

Primado do Direito
Justiça penal, prova e decisão no século XXI

Miguel dos Santos Pereira

ÍNDICE

Apresentação, <i>Aury Lopes Jr.</i>	11
Introdução	15
1. Punir (e ver punir) sabe bem!	21
2. Portugal punitivo: um dos países mais pacíficos do mundo... mas com um sistema penal hiperactivo?	27
3. “Sem corpo, sem crime?” Os limites da prova e os perigos da condenação com base em prova indiciária.	43
4. O cérebro punitivo revisitado: do instinto universal à construção cultural	73
5. A última ilusão: a verdade. Do cérebro preditivo ao juiz que acredita ver o real	85
6. Justiça criminal: contributo para uma mudança.	99
7. Justiça criminal: a operacionalização da mudança	143
 <i>Anexos Técnicos</i>	
Anexo A – Os sentidos invisíveis: porque continuamos a acreditar em Aristóteles e como o cérebro moderno nos mostra que o mundo é muito mais do que cinco portas de entrada	169
Anexo B – A impossibilidade de uma só natureza humana: variação é a norma	181
Referências	213

APRESENTAÇÃO

A obra que o leitor tem em mãos não se limita a revisitar problemas conhecidos da justiça penal. Ela propõe algo mais exigente: deslocar o centro do debate. Em vez de perguntar apenas se o direito penal decide bem ou mal, pergunta como decide – e, sobretudo, com que fundamentos epistemológicos sustenta aquilo que afirma como verdade.

É precisamente neste ponto que o livro de Miguel dos Santos Pereira se destaca.

Partindo de uma experiência concreta e plural no interior do sistema – tribunais, advocacia, investigação e *media* – o autor constrói uma reflexão que vai além da crítica dogmática tradicional. O que está em causa não é apenas a correção das decisões, mas o modo como a convicção se forma, se legitima e se apresenta como conhecimento.

O maior valor da obra é a leitura interdisciplinar de fenômenos complexos como violência, crime e administração da justiça. A rica bibliografia demonstra a imensa inquietude mental de Miguel, que sem dúvida é alguém muito mais preocupado em formular questões do que propriamente apresentar soluções (quase sempre simplistas e reducionistas, erro que ele não comete).

Ao longo das páginas que se seguem, o leitor encontrará uma análise consistente de um problema que o processo penal,

historicamente, preferiu não enfrentar de forma frontal: a ilusão de acesso direto à verdade. A confiança na memória como registo fiel, na narrativa como espelho do real e na convicção como critério suficiente de decisão é aqui submetida a um escrutínio rigoroso. O mito da verdade como fundante de um processo inquisitório e autoritário. E desde logo refutamos a crítica ou o rótulo de “verifobia”. Nada mais equivocado. A (nossa) proposta é questionar de que “verdade” se trata e qual o seu “lugar” no processo penal, que com certeza não pode ser uma “verdade real” e muito menos uma verdade fundante ou legitimante do processo (penal). O preço que se paga pela “ambição de verdade” (expressão de Salah Khaled Jr.), especificamente no processo penal, não pode nunca se esquecer. É preciso evocar tudo o que se passou e se (deveria) ter aprendido durante a inquisição.

A incorporação de contributos da psicologia cognitiva, da neurociência e das ciências do comportamento demonstra, com clareza, que a decisão judicial não é um ato puramente racional. É um processo situado, atravessado por heurísticas, vieses, emoções e estruturas narrativas que influenciam, muitas vezes de forma invisível, a leitura da prova e a formação do convencimento. O “erro de Descartes” (parafrazeando António Damásio) precisa ser compreendido pelo direito e pelos juristas, ainda cravados na razão moderna, com muitos ingênuos cultuadores do juiz-razão e da sentença como silogismo racional.

Essa constatação tem consequências profundas.

Ela obriga a repensar a teoria da prova, a função do juiz e os próprios limites do processo penal. Obriga, sobretudo, a abandonar a ficção confortável de que o sistema decide com base em uma “verdade” e que o juiz a revela através de silogismo racional. Desvelar essa complexidade é fundamental para compreender a importância e o valor das “regras do jogo”, e da postura contrainstitucional, como única forma de reduzir o decisionismo judicial.

