

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL, AUTOMATISMOS MENTAIS E DIREITOS HUMANOS: COMPORTAMENTO DO JUDICIÁRIO NA ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS ENVOLVENDO VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

CONSTITUTIONAL INTERPRETATION, AUTOMATIC THOUGHTS AND HUMAN RIGHTS: JUDICIAL BEHAVIOR IN THE ANALYSIS OF JUDGMENTS INVOLVING DOMESTIC VIOLENCE

Sebastião Patrício Mendes da Costa¹

Recebimento em novembro de 2013.

Aprovação em janeiro de 2014.

Resumo: Nesse trabalho apresentaremos uma análise da presença dos vieses em decisões judiciais sobre violência contra a mulher. Seguindo a abordagem de Juarez Freitas e Daniel Kahneman, mostraremos principalmente o viés de confirmação em decisões envolvendo casos de violência sexual.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Hermenêutica Constitucional; Judiciário; Violência Doméstica.

Abstract: In this paper we present an analysis of the presence of different biases in judgments about violence against women. Following the approach of Juarez Freitas and Daniel Kahneman, we will show the confirmation bias in decisions involving cases of sexual violence.

Keywords: Human Rights. Constitutional Interpretation. Judiciary. Domestic Violence.

INTRODUÇÃO

Todos nos perguntamos sobre os impactos das novas tecnologias na vida humana, sobre o futuro da sociedade de uma forma geral. Que a tecnologia pode nos alterar enquanto seres humanos, uma vez que já modifica nossa forma de comunicar e de fazer. O vencedor do prêmio Nobel da Paz e ex-vice presidente dos Estados Unidos Al Gore, por exemplo, ao tratar do futuro, aborda fatores mais importantes para a mudança global, dentre os quais um conjunto novo e revolucionário de tecnologias. (GORE, 2013)

A hermenêutica jurídica não pode ficar dissociada dos avanços tecnológicos e dos estudos científicos que são desenvolvidos. Se no início de seu estudo, a hermenêutica foi entendida como uma arte, a arte da compreensão

¹ Doutorando em Direito pela PUC/RS. Mestre em Direito e Estado pela UnB. Mestre em Antropologia e Arqueologia pela UFPI. Bacharel em Direito pela UnB. Presidente do Conselho Estadual de Direitos Humanos no Estado do Piauí-CEDDHPI. Professor e Coordenador do Curso de Direito da Universidade Federal do Piauí – UFPI. Advogado. E-mail: sebastiao_costa@hotmail.com

(SCHLEIERMACHER, 2006), agora, para um sentido correto e uma aplicação adequada dos ditames jurídicos, na construção da decisão judicial, os estudos do cérebro devem ser incorporados a essa tradição. Nesse artigo, analisaremos decisões judiciais sobre violência sexual e violência de gênero a partir dos estudos de Juarez Freitas sobre a ciência do cérebro e dos vieses e a relação entre a hermenêutica jurídica e os automatismos mentais. Os chamados vieses ou predisposições automáticas devem ser considerados para se evitar que o intérprete decida com base em preconceitos derivados das áreas cerebrais primitivas e não produza, portanto, decisões com uma justificação consistente. Utilizaremos os estudos de Daniel Kahneman (2012) sobre os sistemas de pensamento e as teorias de Richard Posner sobre o comportamento do magistrado ao decidir (2008) para compreendermos como os intérpretes brasileiros da lei pensam ao decidir questões envolvendo violência sexual e de gênero.

