é representada pela história mitológica da luta entre Hércules e o monstro de múltiplas cabeças – a Hidra. Nessa história, toda a vez que Hércules conseguiu cortar uma das cabeças do monstro Hidra, surgiam mais outras duas cabeças (NEVES, 2013, p. 16). Com isso, para este autor, os princípios teriam caráter de Hidra, ao passo que as regras seriam hercúleas, com o objetivo de restaurar certo equilíbrio no entendimento e aplicação de tais concepções, na medida em que as regras devem ter prevalência para a solução de casos concretos.

Claramente, Marcelo Neves apresenta entendimento diverso da concepção de Ronald Dworkin, que, supostamente, afirmara que os princípios teriam formulação hercúlea, já que seguiam um ideal de regulação que fosse capaz de delimitar todos os princípios adequados à resolução da controvérsia, apontando uma única resposta correta. Daí se afere a concepção de Juiz Hércules; enquanto à Hidra se referiria às regras, tendo um revestimento mais firme e definitivo (NEVES, 2013, p. 17).

Para Marcelo Neves, o juiz ideal seria àquele apto a “desparadoxizar” (2013, p. 227) a relação entre regras e princípios e seu enlace circular. Este juiz seria o Iolau, que, na mitologia

grega, representa o responsável pela cauterização das inúmeras cabeças do monstro Hidra (princípios), em auxílio ao seu primo Hércules (regras). Essa concepção também apresenta problemas, porém. A uma, porque igualmente concebe um modelo de juiz impraticável, na medida em que a capacidade de “desparadoxizar” normas – regras e princípios – expõe-se apenas como uma teorização, sem detalhamento de critérios e mecanismos de alcance fático. A duas, porque a própria divergência de Neves a Dworkin é erroneamente apresentada, tendo em vista que a metáfora invocada por Neves resta inapropriada, vez que a concepção dos princípios como hercúleos serve tão somente para justificar a suposta novidade de sua teoria, vez que os princípios não são hercúleos, mas sim o juiz, no desempenho de seu papel (SILVA, 2016, p. 100-103).

Nessa conjuntura, - repita-se – estabelecer um “modelo” de juiz não é atividade nada fácil, principalmente quando não se dispõe de critérios palpáveis ou, pior, quando se delimitam condutas não concebíveis na realidade enfrentada por quem, supostamente, seguiriam aquele padrão. Não há um mecanismo, por ora, que seja utilizado para que um indivíduo possa se tornar um julgador ideal; não há um padrão de juiz a ser seguido. Há, na verdade, a oportunidade para o aprimoramento e para a autoconsciência das limitações e possibilidades do magistrado, ante a desmistificações de teorias e conceitos não factíveis, razão pela qual este estudo busca justamente um mínimo entendimento sobre a mente humana, no âmbito da tarefa de motivação de uma decisão judicial.

2.5 Vieses Cognitivos

A repercussão do conceito e o funcionamento da mente humana sobre o ato judicial de fundamentação de uma decisão, com base na formação do convencimento do indivíduo, é intensa e direta, vez que é por meio do exercício da cognição do julgador que tal atividade é realizada, sendo ela – a cognição – o ponto central de compreensão e aperfeiçoamento para o próprio ato de fundamentar.

A cognição humana é a capacidade que habilita o indivíduo a entender, relacionar, raciocinar e concretizar, contudo, essa capacidade é perfeitamente passível de equívocos e precipitações. Na verdade, a cognição está sujeita a diversos enganos, sem que o indivíduo tenha sequer consciência disso, de modo que tais erros podem ocorrer, inclusive, no complexo ato de fundamentar uma decisão judicial. Com isso, a necessidade de denunciar e conhecer a

possibilidade de falha da cognição humana é de suma importância para a evolução da Ciência Jurídica, especialmente no que concerne à fundamentação decisória.

Esses equívocos que a cognição pode apresentar são advindos do trabalho inconsciente da mente humana, o que não é acessível diretamente, razão pela qual se verifica a dificuldade em controlar e medir a ocorrência das falhas (inconscientes) da cognição humana. Como visto brevemente ao longo do capítulo inicial, esses “vícios” e erros de pensamento/cognição denominam-se, mais especificamente, como vieses cognitivos, os quais serão tratados de forma mais detida neste item.

Os vieses cognitivos dizem respeito às precipitações de pensamento provocados por uma reação automática e irrefletida do raciocínio, ou melhor, a ocorrência de um viés cognitivo é apurada justamente quando o raciocínio não é bem trabalhado ou é utilizado de maneira simplória (KAHNEMAN, 2012, *passim*), vez que a mente humana tem o potencial de funcionar de modo automático, ao realizar associações de informações pré-concebidas e preencher conceitos e/ou acontecimentos por estruturas pré-existentes na mente, em razão de uma vivência ou impressão anterior. Por isso, um viés não necessariamente é algo negativo, uma vez que podem representar estratégias mentais simplificadas para o processamento de informações (SERFAS, 2011, p. 48).

Os vieses cognitivos são, portanto, padrões de equívocos dentro da estrutura da mente humana, de modo que a racionalidade humana não é infalível (HARRIS, 2013, p. 131-132). O homem, nessa linha de entendimento, apesar de ser racional, pode agir de maneira irrefletida quando do desempenho de pouco esforço cognitivo, algo que é possibilitado por seu sistema “1”, em razão das ferramentas do inconsciente e da intuição, advindas de seu próprio raciocínio, para otimizar e tornar dinâmico o funcionamento de sua mente, na medida em que a intuição/impulso é latente e imanente às ações e reações do indivíduo, que pode, em dado momento, “optar” pelo caminho que demande menos ou nenhum esforço cognitivo.

Lembra-se a metáfora dos sistemas “1” e “2” de Kahneman (2012, *passim*), pelos quais, no primeiro, ocorre uma avaliação mais simples, rápida e até mesmo automática, em que se utilizam informações pré-dispostas ou já estratificadas anteriormente, sem qualquer análise aprofundada da situação em particular e; no segundo, ocorre uma avaliação mais ponderada e aprofundada, em decorrência de maior esforço cognitivo, com probabilidade de um melhor resultado.

Ao contrário do que normalmente se pensa e de acordo com os estudos do autor mencionado, o sistema “1” é muito mais utilizado do que o sistema “2”, situação que acarreta o surgimento de diversos vieses cognitivos os quais podem prejudicar o pensamento racional e mais apurado, ocasionando equívocos em algumas análises e na própria tomada de decisão⁶⁸. Isto é reflexo da própria complexidade do funcionamento da mente, a qual pode se manifestar de forma imperceptível, motivo pelo qual, por mais que alguém refute dado julgamento inconsciente e implícito, ele ainda irá acontecer justamente por estar revestido por um viés cognitivo, que não é acessível voluntariamente (MLODINOW, 2013, p. 241).

Cita-se, de logo, o exemplo dos chamados preconceitos implícitos como uma espécie de viés cognitivo, vez que, nesse contexto, por mais que uma pessoa não queira, retruque ou negue ter algum tipo de pensamento preconceituoso – implicitamente – aquele pensamento permanece lá no seu inconsciente, não podendo ser controlado (MARMELSTEIN, 2016, *online*). A configuração de um preconceito implícito decorre justamente de associações e reflexões automáticas, realizadas apenas com base no sistema “1”, sem um aprofundamento sobre a situação/tema.

Nessa conjuntura, apesar de não controláveis, os vieses cognitivos passaram a ser identificáveis, exatamente a partir de estudos sobre cognição e mente humanas. Eis o momento para se delinear, com maiores detalhes, algumas das espécies de vieses cognitivos mencionadas ao início desta pesquisa. Enfatiza-se que as espécies a seguir tratadas são apenas alguns dos exemplos, vez que a “lista” de vieses cognitivos contempla muitos outros tipos, existindo mais a serem delimitados pelas Ciências Cognitivas.

Primeiramente, tem-se o viés da confirmação, pelo qual o indivíduo busca base/elemento para confirmar sua própria crença, sem sequer considerar, verdadeiramente, crença contrária à sua (KAHNEMAN, 2012, p. 106), isso pode ocorrer, *v.g.*, quando determinado julgador, ante uma lide judicial, tem que decidir sobre a aplicação de um dispositivo de lei naquela relação jurídica especificamente, no entanto, tal julgador já tem um posicionamento formado quanto à inteira aplicação daquele artigo legal em qualquer situação e assim prolata a fundamentação de sua decisão, sem atentar, porém, que aquele caso apresentava circunstâncias que não se

⁶⁸ Um exemplo concreto disso é na seguinte situação: quando pessoas lembram sobre algum fato relacionado diretamente com a morte, aumenta sua inclinação em punir transgressores e compensar quem cumpra as normas culturais e, inclusive, um experimento demonstrou que julgadores poderiam ser levados a estabelecer penas mais severas a prostitutas caso fossem induzidos a pensar na morte antes de sua decisão (HARRIS, 2013, p. 112).

amoldavam devidamente na prescrição legal suscitada, mas em outra. Ou seja, o julgador foi consumido por um viés de confirmação, que o fez optar por um caminho automático e menos aprofundado de raciocínio.

Há o viés da ambiguidade, segundo o qual quando dada situação é ambígua, o indivíduo tende a concluir sobre o resultado precipitadamente sem se dar conta da ocorrência de uma situação dúbia e de múltiplos sentidos, buscando sempre um desfecho mais favorável e confortável (KAHNEMAN, 2012, p. 106). Num caso judicial hipotético, essa situação pode ocorrer quando um julgador, ao se deparar com um caso de pedido de indenização por danos morais por erro médico, fundamenta sua decisão condenatória sem analisar que o nexo de causalidade não estava devidamente provado, isto é, que o liame entre o dano sofrido pelo paciente e a conduta do médico era dúbio, vez que havia indícios de que o paciente não teria seguido as instruções do médico durante os atos preparatórios ao determinado procedimento médico – algo que poderia acarretar o reconhecimento da culpa exclusiva da vítima.

Em seguida, cita-se o viés de âncora, que se manifesta quando uma pessoa tende a confiar-se ou a “ancorar-se” em uma referência do passado ou em parte de uma informação, sem se dar conta do todo, a exemplo de quando o indivíduo se vincula a parâmetros numéricos sem verificar que a margem é outra ou que, na verdade, inexistente margem (KAHNEMAN, 2012, p. 152). Ao aplicar-se isso a uma demanda judicial, exemplifica-se quando o magistrado está diante de uma ação de alimentos, cuja parte autora requer a condenação da parte ré no pagamento de cinco salários mínimos, a título de alimentos mensais. Sabe-se que os alimentos são fixados ante os critérios legais da possibilidade do alimentante e a necessidade do alimentado, no entanto, ao fixar este valor específico, a parte autora o faz, deliberadamente, para maior, com o objetivo de auferir, ao menos, três salários mínimos mensais (valor este que já preenche os critérios de fixação dos alimentos), de modo que o julgador acaba por “ancorar-se” ao patamar estabelecido pela parte autora, tendendo a se aproximar do valor total, no momento de prolatar sua decisão.

Há o viés do autosserviço, o qual é contemplado quando o indivíduo destaca mais os aspectos positivos de sua conduta, enaltecendo suas conquistas e sucessos, mas, no momento de uma derrota ou falha, redireciona essa questão para fatores externos (MYERS, 2014, p. 70), este viés tem uma variação chamada de “autofavorável” que ocorre quando a pessoa atribui resultados positivos a si e os negativos a outra pessoa. Este viés, por sua descrição, é autoexplicativo.

Outro viés cognitivo é o de impacto (MYERS, 2014, p. 60), pelo qual o indivíduo superestima a duração ou a intensidade de um evento (tanto positivo como negativo), ou seja, dando mais ênfase do que realmente é preciso. Verifica-se, ainda, o viés de retrospectiva (MYERS, 2014, p. 34), que é conhecido como viés do “eu sabia o tempo todo”, em que a tendência é avaliar, depois de saber o resultado, a capacidade de ter previsto como algo ocorreria, mas somente depois de ocorrido. Este viés é corriqueiro para qualquer pessoa, vez que não é raro se deparar com um resultado que, aparentemente, era previsto, mas que somente fora “alertado” depois de ocorrido.

Há, ainda, o viés que revela a “aversão à perda” do ser humano, em que se identifica maior valorização daquilo que se efetivamente perdeu do que daquilo que se ganhou ou deixou de ganhar, quando, na verdade, tais situações não diferem essencialmente. (KAHNEMAN, 2012, p. 114). Este viés é bastante recorrente em demandas judiciais, uma vez que o julgador tende mais a julgar pela procedência de pleitos em que há uma perda efetiva do que pleitos em que se reivindica algo que deixou de ganhar, a exemplo das demandas cujo objeto é indenização por danos morais pela perda de uma chance, no entanto, no final das contas, o resultado almejado acaba sendo muito parecido ou até idêntico.

Como dito, estes são apenas alguns dos vieses cognitivos já identificados pelas Ciências Cognitivas, vez que a mente, em sua parte acessível e inacessível, providencia outros tantos “vícios de pensamento” que prejudicam a devida racionalização das circunstâncias pelo indivíduo, razão pela qual a conscientização dele sobre suas falhas de cognição é primordial para que se aprimore, mormente para alguém que tem como função uma atividade que exige o exercício de sua racionalidade para proferir seus atos intelectuais e práticos, como é o caso do juiz.

Além de identificáveis, é possível extrair algumas características dos vieses mencionados, quais sejam: *i*) generalidade, vez que são encontrados em todos os seres humanos; *ii*) sistematicidade, vez que podem ser repetidamente reproduzidos com resultados semelhantes; *iii*) “direcionalidade”, já que seus efeitos têm uma tendência em um particular; *iv*) especificidade, tendo em vista que surgem apenas em dadas circunstâncias; *v*) “modulabilidade”, já que podem, até certo ponto, serem ajustados para produzir efeitos determinados; *vi*) incorrigibilidade, vez que a informação sobre dado viés não impede, de forma imediata, que aquele indivíduo seja sujeito ao viés; *vii*) “intransferibilidade”, já que o conhecimento sobre determinado viés em uma

problemática particular não é o bastante para se tornar resistente ao mesmo viés em situações diversas e, por fim, *viii*) impessoalidade, tendo em vista que um viés pode atingir qualquer pessoa, até mesmo aqueles ditos mais inteligentes (SERFAS, 2011, p. 51).