A crítica ganha especial densidade quando articulada com a análise do punitivismo contemporâneo. O livro evidencia, com precisão, que a justiça penal não opera num vazio emocional. O impulso de punir, longe de ser um simples reflexo normativo, está ligado a dinâmicas sociais, culturais e psicológicas que atravessam tanto o espaço público quanto o espaço judicial.

O caso português, aqui examinado com particular acuidade, revela um paradoxo inquietante: uma sociedade marcada por baixos níveis de criminalidade violenta, mas acompanhada de um sistema penal intensamente punitivo. A resposta para esse desfasamento não se encontra apenas na lei, mas nas práticas, na cultura inquisitória ainda vigente, na cultura do medo e nos mecanismos cognitivos que orientam a decisão.

É nesse ponto que esta obra assume a sua maior relevância.

Não se trata de propor uma justiça mais indulgente, mas uma justiça mais consciente de si mesma. Mais rigorosa na forma como constrói a prova. Mais exigente na fundamentação das decisões. Mais atenta aos limites do conhecimento humano quando decide sobre a liberdade – e, por vezes, sobre a vida – de outras pessoas. Uma justiça consciente do valor do devido processo como forma idônea de controlar o poder. Punir é necessário, punir é civilizatório, mas dentro do devido processo, não a qualquer preço.

Num cenário em que o discurso penal oscila entre o formalismo acrítico e o populismo punitivo, este livro oferece uma contribuição rara: a de reconduzir o debate ao seu núcleo mais sensível – a relação entre conhecimento, decisão e poder.

É, por isso, uma obra que merece ser lida com atenção. E, sobretudo, levada a sério.

Aury Lopes Jr.

INTRODUÇÃO

Este livro não nasceu de uma tese prévia nem de uma agenda teórica fechada. Nasceu de uma inquietação persistente, amadurecida ao longo de anos de contacto directo com o sistema de justiça penal, em múltiplos planos e a partir de dentro. Nasceu da fricção contínua entre aquilo que o direito afirma fazer e aquilo que, na prática, faz quando decide.

Ainda durante a licenciatura em Direito, estagiei em tribunais, acompanhando de perto o quotidiano de juízes, procuradores e oficiais de justiça, num espaço onde a decisão se constrói muito antes de ser escrita. Já enquanto advogado, a representação de uma associação sindical de funcionários de investigação criminal permitiu-me um contacto privilegiado com investigadores, métodos de investigação e constrangimentos reais da produção da prova. Durante mais de oito anos, enquanto comentador regular de programas televisivos de análise criminal, observei semanalmente a forma como casos penais eram narrados, julgados no espaço público e depois retraduzidos no espaço judicial. A tudo isto soma-se a prática diária da advocacia, onde a distância entre o processo ideal e o processo real se torna particularmente visível.

Foi nesse percurso que uma pergunta se tornou recorrente: Porque é que a justiça penal decide como decide?

Não no plano da norma, mas no plano da formação da convicção.

Não na letra da lei, mas na forma como os factos são vistos, narrados, recordados e tornados verdade.

Desde cedo se tornou claro que muitas decisões não assentam apenas em prova, mas em narrativas plausíveis. Que a coerência interna de uma história é frequentemente confundida com a sua veracidade. Que a memória das testemunhas é tratada como arquivo e não como reconstrução. Que o juiz acredita observar o real quando, na verdade, observa uma versão filtrada por expectativas, experiências prévias, categorias culturais e vieses cognitivos. Que a chamada “verdade material” funciona mais como ideal retórico do que como conceito epistemicamente defensável.

Os primeiros textos que dão origem a este livro partiram precisamente daí:

- da crítica às ilusões da verdade,
- à confiança excessiva na memória e no relato,
- à ideia de que o processo revela o que aconteceu, quando na realidade constrói versões do que pode ter acontecido.

A análise da prova indiciária, nomeadamente em contextos de homicídio sem corpo, mostrou de forma particularmente clara como a Justiça tende a preencher lacunas com inferências narrativas, transformando ausência de prova directa em certeza construída. A comparação com outros sistemas jurídicos e com a literatura especializada revelou que estas práticas não são acidentes, mas padrões recorrentes.