1. COMPORTAMENTO DO MAGISTRADO E AS TEORIAS DE RICHARD POSNER

O estudo sobre o comportamento do judiciário e tomada de decisão do magistrado talvez tenha em Posner um de seus maiores teóricos. Em *How Judges Think* (2008), o juiz americano e professor de Harvard Richard Posner analisa o judiciário como um legislador ocasional através de uma abordagem realista e unificadora, mostrando, através de nove teorias, como o juiz se comporta ao decidir. São elas:

a) Teoria comportamental ou atitudinal: os juízes tendem a decidir politicamente, com suas preferências pessoais e políticas, ao invés de decidirem unicamente através do Direito;

b) Teoria estratégica: as decisões dos juízes são aquelas mais adequadas a seus objetivos. Decidem estrategicamente;

c) Teoria sociológica: a decisão dos juízes tem como base o comportamento do grupo. Alguns juízes julgariam com base numa aversão ao dissenso;

d) Teoria psicológica: o fundamento da decisão judicial seriam os influxos psicológicos. As decisões podem ser tomadas com base em paixões;

e) Teoria econômica: a decisão é tomada com base a otimizar, maximizar o trabalho do magistrado;

f) Teoria organizacional: apesar da independência do magistrado, sua decisão considera a estrutura da organização judicial, dando importância a presença dos precedentes;

g) Teoria pragmática: os juízes consideram as consequências de suas decisões;

h) Teoria fenomenológica: a imagem construída pelo juiz interfere na sua decisão;

i) Teoria legalista: o juiz pensaria apenas na aplicação da lei ao caso concreto.

2. OS SISTEMAS DE PENSAMENTO DE KAHNEMAN

Daniel Kahneman (2012) faz um grande estudo sobre os sistemas de pensamento, os chamados pensamento rápido e pensamento devagar. O professor israelense, que é vencedor do Prêmio Nobel de Economia 2002, estuda os processos de tomada de decisão e mostra que tomamos decisões muitas vezes pautados em erros sistemáticos que se repetem em casos particulares, o que ele chamará de vieses. Dessa forma, as representações, as experiências de nossas vidas, sentimentos e preferências intuitivas muitas vezes guiam as nossas tomadas de decisão. Em algumas vezes, guiados por esses vieses, confiamos nessas informações e tomamos decisões equivocadas, erradas e facilmente identificadas por um observador que domina a estatística. Seria necessária uma intervenção nessas situações para que as escolhas e tomadas de decisão fossem justificadas coerentemente. Ou seja, o autor mostra que as decisões são susceptíveis a erros sistemáticos.

Kahneman mostra o funcionamento da mente a partir dos avanços da psicologia cognitiva e social, buscando compreender as falhas do pensamento intuitivo. E mostra as diferenças entre os pensamentos rápido e devagar, a partir de dois sistemas para julgamento e escolha, que ele chama de sistema 1 e sistema 2.

O Sistema 1, o sistema do pensamento rápido é intuitivo, é o sistema das operações automáticas. Os pensamentos automáticos são complexos, muitas vezes inconscientes, mas explicam vários julgamentos. É esse tipo de pensamento que toma

na maior parte das vezes os pensamentos que ocorrem por impulso. Ele é mais influente que a experiência.

Sistema 2, o sistema do pensamento devagar é racional, deliberado, oneroso, das operações controladas. É o das áreas novas do cérebro, que é responsável pela concentração, pela capacidade de calcular, assim como pelo controle das informações formuladas pelo sistema 1.

3. O ESTUDO DOS VIESES SEGUNDO JUAREZ FREITAS

A partir dos estudos de Daniel Kahneman e com respaldado na preocupação de Richard Posner em desvendar o comportamento do judiciário em suas decisões, no Brasil, Juarez Freitas (2013a; 2013b) desenvolve o estudo dos vieses e automatismos mentais com base nos estudos de hermenêutica jurídica e dos avanços no estudo do cérebro a partir do Instituto dos Estudos do Cérebro da PUC/RS.

“Os estudos científicos sobre o funcionamento do cérebro alertam, com impressionante nitidez, para os riscos dos vieses ou das predisposições automáticas (‘biases’), no processo de compreensão do mundo, avaliação e sopesamentos”. (FREITAS, p. 278, 2013b)

Juarez Freitas mostra os principais vieses que surgem na hermenêutica jurídica e propõe soluções preventivas para evitar tais desvios.

