

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

A DIGNIDADE HUMANA NAS QUESTÕES DE FATO NO PROCESSO PENAL

GUSTAVO MARCHI BENTO

Rio de Janeiro
2018 / 2º Semestre

GUSTAVO MARCHI BENTO

A DIGNIDADE HUMANA NAS QUESTÕES DE FATO NO PROCESSO PENAL

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do **Professor Dr. Fábio Perin Shecaira, Doutor em filosofia (McMaster University, Canadá). Mestre em filosofia (UFRJ). Bacharel em direito (UFRJ).**

Rio de Janeiro

2018 / 2º Semestre

CIP - Catalogação na Publicação

B545d Bento, Gustavo Marchi
A DIGNIDADE HUMANA NAS QUESTÕES DE FATO NO
PROCESSO PENAL / Gustavo Marchi Bento. -- Rio de
Janeiro, 2018.
62 f.

Orientador: Fábio Perin Shecaira.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Argumentação jurídica. 2. Dignidade humana. 3.
Argumentação probatória. 4. Questões de fato. 5.
Processo Penal. I. Shecaira, Fábio Perin, orient.
II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

Nome: Gustavo Marchi Bento

D.R.E: 114.024.36-8

Celular: (21)97699-2630

E-mail: gust.mb123@gmail.com

Endereço: Rua das Laranjeiras, 95, apto 304, Laranjeiras. CEP:22240-000

Turno: diurno

Orientador: Fábio Perin Shecaira

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
CAPÍTULO I	15
CAPÍTULO II	26
CAPÍTULO III	37
CONCLUSÃO	56
BIBLIOGRAFIA	60

RESUMO

Este trabalho se preocupa com a influência de considerações práticas – isto é, relativas ao *dever ser* - na análise das questões de fato no processo penal. Há normas jurídicas que, em prol de interesses democraticamente reconhecidos, impõem, legitimamente, portanto, exceções à teoria do conhecimento, trazendo o *dever ser* ao campo do *ser*. São exemplos: inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, CRFB), presunção de inocência (art. 5º, LVII, CRFB), *standards* de prova.

Há, não obstante, considerações práticas questionáveis, derivadas, v.g., de intuições morais, dever de efetividade judicial, pressão do clamor popular e midiático, viés confirmatório. O que torna mais preocupante a influência destas pode ser explicada pelo binômio descoberta/justificação. Nem toda razão relevante é publicamente declarada e a motivação, como afirma o realismo jurídico, pode apresentar razões que não contribuíram de fato para a decisão.

Isso aponta sérios problemas a um procedimento que lida com a liberdade dos cidadãos, que está diretamente ligada à dignidade humana, fundamento da República Brasileira (art. 1º, III, CRFB). Por isso, este trabalho, por meio de revisão bibliográfica, a partir da dignidade humana e do social intuicionismo de Haidt, propõe uma barreira jurídico-moral a essas considerações práticas indevidas no processo penal.

PALAVRAS-CHAVE: dever ser; descoberta; justificação; questões de fato; processo.

ABSTRACT

This work is concerned with the influence of practical considerations - that is, relative to the duty to be - in the analysis of fact finding in the criminal process. There are legal norms which, in the interests of democratically recognized interests, legitimately impose exceptions to the theory of knowledge, bringing the duty to the field of being. Examples are: the inadmissibility of evidence obtained by illegal means (article 5, LVI, CRFB), presumption of innocence (article 5, LVII, CRFB), standards of proof.

There are, however, questionable practical considerations, derived, for example, from moral intuitions, judicial effectiveness, pressure from popular and media outcry, confirmatory bias. What makes this influence more worrying can be explained by the binomial discovery / justification. Not every relevant reason is publicly stated, and motivation, as legal realism asserts, can present reasons that did not really contribute to the decision.

This points to serious problems with a procedure that deals with the freedom of citizens, which is directly linked to human dignity, the foundation of the Brazilian Republic (article 1, III, CRFB). Therefore, this work, through a bibliographical review, based on human dignity and social intuitionism by Haidt, proposes a legal-moral barrier to these undue practical considerations in criminal proceedings.

KEYWORDS: discovery; justification; fact finding; process.

INTRODUÇÃO

A dignidade humana é ideia de indiscutível relevância para o ordenamento jurídico brasileiro. O seu assento entre os fundamentos da República (art. 1º, III, CRFB) já é bastante ilustrativo a respeito. Para além da importância topográfica, Daniel Sarmiento afirma que a dignidade humana está presente em todos os direitos constitucionalmente previstos¹.

Não se limita, contudo, ao âmbito constitucional a sua presença. Atualmente², mantém íntima relação com os direitos humanos. Isso já é demonstrado explicitamente no primeiro parágrafo do preâmbulo da Declaração Universal:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, (...).

Também não é só nas disposições normativas e nas ideias de juristas que essa proximidade existe. O discurso de Nelson Mandela na *Trafalgar Square*, em 2005, é amostra:

Like slavery and apartheid, poverty is not natural. It is manmade, and it can be overcome and eradicated by the actions of human beings. And overcoming poverty is not a gesture of charity. It is an act of justice. It is the protection of a fundamental human right, the right to dignity and a decent life³.

Mas não é, ao menos no âmbito jurídico-filosófico, sem polêmica que essa importância e onipresença existem. Sobre a dignidade humana recaem inúmeras críticas. Entre elas⁴: a sua ideia não possuiria um significado próprio, mas apenas reproduziria outros conceitos, como autonomia, igualdade etc. (Macklin)⁵; seria apenas um suporte fictício criado para sustentar a moral (Schopenhauer)⁶; seria meramente um instrumento para dar um valor desmerecido ao trabalho e à existência humana (Nietzsche)⁷.

¹ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 80.

² Daniel Sarmiento demonstra que a consagração jurídica do princípio da dignidade humana acontece após o segundo pós-guerra (*Ibidem*, p. 52).

³ Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2005/feb/03/hearfrica05.development>. Acesso em 19. jun. 2018.

⁴ ROSEN, Michael. *Dignity: Its History and Meaning*. Harvard: Harvard University Press, 2012.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*.

Para além de questões filosóficas, ao conceito é pertinente uma crítica prático-jurídica dirigida ao movimento neoconstitucionalista. A dignidade humana estaria dentro do “panprincipiologismo”, termo pejorativo para indicar que o uso de princípios seria exacerbado, possibilitando o afastamento de regras válidas e a arbitrariedade judicial. Em relação à dignidade humana, há manifestação de Luís Roberto Barroso⁸.

Com frequência, ela funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta sua própria imagem de dignidade. Não por acaso, pelo mundo afora, ela tem sido invocada pelos dois lados em disputa, em temas como interrupção da gestação, eutanásia, suicídio assistido, uniões homoafetivas, hate speech, negação do holocausto, clonagem, engenharia genética, inseminação artificial post mortem, cirurgias de mudança de sexo, prostituição, descriminalização de drogas, abate de aviões sequestrados, proteção contra a auto-incriminação, pena de morte, prisão perpétua, uso de detector de mentiras, greve de fome, exigibilidade de direitos sociais. A lista é longa.

Nessa esteira, Noel Struchiner e Ivar Hannikainen se empenham em, a partir da filosofia da linguagem ordinária, encontrar um significado para o princípio da dignidade humana. O sentido seria encontrado “no” e “pelo” uso da expressão. No entanto, ao final do estudo, confirmam sua expectativa prévia de que fatores que são, concomitantemente, amorais (isto é, moralmente irrelevantes), inconscientes e extrajurídicos influenciam os juízos morais e jurídicos envolvendo o princípio.

Como explicam os autores, propuseram-se a encontrar o significado do princípio da dignidade humana por meio de pesquisa experimental. A investigação consistiu na formulação de problemas (vinhetas) aos quais juízes e outros profissionais jurídicos deveriam oferecer soluções com base no princípio em questão. Essas vinhetas foram inspiradas no caso francês de arremesso de anão, em que os juízes franceses discutiram a lesão à dignidade humana pela prática de arremesso de Manuel Wackenheim.

Desse modo, os problemas formulados tinham por objeto o arremesso de pessoas, e, propositadamente, variavam o grau de concretude/abstração em que as proposições se realizavam. Isto é, eram dadas (ou não) informações mais específicas do indivíduo

⁸ STRUCHINER, Noel; HANNIKAINEN, Ivar. *A insustentável leveza do ser: sobre arremesso de anões e o significado do conceito de dignidade da pessoa humana a partir de uma perspectiva experimental*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/ainsustentavel-leveza-do-ser/>>. Acesso em 19. Jun. 2018.

arremessado – tais como cor do cabelo e dos olhos, nome próprio etc – e do ambiente em que os fatos da hipótese ocorreriam. Os autores confirmam, então, sua crença inicial de que esses elementos aparentemente irrelevantes não raro pareciam ser decisivos para a resposta dada pelo interlocutor⁹:

(...) a distância entre a pessoa que responde ao questionário e o evento narrado na vinheta, a presença de uma imagem ou uma descrição (qual é a diferença de saber ou não a cor do cabelo ou a cor do olho do anão, por exemplo?) e a identificação por meio de um nome (faz alguma diferença do ponto de vista moral falar que um anão foi arremessado em contraposição a um anão chamado João Miguel?). Parece óbvio que juízes ficariam surpresos em descobrirem que esses fatores que não são moralmente relevantes influenciam a decisão.

Como esses fatores podem gerar aleatórios resultados, os autores não chegam a um significado identificável por meio da filosofia da linguagem ordinária (“no” e “pelo” uso).

Michael Rosen nos detalha que também ao longo da história o uso do conceito de dignidade humana é instável. São apontados pelo menos quatro significados: I) como status social; II) como valor intrínseco a todo ser humano; III) como um tipo de comportamento que é “dignificado”; IV) como dever de tratar com respeito.

No primeiro sentido, a dignidade é critério para diferenciar seres humanos entre si – aqueles a quem se deve e aqueles aos quais não se deve honra. Como demonstra o autor, embora essa tenha sido a acepção original, ainda está vigente na modernidade. Como exemplo, faz referência à encíclica *Quod Apostolici Muneris*, de 1878, do papa Leão XIII, também autor da *Rerum Novarum*, documento este responsável por estabelecer a “dignidade do trabalho”. Naquela primeira encíclica, Leão apregoa a existência de pessoas de variados “status” na sociedade civil, diferentes em dignidade, direitos, e poder (...) ¹⁰. Outro uso, mais recente – e espantoso -, de 2017, é encontrado em uma decisão do Tribunal Superior do Porto ¹¹: “O adultério da mulher é um gravíssimo atentado à honra e à dignidade do homem. Na Bíblia podemos ler que a mulher adúltera deve ser punida com a morte”.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ ROSEN, Michael. *Dignity: Its History and Meaning*. Harvard: Harvard University Press, 2012.

¹¹ Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/10/23/internacional/1508762944_523916.html>. Acesso em 19. jun. 2018.

Já na segunda situação, ao contrário, o conceito tende a igualar todas as pessoas naturais. É a base para os direitos humanos e tem como ponto eminente o pensamento de Kant. É a concepção que tem lugar, por exemplo, no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A terceira acepção está presente nas ideias de Schiller, pensador contemporâneo a Kant. A dignidade seria a “tranquilidade no sofrimento”¹². Assim, todos seriam capazes de dignidade; isto é, de agir moralmente apesar da força contrária de suas tendências naturais. Apesar disso, note-se que trasladando-a, não à pessoa, mas ao comportamento, a dignidade é hipotética, e não “categórica” – para haver dignidade, é necessário uma forma específica de agir. Com este sentido, parece que a expressão não poderia ser usada para fundamentar direitos universais.

Por sua vez, o último significado é encontrado nas Convenções de Genebra, 1949. Em seu art. 3º afirmar-se o direito dos prisioneiros de guerra ao tratamento com “dignidade”, com respeito e sem humilhações ou degradações. Esta significação também é encontrada nas ideias kantianas, já que afirmadoras de que o ser humano nunca deve ser tratado apenas como meio, mas sempre também como um “fim em si mesmo”¹³.

Importante ressaltar que esses significados não são necessariamente excludentes entre si. Nesse sentido, Rosen¹⁴:

History shows the existence of significant distinct strands in the meaning of dignity, strands that come together and move apart at different times. I shall give reasons to think that legal decisions allegedly based on this inner transcendental kernel are given substance by the importation of one or more of the other senses of “dignity”.

Diferentemente de Struchiner e Hannikainen, e de Rosen, Daniel Sarmiento faz uma leitura historicista da dignidade humana sem exigir que o contexto em análise contenha o termo “dignidade”. Embora o constitucionalista também se disponha a estabelecer um significado para a expressão, nesse momento anterior entende que a ideia envolveria a valorização da pessoa humana, que poderia “se expressar de múltiplas formas, por meio de diferentes vocabulários, sem a necessidade de uso de um termo específico para designar tal

¹² ROSEN, Michael. *Dignity: Its History and Meaning*. Harvard: Harvard University Press, 2012.

¹³ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

¹⁴ ROSEN, Michael. *Dignity: Its History and Meaning*. Harvard: Harvard University Press, 2012.

fenômeno”¹⁵. Deve ser feita a ressalva de que o autor diferenciou “genealogia histórica” de “fundamentação” do princípio. Explica que os fatores sociais, econômicos, culturais e políticos dos quais emergiu a ideia não se confundem com a justificação desta: se com base em leis divinas, natureza humana, ou disputas políticas e sociais.

Neste trabalho, no entanto, pretende-se sobrepor a genealogia histórica à fundamentação, de modo que se estabeleça um sentido a partir da historicidade. Em outros termos, entendo que o próprio contexto histórico em que se desenvolveu a dignidade humana justifica o seu sentido. Os episódios do século XX que cultivaram terreno para que a dignidade humana se consagrasse juridicamente causaram um (relativo) consensual repúdio à instrumentalização do ser humano; de modo que, independente de razão ou divindade, o princípio tem um sentido mínimo necessário. Contudo, não há aqui pretensão de se delimitar esse sentido mínimo para todas as áreas do Direito. A dignidade, com a constitucionalização do direito, está em todos os ramos jurídicos e, por isso, é adequado que tenha uma significação múltipla.

Nos direitos relativos à saúde, por exemplo, é desejável – no fito de expansão dos direitos fundamentais – que a dignidade humana pressuponha uma pessoa concreta; isto é, histórica, simbólica e materialmente inserida numa sociedade específica. Assim, a pacientes em condições especiais, concretas, é justificado o tratamento diferenciado, que exorbitem o padrão comumente oferecido pelo Poder Público. Essa questão tem sido objeto de pretensões judiciais no Brasil. Os tribunais superiores têm entendido que remédios ou tratamentos não padronizados pela rede pública de saúde devem ser fornecidos aos pacientes que deles necessitarem. Nesse sentido é a decisão no Recurso Especial 201700456506¹⁶:

EMEN: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ARTS. 7º, 8º, 9º, 16, 17 E 18 DA LEI 8.080/1990 AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. A alegação de afronta aos arts. 7º, 8º, 9º, 16, 17 e 18 da Lei 8.080/1990, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo. Incide a Súmula 211/STJ porque, para que se tenha por atendido o requisito do prequestionamento, é indispensável também a

¹⁵ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 26.

¹⁶ Disponível no sítio de pesquisa jurisprudencial do site do Conselho da Justiça Federal: <https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>.

emissão de juízo de valor sobre a matéria. 2. O Tribunal de origem, com base no conjunto probatório dos autos, consignou que "infere-se dos autos que a idosa Lina Daniel Ribeiro foi diagnosticado como portadora de câncer de intestino, encontrando-se "em déficit nutricional, com perda ponderal progressiva", razão pela qual lhe foram prescritos os suplementos alimentares Diasip, e Nutrison Soya ou Novasource (...) Na espécie, o relatório de fls. 21/22 indica expressamente a imprescindibilidade dos suplementos supramencionados para o controle da situação da saúde da paciente. Desse modo, **não pode a Administração Pública se eximir da sua obrigação de assistência aos necessitados pelo simples fundamento de que o medicamento requerido não integra a denominada RENAME - relação municipal de medicamentos essenciais vez que tais normas administrativas que delimitam a prestação a determinadas espécies de procedimentos médicos restringem o atendimento, violando, assim, os preceitos constitucionais da garantia do direito à saúde e à dignidade da pessoa humana. (...)**

Por outro lado, nos direitos trabalhistas é adequado - também no sentido da promoção dos direitos fundamentais - que seja considerada a pessoa abstrata. As relações de trabalho lidam com oferta e procura e, por conseguinte, com as lógicas de mercado. Isto torna necessária a consideração de uma “pessoa abstrata”, em prol da fixação de um patamar mínimo, impedindo que a concorrência imponha arbitrariamente às diversas pessoas (concretas) valor de salário, número de horas de trabalho, condições de salubridade e segurança. Isso impede que constrangimentos materiais ou sociais imponham ao trabalhador escolhas contrárias ao seu interesse; pois, existentes ou não esses constrangimentos, com o limite assegurado pela dignidade, não haverá liberdade para submissão – ainda que “voluntária” – a condições lesivas de trabalho.

