

REVISTA

liber

V 1 . N 1 . 2021





Autor Cooperativo:
Instituto de Aperfeiçoamento e Prática Jurídica – IAPJ

Editores Chefes:
Karina Mombelli Sant’Anna e Matheus Gonçalves dos Santos Trindade.

Editor Executivo:
Vitor Eduardo Frota Vasconcelos

Corpo Editorial:
Adriana Prass, Amanda Büttendender Medeiros, Eduardo Dallagnol Lemos, Maria
Alice dos Santos Severo, Pedro Guilherme Ramos Guarnieri e Thiago Carolo
Schnarndof.

Layout capa:
Cauê de Oliveira Malabarba.

Disponível em:
www.iapj.com.br/revista-liber

Circulação:
Acesso aberto e gratuito.
Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Periodicidade:
Quadrimestral

Idiomas que serão aceitos os artigos:
Português, inglês e espanhol.

Logradouro:
Avenida Diário de Notícias, nº 400, sala 502, bairro Cristal, Porto Alegre, Rio Grande
do Sul, CEP 90810-080.

Contato:
revistaliber@iapj.com.br



O Instituto de Aperfeiçoamento e Prática Jurídica foi criado no intuito de oferecer aos estudantes e operadores do direito aquilo que não é ensinado nas faculdades: como atuar na prática profissional de forma segura.

Isto porque, infelizmente, em razão da extensa grade curricular, as faculdades de direito não conseguem ensinar aspectos práticos aos alunos, como: abertura e gerenciamento de um escritório de advocacia, atendimento ao cliente, precificação de satisfatórios honorários, atuação em demandas extrajudiciais e judiciais, critérios para escolha dos estudos de conhecimentos teóricos que efetivamente se aplicam no campo prático de cada área, entre outros.

Por compreender a existência destas demandas e para atender ao propósito dos sócios-fundadores, o Instituto surgiu e lança diversos cursos para o aperfeiçoamento dos alunos no campo prático, cujas temáticas envolvem as linhas de conhecimentos gerais e específicos de cada área de atuação.

Além dos cursos, a escola possui o braço acadêmico do IAPJ, que visa possibilitar a todos o acesso à produção acadêmica desde cedo, seja por meio de videoaulas, colunas jurídicas, o Liber Podcast e a Revista Liber, que é o nosso principal meio de disseminação da produção acadêmica de nossos alunos, estudantes de direito, profissionais e professores renomados.



A Revista Liber foi criada em razão de uma necessidade presente na jornada dos nossos alunos: a vontade e dificuldade de publicar artigos científicos desde o período da graduação.

Atualmente, as revistas de direito priorizam a publicação de mestres e doutores em direito, com o objetivo central de possuir uma melhor pontuação no Qualis/capes, o que acaba dificultando o acesso dos alunos ao mundo acadêmico.

Pensando neste cenário, de forma diferente e inovadora, criamos a revista Liber que nasce com a missão de democratizar as publicações no campo jurídico, permitindo que não só mestres e doutores possam publicar no periódico, mas também abrindo as portas da publicação acadêmica para pós-graduandos, graduados e estudantes de graduação em direito.



CONHEÇA NOSSOS CONTEÚDOS:



SUMÁRIO

COMO (TENTAR MINIMAMENTE) PRESERVAR A MEMÓRIA NO PROCESSO PENAL?.....06

Aury Lopes Júnior; Guilherme Moraes Gomes

A (DES)INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E (IN)VISIBILIDADE NA TECNOLOGIA DE RECONHECIMENTO FACIAL.....24

Felipe Faoro Bertoni; Natasha Mello Lopes

DEFENSORIA PÚBLICA E SUA RELEVÂNCIA PARA A SEGURANÇA DO CIDADÃO.....38

Douglas Manoel Antonio de Abreu Pestana Dos Santos

UMA BREVE ANÁLISE SOBRE A PRESCRIÇÃO E A APLICABILIDADE DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL.....53

Delma Gomes Messias; Karina Brasil de Oliveira

A INSTRUMENTALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL: DA IDEOLOGIA À INSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROJETO POLÍTICO DA OPERAÇÃO LAVA-JATO.....69

Caio Lavorati da Siva

O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO COMBATE ÀS FAKE NEWS EM TEMPOS DE PÓS-VERDADE.....79

Julia Alves de Andre

O ABANDONO AFETIVO E SUAS CONSEQUÊNCIAS.....92

Everson Soto Silva Brugnara; Líbia Mara da Silva Saraiva; Patricia Gomes Resende

OS REFLEXOS DA BOA FÉ OBJETIVA NAS FASES DO CONTRATO.....106

Beatriz Cal Tavares

**IMPACTOS DAS INOVAÇÕES PROCESSUAIS TRAZIDAS PELO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL NO FENÔMENO DA
DESJUDICIALIZAÇÃO.....115**

Bruna da Cunha Silva; Jonas César Dias; Késsya Kimberlly Cândido Gonçalves

**O PSICOPATA É INIMPUTÁVEL, SEMI-IMPUTÁVEL OU
IMPUTÁVEL?.....128**

Alessandro Mesquita da Costa

COMO (TENTAR MINIMAMENTE) PRESERVAR A MEMÓRIA NO PROCESSO PENAL?

Aury Lopes Júnior¹

Guilherme Moraes Gomes²

RESUMO

O presente artigo analisa a memória humana, suas espécies, origens, e seus efeitos. Também é examinado o fenômeno da falta de memória e as falsas memórias, bem como seus meios de criação inerentes ao cérebro humano e, conseqüentemente, como esses fenômenos mentais são capazes de afetar o processo penal. Faz-se, então, um diagnóstico da interferência das falsas memórias no conjunto probatório em ações penais, analisando, principalmente, a atuação e abordagem dos operadores do direito em relação a esses institutos. Busca-se, assim, analisar o método utilizado pela legislação brasileira e pelos órgãos estatais em relação a conservação da memória, observando *approaches* técnicos adotados internacionalmente cientificamente comprovados como mais eficientes em relação à preservação da memória. Por fim, procurar-se evidenciar o perigo de supervalorizar provas derivadas da memória, bem como criar mecanismos alternativos para conservação da memória, criando assim medidas de redução de danos. Para tanto, este estudo foi produzido por meio da análise de casos concretos e de consultas a entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Palavras-chave: processo penal; prova testemunhal e reconhecimento pessoal; falsas memórias; preservação da memória.

INTRODUÇÃO

É possível que o cérebro lembre de tudo? Ou, em outras palavras, até que ponto o cérebro, de fato, lembra e até que ponto ele inventa? É sabido que o corpo humano é repleto de curiosidades e fenômenos incríveis, e o cérebro, por sua vez, é um dos grandes responsáveis disso tudo. A análise da memória se constitui, basicamente, em entender os tipos de memórias e quais suas

¹ Professor titular do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Doutor em Direito Processual Penal pela Universidad Complutense de Madrid, Professor no Programa de Pós-Graduação – Mestrado e Doutorado – em Ciências Criminais da PUCRS e Advogado Criminalista.

² Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

funções dentro da mente e, posteriormente, examinar o motivo de sua falta, ou, em outros termos, após compreender o que é a memória e como ela funciona, um questionamento deve ser feito: porque esquecemos?

Por incrível que pareça, a falta de memória é um dos mecanismos necessários para um diagnóstico de bom funcionamento cerebral, haja vista ser um fenômeno corriqueiro e comum para todos os humanos, entretanto, pouco se discute sobre as falsas memórias. Essas, por sua vez, são a capacidade incrível do cérebro de, conscientemente ou não, modificar lembranças vividas ou, inclusive, criar recordações falsas que nunca aconteceram.

Tendo em vista esta inerente habilidade cerebral, questiona-se: como elas podem afetar a vida de uma pessoa? Entende-se que o extremo se dá quando as falsas memórias produzidas na cabeça de um indivíduo afetam de forma permanente (e muitas vezes de modos irreversíveis) a vida e a liberdade de outro sujeito, situação tratada pelo direito penal.

Inúmeros são os casos de falsos reconhecimentos, de relatos inverídicos e, conseqüentemente, condenações injustas e, ainda, são conhecidos, internacionalmente, inocentes que foram sentenciados equivocadamente em razão destes fenômenos. A prova mais utilizada no direito penal são depoimentos de vítimas e testemunhas, observa-se, portanto, que são oriundas da memória destas pessoas, as quais, como dito anteriormente, são sujeitas a modificações e invenções.

Assim, procura-se, neste artigo, além de entender o fenômeno das memórias, compreender, as implicações do mundo jurídico e, também, analisar como a legislação brasileira e mundial aborda essa problemática.

Nesse sentido, antes de mais nada, questiona-se: quantas memórias, por si só, já ensejaram condenações? E, conseqüentemente, como preservar, minimamente, a memória no processo penal?

1. MEMÓRIA: O QUE É, PARA QUE SERVE E O QUE SIGNIFICA SUA FALTA

A capacidade de reter e recuperar conhecimentos, bem como ideias, imagens e expressões anteriormente adquiridos, ou, em outras palavras, a faculdade psíquica de armazenar e (re)lembrar o passado, são os elementos que constituem a essência do conceito de memória.

A memória, além de ser formulada pela aquisição, formação, conservação e evocação de informações, é, também, quando reunida com outras da mesma espécie, responsável pela composição do conhecimento de um indivíduo e, conseqüentemente, pelo centro de sua identidade. Nesse sentido, conforme ensinamentos de Izquierdo³, a faculdade psíquica das memórias é modulada pelo nível de consciência, pelas emoções e pelos estados de ânimo de uma pessoa, sendo

³ IZQUIERDO, Ivan. **Memória**. 3. Ed. Porto Alegre: Artmed, 2018. P. 4. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/-/books/9788582714928/>. Acesso em: 16 abr. 2020.

esses dois últimos os maiores reguladores da aquisição, formação e evocação das memórias, e, ainda, conforme lecionado por Loftus⁴ no sentido de que uma ausência de memória faria com que a vida perdesse seu sentido de continuidade e se tornasse, basicamente, um conjunto de experiências momentâneas sem conexão uma com as outras. Cabe ressaltar, também, que o próprio conceito de memória contém abstrações: o fato do cérebro não ter a capacidade de lembrar de tudo, faz com que ele automaticamente descarte o que julgar trivial e, incorpore certas variações, fatos irreais e até mentiras.

Ainda perscrutando a obra de Izquierdo, o médico considera que as memórias são classificadas pela sua função, pelo seu tempo de duração e pelo seu conteúdo e que, em suma, existem três principais categorias de memórias: a) as do trabalho; b) as procedurais (subdivididas em explícitas e implícitas); e c) as declarativas (compostas pelas chamadas episódicas e semânticas)⁵.

As memórias do trabalho são responsáveis por gerenciar a realidade; também conhecidas como imediatistas, elas servem para avaliar a importância de um acontecimento ou informação e, assim, após analisar determinada circunstância, definir se há necessidade de armazená-la ou, se a considerar insignificante, eliminá-la.

Paralelamente, as procedurais, por sua vez, são encarregadas das habilidades motoras e sensoriais, como, por exemplo, andar de bicicleta, e são subdivididas em dois grupos: explícitas e implícitas, onde o diferencial entre elas está relacionado à intervenção da consciência.

Por último, as memórias declarativas ou autobiográficas, assim denominadas devida à capacidade de explicar sua aquisição, são as responsáveis pelo registro de eventos e conhecimentos e são compostas por dois subgrupos: as episódicas e as semânticas. Enquanto o primeiro armazena informações de eventos presenciados ou participados (como pessoas, fotos, eventos, etc), o segundo conserva conhecimentos e habilidades do ser (por exemplo idiomas, cultura, discernimento profissional, etc).

As memórias concernentes ao presente artigo são as declarativas, uma vez que registram fatos e eventos aos quais um indivíduo assiste ou participa, fazendo com que este seja capaz de declarar como que a lembrança existe, relatar como a adquiriu e, também, detalhar o acontecimento.

⁴ LOFTUS, Elizabeth. **Falsas memórias e erros judiciários** (Entrevista com Elizabeth Loftus). [S. I.]: Canal Ciências Criminais, 2015. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/falsas-memorias-e-erros-judiciarios-entrevista-com-elizabeth-f-loftus/>. Acesso em: 16 abr. 2020.