Entretanto, esclarece-se que os vieses cognitivos não têm função apenas para questionar o funcionamento e a própria existência da racionalidade humana, embora aparente isso. Na verdade, segundo posicionamento doutrinário contrário, a teoria dos vieses cognitivos apresenta corretamente que o julgamento das pessoas se desvia, várias vezes, da lógica e da otimização, todavia, não fornece elementos que possam ser testáveis para melhorar ou até mesmo evitar a ocorrência desses equívocos (GIGERENZER, 2008, p. 7-13). De fato, nos estudos analisados neste trabalho, não se encontrou uma eventual solução para essas falhas da mente, mas isto é compreensível ante a novidade nesse entendimento e a contínua busca para o aperfeiçoamento das possibilidades e limitações da mente humana, assim, reforça-se a necessidade de conhecer todos esses aspectos para, eventualmente, construir-se uma solução possível.

Ao tentar-se incorporar a análise dos vieses à estrutura do Modelo Toulmin de argumentação, obtém-se que os vieses assumiriam a condição de elemento de “Refutação”, uma vez que seriam úteis ao julgador para verificar eventuais exceções à interpretação normativa, em consideração às falhas de seu raciocínio – sendo esta uma forma provável de utilização deste conhecimento pelo magistrado, com a finalidade de aprimorar seu ato decisório.

Reconhece-se que os rótulos e as questões de probabilidade dos vieses não são suficientes para melhorar o comportamento racional (GIGERENZER, 2008, *passim*), porém, ao se conhecer as falhas, tem-se a importância de identificar a necessidade de corrigir a racionalidade e ter cautela na forma que as decisões são tomadas, mormente a partir de uma fundamentação – sendo este o objetivo desta pesquisa.

3 A FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO MOTIVADO: LIMITES E POSSIBILIDADES COGNITIVAS PARA A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Neste capítulo derradeiro, o objetivo é conjugar todos os elementos, conceitos, teorizações, exemplos, enfim, toda a análise realizada ao longo dos capítulos um e dois; para, então, demonstrar a relação direta entre a construção da fundamentação decisória, especificamente no âmbito do convencimento motivado, com a própria interpretação normativa, que se revela como meio pelo qual o julgador realiza a elaboração da fundamentação de uma decisão judicial, após exaustiva análise dos fatos, com a formação das crenças, aplicação normativa e, enfim, exposição de suas razões quanto à solução final apresentada.

Para tanto, é indispensável, em primeiro lugar, um estudo sobre a própria noção de convencimento motivado e sua influência no que concerne a todo o processo decisório, mormente quanto à elaboração da motivação racional do julgador e, em seguida, a exposição do entroncamento com a própria atividade interpretativa do magistrado, com a apreciação específica sobre a Ciência Hermenêutica e suas diversas colaborações para com a Ciência Jurídica e a interpretação das normas, traçando, ainda, uma digressão para algumas teorizações hermenêuticas e sua (in)suficiência aos propósitos de uma adequada construção de uma fundamentação decisória e aos propósitos deste trabalho.

Após esse percurso científico-jurídico, buscar-se-á condensar os limites para o intérprete quanto à complexa tarefa de fundamentar uma decisão judicial, sendo este um ato que vai muito além da mera interpretação da norma, uma vez que perpassa pelas incertezas, inseguranças e falibilidade da cognição humana. Desse modo, a tentativa de preencher alguns significantes de métodos hermenêuticos será essencial ao longo do presente capítulo, no sentido de delinear alguns pressupostos básicos para uma pesquisa ainda mais aprofundada e abrangente do que a presente.

3.1 Inquietações iniciais

O ato decisório, antes de ser prolatado definitiva e formalmente pelo julgador (ainda que tenha sido tomado inicialmente de maneira intuitiva), deve apresentar sua fundamentação, isto é, a exposição das razões que são tomadas a partir da formação de seu convencimento, que, por sua vez, é construído a partir dos elementos suscitados no processo pelos sujeitos interessados, em

exercício da garantia do contraditório, culminando numa crença (do magistrado) sobre os fatos relevantes da lide. Esta é uma tarefa/função do magistrado a qual é realizada mediante a execução de sua cognição sobre as normas aplicáveis ao caso e os eventuais meios de prova apresentados pelas partes sobre os fatos suscitados, ou seja, o julgador analisa e interpreta normas e fatos conjugados (SCHAUER, 2009, p. 206).

O cenário é de constante exercício do intelecto do magistrado para uma consecução no mundo prático e, nesse percurso, ele lida primordialmente com textos, conceitos, expressões, significantes, significados, *etc.*, os quais têm caráter, feição e repercussão jurídica, principalmente quando se trata da norma, de modo que sua respectiva interpretação se torna o grande centro de trabalho do julgador, ao se empenhar na aplicação do Direito destinado ao caso concreto, mediante a prolação de sua decisão e – obrigatoriamente – fundamentação. Percebe-se que o magistrado interpreta diversas normas, a fim de conjugá-las com os fatos, para conceber, ao final, a melhor solução ao caso posto a seu crivo.

As normas não estão somente nas leis e nos textos legais em sentido amplo, mas também podem ser extraídas de outras estruturas de interpretação já pré-concebidas, isto é, a partir da fundamentação utilizada em outra ou outras decisões, como uma espécie de parâmetro a ser seguido – isto, a depender da situação, denomina-se como precedente ou jurisprudência.

Compreende-se “Precedente” como uma decisão judicial tomada em um caso concreto, que pode servir como exemplo para outros julgamentos similares, sendo algo diferente de “Jurisprudência”, que consiste em um conjunto das decisões dos tribunais, no exercício da aplicação da lei, representando a visão do Tribunal, em determinado momento, sobre as questões levadas a julgamento (LOPES FILHO, 2012, *passim*).⁶⁹

Além das leis e artigos legais especificamente, o magistrado pode valer-se, para fundamentar suas decisões, de outra decisão ou conjunto de decisões anteriormente fundamentadas, que comportem alguma semelhança com a situação ora em apreço, mediante toda a avaliação interpretativa. Reforça-se, pois, que a construção da fundamentação decisória é realizada a partir da interpretação de textos, expressões, conceitos, *etc.*, sejam legais ou judiciais, sendo tarefa cognitiva do magistrado o ato de encontrar e delimitar todos esses significados e suas extensões para construir a solução destinada ao caso concreto (SCHAUER, 2009, p. 152).

⁶⁹ De ressaltar que o CPC/2015, em seu art. 927, prevê expressamente a observância dos tribunais quanto aos precedentes e à Jurisprudência.

Denota-se, mais uma vez, que essa atividade é bastante complexa e exige do magistrado bastante esforço cognitivo, razão pela qual, na hipótese de utilização tão somente do sistema “1” (automático), em total detrimento ao sistema “2”, a possibilidade de se incorrer em equívocos e vieses seria muito maior. No entanto, esclarece-se que a utilização do sistema “1” nem sempre deve ser encarado como um aspecto negativo. Na verdade, a mente humana utiliza-o como meio de eficiência do raciocínio e da própria ação corpórea, como se fosse um “atalho” para acessar informações e conhecimentos já sedimentados, porém, o que se deve atentar e evitar é a utilização apenas do sistema “1” sem a “ativação” do sistema “2”, sob pena de situações mais peculiares serem tratadas como se corriqueiras fossem.

Considerando, então, que o emprego do sistema “1” é uma espécie de regra em relação ao emprego do sistema “2, afere-se mais um desafio para mudar a cultura do pensamento “automático”, sendo necessária a conscientização dos interessados sobre a importância do conhecimento cognitivo, tendo em vista ainda a conexão direta entre razão e emoção, bem como a complementação entre o racional e o intuitivo, analisados nos capítulos anteriores.

Além disso, no cenário apresentado, percebe-se que admitir a mente humana como não corpórea acarretaria enorme prejuízo teórico com repercussão prática, uma vez que a corrente que rejeita o aspecto corpóreo da mente não considera as influências da experiência do indivíduo, tampouco a interação de seu organismo com o meio, como se houvesse uma completa demarcação entre o aspecto físico e não físico do homem quando, na verdade, há uma verdadeira interdependência entre ambos os aspectos, em virtude de o ato de raciocinar depender da própria vivência do indivíduo. Isto tem efeito direto no aprimoramento da própria conduta do magistrado e sua técnica de fundamentação, vez que passa a entender sobre a importância de suas experiências, vivências e seu próprio “tato” com o caso que lhe é posto para apreciação, tornando tudo mais concreto e não desvinculado do aspecto físico e palpável.

Em retomada à atividade interpretativa, tem-se que o magistrado, durante a análise das normas e dos fatos suscitados, pode valer-se de uma base legal e/ou judicial. Doutrinariamente, remete-se ao estudo dos sistemas jurídicos do *Civil Law* e *Common Law* (SCHAUER, 2009, p. 148). O primeiro estabelece que a principal fonte do Direito adotada é a própria lei e o texto legal, sendo este sistema apontado como oficialmente seguido pelo Brasil. O segundo é mais utilizado em países de origem anglo-saxã, em que o Direito se baseia primordialmente na Jurisprudência.

No entanto, no Brasil reputa-se que, em verdade, há uma adoção mista dos dois sistemas, consistindo naquilo que se denomina como *Brazilian Law* (DIDIER JR., 2015, p. 60), sendo uma forma jocosa de demonstrar a mescla entre os sistemas no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, bem como daquilo que é seguido pelos tribunais pátrios, principalmente ante as disposições do Código de Processo Civil de 2015 que prevê, em diversos dispositivos legais, a aplicação dos precedentes e observância à Jurisprudência⁷⁰.

Adverte-se, porém, que a utilização de precedentes judiciais deve respeitar matérias semelhantes e que tenham sua fundamentação igualmente semelhante, devendo haver coerência na “manutenção de uma linha de entendimento consolidada”, não devendo haver simples imposição de sua aplicação por questões de hierarquia ou de autoritarismo, não devendo ocorrer como mera subsunção, de modo a observar máxima integração e sistematização (LOPES FILHO, 2012, *passim*). Ou seja, os precedentes judiciais não devem ser encarados como leis expressas, na verdade, é necessária a realização de um exercício de comparação das razões do precedente e do caso concreto e, somente se não houver qualquer situação minimamente peculiar, que impeça a reprodução daquele precedente, é que se permite segui-lo.

Nesse contexto, considerando que o Brasil se insere dentro desse sistema misto de aplicação de leis e precedentes judiciais, percebe-se que o julgador tem de desenvolver uma capacidade muito maior e mais “sofisticada” em termos de interpretação normativa e, conseqüentemente, de exercício de sua cognição, nada obstante não haja, geralmente, passado por qualquer espécie de “treinamento” para tanto, seja no âmbito do próprio curso de formação da magistratura, seja no âmbito acadêmico. Novamente, exige-se do julgador muito mais do que suas capacidades humanas podem lhe proporcionar e, ainda assim, não se lhe é oferecido meio ou mínimos elementos consistentes de como realizar a fundamentação decisória de maneira adequada.

Há uma clara relação de complementariedade entre a aplicação dos atos normativos em geral e dos textos legislativos com a produção jurisprudencial, sendo duas facetas diretamente atreladas entre si e inseparáveis, reputando o sistema brasileiro bastante completo nesse sentido e ponderado, pois a lei concede segurança na análise e resolução da discussão, exibindo-se como

⁷⁰ O CPC/2015 reconhece a força dos precedentes e Jurisprudência para a resolução de demandas, na medida em que, especificamente, em seu art. 927 determina o respeito, pelos juízos e tribunais, às decisões do STF, às Súmulas vinculantes, Súmulas do STF e STJ, acórdãos, enfim, vincula os julgadores às interpretações já consolidadas pelos tribunais, admitindo expressamente a relevância e aplicação dos precedentes e Jurisprudência.

algo mais rígido e concreto, entretanto, em não sendo suficiente ou lacunosa, o *Brazilian Law* permite o recurso ao estudo de casos concretos por meio dos precedentes judiciais e da Jurisprudência.

Contudo, ainda diante dessa mescla de sistemas, há possibilidade de haver alguma lacuna, vagueza ou indeterminação interpretativa-conceitual no momento da apreciação da lide pelo juiz, franqueando a ele possibilidade de exercer sua atividade jurisdicional com certa margem decisória, algo que não se desvencilha do dever de motivar suas decisões. Nesse tocante, constata-se mais uma dificuldade em controlar a conduta do julgador, devendo-se destinar o foco para o processo de construção da decisão em si, especialmente de sua fundamentação.

Dentro dessa flexibilidade e complexidade de atuação do julgador no ordenamento jurídico brasileiro e a conjugação da importância dos precedentes judiciais, é que se apura maior dificuldade quanto à construção de uma fundamentação adequada ao ato decisório, mediante as fontes e recursos disponíveis ao magistrado, bem como a compreensão do próprio funcionamento de sua cognição e as falhas que esta pode sofrer na hipótese de supervalorização do sistema “1” em detrimento do sistema “2”, por exemplo.

Além disso, a iminente possibilidade de indeterminação linguística e conceitual na atividade interpretativa culmina na provável atuação discricionária do juiz (SCHAUER, 2009, p. 159), razão pela qual esse arcabouço de conhecimento quanto à cognição humana, mesmo que inicial, deve ser incutido no âmbito do estudo da fundamentação das decisões judiciais, a fim de conferir maior consistência e segurança em tal ato.

3.2 Convencimento motivado e convicção

Antes de expor suas razões na fundamentação de forma expressa, concreta e palpável; o magistrado vivencia um processo cognitivo interno, que tanto pode ser anterior ou simultâneo à explicitação de suas razões, algo que não é aferível ou totalmente controlável, vez que somente por meio da fundamentação será possível ter acesso ao resultado da construção de seu convencimento e convicção – os quais, na seara jurídica, não se confundem, conforme restará abordado neste item.

Nesse momento (interno), o julgador edifica aquilo que no segundo capítulo (item 2.2) foi denominado de “crença sobre fatos relevantes”, a qual, novamente, se reputa como um estado psicológico que indica se determinada representação mental/intencional tem correspondência ao

“estado de coisas” o qual é visualizado pelo indivíduo, ou seja, se o aspecto concretamente observado diz respeito aquilo que é concebido interna e mentalmente, culminando na formulação de sua própria crença (GUERRA, 2015, p. 104). Apesar de não ser acessível diretamente, importa estudar e conhecer sobre a relevância do convencimento e da convicção para o aspecto decisório e de sua fundamentação, mormente sobre as dificuldades e possibilidades expostas no processo de interpretação para construir uma fundamentação racional do ato decisório, vez que ambos são elementos ordinariamente do próprio âmbito de análise das Ciências Cognitivas.