A partir dessas premissas, será construído um instrumental teórico para uma área específica da prática jurídica: a cognição, de fatos, no processo penal. Assim, as ferramentas aqui trabalhadas não servirão a soluções do tipo “Dado o conjunto de informações I, deve (ou não) Paulo ser punido, segundo as normas penais e a dignidade humana”. Serão destinadas a momento anterior do raciocínio: servirá à valoração do conjunto de informações (I).

A dignidade humana tem sido “uma importante ‘porta de entrada’ da argumentação moral e filosófica no campo jurídico”¹⁷. Soma-se a isso que as questões de fato não tenham tido uma devida atenção por parte dos juristas, que têm se concentrado primordialmente na

¹⁷ *Ibidem.* p. 57.

interpretação e validade das normas¹⁸. Vale lembrar o brocardo jurídico *da mihi factum, dabo tibi jus*. Não obstante, em matéria criminal - que evidentemente trata de questões mais dramáticas da vida humana – a argumentação teórica tem sido amplamente eivada por considerações práticas¹⁹. Sejam lembradas, por exemplo, as menções ao “combate à corrupção”, que não raro costumam vir acompanhadas de exacerbação emotiva, em detrimento da racionalidade. Assim, pretendemos, a partir da dignidade humana, formar uma barreira jurídico-moral à argumentação prática - isto é, que busca alcançar conclusões de *dever ser* - no juízo das questões de fato.

A respeito da maior atuação da emoção em detrimento da razão²⁰:

(...) o embate até então filosófico entre racionalistas e emotivistas adquiriu sua roupagem psicológica no final da década de 1950 com o surgimento do modelo cognitivo-desenvolvimentista de julgamento moral concebido por Lawrence Kohlberg (Greene e Haidt, 2003, p. 517; Kohlberg e Hersh, 1977). Trata-se de um modelo ancorado na primazia do raciocínio consciente e controlado no julgamento moral e na constatação de que a forma como o indivíduo lida com dilemas morais varia de maneira gradativa conforme o desenvolvimento de suas habilidades cognitivas, passando por seis estágios da infância à maturidade. O processo de raciocínio moral de crianças seria tipicamente egoísta, mas ao aprenderem a enxergar os problemas a partir da perspectiva de outros (especialmente pelo surgimento de certas oportunidades sociais), começariam a tomar decisões menos egocêntricas, desenvolvendo níveis mais avançados de raciocínio moral.

Desse modo, a partir do arcabouço analítico da teoria sócio-intuicionista de Jonathan Haidt e do princípio da dignidade humana, será ensaiada uma teoria jurídico-psicológica da decisão judicial a respeito da valoração moral de elementos de prova. Por esses meios, o que se busca é impedir que detidas argumentações racionais (sistema 2) sejam meros “portavozes” de rápidas intuições morais (sistema 1)²¹. Não havendo essa submissão do sistema 2 ao

¹⁸ LAGIER, Daniel González. *Quaestio facti: ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Disponível em: https://www.academia.edu/24429680/Quaestio_facti_Ensayos_sobre_prueba_causalidad_y_acci%C3%B3n. Acesso em 28. jun. 2018.

¹⁹ Para uma distinção entre as argumentações prática e teórica: SHECAIRA, Fábio Perin. STRUCHINER Noel. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*. Como demonstram os autores, os sistemas 1 e 2 são independentes unidades funcionais da mente humana. São também chamados, respectivamente, deliberativo e intuitivo.

sistema 1, aos mecanismos judiciais – tais como devido processo legal, contraditório – competirá a garantia de que a decisão não seja arbitrária.

Em suma, no Capítulo I, será feito um roteiro histórico da dignidade humana; no Capítulo II, a teoria social intuicionista será descrita e relacionada com o processo penal. O Capítulo III, por sua vez, cuidará do ensaio teórico produto destes estudos. Isto é, do esboço de uma teoria prescritiva que - com base no princípio da dignidade humana, na teoria social intuicionista e no funcionamento processual penal - formule uma norma de cognição dos fatos em matéria penal. Haverá ainda uma conclusão, em que serão os capítulos retomados e relacionados.

CAPÍTULO I

1. O CONCEITO DE DIGNIDADE

Não se pretende neste capítulo exaurir a exposição da história acerca da ideia de dignidade humana. Complexa que é, essa empreita exigiria todo um estudo especificamente destinado a esse fim. Aqui, diferentemente, busca-se apenas trazer as considerações histórico-filosóficas relevantes para este trabalho. Ademais, como afirma Walter Benjamin, sempre “Articular historicamente o que foi o passado não significa conhecê-lo ‘tal como ele de fato foi’. Significa apropriar-se de uma recordação, como ela relampeja em um momento de perigo”²².

Somente serão considerados como momentos históricos relevantes à ideia de dignidade humana aqueles em que se faz menção expressa ao termo. Não fosse assim, estaria sendo associado, antecipadamente, um determinado conceito à expressão, ou se estaria sucumbindo à crítica de que “dignidade humana” apenas reproduz outros elementos, tais como autonomia, liberdade.

Também vale observar que o seu sentido não se desenvolve linearmente; ainda mais porque, até hoje, ele é difuso, não estrito. Como aponta Michael Rosen, essa multiplicidade significativa pode, inclusive, retroalimentar-se:

History shows the existence of significant distinct strands in the meaning of dignity, strands that come together and move apart at different times. (...) I shall give reasons to think that legal decisions allegedly based on this inner transcendental kernel are given substance by the importation of one or more of the other senses of “dignity”²³.

Como expõe Rosen, “dignidade humana” se origina como expressão para designar o dever de honra e respeito a pessoas que ocupavam certo *status* social²⁴. Essa era a conceituação da Grécia Antiga, em que vigia a ideia de que o universo é pré-concebido com cada pessoa ocupando uma função específica dentro dele; de modo que cada ser, exercendo

²² SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

²³ ROSEN, Michael. *Dignity: Its History and Meaning*. Harvard: Harvard University Press, 2012.

²⁴ *Ibidem*.

sua específica função, contribuiria para a perfeição do *cosmos*²⁵. Aqueles em posição mais elevada, pertencentes a essa dada camada social, teriam “dignidade”.

A partir da obra *De officiis*, de Cícero (106 - 43 a. C.), advém o sentido de que todo ser humano teria dignidade, meramente por ser diferente dos animais. Essa diferença foi fundamentada na asserção de que os animais pensariam apenas para satisfazer suas necessidades corporais, enquanto o pensamento humano seria desenvolvido também para estudar e fazer reflexões²⁶. Posicionava-se, assim, a humanidade, como um todo - sem ressaltar diferenças -, no universo.

Apesar dessa perspectiva mais universalista do pensador, na mesma obra ele também usa o termo “dignidade” para designar como os melhores homens deveriam se portar na bem ordenada república²⁷. Sinalizou, portanto, significações diferentes para a expressão. Sarmiento indica que, apesar daquele avanço à igualdade, Cícero não se opôs às diferenças entre homens e mulheres, homens e escravos, limitando-se a criticar o excesso de violência deferida pelos donos aos seus escravos²⁸.

Rosen demonstra ainda que a expressão costumava ser na antiguidade greco-romana – até mesmo por Cícero, em *De Oratore* – uma forma de caracterizar a boa retórica. Era relacionada com o discurso “denso ou majestoso”, em contraste com o discurso não tão reverenciável. Nisso estaria a origem da concepção do “comportamento dignificado”²⁹.

Apesar disso, a dignidade como status social continua na era cristã. Na carta do Papa Gelásio I ao Imperador Anastácio, em 494, o pontífice se refere ao imperador considerando-o como preponderante em dignidade em relação aos demais humanos. No entanto, nessa mesma referência, o Papa defende a submissão do imperador à Igreja e ao poder divino. Vale reproduzir o trecho:

There are two powers by which the world is chiefly governed, the sacred authority of the priesthood and the royal power. Of these the responsibility of the priests is more weighty in so far as they will answer for the kings of

²⁵ SABADELL, Ana Lúcia. Manual de sociologia jurídica: *introdução a uma leitura externa do direito*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

²⁶ ROSEN, Michael. *Dignity: Its History and Meaning*. Harvard: Harvard University Press, 2012.

²⁷ *Apud. Ibidem*.

²⁸ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

²⁹ O autor explica que o comportamento dignificado é aquele em que o indivíduo suporta as adversidades com resiliência e tranquilidade (ROSEN, Michael. *Dignity: Its History and Meaning*. Harvard: Harvard University Press, 2012. p. 13).

men themselves at the divine judgement. You know, most clement son, that, although you take precedence over all mankind in dignity, nevertheless you piously bow the neck to those who have charge of divine affairs and seek from them the means of your salvation³⁰.

De certa forma, portanto, nesse excerto a dignidade não é reverenciada como valor supremo, mas como um valor relativo, inferior ao que seria divino. Rosen afirma que haverá uma permanente tensão entre a Igreja Católica e essa concepção de *status* superior. Ora porque há mitigação desse valor em prol de considerações espirituais (como no caso da carta de Gelásio), ora porque a dignidade é associada ao comportamento de auto renúncia³¹. Este último uso é sugerido em diversos trechos da Bíblia. Por exemplo, “Respondeu o centurião: Senhor, eu não sou digno de que entreis em minha casa. Dizei uma só palavra e meu servo será curado” (Mateus 8:8); “Contudo, o irmão de condição humilde deve gloriar-se em sua dignidade” (Tiago 1:9). Apesar de não fazer referência expressa a “dignidade”, uma outra máxima reproduz autenticamente a concepção cristã de auto renúncia como algo venerável: “Eu, porém, vos digo que não resistais ao mau; mas, se qualquer te bater na face direita, oferece-lhe também a outra” (Mateus 5:39)³².

Não obstante, para o católico, teólogo e filósofo Tomás de Aquino (1225 - 1274), “dignidade” é o termo que designa o valor intrínseco – isto é, sua bondade em si mesmo - de algo em razão de ocupar, por escolha divina, o seu espaço no mundo³³. Desse modo, para Aquino a dignidade não é inerente somente aos seres humanos, haja vista que todas as coisas seriam criadas por Deus. Rosen advoga que para o pensamento cristão de um modo geral a dignidade não é inerente apenas à humanidade³⁴.

Com Pico Della Mirandola, no século XV, a dignidade dá mais um salto expansivo em favor da significação igualitária. Em *De Dignitate Hominis*, o autor italiano rompe com a ideia de que cada indivíduo teria um papel pré-ordenado no universo. O pensamento do filósofo atribui à humanidade em geral o atributo da dignidade, que se fundamentaria na autonomia, na capacidade de cada ser humano se determinar por si mesmo, de escolher para si

³⁰ *Apud. Ibidem.*

³¹ *Ibidem.*

³² Bíblia. Português. Bíblia sagrada. Tradução de Padre Antônio Pereira de Figueredo. Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica, 1980.

³³ *Apud. ROSEN, Michael. Dignity: Its History and Meaning. Harvard: Harvard University Press, 2012.*

³⁴ *Ibidem.*

próprio o que ser³⁵. Pascal (1623 - 1662), em sua obra *Pensées*, concorda com Pico Della Mirandola a respeito do valor superior dos seres humanos em comparação com o resto da natureza. No entanto, afirma que a dignidade humana não está na autodeterminação, mas no pensar³⁶.

Em 1623, Francis Bacon publica uma tradução expandida de um trabalho seu: *De Dignitate et Augmentis Scientiarum*. Rosen afirma que nesta obra há três significações distintas para “dignidade”: como qualidade não restrita a seres humanos; como alto status social; e como comportamento a que se deve respeito valoroso³⁷. Interessante ressaltar que a obra original, de que resultou a tradução expandida, tem o título *Advancement of Learning*. Assim, o comportamento a que se refere Bacon é aquele culminante no conhecimento. Para ele, o processo de aprendizagem gera dor e é uma situação indigna, mas que leva a uma posição digna: à do conhecimento³⁸. Vê-se, portanto, uma aproximação da ideia a algo abstrato – o conhecimento. Posteriormente, Kant atribuiria dignidade a outra faculdade abstrata – a moral.

Em 1658, Bispo Bossuet prega um sermão intitulado *Sur l'éminente dignité des pauvres dans l'Église*, em que atribui “dignidade eminente” às pessoas pobres. Não obstante, o clérigo francês não atribui aos pobres um *status* igual ao da nobreza: confere-lhes um específico valor em uma apropriada hierarquia de diferentes dignidades³⁹. Esse uso da expressão é o adotado pela Igreja Católica no século XIX. Vale transcrever trecho da encíclica *Quod Apostolici Muneris*, 28 de dezembro de 1878, a que já se fez referência na introdução deste trabalho:

(...) Por isso, assim como no céu quis os coros dos Anjos fossem distintos e subordinados uns aos outros, e na Igreja instituiu graus nas ordens e diversidade de ministérios de tal forma que nem todos fossem apóstolos, nem todos doutores, nem todos pastores; assim estabeleceu que haveria na sociedade civil várias ordens diferentes em dignidade, em direitos e em poder, a fim de que a sociedade fosse, como a Igreja, um só corpo, compreendendo um grande número de membros, uns mais nobres que os

³⁵ CONDE DE MIRÂNDOLA E CONCÓRDIA, Giovanni Pico. *A dignidade do homem*. Tradução Luiz Feracine. 2. ed. Campo Grande: Solivros, 1999.

³⁶ ROSEN, Michael. *Dignity: Its History and Meaning*. Harvard: Harvard University Press, 2012.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Diz Bacon: “The rising into place is laborious, and by pains men come to greater pains; and it is sometimes base, and by indignities men come to dignities” (*Ibidem*).

³⁹ *Ibidem*.

outros, mas todos reciprocamente necessários e preocupados com o bem comum⁴⁰.

2. ESTRURAS SOCIAIS E IDEIAS

Como se percebe, os entendimentos sobre a dignidade humana mantêm estreito liame com as relações de (ou com as pretensões de) poder: são por elas influenciados e também, em sentido contrário, influenciam-nas. Naquele contexto grego de dignidade como *status*, a desigualdade era vista como natural, coexistindo cidadãos e escravos, e a total submissão das mulheres aos homens⁴¹. Mesmo Cícero, que afirmou que todo ser humano é digno simplesmente pela diferenciação deste em relação aos animais, não se opôs à escravidão; limitando-se a criticar os excessos de violência contra os escravos⁴².

Na carta do Papa Gelásio I, por sua vez, a dignidade é mais instrumentalizada para argumentar pela superioridade da Igreja sobre o imperador do que para evidenciar o *status* mais elevado deste em relação aos outros homens. Tomás de Aquino, clérigo católico, também apenas reafirma a dignidade (não só humana) por meio do viés ideológico católico – já que para ele todas as coisas teriam dignidade porque assim determinadas por Deus. No mesmo sentido, as ideias de Bossuet e do catolicismo do século XIX refletem as pretensões de poder da Igreja Católica, fundamentando as hierarquias na vontade divina.

De modo diverso, as ideias de Pico Della Mirandola não reproduziam o *status quo*, mas, na direção oposta, encaminhava-se a mudá-lo; uma vez que questionava a estrutura de estamentos vigente à sua época. Estava inserido no movimento renascentista e, assim, suas ideias tornavam à valorização do ser humano, com a retomada da reverência - própria da antiguidade grega-romana - à criação humana. Para o autor italiano, como visto, a dignidade humana se justifica pela autonomia dos seres humanos, que teriam capacidade de criar sua própria vida. No entanto, Sarmento mostra que desse pensamento não se extraía que todos teriam os mesmos direitos e deveres⁴³; o que reflete a sociedade ainda juridicamente desigual existente à época.

⁴⁰ Disponível em: <https://www.veritatis.com.br/quod-apostolici-muneris-leao-xiii-28-12-1878/>. Acesso em 10. Jul. 2018.

⁴¹ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 30.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*. Pág. 33.

De fato, talvez não a significação, mas a maneira pela qual a dignidade humana é institucionalmente utilizada somente se constitui - ainda que influenciada pelas ideias dos pensadores - a partir das disputas político-ideológicas. Aliás, como demonstra Foucault, as formas de saber e as formas de exercício de poder nas sociedades são interdependentes⁴⁴.