⁵ IZQUIERDO, Ivan. **Memória**. 3. Ed. Porto Alegre: Artmed, 2018. P. 13. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/-/books/9788582714928/>. Acesso em: 16 abr. 2020.

Como o já consagrado por Bobbio⁶, além de sermos "aquilo que pensamos, amamos, realizamos", somos, também, conforme assertivamente (e substancialmente) acrescentado pelo próprio filósofo, "aquilo que lembramos". Assim, questiona-se: se, em tese, somos aquilo que lembramos, quem somos quando esquecemos?

Infelizmente não existe uma precisão quanto à origem do esquecimento, enquanto alguns especialistas acreditam que novos acontecimentos prejudicam anteriores, outros entendem que o simples desuso provoca o enfraquecimento de uma lembrança e, também, há os que consideram ser uma simples falta de atenção⁷.

O fenômeno da falta de memória é caracterizado pela disfunção parcial ou integral de um ou de vários requisitos essenciais para a íntegra constituição da informação, razão pela qual transtornos e fenômenos mentais, bem como diversas doenças têm esse diagnóstico em comum levando em consideração as mais conhecidas, como Alzheimer, esquizofrenia e amnésia.

De uma maneira ou de outra, o resultado é o mesmo: a maioria das informações que uma vez foram armazenadas estão fadadas ao esquecimento. Tendo em vista o *modus operandi* perpetrado pelo cérebro em relação a todas as informações correspondentes à memória do trabalho, faz-se necessário ressaltar que tal consequência também vem à tona nas outras categorias de memórias, evidenciando, assim, que se trata de uma característica habitual ao funcionamento cerebral, tornando passíveis eventuais esquecimentos.

Neste sentido, os esquecimentos, os "brancos" e a repressão, dentre outros fenômenos, são as funções cerebrais que influenciam diretamente nas memórias autobiográficas, as quais são as responsáveis pelo armazenamento e preservação de depoimentos e reconhecimentos judiciais.

Os famosos "brancos" são definidos pelo momento em que, por exemplo, um indivíduo conhece determinada informação e tem consciência deste conhecimento, mas, devido a falhas repentinas na evocação desta, por uma razão neurobiológica associada à ansiedade e/ou estresse, não consegue acessá-la. Entretanto, para tal fenômeno, foi elaborada uma possível explicação: restou demonstrado que são, justamente, em momentos de vulnerabilidade, como ansiedade e estresse, que o cérebro recebe uma alta descarga de corticoides, responsáveis por estimular esta irregularidade⁸.

⁶ BOBBIO, Norberto. **O Tempo da Memória**. Rio de Janeiro: Campus, 1997. P. 30. Disponível em: <https://www.skoob.com.br/livro/pdf/o-tempo-da-memoria/54731/edicao:60267/>. Acesso em 19 abr. 2020.

⁷ VARELLA, Dráuzio. **Memória**. [S. l.]: Uol, 2011. Disponível em: <https://drauziovarella.uol.com.br/corpo-humano/memoria/>. Acesso em: 17 abr. 2020.

⁸ IZQUIERDO, Ivan. **Memória**. 3. Ed. Porto Alegre: Artmed, 2018. P. 63. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/-/books/9788582714928/>. Acesso em: 16 abr. 2020.

Neste sentido, a título de curiosidade, traz-se à baila relato de Lilian Stein⁹, no qual a cientista conta que, em dado momento de sua carreira, foi abordada por um Desembargador e este lhe narrou um acontecimento pessoal. Em seu raconto, o magistrado referiu que presenciou um acidente de carro, visando depor da maneira mais fidedigna possível e, no intuito de recordar exatamente como os fatos aconteceram, retornou ao local da ocorrência. No entanto, no momento da audiência, dirigida e desenvolvida por colegas de profissão, afirmou que não narrou os fatos da maneira que havia se preparado, pois, mesmo sendo intimamente familiarizado com procedimentos judiciais, foi surpreendido por "brancos" que prejudicaram suas recordações e, conseqüentemente, seu testemunho. Pode-se dizer, então, levando em conta a narrativa da professora, que o possível motivo – senão o real – das lembranças do magistrado terem sido afetadas por este fenômeno, se deu em razão de um possível sentimento de intimidação (gerador de um sentimento de ansiedade) perante a situação.

Ainda, segundo a psicanálise, o fenômeno da repressão é um conjunto de memórias declarativas que o cérebro decide ignorar em virtude de seu conteúdo trazer à tona lembranças relacionadas à dor e sofrimento. Em outras palavras, essas recordações são consideradas como momentos vivenciados que afloram sentimentos desagradáveis ou humilhantes, assim, antagonicamente ao esquecimento, as memórias reprimidas são capazes de, em sua integralidade, emergir espontaneamente ou, ainda, com acompanhamento terapêutico profissional.

Por fim, constata-se que a mutabilidade das memórias não deve (e nem pode) ser interpretada unicamente como um fenômeno biológico, uma vez que restou cientificamente demonstrado que o funcionamento naturalístico cerebral está diretamente ligado a imperfeições e é, conseqüentemente, vulnerável a equívocos intrínsecos ao ser humano, fazendo com que uma simples alteração da memória tenha a capacidade de alterar, em diferentes níveis, o modo como uma pessoa vê o mundo e, refletidamente, como é vista por ele.

2. O QUE SÃO AS FALSAS MEMÓRIAS E O QUE ELAS REPRESENTAM

Analogicamente, a memória de uma pessoa não deve ser comparada, mesmo sendo prática comum, à de uma *Polaroid*, na qual um fato é registrado e, posteriormente, quando necessário, pode ser acessado e, independentemente do tempo transcorrido, se manter hígido. Na realidade, a memória se assemelha a uma página do *Wikipédia*, uma vez que, além da possibilidade de ser

⁹ Improvável Ep. 15: **O depoimento especial a partir da psicologia cognitiva**. Janaína Matida; Lilian Stein. [S. l.] Improvável Podcast, 11 mai. 2020. Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/4P0gOmgVZHLL22GB1TAz5P/>. Acesso em: 11 mai. 2020.

editada pelo seu próprio criador, elas são, também, colaborativas, isto é, terceiros, de igual maneira, são capazes de modificá-la¹⁰.

Elizabeth Loftus, já citada no presente e reconhecida mundialmente como referência na área devido à valiosas pesquisas e estudos desenvolvidos, considera que as falsas memórias podem ser recordações distorcidas de momentos vividos ou, ainda, lembranças de situações que sequer aconteceram. Salvador Dalí, por sua vez, afirmou que "a diferença entre as falsas memórias e as verdadeiras é a mesma das joias: são sempre as falsas que parecem ser mais reais, as mais brilhantes"¹¹ e, de igual maneira, Gustavo Noronha de Ávila e Alexandre Morais da Rosa, metaforicamente, afirmam que "a memória é como o diamante (quanto mais falsa, mais perfeita)"¹². Desta forma, empregando terminologia um pouco mais acadêmica e seguindo o pregado por Loftus, mesmo que as memórias tidas como falsas se assemelham às verdadeiras (diferentemente das mentiras), elas, paralelamente, se diferenciam pelo fato de serem compostas – no todo ou em parte – de lembranças de informações ou eventos que, na verdade, não ocorreram¹³.

Assim, é possível sintetizar o já exposto como: a definição de falsas memórias sendo a existência de recordações de fatos que não ocorreram ou, simplesmente, não aconteceram da maneira lembrada e a aceitação de sua origem como uma criação espontânea interna ou, de outra forma, uma sugestão de elementos externos. Na primeira hipótese de origem, trata-se de uma invenção da própria mente – um resultado normal do processo de compreensão de eventos vividos – , ou seja, é uma distorção endógena fruto do próprio funcionamento da memória, sem a interferência de uma fonte externa à pessoa¹⁴. Entretanto, no que tange à segunda circunstância de origem (falsas memórias sugeridas), seu advento ocorre, cronologicamente, a partir da sugestão (posterior ao evento) de um terceiro, em seguida aceita pelo cérebro e, por último, incorporada por ele à memória original¹⁵. Entretanto, os efeitos gerados a partir dessa falsa informação é uma

¹⁰ TED TALKS: **Até onde pode-se confiar na memória?** Ted Talks apresentado por Elizabeth Loftus. [S. l.: s. n.], 2013. 1 vídeo (17min 32seg). Publicado pelo canal TED TALKS. Disponível em: https://www.ted.com/talks/elizabeth_loftus_how_reliable_is_your_memory/. Acesso em 16 abril 2020.

¹¹ STEIN, Lilian; e col. **Falsas Memórias – Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. P. 19. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/-/books/9788536321530/>. Acesso em: 21 abr. 2020.

¹² AVILA, Gustavo Noronha de. ROSA, Alexandre Morais da. **Memória é como diamante: quanto mais falsa, mais perfeita**. [S. l.]: Justificando, 2014. Disponível em: <http://www.justificando.com/2014/09/08/memoria-e-como-diamante-quanto-mais-falsa-mais-perfeita/>. Acesso em: 19 abr. 2020.

¹³ STEIN, Lilian; e col. **Falsas Memórias – Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. P. 20. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/-/books/9788536321530/>. Acesso em: 21 abr. 2020.

¹⁴ STEIN, Lilian; e col. **Falsas Memórias – Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. P. 23. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/-/books/9788536321530/>. Acesso em: 21 abr. 2020.

¹⁵ LOFTUS, Elizabeth. **Memories of Things Unseen**. *Current Directions in Psychological Science*. [S. i.]: SAGE journals, 2004. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1111/j.0963-7214.2004.00294.x/>. Acesso em 20 abr. 2020.

tendência cerebral à redução de lembranças verdadeiras e, simultaneamente, ao aumento de falsas memórias.

Cabe ressaltar que nas falsas memórias (independentemente se espontâneas ou sugeridas) o indivíduo genuinamente acredita que vivenciou o fato por ele lembrado – dissemelhantemente das mentiras, onde a pessoa tem consciência de que o fato narrado não aconteceu (ou aconteceu de maneira diversa). Assim, em outras palavras, enquanto de um lado, o agente crê, honestamente¹⁶ –, no relatado por ele, de outro, ele age conscientemente e tem ciência do lapso de criação e manipulação por ele realizados.

Os primeiros estudos experimentais sobre as falsas memórias foram conduzidos por Albert Binet, em 1900, na França, e abordavam as características da sugestibilidade da memória. Para tanto, crianças observaram seis objetos durante alguns instantes e, posteriormente, por meio da utilização de diferentes técnicas de questionamento, foram entrevistadas: mediante recordação livre (onde relatavam de maneira ininterrupta o seu ponto de vista), bem como através de perguntas abertas, fechadas (sim ou não) e sugestivas (nas quais o entrevistador induz o entrevistado a respostas específicas). Os resultados obtidos após a conclusão do estudo apontaram que, enquanto as recordações livres produziram o mais alto índice de respostas corretas, as perguntas sugestivas foram responsáveis pelos mais altos índices de erros¹⁷. Considera-se que as perguntas sugestivas, portanto, podem ser definidas de duas maneiras: as que sugerem a resposta pretendida ou as que assumem uma versão de determinado fato controverso como verdadeira.

Posteriormente, John Palmer e Elizabeth Loftus, em 1974, desempenharam, em referência a memórias tendenciosas, uma pesquisa que, como resultado, constatou que o ser humano, diante de perguntas sugestivas, é diretamente influenciado e direcionado às respostas. Nesse estudo, um dos experimentos realizados constituiu-se em apresentar uma simulação de acidente de trânsito (o qual mostrava apenas dois carros colidindo) para dois grupos distintos de participantes e, posteriormente, questionar os integrantes dos diferentes grupos a respeito do assistido. Enquanto um grupo foi questionado sugestivamente, como, por exemplo "qual a velocidade que os carros estavam quando foram esmagados um pelo outro?", o outro grupo foi abordado de forma neutra e essa pergunta foi elaborada diferentemente: "qual a velocidade que os carros estavam quando se chocaram?". Os pesquisadores constataram, então, que a sugestão contida na expressão *esmagados* conduziu os entrevistados a criarem falsas memórias, pois sugeriu uma situação mais violenta da que, de fato, foi apresentada e, inclusive, foi quando os participantes deste grupo relatavam suas lembranças,

¹⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. P. 477.

