

Finitude compreensiva do juiz é desafio do Direito Processual

O direito probatório é o signo supremo da perene precariedade dos julgamentos humanos. Isso porque a busca pela verdade em estado de pureza bruta está condenada a uma *quintúplice indigência fundamental*:

i) a *finitude compreensiva do juiz* (que não é onisciente nem onipotente, sendo o direito probatório o clímax representativo da imanência, da historicidade e do limite indisponíveis em que mergulhado o juiz “fatal”, a experiência normativa privilegiada que nos abre para a atmosfera existencial da finitude judicial);

ii) o *modo privativo da verdade no processo* (porquanto a *determinação privativa do tempo* — da qual o direito probatório é eterno prisioneiro — faz com que a desocultação historial do passado só se realize sob a dinâmica do precário, a partir de uma coletânea porosa dos vestígios sobreviventes não engolidos por ??????) (o que mostra que a verdade no processo é — como bem sublinha o jurista italiano Luigi Ferrajoli — um “tipo particular de verdade histórica”);

iii) o *modo de ser corruptível do jogo processual* (o que não existe pode ser forjado com ou sem dolo; por exemplo: falsa memória intrusiva e involuntária da vítima ou da testemunha; falsidade documental, falsidade ideológica; o que não se perdeu *na e pela* corrosão do tempo pode, embora nem sempre deva, ser deliberadamente deturpado ou recoberto — exemplo: falso testemunho, falsa perícia, ocultação de corpo de delito, autoacusação falsa, silêncio ou mentira no interrogatório);

iv) a *opacidade da facticidade* (a prova não é um espelho plano dos fatos, um mediar de conhecimento absoluto sobre eles, mas é ela mesma um acontecer fático, motivo por que a facticidade tanto do fato-da-prova quanto do fato-provando já os torna praticamente irreduzíveis a uma translucidez irrestrita: fechamento e encobrimento pertencem à facticidade — exemplo: fato-provando só mostrável por perícia meramente aproximativa; vivência distorcida do fato-provando por testemunha sem cultura suficiente para interpretá-lo, com autismo leve ignorado, ou com desordens de processamento auditivo central não diagnosticadas);

v) a *oclusão temporal da descoberta* (a roda da verdade gira *ad aeternum*, razão por que é preciso definir, fixar um fim, interromper esse “processo- sempre-a-caminho”, fechar o projeto de apropriação dos fatos, mediante uma decisão, um “corte preclusional”, que não permite às partes um eterno movimento probatório de descoberta, não obstante esse fechamento por vezes anteceda o ponto ótimo de maturação da abertura) (afinal, “????? ?????????????? ??????” — Heráclito, Fragmento 123).

Dessa penúria quántupla, talvez a mais desprezada seja a *finitude compreensiva do juiz*. A grande lacuna do direito probatório em especial e do direito processual em geral — seja como ciência dogmática, seja como normatividade positivada — *jamais* foi a negligência com uma dimensão mais epistêmica, mas não estar a *finitude do juiz* nele previamente entendida como dado pré-teórico fundamental.

Sempre faltou ao processo estruturar a aclaração dos fatos em função das limitações humanas do juiz e estruturar as limitações humanas do juiz em função da aclaração dos fatos. Sempre lhe faltou ser *preocupação, zelo, cuidado*. A *camada antepredicativa* da finitude do juiz é o nível prévio à

objetividade da processualística e, portanto, o reduto primário de toda e qualquer experiência processual, a raiz originária-originante de uma matriz para a processualidade, a nascente fundante da estruturação da investigação teórico-processual. Noutra dizer: a desenvoltura epistemológica da dogmática processual deve começar seus trabalhos já nos *a priori* antepredicativos do *mundo* (onde se dá o movimento pré-teórico genético da vida fática) e do *ser-no-mundo* (onde a finitude do homem constitui a base pré-teórica fundante da perquirição científica).

Lembre-se que o juiz não se compreende na relação com o mundo desde um ponto de vista externo, como se fosse um ente confinado que precisasse romper um encapsulamento e transcender a própria consciência para alcançar o mundo. Por trás dessa visão extrinsecalista está o viciado esquema cognitivo sujeito-objeto, interior-exterior, experiência subjetiva-realidade objetiva.

Como bem pontua Heidegger, o ser-aí [*Dasein*] já está numa relação essencial de *familiaridade* [*Vertraulichkeit*] com a totalidade significativa que constitui o mundo, uma vez que já é sempre *junto* a ele. Daí já-ser-no-mundo [*Schon–In-der-Welt-sein*], ser-lançado-no-mundo [*geworfen-entwerfende In-der-Welt-sein*], estar dispersado *em* um mundo, compreensivamente junto aos entes, ser-junto-aos-entes-intramundanos [*Sein-bei-innerweltlich-begegnendem Seiendem*] (o que dispensa a construção de “pontes epistemológicas” entre o ser-no-mundo e o mundo). Mas ele também é um ser-com-outros [*Mit-sein-mit-Anderen*], pois de modo compartilhado está sempre junto aos demais seres-aí. Por conseguinte, é um ser-em [*In-sein*] e um ser-com [*Mitsein*]. Nesse sentido, o juiz/ser-aí é um *ens finitum*, imerso na historicidade da vida fática com outros entes e atirado projetivamente na finitude do mundo que o cerca.