O mundo não está em geral sob o governo dos filósofos, como seria na república de Platão. Desse modo, por mais bem elaboradas e racionais que sejam suas teorias, não garantem que as práticas sociais, políticas, jurídicas, serão com elas condizentes, embora possam influenciá-las em grande medida. A relação entre as ideias e as práticas é de diálogo. Foucault, afirma que historicamente há uma simbiose entre poder e saber⁴⁵: “O poder político não está ausente do saber, ele é tramado com o saber”⁴⁶. A respeito de inquérito, que é uma forma de saber os fatos, também expressa:

Não creio, no entanto, que o procedimento de inquérito seja simplesmente o resultado de uma espécie de progresso de racionalidade. Não foi racionalizando os procedimentos judiciais que se chegou ao procedimento do inquérito. Foi toda uma transformação política, uma nova estrutura política que tornou não só possível, mas necessária a utilização desse procedimento no domínio judiciário. O inquérito na Europa Medieval é sobretudo um processo de governo, uma técnica de administração, uma modalidade de gestão; em outras palavras, o inquérito é uma determinada maneira de o poder se exercer. Estaríamos enganados se víssemos no inquérito o resultado natural de uma razão que atua sobre si mesma, se elabora, faz seus próprios progressos (...)⁴⁷.

3. UMA ATUALIZAÇÃO DO CONCEITO DE DIGNIDADE

A maneira pela qual se conhece qualquer ser humano hoje - inegavelmente como ente individual e portador do “sobre valor” da dignidade - não existiria sem o advento das teorias do contrato social, que fundamentam uma determinada forma de poder. Mesmo desconsideradas as divergências internas do contratualismo, essa concepção pressupõe um sentido mínimo de sociedade. Ainda que o poder seja exercido por um único indivíduo, a natureza desse poder não é absoluta, mas soberana. Isso porque a pessoa não é mais mero órgão de um organismo maior e verdadeiramente importante (sociedade), mas é um indivíduo,

⁴⁴ FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: NAU, 2003.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*.

que *escolheu* abdicar de parte de sua liberdade em prol da formação do Estado. Essa hipótese teórica, portanto, pressupõe um modelo de ser humano, ideal - racional e abstrato -, para formular a construção do Estado contratual.

Esse rompimento filosófico com o pensamento segundo o qual o Estado seria uma situação *natural* de máximo desenvolvimento da sociedade, formada por “animais políticos”⁴⁸, foi fundamental pressuposto para a formação do Estado Democrático de Direito, em que o indivíduo tem papel eminente na formação da “vontade geral”⁴⁹. Esse é o panorama de que emergiu o pensamento até hoje dominante no meio filosófico a respeito da dignidade humana, que pressupõe o indivíduo racional e abstrato, modelo humano herança do Iluminismo.

Kant fundamenta a dignidade, não na pessoa diretamente, mas na moralidade, que seria atributo de qualquer pessoa. Então, por ter a faculdade moral, o sujeito teria dignidade. Desse modo, com base na racionalidade, e num momento histórico favorável⁵⁰, Kant dá um grande passo à universalização (ideal) da dignidade, que antes houvera sido primordialmente critério para estabelecer diferença entre pessoas⁵¹.

Apesar de ter sido o grande avanço na direção da igualdade (ideal) em importância e, portanto, dos direitos humanos, a fundamentação da dignidade humana por Kant não é tão categórica quanto o seu difundido “imperativo categórico”. O valor “intrínseco”⁵² da pessoa derivaria de seu dever moral, e não de seu simples pertencimento à espécie *Homo sapiens*⁵³.

⁴⁸ Aristóteles afirmou que o homem é, naturalmente, um animal político (ARISTÓTELES. A política. São Paulo: Atena Editora, sd).

⁴⁹ Termo usado por Rousseau para designar a vontade beneficiadora do bem comum (ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. Coleção A Obra Prima de Cada Autor. São Paulo – SP: Editora Martin Claret, 2003).

⁵⁰ O Iluminismo foi um movimento burguês de conquista de poder político, de rompimento com as estruturas de *estamentos* até então vigentes. Norberto Bobbio demonstra a influência das teorias contratualistas no pensamento de Kant (BOBBIO, Norberto. Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant. São Paulo: Mandarin, 2000).

⁵¹ Não obstante, posteriormente, no século XIX, a Igreja Católica sustentou que as pessoas teriam diferenças em grau de dignidade, havendo uma hierarquia divinamente estabelecida (ROSEN, Michael. *Dignity: Its History and Meaning*. Harvard: Harvard University Press, 2012).

⁵² Na realidade, Kant afirma que as pessoas não possuem “valor”, mas “dignidade”. Sendo elas, portanto, um fim em si mesmo, diferente dos demais entes do mundo, que têm seu fim determinado pelos seres humanos (KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos. São Paulo: Martin Claret, 2004).

⁵³ Interessante destacar que a dignidade humana é gênero dos tipos dignidade da pessoa humana e dignidade da espécie humana (SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016).

Como explica Rosen⁵⁴, para o pensador prussiano, a dignidade derivaria da liberdade e independência do homem em relação ao que há de “animal” nele.

Assim, se levada estritamente a sério, a teoria kantiana não satisfaz o atual estágio de proteção conferido pelos direitos humanos. Como ficariam aqueles que, por deficiência mental, não possuem faculdade moral suficiente, ou os que, tendo-a, não podem se autodeterminar conforme o seu raciocínio moral? A densidade dessas asserções fica mais evidente nesta afirmação do filósofo:

Humanity in our person is an object of the highest respect and never to be violated in us. In the cases where a man is liable to dishonor, he is duty bound to give up his life, rather than dishonor the humanity in his own person⁵⁵.

Com a dignidade fundamentada na liberdade e independência em relação aos instintos, pensamentos deterministas poderiam afastar o tratamento respeitoso à dignidade de pessoas supostamente “pré-determinadas” a agirem de forma contrária ou indiferente aos preceitos morais. Juarez Tavares parece oferecer uma solução teórica a isso:

(...) A inclusão dos incapazes no Âmbito de todas as pessoas, como igualmente portadoras de dignidade, não depende de que possam ser compreendidos como entidades inapreensíveis. Sua condição de portadores de dignidade é estendida pelas demais pessoas, à medida que, tornando-se responsáveis e, assim, submetidas a um procedimento de atribuição por seus atos, se vejam obrigadas a dar-lhes a proteção e a torná-los sujeitos de todos os direitos fundamentais que possam exercer e dos quais se possam beneficiar. O sentido de solidariedade que pode extrair dessa consideração é, justamente, o de eliminar os fundamentos jurídicos do processo social de exclusão e marginalização social, obrigando o Estado a delimitar as zonas de intervenção e a incrementar uma política de preservação de direitos individuais⁵⁶.

Desse modo, não se mostra mais adequada a concepção kantiana de dignidade para o atual estágio (ideal) de sociedade. Na segunda metade do século XX, a humanidade e suas instituições reconheceram que as atrocidades de até então em curso – dentre as quais se

⁵⁴ ROSEN, Michael. *Dignity: Its History and Meaning*. Harvard: Harvard University Press, 2012.

⁵⁵ *Apud* ROSEN, Michael. *Dignity: Its History and Meaning*. Harvard: Harvard University Press, 2012.

⁵⁶ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 69.

destaca o Nazismo – afrontaram algo inviolável, que, independente das suas discussões teóricas, deveria ser respeitado em âmbito internacional: a dignidade humana.

Houve já em âmbitos nacional e internacional uma mudança (programática) político-jurídica que não só possibilita um tratamento institucional conforme parâmetros de dignidade humana universal, mas que também o exige. A concepção então adotada para a expressão parece não se fundamentar na moralidade ou em *status* social. Pelo contrário, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, por exemplo, dispõe que a dignidade é “inerente a *todos* os membros da família humana”. Também se ressalte o conteúdo do artigo 1º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos⁵⁷:

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, *sem discriminação alguma* por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas *ou de qualquer outra natureza*, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.
2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é *todo ser humano*. [Destaques meus]

Ao tempo de Kant, a humanidade não havia ainda passado pelo salto da Psicologia a partir do qual se entende que o indivíduo é guiado, não primordialmente pela razão, mas pelo inconsciente. Passou a se entender que, nas palavras de Freud, o “Eu não é senhor da sua própria casa”⁵⁸.

Por isso, parece mais adequada a fundamentação da dignidade humana, não na racionalidade⁵⁹, mas na empatia⁶⁰, vez que é esta, e não a racionalidade, que une os seres humanos. E, sendo ela o alicerce, o dever de tratar o outro com respeito à sua dignidade não é mais tão um dever *para com o outro* quanto é um dever *para consigo mesmo*. Como poderia

⁵⁷ Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 11. Jul. 2018.

⁵⁸ Apud SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

⁵⁹ Não desconsidero a importância da racionalidade para a promoção de valores caros à sociedade, tais como segurança, igualdade, liberdade. Pelo contrário, No Capítulo II deste trabalho, será abordado uma proposta de procedimento de cognição judicial que, por meio da racionalidade moral, estabeleça julgamentos mais imparciais, independentes e em conformidade com a dignidade humana aqui defendida.

⁶⁰ Para Lynn Hunt, os direitos humanos nasceram a partir da empatia criada pelo movimento literário do Romantismo. Veja-se: HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

alguém negar a dignidade no outro sem que, com isso, negue a empatia em si mesmo e, por consequência, a dignidade em si próprio?

A dignidade no indivíduo exigiria que ele exercesse empatia, acolhendo, consequentemente, inclusive, o imperativo categórico de Kant, que é a máxima "Age de maneira que possas querer que o motivo que te levou a agir seja uma lei universal"⁶¹. A empatia, já que é a capacidade de se colocar no lugar do outro⁶², é uma postura de natureza transindividual; isto é, que transborda a individualidade do agente. Poderia alguém ser empático sem que com isso estivesse se comportando como se o motivo de sua ação fosse uma lei universal?

Kant oferece exemplo de um agir que não atenderia ao imperativo categórico: o indivíduo que obtém dinheiro emprestado sem a intenção de restituir o empréstimo. Essa motivação não poderia ser uma lei universal, visto que, se todos pedissem empréstimo sem que tivessem intenção de restituí-lo, ninguém emprestaria dinheiro a qualquer pessoa que fosse. O agir empático se disporia a atender o desejo do outro de ter restituído o que emprestou, podendo ser uma lei universal, já que seria harmônico com a operacionalidade de empréstimos.

Sendo um dever respeitar a própria dignidade, por meio da empatia, não se condiciona o tratamento respeitoso ao outro à presença de dignidade no outro. Isso, se internalizado também culturalmente, pode ser um poderoso instrumento contra a desumanização simbólica do outro para fins de negar-lhe direitos. Nesse sentido:

(...) To the contrary, as Jonathan Glover documents in his wonderful book, *Humanity: A Moral History of the Twentieth Century*, one of the features that characterized many of the most violent and destructive acts of the twentieth century was the humiliation and symbolic degradation of the victims. It seems to be a deeply rooted part of human nature that human beings are able to engage more easily in the most horrifying behavior toward one another if at the same time they expressively deny the humanity of their victims⁶³.

⁶¹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

⁶² HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

⁶³ ROSEN, Michael. *Dignity: Its History and Meaning*. Harvard: Harvard University Press, 2012.

Como afirma Rosen, para Kant, o agir correto, isto é, de acordo com a dignidade humana, é aquele que é respeitoso – porque em relação ao outro - e respeitável – na porque é “comportamento dignificado” pela empatia -, concomitantemente. Na proposta aqui defendida, seria respeitoso observando o valor intrínseco do outro, que independeria da racionalidade deste, ou mesmo de sua empatia⁶⁴; e respeitável, porque empático. Assim, talvez pudéssemos falar, não num “imperativo categórico”, mas numa dignidade categórica, não hipotética; ou seja, que não dependeria de condição alguma na pessoa do outro.

Portanto, a proposta conceitual que defendo não pretende negar a contribuição kantiana. Pelo contrário, busco, a partir da teoria de Kant, formular uma dignidade categórica, fundamentada na simples (e poderosa) empatia, que imporia o dever de tratamento respeitoso e respeitável, que sempre considere a pessoa como um fim em si mesmo. A divergência em relação a Kant é no tocante ao dever de reverência à moralidade, pelo que, conforme as ideias do filósofo prussiano, o indivíduo deveria, inclusive, desistir de sua vida se isso fosse necessário para resguardar o valor da moralidade; como já apontado anteriormente.

Minha intenção é elevar ao máximo grau a ideia do “fim em si mesmo”: o indivíduo não precisaria compartilhar da racionalidade moral (nem da empatia) do restante da sociedade para ter dignidade; já que ele próprio seria um fim em si mesmo, e não instrumento da manutenção de valores socialmente comungados. Desse modo, o agir correto imporia uma postura respeitosa - porque considera a pessoa como um fim em si mesmo, com valor intrínseco - e respeitável - porque trata o outro com empatia, apesar das próprias tendências do próprio sujeito empático, e reconhece, conseqüentemente, a dignidade do próprio agente.

⁶⁴ Em certos casos, de pessoas com histórico de vida lastimável em razão de fatalidades impostas pelas contingências da vida, seria crueldade exigir-lhes empatia. Parece ser no mesmo sentido o que Nietzsche pretende nesta frase: "Piedade para todos' - isso seria crueldade para ti, senhor meu vizinho!" (NIETZSCHE, Friedrich. Além do Bem e do Mal (tradução de Paulo César de Souza). São Paulo: Companhia das Letras, 2ª ed. 2002).

CAPÍTULO II

1. A RACIONALIDADE DO ESTADO-JUIZ E A HUMANIDADE DO JUIZ ENQUANTO PESSOA

I had been trained to regard the law as a system of rules and precedents, of categories and concepts, and the judge had been spoken of as an administrator, austere, remote, “his intellect a cold logic engine,” who, in that rarified atmosphere in which he lived coldly and logically determined the relation of the facts of a particular case to some of these precedentes (...)⁶⁵

O excerto acima data de 1929, do juiz estadunidense Joe Hutcheson, escrito quando tratava do “julgamento intuitivo”. Apesar de já não tão recente, o discurso demonstra uma angústia ainda atual. O dever de imparcialidade, mais do que uma obrigação para com as partes, que têm direito a um julgamento justo, é uma imposição da própria lógica – dialética – processual, de como esta é pensada e projetada. Não é suficiente a equidistância do julgador em relação às partes⁶⁶.

Nesse sentido, Francesco Carnelutti, clássico processualista italiano, afirma que “nenhum homem, se pensasse no que é necessário para julgar outro homem, aceitaria ser juiz”⁶⁷. Isso porque, afirma o autor, para julgar, é necessário não ser parte. E no conceito de “parte” convergiam o ser e o não ser: A é A, e não é B. Pelo simples fato de ser, já se assume uma parte, já se nega ser um outro ser. Ou seja, do juiz, exige-se que supere a dimensão humana: “Isto, de ser o juiz um homem e de dever ser mais que um homem, constitui o seu drama”⁶⁸.

⁶⁵ *Apud* HAIDT, Jonathan. *Moral Psychology and the Law: How Intuitions Drive Reasoning, Judgment, and the Search for Evidence*. In: *Alabama Law Review*. Alabama, 2013. Disponível em: www.law.ua.edu/pubs/lrarticles/Volume%2064/Issue%204/4%20Haidt%20867-880.pdf/.

⁶⁶ Não à toa fala-se em imparcialidades objetiva e subjetiva. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

⁶⁷ CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. São Paulo: Pílares, 2009. p. 45.

⁶⁸ *Ibidem*. p. 43.

Ao juiz são apresentadas duas versões, contrastantes entre si, e que conduzem a conclusões diferentes⁶⁹. Parece, então, não fazer sentido a posição do julgador se não houver possibilidade de este analisar, com igual atenção, todas as (opostas) razões apresentadas.

No entanto, os atuais estudos em teoria da decisão têm demonstrado que essa concorrência exatamente paritária das partes não é possível. Não apenas por o juiz ter possivelmente *a priori* uma maior identificação com a pessoa A ou com a B, mas também porque têm se mostrado mecanismos psicológicos pelos quais se limitam as informações consideradas na descoberta da decisão. Embora o princípio do contraditório seja um instrumento processual eficaz no sentido de produzir razões plurais para o processo, os juízes, como todos os seres humanos, não são tão racionais como se deseja e, assim, não raro são influenciados por motivos aleatórios e questionáveis.