¹⁷ STEIN, Lilian; e col. **Falsas Memórias – Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. P. 21. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/-/books/9788536321530/>. Acesso em: 21 abr. 2020.

contavam fatos que sequer aconteceram, como, por exemplo, a presença de cacos de vidro na cena do acidente¹⁸.

Por último, destaca-se que restou demonstrado cientificamente – em virtude dos estudos desenvolvidos, das obras publicadas e das pesquisas concebidas atinentes às falsas memórias – que embora se façam presentes: uma evidente e real convicção do narrador quanto à fidedignidade do contado por ele, ou uma narrativa detalhada, ou, ainda, manifestações e exteriorizações de emoções no decurso de seu relato, não significa que sua narrativa é, obrigatoriamente, autêntica ou indubitável – haja vista que a memória, consoante todo o supraexposto, é extremamente maleável, seletiva, frágil, e, por conseguinte, passível de distorções em graus variados.

3. O PROCESSO PENAL E SUA RELAÇÃO COM AS MEMÓRIAS (E SEUS FENÔMENOS): DA PROVA ORAL E DO RECONHECIMENTO DE PESSOAS

Não são novidades: além de que o sistema judiciário está repleto de processos criminais nos quais as únicas provas constantes são originadas, exclusivamente, da memória humana, ele, também, em sede investigativa e processual, se utiliza, majoritariamente, dessa respectiva classe probatória. Em outros termos, ao mesmo tempo que a memória humana é espécie de prova mais presente nas ações penais, ela é, também, na maioria das vezes, a única.

Validando o afirmado, o Ministério da Justiça, em 2015, desenvolveu uma pesquisa, com o objetivo de elaborar o primeiro diagnóstico nacional, relacionado a práticas de reconhecimento e coleta de depoimentos forenses. Intitulada de *Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho Aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses*¹⁹, o estudo foi coordenado pela Dra. Lilian Stein e foram entrevistados oitenta e sete (87) intérpretes da área jurídica, dentre eles juízes, defensores públicos, advogados, promotores e policiais civis e militares. Resumidamente, um dos resultados da pesquisa apontou que 69,2% dos entrevistados conceituam o reconhecimento pessoal como muito importante e, ainda, 90,3% dos participantes consideram que a prova testemunhal é, também, bastante significativa e que esta, em tese, deve ter uma valoração maior em relação a todo o conjunto probatório.

Nessa perspectiva, considera-se que a supervalorização de provas oriundas da memória humana – a qual a ciência já comprovou ser suscetível a interferências, distorções e criações (totais ou parciais) de acontecimentos – resulta, predominantemente, em desfechos equivocados, como por

¹⁸ TED TALKS: **Até onde pode-se confiar na memória?** Ted Talks apresentado por Elizabeth Loftus. [S. l.: s. n.], 2013. 1 vídeo (17min 32seg). Publicado pelo canal TED TALKS. Disponível em: https://www.ted.com/talks/elizabeth_loftus_how_reliable_is_your_memory/. Acesso em 16 abril 2020.

¹⁹ **Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho Aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL); Ipea, 2015. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acesso em: 01 mai. 2020.

exemplo, um indiciamento originado de depoimentos de vítimas e testemunhas que identificam, erroneamente, um suspeito, conjunto fático que, posteriormente, em incontáveis casos, enseja uma sentença condenatória.

Cabível, neste sentido, fazer alusão a um estudo divulgado, em 2016, pelo *Innocence Project*²⁰ que fez três pertinentes constatações: de 230 pessoas condenadas (todas posteriormente absolvidas com base em exames de DNA), 179 dessas estavam atrás das grades em razão de reconhecimentos inverídicos; dos mesmos 230 sentenciados, foi demonstrado que em 50% dos casos as principais provas em desfavor dos acusados eram os relatos das supostas vítimas e testemunhas; e, por último, estimou-se que, enquanto um inocente cumpria pena injustamente, 48% dos reais criminosos cometiam novos delitos²¹.

Equitativamente aos inocentes injustiçados acima mencionados (bem como tantas outras vítimas do sistema), pertinente relatar o caso do dentista André Luiz Medeiros Biazucci que foi preso no Rio de Janeiro, em 2013, sob a suspeita de ser responsável por uma série de estupros. Constatou-se que uma das vítimas descreveu a placa e o veículo do estuprador e, coincidentemente, o dentista possuía um automóvel semelhante ao descrito pela ofendida, conjunto que fez com que os policiais deduzissem que André era o autor dos fatos. Em seguida, o dentista foi conduzido à delegacia onde sete vítimas reconheceram André como sendo o estuprador e, quase que imediatamente à veiculação midiática da prisão, outras duas ofendidas reconheceram e apontaram, também, a autoria dos abusos sofridos por elas como sendo de André. A verdade veio à tona quando, após estar sete meses cumprindo prisão preventiva, o material genético do dentista restou incompatível quando comparado com o do verdadeiro criminoso²².

No Brasil, infelizmente, não há como mensurar quantas pessoas, em razão de falsos reconhecimentos, são presas por delitos que não cometeram, haja vista inexistirem estudos neste sentido. Entretanto, muito provavelmente as estatísticas brasileiras são muito mais assustadoras quando comparadas aos Estados Unidos, uma vez que os norte-americanos seguem métodos comprovadamente mais eficazes, como, por exemplo, o *line up* e o *photospreads*.

A primeira técnica consiste, basicamente, no que tange a reconhecimentos pessoais, em colocar o suspeito entre outros indivíduos semelhantes a ele, não podendo o investigado ficar em posição de destaque. Além disto, existe a possibilidade de proceder ao reconhecimento sequencial,

²⁰ Organização Não Governamental, sediada em Nova York, que atua há mais de 27 anos na defesa de réus condenados injustamente.

²¹ CORREIA, Joselton Calmon Braz; LOPES JÚNIOR, Aury. **Ainda precisamos falar sobre o falso reconhecimento pessoal...** [S. l.]: Consultor Jurídico, 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-nov-08/limite-penal-ainda-precisamos-falar-falso-reconhecimento-pessoal/>. Acesso em 02 mai. 2020.

²² CECCONELLO, William; STEIN, Lilian. **Preveniindo injusticias:** cómo la psicología del testimonio permite comprender y prevenir el falso reconocimiento de un sospechoso. P. 172.

onde os indivíduos são apresentados individualmente, um por um²³, evitando, desta maneira, um juízo de comparação entre as características mais prováveis do suposto autor do delito.

A segunda técnica, por sua vez, estabelece que sejam exibidas inúmeras fotos de pessoas semelhantes ao suspeito e, ainda, é estabelecido que a vítima, antes de proceder ao reconhecimento, será instruída de que o autor do delito pode ou não estar presente nas fotos exibidas e que, também, independentemente da ofendida apontar um indivíduo, as investigações continuarão, além de que é determinado que todo ato seja devidamente registrado em vídeo para posterior controle epistêmico. Entretanto, no caso de a ofendida apontar a autoria delitiva a um dos indivíduos apresentados, ela deverá quantificar sua certeza ante o reconhecimento.

Na legislação brasileira, ainda que o reconhecimento seja estabelecido como ato formal, foram adotadas diversas práticas, aplicadas em reconhecimentos denominados informais, que, além de não seguirem as diretrizes estabelecidas, fazem com que a vítima acabe sendo induzida, voluntariamente ou não, à uma pessoa em específico, ainda, ressalta-se, com veemência, que, lamentavelmente, o reconhecimento informal é aceito pelo Superior Tribunal de Justiça²⁴.

Uma pesquisa intitulada de Composição do Reconhecimento²⁵, constatou que 27,61% dos participantes apontaram o vidro espelhado como o procedimento mais adotado, seguido de álbum (14,93%), amparo com orifício (13,43%) e apenas uma foto (11,19%), dentre outros métodos aplicados²⁶. Nesse sentido, cabe destacar que, no que tange ao falso reconhecimento, seu principal causador é a maneira de apresentação do suspeito, especialmente o denominado *show up*, no qual apenas uma fotografia é mostrada para a vítima e esta se depara com, em tese, duas opções: reconhecer (ou não) a pessoa da foto como autor do delito.

Desse modo, se a ofendida não consegue se lembrar de muitas características do agente, pelo simples fato dela, conseqüentemente, ficar na dúvida quanto à autoria, há uma grande probabilidade dela optar por, conscientemente ou não, reconhecer o suspeito²⁷.

Ademais, considera-se pertinente abordar, também, as interações dos agentes estatais com as vítimas e as conseqüências oriundas desse pseudocontato. Entende-se que algumas simples

²³ CORREIA, Joselton Calmon Braz; LOPES JÚNIOR, Aury. **Ainda precisamos falar sobre o falso reconhecimento pessoal...** [S. l.]: Consultor Jurídico, 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-nov-08/limite-penal-ainda-precisamos-falar-falso-reconhecimento-pessoal/>. Acesso em 02 mai. 2020.

²⁴ Criminal Player Ep. 28: **Reconhecimento de pessoas**. ROSA, Alexandre Moraes da; LOPES JÚNIOR, Aury. [S. l.]: Criminal Player, 29 out. 2019. Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/7aA0YxTGmuOYfc19R3GeaJ/>. Acesso em 23 abr. 2020.

²⁵ Formulada pelos colaboradores do estudo Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho Aplicados ao Reconhecimento de Pessoas e aos Depoimentos Forenses.

²⁶ **Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho Aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL); Ipea, 2015. P. 65. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf/. Acesso em: 01 mai. 2020.

²⁷ Improvável Ep. 03: **A prova do reconhecimento de pessoas a partir da psicologia cognitiva**. Janaína Matida; William Ceconello. [S. l.] Improvável Podcast, 17 fev. 2020. Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/408KEPkV4zE6jrFqBobrOp/>. Acesso em: 11 mai. 2020.

condutas dos investigadores, como, por exemplo, quando recomendam que a vítima ou a testemunha "olhe com calma", ou que "olhe mais uma vez", ou, ainda, quando indagam de maneira sugestiva "tem certeza?", tendem a acabar com a credibilidade e qualidade epistêmica do procedimento e, ainda, podem induzir ou aumentar as chances de um falso reconhecimento. Assim, evidente que basear investigações criminais e sentenças condenatórias exclusivamente na palavra da vítima têm graves riscos e, em muitas vezes, consequências irreversíveis.

Muito já se discutiu sobre o interesse da vítima no processo penal e, ainda que muitos neguem a existência desse interesse, entende-se que ele, de fato, existe e que é capaz de afetar, muitas vezes de maneira irreversível, a vida de um inocente. Assim, importa ressaltar que o argumento e intuito do presente artigo não é defender que o reconhecimento seja dificultado para a vítima, mas sim buscar, exclusivamente, que os reconhecimentos sejam os mais fidedignos possíveis, colocando o cérebro e a memória da vítima e das testemunhas em prova, pois, caso contrário, estaríamos aceitando e assumindo o risco (fato que, na verdade, acontece atualmente) de julgar e condenar alguém com base na memória de outros.

Ignorar que as falsas memórias existem e que elas são capazes de surtir efeitos no processo penal, além de evidenciar uma indiferença pelos procedimentos jurídicos e com a vida de um suspeito, significa, também, retornar à inquisição e perpetrar, na modernidade, diretrizes e conceitos aplicados na persecução penal inquisitória, onde mesmo que o réu negue a autoria do fato delituoso ou se defenda, ele, na verdade, nada mais é que um objeto do processo, haja vista a supervalorização atribuída à memória da vítima.

Neste viés, considera-se que os fenômenos cerebrais inerentes ao corpo humano em relação às lembranças de acontecimentos rápidos e desagradáveis, atrelados ao descumprimento dos procedimentos tidos como recomendados e com resultados mais certos são muito prejudiciais a segurança jurídica e, principalmente, à sociedade como um todo (principalmente a parte majoritária marginalizada).

4. O DESCABIMENTO DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS COMO MÉTODO DE PRESERVAÇÃO DA MEMÓRIA

Indiscutivelmente, o epicentro do Processo Penal é definido pelo conjunto probatório nele constituído, visto que todo seu deslinde deriva de seu conteúdo (desde o argumentado pela defesa e pela acusação, bem como a motivação da sentença) pelo motivo, em tese, de: tentar reconstruir, da maneira mais genuína possível, o fato criminoso. Ocorre que a ação penal, majoritariamente, depende da palavra da vítima e, em havendo, das testemunhas, ou, em outras palavras, de suas memórias.