“O que almejo sublinhar é que, na interpretação jurídica, os sopesamentos e as ponderações coexistem, no cérebro, com uma rede tendenciosa de impulsões (como demonstram os experimentos de John Bargh sobre a força dos esteriótipos)” (FREITAS, p. 230, 2013a)

Os principais vieses trabalhados por FREITAS são os seguintes:

- a) O viés da confirmação – que seria uma predisposição para observarmos apenas os dados e informações que confirmem as nossas crenças;
- b) O viés da falsa coerência – “predisposição de negar a (incômoda) dúvida e suprimir artificialmente a ambiguidade moral (não menos incômoda), inventando narrativas coerentes”;
- c) O viés da aversão à perda – há uma maior valorização das perdas que dos ganhos;
- d) O viés do “status quo” – há uma predisposição de se manter as escolhas que já foram realizadas, mesmo que disfuncionais, anacrônicas e obsoletas;

- e) O viés do enquadramento – nesse viés há uma predisposição de se interpretar considerando o modo como a questão é enquadrada;
- f) O viés do otimismo excessivo - “a confiança extremada guarda conexão com previsões exageradamente seguras (e negligentes), ligadas a erros nem sempre inocentes”;
- g) O viés do presente – “existe tendência de buscar recompensas imediatas, sem perguntar sobre os efeitos a longo prazo, causando prejuízos de toda ordem (inclusive à saúde pública) por falhas nas escolhas intertemporais”;

Ao não conhecer os vieses, o julgador corre um serio risco de realizar julgamentos inconsistentes e injustos. Segundo FREITAS:

“a interpretação jurídica, empreendida com plena consciência dos vieses, demanda uma hermenêutica reorientada cientificamente pela capacidade de reflexão sobre automatismos do cérebro” (FREITAS, 2013a, p. 241)

O professor Juarez Freitas já mostrou a preocupação com os argumentos das decisões judiciais, quando tratou do estudo das falácias que são utilizadas no fundamento para as decisões judiciais. No processo de decisão e de avaliação dos riscos, Juarez Freitas chamou a atenção para o intérprete não cair em falácias ou armadilhas argumentativas. (JUAREZ, 2012). Agora, esse estudo se aprofunda com a análise dos vieses.

4. VIESES E VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

A violência contra a mulher é um fato crescente na sociedade brasileira e chama a atenção de várias instituições de proteção aos Direitos Humanos no Brasil. Definida pela Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, ou “Convenção de Belém do Pará”, de 1994, como “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico, tanto na esfera pública como na esfera privada”, há várias formas de violência contra a mulher e a sua erradicação envolve aspectos complexos. Além da proteção internacional, a mulher é protegida pela Constituição Federal, nos artigos 5º e 226, § 8º, dentre outros, bem como na Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340/06.

A construção de gênero e a construção social da violência estão intimamente relacionadas. As relações interpessoais entre homens e mulheres não são explicadas

apenas como uma luta pelo poder, mas há a inserção de outras questões nessa discussão, como relações de afetividade, sexualidade, amor e paixão.

Em 2014, o IPEA divulgou pesquisa sobre a tolerância social à violência contra as mulheres. A pesquisa contou com 3.810 entrevistados e mostrou um perfil da população brasileira sobre a temática. Apesar de esclarecedora, a pesquisa trás dados preocupantes da visão dos brasileiros sobre a violência contra as mulheres, dentre os quais destacamos:

- a) 58,5% dos entrevistados concordaram que haveria menos estupros se as mulheres soubessem se comportar;
- b) 58,4% concordam que “em briga de marido e mulher, não se mete a colher”;
- c) 42,7% concordam que mulher que é agredida e continua com o parceiro é porque gosta de apanhar;
- d) Sobre a pergunta “o que acontece com o casal em casa não interessa aos outros”, 31,5% concordam parcialmente e 47,2% concordam totalmente.