São exemplos de meios que fazem óbice à (desejada) lógica fria e racional dos juízes: viés confirmatório, pelo qual o pesquisador reputa apenas os dados que confirmam sua hipótese⁷⁰; paradoxo do concreto/abstrato, pelo qual se dá mais relevância a determinadas afirmações, apenas por apresentarem maior concretude⁷¹; efeito ancoragem, pelo que um valor numérico anterior e aleatoriamente aventado é tomado como referência para, por exemplo, ser determinada a pena de um réu⁷²; efeito beleza, por que pessoas belas são, automaticamente, vistas como bons indivíduos⁷³; viés do *status quo*, segundo o qual, em caso de esgotamento mental ou dúvida, acaba-se por seguir o que já está estabelecido⁷⁴.

Esses mecanismos potencializam a possibilidade do comprometimento do juiz com apenas uma das hipóteses, em óbice àquela pretendida isenção. Algumas situações processuais, porque em sua natureza exigem um compromisso do juiz com a medida a ser tomada, tornam a consciência do julgador ainda mais vulnerável àqueles mecanismos, são, por exemplo, as de: papel ativo na atividade probatória, participação na investigação

⁶⁹ Se não houver divergência quanto à causa de pedir, ao menos haverá quanto aos pedidos. Estou tratando aqui da relação processual em que necessariamente há uma lide, ou seja, segundo a clássica definição, uma pretensão resistida ou não satisfeita.

⁷⁰ HAIDT, Jonathan. Moral Psychology and the Law: *How Intuitions Drive Reasoning, Judgment, and the Search for Evidence*. In: Alabama Law Review. Alabama, 2013. Disponível em: www.law.ua.edu/pubs/lrarticles/Volume%2064/Issue%204/4%20Haidt%20867-880.pdf/.

⁷¹ STRUCHINER, Noel. TAVARES, Rodrigo de Souza. Como os Juízes Decidem os Casos Difíceis do Direito? In: *Novas Fronteiras da Teoria do Direito: da Filosofia Moral à Psicologia Experimental*. Rio de Janeiro: Pod Editora, 2015.

⁷² SHECAIRA, Fábio Perin. STRUCHINER Noel. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*.

preliminar, imposição de medidas cautelares. Não sem motivo Aury Lopes Jr. mostra que esses poderes judiciais são contrários ao sistema penal acusatório, não inquisitivo⁷⁵. Isso porque, nas palavras do professor da UFRJ Geraldo Prado⁷⁶:

A ordem das coisas colocadas no processo permite, pragmaticamente, constatarmos que a ação voltada à introdução do material probatório é precedida da consideração psicológica pertinente aos rumos que o citado material, se efetivamente incorporado ao feito, possa determinar. (...) quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador.

Embora eficientes na formação da convicção, aqueles mecanismos psicológicos não são declarados, não justificam as decisões⁷⁷ - porque costumam acontecer de forma inconsciente e também porque os juízes não raro iludem a si mesmos com a ideia de “mero cumprimento da lei”⁷⁸. Ou seja, são substanciais à *descoberta* da conclusão, mas, em seu lugar, outras considerações, propriamente jurídicas, formam a *justificação* dessa mesma conclusão⁷⁹. Outra exposição de Hutcheson elucida essa lógica:

[W]hen the case is difficult or involved, and turns upon a hairsbreadth of law or of fact . . . I, after canvassing all the available material at my command, and duly cogitating upon it, give my imagination play, and brooding over the cause, wait for the feeling, the hunch—that intuitive flash of understanding which makes the jump-spark connection between question and decision, and at the point where the path is darkest for the judicial feet, sheds its light along the way. (...) I speak now of the judgment or decision, the solution itself, as opposed to the apologia for that decision I speak of the

⁷⁵ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

⁷⁶ PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Disponível em:

⁷⁷ Presumo que as decisões serão conforme as conclusões apresentadas.

⁷⁸ HAIDT, Jonathan. Moral Psychology and the Law: *How Intuitions Drive Reasoning, Judgment, and the Search for Evidence*. In: Alabama Law Review. Alabama, 2013. Disponível em: www.law.ua.edu/pubs/lrarticles/Volume%2064/Issue%204/4%20Haidt%20867-880.pdf/.

⁷⁹ Sobre descoberta e justificação: SHECAIRA, Fábio Perin. STRUCHINER Noel. Teoria da Argumentação Jurídica. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016.

judgment pronounced, as opposed to the rationalization by the judge on that pronouncement.⁸⁰

No contexto brasileiro, essa metodologia também já foi expressamente assumida por Marco Aurélio de Melo, ministro do STF:

Se existe algo que o juiz tem que ter para decidir as causas é sensibilidade. O juiz trabalha com menos paixão que o advogado, o que não significa que ele seja inanimado. Tem que ter emoção nessa decisão. Primeiro deve-se constatar uma solução justa e depois dar a essa solução justa uma roupagem jurídica. Justiça é algo que se sente.⁸¹

Esse, portanto, é um método bastante diferente em relação àquele em que o juiz teria sido treinado – o racionalista, de acordo com o qual os operadores do direito seriam capazes de pensar e decidir segundo uma “lógica fria”, guiada estritamente por razões plausíveis e legitimamente justificadoras. Jonathan Haidt, psicólogo social e professor de Ética na Universidade de Nova Iorque, chama a crença nesta metodologia de “ilusão racionalista”, que, em suas palavras, é: “The belief in a reliable faculty of reasoning, capable of operating effectively and impartially even when selfinterest, reputational concerns, and intergroup conflict pull toward a particular conclusion”.

Desse modo, Haidt afirma que o dito por Hutcheson – e, *mutatis mutandis*, Marco Aurélio - a respeito de como juízes e advogados trabalham não está apenas correto descritivamente, mas também de modo prescritivo⁸²: as decisões judiciais em casos moralmente carregados deveriam mesmo ser entendidas como fruto de um impulso intuitivo, e que somente sua (posterior) justificação, poderia acontecer de maneira racional e detalhada.

2. ENTRE AS POSSIBILIDADES DE *SER DO DEVER SER* COGNITIVO

Apesar dos problemas em se extraírem conclusões normativas de premissas descritivas, Haidt esclarece que, se não é possível a um ser humano pensar da maneira como

⁸⁰ *Apud* HAIDT, Jonathan. *Moral Psychology and the Law: How Intuitions Drive Reasoning, Judgment, and the Search for Evidence*. In: *Alabama Law Review*. Alabama, 2013. Disponível em: www.law.ua.edu/pubs/lrarticles/Volume%2064/Issue%204/4%20Haidt%20867-880.pdf/.

⁸¹ *Apud* SHECAIRA, Fábio Perin. STRUCHINER Noel. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016.

⁸² HAIDT, Jonathan. *Moral Psychology and the Law: How Intuitions Drive Reasoning, Judgment, and the Search for Evidence*. In: *Alabama Law Review*. Alabama, 2013. Disponível em: www.law.ua.edu/pubs/lrarticles/Volume%2064/Issue%204/4%20Haidt%20867-880.pdf/.

pretende a ilusão racionalista, então, esse dado empírico traz consequências práticas e normativas ao Direito⁸³.

Importante observar que o autor está tratando de casos difíceis moralmente carregados. Para os casos em que há uma norma clara e incontestada a ser aplicada, o intuicionismo parece não ter grande relevância. Barbara Spellman e Frederick Schauer, professores na Universidade de Virgínia, afirmam que os chamados “casos difíceis” – dos quais o caso moralmente carregado é um tipo⁸⁴ - são consubstanciados em três formas, em que⁸⁵: I) a linguagem da norma não é clara; II) as normas são várias, e contrastantes entre si; III) a norma oferece ao caso uma resposta (supostamente) errada. No entanto, também admitem casos difíceis em razão de questões de fato - “fact finding”.

Na medida em que o direito probatório impõe balizas para o conhecimento das informações, nas questões de fato há também uma dimensão normativa. Existem normas que impõem presunções, tal como a presunção de inocência (art. 5º, LVII, CRFB); exclusões, tal como a exclusão das provas obtidas por meio ilícitos (art. 5º, LVI, CRFB); *standards* de prova, que são probabilidades mínimas que devem ser observadas para que uma proposição possa ser considerada provada – no processo penal estadunidense, a condenação deve se firmar “além da dúvida razoável”. Nesse sentido, a jurista mexicana Carmen Vázquez afirma que o direito probatório é uma exceção à teoria do conhecimento⁸⁶, uma vez que impõe condições (normativas) à cognição judicial.

Spellman e Schauer, no entanto, afirmam que a autoridade da lei também tem efeito cognitivo⁸⁷. Isso parece certo e evidente em relação ao júri, em que o juiz exclui da análise dos jurados elementos informativos impedidos normativamente. Contudo, outra é a situação em que, por exemplo, o mesmo juiz que reconhece a ilicitude de uma prova (e determina a sua exclusão) julga o caso de que foi extraída essa informação obtida por meio ilícito. Parece razoável supor que esse julgador buscará apenas elementos de informação para confirmar o que a prova ilicitamente produzida houvera indicado.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ STRUCHINER, Noel. TAVARES, Rodrigo de Souza. Como os Juízes Decidem os Casos Difíceis do Direito? *In*: Novas Fronteiras da Teoria do Direito: da Filosofia Moral à Psicologia Experimental. Rio de Janeiro: Pod Editora, 2015.

⁸⁵ SPELLMAN, Barbara. SCHAUER, Frederick. Legal Reasoning. Virginia: Public Law and Legal Theory Working Paper Series 2012-09, 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2000788.

⁸⁶ VÁZQUEZ, Carmen. De la prueba científica a la prueba pericial. Madrid: Marcial Pons, 2015.

⁸⁷ SPELLMAN, Barbara. SCHAUER, Frederick. Legal Reasoning. Virginia: Public Law and Legal Theory Working Paper Series 2012-09, 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2000788.

Por imposição normativa, na *justificação* da decisão podem ser incluídas informações que o julgador considera, cognitivamente, irrelevantes; e podem ser excluídas informações que, de fato, foram decisivas na *descoberta* do conteúdo da decisão e que não poderiam fazer parte da fundamentação⁸⁸. A este último fenômeno, Rui Cunha Martins atribui o nome “contaminação”, uma “mácula do convencimento”⁸⁹, em que “a obsessão com o convencimento acaba perversamente por se transformar num dos principais agentes de incremento aos circuitos contaminadores”⁹⁰. Não por acaso, alguns países optam por destinarem um juiz exclusivamente para a fase instrutória, como exemplo, há o modelo italiano⁹¹.

Desse modo, o fato de algumas informações, por força normativa, comporem ou não a motivação da decisão não indica que as normas têm necessariamente uma dimensão cognitiva. No entanto, aqueles autores norteamericanos parecem concordar que, pelo menos nas questões de fato, em pouco a atividade cognitiva dos operadores do direito se difere em relação à das pessoas leigas: “There is research showing that judges fall prey to the same standard reasoning biases as other mortals (e.g., anchoring, hindsight bias, etc.), even when the problems are framed in a judicial context”⁹².

Mostra-se, portanto, relevante e necessária a análise das decisões judiciais a partir do social intuicionismo de Haidt. Em matéria criminal, seara específica deste trabalho, talvez os juízes estejam mais propensos a considerações morais e a moralismos. Num processo em que se discutem cláusulas contratuais de prestação de serviço há menos margem a considerações práticas substanciais⁹³ do que num outro em que, por exemplo, julga-se uma imputação de estupro.

Jonathan Haidt apresenta um outro modelo de decisão, diferente daquele derivado da “ilusão racionalista”. Para tanto, parte da corrente visão da psicologia segundo a qual a mente humana possui dois sistemas, processos mentais. O sistema 1, também chamado de “cognição

⁸⁸ SPELLMAN, Barbara. SCHAUER, Frederick. Legal Reasoning. Virginia: Public Law and Legal Theory Working Paper Series 2012-09, 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2000788.

⁸⁹ MARTINS, Rui Cunha. O Ponto Cego do Direito: *The Brazilian Lessons*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ GRANDE, Elizabetta. Imitação e Direito: *Hipóteses sobre a Circulação de Modelos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009.

⁹² SPELLMAN, Barbara. SCHAUER, Frederick. Legal Reasoning. Virginia: Public Law and Legal Theory Working Paper Series 2012-09, 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2000788.

⁹³ Explicação

quente”, é rápido, automático e intuitivo; e o sistema 2, também chamado de “cognição fria”, é lento, controlado e deliberativo⁹⁴. Explica:

All brains are neural networks, and they solve problems largely by pattern matching. This sort of process happens rapidly and automatically. When you open your eyes, you recognize objects and faces. You don't have to do any conscious work; your visual system just solves ferociously difficult computational problems nearly instantaneously, and it presents its results to your conscious awareness. This kind of cognition is hundreds of millions of years old. But then there's the kind of cognition that is uniquely human. It uses words, and so cannot be any older than language, which is probably no more than five or six hundred thousand years old. We have the ability to reason using language, but the process is slow and effortful.⁹⁵

Para elucidar a relação entre os dois sistemas, recorre a uma metáfora: a cognição quente seria um elefante enquanto a cognição fria seria seu cavaleiro (“rider”), ou, respectivamente, seriam um presidente e sua secretária(o):

The rider can try to steer the elephant, and if the elephant has no particular desire to go one way or the other, it may listen to the rider. But if it has its own desires, it's going to do what it wants to do. (...) The press secretary of a president serves the president, but it's a partnership. Her job is not to figure out the truth, or to make policy; it is to justify whatever the president and his cabinet have decided to do. She might have some influence on the president—she might be a trusted advisor. But ultimately the president is in charge. He makes the decisions, and the press secretary's specialty is choosing the most persuasive arguments to justify the president's decisions.

O autor propõe uma “nova síntese”, fundada na transição do racionalismo para o intuicionismo. A nova proposta se baseia em três princípios⁹⁶: I) intuições vêm primeiro,

⁹⁴ Haidt explica que “cognição quente” porque tem conexão direta com a ação, enquanto “cognição fria” porque não conectada aos centros comportamentais do cérebro. HAIDT, Jonathan. *Moral Psychology and the Law: How Intuitions Drive Reasoning, Judgment, and the Search for Evidence*. In: Alabama Law Review. Alabama, 2013. Disponível em: www.law.ua.edu/pubs/lrarticles/Volume%2064/Issue%204/4%20Haidt%20867-880.pdf/.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ *Ibidem*.

racionalizações estratégicas, depois; II) há mais para a moralidade do que dano e justiça; III) moralidade cega e enlaça.

Para fins deste trabalho, focarei no primeiro princípio, na linha da distinção entre “descoberta e justificção”, com alguma atenção ao terceiro princípio. Para demonstrar a importância da análise, recorro a um exemplo de situação que Haidt intitula “estupefação moral”⁹⁷.

O psicólogo social entrevistou pessoas, tendo como tema violações que não causariam dano a ninguém, mas que eram tabus. Relata o experimento: apresentou uma situação em que um casal teve seu cachorro morto por atropelamento ocorrido em frente à sua casa. O casal teria ouvido dizer que a carne de cães é muito saborosa. Decidiram cozinhá-lo e, então, comê-lo, sem ninguém ficar sabendo. Ao Haidt perguntar às pessoas o que achavam, obteve, na maioria das respostas, que o casal teria agido de modo errado. Ao indagar o porquê, a resposta mais comum foi algo como “eles podem ficar doente comendo a carne do animal”. O pesquisador esclareceria, então, que a carne teria sido bem cozida, não havendo germes ou qualquer perigo. Mesmo após essa consideração, dificilmente os entrevistados mudaram de posição, simplesmente mandavam sua “secretária”⁹⁸ (sistema 2) buscar outras razões para a justificção do posicionamento. E, se a cognição fria voltava “de mãos vazias”, as pessoas mantinham, mesmo assim, sua posição, afirmando algo como “não sei explicar, mas sei que está errado”⁹⁹.