Nesse sentido, constata-se que, além dos avanços científicos operados no sentido de que as memórias apresentam involuntariamente imperfeições, o contexto tende a agravar quando ocorrem extensos intervalos entre os depoimentos prestados, situação desencadeadora de uma maior probabilidade de ser acometido pelas falhas nas memórias. Dentre outros motivos considerados como potenciais causadores de erros, a legislação estabelece, de maneira vaga e imprecisa, a restrita possibilidade de produção antecipada de provas²⁸, tendo o dispositivo responsável por este instituto jurídico estabelecido que a matéria, além de estar frente a um eminente risco de perda irreparável a necessidade dessa produção deve ser claramente demonstrada.

Neste viés, cabe destacar que, por ser uma medida excepcional, a produção antecipada ocorre na fase pré-processual e deve ser, obrigatoriamente, justificada pela impossibilidade de repetição em Juízo e ser expressamente indispensável para a sentença²⁹, ou seja, apenas quando não há possibilidade de produzir aquela prova de maneira diversa ou em momento posterior, é permitida a utilização do instituto. Não obstante, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça³⁰, adota, também o posicionamento de que o mero decurso do tempo não caracteriza fundamento idôneo para determinar a produção antecipada de provas.

Portanto, mesmo que a ação penal dependa, fundamentalmente, da palavra da vítima e das testemunhas, é de público conhecimento que o intervalo entre a produção de provas ocorrida em sede policial até a realizada em juízo, pode levar anos e, assim, levando em consideração que, quanto maior for o lapso temporal entre esses atos, maiores são as chances de as memórias apresentarem falhas e mais graves são suas sequelas penais probatórias.

Ainda, as chances de falhas nas memórias são acentuadas nas vítimas que ainda estiverem na fase de desenvolvimento cerebral, as quais, por não terem concluído a formação completa de suas conexões neurológicas, suas memórias ficam mais vulneráveis a relatar equivocadamente a realidade. Dessa forma, cabível o questionamento: quanto tempo demora para que as memórias de uma criança sejam alteradas?

Para Lilian Stein, a criança deve ser ouvida o mais rápido possível, uma vez que os detalhes podem ser perdidos de sua memória. Nesse contexto, ressalta que o perigo de um falso testemunho não está apenas no período de tempo entre o fato e a narrativa, mas, também, em todo o conjunto fático da entrevista: desde o ambiente em que ela ocorre, bem como as técnicas de

²⁸ Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no [art. 312. \(Redação dada pela Lei nº 9.271, de 17.4.1996\).](#)

²⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. P. 415.

³⁰ Súmula 455 do STJ – A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo. (Súmula 455, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 08/09/2010).

abordagem utilizadas, além da sugestibilidade nas perguntas feitas, até o método aplicado para registrar o depoimento. Nesse sentido, pesquisas demonstram que, se respeitadas as técnicas e protocolos de entrevistas cognitivas as chances de falsos reconhecimentos, por exemplo, diminuem drasticamente³¹. Ainda, ressalta-se que foi, assertivamente, positivada a Lei de n. ° 13.431, em 2017, a qual regulamenta, basicamente, protocolos de entrevistas e mecanismos para obtenção da matéria probatória, a serem aplicadas em crianças ou adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, e, ainda, assegura a possibilidade da produção antecipada da prova, visando assegurar mais credibilidade às provas.

Destarte, ainda que alguns juristas se posicionem no sentido de que a produção antecipada de provas deveria ocorrer de forma automática e obrigatória, entende-se como mais assertiva a jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça, a qual define que esse instituto somente pode ganhar vida em situações excepcionais, as quais, inclusive, devem ser, obrigatoriamente, justificáveis. Haja vista que, se mitigada a extraordinariedade da produção antecipada de provas, aumentará a possibilidade de processos desnecessários e, conseqüentemente, será exigido do judiciário uma estrutura que ele não tem como comportar.

Entretanto, compreende-se como cabíveis e, ainda, muito assertivas as legislações que, com base teórico-científicas, possibilitam uma espécie de "cadeia de custódia da prova", nas quais é possibilitada a produção antecipada de provas em crianças, em razão do nível de seu desenvolvimento mental e, conseqüentemente a alta probabilidade de mutabilidade das memórias, no intuito de proteger essa prova e, desta maneira, proporcionar mais confiabilidade ao processo penal.

5. COMO REDUZIR DANOS: A CADEIA DE CUSTÓDIA DA MEMÓRIA EM RELAÇÃO À ENTREVISTA COGNITIVA E MÉTODOS DE GRAVAÇÃO

Mundialmente conhecida, a entrevista cognitiva é uma das mais respeitadas técnicas de entrevista investigativa existentes³² e se baseia, resumidamente, em duas áreas da psicologia: a parte social, responsável por estudar os conhecimentos das relações humanas (a maneira como uma pessoa se relaciona com outras) e, também, a psicologia cognitiva, a qual se destina a análise do funcionamento das memórias.

³¹ Improvável Ep. 15: **O depoimento especial a partir da psicologia cognitiva**. Janaína Matida; Lilian Stein. [S. l.] Improvável Podcast, 11 mai. 2020. Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/4P0gOmgVZHLL22GB1TAz5P/>. Acesso em: 11 mai. 2020.

³² MENON; BULL, 1999, citado por LILIAN, Stein (coord.). **Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho Aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL); Ipea, 2015. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf/. Acesso em: 01 mai. 2020.

Em síntese, o procedimento deve ser dividido nas seguintes etapas: a primeira, denominada de *rapport*, a qual versa sobre deixar o entrevistado à vontade, fazendo o ambiente confortável e demonstrando, assim, sintonia e empatia; a segunda, por sua vez, consiste na técnica central da devida coleta de informações, onde será buscado um relato livre, ou seja, o entrevistado deve narrar os fatos de maneira ininterrupta para, assim, reestabelecer mentalmente o contexto original dos fatos e relatar o maior número de informações possíveis; a terceira fase é responsável, após esgotadas todas as possibilidades do relato livre, pela realização de perguntas, objetivando, apenas, complementar as informações narradas na etapa anterior – momento em que o entrevistador deve ser cauteloso e criterioso na elaboração dos questionamento, cuidando sempre para que as perguntas sejam realizadas de forma aberta, evitando as demais formas –; a última etapa consiste em um fechamento da entrevista, onde deve ser demonstrado um interesse do entrevistador na situação relatada pelo entrevistado, devendo, inclusive, informar um canal de comunicação entre eles para o surgimento de eventuais lembranças.

Desta forma, percebe-se que a técnica serve como importante ferramenta para uma maior aproximação e apreço do caso concreto, sem, entretanto, alterar as informações relatadas pelo depoente e, ainda, conservar a saúde mental deste.

À vista disso, para corroborar com a excelência da técnica, entende-se como pertinente (e necessário) o registro, por áudio e vídeo, da realização da entrevista, visando agregar, ainda mais, qualidade e credibilidade à prova. Neste sentido, a gravação além de registrar e documentar o ato e as informações relatadas pela vítima ou testemunha, ela também possibilita avaliar a forma como foi conduzida a entrevista. Além disso, é somente a partir destes meios que é possível realizar o treinamento e o aperfeiçoamento dos entrevistadores³³. Cabe frisar, também, que essa gravação se faz necessária em todos momentos processuais possíveis, pois é uma alternativa de grande relevância, uma vez que representa fatos com exatidão e permite uma avaliação muito mais precisa e adequada.

Portanto, diante da problemática de provas orais, haja vista o conjunto de fatores que contribuem para a narrativa de um depoimento equivocado, considera-se que a técnica de entrevista cognitiva serve como exemplo de como contribuições científicas oriundas de pesquisas da psicologia do testemunho, podem oferecer um modelo efetivo de coleta e preservação de dados.

Por fim, defende-se que a maneira mais apropriada para lidar com as adversidades causadas em decorrência dos fenômenos da memória é a criação de uma cadeia de custódia da

³³ POWELL; BARNETT, 2014, citado por LILIAN, Stein (coord.). **Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho Aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL); Ipea, 2015. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acesso em: 01 mai. 2020.

prova, onde é coletado o depoimento da(s) vítima(s) e da(s) testemunha(s), seguindo as premissas da entrevista cognitiva combinada com métodos de gravação, e, eventualmente, em sendo o caso de uma demora processual, as partes sejam novamente ouvidas (ainda que antes da audiência de instrução) para recontar o fato, de forma que será possível avaliar as modificações nos relatos e como isso poderá afetar na atribuição da autoria a uma pessoa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pela observação do conjunto de todos os aspectos apresentados neste, conclui-se que as memórias são vulneráveis a distorções e capazes de criar e sustentar lembranças de momentos nunca vividos. Assim, independentemente de sua origem – criada ou sugerida –, o cérebro é habituado a incorporar recordações falsas involuntariamente, e, por ser, justamente, um fenômeno natural ao ser humano, estas imperfeições e falhas da memória não devem ser consideradas como algo maléfico, haja vista que não são, de maneira alguma, propositais, levando em consideração todas as pesquisas, doutrinas e estudos destacados no presente que, também, corroboram com o fato de que as falsas memórias existem e que não existe a possibilidade de impedir sua criação.

Assim, tendo em vista que as provas mais utilizadas no processo penal são as provenientes da memória, a problemática deve ser encarada com muita cautela e responsabilidade, uma vez que uma falsa imputação ou um falso reconhecimento podem resultar prejuízos irreparáveis para um inocente. Nessa lógica, o estudo da psicologia do testemunho, assim como tantos outros na área da psicologia e da medicina, se faz muito importante, pois é a ferramenta que possibilita, de forma palpável, o real conhecimento de fenômenos e suas implicações.

As pesquisas apresentadas demonstraram a real necessidade da utilização de técnicas não indutivas no processo penal, como é o caso da entrevista cognitiva. Além deste, outro método a ser utilizado visando impedir a produção de provas falsas, é a utilização de recursos tecnológicos, como gravadores de áudio e vídeo, na fase policial e judicial, para, assim, existir um controle epistêmico atrelado ao conhecimento científico.

Depreende-se, ainda, que de todo o exposto e levando em consideração todas as consequências decorrentes de falsas memórias, entende-se como sendo três os fatores a serem protegidos: a vítima, no sentido de lhe fornecer o amparo necessitado após a vivência de um crime e buscar sua elucidação e julgamento; o acusado, conferindo-lhe todos seus direitos e garantias constitucionais e, ainda, a memória de todos os envolvidos pois, se não fosse ela, a própria ação penal sequer existiria.

Portanto, entende-se que os efeitos e sequelas oriundos de falsas memórias são evidentes, haja vista todos os casos e índices apresentados no deslinde deste, portanto, cabe questionar, qual a

solução para esta problemática (e muitas outras sociais e penais): optando-se pela condenação de inocentes ou por realmente buscar e investigar o efetivo perpetrador da atitude delituosa?

Além da positivação de leis específicas visando a preservação da memória, faz-se necessário (e imprescindível) que os responsáveis pela aplicação da lei estejam realmente comprometidos com a autêntica busca pela verdade, pois, nesse sentido, de que adianta o mero conhecimento do fenômeno de falsas memórias quando, efetivamente, ele é ignorando devido a uma busca implacável por condenações? Nesse sentido, considera-se cabível a elaboração de estudos e pesquisas em âmbito nacional com o propósito de mensurar a magnitude do problema, haja vista um evidente desinteresse estatal quanto aos fenômenos e sequelas versados e expostos, pois, como é possível solucionar um problema sem antes aceitar sua existência e, concomitantemente, estudá-lo?

Quantos casos, ou melhor, quantos *Andrés* serão condenados para que se tente, minimamente, preservar a memória no processo penal?

REFERÊNCIAS

Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho Aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL); Ipea, 2015. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acesso em: 01 mai. 2020.

AVILA, Gustavo Noronha de. ROSA, Alexandre Morais da. **Memória é como diamante: quanto mais falsa, mais perfeita.** [S. l.]: Justificando, 2014. Disponível em: <http://www.justificando.com/2014/09/08/memoria-e-como-diamante-quanto-mais-falsa-mais-perfeita/>. Acesso em: 19 abr. 2020.