Eis a breve diferenciação, portanto, entre convencimento e convicção. Em primeiro lugar, deve-se acrescer a adjetivação “motivado” ao termo “convencimento”, para este receber contornos normativos. Em segundo lugar, nesta pesquisa, entende-se que o convencimento motivado é espécie do gênero “convicção”, vez que esta é tão somente um estado psicológico estático, enquanto que o convencimento motivado é instituto do Direito Processual Civil que abrange a crença como elemento psicológico que deve ser arrazoado. Assim, no Direito, não se trata de uma mera convicção ou convencimento em sentido amplo, mas sim de um convencimento qualificado, isto é, motivado. O que se deve expor por razões é a própria crença do julgador, na condição de estado intencional, em sede de fundamentação racional (GUERRA, 2015, p. 105).

A convicção, como “estado psicológico”, não necessariamente deve ser fundamentada, vez que diz respeito a um processo complexo de “tangenciais e sobreposições”, no qual não há uma diferenciação ou delimitação quanto aos seus elementos de construção (MARTINS, 2010, p. 21). No entanto, o convencimento motivado, na condição de instituto jurídico, e como a própria expressão revela, exige exposição de razões sobre a crença edificada, ou seja, sobre o estado intencional de crer em determinada situação, seja correspondente ou não ao “estado de coisas” em questão, nos moldes de uma “disposição para agir”, isto é, uma tendência a atuar de determinada forma, em determinada situação, em relação a determinado estado de coisas.

Dessa forma, o convencimento motivado diz respeito ao que é necessário à racionalidade e ao levantamento de elementos bastantes para decidir, culminando em um resultado adequado (decisão), que deve, especificamente, ser preenchido com a exteriorização dos conceitos, fatos e normas interpretados conjuntamente (MARINONI, 2007, p. 21). Ou seja, o convencimento motivado, no final das contas, lança-se na esfera interpretativa do julgador, o qual deve lidar com o acervo de elementos teóricos e práticos para formular sua racional fundamentação.

O convencimento motivado deve ser exposto nos moldes de uma fundamentação racional da decisão judicial, no sentido de franquear aos interessados meios de controle e verificação sobre esse ato do juiz, porém, por se tratar de algo intrínseco ao complexo processo decisório e de fundamentação, não é possível, principalmente em nível normativo e legal, aferir e metodizar a ocorrência da “transferência” daquilo que é preenchido no convencimento do juiz e aquilo que é, de fato, motivado em sua decisão.

Assim, repita-se: não é possível, a partir dos estudos em Ciências Cognitivas realizados, apurar a própria crença ou estado de convicção como elemento psicológico, mas sim sua fundamentação – algo que reforça a necessidade da qualificação do “motivado” para os fins do “convencimento” como instituto jurídico, o qual é, inclusive, positivado no ordenamento jurídico brasileiro, conforme ainda restará abordado neste item.

Destaca-se, portanto, a imprescindibilidade da motivação das decisões judiciais, considerando que as pessoas, normalmente, tendem a se levar por suas crenças pré-concebidas e são muito firmes nisso (WYKROTA, 2017, p. 46), havendo forte limitação para compreender e aceitar algo novo, embora, por outro lado, errônea e majoritariamente, acredite-se numa racionalidade com contornos do senso comum, que não comporta falhas, de modo que o conhecimento de concepções e achados das Ciências Cognitivas, a exemplo dos vieses, são importantes.

Ainda sobre esse processo interno e genérico de construção de um convencimento, há algumas teorias jurídicas, as quais se expressam de forma ampla, mas que merecem apreciação e divulgação. Neste estudo, apontam-se três teses das mais conhecidas quanto ao convencimento do julgador. A primeira é tomada como “Tese Sueca”, na qual a capacidade do julgador é subestimada, visto que se restringe a utilizar métodos matemáticos e questões de probabilidade, sendo a decisão tomada consoante a verossimilhança estabelecida pela lei ou pelo próprio magistrado, reduzindo a importância das regras do ônus da prova.

Na segunda, conforme modelo *Överviktsprincip* ou *Überwiegensprinzip*⁷¹, as regras do ônus da prova são desprezadas, empregadas apenas como simples indicadoras (simbolizadas por um pêndulo) de qual parte pode ter êxito no litígio. Fala-se aqui em verossimilhança

⁷¹ Que é relacionado à preponderância.

preponderante⁷², em que as questões de probabilidade são ainda mais presentes, sendo bastante para delimitar o vencedor um mínimo de preponderância da prova, quantificado em 51% (cinquenta e um por cento).

Por fim, a “Tese da adequação do módulo de prova”, elaborada pelo alemão Gerhard Walter, preceitua que a construção do convencimento leva em conta as peculiaridades do caso concreto para ser determinada, acumulando-se o maior número de provas na edificação da verdade. Nesse sentido, somente contenta-se com a verossimilhança quando não for possível estabelecer a “convicção da verdade”, havendo aqui uma redução das exigências da prova (MACÊDO; PEIXOTO, 2014, p. 81-84).

As teses acima claramente divergem, tendo em vista que a primeira considera o magistrado como uma espécie de aplicador matemático, como se fosse possível calcular probabilidade de acontecimentos fáticos; a segunda acentua as questões de probabilidade, ignorando regras de ônus da prova, ao considerar que magistrado possa, supostamente, captar os elementos fáticos sem o exercício do ônus da prova pelas partes; por fim, a terceira valoriza as provas, mas em nível extremo, na tentativa de alcançar uma verdade “absoluta”.

Contudo, percebe-se que tais teses não consideram quaisquer problemas e concepções expostos pelas Ciências Cognitivas, que têm relação e impacto direto com o todo ato decisório do julgador, tampouco questões quanto à intencionalidade, a acepção adequada de mente para o aprimoramento da postura e dos atos do julgador e a dificuldade na chamada “transferência” da crença desenvolvida internamente para o momento de sua motivação. No mesmo sentido, essas mesmas teses não concedem tanta relevância à análise fática e, portanto, probatória, a qual tem abrangência pelo conceito de mente corpórea, tendo em vista a interação do magistrado com o meio e sua influência na construção de seu convencimento (motivado), de modo que as teses mencionadas não se servem aos propósitos do que já fora demonstrado.

No contexto jurídico-normativo brasileiro, o convencimento motivado encontra expressa positividade do Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 371, numa espécie de reformulação do que já exista no diploma processual de 1973, em seu art. 131. Há, assim, necessidade de transcrever ambos os dispositivos legais para verificar os contornos, nuances e modificações entre uma e outra previsão, bem como as implicações em casos concretos. Veja-se:

⁷² Marinoni e Arenhart defendem que a deliberação judicial, excepcionalmente, poderá ser elaborada conforme a convicção de verossimilhança, porque a impossibilidade de obter-se a verdade não exclui a vontade de buscá-la, ou melhor, de construí-la e, com isso, aproximar-se mais dela (2011, p. 89-93).

Código de Processo Civil de 1973:

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Código de Processo Civil de 2015:

Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Extrai-se que, em ambos os enunciados, há o dever de o julgador motivar/expor as razões de seu convencimento, com base nas provas dos autos, ou seja, nos elementos de demonstração fática dos argumentos suscitados, mantendo-se, pois, a obrigatoriedade da fundamentação racional de sua decisão. Por outro lado, nota-se alteração no que se refere à denominada “apreciação livre” das provas para a formação do convencimento motivado do juiz.

A legislação anterior tratava deste ponto de maneira equivocada e imprecisa, pois o magistrado não deveria ser “livre” no cenário de garantia fundamental ao devido processo legal e à motivação das decisões, devendo, já a partir da Constituição de 1988, ater-se à observância das normas aplicáveis ao caso concreto, bem como às provas produzidas pelas partes, estando, assim, vinculado à necessidade de fundamentação da decisão e análise probatória. Por isso, o Código de Processo Civil de 2015, ante à sua maior congruência com as disposições constitucionais, prescindiu da manutenção da expressão “livre” para qualificar a apreciação e formação do convencimento do julgador, evitando-se dar margens para interpretações distorcidas e errôneas quanto essa atuação do juiz.

O julgador no momento de apreciação de uma lide não se afasta de sua condição de intérprete, tanto dos fatos como dos atos normativos aplicáveis, de modo que a formação de seu convencimento e a edificação de suas crenças, as quais devem ser motivadas, não se desvinculam do próprio ato de interpretação, que se revela como uma atividade tanto teórica como eminentemente prática, considerando sua adequação e repercussão na realidade, razão pela qual, neste capítulo, frisa-se a relação íntima entre o processo interpretativo e da própria elaboração da fundamentação decisória, a partir de um momento de intrínseca tarefa cognitiva, isto é, a formulação do convencimento (motivado).

3.2.1 Da vinculação à interpretação normativa

A atividade interpretativa do julgador é verificada, essencialmente, no ato de prolação de uma decisão, mormente quando da exposição de suas respectivas razões, uma vez que, por mais que hajam normas específicas destinadas àquele determinado caso concreto, a sua aplicação não é feita de forma autônoma e automática, sendo exigido que o magistrado as interprete e as conjugue com os outros elementos constantes nos autos, mediante um claro exercício cognitivo e racional.

A fundamentação decisória não é um ato que se molda por si só, por óbvio, vez que é construída a partir de uma série de elementos suscitados no processo – leis, atos, fatos, provas, argumentos, *etc.* – os quais devem ser analisados e combinados durante a análise do julgador, sendo, ao final, “transformados” numa decisão peculiar para aquela lide, que regerá esta mencionada relação e mais nenhuma, ainda que se possa “transferir” ou replicar raciocínio semelhante ou idêntico em outra demanda, vez que cada lide terá a sua resolução particularmente edificada.

Em sua atividade, o julgador possui certa margem decisória justamente em razão de sua atuação interpretativa, no entanto, isso não quer significar uma apreciação totalmente livre do caso concreto, haja vista que, conforme visto no item anterior, o julgador deve se atentar aos dados apresentados nos autos, para delimitar seu convencimento, a exemplo das provas, e, então, proferir sua decisão e fundamentação.

Nesse sentido, apura-se que, por via de consequência, o ato de interpretar é inerente à atividade do julgador, tendo em vista que o próprio ser humano tem na interpretação um modo de ser e de se expressar (HEIDEGGER, 2005, p. 206-207), razão pela qual o processo interpretativo de normas tem interesse direto ao objeto deste estudo, na medida em que percorre pelos “achados” das Ciências Cognitivas que podem aprimorar o ato de fundamentação da decisão judicial e, em decorrência, da interpretação de normas.

Importa adiantar que os conceitos de “Interpretação” e “Hermenêutica” não se confundem, tendo em vista que esta diz respeito à própria teoria científica e técnica que abrange, delimita e estuda o ato de interpretar, de modo que a Interpretação é a conduta – em si – de desvendar e entender os significantes e significados, sendo, assim, o meio de exercitar os conceitos e métodos analisados pela Ciência Hermenêutica (MAGALHÃES FILHO, 2001, p. 33).

É notório que a Ciência Hermenêutica e, mais precisamente, a interpretação normativa têm vinculação direta com tudo o que fora exposto nesta pesquisa sobre as Ciências Cognitivas e sua aplicabilidade ao âmbito de fundamentação racional da decisão judicial. A interpretação é a conduta exercida constante e inevitavelmente pelo julgador para a construção de suas razões e respectiva solução ao caso concreto, na medida em que, nesse procedimento intelectual e prático, demarca conceitos, entende e aplica definições legislativas, além dos próprios fatos suscitados pelos argumentos das partes e eventualmente comprovados. Isto, nada mais é do que o processo cognitivo-interpretativo de formulação das razões de uma decisão judicial.

A própria norma representa um extenso âmbito de significação, na medida em que não obrigatoriamente se identifica com o teor do texto legal que a proclama, mas, na verdade, a norma jurídica tem amplitude mais complexa, ao ser considerado seu conceito semântico, isto é, que a norma não corresponde com o texto legal, de modo que ela é “[...] o significado de um enunciado normativo” (ALEXY, 2008, p. 53-54). Nesse contexto, a norma jurídica é uma abstração, uma convenção social ou, melhor dito, um fato institucional (SEARLE, 2010, p. 90-95), não sendo algo atingível, mas sim conceituado e estabelecido, razão pela qual o julgador exerce sua atividade cognitiva-interpretativa e, fundamentadamente, concretiza/aplica a norma em sua decisão, conforme as peculiaridades da lide, vez que a mera proposição de um texto que veicule uma norma, certas vezes, não resultará conseqüentemente em sua observância e/ou cumprimento, de modo que os interessados exigem a prestação da tutela jurisdicional com o objetivo de obter sua execução.

O texto legal expressa-se como um parâmetro ou um indicativo da norma, não tendo o condão de denotar toda sua extensão, sendo esta a tarefa do próprio intérprete que, na seara de motivação decisória, é o próprio juiz. Ressalta-se, ante ao que fora abordado, a conseqüente possibilidade de haver norma sem texto que a enuncie ou a indique, vez que norma pode ser extraída não apenas de um texto, mas de um contexto legal e jurídico, imposto pelo Estado.

A norma, portanto, não é um conceito simples e de fácil assimilação ou concretização, especialmente quando ela é construída segundo o deslinde de um caso concreto, como ocorre no âmbito de um processo judicial, com a resultante em uma decisão fundamentada. Esta complexidade e expansão de entendimentos no que se refere à norma jurídica e sua delimitação é tão patente que há muitas propostas teóricas acerca da caracterização, distinção e categorização de norma jurídica, em especial, hodiernamente, no que tange às espécies de regras e princípios.

A cisão de norma jurídica em espécies, porém, é uma perspectiva recente, advinda dos meados do século XX (Pós-Guerra), de modo que autores clássicos que teorizavam sobre a norma jurídica, a exemplo de Norberto Bobbio (“Teoria do Ordenamento e da Norma Jurídica”) (1995, 2001, *passim*), Hans Kelsen (“Teoria Pura do Direito”) (2003, *passim*) e Arnaldo Vasconcelos (“Teoria da Norma Jurídica”) (2002, *passim*), não problematizavam ou discutiam espécies de normas jurídicas.

Os debates envoltos à norma jurídica diziam respeito à sua natureza (VASCONCELOS, 2002, p. 47), características, pseudocaracterísticas (VASCONCELOS, 2002, p. 133), elementos, estrutura, função, antinomias, relação com o ordenamento (BOBBIO, 1995, p. 71-110), sua dinâmica e estática (KELSEN, 2003, 120-250), enfim, o estudo não considerava a existência de espécies de normas. As normas eram majoritariamente concebidas em uma só categoria. Não que tais discussões não sejam importantes, mas, atualmente, estão superadas no tratamento dado pela doutrina mais moderna, a qual fomenta um embate cada vez mais acalorado sobre as supostas espécies de normas, seja para o bem ou para o mal.