3. O SÓCIO INTUICIONISMO

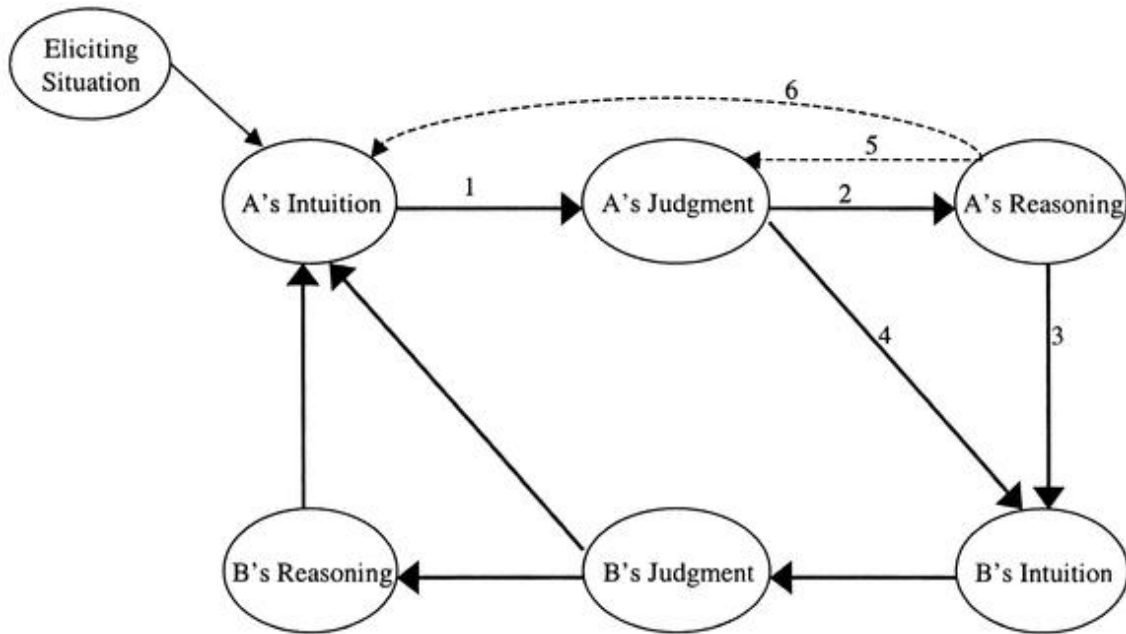
Com esses dados, Haidt propõe o modelo social intuicionista, explanado na seguinte figura¹⁰⁰:

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ Isto é, a secretária que *justifica* a *descoberta* do presidente, na metáfora utilizada por Haidt.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ *Ibidem*.



A partir de um fato ensejador, irrompe a *intuição*, que é¹⁰¹:

(...) o súbito aparecimento na consciência, ou na margem da consciência, de um sentimento avaliativo (gosto-desgosto; bom-mau) sobre o caráter ou ações de uma pessoa, sem qualquer consciência de se ter passado pelos passos da busca e balanceamento de evidências, ou pela inferência controlada de uma conclusão.

A seta 1 indica a transição da intuição para o *juízo moral*, isto é, para uma “experiência consciente de uma condenação ou condecoração incluindo uma crença na correção ou incorreção da conduta”¹⁰². Por sua vez, a seta 2 representa o raciocínio justificador do julgamento. Haidt aponta que esse raciocínio *post hoc* é feito por A como preparação à possibilidade de ter de justificar (seta 3) sua posição a outra pessoa, B¹⁰³. É um raciocínio pré-ensaiado. A seta 4 indica o que Haidt intitulou “elo da persuasão social”. Esse fenômeno é a tendência geral de as pessoas serem influenciadas pelo julgamento dos outros indivíduos, mesmo que nenhuma razão para tanto seja oferecida¹⁰⁴. Explica que “We are, to some extent, sheep and lemmings. We are very influenced by what those around us are doing.

¹⁰¹ STRUCHINER, Noel. TAVARES, Rodrigo de Souza. Como os Juizes Decidem os Casos Difíceis do Direito? *In*: Novas Fronteiras da Teoria do Direito: da Filosofia Moral à Psicologia Experimental. Rio de Janeiro: Pod Editora, 2015.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ HAIDT, Jonathan. Moral Psychology and the Law: *How Intuitions Drive Reasoning, Judgment, and the Search for Evidence*. *In*: Alabama Law Review. Alabama, 2013. Disponível em:

www.law.ua.edu/pubs/lrarticles/Volume%2064/Issue%204/4%20Haidt%20867-880.pdf/.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

If we like them, if they're on our team, then we're going to be more strongly influenced”¹⁰⁵. Já as setas 5 e 6 mostram a possibilidade de A, a partir do raciocínio justificador, poder tomar, ou outra intuição, ou outro julgamento a respeito da intuição inicial¹⁰⁶. E estão pontilhadas porque, segundo o autor, ocorrem com menos frequência:

Do you think that you do this once a day or more? For most of us, probably not. Yet think how many moral judgments you make every day—while reading the newspaper, while driving on busy roads, or just while interacting with people. Dozens? Hundreds? It's just so easy for us to go with our first judgment, and it is so difficult for us to seek out evidence that disconfirms that judgment.¹⁰⁷

Haidt acrescenta que o maior obstáculo para se rever a intuição inicial é o mecanismo do viés confirmatório e, por isso, este mecanismo de convicção mereceria atenção dos estudiosos do Direito:

I think the confirmation bias is among the most important psychological ideas that can be taught in a law school. Just think about police interrogators who have a hunch that a suspect is guilty. They're going to do everything they can to confirm that hunch, and precious little to disconfirm it. They will often arrive at a false positive—evidence that an innocent person is guilty. This is one reason why it's so valuable to have an adversarial legal system—somebody is appointed on each side to try to disconfirm the arguments of the other side.¹⁰⁸

Para ilustrar a influência do viés confirmatório, Haidt expõe um experimento em que várias pessoas, adultos e crianças, devem indicar qual bolo faria mais mal à saúde, o de cenoura, ou o de chocolate. Cada indivíduo, um por vez, a partir de sua intuição inicial, tomaria oito cartas, que teriam a imagem de uma pessoa doente, especificadamente

¹⁰⁵ *Ibidem*. p. 872/873.

¹⁰⁶ Importante ressaltar que a variação do grau de fiabilidade atribuído a uma proposição pode ter grande importância prática. A sentença penal tem efeitos civis e, desse modo, grande é a diferença entre a absolvição por falta de provas e a absolvição por prova da inocência. Assim, ainda que a correção da intuição inicial seja confirmada num novo julgamento, essa confirmação pode variar em grau de certeza e, assim, ter relevância prática.

¹⁰⁷ HAIDT, Jonathan. *Moral Psychology and the Law: How Intuitions Drive Reasoning, Judgment, and the Search for Evidence*. In: *Alabama Law Review*. Alabama, 2013. Disponível em:

www.law.ua.edu/pubs/lrarticles/Volume%2064/Issue%204/4%20Haidt%20867-880.pdf/.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

demonstrado que em decorrência da ingestão de um dos bolos. Na maioria dos casos, a pessoa mantinha sua intuição inicial, ainda que apenas uma das cartas a confirmasse e todas as outras sete cartas dissessem que o outro bolo fazia mais mal.

Nesse sentido, no processo penal, não poucas vezes o juiz não cumpre aquele papel “supra-partes”¹⁰⁹, porque se compromete previamente com sua intuição. E por esse motivo as questões de fato podem apresentar mais permeabilidade a considerações práticas, afastando as ponderações teóricas (não práticas)¹¹⁰ em prol da manifestação moral do julgador. Assim, o processo de conhecimento, nesses casos, passa não tanto a ter o (pretendido) papel de “conhecimento” quanto a ter a função de apenas rotular o imputado. O próximo capítulo tratará dessa interferência das ponderações práticas no âmbito teórico.

¹⁰⁹ Expressão usada por Carnelutti para designar a exigência ao juiz de superação de sua natureza humana. CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. São Paulo: Pilares, 2009.

¹¹⁰ Shecaira e Struchiner explicam que o argumento teórico pretende estabelecer conclusão a respeito de como as coisas *são*, enquanto o argumento prático pretende apresentar conclusão relativa a como as coisas *devem ser*. SHECAIRA, Fábio Perin. STRUCHINER, Noel. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016.

CAPÍTULO III

1. EVIDÊNCIA, INTUIÇÃO MORAL, CRENÇA E PROCESSO DEMOCRÁTICO

Apesar de fazê-lo numa dimensão diferente, à semelhança de Jonathan Haidt, Rui Cunha Martins também se ocupa do fato de que decisões são influenciadas por elementos questionáveis. Sua análise, contudo, não tem foco no procedimento mental do julgador, a atenção é voltada à sistemática processual penal, valendo-se de categorias como evidência, crença, convicção, prova, verdade. Apesar disso, a aproximação entre os dois autores parece pertinente, visto que o sistema processual penal não tem operacionalidade sem o julgador – e seus fenômenos mentais –, e vice-versa.

Um primeiro objeto, que é cerne da obra do autor português e que o aproxima do norte-americano, é a *evidência*. “Diz-se evidente o que dispensa a prova”¹¹¹, ou seja, é o que pretende ter uma “justificação centrada em si mesmo”¹¹². Por conta dessa autorreferencialidade, a evidência é uma “vertigem anticrítica e antidemocrática – isto é, para todos os efeitos, antimediativa”¹¹³. Por isso, num sistema penal democrático, a força “contaminadora” da evidência à prova deve ser obstada, de modo que a formação das decisões ocorra por meio da dialética do contraditório e por critérios racionais, passíveis de verificabilidade. Ou seja, as evidências devem ser constrangidas, cedendo espaço às provas.

Importa fazer neste momento uma digressão, para esclarecer a ideia de contraditório e processo democrático premissa deste trabalho. Explicando o conceito de “processo” para Elio Fazzalari – que é o “procedimento em contraditório” –, Aury Lopes Jr. afirma que, assim, a atuação do Estado passa a ser condicionada à participação dos jurisdicionados, por meio do contraditório¹¹⁴. Este, então, não é apenas um direito das partes, mas também uma condição de conhecimento dos fatos e de validade dos atos processuais, constituindo o processo numa estrutura dialética. Desse modo, o contraditório é fundamental a um processo democrático.

Afirma Norberto Bobbio que liberdade e igualdade são as ideias basilares de uma democracia¹¹⁵. Pela liberdade, o cidadão se submete somente às leis de que participou ou a que consentiu¹¹⁶. E, pela igualdade, o indivíduo está imune à arbitrariedade, isto é, à ausência

¹¹¹ MARTINS, Rui Cunha. O Ponto Cego do Direito: *The Brazilian Lessons*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. pág. 2.

¹¹² *Ibidem*. pág. 2.

¹¹³ *Ibidem*. pág. 2.

¹¹⁴ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. pág. 39.

¹¹⁵ BOBBIO, Norberto. Liberdade e Igualdade. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. pág. 7/10.

¹¹⁶ *Ibidem*. pág. 7/10.

de critérios para a atuação estatal¹¹⁷; podendo, portanto, aferir e comparar o tratamento dispensado a si e às demais pessoas. O direito de ser informado e de reagir processualmente, com efetivo poder de convencimento e como condição de validade dos atos processuais, materializa esses dois valores: pelo contraditório, o jurisdicionado participa da produção da sentença, exercendo a liberdade, e exige e argumenta em favor de uma decisão com base em critérios compartilhados (jurídicos e racionais), exigindo a igualdade.

As características da evidência - antidemocrática, porque produtora de uma convicção não discutida, não construída conjuntamente, com oportunidade de as partes nela influírem - poderiam ser atribuídas também à intuição moral, promovida pelo sistema 1¹¹⁸, rápido e acrítico. A “estupefação moral” descrita por Haidt elucidada bem essa aproximação: os entrevistados responderam que não sabiam por que razão, mas seria, sim, errado comer a carne do cachorro de estimação morto por atropelamento mesmo quando afastadas as possibilidades de dano à saúde dos donos do animal¹¹⁹. Ou seja, a sua certeza fazia referência a si mesma, não apontava critérios de verificabilidade. No mesmo sentido é a explicação do juiz Hutcheson a respeito de como tomava uma decisão judicial: depois de revisitar todo o material jurídico disponível, colocava sua imaginação em atividade, meditava sobre a causa, e, finalmente, “esperava” pela *sensação*, pelo palpite, que promoveria a conexão entre o caso e a decisão¹²⁰.

A sensação, o sentir, aliás, está intimamente ligado à crença, que é expressão psicológica da evidência¹²¹. Martins expõe que a crença é um “saber tácito”¹²², que se apresenta “como um pressuposto primordial de *sentir* o mundo”¹²³ [destaque meu], e que, por isso, ela é “renitente a esforços analíticos à sua própria descodificação teórica”¹²⁴. Por isso, relacionada à intuição moral, uma vez que esta é um “sentimento avaliativo”, como exposto no capítulo anterior. Daí a apatia de ambas, crença e intuição moral, à discussão, ao contraditório e, portanto, a um procedimento democrático. Nesse mesmo sentido, Martins afirma:

¹¹⁷ *Ibidem*. pág. 7/10.

¹¹⁸ Instrumento teórico utilizado por Haidt e abordado no capítulo anterior.

¹¹⁹ Experimento realizado por Haidt e explicitado no Capítulo II deste trabalho acadêmico.

¹²⁰ O excerto de Hutcheson foi reproduzido também no Capítulo II deste trabalho acadêmico.

¹²¹ MARTINS, Rui Cunha. O Ponto Cego do Direito: *The Brazilian Lessons*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. pág. 2.

¹²² *Ibidem*. pág. 2.

¹²³ *Ibidem*. pág. 2.

¹²⁴ *Ibidem*. pág. 33.

A crença institui o real no qual ela crê. Dá por adquirido o seu objeto (...). Ela joga por antecipação, dispensando-se das tarefas de determinação e despistagem¹²⁵ (...). “Ela salta diretamente para o ato, prescindindo da construção cognitiva do objeto motivo pelo qual a crença no real não é uma ilusão mas é alucinatória: nós cremos no mundo e no eu sem esperar justificação nem confirmação, a aparente autossuficiência da sua realidade dispensa verificação”¹²⁶.

2. A MAQUINARIA PROCESSUAL DA CONVICÇÃO

O filósofo lusitano apresenta duas vias pelas quais a crença se infiltra no âmbito probatório:

O dispositivo probatório comporta, em termos funcionais, um duplo mecanismo: uma maquinaria processual das convicções e uma maquinaria processual das expectativas. Manda o cânone que só a primeira conte. Mas ela, na sua dinâmica, também move a segunda. Move-se com ela. Em rigor, operam em conjunto, ou, o que é dizer mais, derramam a respectiva matéria no sistema uma da outra. Compreensivelmente, derramam também os elementos de contágio que cada uma delas produz. Em termos de processo probatório, direi assim: a maquinaria produtora de convicções é o mecanismo onde, em matéria de contaminação, a evidência se manifesta a nível interno, correspondendo a uma contaminação da prova por dentro, interna à fronteira jurídica classicamente entendida; já maquinaria agenciadora das expectativas é o mecanismo responsável por movimentos da evidência a partir do exterior, correspondendo a uma contaminação da prova vinda de fora para dentro daquela putativa fronteira jurídica¹²⁷.

Em ambas as maquinarias as questões de fato são passíveis de interferências indevidas de considerações práticas. Ressalve-se desde já, contudo, que há argumentação prática envolvida em tentativas de responder a questões de fato. Não sem função existe o direito probatório: presunção de inocência, exclusão de provas obtidas por meios ilícitos, são exemplos de disposições normativas – diga-se de passagem, pertencentes, portanto, à

¹²⁵ *Ibidem*. pág. 32.

¹²⁶ GIL, Fernando; LIVET, Pierre; CABRAL, João Pina (coordenads.). O Processo da Crença. Lisboa: Gradadiva, 2004. *Apud* MARTINS, Rui Cunha. O Ponto Cego do Direito: *The Brazilian Lessons*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. pág. 32.

¹²⁷ MARTINS, Rui Cunha. O Ponto Cego do Direito: *The Brazilian Lessons*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. pág. 40.

maquinaria processual das convicções, uma vez que internas à fronteira jurídica -, que se traduzem numa “exceção à teoria do conhecimento”, impondo um *dever ser* no campo do *ser*.

Martins aponta dois “operadores de contágio” da prova pela evidência que são próprios do cenário interno da fronteira jurídica: a adesão e a confiança. Quanto à primeira, expõe que “implica, como nenhum outro o poderá fazer, um desejável distanciamento face ao caráter mais impulsivo e menos corrigido da crença”¹²⁸.

Isso porque, explica, a adesão à crença se dá por meio de dois fatores, que afetam a revisão desta: *avaliação* e *investimento*. Pela avaliação, a crença é filtrada por critérios racionais inerentes a um dado grupo de que o sujeito faz parte. De outro modo, pelo investimento, a manifestação psicológica da evidência guarda relação com as preferências subjetivas do indivíduo¹²⁹.

Apesar desse potencial de afastar a impulsividade da crença, a adesão não é garantia plena de uma revisão criteriosa. Isso porque a avaliação e o investimento, cujos critérios são diferentes entre si, podem existir na adesão em diversos graus: “adere-se com níveis de comprometimento e de aceitação que variam em função do modo efetivo de incorporação da crença”¹³⁰.