BOBBIO, Norberto. **O Tempo da Memória.** Rio de Janeiro: Campus, 1997. Disponível em: <https://www.skoob.com.br/livro/pdf/o-tempo-da-memoria/54731/edicao:60267/>. Acesso em 19 abr. 2020.

CECCONELLO, William; STEIN, Lilian. **Avances en Psicología Latinoamericana. Previniendo injusticias: cómo la psicología del testimonio permite comprender y prevenir el falso reconocimiento de un sospechoso.** [S. l.], v. 38, n. 1, p. 172-188, mar. 2020. Disponível em: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/apl/article/view/6471/>.

Acesso em: 02 mai. 2020.

Criminal Player Ep. 28: **Reconhecimento de pessoas**. ROSA, Alexandre Morais da; LOPES JÚNIOR, Aury. [S. l.]: Criminal Player, 29 out. 2019. Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/7aA0YxTGmuOYfc19R3GeaJ/>. Acesso em 23 abr. 2020.

CORREIA, Joselton Calmon Braz; LOPES JÚNIOR, Aury. **Ainda precisamos falar sobre o falso reconhecimento pessoal...** [S. l.]: Consultor Jurídico, 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-nov-08/limite-penal-ainda-precisamos-falar-falso-reconhecimento-pessoal/>. Acesso em 02 mai. 2020.

Improvável Ep. 03: **A prova do reconhecimento de pessoas a partir da psicologia cognitiva**. Janaína Matida; William Ceconello. [S. l.] Improvável Podcast, 17 fev. 2020. Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/408KEPkv4zE6jrFqBobrOp/>. Acesso em: 11 mai. 2020.

Improvável Ep. 15: **O depoimento especial a partir da psicologia cognitiva**. Janaína Matida; Lilian Stein. [S. l.] Improvável Podcast, 11 mai. 2020. Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/4P0gOmgVZHLL22GB1TAz5P/>. Acesso em: 11 mai. 2020.

IZQUIERDO, Ivan. **Memória**. 3. Ed. Porto Alegre: Artmed, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/-/books/9788582714928/>. Acesso em: 16 abr. 2020.

LOFTUS, Elizabeth. **Falsas memórias e erros judiciários** (Entrevista com Elizabeth Loftus). [S. l.]: Canal Ciências Criminais, 2015. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/falsas-memorias-e-erros-judiciarios-entrevista-com-elizabeth-f-loftus/>. Acesso em: 16 abr. 2020.

LOFTUS, Elizabeth. **Memories of Things Unseen. Current Directions in Psychological Science**. [S. l.]: SAGE journals, 2004. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1111/j.0963-7214.2004.00294.x/>. Acesso em 20 abr. 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

STEIN, Lilian; e col. **Falsas Memórias – Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/-/books/9788536321530/>. Acesso em: 21 abr. 2020.

TED TALKS: Até onde pode-se confiar na memória? Ted Talks apresentado por Elizabeth Loftus. [S. l.: s. n.], 2013. 1 vídeo (17min 32seg). Publicado pelo canal TED TALKS. Disponível em: https://www.ted.com/talks/elizabeth_loftus_how_reliable_is_your_memory/. Acesso em 16 abril 2020.

VARELLA, Dráuzio. **Memória**. [S. l.]: Uol, 2011. Disponível em: <https://drauziovarella.uol.com.br/corpo-humano/memoria/>. Acesso em: 17 abr. 2020.

A (DES)INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E (IN)VISIBILIDADE NA TECNOLOGIA DE RECONHECIMENTO FACIAL

Felipe Faoro Bertoni¹

Natasha Mello Lopes²

RESUMO

O presente estudo possui como objetivo analisar o uso de Inteligência Artificial em máquinas orientadas por *machine learning* utilizadas para o reconhecimento facial de possíveis criminosos e os problemas decorrentes dessa tecnologia. Para isto, realizou-se revisão bibliográfica a fim de verificar se, de fato, é possível ocorrer a incidência de informações enviesadas nos sistemas matemáticos ou de inteligência artificial, gerando, com isso, alguma espécie de discriminação algorítmica.

Palavras-chave: Inteligência Artificial; Reconhecimento Facial; Discriminação Algorítmica.

INTRODUÇÃO

O atual desenvolvimento tecnológico cresce de forma imensa, em grande velocidade, sendo indiscutível o progresso que o surgimento das novas tecnologias de informação e comunicação possibilitaram a sociedade. Sendo assim, dispositivos controlados por inteligência artificial que viabilizam a identificação de rostos são usados em aeroportos, na identificação individual, na identificação de pessoas foragidas ou desaparecidas, bem como na identificação por gênero, idade, etnia, emoções e expressão facial.

¹ Mestre e Doutorando em Ciências Criminais pela PUCRS, com bolsa integral CAPES. Advogado. Tem experiência na área de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia. Graduado pela PUCRS com o Diploma de Lâurea Acadêmica, obtendo a média geral 9,1. Professor de Direito Penal e Processual Penal da Faculdade de Direito Dom Bosco. Coordenador do curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Processo Penal com ênfase em Direito Militar da Faculdade Dom Bosco. Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Processo Penal da UniRitter. Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Processual Penal do IDC. Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Processual Penal com Ênfase na Advocacia Criminal da FEEVALE. Professor do Curso de Pós-Graduação em Autocomposição com Ênfase na Administração Pública da ESDM (Escola Superior de Direito Municipal de Porto Alegre). Colunista semanal do Canal Ciências Criminais. Coordenador da Comissão Especial de Estudos em Direito Penal Econômico do Canal Ciências Criminais. Coordenador do sítio eletrônico do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITECRS).

² Acadêmica do curso de Direito da Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre.

À vista disso, câmeras de vigilância que contam com a utilização do sistema de reconhecimento facial estão espalhadas em todo lugar com a finalidade de auxiliar a polícia a ter uma maior possibilidade de identificação de prováveis criminosos com agilidade. No Brasil, vê-se que o interesse por essa tecnologia de reconhecimento tem se intensificado, contudo, essas modernizações revelam perigos silenciosos da tecnologia e a utilização de reconhecimento facial no âmbito da segurança pública tem sido extremamente criticado mundialmente.

Por conseguinte, o uso dessa tecnologia no Brasil requer extremo cuidado. Tendo em vista que no país a seletividade do sistema penal é muito grande, o qual busca um determinado estereótipo de criminoso, afetando especialmente mais pessoas pardas e pretas do que brancas. Isso é o que mostra o Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), na composição da população por cor/raça no sistema prisional, no período de janeiro a junho de 2020, em que 50,28% são pardos e 16,03% são pretos.³ Diante desses dados, o uso do reconhecimento facial na segurança pública pode agravar ainda mais a seletividade do sistema penal, uma vez que essa tecnologia possui vieses ocultos nas suas recomendações algorítmicas que reforçam preconceitos.

Desta feita, o presente artigo pretende analisar o uso do reconhecimento facial no âmbito da segurança pública, bem como sua implicação na liberdade e privacidade dos cidadãos. Examinando-se como essa tecnologia de inteligência artificial pode ser tendenciosa e acabar sendo afetada por informações enviesadas que alimentam seu funcionamento, reproduzindo formas de discriminação e colaborando para condenações de inocentes.

1. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E RECONHECIMENTO FACIAL

O reconhecimento facial deixou de ser uma tecnologia exposta somente em filmes de ficção científica e atualmente esse método vem sendo utilizado em sistemas de segurança de vários países. Nessa linha, o reconhecimento facial consiste em apontar rostos de indivíduos em imagens ou vídeos, através de uma inteligência artificial conhecida como *machine learning*, ou seja, por aprendizado de máquina.⁴

Sendo assim, o reconhecimento facial é uma forma de biometria, a qual é entendida como “qualquer característica física automaticamente mensurável, robusta e distintiva que possa ser usada

³ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: período de janeiro a junho de 2020. **SISDEPEN. Gov.br Ministério da Justiça e Segurança Pública**. Disponível em: <SISDEPEN — Português (Brasil) (www.gov.br)>. Acesso em: 19 fev. 2021.

⁴ SILVA, Tarcizio. visão computacional e racismo algorítmico: branquitude e opacidade no aprendizado de máquina. **Revista da Associação Brasileira de Pesquisadores/as Negros/as (ABPN)**, [S.l.], v. 12, n. 31, fev. 2020. ISSN 2177-2770. Disponível em: <http://abpnrevista.org.br/revista/index.php/revistaabpn1/article/view/744>. Acesso em: 17 jul. 2020.

para identificar um indivíduo ou verificar a identidade reivindicada de um indivíduo”.⁵ Logo, a informação corporal utilizada pela biometria pode ser a forma de caminhar, a digital, e a face no caso do reconhecimento facial.

Desta forma, os sistemas de inteligência artificial seguem etapas para identificar o rosto de uma pessoa e processar esta informação. Primeiramente, na imagem obtida há detecção do rosto do indivíduo, e *a posteriori* o seu processamento, momento em que se padroniza a orientação da imagem e depois codifica extraíndo os elementos essenciais. Assim, um ramo da inteligência artificial estrita, conhecida como *machine learning*, que utiliza algoritmos combinados à *big data*, a partir da correspondência de dados, identifica padrões específicos classificando um determinado indivíduo.⁶

Quanto à detecção do rosto do indivíduo, ou seja, o mapeamento, há diversas técnicas, que se respaldam em medidas das características da face, os designados pontos nodais. O rosto humano possui cerca de 80 pontos nodais, como por exemplo, a distância entre os olhos, cavidade orbital, o tamanho do queixo, comprimento do nariz. O software *Facelt*, de reconhecimento facial, desenvolvido pela empresa Visionics, de Nova Jersey (EUA), requer de 14 a 20 pontos nodais para realizar a identificação e conceder uma assinatura facial, com a finalidade de formar um código numérico no banco de dados.⁷

No que tange aos algoritmos digitais, são verdadeiros “devoradores” de dados, sendo que definem os resultados de pesquisa do Google, o que vai ser mostrado nos *feeds* do *Facebook* e *Instagram*, como também recomendações de compras online.⁸ Posto isto, resta evidente que os algoritmos são produzidos para várias funções, e, no caso das redes sociais, são utilizados para armazenar completamente as operações do usuário e, desta maneira, entender suas predileções e estabelecer seu perfil. É por esta razão que os *posts* mostrados na *timeline* do usuário permitem a sensação de que foram feitos especialmente para aquele indivíduo, para as suas necessidades daquele momento.⁹ No Facebook, por exemplo, as fotos e postagens na linha do tempo são influenciadas pelo uso do *EdgeRank*, o algoritmo dessa rede social, que busca apresentar ao

⁵ WOODWARD JR., John D. et al. **Biometrics: A look at facial recognition**. Santa Monica – CA, EUA, Rand Corp., 2003, p. 1.

⁶ Você sabe como funciona o reconhecimento facial. **Faculdade Impacta SP**. Disponível em: <https://www.impacta.edu.br/blog/voce-sabe-como-funciona-o-reconhecimento-facial/>. Acesso em: 17 jul. 2020.

⁷ OKABE, Rogerio Kazuhiro; CARRO, Silvio Antonio. Reconhecimento Facial em Imagens capturadas por Câmeras Digitais de Rede. **In: Colloquium Exactarum**. v. 7, n. 1, jan-mar. 2015, p. 106–119. Disponível em: <http://revistas.unoeste.br/index.php/ce/article/view/1307>. Acesso em: 20 jul. 2020.

⁸ COSSINS, Daniel. Discriminating algorithms: 5 times AI showed prejudice. **In: NewScientist**, 27 abr. 2018. Disponível em: <https://www.newscientist.com/article/2166207-discriminating-algorithms-5-times-ai-showed-prejudice/#ixzz6ShE61YVK>. Acesso em: 20 jul. 2020.