Interessante exemplo de episteme radicada na finitude do ser-aí e voltado justamente aos movimentos dessa finitude é a chamada *Psicologia Comportamental Cognitiva*. Em 1974, no artigo pioneiro *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*, os psicólogos israelenses Daniel Kahneman e Amos Tversky identificaram atalhos equivocantes — sistêmicos, previsíveis e, assim, evitáveis — que a mente cria para simplificar a tomada de decisões sob situações de incerteza a partir de informações complexas. Esses atalhos foram chamados de “vieses cognitivos” [*cognitive biases*]. A partir de então, correntes investigativas desenvolveram modelos de “racionalidade limitada” [*bounded rationality*] a fim de retificar o modelo decisório de “racionalidade total ou plena” [*full rationality*] subjacente à Economia Neoclássica e à Análise Econômica do Direito.

Daí surgiram duas novas disciplinas: 1) a *Behavioral Economics* (que estuda o efeito dos vieses sobre as decisões dos agentes *econômicos*); 2) a *Behavioral Law and Economics* (que estuda esse efeito sobre as decisões dos agentes *jurídicos*). Logo apareceu a *Behavioral Economics of Procedure Law* e, com isso, uma radiografia dos vieses que acometem o juiz (*i.e.*, uma ciência empírico-comportamental da *fragilidade cognitivo-decisória do juiz*).

Vejam-se algumas desses vieses cognitivo-judiciais: a) “heurística de representatividade” [*representativeness bias*] (o juiz tende a uma valoração inadequada da prova oral, impressionado por gestos, atitudes, perturbações e surpresas dos atores em audiência); b) “ancoragem e ajustamento” [*anchoring-and-adjustment*] (o juiz tem dificuldade de ignorar a prova ilícita); c) “viés de confirmação” [*confirmation bias*] (o juiz da liminar tende a confirmá-la na sentença, ignorando contra-argumentos, contra-fundamentos e contraprovas); d) “viés de grupo” [*in-group bias*] (o juiz tende a supervalorizar laudos de peritos oficiais e arrazoados de advogados públicos e representantes do Ministério Público,

tendo em vista que são agentes públicos tanto quanto ele juiz).

Se bem que não haja ainda pesquisa de campo específica, suspeita-se que o juiz da prova de ofício tenda a supervalorizá-la porque é “sua” (na medida em que a literatura sobre *BL&E* é imensa, sugiro duas excelentes obras coletivas sobre o tema: RACHLINSKI, Jeffrey John (coord.). *Behavioral Law and Economics*. v. I a III. Edward Edgar: Northampton, MA, 2009; ZAMIR, Elyal e TEICHMAN, Doron (coord.). *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York, NY: Oxford University Press, 2014).

Daí se vê que modelos procedimentais fundados na identidade física, na imediatidade e na oralidade, por exemplo, tendem a distorcer a cognição sobre os fatos e as provas e provocar quebras inconscientes de imparcialidade. Nesse caso, sendo mais *prescritiva* que *descritiva*, a *BL&E* propugna um design precaucional redutor da magnitude das ilusões cognitivas [*debiasing*].

Guthrie, Rachlinski e Wistrich propõem uma *especialização funcional dos juízes*, a que dão o nome de “*divided decision-making strategy*”: juízes destinados só ao gerenciamento do caso (*judges functioned solely as case managers*) e outros destinados apenas ao julgamento propriamente dito (*judges functioned solely as adjudicators*) (Inside the judicial mind. *Behavioral Law and Economics*. v. III. Coord. Jeffrey J. Rachlinski..., p. 51; Blinking on the bench: how judges decide cases. *Cornell Law Review*. 2007. v. 93, p. 42. No mesmo sentido: GALLO, Jaime Afonso. Las decisiones em condiciones de incertidumbre y el derecho penal. *InDret – Revista para el análisis del derecho*. n. 4, 2011, p. 21).

A proposta é similar à do “procedimento judicial funcionalmente escalonado”, de Glauco Gumerato Ramos, que propõe “um juiz para a *urgência*, um para a *instrução* e um para a *sentença*, que deve atuar na respectiva etapa de competência” (Sistema de enjuizamento escalonado (ou procedimento judicial funcionalmente escalonado): repensando o modelo de processo. *RBDPro* n. 71, jul./set. 2010, p. 65). Noutras palavras: “o juiz da *urgência* não pode ser o mesmo da *sentença*; ou, ainda, o juiz da *instrução* e/ou da *prova de ofício* não poderá ser o mesmo da *resolução do mérito*” (Ibidem, p. 67).

De acordo com o autor, “essa dinâmica é necessária para que não se viole a imparcialidade decorrente da garantia do *devido processo legal*” (Ibidem, p. 67). Em sentido similar Arturo Muñoz Aranguren, para quem é “*inimaginable para nuestra actual concepción del derecho procesal, por ejemplo, la posibilidad de que una misma persona instruya y decida una causa penal, sin riesgo de quedar gravemente condicionada su imparcialidad*” (La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación”. *InDret – Revista para el análisis del derecho*. Barcelona. n. 2, 2001, p. 12).