Esta discussão sobre as chamadas espécies de normas se exibiu com mais relevância e destaque, principalmente no Brasil, nas obras de Robert Alexy (2008, *passim*), Ronald Dworkin (2007, *passim*), Humberto Ávila (2005, *passim*), Marcelo Neves (2013, *passim*) e Virgílio Afonso da Silva (2016, *passim*). Neste estudo, porém, esta questão é ora tratada a título meramente informativo, com a finalidade de se atestar o expressivo campo semântico, interpretativo e de compreensão dificultosa em que se encontra a norma jurídica, razão pela qual não se irá aprofundar nesse tema, tendo em vista não ser parte do objeto que se optou por analisar nesta pesquisa.

No entanto, não se pode ignorar a conclusão de Robert Alexy (2008, p. 107) quanto à designação das regras e princípios – normas – como razões, de modo que a norma regulamentada institucionalmente é tida como base, ou melhor, como razão inicial para decidir do magistrado. Esta constatação pode parecer óbvia, contudo, é interessante reforçar essa interligação entre o ato normativo já previsto e institucionalizado no ordenamento jurídico com o que o julgador irá construir fundamentadamente, mediante a exposição de suas crenças sobre os fatos relevantes, partindo seu convencimento motivado de uma base de segurança normativa.

O processo interno, no qual se circunscreve o convencimento motivado, é onde se inicia toda a contemplação e aplicação das noções interpretativas do magistrado, bem como seu

conhecimento sobre as normas jurídicas, atos, fatos e argumentos, motivo pelo qual a elaboração da fundamentação de uma decisão tem como premissa uma norma geral prevista no ordenamento jurídico, a qual irá ser aplicada num caso específico, mediante a elaboração de uma decisão necessariamente fundamentada.

Considerando todo esse trâmite abstruso até se alcançar à fundamentação decisória, mediante formulação do convencimento motivado, tem-se a necessidade de estabelecer conscientização e preparação aos magistrados, bem como aos próprios jurisdicionados, sobre os limites e possibilidades desse ato. E, ainda que a legislação processual não ofereça um método efetivamente seguro e palpável para tanto, percebe-se que o próprio Código de Ética da Magistratura Nacional⁷³ enuncia, em seu Capítulo VIII, sobre a necessidade de atuar em suas decisões com “Prudência”, a qual é disciplinada pela busca de uma atuação e prolação de decisões que sejam motivadas racionalmente, depois de cautelosa análise de argumentos, com base nas normas jurídicas destinadas ao caso. Atente-se à disposição expressa:

PRUDÊNCIA

Art. 24. O magistrado prudente é o que busca adotar comportamentos e decisões que sejam o resultado de juízo justificado racionalmente, após haver meditado e valorado os argumentos e contra-argumentos disponíveis, à luz do Direito aplicável.

Art. 25. Especialmente ao proferir decisões, incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar.

Art. 26. O magistrado deve manter atitude aberta e paciente para receber argumentos ou críticas lançadas de forma cortês e respeitosa, podendo confirmar ou retificar posições anteriormente assumidas nos processos em que atua.

A regulamentação acima coaduna diretamente com o que fora exposto neste item, bem como com algumas conclusões já apresentadas ao longo desta pesquisa, mormente no que se refere à base de um Direito constituído para definir sua atuação em suas decisões e à necessidade de fundamentação racional, por meio de exercício de maior esforço cognitivo na apreciação dos argumentos e subsídios de provas. Com a introdução das noções elementares das Ciências Cognitivas, a atuação prescrita pelos artigos em comento resta tangível, considerando a adequada assimilação dos magistrados sobre o próprio funcionamento de sua cognição.

⁷³ Aprovado na 68ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, do dia 06 de agosto de 2008, nos autos do Processo nº 200820000007337.

3.2.1.1 Da insuficiência da Ciência Hermenêutica: vagueza de conceitos, correntes e métodos

O ato de interpretar, como visto, está inserido numa acepção mais ampla e geral relativa à própria Ciência Hermenêutica, a qual tem por função auxiliar o intérprete na persecução e delimitação dos significados e, especificamente, no caso do Direito, na investigação do sentido da norma jurídica e, na hipótese de decisão judicial e sua prolação, na construção de sua fundamentação e resolução. Esta atuação do magistrado é realizada mediante a análise quanto à conjugação de dados, fatos e argumentos inclusos nos autos de um processo.

Nesse sentido, justamente no intuito de auxiliar o intérprete no exercício de sua função – este que não corresponde apenas ao magistrado, mas a todos os estudiosos e profissionais do Direito – é que existem diversas teorias e métodos advindos da Ciência Hermenêutica. E, no que tange especificamente ao objetivo desse estudo, importa salientar que tais teorias e métodos também são destinadas à orientação do julgador na formulação de sua crença e, ao final, da fundamentação decisória. Contudo, questiona-se se, ao longo de toda a ambiência de pesquisas e estudos nessa temática: a Ciência Hermenêutica se mostra suficiente aos propósitos de uma adequada construção racional de motivação decisória, afinal?

Antes de responder diretamente essa pergunta, a despeito de o título deste item ter o condão de indicar provável conclusão, deve-se discorrer, brevemente, sobre o histórico e noções das propostas teóricas centrais da Ciência Hermenêutica no que concerne ao ato de interpretação da norma jurídica e, por consequência, sua colaboração, em geral, à Ciência Jurídica e à própria formulação da motivação de uma decisão judicial.

Neste momento, utilizar-se-á como base teórica o livro de Glauco Barreira Magalhães Filho, intitulado “Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição” (2001, *passim*), o qual expõe e disserta de modo objetivo – porém detalhado – sobre a evolução da Ciência Hermenêutica, desde sua concepção metodológica até o que se reputa como Hermenêutica Constitucional e, ao final, buscar-se-á demonstrar as implicações positivas e/ou negativas de todo esse contexto teórico no âmbito de fundamentação das decisões judiciais.

Mediante um corte epistemológico necessário, saltando comentários sobre a origem⁷⁴ da Hermenêutica e suas incipientes manifestações por meio dos sermões de Santo Agostinho e

⁷⁴ A Hermenêutica tem origem teológica, tendo como nascedouro a Grécia Antiga, na medida em que foi extraída da mitologia do deus “Hermes”, ou seja, o mensageiro que propagava e transmitia aos mortais as mensagens advindas do Olimpo. Hermes foi considerado o inventor da linguagem e da escrita (MAGALHÃES FILHO, 2001, p. 33).

Tomás de Aquino⁷⁵, passa-se à análise da Hermenêutica Metodológica, a qual tem como principal teórico Friedrich Schleiermacher. Segundo tal pensador, o exercício do ato interpretativo teria dependência absoluto da divindade, isto é, da possibilidade de “adivinhar” ou “descobrir” a genialidade do autor do texto, admitindo imenso subjetivismo para alcançar, supostamente, a esfera psicológica do autor do texto. Este método denomina-se como “histórico-crítico” (MAGALHÃES FILHO, 2001, p. 36).

De logo, percebe-se certa impropriedade e dissonância da proposta teórica em questão ao confrontá-la com os pressupostos elementares das Ciências Cognitivas e possibilidades mentais e sensoriais do homem, considerando o que fora debatido e dissertado sobre a inviabilidade de acesso direto ao aspecto psicológico do indivíduo, sendo uma das razões pelas quais a perspectiva corpórea da mente se denotou mais acertada aos propósitos da atividade de prestação jurisdicional, bem como em consideração ao próprio entendimento científico atual, vez que é bastante difícil e complexo compreender e delimitar o funcionamento interno da própria mente, especialmente quando se destina a analisar de outra pessoa.

Em prosseguimento, ainda no âmbito da Hermenêutica Metodológica, Wilhelm Dilthey, além de ter proposto a divisão das ciências em da natureza (explicação) e do espírito (compreensão), defendeu que o texto deveria ser estudado pelo contexto, exibindo-se o intérprete-cientista, no caso das Ciências Humanas, como capaz de apreender todo o “espírito” que fora projetado no objeto. Percebe-se uma tentativa de distanciamento do psicologismo de Schleiermacher (MAGALHÃES FILHO, 2001, p. 37), mas não completamente, vez que essa proposta de objetivações da vida e do espírito refere-se justamente à possibilidade de transferência daquilo que é internalizado pelo indivíduo para sua esfera exterior.

Este processo exigiria, considerando a concepção do autor, uma integral correspondência entre ambos os aspectos do homem, ou seja, físico e não físico. Entretanto, a acepção corpórea de mente humana providencia um acesso direto apenas àquilo que é concreto e palpável, não havendo garantia de que haja total identificação com o que é produzido no interior mental do indivíduo. Nota-se que essa situação não se desvencilha da perspectiva psicológica, persistindo a problemática quanto ao adequado acesso e compreensão de seu funcionamento.

⁷⁵ Santo Agostinho adotava tanto a interpretação alegórica quanto literal, prestigiando o elemento histórico das escrituras e, por sua vez, Tomás de Aquino seguia o método de Aristóteles, com base na derivação lógica (MAGALHÃES FILHO, 2001, p. 34).

Martin Heidegger é um dos principais nomes da chamada Hermenêutica Ontológica, segundo a qual não haveria um método ou uma teoria normativa de compreensão dos sentidos, em virtude de as produções culturais não terem aceção objetiva, no entanto, a interpretação se manifestaria como próprio “Ser” do indivíduo, afastando-se a ideia de dualidade entre sujeito e objeto (MAGALHÃES FILHO, 2001, p. 40).

Em prosseguimento a esta “fase” da Ciência Hermenêutica, Hans-Georg Gadamer surge, na condição de discípulo de Heidegger, com a ideia de que o homem é um ser histórico e interpreta consoante seus pré-conceitos e pré-juízos, mas não numa concepção pejorativa, e sim em razão da experiência acumulada. Além disso, Gadamer apresenta a noção de “fusão de horizontes”, em que o intérprete se aproxima do próprio texto no ato de interpretar, de modo que o horizonte seria a diversidade de significados em tal texto em razão das inúmeras interpretações no curso da história, havendo uma espécie de círculo hermenêutico na busca pelo sentido (MAGALHÃES FILHO, 2001, p. 41).

O entendimento desses dois autores é bastante abalizado, entretanto, sua aplicação direta e irrestrita, por exemplo, na interpretação normativa e decisória pode acarretar alguns problemas de compreensão e execução, vez que ambos se utilizam de conceitos e expressões muito vagas e imprecisas, não havendo uma objetividade mínima para delimitar o funcionamento de seu “método”, se é que houve a finalidade de estabelecer qualquer método. Com efeito, concede-se enorme margem ao subjetivismo do intérprete em virtude do aspecto bastante aberto para expressar o que se denomina de “pré-conceito” e “pré-juízo”, além de “tradição” e o “Ser” na interpretação.

A Hermenêutica Jurídica Clássica passou a, então, existir nesse cenário científico-interpretativo, inicialmente, com a ideia de que o juiz seria mero aplicador da lei, havendo certo fetichismo legal, na medida em que a interpretação das normas era limitada ao plano gramatical. Além disso, tiveram nascedouro as escolas: Histórico-Evolutiva (Saleilles), da Livre Investigação Científica do Direito (Gény), Sociológica (León Duguit), Escola Histórica (Savigny), Jurisprudência dos conceitos (Puchta), a influência de Ihering e as fases de seu pensamento, a Teoria Pura do Direito (Kelsen), A tópica (Viehweg) e Jurisprudência das valorações (MAGALHÃES FILHO, 2001, p. 49-58).

Em suma, este foi o “percurso” da Ciência Hermenêutica até sua formulação como Hermenêutica Constitucional na ambiência da Ciência Jurídica. Com a admissão de um Estado

Democrático de Direito, por meio do reconhecimento da normatividade dos princípios, que consagram direitos fundamentais, em diálogo com as regras jurídicas, a Hermenêutica recebeu contornos constitucionais, na medida em que a Constituição Federal passou a ser a norma fundamental do ordenamento jurídico, com garantias e direitos que visam a proteção da dignidade da pessoa humana.

Dentre os autores de destaque desta proposta teórica, tem-se: *i*) Hermann Heller, que concebe a Constituição como união do “ser” com o “dever-ser” em crítica frontal ao pensamento de Kelsen; e *ii*) Hermann Hesse, o qual identifica a Constituição Federal como a conjugação dos “fatores reais do poder” (MAGALHÃES FILHO, 2001, p. 83). Mais à frente, como já visto, surgem Dworkin e Alexy, os quais enfatizam a acepção de norma como gênero das espécies de regras e princípios. A norma, portanto, é identificada em duas espécies, das quais os princípios têm elementar característica de veicular direitos de natureza fundamental.

É cediço que este posicionamento foi necessário em virtude das enormes atrocidades vivenciadas pela Segunda Guerra Mundial, de modo que restou intenso e indispensável uma reconstrução normativa, jurídica e legal quanto ao tratamento dos direitos e garantias do homem, destacando-se como princípios estruturantes dessa fase o próprio Estado de Direito, princípio democrático, federativo e republicano (MAGALHÃES FILHO, 2001, p. 95).

Com a instituição desses direitos fundamentais pelo ordenamento jurídico, percebe-se que sua delimitação e execução no mundo prático não é feita de forma automática, não sendo a norma em sentido estrito suficiente para tanto, exigindo-se a própria concretude da atividade jurisdicional na aplicação desses direitos, ou seja, não se dispensa os atos judiciais e, portanto, a própria decisão judicial, a qual, reitera-se, em face do Estado Democrático de Direito, deve ser devidamente motivada, mormente ante ao contexto de teorização e evolução dos direitos fundamentais.

Entretanto, a Hermenêutica Constitucional, apesar de promissora e necessária ao engrandecimento da Ciência Jurídica, não teve o condão de solucionar toda a problemática envolta à construção da fundamentação da decisão judicial. Na verdade, como já debatido, este é um intento deveras desafiador e complexo, razão pela qual a Ciência Hermenêutica, embora importante, não se exibiu completamente suficiente no auxílio do julgador quando da formação de seu convencimento motivado e, conseqüentemente, na prolação da fundamentação de sua decisão.

Esta situação é constatada ao se considerar a vagueza dos conceitos, o caráter volúvel e até inseguro das teorias e estudos apresentados – em especial, quando analisadas sob uma perspectiva prática – bem como a ausência de um efetivo método nesse sentido. Sabe-se que, talvez, não tenha sido o objetivo dessas propostas teóricas o oferecimento de qualquer meio ou estudo sobre a construção de decisões judiciais fundamentadas, porém, a insistência em se utilizar de tais teorias como um método possível para tanto é bastante arriscado e, por isso, denota-se a insuficiência da Hermenêutica Constitucional nesse aspecto, especialmente por propor concepções tão abstratas e desvinculadas da realidade e da própria concepção de mente humana⁷⁶.