Nesse sentido, a avaliação pode existir em grau mínimo, enquanto o investimento, em proporção máxima. A fé religiosa é dada por Rui Cunha Martins como o exemplo clássico dessa maleabilidade, seria o âmbito em que o investimento suplanta a avaliação, isto é, a atuação de critérios racionais de plausibilidade. Pelo investimento, o movimento é unicamente de comprometimento com a crença. Instaura-se uma adesão tal na fé religiosa que “qualquer ponderação depois dela seria pedante”¹³¹. Esse também seria o caso da “estupefação moral”, identificada por Haidt e já indicada anteriormente.

Essa ameaça do investimento contra a avaliação pode ser particularmente danosa no processo penal, em que geralmente está em jogo a liberdade e a reputação social do imputado. Nessa situação de primado do investimento, a *descoberta* da decisão se dará, portanto, com base em preferências subjetivas do julgador, dispensando critérios racionais de plausibilidade,

¹²⁸ *Ibidem*. pág. 31.

¹²⁹ *Ibidem*. pág. 34.

¹³⁰ *Ibidem*. pág. 33.

¹³¹ *Ibidem*. pág. 34.

que garantiriam, além de uma maior segurança quanto ao decidido, a oportunidade de defesa e do contraditório.

O dever de motivação da decisão, embora, segundo Ferrajoli, seja a “garantia das garantias”¹³², de pouco pode valer para uma decisão criteriosa quando a adesão se dá primordialmente pelo investimento. Este seria o meio pelo qual, de fato, seria descoberta a decisão. A avaliação tão somente serviria como a secretaria (de Haidt) para justificar o anteriormente decidido pela via do investimento, das preferências subjetivas do julgador.

Quanto ao segundo operador de contágio interno à fronteira jurídica, Martins argumenta que, quando a adesão ou a crença são máximas, tomam o nome de *confiança*¹³³, a qual:

Não se opõe propriamente à prova. É mais sério do que isso, torna-a desnecessária. O que há para provar ali onde nenhuma inquietude, nenhuma incerteza e nenhuma perturbação na força ostensiva do real pode instalar-se? A confiança tem contrato implícito com a evidência. Epistemicamente falando, o exercício da confiança corresponderá a uma crença declaradamente não fundada¹³⁴.

O filósofo esclarece que a confiança é um consciente “crer na crença”. É expressão máxima da evidência, saindo fora do âmbito da argumentação, com ambição de alcançar o corpóreo, o sensível¹³⁵. Ela parece, desse modo, ser expressão sensível do aforismo popular “contra fatos não há argumentos”. A confiança, portanto, não negocia com a discussão. Em termos de descoberta e justificação, é uma descoberta que não se justifica, embora com ela se possa apresentar uma justificação, artificial. A confiança se mostra, então, ameaçadora a um processo democrático, pois não expõe as razões que de fato a geraram, inviabilizando um contraditório efetivo.

Além de não ser mediadora, pode ser uma poderosa força motriz do *viés confirmatório* destacado por Haidt, isto é, do procedimento de busca apenas de elementos que interessem à

¹³² FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón: *Teori del Garantismo Penal*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000. Apud MARTINS, Rui Cunha. O Ponto Cego do Direito: *The Brazilian Lessons*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. pág. 57.

¹³³ MARTINS, Rui Cunha. O Ponto Cego do Direito: *The Brazilian Lessons*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. pág. 34.

¹³⁴ *Ibidem*. pág. 34/35.

¹³⁵ *Ibidem*. pág. 35.

confirmação da hipótese, ainda que o façam de maneira leviana, sem plausibilidade razoável. Franco Cordero apontou fenômeno semelhante, o “primado da hipótese sobre os fatos”¹³⁶.

Parece ser uma via bastante instrumental para a justificação da confiança, ainda quando os indícios têm baixa densidade probatória, o raciocínio conhecido como *inferência para a melhor explicação* (IME). Os professores Fábio Shecaira e Noel Struchiner ensinam que o esquema geral da IME é¹³⁷:

1. F é um conjunto de fatos.
2. A hipótese H explica F.
3. Nenhuma outra hipótese explica F tão bem quanto H.

Logo,

4. H é verdadeira.

A IME é uma história construída, e, por isso, se entendida como meio de descoberta e não de justificação, é um terreno fértil para haver mais investimento do que avaliação; ou seja, para haver mais expressão da vontade do que do conhecimento. Se apenas meio de justificação, e não de descoberta, porque é mesmo uma história construída, pode ser um instrumento efetivo de procura e exposição de elementos informativos apenas para sustentar publicamente a prévia confiança, isto é, a anterior crença declaradamente não fundada.

Não se nega que, dados os elementos informativos num processo, algumas hipóteses os explicarão melhor do que outras. Não está sendo questionado o potencial da IME de promover uma hipótese plausível ou uma forte convicção. A insurgência aqui é contra o seu modo de operar, que se mostra mais danoso ainda se considerado, justamente, o seu potencial de gerar uma forte convicção. Nesse ponto são necessárias as palavras de Foucault:

É contra um mundo sem ordem, sem encadeamento, sem formas, sem beleza, sem sabedoria, sem harmonia, sem lei, que o conhecimento tem de lutar. É com ele que o conhecimento se relaciona. Não há nada no conhecimento que o habilite, por um direito qualquer, a conhecer esse mundo. Não é natural à natureza ser conhecida. (...) O conhecimento só

¹³⁶ *Apud*. LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

¹³⁷ SHECAIRA, Fábio Perin. STRUCHINER Noel. Teoria da Argumentação Jurídica. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016. pág. 146.

pode ser uma violação das coisas a conhecer e não percepção, reconhecimento, identificação delas ou com elas¹³⁸.

Considerada essa perspectiva, talvez o que mais importa sejam os valores reproduzidos na busca dessa “violação das coisas” que é o conhecimento, seja qual for a forma pela qual é obtido. A IME é uma política cognitiva. A estrutura de um argumento indutivo tradicional tem como referencial dados probatórios, a partir dos quais se chega à conclusão, à hipótese. Na IME, pelo contrário, o referencial é a hipótese, a partir da qual se alcançam os fatos probatórios, isto é, aqueles que, já anteriormente à inferência para a melhor explicação, eram tidos como aceitos, provados. Difícil não reverberarem as palavras já mencionadas de Franco Cordero: “primado da hipótese sobre os fatos”. Ainda que o argumento seja apenas a justificação, e não a descoberta da decisão, sua construção sob a estética da descoberta tem um papel imprescindível – é a partir da fundamentação que as decisões são revistas, controladas. Por isso, se não é possível que em determinados casos a descoberta seja feita por uma via racional, não intuitiva, é necessário que, ao menos, a decisão seja justificável.

Neste ponto, convém reproduzir, mais uma vez, a indagação de Martins a respeito da confiança: “O que há para provar ali onde nenhuma inquietude, nenhuma incerteza e nenhuma perturbação na força ostensiva do real pode instalar-se?”. O ponto de chegada sendo indiscutível, a IME se apresenta como caminho irresistível. Assim, a hipótese, “a melhor explicação”, gera o efeito de “encaixe perfeito”, a *sensação* do real, do inevitável, porque é o que melhor explica a “realidade”, os fatos probatórios.

A explicação cria realidade. Uma explicação que justifica. “Como as coisas são”. Normalidade. Encurtamento entre ser e dever ser. Quando Antígona teve seu irmão morto e o enterro deste negado, *justificou* às autoridades o seu direito de sepultá-lo com base numa *explicação* da realidade, a saber, a honra aos deuses, que estariam acima de qualquer autoridade terrena. Nessa história, e no direito natural, no direito de como as coisas devem ser porque assim são, as fronteiras do *ser* e do *dever ser* são borradas, de modo que um se confunde com o outro. Essa ode à normalidade e o consequente encurtamento entre o ser e o dever ser também estão presentes na IME: a hipótese explica – e nesse mesmo momento ela se justifica - os fatos porque desse modo as coisas costumam ser. Nesse caso, a explicação cria e justifica a “realidade”. Por uma postura de investimento ou confiança Antígona

¹³⁸ FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: NAU, 2003. Pág. 18.

explicou e justificou o sepultamento do irmão. Por uma postura de investimento ou confiança a IME explica (os fatos) e justifica (a decisão).

Poderia H ser construída por um ato puramente de conhecimento, e não por um ato de vontade? Daniel González Lagier expõe que o conceito de “causa” é demasiado simplificador. Anteriormente a um acontecimento, existem diversos fatores que confluem para que este ocorra e que não raro, não apenas um, mas vários deles são determinantes para tanto. Nesse sentido, o autor fala em “contexto causal”. A “causa” seria uma *escolha* feita entre os elementos desse contexto¹³⁹. Na IME, do mesmo modo, não só H é uma explicação construída – e escolhida – como causa, mas também o próprio contexto de que surgiria essa hipótese é construído e escolhido, podendo ser elaborado de tal modo que H seja eleita como a causa que melhor explica F dentro desse contexto causal, e não, por exemplo, H’, que seria hipótese mais plausível num outro determinado contexto. Disso ressalta-se o caráter construtivista, comprometido, da inferência para a melhor explicação, que acaba por realizar o efeito sensível da evidência, dispensando prova.

Por que o conjunto de hipóteses de que se extrai H não é infinito? H é selecionada a partir das possibilidades oportunizadas pelo conjunto de fatos F. Mas a lógica da IME quer afirmar que foi a hipótese H que oportunizou – ou “explicou melhor” – o conjunto de fatos F. Ou seja, esse modelo de raciocínio indutivo reside na autoreplicação da força epistêmica de F. Uma vez que de F se extrai (ou “intui”) H, e de H se infere F – já que a este aquela explica -, o que se está a realizar é uma artificial multiplicação do valor de F, a partir de F mesmo. Por isso, aparenta que a IME pode potencializar mais um empenho comprometido do argumentador, um *investimento*, de preferências subjetivas, do que uma observação criteriosa.

Isso ainda mais se levada em conta a usual pressão do sistema social sobre o sistema jurídico, exigindo, “de fora” do direito, um dever ser: efetividade punitiva, “justiça”, resolução ao caso penal; por uma certeza contundente. Martins argumenta que essa obsessão pelo máximo de certeza muitas vezes pode não significar um compromisso epistemológico, mas tão somente um comprometimento com a convicção, “uma opção pelo mínimo de complexidade e, portanto, a uma operação de redução, base, aliás, do estabelecimento feroz de princípios de mera normalidade como indutores de certeza”¹⁴⁰.

¹³⁹ LAGIER, Daniel González. *Quaestio Facti: Ensayos sobre Prueba, Causalidad y Acción*. Disponível em: https://www.academia.edu/24429680/Quaestio_facti_Ensayos_sobre_prueba_causalidad_y_acci%C3%B3n.

¹⁴⁰ MARTINS. Pág. 13.

A IME é uma estrutura redutora de complexidade, por meio da qual se constrói uma explicação que promove um “encaixe sem sobra” do fato a provar aos fatos probatórios, gerando efeito de evidência. O argumento pela melhor explicação borra as fronteiras entre fatos probatórios, isto é, aqueles entendidos como provas¹⁴¹, e fato a provar, isto é, a hipótese. Que efeito mental esperar de uma hipótese que, em um meio de expectativas e desejos de efetividade imediata, apresenta-se como sustentadora de informações já dadas, incontroversas e tidas como verdade?

3. A MAQUINARIA PROCESSUAL DAS EXPECTATIVAS

Externamente à fronteira jurídica, outros movimentos promovem a contaminação pelo fenômeno da evidência. E essa dinâmica opera, segundo Martins, em função da necessária, própria da vida em sociedade, redução da complexidade. Para Niklas Luhmann, essa carência de redução da diversidade demasiada – complexidade é a existência de um número maior de possibilidades do que aquele realizável¹⁴² - é uma exigência da consciência humana, contra o medo e a angústia¹⁴³, que busca se satisfazer na estabilização de expectativas por meio de normas. Explica Luhmann que:

Sínteses comportamentais anonimizadas evitam, normalmente, até mesmo a percepção do entrelaçamento de expectativas concretas. Elas funcionam como uma espécie de fórmula curta simbólica para a integração de expectativas concretas. A orientação a partir da regra dispensa a orientação a partir das expectativas. Ela absorve, além disso, o risco de erros da expectativa, ou pelo menos o reduz, isso porque, graças à regra, pode ser suposto que aquele que diverge age erradamente, que a discrepância se origina, portanto, não da expectativa (própria) errada, mas da ação (alheia) errada. Nessa medida a regra alivia a consciência no contexto da complexidade e da contingência¹⁴⁴.

Frente à complexidade mais avançada da sociedade atual, emerge uma redefinição dos meios¹⁴⁵ pelos quais a simplificação do complexo se realiza, gerando uma interação mais intensa (e questionável) entre as maquinarias processuais da convicção e da expectativa. Daí

¹⁴¹ Não desconsidero que os próprios fatos probatórios, tidos como “dados”, podem muitas vezes eles mesmo serem fruto de indução, o que questionaria sua incontroversia.

¹⁴² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. Pág. 45/53.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ *Ibidem*. pág. 53.

¹⁴⁵ MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito: The Brazilian Lessons*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. Pág. 41.

se apresentam a “conflitualidade entre julgamentos pela imprensa e julgamentos pelo direito”¹⁴⁶ e a “ditadura do senso comum como agente municador de expectativas securitárias de lei e ordem”¹⁴⁷.

Para sustentar essa redefinição da administração da complexidade, Martins afirma que ao menos quatro fenômenos se apresentam¹⁴⁸: a) o *preenchimento*, “reivindicado como destino inevitável do expectável e como possibilidade efetiva de que as expectativas tenham concretização”; b) o sacrifício da centralidade do direito, em vista da “maior eficácia de outros setores de desempenho social enquanto *redutores de complexidade*”; c) a obsessão de *transparência* e a *celeridade processual*, alucinações (pressão exacerbada sobre), respectivamente, da verdade e da eficiência; d) a instalação de uma lógica de *pensamento único*, isto é, a recusa da complexidade, a negação do múltiplo e a “ditadura da normalidade”, que “informam a cultura do senso comum”.

“Qualquer regime de expectativas [tal como o direito] é sequestrável pela lógica epistêmica da *evidência* e compreende três coisas: um dado campo de experiência, um dado horizonte de expectativa e uma dada vontade de preenchimento”¹⁴⁹.

Quando o regime é sequestrado pela lógica epistêmica da evidência, as expectativas são selecionadas com base no campo da experiência do “real”, da “normalidade”¹⁵⁰. A expectativa antecipa, então, um preenchimento, numa relação de *conhecimento prévio naquilo que há de vir*¹⁵¹. “O sentimento de preenchimento corresponde à satisfação de algo que começa por se apresentar como um *desejo* e que, de uma maneira ou de outra, deve, absolutamente, ser cumprido”¹⁵².

Martins explica que esse é um modelo genérico, o que ocorre em cada regime de expectativa analisável é um investimento variável em cada um dos três elementos, de acordo com uma preferência¹⁵³. Desse modo, quando, por exemplo, o horizonte de expectativas é preponderante em relação ao campo de experiência, o preenchimento pode se dar muito mais pela própria expectativa do que pela experiência. A respeito dessa situação:

¹⁴⁶ *Ibidem.* pág. 41.

¹⁴⁷ *Ibidem.* pág. 41

¹⁴⁸ *Ibidem.* pág. 41/42.

¹⁴⁹ *Ibidem.* pág. 43.

¹⁵⁰ *Ibidem.* pág. 42.

¹⁵¹ *Ibidem.* pág. 42.

¹⁵² *Ibidem.* pág. 42.

¹⁵³ *Ibidem.* pág. 43.

[de alguma maneira, o preenchimento é] vítima de uma contração na linha da temporalidade. É como se a expectativa processasse, neste esquema, um desdobramento funcional que a leva a ser em simultâneo a expectativa que ela é e o preenchimento em que ela deveria desembocar. Porque, a partir do momento em que o mecanismo se inclina para um de seus polos, instalando o seu cerne sobre a relação de consequência entre experiência e expectativa, então esta última, quando descola, fá-lo já enquanto resposta, desempenhando já as funções de preenchimento. A expectativa já é, aqui, o próprio preenchimento. Coincide com ele na medida em que ela mesma se oferece ao campo de experiência como o horizonte que ele solicita¹⁵⁴.