Trata-se de providência eficaz, pois impede que as enviesadas impressões do juiz da audiência — nascidas do contato direto e vivo com as partes e testemunhas — sejam co-constituintes irracionais dos fundamentos ocultos da sentença. De todo modo, ainda que os juízes da prova oral e da sentença não sejam os mesmos, é imprescindível que o segundo não tenha contato com a gravação audiovisual da audiência presidida pelo primeiro, já que isso seria via transversa de dar ao sentenciador acesso indesejado a gestos, atitudes, perturbações e surpresas.

Tudo isso indica que o processo carece menos de ativismo epistêmico e mais de *garantismo precaucional*

. Aliás, a ideia de precaução como princípio [*Vorsorgeprinzip*] não se cinge ao direito ambiental: trata-se de princípio *geral* do direito. Não sem razão, segundo Juarez Freitas, “o princípio constitucional da precaução [...] estabelece (não apenas no campo ambiental) a obrigação de adotar medidas antecipatórias e proporcionais, mesmo nos casos de incerteza quanto à produção de danos fundadamente temidos (juízo de forte verossimilhança)” (*O direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 122).

Logo, é norma que deve igualmente reger o processo. Afinal, é preciso — ante os indícios científicos de que o juiz também se sujeita a vieses — que esse risco seja erradicado ou minimizado até a sobrevivência de mais informações. Entendimento contrário infundiria um temerário sistema processual que assume o risco de juízes inconscientemente parciais que distorcem provas e fatos de maneira sistemática. O mais importante não é verificar *in concreto* se um juiz logrou ou não manter-se imparcial, mas “*defendê-lo* da mera *suspeita* de a não haver conservado, não dar azo a qualquer *dúvida*, por esta via reforçando a *confiança* da comunidade nas decisões dos seus magistrados” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 315).

Não se nega que os experimentos sobre vieses ainda precisam de aprofundamento, visto que à maior parte deles faltam a complexidade e a imprevisibilidade dos julgamentos verdadeiros. Como se não bastasse, as pesquisas têm sido mais comuns em jurados e juízes leigos em situação laboratorial *in vitro*, que não possuem treino nem experiência, do que em juízes profissionais em situações reais de exercício profissional. Além disso, a *BL&E* é ciência *in fieri*, que mais se aproxima a uma *coleção* incipiente de vieses ainda a ser teoricamente unificada, não obstante tenha muito a percorrer. Porém, os trabalhos de campo já realizados *indicam* que os juízes provavelmente estão sujeitos a ilusões cognitivas; logo, a judicatura deve cercar-se de *cuidados institucionalizados*, que propiciem mitigação, neutralização ou eliminação mesma dessas ilusões, garantindo uma margem segura de atuação funcionalmente imparcial.

Enfim, conquanto a ideia de *boundedly rational judge* seja um modelo pendente de testes de falseabilidade, o simples risco de que o modelo seja verídico justifica que os sistemas processuais brasileiros positivos sejam reformados e reinterpretados sob os auspícios da finitude do juiz.

Frise-se que os vieses *não* aparecem como existenciais constitutivos do *Dasein* para a hermenêutica heideggeriana e, em consequência, para a analítica existencial (embora possam teorizar-se fora da psicologia como problema propriamente *filosófico* e elevar-se à finitude como fenômenos originários de primeira ordem com potencial ontológico). Todavia, em se tratando de reflexão que se pretende *fenomenológico-hermenêutico*, é importante esclarecer que se faz aqui um *parêntesis metodológico estratégico*. Sustando-se interinamente a “*asepsia*” do mundo do ser-no-mundo, produzida pelo “*ingênuo operar onipotente da metafísica*” (Ernildo Stein), procede-se a um espessamento extra-ontológico do juiz/ser-aí, re-enxertando-se nele o *psíquico-cognitivo* (que, ao fim e ao cabo, nada mais é do que zona, região ou momento positivo do fenômeno ontológico-existencial da finitude do ser-aí).

Com isso se ratifica, agora no plano empírico-científico, o que já se acessara de modo transcendental no plano pré-científico-ontológico: a finitude kantianamente entendida como *determinação privativa do conhecimento*. Ou seja, as raízes ontológico-existenciais da finitude do ser-aí são corroboradas por experimentos científicos sobre a falibilidade psíquico-cognitiva do juiz.

Uma *ciência da vulnerabilidade e da fragilidade* [instância fundada-derivada] chancelando uma *ontologia existencial da finitude*

[instância fundante-originária]. E com isso se identifica um ponto de partida pré-dogmático, até então não tematizado, no qual terminam as fraquezas próprias à condição humana do juiz e já começam as possibilidades de um direito processual emancipado de todos significantes absolutos e despóticos. A finitude redime a processualística de todas as grandes mentiras, mormente daquelas perpetradas em nome da Verdade.

Date Created

28/01/2017