Há, portanto, urgência de que se agregue ao estudo da Ciência Jurídica o conhecimento elementar sobre as Ciências Cognitivas, de modo que suas noções façam parte da estrutura e ambiente jurídico-normativo, para que julgador e jurisdicionados tenham consciência das reais possibilidades e limites do exercício de sua cognição e do próprio raciocínio, para que se adequem ao funcionamento de sua mente, considerando a unidade entre intelectual e prático e, ademais, proporcionar-lhes acesso a algumas ferramentas intelectuais e práticas das Ciências Cognitivas que podem influir positivamente durante o processo de interpretação normativa.

3.2.1.2 A “pré-compreensão” de Gadamer e a delimitação de um conceito à luz das Ciências Cognitivas

Diante da insuficiência da Ciência Hermenêutica e do caráter aberto e impreciso dos diversos métodos e teorias apresentados no item anterior, com as vênias pertinentes, eleger-se-á um aspecto, ou melhor, uma concepção interpretativa que tem a potencialidade de obter contornos melhores delineados, palpáveis e precisos para auxiliar, de forma mais concreta, para o entendimento sobre a fundamentação racional das decisões judiciais, a partir de noções das Ciências Cognitivas.

Esta hipótese é proposta como uma espécie de ferramenta intelectual exatamente sob a justificativa de que a Ciência Jurídica exige a fundamentação racional de toda decisão (CHUEIRI; SAMPAIO, 2012, p. 179), com base em institutos e conceitos igualmente seguros, devidamente preenchidos e compreensíveis por todos os interessados e, especialmente, que

⁷⁶ Destaca-se que a fundamentação de uma decisão não pode se limitar ao silogismo e tampouco somente à utilização dos métodos clássicos da Hermenêutica (LEAL, 2002, p. 63).

possam efetivamente ser aplicados pelos profissionais da área. Isto é imprescindível para garantir a implementação de direitos individuais e coletivos, com fulcro na própria segurança jurídica, sem que haja excesso nos limites do Poder Judiciário, consoante controle e parâmetro para a atividade de prestação jurisdicional.

O elemento sobre o qual irá se afixar, portanto, refere-se ao que se reputa de “pré-compreensão gadameriana”, de modo que se buscará desenvolver uma expressão mais prática e específica para seus fins de utilização na fundamentação decisória, com maior cientificidade, na medida em que insere como pano de fundo as próprias acepções adquiridas pelos estudos das Ciências Cognitivas. Antes de mais nada, dar-se início, por óbvio, pela elucidação básica de tal construção teórica e, em seguida, intentar-se imprimi-la uma visão mais correspondente aos desígnios deste trabalho.

Conforme adiantado no item antecedente, Hans-Georg Gadamer entende que a interpretação “significa colocar em jogo os próprios conceitos prévios, com a finalidade de que a intenção do texto seja realmente trazida à fala para nós”⁷⁷, sendo inevitável considerar os próprios conceitos alocados de antemão ao exame, em face da característica de historicidade da racionalidade humana (1997, p. 578). O autor, assim, preleciona que o caráter histórico do indivíduo condiciona sua própria possibilidade de compreensão de mundo, dado a esta essência tradicionalista (OLIVEIRA, 2015, p. 227).

Com mais vagar, Gadamer considera que o intérprete, no ato de entender e compreender determinado texto, por exemplo, já o faz amparado em expectativas e perspectivas antecedentes de uma possibilidade de sentido, havendo uma espécie de “projeto prévio”⁷⁸ de interpretação e delimitação de significado (GADAMER, 1997, p. 402), o qual, porém, deve ser revisitado e apurado, sob pena prejudicar a própria análise transparente e maximamente objetiva do intérprete.

A construção teórica gadameriana faz bastante sentido, na medida em que é notório que o indivíduo carrega consigo um acúmulo de conhecimentos e informações prévias, que são reunidos e adquiridos ao longo de sua própria vivência e experiência em interação com as outras pessoas e com o meio, contudo, essa noção manifesta-se muito abertamente, concedendo margem

⁷⁷ Gadamer (1997, p. 424, v.1) consigna a importância daquilo que denomina como “tradição” para as ciências do espírito.

⁷⁸ Ressalte-se, mais uma vez, que esses “pré” conceitos ou “pré” juízos devem ser reputados exatamente nos moldes de antecessores à acepção já delineada, sem nenhuma atribuição pejorativa.

para interpretações subjetivas, vez que transmite uma sensação de vagueza em sua delimitação, já que não explicita claramente sobre a formação e preenchimento desses conceitos precedentes.

Para combater a vagueza em sua significação, agrega-se os elementos, ferramentas e instituições advindos dos estudos sobre a mente humana e sua própria integração com o corpo, o qual absorve experiências e movimentos, tendo em vista que o homem incorpora essas experiências. Por isso, explica-se cognitivamente esse caráter histórico e “tradicional” do indivíduo, não sendo fruto de um palpite ou de um sentir, mas de uma constatação científica sobre o intelecto humano e seu funcionamento, sendo uma decorrência da própria aceção de mente corpórea.

Além disso, a necessidade de aprofundamento e revisitação da análise inicial, em razão da “pré-compreensão” do indivíduo é arrazoadada pela própria existência dos chamados vieses cognitivos, os quais podem “contaminar” uma apreciação melhor apurada em face do não esforço cognitivo, tendo em vista a natural preferência pelo sistema “1”. Com efeito, para o âmbito da fundamentação das decisões judiciais exige-se que esse processo seja realizado mediante a utilização do sistema “2”, no sentido de evitar tais vícios de pensamento que podem ser acarretados por uma prévia avaliação já formada equivocadamente.

Nesse cenário, a primeira delimitação e preenchimento da pré-compreensão gadameriana é realizada mediante o auxílio de conceitos das Ciências Cognitivas, concedendo uma base concreta e palpável a esse instituto teórico, elucidando-se a unidade do organismo, em função de uma mente corpórea que designa o aspecto físico e não físico como indissociáveis, de modo a agregar ao indivíduo um acervo de conhecimento, interação e experiências a partir de seus movimentos e intercâmbios de ideias. O homem, portanto, absorve a perspectiva intelectual e corpórea.

Em seguida, entende-se que uma avaliação eventualmente viciada pela existência de uma apreciação prévia pode ser afastada a partir de uma conscientização e propagação de informação sobre os vieses cognitivos e o funcionamento metafórico da mente e da cognição no que se refere aos sistemas “1” e “2”, minimizando a existência, por exemplo, de decisões precipitadas e/ou equivocadas. Dessa forma, enriquece-se e agrega-se fundamentos e valores a uma teoria Hermenêutica já consagrada, com fins específicos ao aprimoramento do estudo e da própria pragmática da motivação decisória.

Considerando que é função do juiz entender e aplicar a norma à dada situação, tem-se sua viabilização pela inserção do entendimento de que, de fato, há “pré-julgamentos” construídos voluntária e involuntariamente pela própria essência da mente humana, mas que não são permanentes e, sim, auxiliares e antecessores ao modo de compreensão final, a qual deve ser amparada pelo desenvolvimento racional e fundamentado de uma decisão judicial, para não se incorrer em vícios de pensamento ou análise superficial. Este processo deve ser realizado pelo julgador mediante a observância e respeito aos ditames do regime democrático, de modo a oferecer aos indivíduos qualidade de ambiente para o exercício de seus atos, sendo-lhes garantidos prerrogativas fundamentais para que eles possam participar da própria prestação da tutela jurisdicional estatal.

Em acréscimo, outra temática que franqueia à noção de pré-compressão gadameriana um suporte advindo das Ciências Cognitivas é a linguagem, sobre a qual irá se debruçar mais detalhadamente no item seguinte. Todavia, adianta-se que a aplicação das normas ocorre pelo ato de interpretar que, por sua vez, é desenvolvido pela própria compreensão da linguagem (OLIVEIRA, 2015, p. 233), a qual – inerentemente – atrai e proporciona uma carga de experiência, tradição e historicidade para o entendimento e construção dos conceitos e pré-conceitos do indivíduo, motivo pelo qual se justifica sua inclusão no estudo dessa perspectiva hermenêutica-cognitiva.

Salienta-se que a linguagem promove conhecimento direto sobre as palavras, conceitos, expressões, textos, contextos, enfim, sobre elementos que se inserem na atividade de fixação de significado e busca de sentido, de forma a fornecer ferramentas próprias para auxiliar na compreensão do indivíduo e na delimitação de seus pré-juízos, devendo-se considerar sua interação com o meio para a formação de sua racionalidade e intelectualidade, isto é, em convergência com a acepção de mente corpórea, havendo, portanto, a íntima ligação entre linguagem, corpo, mente e consciência na projeção do próprio indivíduo no mundo prático.

Não se deve olvidar a complexidade e a dificuldade em transpor, por exemplo, o texto, ou melhor, a interpretação de uma norma jurídica para a realidade fática, vez que a prescrição linguística, por si só, não garante sua concretização. Repita-se, a previsão expressa, por mais clara que possa parecer, por si só, não necessariamente tem a segurança de que irá ser concretizada no mundo prático. Por isso importa-se aprofundar e entender sobre suas

possibilidades em conjunção com os ensinamentos das Ciências Cognitivas, como pano de fundo da interpretação jurídica.

Nesse panorama, em âmbito jurídico-normativo, conclui-se que não seria factível extrair ou apreender o significado esboçado por uma norma pelo mero exame dos termos escritos ou da interpretação isolada de um texto legal e tampouco a simples disposição normativa, implícita ou explícita, garantiria o cumprimento ou observância do que a norma intenta significar, de modo que um enunciado normativo não poderia ser total e facilmente interpretado pela cognição do julgador, vez que esta (a cognição) é limitada (HORGAN, 2002, p. 6), confirmando-se as primeiras impressões extraídas no capítulo inicial nesse tocante.

Isso porque a linguagem é uma espécie de ato de comunicação, a qual, por sua própria natureza e forma de expressão humana, não é linear e imutável, mas bastante flexível e adaptável, justamente pela indeterminação linguística que pode pairar em qualquer texto e/ou expressão, a exemplo da própria vagueza de sentido ou quando o conceito em questão não é explícito ou conhecido pelos intérpretes (SCHAUER, 2009, p. 158), revelando-se que, eventualmente, aquilo que determinada pessoa pretende comunicar ao proferir determinada fala diverge bastante daquilo que é efetivamente escrito, expresso ou representado por símbolos na mesma fala ou por uma sentença que seja (GUERRA, 2015, p. 33), na medida em que o real significado não depende da interpretação de uma determinada pessoa.

É válido mencionar que a linguagem tem o potencial de estabelecer um parâmetro de deliberações judiciais que levem em consideração a participação direta dos interessados mediante a acessibilidade operada por este ato de comunicação, considerando que a linguagem é “[...] o meio em que se realiza o acordo dos interlocutores e o entendimento sobre a coisa” (GADAMER, 1997, p. 559-560, v.1), vez que a incorporação da concepção de Estado Democrático de Direito em dado regime jurídico exige a garantia e o direito-dever à motivação das decisões judiciais.

Nesses moldes, a linguagem, além de auxiliar o próprio ato interpretativo e de compreensão, pode ter uma função de democratizar a prestação da tutela jurisdicional, estando vinculada ao processo complexo de fundamentação das decisões judiciais, desde de sua inicial formulação, mediante o seu emprego participativo ao longo da demanda.

Verifica-se, portanto, que a pré-compreensão gadameriana pode obter contornos mais científicos e concretos quando atrelada aos conceitos das Ciências Cognitivas, especialmente quanto à noção de mente corpórea a qual viabiliza o entendimento de que esses “pré-juízos” são

advindos da própria experiência humana e da relação entre corpo-mente e meio, através dos quais o indivíduo constrói seu caráter histórico, sem se olvidar que a própria linguagem auxilia no desenvolvimento da “tradição” humana.

3.2.2 Linguagem e experiência humana: os frames e backgrounds das Ciências Cognitivas

A compreensão e aplicação de uma norma jurídica é realizada mediante um ato intelectual, atrelado a um estímulo corporal, considerando a unidade orgânica da mente humana, de forma que o indivíduo empenha sua cognição e atuação física na tarefa de delimitar conceitos, significados, significantes e comandos, dentre as diversas particularidades linguísticas que é possível ser expressada numa norma jurídica.

A linguagem, portanto, é ferramenta indispensável para a execução do ato em questão, na medida em que se manifesta como um meio, produto e, em certa medida, finalidade da complexidade que é concretizar uma norma jurídica, principalmente quando esta é revestida pelos moldes de fundamentação e decisão judicial, havendo clara ligação entre o entendimento sobre a linguagem e os aspectos anteriormente tratados no que tange à “pré-compreensão” de Gadamer, uma vez que, como visto, a linguagem se revela como ponto essencial para estabelecer uma concepção prévia sobre um determinado objeto e, conseqüentemente, embasa eventuais conclusões posteriores, haja vista que funciona como balizador entre os interlocutores e entre o próprio sujeito e o objeto, comunicando-os – segundo um processo linguístico de interpretação e implementação das regras e princípios do ordenamento jurídico (GADAMER, 1997, p. 559-560, v.1), executando-se a própria compreensão e aplicação das normas.

Frisa-se que a ideia de linguagem não se limita à fala em si ou à escrita, mas diz respeito à toda forma de comunicação, em geral, cuja finalidade é propagar e facilitar a compreensão sobre o mundo, os objetos e as pessoas, denotando-se, mais uma vez, sua imprescindibilidade para o progresso humano⁷⁹.

Em retomada, ao se considerar que a linguagem é elemento da própria teorização de Gadamer quanto à chamada pré-concepção, percebe-se a necessidade de, também e minimamente, preencher essa noção segundo os elementos das Ciências Cognitivas, que agregam

⁷⁹ É de notório prestígio a função da linguagem não apenas no campo epistemológico, mas também no convívio social, porque nomeia, classifica, situa os objetos de conhecimento, enfim, propicia a interação como um todo, ressaltando-se o enorme salto evolutivo que o homem teve e continua tendo em razão do desenvolvimento da linguagem.

positiva e cientificamente o objeto de estudo deste trabalho, mediante a exposição e tratamento de duas noções inerentes à formação da cognição humana, a saber: *frames e backgrounds*, haja vista sua íntima relação com a própria linguagem. Nesse sentido, o propósito deste item é entender qual seria a contribuição direta da linguagem para a pré-compressão e vice-versa, bem como o que tornaria os atos de interpretar, fundamentar e decidir mais seguros, com base no desdobramento teórico sobre a linguagem, além dos *frames e backgrounds*.