A pesquisa mostra uma prevalência do modelo patriarcal de família e uma percepção que “os homens devem ser a cabeça do lar”. Ou seja, a família está organizada em torno da autoridade do homem, e a violência está sempre presente para que essa autoridade seja mantida. O poder do homem sobre a mulher é quase que irrestrito. Eles possuem poder sobre o espaço doméstico, sobre as mulheres e seus corpos. Os problemas familiares devem ser resolvidos no ambiente privado e somente externados e tratados no ambiente público em caso de violência física contra a mulher ou os filhos. Por mais preocupante esse pensamento, verificamos que ele é confirmado em decisões do Poder Judiciário brasileiro sobre a violência contra a mulher.

Algumas decisões judiciais mostram o preconceito e o desconhecimento dos juízes sobre questões mais complexas no caso do estupro, como por exemplo, a tentativa que o juiz faz de tentar prever qual é a reação que a mulher deve ter para que o ato sexual seja caracterizado como não consentido. Nessas decisões, o juiz utiliza-se de um viés de confirmação (JUAREZ, 2013a), através da crença prévia de um possível conhecimento incorporado sobre uma provável atitude da mulher que caracterizaria uma relação sexual não consentida, uma possível violência. A crítica que se faz a formação do juiz é que mesmo sem o conhecimento sobre psicologia, ele acha-se em condições técnicas de prever qual o comportamento que é adotado por uma mulher que sofre um estupro, concluindo muitas vezes que apenas “gritar” não caracteriza a recusa ao ato

sexual. Decisão judicial citada por SILVIA PIMENTEL, o magistrado afirma que "quem cala consente, quem grita também", mostrando que o simples fato da mulher ter apenas gritado não caracterizaria que a relação sexual não foi consentida.

O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP, RT 488/336), por exemplo, decidiu que “estupro é a posse por força ou grave ameaça, supondo dissenso sincero e positivo da vítima, não bastando recusa meramente verbal ou oposição passiva e inerte”. Este Tribunal afirma ainda que tal comportamento é o constrangimento normal à cópula. Em outra decisão, o mesmo Tribunal afirma que “não basta a oposição meramente simbólica (TJSP, RT 535/287), por simples grito” (TJSP, RT 429/400) (Cf. DELMANTO, 2010, p. 695-696; MIRABETE, 2001, p. 1434).

A presença do viés de confirmação é tão evidente que há considerações diferenciadas às alegações feitas por mulheres de *status* diferentes. O modelo que o julgador carrega do que seria uma mulher de bem é evidenciado em várias decisões. O Tribunal de Justiça do Paraná afirmou que “se a mulher alega sem qualquer lesão, ter sido estuprada por um só homem, que se utilizou apenas de força física, suas declarações devem ser recebidas com reserva ou desconfiança” (TJSP, RT 534/315; TJPR, PJ 41/174). O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul é ainda mais explícito quando afirma que em “tratando-se de vítima honesta e de bons costumes, suas declarações têm maior relevância” (TJRS, RT 553/397). Sobre esse tratamento diferenciado, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu que “se a vítima é leviana, a prova deve ser apreciada com redobrado cuidado” (TJSP, RT 537/301). (Cf. DELMANTO, 2010, p. 695-696).

A presença dos vieses, em especial o de confirmação, está presente mesmo em Tribunais Superiores que contam, teoricamente, com julgadores mais experientes e mais preparados.