Paralelamente, o ensaio foi incorporando uma crítica mais ampla ao impulso punitivo. A partir da análise do prazer social na punição, da *Schadenfreude* e da persistência histórica do castigo como espectáculo, tornou-se evidente que a justiça penal

não opera num vazio emocional. Punir não é apenas aplicar uma norma, é satisfazer expectativas morais, medos colectivos e, por vezes, desejos de retribuição simbólica. A revisão crítica do chamado “cérebro punitivo”, em diálogo com Hoffman, permitiu deslocar a punição de uma suposta base inata para uma construção cultural, histórica e institucional, com múltiplas faces e funções.

Este percurso levou inevitavelmente a um paradoxo central, particularmente visível em Portugal: um país objectivamente pacífico, com baixos índices de violência, mas com um sistema penal altamente punitivo, marcado por taxas elevadas de encarceramento e prisão preventiva. A dissonância entre realidade social e resposta penal não podia ser explicada apenas por opções legislativas. Exigia uma análise mais profunda dos mecanismos mentais e institucionais da decisão.

É neste ponto que a neurociência, a psicologia cognitiva e as ciências do comportamento entram no ensaio, não como ornamento interdisciplinar, mas como ferramenta crítica. Compreender como percebemos, recordamos, avaliamos testemunhos, construímos causalidade e inferimos intenções revelou-se essencial para compreender como o processo penal funciona efectivamente. A leitura de autores como Aury Lopes Jr., Alexandre Morais da Rosa, Geraldo Prado e Rui Cunha Martins foi decisiva para perceber que o problema não é apenas dogmático – é epistemológico. Não basta discutir conceitos se não discutirmos os métodos através dos quais esses conceitos são preenchidos.

Os textos que compõem este livro têm origem na série de crónicas “Primado do Direito”, publicadas no jornal Página Um, concebidas desde o início como um ensaio contínuo e cumulativo sobre as falhas estruturais da justiça penal contemporânea. A passagem ao formato livro resulta de um repto do director do jornal, Pedro Almeida Vieira, no sentido de reunir,

aprofundar e dar unidade a esse trabalho, publicando-o sob a chancela do Página Um.

A esse corpo principal juntam-se dois textos adicionais, sob a forma de anexos técnicos, originalmente publicados no blogue Reasonable Doubt. Esses anexos desenvolvem com maior densidade científica duas dimensões centrais do ensaio: o papel dos sentidos na construção da realidade e a variabilidade da natureza humana, oferecendo o suporte empírico às críticas formuladas ao longo do livro.

A adaptação ao formato livro implicou um trabalho de reorganização, afinação e aprofundamento. Eliminaram-se redundâncias próprias da escrita serial, reforçou-se a progressão conceptual, clarificaram-se pressupostos e consolidaram-se ligações entre temas que, nas crónicas, surgiam espaçados no tempo. O resultado não é uma compilação, mas um texto revisto, pensado como unidade.

O fio condutor permanece constante: a justiça penal não falha apenas quando erra na aplicação da lei. Falha quando confunde convicção com verdade, coerência com prova, experiência com método e tradição com necessidade. Falha quando acredita ver o real, sem reconhecer que vê através de filtros humanos, culturais e cognitivos.

A análise da inferência dos estados mentais, desenvolvida nos textos finais, não é o tema exclusivo do livro. É o ponto onde todas as críticas anteriores convergem. Quando se percebe que memória é reconstrução, que testemunho é narrativa, que verdade é construída, que punição é cultural e que o julgamento está atravessado por vieses, torna-se inevitável questionar o modo como o sistema afirma saber o que alguém quis, previu ou aceitou.

Este livro não propõe uma justiça indulgente nem uma justiça cientificista. Propõe uma justiça epistemicamente mais honesta, consciente dos seus limites e, por isso, mais exigente

consigo própria. Uma justiça que substitua a ilusão de acesso directo à verdade por método, prudência e explicitação. Uma justiça que reconheça que decidir não é descobrir essências, mas escolher narrativas sob incerteza.

Se estas páginas contribuírem para deslocar o debate da certeza para o método, da convicção para a fundamentação e da tradição para a responsabilidade epistemológica, então terão cumprido o seu propósito.