Antes de se aprofundar sobre essas duas noções no que tange à linguagem e à cognição, deve-se atentar para as próprias particularidades da linguagem, a qual se revela como meio de “comportamento intencional”, isto é, como um próprio fato institucional (OLIVEIRA, 2015, p. 184), razão pela qual sua existência é pactuada, não sendo, necessariamente, palpável, partindo de uma convenção humana, desenvolvida evolutivamente, sendo um de seus meios de expressão a escrita, a qual se exhibe como um ato de grande marco para humanidade e seu modo de observar e entender o mundo.

A escrita tem o condão de propagar os sentidos, assim como qualquer outro meio de veiculação da linguagem, porém, a escrita, por meio do texto, tem a possibilidade de apresentar a problemática com clareza, delinear os elementos circunstanciais e definitivos de dado cenário, além de expressar sua significação com mais precisão e detalhes. Todavia não possibilita o diálogo direto e imediato entre o escritor e os demais destinatários. Por isso a necessidade da interlocução para efetivar a comunicação completa dos sentidos (OLIVEIRA, 2015, p. 233-235).

Admitindo-se, ainda, que o mundo não seria factível sem linguagem, esta que advém do homem que, por sua vez, é construído linguisticamente (OLIVEIRA, 2015, p. 236), afere-se que a linguagem reflete a própria evolução do indivíduo e, conseqüentemente, de suas vivências e experiências, as quais são imprescindíveis para o enriquecimento de sua compreensão – algo que ressalta sua relação com a concepção historicista e tradicionalista de Gadamer. Ademais, aloca-se a linguagem como médium da experiência hermenêutica. Cada intérprete, portanto, delimita e edifica um processo de compreensão e linguagem própria, no entanto, esta (a linguagem) precisa se externar, uma vez que o outro não pode e não tem como “invadir” ou conhecer as experiências daquele (GADAMER, 1997, p. 559-560).

Mais uma vez, verifica-se a congruência do que foi estudado quanto à noção de mente corpórea, a qual, igualmente, reflete na compreensão e funcionamento da própria linguagem, esta que, na condução de um ato intelecto-físico, não é exequível sem ser externada, dependendo da

atuação efetiva de seus interlocutores, os quais formulam uma espécie de “bagagem” de conhecimento para desenvolver seu modo de comunicação e, conseqüentemente, a manifestação de sua linguagem, em consideração a toda vivência do indivíduo, a qual é transmutada em alicerce de seu entendimento.

Em consonância, percebe-se que a linguagem se baseia na formação das experiências, resultando na modulação da pré-compreensão do indivíduo, motivo pelo qual a busca pelos significados e a própria interpretação vinculam-se a tais institutos teórico-práticos, tendo em vista que o ato de compreender “é interpretar, todo interpretar se desenvolve no médium de uma linguagem que pretende deixar falar o objeto e é, ao mesmo tempo, a linguagem própria de seu intérprete” (GADAMER, 1997, 566-567).

No campo jurídico, quanto à relação entre linguagem e a destinação da norma, a forma primária e imediata com a qual o sujeito pode interferir na prestação da tutela jurisdicional do Estado é por meio justamente da linguagem, a qual deve ser acessível e singela para qualitativamente aproximar o Poder Judiciário dos jurisdicionados, uma vez que o homem está em constante e inevitável interação com o objeto ao qual se relaciona e se empenha em compreender, sem ignorar todo o contexto envolto a ele (LOPES FILHO, 2009, p. 208), podendo-se transmutar uma divergência numa convergência ou, ao menos, abeirar-se dela.

Com efeito, num ambiente no qual se seguem ou se devam seguir os preceitos de um regime democrático – como é o caso do processo judicial – as relações intersubjetivas difundidas entre Estado e indivíduo devem seguir uma linguagem que harmonize e faça convergir os respectivos entendimentos, para que se obtenha um resultado legitimamente construído, numa espécie de solidariedade participativa e interativa.

Desta feita, considerando que a linguagem providencia a própria compreensão, a qual objetiva a aplicação dos conceitos identificados em um texto ou fala, a busca por sua facilitação e acessibilidade é inadiável aos propósitos da adequada execução das normas jurídicas e da prestação da tutela jurisdicional, ressaltando-se que a experiência histórica do homem é a base para a viabilização da compreensão e da linguagem (OLIVEIRA, 2015, p. 240).

Frisa-se, assim, a importância da linguagem como ferramenta de participação dos interessados na função jurisdicional do Estado, com base na busca pela universalidade de

interação e comunicação⁸⁰, pois, segundo Raimundo Falcão (2010, p. 93), a linguagem é o “[...] desvendamento no íntimo do ser humano. É, outrossim, ligação psíquica que une, em mão dupla, o ser humano ao mundo, mundo, este, no qual são também seus semelhantes”, isto é, funciona como um mecanismo pelo qual os indivíduos relacionam-se e potencializam as possibilidades de solidarizar os resultados.

Com isso, a análise – ainda que teórica – da linguagem e a tentativa de lhe conceder contornos conceituais mais concretos é imprescindível para o desenvolvimento deste trabalho, mormente quanto aos seus reflexos na própria fundamentação das decisões judiciais, como será visto no item a seguir. Antes de finalizar este, porém, eis o momento específico para expor e dissertar sobre os chamados *frames* e *backgrounds* das Ciências Cognitivas. Na verdade, ao longo de todo este tópico, estudou-se tais expressões e seus significados de forma inominada, ou melhor, perpassou-se sobre seu conteúdo, sem identificá-los, com o objetivo de tornar mais fácil sua assimilação. Explica-se.

Os *frames* correspondem às formas estruturais que têm a finalidade de delinear as imagens representadas mentalmente pelo indivíduo, as quais proporcionam uma espécie de moldura inicial aos conceitos, possibilitando a produção de inferências. Por sua vez, os *backgrounds* complementam a ideia de *frames* na medida em que se revelam como uma espécie de acervo de conhecimento antecedente do indivíduo, de modo a gerar, igualmente, inferências (FELTES, 2007, P. 178); os *backgrounds* apresentam solidez à compreensão linguística (TARUFFO, 2002, p. 261). Nota-se que ambas as acepções são edificadas pela experiência humana, sendo esta indispensável, não havendo a possibilidade de existência de *frames* e *backgrounds* a partir de um nada de conhecimento, isto é, sem base histórica. Os processos interpretativos têm o condão de “acionar” o funcionamento e desenvolvimento de tais estruturas linguísticas (FELTES, 2006, p. 90), tendo em vista a realização das inferências mencionadas e do próprio emprego da linguagem.

Visualiza-se, pois, a relação entre linguagem e experiência, na medida em que os *frames* e *backgrounds* são seus elementos inerentes, concedendo a possibilidade de uma ampla e aprofundada compreensão e, igualmente, de desenvolvimento de uma etapa anterior, a saber: a

⁸⁰ Marcos Bagno (2011, p. 23-24) alerta sobre a existência, embora que velada, do preconceito linguístico na realidade brasileira, que contribui negativamente contra o fomento a uma comunicação plural entre os interlocutores. O preconceito linguístico diz respeito a uma conduta discriminatória em face das diferentes manifestações linguísticas dentro de um mesmo idioma.

pré-compreensão. A chamada “experiência” é providenciada pelas estruturas de *frames* e *backgrounds* que, por sua vez, são elementos naturais da cognição humana. Nesse ambiente, tem-se uma interligação e interdependência entre todos os conceitos apresentados, agregando-se e reforçando-se, ainda, o próprio conceito de mente corpórea.

Os *frames* e *backgrounds* concedem ao julgador, no âmbito de um processo judicial, uma imagem e uma “bagagem” inicial sobre determinada situação, como uma espécie de demarcação a ser preenchida, de modo que, com a compreensão e o entendimento sobre o caso, além da aposição de argumentos e a análise das provas, ele passa a preencher esse espaço, com a execução de esforço cognitivo-intelectual no objetivo de verificar e aplicar a melhor solução ao caso em concreto, de modo a confirmar, refutar ou enriquecer à primeira pré-compreensão tomada sobre o assunto, concedendo bases de identificação do trabalho de sua mente e a forma de empenhá-la na realização de sua atividade jurisdicional.

3.3 Reflexos na fundamentação da decisão judicial

Ao se identificar e delimitar as noções expostas acima, mais especificamente, a partir do item 3.2.1.1 deste capítulo – percebe-se, com mais clareza, a vulnerabilidade e o caráter lacunoso enfrentado pelo indivíduo-julgador em sua tarefa interpretativa de construção de um ato tão complexo como é a fundamentação decisória, razão pela qual se reforça sobre a importância e imprescindibilidade que tal tarefa seja feita em conciliação às ferramentas das Ciências Cognitivas, considerando seu aprofundamento sobre o próprio funcionamento da mente, ou seja, junto ao aspecto físico e não físico do raciocínio humano.

Nesse sentido, essa junção de conhecimentos científicos e instituições da Ciência Jurídica e das Ciências Cognitivas providencia alguns elementos que enriquecem e colaboram diretamente quanto ao melhor entendimento, aplicação e execução dos conceitos eminentemente jurídicos, a partir de uma análise correta das possibilidades e limites da cognição humana, ante à não verificação de limites da própria mente do indivíduo. Com isso, concede-se um pouco mais de realismo ao julgador-intérprete para compreender sua função jurisdicional e o desenvolvimento da formulação de uma fundamentação decisória, acarretando uma preparação mais profunda dele.

O ato de fundamentar uma decisão judicial, assim, torna-se menos abstrato e mais tangível à realização humana, franqueando aos jurisdicionados e ao magistrado um arcabouço de

saber sobre o funcionamento, movimento e evolução da cognição no que concerne à construção da fundamentação decisória. Revela-se que o raciocínio, ao contrário do que normalmente se imagina, pode enfrentar barreiras para sua expressão, não sendo algo linear ou dotado de confiabilidade, razão pela qual entender e conhecer esses limites da cognição se torna patente para o âmbito da Ciência Jurídica, em especial, quanto ao dever-direito de motivação das decisões judiciais, uma vez que o juiz depende diretamente do emprego de seu raciocínio, enfatizando-se que as falhas são inevitáveis, mas, a partir do momento em que passam a ser notadas, podem ser mitigadas, evitadas ou até mesmo eliminadas.

A motivação decisória, para além de ser uma norma jurídica, é um fato que pode ser encarado com naturalidade quando considerada a vivência do homem, o qual tem, em sua cognição, o impulso de motivação constante (HARRIS, 2013, p. 113), de modo que “as pessoas são motivadas a entender o mundo, a estar em contato com a realidade, a sanar dúvidas etc.”, razão pela qual a motivação é um aspecto próprio da cognição. Além disso, a experiência e sua inserção na atuação do homem se exhibe fundamental, seja quanto à compreensão de conceitos e elaboração de acepções prévias ou para o desenvolvimento da mente e do raciocínio, tendo em vista o ato intelectual e executório, os quais perfazem uma unidade.

São muitos os reflexos positivos sobre o estudo da fundamentação das decisões judiciais quando são considerados elementos e institutos outros que não apenas aqueles originalmente da seara jurídica, em especial, os relativos às Ciências Cognitivas, por providenciarem uma compreensão mais realista das falhas e méritos do pensamento do homem. Dentre esses diversos reflexos positivos – já vistos de forma esparsa ao longo deste trabalho – destacam-se os seguintes:

- A identificação da relação entre a Ciência Jurídica e as Ciências Cognitivas, bem como a necessidade de um tratamento interdisciplinar e interdependente entre elas para fins de incremento e adequado desenvolvimento dos institutos e normas jurídicas e, posterior aplicação no mundo fático, consoante o “empréstimo” mútuo de noções e conceitos;
- A elucidação sobre as particularidades da fundamentação decisória e sua diferenciação com o próprio ato de decidir;

- O entendimento sobre a efetiva possibilidade de controle, modificação e limitação sobre tais atos (fundamentar e decidir), ante as próprias ocorrências de falhas, provocadas no âmbito do raciocínio humano, o qual não ostenta a qualidade da “perfeição”;
- O conhecimento sobre essas mesmas falhas, de modo a torná-las identificáveis e, possivelmente, evitáveis, consoante seu estudo e o distanciamento de uma idealização do indivíduo-julgador;
- A tentativa de congruência e incorporação dos conceitos das Ciências Cognitivas ao âmbito de aplicação e teorização jurídica, com o objetivo de preencher conceitos um tanto quanto vagos, para obter maior segurança e concretização, na busca por uma adequada fundamentação decisória – algo que apenas tem início neste trabalho e necessitará de um desenvolvimento ainda mais específico e cauteloso.

Percebe-se que as noções advindas das Ciências Cognitivas passam a ocupar uma espécie de “pano de fundo” no que tange ao estudo específico da fundamentação da decisão judicial, tendo em vista a relação com o ato intelectual e físico desempenhado pelo julgador quando da interpretação normativa, vez que, na fundamentação, deve-se apresentar a razão sobre determinada crença, ou seja, sobre a crença da ocorrência ou não daquele determinado fato ou quanto à interpretação da norma (considerando as matérias que não necessitam de dilação probatória), de acordo com os dados dos autos e, como isso, amolda-se a norma jurídica ao caso em concreto (GUERRA, 2015, p. 52), mediante um processo argumentativo e analítico.

Atrelado a isso, tem-se que a elaboração de uma fundamentação decisória se inicia a partir da própria compreensão (inicial) sobre o caso e a possível norma aplicável, gerando ao intérprete uma primeira visão a qual pode ser identificada como um conceito prévio, que será indispensável para a evolução desse entendimento e sua conclusão, havendo conexão direta com suas experiências e molduras de interpretação e compreensão adquiridas através de sua vivência.

No momento em que se disserta sobre as citadas “experiências” é intencional fazer remissão ao que foi exposto sobre a pré-compreensão de Gadamer, a linguagem, bem como os *frames* e *backgrounds* desta. Todo esse conjunto conduz ao acervo do intérprete para o entendimento sobre a norma, além da formação de crenças sobre os fatos e, em consequência, a formação de seu convencimento para, então, expor suas razões em dada decisão judicial. Toda

essa explanação, identificação e preenchimento de conceitos é indispensável para que haja uma repercussão significativa sobre a atual maneira de teorização e aplicação do dever-direito de motivar as decisões judiciais, exatamente com o objetivo de trazer contornos mais realistas e concretos ao intérprete e para todos os jurisdicionados, de modo a tornar a tarefa interpretativa mais adequada.