O Superior Tribunal de Justiça julgou, em 2012, sob a relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, caso em que um homem foi acusado de manter relações sexuais com três garotas de doze anos². No caso, que chegou ao STJ em grau de recurso, o acusado tinha sido condenado em segunda instância. No STJ, o réu foi inocentado pela Terceira Seção sob a alegação que não era possível presumir violência,

² STJ absolve acusado de estupro de garotas de programa de 12 anos. *O Globo*. 27/03/2012. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/stj-absolve-acusado-de-estuprar-garotas-de-programa-de-12-anos-4429222>. Acesso em: 15/10/2013.

pois as meninas já se prostituíam e poderiam ter consentido a relação sexual. Ora, se era sabido que as meninas já se prostituíam, cabia ao Estado protegê-las. O Estado falhou duplamente. Na primeira vez por permitir que meninas fossem obrigadas a se prostituir para sobreviver. E numa segunda vez por permitir que o Judiciário não as protegesse sob o argumento que elas já se prostituíam. O viés de confirmação, aquele verificado na pesquisa do IPEA que afirma uma tolerância a violência contra a mulher se ela não se comportou adequadamente.

Depois de muita pressão social e política (WURMEISTER, 2012), desde a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e de diversas entidades de defesa dos Direitos Humanos, o STJ reviu a sua decisão através do julgamento dos Embargos Declaratórios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presença dos vieses assim como estudados por Daniel Kahneman (2012) e Juarez Freitas (2013a; 2013b), como vimos, é clara nos julgamentos sobre violência sexual. A pesquisa realizada pelo IPEA (2014) e que mostra dados importantes sobre a visão que a maior parte dos brasileiros possui da posição do homem e da mulher na sociedade é verificado nas decisões analisadas sobre a violência contra a mulher. O homem tem a sua autoridade preservada, podendo ter direitos a mulher e a seu corpo. Uma mulher que não se comporta de acordo com o modelo verificado na pesquisa é vista com desconfiança e não recebe a mesma proteção pelo Judiciário. Fatos semelhantes são julgados de forma diferente dependendo do estereótipo que ela se enquadra, ou seja, segundo o estigma que ela é vista pelo julgador. O juiz deixa de lado a sua neutralidade. A mulher violentada termina por ser vista com descrédito.

No âmbito do Direito Penal, nos casos estudados, o julgador parece deixar de julgar o fato e foca a sua visão no estereótipo da mulher. E assim, aplica o seu viés de confirmação e ratifica as crenças identificadas na pesquisa do IPEA abordada. Nos casos de violência contra a mulher, o princípio do “in dubio pro reo” acaba sendo substituído pelo “in dubio pro steryotipo”.

BIBLIOGRAFIA

- DELMANTO, Celso *et. al.* *Código Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FREITAS, Juarez. A Hermenêutica Jurídica e a Ciência do Cérebro: como lidar com os automatismos mentais. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 40, n.130, p. 223-244, jun. 2013a.
- _____. Hermenêutica Jurídica e desvios cognitivos. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 13, p.277-308, jan/jun. 2013b.
- _____. *Sustentabilidade e Direito ao Futuro*. Belo Horizonte: Forum, 2012.
- GORE, Al. *Futuro*. São Paulo: HSM, 2013.
- IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Tolerância social à violência contra as mulheres*. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=21971 Brasília: Ipea, 2014.
- KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- MIRABETE, Julio Fabrini. *Código Penal Interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- PIMENTEL, Silvia. *Estupro: crime ou cortesia?* Porto Alegre: SAFE, 1998.
- POSNER, Richard. *How judges think*. Cambridge, Massachusetts, London: Harvard University Press, 2008.
- SCHLEIERMACHER, Friedrich. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. 5.ed.Trad. Celso Reni Braida. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2006.
- STJ absolve acusado de estuprar garotas de programa de 12 anos. *O Globo*. 27/03/2012. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/stj-absolve-acusado-de-estuprar-garotas-de-programa-de-12-anos-4429222>. Acesso em: 15/10/2013.
- WURMEISTER, Fabiula. STJ volta atrás e condena sexo com menor de 14 anos. *Gazeta do Povo*. 10/08/2012. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/stj-volta-atras-e-condena-sexo-com-menor-de-14-anos-2m6c7po1polhtgg7vwth1q5hq>. Acesso em 16/10/2013.