⁹ SILVEIRA, Sergio Amadeu. Governo dos algoritmos. **Revista de Políticas Públicas**, São Luís, v. 2, n. 1, 2017, p. 272. Disponível em: <http://www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/rppublica/article/view/6123/4492>. Acesso em: 17 jul. 2020.

usuário publicações do seu interesse com base no que curte, comenta e procura, ou seja, com base nas suas interações.¹⁰

Nesse sentido, espera-se que as interações algorítmicas, por se tratar de operações eminentemente matemáticas, sejam objetivas e estejam alheias à influência de vieses e pontos de vista subjetivos, estando eles fundamentados somente na análise dos dados que são oferecidos.¹¹ Contudo, os algoritmos não se encontram blindados de reproduzir relações de opressão e poder que já existem na sociedade.¹²

Assim sendo, os algoritmos por serem vulneráveis são mais propensos ao *training data*¹³, que consiste em “um conjunto inicial de dados usados para ajudar um programa a entender como aplicar tecnologias como redes neurais para aprender e produzir resultados sofisticados”.¹⁴ No caso do reconhecimento facial, um enorme banco de imagens de rostos é utilizado para instruir o algoritmo a discernir o que é um rosto, sendo que a maioria dos bancos de imagens usados para ensinar os algoritmos são formados por pessoas brancas.¹⁵ Deste modo, quando as câmeras captam as imagens de pessoas negras ou asiáticas, é possível ocorrer a circunstância de seus rostos não serem corretamente reconhecidos. Aliás, já houve o caso em que as faces de homens negros foram reconhecidas como sendo faces de gorilas pelo Google Fotos, o qual criou um álbum intitulado como “Gorilas” para as selfies que eles haviam feito, bem como o caso das câmeras da Nikon não entenderem rostos asiáticos em fotos, em que o recurso para evitar fotos com olhos fechados se confundia com olhos de asiáticos.¹⁶ Logo, essa tecnologia de reconhecimento está submetida a influência de dados distorcidos, lógica falsa e preconceitos de seus programadores, o que acarreta a reprodução de um viés discriminatório.

Considerando que essa técnica é utilizada para auxiliar na identificação de possíveis criminosos no meio de multidões, é de suma importância se atentar ao reconhecimento facial no

¹⁰ Algoritmo Do Facebook: Entenda Como Ele Funciona em 2020. **Neilpatel**. Disponível em: <https://neilpatel.com/br/blog/algoritmo-do-facebook/>. Acesso em: 20 jul. 2020.

¹¹ SILVEIRA, Sergio Amadeu. Governo dos algoritmos. **Revista de Políticas Públicas**, São Luís, v. 2, n. 1, 2017, p. 272. Disponível em: <http://www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/rppublica/article/view/6123/4492>. Acesso em: 20 jul. 2020.

¹² SILVA, Tarcízio. Racismo Algorítmico em Plataformas Digitais: microagressões e discriminação em código. In: **VI Simpósio Internacional LAVITS**, Salvador, 2019, p. 4. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/333700308_Racismo_Algoritmico_em_Plataformas_Digitais_microagressoes_e_discriminacao_em_codigo. Acesso em: 20 jul. 2020.

¹³ OSOBA, Osonde; WESLER IV, William. **An intelligence in our image: the risks of bias and errors in artificial intelligence**. Santa Monica: Rand, 2017, p. 7.

¹⁴ Training data. **Techopedia**. 2019. Disponível em: <https://www.techopedia.com/definition/33181/training-data>. Acesso em 20 jul. 2020.

¹⁵ NUNES, Plabo. O algoritmo e racismo nosso de cada dia. **Folha de São Paulo**, Piauí, 02 jan. 2021. Disponível em: [O algoritmo e racismo nosso de cada dia \(uol.com.br\)](http://www.uol.com.br). Acesso em: 22 jan. 2021.

¹⁶ ZHANG, Maggie. Google Photos Tags Two African-Americans As Gorillas Through Facial Recognition Software. **Forbes**, 1 jul. 2015. Disponível em: [Google Photos Tags Two African-Americans As Gorillas Through Facial Recognition Software \(forbes.com\)](http://forbes.com)>. Acesso em: 19 fev. 2021.

âmbito da segurança pública. Haja vista que esse método está sujeito a falhas, como supra mencionado, e interfere de forma direta no sistema penal, havendo o risco de condenações injustas, constrangimentos e violação dos direitos humanos como será mostrado a seguir.

2. RECONHECIMENTO E TECNOLOGIA: PROBLEMAS E TENSÕES

O uso da tecnologia no reconhecimento facial é relacionado à crença do “tecnochauvinismo”, isto é, que para resolver problemas sociais e ter mais clareza, basta substituir o fator humano pela tecnologia de máquinas. Contudo, observa-se na prática que o uso dessa inteligência artificial apresenta índices de falibilidade perigosos ligados a vieses de gênero, raça e classe existentes na sociedade, bem como reduz a privacidade em espaços públicos.¹⁷

Nessa linha, em um estudo efetivado por Joy Buolamwini e Timnit Gebru, pesquisadoras do Instituto de Tecnologia Massachusetts (MIT) em seis classificadores comerciais escolhidos, constataram que os maiores índices de falhas de reconhecimento de raça e gênero foram em mulheres com rostos de tons mais escuros, em que os algoritmos identificaram essas mulheres como sendo homens em 34,7% dos casos. Em contrapartida, a taxa de falhas na comparação de homens de pele clara foi inferior a 1%, apresentado melhores resultados.^{18/19} Isso acontece, pois boa parte dos bancos de imagens usados para ensinar esses algoritmos são formados por pessoas brancas. Apesar de esse ser um enorme problema, a elaboração de bancos de dados mais variados não soluciona totalmente a questão, uma vez que algoritmos são dados, e dados são resultados da história da sociedade. Então, por mais que se tente cercear a influência dos pré-conceitos e vieses de todos os lados, infelizmente, reproduzindo o que ocorre em nossa sociedade, sempre existirá uma porta de entrada nesse tipo de tecnologia para vieses e defasagens.²⁰

Desta forma, os algoritmos que são programados para identificar o rosto das pessoas com base no banco de dados que lhe é disponibilizado, mostra-se ineficaz quanto a precisão da operação em relação a pessoas negras, mulheres na faixa etária de 18 a 30 anos, restando evidente a

¹⁷ SILVA, Tarcízio. Reconhecimento Facial na Bahia: mais erros policiais contra negros e pobres. **Blog Tarcízio Silva**. Disponível em: <https://tarciziosilva.com.br/blog/reconhecimento-facial-na-bahia-mais-erros-policiais-contr-negros-e-pobres/>. Acesso em: 22 jul. 2020.

¹⁸ BUOLAMWINI, Joy; GEBRU, Timnit. Gender shades: Intersectional accuracy disparities in commercial gender classification. **In: Conference on Fairness, Accountability and Transparency**. 2018. Disponível em: <http://proceedings.mlr.press/v81/buolamwini18a/buolamwini18a.pdf>. Acesso em 23 jul. 2020.

¹⁹ LOPES, André. Empresas abandonam reconhecimento facial por identificações equivocadas. **Veja**, 19 jun. 2020. Disponível em: [Empresas abandonam reconhecimento facial por identificações equivocadas | VEJA \(abril.com.br\)](https://www.veja.com.br/empresas-abandonam-reconhecimento-facial-por-identificacoes-equivocadas/). Acesso em: 25 jan. 2021.

²⁰ NUNES, Plabo. O algoritmo e racismo nosso de cada dia. **Folha de São Paulo**, Piauí, 02 jan. 2021. Disponível em: [O algoritmo e racismo nosso de cada dia \(uol.com.br\)](https://www.folha.com.br/coluna/02-jan-2021-o-algoritmo-e-racismo-nosso-de-cada-dia/). Acesso em: 26 jan. 2021.

discriminação algorítmica.²¹ Estes dados são extremamente preocupantes, haja vista que atualmente no Brasil as mulheres negras constituem mais de 60% da ocupação carcerária, sem o emprego do procedimento de reconhecimento facial, imagine-se com a utilização desmedida dessa tecnologia tendenciosa.²² Convém ressaltar, que pesquisas recentes demonstraram que as máscaras de proteção utilizadas pelas pessoas para evitar o contágio pela Covid-19 são capazes de ludibriar os sensores podendo apontar inúmeros indivíduos como sendo potenciais suspeitos equivocadamente.²³

Em julho de 2019, a polícia do Rio de Janeiro iniciou seu projeto de reconhecimento facial e escolheu o bairro de Copacabana para área de testes, instalando diversos postes com câmeras nas suas extremidades em pontos espalhados pelo bairro. No segundo dia de testes, as câmeras de vigilância com o sistema de reconhecimento facial apontaram uma mulher como sendo Maria Lêda Félix da Silva, condenada por homicídio e procurada pela polícia. A mulher reconhecida dizia não ser procurada. Todavia, estava sem documentação e foi levada para a delegacia. Os familiares da mulher de posse de seus documentos conseguiram encontrá-la na delegacia e provaram que ela não era Maria Lêda Félix da Silva, a mulher procurada.²⁴

O caso supra é mais um de uma série de erros que essas tecnologias cometem, mas este caso em específico conta com um agravante, pois Maria Lêda, a “procurada”, já estava cumprindo pena em presídio havia quatro anos. Nota-se, portanto, que não somente os algoritmos erram, mas igualmente a polícia que usou um banco de dados desatualizado no sistema de reconhecimento facial.²⁵ Outro problema relacionado aos dados dos cidadãos consiste em como esses dados são armazenados e gerenciados, pois os órgãos de segurança brasileiros não disponibilizam essas informações, bem como não oferecem informações acerca da eficiência desses sistemas. Na Inglaterra, por exemplo, um estudo realizado por pesquisadores da Universidade de Essex para a polícia de Londres mostrou que 81% dos alertas feitos pela ferramenta local estavam incorretos.²⁶

Os erros que já ocorreram em decorrência da utilização dessa tecnologia no Brasil estão sendo tratados como efeitos colaterais, ou seja, como algo menor, sem a devida importância, o que

²¹ BRUEGGE, Richard W. Vorder et al. Face recognition performance: role of demographic information. **IEEE Transactions on Information Forensics and Security**, v. 7 , ano 6 , dez./2012. Disponível em: <https://ieeexplore.ieee.org/document/6327355/citations?tabFilter=papers#citations>. Acesso em: 23 jul. 2020.

²² LEAL, Rosane; RODRIGUES, Fernanda. **Reconhecimento Facial e Segurança Pública: os perigos do uso da tecnologia no sistema penal seletivo brasileiro**. 5º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade. 2019. Disponível em: <https://www.ufsm.br/cursos/pos-graduacao/santa-maria/ppgd/wp-content/uploads/sites/563/2019/09/5.23.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2020.

²³ LOPES, André. Empresas abandonam reconhecimento facial por identificações equivocadas. **Veja**, 19 jun. 2020. Disponível em: [Empresas abandonam reconhecimento facial por identificações equivocadas | VEJA \(abril.com.br\)](https://www.veja.abril.com.br/empresas-abandonam-reconhecimento-facial-por-identificacoes-equivocadas/). Acesso em: 25 jan. 2021.

²⁴ NUNES, Plabo. O algoritmo e racismo nosso de cada dia. **Folha de São Paulo**, Piauí, 02 jan. 2021. Disponível em: [O algoritmo e racismo nosso de cada dia \(uol.com.br\)](https://www.folha.com.br/coluna/plabo-o-algoritmo-e-racismo-nosso-de-cada-dia/). Acesso em: 26 jan. 2021.

²⁵ NUNES, Plabo. O algoritmo e racismo nosso de cada dia. **Folha de São Paulo**, Piauí, 02 jan. 2021. Disponível em: [O algoritmo e racismo nosso de cada dia \(uol.com.br\)](https://www.folha.com.br/coluna/plabo-o-algoritmo-e-racismo-nosso-de-cada-dia/). Acesso em: 26 jan. 2021.