Apesar de tudo isso, não se deve olvidar que esse “percurso” intelectual e orgânico que culmina na construção da fundamentação decisória não advém de uma Ciência exata ou de um cálculo matemático infalível. Assim, a despeito de se conceder aos estudiosos ferramentas outras para além das de âmbito jurídico, na tentativa de melhor adequar este processo, há iminentes riscos de falhas, em razão da própria natureza do funcionamento da mente e da cognição humana. Frisa-se que a compreensão em si é condição do homem, entretanto, não é uma tarefa passível de controle, métodos, regras ou procedimentos certos (FELTES, 2007, p. 316), justificando-se o caráter derrotável do ato interpretativo e argumentativo no âmbito de motivação decisória. Deve-se, porém, minimizar essa situação com a inserção de estudos e elementos sobre as próprias dificuldades enfrentadas pelo raciocínio humano para seu desenvolvimento e acerto.

Na oportunidade de fundamentar a decisão judicial, o julgador apresenta uma série concatenada de argumentos, os quais são responsáveis pelo preenchimento do próprio funcionamento e deslinde do exercício da cognição do indivíduo, devendo-se afastar questões meramente psicológicas ou intrínsecas ao ser do indivíduo, para prevalecer uma análise concreta do que foi especificado pelo magistrado, consoante a estrutura e materialidade dos argumentos expostos (TOULMIN, 2006, p. 363). Isso é necessário justamente para evitar a ocorrência de vieses cognitivos, que dificultam a adequada atividade racional do intérprete, culminando numa melhor fundamentação decisória.

A interpretação da norma, na condição de atividade do julgador no ato de prolação de uma decisão fundamentada, é uma construção e não uma descoberta, como já muito mencionado neste trabalho e, por isso, essa “construção” é desenvolvida ao longo do andamento processual, ante a colheita das provas e dos argumentos, além do próprio entendimento sobre a norma, de modo que, se não for algo realizado com acentuado esforço cognitivo, fatalmente ocorrerá equívocos e, possivelmente, resultará numa decisão mal fundamentada ou, até mesmo, ausente de fundamentação. Conhecer os métodos hermenêuticos é de enorme importância no tocante a essa matéria, porém, conhecer as instituições e noções basilares das Ciências Cognitivas complementa

o conhecimento puramente jurídico, providenciando uma base psicológica e, às vezes, biológica ao julgador no tocante à sua atuação, limitações e possibilidades no ato de fundamentação de uma decisão judicial.

Ademais, a união entre os aspectos do *know how* e do *know that* do magistrado, consoante pensamento de Gilbert Ryle (2009, *passim*) viabiliza que haja uma relação com sua própria pré-compreensão, esta que é iniciada internamente, sem a intervenção ou conhecimento de terceiros. No entanto, deve ser complementada e externada para possibilitar seu aprofundamento e lapidação, bem como a própria verificação e controle, sob pena de, mais facilmente, a conclusão incorrer em equívocos. A pré-compreensão, portanto, serve de base para o enriquecimento interpretativo, segundo as experiências do indivíduo, consoante a mente corpórea, numa visão mais pragmática.

Ao final do processo interpretativo, a decisão judicial deve ser devidamente testada e isso somente é possível após a aposição de sua fundamentação, a qual lhe concede suporte e validade, razão pela qual se exige que o julgador esteja ciente das vicissitudes de sua cognição durante o complexo ato de fundamentação decisória, afastando-se conceitos e noções já superadas ou não incorporadas pelas Ciências Cognitivas, bem como diante das possibilidades reais de sua atuação.

3.4 Limites e possibilidades cognitivas para a formação do convencimento judicial

O convencimento motivado exhibe-se como um aspecto indissociável do processo de fundamentação da decisão judicial e, normativamente, faz parte desse desenvolvimento em si, configurando-se como uma espécie de instituto jurídico com contornos psicológicos e cognitivos, que auxilia e promove ao julgador realizar sua atividade. No entanto, como visto, o convencimento motivado não deve ser mantido internalizado ao processo de construção de uma fundamentação decisória, devendo ser externado nas próprias razões, ou seja, a crença formulada deve estar expressa na fundamentação racional da correspondente decisão judicial.

Identifica-se, portanto, a primeira dificuldade que limita a própria atuação do magistrado no ato de prolatar e fundamentar uma decisão judicial, considerando que o convencimento motivado é formulado intrinsecamente e não há uma garantia ou um método conhecido que providencie ao julgador a “transferência” total e irretocável de sua convicção para o ato formal como o caso de uma decisão judicial. Este íterim do processo decisório é intangível e não

controlável, porém, o que pode ser realizado é fornecer ferramentas de conhecimento, no sentido de informar, orientar e conscientizar o julgador sobre o funcionamento e extensão de sua cognição, de forma que ele possa, igualmente, buscar meios de “treinar” e esforçar sua própria cognição, a partir, por exemplo, do entendimento sobre argumentação e a mente humana, na tentativa de inibir ou evitar o surgimento de *lazy judge*, conforme tratado no capítulo segundo desta pesquisa.

Esta circunstância ao qual o juiz se vincula – relativa às falhas de sua cognição – justifica-se exatamente em decorrência de ele não ter, como qualquer outro indivíduo, o atributo da perfeição, bem como pelo fato de o raciocínio não ser linear e completamente confiável, em razão de sua direta interação com o corpo e as próprias experiências daquele indivíduo, algo que varia significativamente de pessoa para pessoa, dificultando, assim, a instituição de um método direto de controle sobre essa atuação. Contudo, com o fornecimento de um conhecimento adequado e interdisciplinar com institutos que interferem diretamente no ato de fundamentação decisória, tal ato pode ser aprimorado.

Por isso, assinala-se a busca por uma forma de fundamentação decisória que seja satisfatória e não perfeita, vez que esta última sequer existe e não é factível; deve-se buscar algo que esteja alinhado à gramática e à semântica das próprias decisões, ou seja, no sentido do que seja possível de ser realizado pelas palavras, textos e contextos, além do uso dos próprios argumentos e análise normativo-fática correspondente; e que, não necessariamente esteja escrito, mas seja compreendido e aplicado no mundo concreto.

Não se admite ou se vislumbra uma hipótese em que o processo de construção de fundamentação de uma decisão judicial seja perfeito, em que haja consenso, diálogo profundo ou aceitação múltipla, mas, pelo contrário, exatamente por esse ato não ser cognitivamente da maneira ora descrita, intenta-se conhecer medidas e noções para que, diante de uma realidade de incerteza e imperfeição, obtenha-se uma solução adequada e satisfatória ao jurisdicionado. E, em consideração aos limites cognitivos, uma fundamentação decisória satisfatória poderia ser tomada quando contenha:

- Uma aplicação de conceitos jurídicos determinados e que sejam ajustados aos fatos e às normas e, quando não exatamente determinados, que sejam devidamente

preenchidos conforme análise do caso concreto, evitando uma espécie de “abstrativização” total do conteúdo fático-normativo⁸¹;

- A admissão da existência de normas derrotáveis, mas que, antes de serem derrotadas, devem ter sua aplicação e significação compreendidas e testadas, sendo a hipótese de afastá-las a última a ser considerada, em razão da segurança jurídica;
- O distanciamento do julgador de uma atuação automática de seu raciocínio, trabalhando e exercitando mais sua consciência, para evitar a eventual influência velada de sua inconsciência, mediante o aprendizado de técnicas e conceitos próprios das Ciências Cognitivas, a partir do conhecimento sobre a mente humana;
- A Prova⁸² como elemento primordial para a formação do convencimento do julgador, sendo considerada um ponto de partida e de fundo do conhecimento de todo o caso, ressaltando-se a dificuldade na análise das questões de fato, tendo em vista a impossibilidade de retorno ao momento da ocorrência de dada situação, limitando-se o julgador a apreciação de reproduções do ocorrido, a partir de terceiros (testemunhas) ou documentos, por exemplo;
- Embora muito abstrato e subjetivo, honestidade e sinceridade de quem profere razões e a respectiva decisão, com a finalidade de evitar uma análise medíocre e equivocada, tendo em vista os diversos elementos e dispositivos normativos aplicáveis, devendo haver cautela e profundo estudo sobre cada situação, desprendendo-se de ideologias e pré-conceitos não arraoados pelo cenário encontrado nos autos.

As hipóteses acima podem ser traçadas no mundo prático a partir de uma prevalência da utilização do sistema “2” em detrimento do sistema “1”, conforme já debatido sobre o pensamento de Kahneman (2012, *passim*), isto é, por meio de um maior esforço cognitivo, em

⁸¹ O §2º, do art. 489 do CPC/2015 já estabelece que o julgador deve, no caso de colisão de normas, “justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”. Esta previsão legal expressa-se como um meio de “forçar” o juiz em esclarecer devidamente os métodos e critérios adotados em eventual preenchimento de conceitos e resolução de “colisão” normativa.

⁸² Assim como o julgador pode se equivocar quando da análise isolada de um determinado conceito ou ato normativo isolado, igualmente, pode valorar uma prova erroneamente, mas não por inibição do sistema “2” em relação ao sistema “1” necessariamente, e sim por uma questão alheia à própria análise processual como, por exemplo, quando uma testemunha mente sobre determinado fato crucial para a resolução do caso concreto, fazendo o magistrado incorrer em erro. Desse modo, ressalta-se a limitação cognitiva do julgador em relação a todo o contexto interno e externo do processo.

suma, e do próprio conhecimento sobre as falhas e vieses de pensamento que inibem e limitam bastante o pleno desenvolvimento e funcionamento do raciocínio humano.

A fundamentação de uma decisão judicial deve seguir uma espécie de unidade argumentativa que abranja toda análise conceitual e semântica dos fatos e das normas, de modo a ensejar determinado resultado prático, razão pela qual é possível reputar a fundamentação decisória com um ato que contém certo aspecto “semântico-pragmático”, ou seja, como instituto jurídico que abarca a motivação sobre significados, significantes, conteúdos abstratos e concretos, os quais refletem na resolução de uma situação da realidade.

Como visto, o art. 489 do Código de Processo de 2015, em seu §1º, não estabelece um conceito ou método de fundamentação de decisões judiciais, mas tão somente estabelece critérios que anulam uma decisão judicial por não ser considerada devidamente fundamentada e, por isso, deve-se atentar para todos os aspectos que foram tratados ao longo deste trabalho, os quais demonstram as limitações e real alcance do indivíduo-julgador no ato de prolatar e fundamentar uma decisão judicial, exigindo-se cautela nas críticas despendidas à atividade do julgador, vez que o processo mental e físico que envolve tal ato, por vezes, enfrenta diversas lacunas e falhas inerentes ao próprio raciocínio humano, ante a ausência de clareza conceitual das normas, por exemplo, mas lógico que isso não deve ser uma escusa para uma má prestação da atividade jurisdicional.

Na verdade, essa circunstância deve servir de estímulo à busca pelo aprimoramento e aprofundamento sobre todas as questões já tratadas, admitindo-se, ainda, a ausência de objetividade normativa e teórica quanto à elaboração de uma fundamentação decisória, mas também entendendo sobre atos factíveis para promover sua evolução, mormente no que tange ao desenvolvimento cognitivo do próprio ato em si, vez que não há cálculo exato que assim o faça.

Percebe-se, portanto, uma enorme dificuldade durante a construção das razões de uma decisão judicial em meio às inconstâncias e lacunas que envolvem o funcionamento da mente humana. Contudo é preciso expor sobre as circunstâncias realistas e mais palpáveis da cognição humana a fim de compreender seu alcance sobre a atividade do julgador, especificamente, vez que, por exemplo, quanto à linguagem, esta pode fornecer meios de entendimento sobre o acervo

prévio⁸³ de conhecimento do intérprete, conforme visto, de modo a esclarecer certo perfil de atuação do magistrado.

Em um contexto comum, o indivíduo não tem que, necessariamente, expor os motivos que o levaram a tomar certa decisão, no entanto, no cenário de um processo judicial, a obrigatoriedade de motivação das decisões é norma de caráter fundamental, razão pela qual se denota a importância e relevância de se utilizar de noções externas ao próprio Direito, no sentido de moldar sua concretização. Assim, a fundamentação decisória não deve ser mero reflexo das impressões do magistrado sobre determinado caso, mas sim um conjunto de argumentos e análise sobre todos os elementos fáticos e normativos – motivado – para culminar em determinada disposição final.

Não se espera que, somente a partir desta pesquisa, promova-se uma completa mudança de perfil de atuação dentre os profissionais e estudiosos em geral da Ciência Jurídica, porém se intenta, ao menos, informar, denunciar e demonstrar sobre essa congruência de elementos das Ciências Cognitivas que convergem com a Ciência Jurídica, objetivando-se seguir com pesquisas outras, com a finalidade de sistematizar esse estudo.

⁸³ Explica-se que os seres humanos possuem certo compartilhamento de “perspectivas” e “histórias”, consoante o perfil evolucionista, no sentido de haver semelhanças comportamentais e emocionais consoante a experiência comum (MYERS, 2014, p. 138).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em arremate a toda a investigação realizada, há que se destacar, em síntese, três pontos essenciais para o que se intenta transmitir ao espaço acadêmico de discussão da Ciência Jurídica, a saber:

- i. O julgador, apesar de ostentar sua condição de “ser” racional, nem sempre age de maneira infalível, vez que a própria racionalidade pode apresentar problemas em sua execução e proporcionar equívocos nos resultados que se buscam alcançar. Contudo, admitir eventuais falhas e os próprios limites no exercício e controle da cognição humana (especificamente, no processo de elaboração da fundamentação decisória) já se mostra como um enriquecimento sistêmico no conhecimento jurídico, com repercussões teóricas e práticas;
- ii. Consequentemente, imprescindível a busca por mais informações a fim de divulgar e aprofundar os estudos sobre esse tema, no sentido de conscientizar não apenas aos juízes, mas a todos os estudiosos e profissionais do Direito, para prepará-los devidamente para lidar com o funcionamento (às vezes, inconstante) de sua própria mente;
- iii. A fundamentação das decisões judiciais (e não a decisão em si) seria o meio pelo qual o controle sobre esses equívocos da mente deve ser efetivado, mediante a utilização também do sistema “2”, no que tange à delimitação de conceitos, análise dos fatos, argumentos e eventuais provas, bem como da própria interpretação normativa, no sentido de minimizar a ocorrência de vieses cognitivos com efeitos negativos no raciocínio.

Percebe-se, portanto, que o elemento cognitivo é permanente na construção de qualquer conhecimento e, no Direito, isso não deve ser diferente, especialmente diante da preponderância da atividade intelectual que é operada. Desse modo, as Ciências Cognitivas devem estar intimamente conectadas ao desenvolvimento da Ciência Jurídica, a qual não possui suficiência em si mesma, identificando-se a necessidade de um tratamento interdisciplinar e interdependente entre ambos os saberes.