E alerta:

“o preenchimento de uma expectativa é um dos eixos conceituais da evidência”, razão pela qual “o par expectativa/preenchimento pertence à arqueologia da evidência; ele é uma estrutura “arcaica” da compreensão”. O “contentamento preenchido pela plena posse da coisa visada” é de natureza alucinatória e essa pretensão de plenitude traduz, com efeito, “o arquétipo do preenchimento, [isto é] o encaixe sem espaço vazio, o engaste, a soldadura”, a impossibilidade de frustração de um desejo¹⁵⁵.

No processo penal, esse desejo por “plena posse da coisa visada”, por “encaixe sem espaço vazio”, parece consubstanciado na ideia de *verdade real*, que se propõe ser uma verdade plena, que existe *per si*, como se objeto externo à consciência fosse. Geraldo Prado, aliás, denomina-a de “esquema político da verdade real”¹⁵⁶, denunciando que esse modo de agir no âmbito probatório não é neutro, carrega, pelo contrário, considerável bagagem ideológica.

Shecaira e Struchiner diferenciam verdade formal e verdade material como aquelas que, respectivamente, submete-se às restrições do direito probatório (exclusões, presunções, *standards* etc.) e que é gerada no âmbito comum da vida social e, portanto, livre das restrições jurídicas¹⁵⁷. Contudo, no processo penal, a (ideologia da) verdade real parece ter ambição

¹⁵⁴ *Ibidem*. pág. 43/44.

¹⁵⁵ *Ibidem*. pág. 44/45.

¹⁵⁶ PRADO, Geraldo. Os Fatos são Coisas Duvidosas. Contra Argumentos não há Fatos. Os Dilemas da Prova Penal. Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/12/06/os-fatos-sao-coisas-duvidosas-contra-argumentos-nao-ha-fatos-os-dilemas-da-prova-penal/>.

¹⁵⁷ SHECAIRA, Fábio Perin. STRUCHINER Noel. Teoria da Argumentação Jurídica. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016.

maior do que meramente libertar-se das restrições do direito probatório. Pretende, de outro modo, transcender a dimensão argumentativa em favor do sensível – como visto, elemento próprio da crença -, como se fosse provar os fatos em si, e não afirmações sobre fatos, desvencilhando-se da falseabilidade de Popper; ou seja, de critérios. A verdade real é preenchimento (de expectativas), e trabalha na lógica do indiscutível; isto é, da evidência. É a imposição de uma expectativa que exige ocupar o espaço do acontecimento – mesmo que para isso seja necessário o rompimento da inércia e da imparcialidade objetiva do juiz, tornando-se este um “ator” processual, e não “espectador”, como pretendia o modelo acusatório -, é um *conhecimento prévio naquilo que há de vir*.

Uma busca jurisprudencial rápida no site do Conselho Nacional de Justiça, usando a expressão chave “verdade real”, aponta centenas de decisões do STJ. A título de exemplo, uma delas, que fala em “princípio da verdade real” no processo penal e, não por acaso, demonstra a figura do juiz como ator, valorizando normas infraconstitucionais em detrimento do modelo acusatório instituído pela Constituição:

HC - HABEAS CORPUS – 451745

Relator(a) RIBEIRO DANTAS

Origem STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Órgão julgador QUINTA TURMA

Data 23/10/2018

Data da publicação 31/10/2018

.EMEN: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. VIAS DE FATO E DISPARO DE ARMA DE FOGO EM VIA PÚBLICA. DENÚNCIA. PLEITO DE PRODUÇÃO DE PROVA (OUVIDA DE TESTEMUNHAS DA ACUSAÇÃO) EM SEDE DE ALEGAÇÕES FINAIS DEFERIDO PELO MAGISTRADO. ALEGADA PRECLUSÃO LÓGICA E CONSUMATIVA. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. TESTEMUNHAS DO JUÍZO. INTELIGÊNCIA DO ART. 209 DO CPP. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial

impugnado. 2. A República Federativa do Brasil, fundada, entre outros, na dignidade da pessoa humana e na cidadania, consagra como garantia "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, (...) o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (art. 5º, LV, da Constituição Federal). 3. "O devido processo legal, amparado pelos princípios da ampla defesa e do contraditório, é corolário do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana, pois permite o legítimo exercício da persecução penal e eventualmente a imposição de uma justa pena em face do decreto condenatório proferido", assim, "compete aos operadores do direito, no exercício das atribuições e/ou competência conferida, o dever de consagrar em cada ato processual os princípios basilares que permitem a conclusão justa e legítima de um processo, ainda que para condenar o réu" (HC 91.474/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJe 2/8/2010). 4. O reconhecimento de nulidades no curso do processo penal reclama uma efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (pas de nullité sans grief). 5. No caso concreto, a decisão que admitiu a ouvida das testemunhas ao final da instrução, dispensadas pelo órgão acusador no primeiro momento, tão somente traduz expressão da busca da **verdade real**, cuja inspiração norteia o funcionamento do processo penal pátrio, não representando, por si só, qualquer prejuízo à parte. 6. O art. 404 do CPP prevê a realização de diligências consideradas imprescindíveis, inclusive autorizadas de ofício pelo magistrado, sem que isso caracterize nulidade, desde que observados o contraditório e demais princípios reguladores do devido processo legal. 7. Vale destacar que, "Consoante disposto no art. 209 do Código de Processo Penal, ocorrendo a preclusão no tocante ao arrolamento de testemunhas, é permitido ao magistrado, uma vez entendendo serem imprescindíveis à busca da **verdade real**, proceder à oitiva como testemunhas do juízo, contudo, tal providência não constitui direito subjetivo da parte" (AgRg no REsp 1671234/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 03/04/2018). 8. Habeas corpus não conhecido¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Disponível em:

https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/index.xhtml?jsessionid=jphYUip2d_R4K0qHUjgqcYAlh0SIQwFJinyZy1og.taturana03-hc01:juris-trf1_node01.

Para tratar dos novos redutores de complexidade, Martins vale-se de dois conceitos de Luhmann: *esquematização* e *generalização*, e aponta os meios de comunicação em massa como o seu principal produtor e reproduzidor. Pelo primeiro, produz-se antecipadamente o real. Isto é, por meio de “rotinas cognitivas” estabelece-se “a forma como o mundo deve ser lido”, estabelecendo uma “dimensão moral das coisas”, reduzindo a complexidade. Assim, pela esquematização:

“(…) as informações têm lugar num contexto pré-constituído. Trata-se neste sentido de uma realidade encenada [que reconstitui] uma semântica pré-existente. Em suma, é a semântica que cria o acontecimento e não o inverso” e, ao fazê-lo, contribui para “a reprodução do código moral”¹⁵⁹.

Já pela generalização, é subtraído o potencial de diferimento. Há uma codificação de base binária; real/irreal, bem/mal, verdadeiro/falso etc. Tanto o direito quanto os meios de comunicação têm códigos binários. No entanto, a supremacia destes em relação ao direito na redução da complexidade é problemática. Os *mass media* trabalham na lógica da efetividade, eles devem funcionar e, pois, “não se propõem estabilizar as expectativas normativas [como o faz o direito], propõem-se *estabilizar o preenchimento*”¹⁶⁰.

A celeridade, segundo Martins, é outro meio de imersão do sistema social no sistema jurídico: atuaria na mesma lógica da efetividade, própria do âmbito do consumo. Numa sociedade com desejo de certeza e respostas aos problemas sociais, como violência, corrupção, estabilizar uma resposta efetiva, e não um procedimento adequado – de acordo com valores democráticos e conhecimentos criteriosos - pelo qual deveria uma resposta surgir, é alarmante. Daí, por exemplo, a vulneração da presunção de inocência, mesmo contra a letra expressa do inciso LVII, art 5º, da Constituição Federal, com a execução antecipada da pena, absorvendo a lógica do preenchimento. Os materiais investigatórios tendo maior operacionalidade na mídia do que no processo, negociando – e talvez se utilizando deles -, portanto, com os valores e o *modus operandi* desta. Indicativos da subserviência a que se submeteu o direito.

Nesse elevado grau de operacionalidade dos *media* para fundir o que se sabe e o que se espera, assegurando o preenchimento das expectativas, já que a informação social vem

¹⁵⁹ RABAULT, Hugues. L'illusion de la Réalité: *la Construction Sociale de La Réalité par les Medias de Masse*. In: Droit et Société, 67 (2006). pág. 284/285. Apud MARTINS, Rui Cunha. O Ponto Cego do Direito: *The Brazilian Lessons*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. pág. 47.

¹⁶⁰ MARTINS, Rui Cunha. O Ponto Cego do Direito: *The Brazilian Lessons*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. pág. 49.

mesmo majoritariamente da comunicação em massa, o exposto por esses veículos geram o efeito evidência, ou seja, o valor irrecusável “daquilo que, porque é repetidamente sabido, se supõe ser aceite, sem mais, como previsível”¹⁶¹.

A transparência, assegurada pelos princípios da publicidade e da motivação, é necessária, uma vez que permite o controle geral sobre a atividade do Judiciário. E a IME é uma maneira de atender ao dever judicial de fundamentação, seja esta apenas justificção seja também descoberta. Mas uma argumentação democrática para embasar uma condenação deve assumir o caráter probabilístico da prova, não trabalhar na estética da “verdade real”, promovendo um efeito de certeza imponente, “evidente”, comprometida com a crença e não com a verificabilidade.

Também por isso a fundamentação não deve ser utilizada como meio para a submissão dos juízes à população, à decisão desejada pelo clamor popular. Afinal, o juiz tem papel de garantidor dos direitos fundamentais, dos “trunfos contra a maioria”. Por isso, Martins expõe a tarefa desafiadora:

*A comunicação, por conseguinte. Comunicação entre a atividade processual e o ambiente social. É ela que a transparência buscada para o processo penal deve tratar de garantir. Com certeza que sim. O que se passa é que, assim sendo – e não pode mesmo ser de outra forma -, o assunto fica sujeito às vicissitudes que marcam o próprio sistema de comunicação: alterações na estética comunicacional, mutações ao nível das formas de mediação, acelerações de índole técnica, oscilações dos regimes de expectativas, intercâmbio de posições entre receptor e emissor, modificações conjunturais dos jogos políticos subjacentes ao exercício comunicacional, inversões da respectiva função social, e assim por diante. Porque uma coisa é certa: ao orientar-se para *opinião pública* (...) o processo judicial aceita implicitamente que produz essa mesma opinião pública e é produzido por ela. Será grave? Depende. Mas é seguro que não ajuda muito se, do “outro lado”, do lado da opinião pública, estiver placidamente instalada uma cultura do senso comum.*

Dentre as várias características do senso comum apontadas por Martins, convém destacar sua¹⁶²: “consciência difusa e não tematizada, situando-se aquém da prova, da

¹⁶¹ *Ibidem*. pág. 50.

¹⁶² *Ibidem*. pág. 59/60.

verificação e da sua própria definição, não sendo por isso completamente redutível aos juízos que o explicitam”; “resistência a tudo que parece contraintuitivo”; “subsunção da diversidade à unidade”, num padrão de normalidade.

Dessas características, extrai-se do senso comum o seu apego à evidência, pois não afeito à prova; seu caráter antidemocrático, porque valorizador da intuição e não da exposição de critérios, da verificabilidade. Além disso, seu fetiche pela normalidade se demonstra antiepistêmico, pois “a promoção da normalidade à condição de valor inibe a possibilidade do *acontecimento*”¹⁶³. Este é substituído pelo preenchimento. Nesse mesmo caminho:

A exigência de verdade do senso comum é marcada pela ausência de verdadeira vontade de *emergência* de uma verdade; é uma verdade procurada enquanto *confirmação* do que já se sabe por antecipação e que é projetada sobre o horizonte de expectativas buscando ocupar o preenchimento. Este é o problema de base: o processo tal como ativado pelo senso comum, produz uma verdade a-acontecimental, pois suprime o acontecimento de cada vez que ocupa previamente o espaço da fulguração com os valores da normalidade. A conclusão é uma: não se sai do senso comum pela *verdade*, sai-se pela *decisão*.

Por isso, o senso comum parece ser a via pela qual a seta social intuicionista (de número 4) de Haidt se realiza. Em harmonia com esta, seu apego à intuição e uma disposição para acolher e reproduzir “uma verdade que não tem compromisso com a verdade”, que tem valor com base na reciprocidade, isto é, no seu compartilhamento pelo grupo social.

4. A DIGNIDADE COMO FREIO MORAL ÀS CONSIDERAÇÕES PRÁTICAS

A evidência, que atua no âmbito do sensível, que se apresenta como a “irrecusável realidade”, fundamenta-se na normalidade, na regular repetição das coisas. E sua “pulsão devoradora” se apresenta pelo que Rui Cunha Martins chamou *ostensão*, fenômeno da evidência pelo que não há a percepção da informação ou do argumento em si, como indício do fato, mas a percepção do próprio fato que se pretende provar¹⁶⁴.

Tanto a maquinaria processual da convicção quanto a maquinaria processual das expectativas, embora, respectivamente, interna e externa à fronteira jurídica, trabalham com a ideia de normalidade. O autor português afirma que o dispositivo probatório é o âmbito de

¹⁶³ *Ibidem*. pág. 60.

¹⁶⁴ *Ibidem*. pág. 12.

intersecção entre os sistemas jurídico e social, uma vez que é o espaço em que se (di)gere o conhecimento socialmente compartilhado¹⁶⁵.

A normalidade, no entanto, tem uma dimensão prescritiva. Não sem motivo Foucault tratou de uma “ortopedia social” por meio do direito penal, em que esse ramo normativo reprime condutas, meramente por estas destoarem do padrão que se pretende estabelecer, sem que elas necessariamente carreguem em si um potencial lesivo¹⁶⁶. O problema que está sendo apresentado neste trabalho guarda relação com a ortopedia social, mas aqui estou denunciando uma criminalização “metalegal”. No processo penal, quando a normalidade se torna um valor protegido e promovido no conhecimento dos fatos, criminaliza-se a aparência de condutas, que, por não serem conformes ao padrão ortopédico, devem ser entendidas como correspondentes à conduta legalmente criminalizada.

Esse “dever” de conhecer de tal forma, pode resultar de variados fenômenos, como já exposto neste capítulo: *investimento* (preferências subjetivas do conhecedor); *confiança* (crença ou adesão máxima); *desejo e preenchimento*, em que a expectativa própria força a efetividade da cognição, e não pela experiência probatória, mas pela experiência pretérita (normalidade); *esquematisação e generalização* (redutores de complexidade); *celeridade e transparência*, que seriam tentativas de corresponder às categorias sociais de efetividade verdade (real), em detrimento de valores constitucionais e da impossibilidade de uma verdade absoluta; *senso comum*, que apresenta a estética de esforço pela verdade, mas não tem de fato pretensão de alcançar a (possível) verdade.

Diante das inúmeras vias por que a consciência do julgador pode ser contaminada, a cultura da prática jurídica talvez não tenha tomado o melhor caminho para a construção da decisão penal. Se *p* é a proposição “João matou Pedro”, a condenação não deveria se pautar na convicção do juiz sobre *p*, mas na convicção deste sobre outra proposição, *p'*, que seria “está provado que João matou Pedro”. A diferença está no valor que cada modelo confere às ideias de prova e fato. Não deve importar a convicção do juiz sobre o fato, até porque esta pode existir até mesmo, como demonstra o sócio intuicionismo, antes do procedimento probatório; e esta seria a situação em que a análise das questões de fato serviria primordialmente - se não apenas - para a justificação, não para a descoberta da decisão.

Apostar na convicção do juiz sobre o fato pode ser perigoso. Além da instrumentalidade do viés confirmatório para sustentar a crença, a intrusão da maquinaria das expectativas – da qual os *mass media* são expoente - na fronteira jurídica tem grande potencial

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: NAU, 2003.

de apoiar uma decisão provinda de investimento, isto é de preferências subjetivas do julgador, existam elas por boa ou má-fé.

Como visto, no senso comum, a normalidade institui o real. Por isso, esta pode servir como poderoso instrumento de degradação simbólica do indivíduo¹⁶⁷. A condução coercitiva tem sido usada, se não para esse propósito, ao menos tem para ele contribuído. Essa hipótese se torna mais densa se observado o exemplo da famosa condução coercitiva do ex-presidente, em que a imprensa foi chamada ao ato, e o reportou, embora a decisão judicial não tenha permitido a filmagem do conduzido. Não é “normal” que um inocente tenha sua liberdade restringida (ainda que momentaneamente), o que para o senso comum teria o poder de insinuar a culpa. É exemplo do *preenchimento*, em que a própria expectativa ocupa o lugar do acontecimento, visto que este é “evitado” pela normalidade. O acontecimento evitado seria a devida prova da materialidade e autoria do crime.