²⁶ SILVA, Victor Hugo. Por que o uso de reconhecimento facial na segurança é controverso? **Tecnoblog**. Disponível em: [Por que o uso de reconhecimento facial na segurança é controverso? | Brasil | Tecnoblog](https://www.tecnoblog.com.br/por-que-o-uso-de-reconhecimento-facial-na-seguranca-e-controverso/). Acesso em: 26 jan. 2021.

já revela o desiderato político criminal no qual esse aparato tecnológico está inserido. Isso é significativo, especialmente quando se considera quem são as pessoas destinatárias destes “efeitos colaterais”: negros, em especial, jovens que já são os principais alvos da política pública de segurança e da violência policial.²⁷ Contudo, o que já se sabe, mesmo com as poucas informações oferecidas, é que as prisões e abordagens realizadas com a utilização de reconhecimento facial no Brasil destinaram-se 90,5% a indivíduos negros.²⁸ Assim, não é desarrazoado se pensar na possibilidade de que esses sistemas de inteligência artificial, replicando o infeliz contexto social em que estão inseridos, gerem um algoritmo racista, que preferencialmente pune e encarcera a população negra.²⁹

Desta forma, deve-se atentar para os riscos que essa tecnologia de reconhecimento facial pode trazer no âmbito da segurança pública no Brasil: existe o risco da presunção de inocência ser violada se for usada para vigiar pessoas que frequentam determinados lugares públicos com a premissa de que todos que estão naquele lugar são suspeitos, ao invés de presumir que todos são inocentes; existe um risco para liberdade de expressão e liberdade de associação e reunião, pois um indivíduo que sabe que está sendo vigiado altera o seu comportamento de forma a não se expressar plenamente e isso pode colaborar para que pessoas decidam não participar de manifestações políticas ou de outra natureza por medo de uma perseguição após a coleta de dados³⁰ e existe o risco de agravar o encarceramento em massa, pois no país há uma forte seletividade do sistema penal, na qual a população negra tem que lidar permanentemente com o estereótipo do criminoso. Logo, o emprego dessa inteligência artificial em que o próprio algoritmo executa a função de apontar indivíduos negros, erroneamente, como potenciais suspeitos de um crime, mais uma vez torna essas pessoas reféns da violência e constrangimento de abordagens policiais inadequadas, bem como de condenações injustas ou indevidas³¹.

3. NECESSIDADE DE DIMINUIÇÃO DE DANOS NO RECONHECIMENTO FACIAL

²⁷ SILVA, Victor Hugo. Por que o uso de reconhecimento facial na segurança é controverso? **Tecnoblog**. Disponível em: Por que o uso de reconhecimento facial na segurança é controverso? | Brasil | Tecnoblog. Acesso em: 26 jan. 2021.

²⁸ NUNES, Pablo. Exclusivo: levantamento revela que 90,5% dos presos por monitoramento facial no Brasil são negros. **The Intercept Brasil**. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/11/21/presos-monitoramento-facial-brasil-negros/>. Acesso em: 23 jul. 2020.

²⁹ HERCOG, Alex; MELO Paulo. O racismo que estrutura as tecnologias digitais de informação e comunicação. **Brasil de Fato**. 2019. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2019/12/03/artigo-or-o-racismo-que-estrutura-as-tecnologias-digitais-de-informacao-e-comunicacao>. Acesso em: 23 jul. 2020.

³⁰ SILVA, Victor Hugo. Por que o uso de reconhecimento facial na segurança é controverso? **Tecnoblog**. Disponível em: Por que o uso de reconhecimento facial na segurança é controverso? | Brasil | Tecnoblog. Acesso em: 26 jan. 2021.

³¹ SILVA, Tarcízio. Racismo Algorítmico em Plataformas Digitais: microagressões e discriminação em código. In: **VI Simpósio Internacional LAVITS**, Salvador, 2019, p. 8. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/333700308_Racismo_Algoritmico_em_Plataformas_Digitais_microagressoes_e_discriminacao_em_codigo. Acesso em: 23 jul. 2020.

O potencial de danos na tecnologia de reconhecimento facial é muito maior, haja vista que milhares de indivíduos são escaneados por hora, sendo que não há nenhum tipo de controle e ainda conta com o incentivo do governo federal no financiamento do uso dessa tecnologia pelas polícias, o que colabora para que se tenha uma câmera de reconhecimento facial em cada rua e esquina do país.³² É necessário, portanto, que se criem técnicas redutoras de danos capazes de minimizar os riscos potenciais do reconhecimento facial, conscientizando-se acerca das implicações sociais dessa ferramenta.

Desta forma, pensando justamente em aumentar essa conscientização, Joy Buolamwini criou em 2016 o *Algorithmic Justice League*, uma organização que critica o uso da inteligência artificial através da arte e da pesquisa. Nessa linha, cumpre ressaltar que há outros movimentos que criticam o uso de reconhecimento facial como: o *Big Brother Watch* e a *Liberty Human Rights* na Inglaterra. Ainda, a campanha *Ban Facial Recognition* é apoiada por mais de quarenta instituições nos Estados Unidos da América (EUA). Da mesma forma, a *Internet Freedom Foundation* pressiona a polícia indiana para deixar de usar a tecnologia de reconhecimento facial.³³

Patrick Doyle, ex-comandante da Polícia Estadual de New Jersey, nos Estados Unidos, pesquisa a utilização desse tipo de tecnologia nas polícias e lista quatro recomendações simples para o uso: 1) informar totalmente o público acerca do uso da tecnologia, quais dados serão processados, por quem, em que lugar, com que tipo de segurança; 2) estabelecer parâmetros de uso, ou o conhecido procedimento operacional padrão; 3) divulgar a eficácia da tecnologia, isto é, quantos reconhecimentos, quantas prisões, quantos erros cometidos; 4) criar princípios e políticas de boas práticas.³⁴ Essas recomendações colaboram para que se tenha um reconhecimento facial de qualidade, que não seja discriminatório e que não viole os direitos fundamentais das pessoas.

Cumpre ressaltar que São Francisco, uma das maiores cidades do Estados Unidos, decidiu, em 14 de maio de 2019, proibir o uso de reconhecimentos faciais pela polícia e por outras agências públicas, sendo que tal restrição não afetou o uso da tecnologia em aeroportos ou instalações sob regulamentação do governo federal, podendo vir a servir de modelo para outras cidades. A nova regra além de ter um efeito de proibição, estabelece que a obtenção pública de qualquer recurso que monitorem os cidadãos deverá de antemão ser aprovada pelos parlamentares. Segundo a lei, é possível que a tecnologia de reconhecimento facial coloque em perigo os direitos e as liberdades

³² NUNES, Plabo. O algoritmo e racismo nosso de cada dia. **Folha de São Paulo**, Piauí, 02 jan. 2021. Disponível em: O algoritmo e racismo nosso de cada dia (uol.com.br). Acesso em: 27 jan. 2021.

³³ NUNES, Plabo. O algoritmo e racismo nosso de cada dia. **Folha de São Paulo**, Piauí, 02 jan. 2021. Disponível em: O algoritmo e racismo nosso de cada dia (uol.com.br). Acesso em: 27 jan. 2021.

³⁴ NUNES, Plabo. O algoritmo e racismo nosso de cada dia. **Folha de São Paulo**, Piauí, 02 jan. 2021. Disponível em: O algoritmo e racismo nosso de cada dia (uol.com.br). Acesso em: 27 jan. 2021.

civis de cada indivíduo, bem como pode intensificar a injustiça racial e ameaçar capacidade de se viver sem a contínua vigilância do governo.³⁵

Enumera-se quatro fatores possíveis de prejudicar a identificação de uma pessoa em um procedimento de reconhecimento facial: a forma de ofuscação ou obstrução do rosto na imagem, a quantidade de ofuscação ou obstrução, o deslocamento de domínio e a quantidade de cabeças marcadas. Desta maneira, a aplicação de métodos para a classificação de imagens usada frequentemente em plataformas de redes sociotécnicas, gera ameaça à privacidade, bem como técnicas de ofuscação, tal como o desfoque, apresentam pouca eficiência para impossibilitar a identificação de pessoas.³⁶

No Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), apesar de ter sido um avanço em termos de proteção de dados pessoais, não estabeleceu parâmetros para a área de segurança pública e persecução penal.³⁷ Tendo em vista essa lacuna que foi gerada pela Lei Geral de Proteção de Dados, torna-se imprescindível uma regulamentação singular acerca da matéria, devendo também existir um marco regulatório, pois um algoritmo de reconhecimento facial pode acusar indevidamente uma pessoa, produzindo um efeito irreparável, ou seja, restringindo a liberdade individual. Diante disso, uma comissão de juristas reuniu-se para elaborar um anteprojeto de lei acerca do tratamento de dados pessoais em casos não previstos na Lei Geral de Proteção de Dados, o qual deverá orientar as discussões dos parlamentares sobre uma futura regulamentação.³⁸

O anteprojeto é formado por 12 capítulos e 68 artigos, os quais estabelecem critérios para o tratamento de dados na esfera da segurança pública e persecução penal, defendendo os titulares da má utilização, bem como do uso desenfreado pelas autoridades. A supervisão da legislação será feita pelo CNJ, uma vez que não está vinculado a outro órgão, sua comissão é composta por advogados e procuradores e possui independência e autonomia. Ressalta-se que a LGPD Penal irá alcançar ideais de uma sociedade democrática e não sujeita à vigilância; autodeterminação; liberdade de comunicação, informação, expressão, pensamento; devido processo legal; presunção de inocência; direito fundamental à proteção de dados pessoais (reconhecido pelo STF). Ademais, o anteprojeto traz a criação de um novo tipo penal, que visa punir os indivíduos que de algum jeito

³⁵ GOMES, Helton Simões. Por que uma das maiores cidades dos EUA banuiu o reconhecimento facial? **UOL TILT**, 16 maio 2020. Disponível em: Por que uma das maiores cidades dos EUA banuiu o reconhecimento facial? - 16/05/2019 - UOL TILT. Acesso em: 28 jan. 2021.

³⁶ OH, Seong Joon et al. Faceless person recognition: Privacy implications in social media. **In: European Conference on Computer Vision**. Springer, Cham, 2016. p. 19-35. Disponível em: <https://arxiv.org/abs/1607.08438>. Acesso em: 22 jul. 2020.

³⁷ NUNES, Plabo. O algoritmo e racismo nosso de cada dia. **Folha de São Paulo**, Piauí, 02 jan. 2021. Disponível em: O algoritmo e racismo nosso de cada dia (uol.com.br). Acesso em: 28 jan. 2021.

³⁸ MIGLIORINI, Ana Carolina; TRIVIÑO, Aline Melsone Marcondes. Por que o Brasil precisa de Lei para proteger dados pessoais na esfera penal. **Consultor Jurídico**, 07 dez. 2020. Disponível em: ConJur - Opinião: Por que o Brasil precisa de uma LGPD penal. Acesso em: 28 jan. 2021.

transferem, distribuem, compartilham bancos de dados pessoais sem a autorização legal, com a finalidade de ganhar vantagem ilícita ou prejudicar terceiros.³⁹

No Brasil também têm sido criadas iniciativas importantes com a finalidade de expandir o debate público acerca da adoção dessas tecnologias. O Panóptico, projeto do Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESeC) busca monitorar a utilização da tecnologia de reconhecimento facial pelas polícias do país; o *AqualtuneLab*, grupo de juristas negros, dedica-se a racializar o debate sobre direitos digitais no país; e a associação de pesquisa *DataPrivacy* Brasil tem como foco a privacidade e proteção de dados no país. Ademais, Nina da Hora, tem se empenhado a trazer mais pessoas para o debate através de uma comunicação fácil e didática, bem como Tarcízio Silva tem discutido o assunto em fóruns diversos.⁴⁰ Por conseguinte, essas iniciativas têm sido fundamentais para a conscientização dos riscos que a tecnologia de reconhecimento facial traz a sociedade, com projetos que tendem a diminuir a injustiça algorítmica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, resta evidente que na tecnologia de reconhecimento facial há, ainda, uma desinteligência artificial, a qual demonstra uma invisibilidade negra no banco de dados desse sistema. Tendo em vista que as micro agressões raciais são constantes, uma vez que, por exemplo, (i) o *Google Photos* marcou pessoas negras como gorilas; (ii) carros autônomos são extremamente falhos em detectar indivíduos de pele escura; (iii) a IBM e Microsoft não identificou o gênero de mulheres negras no uso da tecnologia; (iv) softwares de análise de apenamento estabeleceu penas mais altas para negros do que para brancos, resta evidenciada a necessidade de maior cautela e atenção aos mecanismos de inteligência artificial utilizados em nosso sistema de administração da justiça penal, sob pena de conflagrar medidas racistas, preconceituosas e falhas, consagrando injustiças tecnológicas sacramentadas por uma falha crença na infalibilidade da tecnologia.⁴¹

Desta forma, esses erros decorrentes da tecnologia coloca os direitos humanos e a democracia em perigo. Nessa linha, se até um dos locais mais desenvolvidos tecnologicamente do mundo, ou seja, Londres, capital do Reino Unido, teve a maioria das abordagens de indivíduos suspeitos equivocadas, é extremamente preocupante ver que o Brasil esteja adotando esse sistema com admiração na segurança pública, um país que historicamente tem um forte preconceito racial e

³⁹ MIGLIORINI, Ana Carolina; TRIVIÑO, Aline Melsone Marcondes. Por que o Brasil precisa de Lei para proteger dados pessoais na esfera penal. **Consultor Jurídico**, 07 dez. 2020. Disponível em: ConJur - Opinião: Por que o Brasil precisa de uma LGPD penal. Acesso em: 28 jan. 2021.