O resultado dessa interação de conhecimentos só pode ser bastante benéfico ao Direito e, especialmente, ao âmbito de desenvolvimento dos processos judiciais e da própria construção de uma possível e eventual teoria da fundamentação decisória, razão pela qual é imprescindível conhecer as reais possibilidades cognitivas do indivíduo e, conseqüentemente, do julgador.

Além disso, a diferenciação técnica e teórica entre fundamentação e decisão judicial é essencial também para estabelecer no que as Ciências Cognitivas podem concretamente funcionar e auxiliar em termos normativos, isto é, quanto ao seu regramento legislativo, bem como sobre as teorias hermenêuticas (especificamente, interpretação das normas). Verificou-se, assim, a insuficiência da Ciência Hermenêutica no preenchimento de conceitos e aplicação da norma jurídica, tendo em vista o complexo e abrangente processo de elaboração de uma fundamentação decisória, bem como os elementos e ferramentas fornecidas pelos estudos sobre a cognição humana, em que se identificam diversas restrições naturais ao alcance do raciocínio do homem, o qual deve se amoldar e conscientizar sobre isso.

No entanto, não se deve olvidar que, dentre essas limitações cognitivas, os chamados vieses de pensamento não devem ser tomados unicamente de forma negativa, pelo contrário. Na verdade, os vieses são primeiramente “atalhos” de eficiência da mente humana, ou seja, um meio pelo qual o raciocínio é aplicado de maneira mais célere e simples, com base em informações e dados previamente estruturados e processados, geralmente no âmbito de atuação do sistema “1”.

Por outro lado, o que se deixa claro com esta pesquisa é que os vieses não devem ser ignorados, mas sim estudados e considerados na atuação do julgador, durante a elaboração de suas razões de decidir, inclusive, com a finalidade de que o pensamento automatizado nem sempre prevaleça; para que, diante de uma situação minimamente peculiar, o julgador possa “ativar” seu sistema “2” para obter uma melhor reflexão e, conseqüentemente, fundamentação decisória.

Considerando o funcionamento da mente e da cognição humana, viu-se que um modelo de argumentação simplório, como é o caso do silogismo, não seria suficiente para os propósitos da Ciência Jurídica, exigindo-se algo muito mais complexo que possa auxiliar na fundamentação decisória, com consideração do maior número de variantes fáticas e argumentativas possíveis, inclusive quanto aos vieses. Por isso, exemplificou-se como modelo de argumentação mais completo o perfilhado por Stephen Toulmin (2006, *passim*).

Ademais, haja vista a característica falível do pensamento do homem, não seria possível articular sobre um modelo adequado de juiz, mas sim de fundamentação decisória, de modo que o controle do jurisdicionado deve recair sobre o ato judicial em si, tendo em vista os meios de apuração quanto ao resultado, uma vez que o julgador, obrigatoriamente, se expressa por suas razões e estas podem ser diretamente avaliadas – algo que não ocorre com aquilo que se passa na mente do juiz.

Nesse cenário, é possível vislumbrar a existência de fundamentações decisórias melhor elaboradas, que considerem qualitativamente todos os elementos dos autos, uma vez que as Ciências Cognitivas podem aprimorar não apenas aspectos quanto à delimitação de conceitos ou de teorias hermenêuticas (conforme visto quanto à pré-compreensão gadameriana), mas a tudo que seja relacionado à atividade intelectual e prática, em virtude do caráter corpóreo da mente humana.

Frisa-se que, quanto à noção de pré-compreensão de Gadamer, propôs-se a relação entre linguagem e experiência, de forma que os *frames* e *backgrounds* das Ciências Cognitivas seriam seus elementos. Isto providenciaria a possibilidade de um amplo e aprofundado entendimento e, além disso, de desenvolvimento de uma etapa anterior, a saber: a pré-compreensão.

Assim, a chamada “experiência” seria baseada nas estruturas de *frames* e *backgrounds* que, por sua vez, são elementos naturais da cognição humana, os quais concedem ao julgador, no âmbito de um processo judicial, uma imagem e uma “bagagem” inicial sobre determinada situação. Funcionam, pois, como uma espécie de espaço a ser preenchido, servindo como alicerces para uma análise posterior que pode confirmar ou refutar o exame primitivo.

Em prosseguimento, conhecendo-se os limites e possibilidades cognitivas, conseqüentemente, espera-se uma atuação judicial mais cautelosa e atenta, que verdadeiramente busque a formação de seu convencimento consoante os dados dos autos do processo em questão, para que o elemento psicológico (crença) seja devidamente arrazoado ao final na fundamentação, havendo uma melhor delimitação das normas a serem aplicadas ao caso concreto, mediante o aprendizado de técnicas cognitivas para conhecer algumas das eventuais falhas da mente.

De considerar que o §1º, do art. 489 do CPC/2015; apesar de não estabelecer necessariamente um método de fundamentação judicial e tampouco resolver todos os problemas relacionados a esse tema, de modo a não o ser completamente suficiente; já se exhibe como um verdadeiro critério para o instituto da motivação das decisões, com vistas a auxiliar a limitação do

uso somente do sistema “1” pelo julgador, vez que, de acordo com as hipóteses de não fundamentação de decisão, constrange-o e obriga-o a “ativar” seu sistema “2”.

Por fim, esclarece-se que esta pesquisa, obviamente, não é suficiente ao esgotamento do tema, não havendo qualquer intuito quanto a isso. Na verdade, objetivou-se conceder contornos iniciais para uma investigação ainda mais aprofundada, podendo, ainda, o presente trabalho ser utilizado para o desenvolvimento de estudos semelhantes, com outras ramificações e focos, no sentido de aprimorar o conhecimento jurídico, em atenção à sua interdisciplinaridade.

Esta pesquisa, portanto, corroborou a necessidade de a análise sobre a fundamentação das decisões judiciais ser realizada à luz dos conceitos e ferramentas das Ciências Cognitivas, culminando no aprimoramento da própria atividade jurisdicional estatal, franqueando critérios mais seguros e cientificamente palpáveis a todos os interessados, quanto ao controle e correção das decisões judiciais.

REFERÊNCIAS

AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. *Introducción al derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008 (teoria e direito público).

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. rev. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico**. Contribuição para uma psicanálise do conhecimento. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

BAGNO, Marcos. **Preconceito linguístico: o que é, como se faz**. São Paulo: Loyola, 2011.

BEAR, Mark F.; CONNORS, Barry W.; PARADISO, Michael A. (coord.). **Neurociências: desvendando o sistema nervoso**. Tradução de Jorge Alberto Quilfeldt *et al.* 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BRENTANO, Franz. **Psicología desde un punto de vista empírico**. Traducción José Gaos. Revista de Occidente: Madrid. 1935.

BRONOWSKI, Jacob. **Ciência e valores humanos**. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1979.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 2006.

CHUERI, Vera Karam; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Coerência, integridade e decisões judiciais. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC (Revisa Nomos)**. Fortaleza, n. 1, v. 32, p. 177-197, jan/jun. 2012.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza Cruz; WYKROTA, Leonardo Martins. Nos corredores do Direito. **(O) outro (e) (o) Direito**. Álvaro Ricardo de Souza Cruz (coord.). Belo Horizonte: Arraes, 2015, v. 1.

DAMÁSIO, António R. **O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano.** Tradução de Dora Vicente e Georgina Segurado. 3 ed. 2 reimp. São Paulo: Companhia das letras, 2012.

_____. **E o cérebro criou o homem.** Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

_____. **O mistério da consciência: do corpo e das emoções ao conhecimento em si.** Tradução de Laura Teixeira Motta. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

DANCY, Jonathan. **Introducción a la epistemología contemporánea.** Tradução de José Luis Prades Celma. Madrid: Tecnos, 1993.

DASCAL, Marcelo. **Interpretation and Understanding.** Tel Aviv University. John Benhamins Publishing Company: Amsterdam Philadelphia, 2003.

DESCARTES, René. **Discurso do método.** Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996 (clássicos).

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** Jus Podivm, 2015. vol. 1.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **O império do direito.** Trad. Jefferson L. Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

EAGLEMAN, David. **Incógnito: as vidas secretas do cérebro.** Tradução Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Rocco, 2012.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FELTES, Heloísa Pedroso de Moraes. **Semântica Cognitiva: ilhas, pontes e teias.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica.** 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FREUD, Sigmund. **A interpretação dos sonhos.** vol. iv. Viena: Franz Deuticke. 1900.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica.** Tradução Paulo César Duque Estrada. 2 ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

_____. **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

GIGERENZER, Gerd. *Rationality for mortals: how people cope with uncertainty*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

GUERRA, Marcelo Lima. **Prova Judicial: uma introdução**. Fortaleza: Boulesis, 2015.

HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. Tradução de Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: UNESP, 2002.

HARRIS, Sam. **A paisagem moral: como a ciência pode determinar valores humanos**. Tradução Claudio Angelo. São Paulo: Companhia das letras, 2013.

HART, H.L.A. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15 ed. Petrópolis: Vozes, 2005, Parte I.

HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. Tradução de João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HORGAN, John. **A mente desconhecida: por que a ciência não consegue replicar, medicar e explicar o cérebro humano**. Tradução de Laura Teixeira Motta. 1 reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Tradução Cássio de Arantes Leite. 1 ed. 11 reimp. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KANDEL, Eric; SCHWARTZ, James H; JESSELL, Thomas M; SIEGELBAUM, Steven A.; HUDSPETH, A.J. **Princípios de neurociências**. Tradução de Ana Lúcia Severo Rodrigues. 5. ed. Porto Alegre: AMGH, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. Linguagem e método: abordagem hermenêutica do Direito como alternativa ao purismo metodológico. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, n. 11, p. 199-223, 2009.

_____. Precedente e norma: usam-se precedentes judiciais como se aplicam normas legislativas? **Opinião Jurídica: Revista do Curso de Direito da Unichristus**. Fortaleza, ano X, n. 14, p. 231-252, jan./dez. 2012.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Ônus da prova e sua dinamização**. Salvador: Jus Podivm, 2014.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Epistemologia Falibilista e Teoria do Direito. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro da Universidade de Lisboa**. Ano 3. 2014, n.1, p. 197-260. Disponível em <http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/01/2014_01_00197_00260.pdf>. Acesso em 12 mar. 2016.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

MARDEN, Carlos. **A razoável duração do processo**: o fenômeno temporal e o modelo constitucional de processo. Curitiba: Juruá, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.96, n. 862, p. 11-21, ago. 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARMELSTEIN, George. **Lazy judge e fundamentação das decisões judiciais ou quando exigir demais pode gerar um efeito contrário do pretendido**. *Online*. Disponível em:<<https://direitosfundamentais.net/2016/03/16/lazy-judge-e-fundamentacao-das-decisoes-judiciais-ou-quando-exigir-demais-pode-gerar-um-efeito-contrario-do-pretendido/>>. Acesso em 28 mar. 2017.

_____. **Palestra: Discriminação por preconceito implícito**. *Online*. Disponível em:<<https://direitosfundamentais.net/2016/12/11/palestra-discriminacao-por-preconceito-implicito/>>. Acesso em 06 jun. 2017.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do Direito**: conceito, objeto, método. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito**. The Brazilian Lessons. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

MLODINOW, Leonard. **Subliminar**: como o inconsciente influencia nossas vidas. Tradução Claudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

MYERS, David G. **Psicologia social**. Tradução de Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro, Roberto Cataldo Costa. 10. ed. Porto Alegre: AMGH, 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados**. Temas de direito processual civil. Segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 61-72.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NUNES, Dierle. Colegialidade corretiva, precedentes e vieses cognitivos: algumas questões do CPC-2015. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 61-81, out/dez. 2015.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 4 ed. São Paulo: Loyola, 2015 (Coleção Filosofia).

PINHO, Samara de Oliveira. **Ônus da prova e contraditório**. 1 ed. Curitiba: Prismas, 2017.

PLATÃO. **Fedón**. Tradução de Carlos Alberto Nunes. *Online*. Disponível em <<http://br.egroups.com/group/acropolis/>>. Acesso em 19 out. de 2016.

_____. **O Banquete**. 2003. Pará de Minas: Virtual Books Online M&M Editores Ltda. Disponível em <http://www.faculdadearaguaia.edu.br/site/servicos/downloads/bib-classicos/o_banquete.pdf>. Acesso em 22 jul. de 2016.

POPPER, Karl. Realismo. In: MILLER, David (Org.). **Popper: textos escolhidos**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010.

PRAKKEN, Henry; SARTOR, Giovanni. **The three faces of defeasibility in the law**. Disponível em <<http://www.cs.uu.nl/groups/IS/archive/henry/ratiojuris03.pdf>>. Acesso em 22 jun. de 2016.

RESCHER, Nicholas. **Epistemology: an introduction to the theory of knowledge**. Albany: State University of New York Press, 2003.

RIDLEY, Matt. **The rational optimist**. How prosperity evolves. New York: Harper Collins, 2010.

RYLE, Gilbert. **The concept of mind**. London: Routledge, 2009.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SCHWARZ, Nobert. **Cognition and communication: judgmental biases, reseaech methods, and the logic of conversation**. Univercity of Michigan: Lawrence Erlbaum Associates Publishers, 1996.

SEARLE, John R. **Making the social world: the structure of human civilization**. New York: Oxford University Press, 2010.

SERFAS, Sebastian. **Cognitive biases in the capital investment context: theoretical considerations and empirical experiments on violations of normativerationality**. Heidelberg: Editora Glaber, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Supremo Tribunal precisa de Iolau: respostas às objeções de Marcelo Neves ao sopesamento e à otimização. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, v. 02, n. 01, p. 96-188, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(em) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Colección Estructuras Y Proceso. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

_____. **La simple verità**. Il giudice e la costruzione dei fatti. Roma: Laterza, 2009.

TOULMIN, Stephen E. **Os usos dos argumentos**. Tradução de Reinaldo Guaracy. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 5. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2002.

WYKROTA, Leonardo Martins. **Direito Constitucional Contemporâneo e análise institucional do Judiciário: um diálogo à luz da Neurociência, da teoria da evolução e do pragmatismo**. 2017, 400 f. Orientador. Álvaro Ricardo de Souza Cruz. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. Trabalho gentilmente remetido por correio eletrônico pelo Prof. Dr. Carlos Marden Coutinho (Co-orientador desta pesquisa), sob devida autorização do autor.

ZEELLENBERG, Marcel; NELISSEN Rob; PIETERS Rik. **Intuition in judgment and decision making**. PLESSNER, Henning; BETSCH, Cornelia; BETSCH, Tilmann (ed.). Lawrence Erlbaum Associates: New York, 2008.