O ser humano ideal do movimento iluminista, abordado no Capítulo I deste trabalho, reproduz a ideologia que adota a “normalidade” como valor. O princípio democrático não é compatível com esse modelo organicista, que não acolhe o dissenso, que se orienta pelo cidadão-padrão – para não dizer “cidadão de bem”. Daí a necessária mudança de paradigma, com a dignidade humana tendo cerne na empatia, pela qual exista a pessoa concreta e sensível, com seus constrangimentos materiais e psicológicos, em que, como mostra a psiquiatria, o inconsciente predomina e produz o consciente.

Nesse sentido, a dignidade humana imporia um direito à individualidade, à “anormalidade”. O direito de o indivíduo não ser julgado com base num valor-normalidade pelo qual a expectativa “impede” o acontecimento, isto é, obsta o conhecimento do fato, com base numa realidade pré-concebida pela regularidade e recorrência. Para isso, o enfoque em *p está provado*, e não em *p*, afirmaria um compromisso maior com a atividade probatória criteriosa, não apegada à normalidade, mas à *verificabilidade*. A dignidade, portanto, reivindicaria um *standard* para além da normalidade. A condenação demandaria mais do que uma – para usar a linguagem do senso comum – “história bem contada”.

¹⁶⁷ No Capítulo I, exposta a ideia de que os seres humanos têm mais facilidade para cometer atos destrutivos ou violentos contra outros seres humanos depois de humilhar a estes, retirar, simbolicamente, sua condição humana. Aquele que tem sua liberdade de ir e vir restringida tem também, concomitantemente, sua humanidade mitigada. Pressupõe-se que aqueles sob essa condição não se comportaram conforme as normas, ou a moralidade, que era para Kant, curiosamente, o fundamento da dignidade humana. Com boa razão a súmula vinculante nº 11 (STF), que impõe condições específicas para que configure-se a necessidade de algemar um imputado.

¹⁶⁸ ainda mais se ressaltado que o processo penal geralmente lida com as questões mais dramáticas e polêmicas da vida humana

Não que a IME seja em si um argumento do senso comum. Tenha-se em conta, por exemplo, a teoria, científica, da seleção natural, que “explica” criteriosamente a evolução das espécies. Não obstante, uma vez que promove “explicação” – e as explicações existem em todos os âmbitos sociais: religioso, moral, técnico etc. -, ela é um terreno fértil para que as diversas lógicas do sistema social “derramem sua matéria” no sistema jurídico¹⁶⁸. Sistema este em que a maior parte dos juízes não são cientistas e, acredita-se, também não são deuses, comungam do sistema social.

Não se despreza o idealismo do exposto, mas, como mostra González Lagier, os conceitos, teorias e categorias dos seres humanos não servem apenas às interpretações que se faz do mundo, mas também à própria percepção desse mundo¹⁶⁹¹⁷⁰. Talvez essas ideias possam ser úteis à análise das questões de fato, para que haja, pelo menos, menor número de considerações práticas (questionáveis) no âmbito probatório.

¹⁶⁸ ainda mais se ressaltado que o processo penal geralmente lida com as questões mais dramáticas e polêmicas da vida humana

¹⁶⁹ LAGIER, Daniel González. *Quaestio Facti: Ensayos sobre Prueba, Causalidad y Acción*. Disponível em: https://www.academia.edu/24429680/Quaestio_facti_Ensayos_sobre_prueba_causalidad_y_acci%C3%B3n. cap. II.

¹⁷⁰ Nesse mesmo sentido, estudos mostram que os russos, que têm nomes diferentes para as cores de azul claro e azul escuro, conseguem enxergar (perceber) melhor essas diferentes tonalidades do que cidadãos de outras nacionalidades que não têm essa distinção na nomenclatura para essas cores. Disponível em: https://qz.com/1454466/your-language-influences-your-color-perception-says-a-new-study/?fbclid=IwAR2-mHwG9Xg2k995HS_UFwa-RUSjOmSPqgSm6JzLZjx6PfCrvdr8Pe-cwPo.

CONCLUSÃO

Este trabalho se iniciou com assumido compromisso com a dignidade humana. Foram ressaltadas, no entanto, as dificuldades da defesa desse valor jurídico-moral: tanto na esfera filosófica quanto na jurídica, sua significação não é unânime, tendo sido utilizado, inclusive, para advogar em favor de posições antagônicas em um mesmo assunto; como eutanásia, aborto, abatimento de aviões sequestrados.

Nessa multiplicidade semântica, expostos os quatro principais significados existentes para o termo no âmbito jurídico-filosófico, segundo Rosen. São: *status* social; valor intrínseco; comportamento dignificado; dever de tratar com respeito. Também observada a pesquisa de Struchiner e Hannikainen, que demonstrou não ter sido possível conceber um sentido delimitado para “dignidade humana” por meio da filosofia da linguagem ordinária, isto é, *no e pelo* uso da expressão, uma vez que as pessoas – mesmo juízes e advogados - parecem usar a expressão muito mais com base na ideia que elas mesmas têm de dignidade.

Ante a sua aplicabilidade - e assim deve ser, ainda mais quando fundamento da República (art. 1º, III, CRFB) - nas diversas áreas, defendi que o princípio da dignidade humana precisa mesmo ter uma significação múltipla. O que não equivale a afirmar, entretanto, que não possamos e não devamos encontrar um sentido tangível para cada uma dessas matérias, partindo de um núcleo geral mínimo de dignidade humana.

Desse modo, salientado que o pensamento contemporâneo a respeito é em muito influenciado pelo conceito kantiano, para quem a pessoa humana, por ter a faculdade moral, tem um valor intrínseco, devendo, sempre, ser entendida também como um fim em si mesmo, e não apenas como mero meio.

Acolhida a grande contribuição do pensador prussiano, defendi que a comunidade humana tem exigido, sobretudo como reação aos choques humanitários do século XX, uma conceituação mais “categórica” de dignidade humana. Documentos internacionais, como a Declaração Universal do Direitos Humanos (1948), usam da expressão estendendo o valor intrínseco a toda pessoa humana, independente da faculdade moral ou do compartilhamento de valores.

Critiquei o “imperativo categórico” kantiano, tendo em vista que, ao apregoar uma racionalidade da “lei universal”, a fórmula comportamental do filósofo, sob o manto aparente da neutralidade, compromete-se com a manutenção do *status quo*, impedindo o dissenso ou a

discussão dessa estrutura moral. O imperativo pressupõe, foi observado, o indivíduo racional e abstrato, sem constrangimentos materiais, culturais, psicológicos, emocionais; isto é, um sujeito de fato inexistente.

Por isso, defendi, não um imperativo categórico, mas uma ideia de dignidade categórica, fundada na empatia, sendo um dever para consigo mesmo e não tanto para com o outro. Disso, o valor intrínseco ao ser humano, independente de este portar a faculdade moral ou compartilhar valores ou práticas morais. Aquela pretendida racionalidade moral é uma maneira de dividir, de segmentar a sociedade em “nós” e “eles”, não tem de fato aquele pretendido potencial de universalidade. E, nesse sentido, também argumentado que esses valores, não raro sob a estética da “normalidade”, podem servir para a desumanização simbólica das pessoas, prática usual para “preparar o terreno” para grandes atrocidades contra esses indivíduos; como ocorreu no holocausto praticado pelo Nazismo, como pode ocorrer no processo penal.

Desse modo, apresentei a dignidade humana como freio jurídico-moral à desumanização simbólica. Tentou-se impedir a desconstrução da imagem do indivíduo em dois âmbitos, que confluem no processo penal, que “derramam” sua matéria um no outro: o sistema judicial e o sistema social. O processo penal, como afirmou Martins, administra e é administrado por esses dois lugares de construção da imagem do imputado. E os dois têm o potencial da desumanização, pois ambos expõem o acusado, podendo, inclusive trabalhar numa relação de interdependência, em que o trabalho de um oportuniza a promoção da efetividade do outro. Flagrante os correntes (polêmicos) casos de operações, que geram grande audiência nos meios televisivos, por exemplo. Também a comunicação em massa tem prestado seu serviço ao sistema judicial, no sentido de, pelo seu poder de efeito-evidência, construir uma realidade compartilhada e, assim, a legitimação de decisões questionáveis.

Mais complexos se apresentam esses problemas quando consideradas as ideias de descoberta e justificação. A descoberta de decisões por meios ilegítimos geralmente, e espera-se que assim seja, não os apresentam como justificação. E isso pode ser bastante problemático, na medida em que quebra a estrutura dialética do processo. O contraditório nessa situação tem sua fertilidade sabotada previamente: a defesa argumentará contra razões - contra a justificação - que não sustentam de fato a decisão.

Não obstante, o trabalho tem como premissa o social intuicionismo de Haidt, segundo o qual, nos casos moralmente carregados, que se apresentam em grande número nas

controvérsias penais, a decisão inevitavelmente se dará por uma intuição, dada pelo sistema (psíquico) 1, rápido e intuitivo, e somente a justificação se apresentará com um roupagem jurídica e racional.¹⁷¹ Desse modo, defendi que a atenção na decisão penal não deveria estar na convicção do juiz sobre *p*, em que *p* corresponde, por exemplo, a “João matou Pedro”. O foco deveria recair sobre a convicção do juiz em “*p* estar provada”, e não em “*p*” em si mesma.

A primeira dessas duas alternativas dá mais vazão às vicissitudes psicológicas, pretende o julgador em “contato direto” com o fato, há uma pressão pela efetividade da aferição da culpa, se praticou ou não o delito. Fato esse que “tramitou” também pelo sistema social, que o emprestou realidade e a que o juiz é sensível, pelo simples elo sócio intuicionista de Haidt; isto é, mesmo que ao juiz não sejam ofertadas razões para acolher uma decisão socialmente comungada, como todo ser humano, ele tem a tendência de compartilhar dessa reciprocidade cognitiva.

A alternativa que proponho, de outro modo, suaviza essa pressão, uma vez que o papel do juiz é, então, verificar se está provado ou não que João matou Pedro, e não averiguar se “de fato” João matou ou não Pedro¹⁷². Assim, o contraditório teria mais chances de fertilidade. Talvez acidentalmente essa proposta entre na teoria do delito. A culpa derivaria não da prática do fato, mas pela *prova* da autoria. Seria uma estrutura, talvez mais simbólica do que prática, que pressupõe a limitação da cognição humana; o que tem bastante efeito prático, contudo, em termos de condenação criminal. Essa cultura da convicção sobre a prova talvez mitigue o drama do juiz exposto por Carnelutti, da exigência de não ser parte, ou seja, de apresentar-se acima do que é ser humano.

Outra estrutura própria da fronteira jurídica, e que não deixa de dialogar com o social, foi analisada. A inferência para melhor explicação é uma estrutura argumentativa utilizada, não só no direito, para defender hipóteses por meio do potencial explicativo que estas possam ter em relação a informações tidas como verdadeiras. Mais do que na análise da plausibilidade de sua estrutura lógica, concentrei-me na discussão dos valores que a IME pode potencializar.

¹⁷¹ Talvez para um outro trabalho seja interessante a tarefa de analisar os desafios e oportunidades ocasionadas pelo duplo grau de jurisdição, em razão do qual o órgão julgador do recurso é diferente do apreciador originário da questão, pelo que seriam alteradas as condições do jogo da descoberta e justificação no processo.

¹⁷² O exemplo é aleatório, não se despreza que nos crimes dolosos contra a vida, no Brasil, a competência é do tribunal do júri. Ressalte-se, no entanto, que na primeira fase desse procedimento um juiz decidirá por pronúncia, impronúncia, desqualificação, ou absolvição sumária.

Um devido processo legal seria apenas aquele conforme a lei e que atenda à adequação entre meios e fins?

Assim como a esquematização de Luhmann, a IME promove uma identificação dos fatos. O que pode ser lesivo não é a sua estrutura em si, mas os critérios ou preferências por que essa estrutura é operada. Os sistemas judicial e social se interpenetram; a prova, como aponta Martins, é o meio em que há interseção entre a prática jurídica e o conhecimento socialmente compartilhado. Com isso, o argumento tem alta disposição para operar com base nos valores de normalidade e efetividade, próprios do senso comum e dos meios de comunicação em massa, rejeitando o que não se apresenta intuitivo, em detrimento de critérios plausíveis para as questões de fato.

A explicação, quando sob a tração do viés confirmatório e do elo social intuicionista denunciado por Haidt, salta da lógica da explicação (*ser*) para apresentar-se como justificadora (*dever ser*) das decisões, num efeito-evidência, isto é, de autorreferência, de negação à verificabilidade. Justifica-se a decisão, portanto, assim como Antígona justificou o sepultamento de seu irmão: com base na explicação. Neste último caso, com base na explicação do suposto dever de honra aos deuses.

A empatia, defendido cerne da dignidade, é uma forma de (re)conhecer o outro como indivíduo, destacado da “normalidade”. Normalidade esta pela qual se “impede o acontecimento” em favor da simplificação e da efetividade. Proponho, então, que da dignidade humana extraia-se, mais do que uma regra de tratamento¹⁷³, uma regra de conhecimento, consubstanciada num direito à anormalidade.

¹⁷³ A doutrina se refere à presunção de inocência como regra de tratamento. LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 94/97.

BIBLIOGRAFIA

ARISTÓTELES. A política. São Paulo: Atena Editora, sd;

BOBBIO, Norberto. Liberdade e Igualdade. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. pág. 7/10;

BOGHOSSIAN, Paul. Medo do Conhecimento: *contra o relativismo e o construtivismo*;

CARNELUTTI, Francesco. As Misérias do Processo Penal. São Paulo: Pilares, 2009;

CONDE DE MIRÂNDOLA E CONCÓRDIA, Giovanni Pico. A dignidade do homem.

Tradução Luiz Feracine. 2. ed. Campo Grande: Solivros, 1999;

FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: NAU, 2003;

GRANDE, Elizabetta. Imitação e Direito: Hipóteses sobre a Circulação de Modelos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009;

Haidt, Jonathan. Moral Psychology and the Law: How Intuitions Drive Reasoning, Judgment, and the Search for Evidence. In: Alabama Law Review. Alabama, 2013.

Disponível em:

www.law.ua.edu/pubs/lrarticles/Volume%2064/Issue%204/4%20Haidt%20867-880.pdf/;

HUNT, Lynn. A invenção dos direitos humanos: uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009;

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos. São Paulo: Martin Claret, 2004;

LAGIER, Daniel González. Quaestio facti: ensayos sobre prueba, causalidad y acción.

Disponível em:

https://www.academia.edu/24429680/Quaestio_facti_Ensayos_sobre_prueba_causalidad_y_acci%C3%B3n. Acesso em 28. jun. 2018;

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018;

LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito I. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983;

MARTINS, Rui Cunha. O Ponto Cego do Direito: The Brazilian Lessons. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013;

NIETZSCHE, Friedrich. Além do Bem e do Mal (tradução de Paulo César de Souza). São Paulo: Companhia das Letras, 2ª ed. 2002;

PRADO, Geraldo. Os Fatos são Coisas Duvidosas. Contra Argumentos não há Fatos. Os Dilemas da Prova Penal. Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/12/06/os-fatos-sao-coisas-duvidosas-contra-argumentos-nao-ha-fatos-os-dilemas-da-prova-penal/>;

PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Disponível em: https://www.academia.edu/8507492/Sistema_Acusatorio_A_Conformidade_Constitucional_3_a_ed;

ROSEN, Michael. *Dignity: Its History and Meaning*. Harvard: Harvard University Press, 2012;

SABADELL, Ana Lúcia. Manual de sociologia jurídica: *introdução a uma leitura externa do direito*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013;

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016;

SHECAIRA, Fábio Perin. STRUCHINER Noel. Teoria da Argumentação Jurídica. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016;

SPELLMAN, Barbara. SCHAUER, Frederick. Legal Reasoning. Virginia: Public Law and Legal Theory Working Paper Series 2012-09, 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2000788;

STRUCHINER, Noel; HANNIKAINEN, Ivar. A insustentável leveza do ser: sobre arremesso de anões e o significado do conceito de dignidade da pessoa humana a partir de uma perspectiva experimental. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/ainsustentavel-leveza-do-ser/>>. Acesso em 19. Jun. 2018;

STRUCHINER, Noel. TAVARES, Rodrigo de Souza. Como os Juízes Decidem os Casos Difíceis do Direito? In: *Novas Fronteiras da Teoria do Direito: da Filosofia Moral à Psicologia Experimental*. Rio de Janeiro: Pod Editora, 2015;

TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018;

VÁZQUEZ. Carmen. De la prueba científica a la prueba pericial. Madrid: Marcial Pons, 2015.