⁴⁰ NUNES, Plabo. O algoritmo e racismo nosso de cada dia. **Folha de São Paulo**, Piauí, 02 jan. 2021. Disponível em: O algoritmo e racismo nosso de cada dia (uol.com.br). Acesso em: 27 jan. 2021.

⁴¹ SILVA, Tarcízio. Linha do Tempo do Racismo Algorítmico: caso, dados e reações. **Blog Tarcízio Silva**. Disponível em: Linha do Tempo do Racismo Algorítmico: casos, dados e reações | Tarcízio Silva (tarciziosilva.com.br). Acesso em: 28 jan. 2021.

de gênero, principalmente no tange ao estereótipo da criminalidade. Assim, se no país não houver justa transparência dos órgãos públicos a respeito do sistema adotado de reconhecimento facial e seus índices de precisão, é provável que aumentem as condenações equivocadas e injustas e as abordagens motivadas por discriminação algorítmica.

Isto posto, é imprescindível se atentar para as medidas de precaução na utilização da tecnologia de reconhecimento facial, tais como a formação de um suporte de treinamento com diversidade nas amostras de faces, com a finalidade de indicar prováveis tendências de discriminação e eventuais soluções, boa resolução das imagens e vídeos, bem como a elaboração de uma legislação específica que regule a utilização do reconhecimento facial na identificação de criminosos, informando o público sobre a utilização dessa tecnologia, quais dados serão processados e divulgando a eficácia do reconhecimento facial. Assim, essas ponderações colaboram para que as falhas nesse sistema tecnológico sejam reduzidas, conseqüentemente, minimizando o viés discriminatório e o índice de condenações errôneas.

REFERÊNCIAS

Algoritmo Do Facebook: Entenda Como Ele Funciona em 2020. **Neilpatel**. Disponível em: <https://neilpatel.com/br/blog/algoritmo-do-facebook/>. Acesso em: 20 jul. 2020.

BRUEGGE, Richard W. Vorder et al. Face recognition performance: role of demographic information. **IEEE Transactions on Information Forensics and Security**, v. 7 , ano 6 , dez./2012. Disponível em: <https://ieeexplore.ieee.org/document/6327355/citations?tabFilter=papers#citations>. Acesso em: 23 jul. 2020.

BUOLAMWINI, Joy; GEBRU, Timnit. Gender shades: Intersectional accuracy disparities in commercial gender classification. In: **Conference on Fairness, Accountability and Transparency**. 2018. Disponível em: <http://proceedings.mlr.press/v81/buolamwini18a/buolamwini18a.pdf>.. Acesso em 23 jul. 2020.

COSSINS, Daniel. Discriminating algorithms: 5 times AI showed prejudice. In: **NewScientist**, 27 abr. 2018. Disponível em: <https://www.newscientist.com/article/2166207-discriminating-algorithms-5-times-ai-showed-prejudice/#ixzz6ShE6lYVK>. Acesso em: 20 jul. 2020.

GOMES, Helton Simões. Por que uma das maiores cidades dos EUA banuiu o reconhecimento facial? **UOL TILT**, 16 maio 2020. Disponível em: Por que uma das maiores cidades dos EUA banuiu o reconhecimento facial? - 16/05/2019 - UOL TILT. Acesso em: 28 jan. 2021.

HERCOG, Alex; MELO Paulo. O racismo que estrutura as tecnologias digitais de informação e comunicação. **Brasil de Fato**. 2019. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2019/12/03/artigo-or-o-racismo-que-estrutura-as-tecnologias-digitais-de-informacao-e-comunicacao>. Acesso em: 23 jul. 2020.

LEAL, Rosane; RODRIGUES, Fernanda. **Reconhecimento Facial e Segurança Pública: os perigos do uso da tecnologia no sistema penal seletivo brasileiro**. 5º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade. 2019. Disponível em: <https://www.ufsm.br/cursos/pos-graduacao/santa-maria/ppgd/wp-content/uploads/sites/563/2019/09/5.23.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2020.

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: período de janeiro a junho de 2020. **SISDEPEN. Gov.br Ministério da Justiça e Segurança Pública**. Disponível em: <SISDEPEN — Português (Brasil) (www.gov.br)>. Acesso em: 19 fev. 2021.

LOPES. André. Empresas abandonam reconhecimento facial por identificações equivocadas. **Veja**, 19 jun. 2020. Disponível em: Empresas abandonam reconhecimento facial por identificações equivocadas | VEJA (abril.com.br). Acesso em: 25 jan. 2021.

MIGLIORINI, Ana Carolina; TRIVIÑO, Aline Melsone Marcondes. Por que o Brasil precisa de Lei para proteger dados pessoais na esfera penal. **Consultor Jurídico**, 07 dez. 2020. Disponível em: ConJur - Opinião: Por que o Brasil precisa de uma LGPD penal. Acesso em: 28 jan. 2021.

NUNES, Pablo. Exclusivo: levantamento revela que 90,5% dos presos por monitoramento facial no brasil são negros. **The Intercept_Brasil**. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/11/21/presos-monitoramento-facial-brasil-negros/>. Acesso em: 23 jul. 2020.

NUNES, Plabo. O algoritmo e racismo nosso de cada dia. **Folha de São Paulo**, Piauí, 02 jan. 2021. Disponível em: O algoritmo e racismo nosso de cada dia (uol.com.br). Acesso em: 22 jan. 2021.

OH, Seong Joon et al. Faceless person recognition: Privacy implications in social media. **In: European Conference on Computer Vision**. Springer, Cham, 2016. p. 19-35. Disponível em: <https://arxiv.org/abs/1607.08438>. Acesso em: 22 jul. 2020.

OKABE, Rogerio Kazuhiro; CARRO, Silvio Antonio. Reconhecimento Facial em Imagens capturadas por Câmeras Digitais de Rede. **In: Colloquium Exactarum**. v. 7, n. 1, jan-mar. 2015, p. 106–119. Disponível em: <http://revistas.unoeste.br/index.php/ce/article/view/1307>. Acesso em: 20 jul. 2020.

OSOBA, Osonde; WESLER IV, William. **An intelligence in our image: the risks of bias and errors in artificial intelligence**. Santa Monica: Rand, 2017, p. 7.

SILVA, Tarcízio. Linha do Tempo do Racismo Algorítmico: caso, dados e reações. **Blog Tarcízio Silva**. Disponível em: [Linha do Tempo do Racismo Algorítmico: casos, dados e reações | Tarcízio Silva \(tarciziosilva.com.br\)](http://tarciziosilva.com.br). Acesso em: 28 jan. 2021.

SILVA, Tarcízio. Racismo Algorítmico em Plataformas Digitais: microagressões e discriminação em código. **In: VI Simpósio Internacional LAVITS**, Salvador, 2019, p. 4. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/333700308_Racismo_Algoritmico_em_Plataformas_Digitais_microagressoes_e_discriminacao_em_codigo. Acesso em: 20 jul. 2020.

SILVA, Tarcízio. Reconhecimento Facial na Bahia: mais erros policiais contra negros e pobres. **Blog Tarcízio Silva**. Disponível em: <https://tarciziosilva.com.br/blog/reconhecimento-facial-na-bahia-mais-erros-policiais-contranegros-e-pobres/>. Acesso em: 22 jul. 2020.

SILVA, Tarcízio. Visão computacional e racismo algorítmico: branquitude e opacidade no aprendizado de máquina. **Revista da Associação Brasileira de Pesquisadores/as Negros/as (ABPN)**, [S.l.], v. 12, n. 31, fev. 2020. ISSN 2177-2770. Disponível em: <http://abpnrevista.org.br/revista/index.php/revistaabpn1/article/view/744>. Acesso em: 17 jul. 2020.

SILVA, Victor Hugo. Por que o uso de reconhecimento facial na segurança é controverso? **Tecnoblog**. Disponível em: [Por que o uso de reconhecimento facial na segurança é controverso? | Brasil | Tecnoblog](http://tecnoblog.net). Acesso em: 26 jan. 2021.

SILVEIRA, Sergio Amadeu. Governo dos algoritmos. **Revista de Políticas Públicas**, São Luís, v. 2, n. 1, 2017, p. 272. Disponível em: <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/rppublica/article/view/6123/4492>. Acesso em: 17 jul. 2020.

Training data. **Techopedia**. 2019. Disponível em: <https://www.techopedia.com/definition/33181/training-data>. Acesso em 20 jul. 2020.

Você sabe como funciona o reconhecimento facial. **Faculdade Impacta SP**. Disponível em: <https://www.impacta.edu.br/blog/voce-sabe-como-funciona-o-reconhecimento-facial/>. Acesso em: 17 jul. 2020.

WOODWARD JR., John D. et al. **Biometrics: A look at facial recognition**. Santa Monica – CA, EUA, Rand Corp., 2003, p. 1.

ZHANG, Maggie. Google Photos Tags Two African- Americans As Gorillas Through Facial Recognition Software. **Forbes**, 1 jul. 2015. Disponível em: <Google Photos Tags Two African- Americans As Gorillas Through Facial Recognition Software (forbes.com)>. Acesso em: 19 fev. 2021.

DEFENSORIA PÚBLICA E SUA RELEVÂNCIA PARA A SEGURANÇA DO CIDADÃO

Douglas Manoel Antonio de Abreu Pestana Dos Santos¹

RESUMO

O presente artigo científico tem por objetivo apontar a magnitude do papel de atuação da Defensoria Pública enquanto elemento de contribuição para segurança pública. Para isso, será mencionada a relevância institucional da Defensoria, bem como a importância para a administração da segurança pública, que estruturada pode ajudar com políticas públicas voltadas para a população, com a intenção de que seja construída uma sociedade mais fraterna e segura.

Palavras-chave: Administração da Segurança Pública. Atuação da Defensoria Pública. Políticas Públicas.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica não tem o objetivo de findar o debate a respeito da violência, criminalidade e da segurança pública no Brasil. Ao contrário, o cenário da vida atual faz aflorar a consciência de que o enfrentamento de uma realidade extremamente complexa como a nossa requer o envolvimento de diversos atores sociais para aprofundamento da temática. A República Federativa do Brasil está submersa a uma excessiva crise na segurança pública, sendo urgente averiguar se há no país um planejamento para o enfrentamento dessa crise. Fatos graves ocorrem quase que diariamente e nos assombram, gerando uma constante sensação de medo e tensão social.

Nesses momentos de crise, levantam-se vozes de radicais propagando as soluções mágicas para contribuição na segurança pública, como: prender mais pessoas, aplicação de penas mais duradouras, emprego da pena de morte, gritando não por justiça, mas pela causa e efeito desse radicalismo empoderado.

¹Membro da Rede Nacional da Ciência para a Educação- CPe Membro da Associação Brasileira de Autoimunidade Docente Pesquisador em Educação e Neurociência aplicada ABEPEE- Associação Brasileira de Pesquisadores em Educação Especial UNESP Associado(a) na categoria de Profissional, N° de matrícula 15713, da Sociedade Brasileira de Neurociências e Comportamento (SBNec) USP, filiada no Brasil, à Federação das Sociedades de Biologia Experimental (FeSBE), à Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC) e no exterior, à International Brain Research Organization (IBRO) e à Federação das Associações Latino Americanas e do Caribe de Neurociências Student Membership International Society for Telemedicine and eHealth -EUA e Membro da ABTms - Associação Brasileira de Telemedicina e Telessaúde.

Radicais estes que cobram por mais rigidez do legislador na elaboração de leis penais, do poder judiciário em suas decisões proferidas pelos magistrados e exigem, também, mais firmeza na atuação das forças policiais para a preservação da ordem pública.

A violência é um problema público e social que corrói a cidadania e as bases produtivas da sociedade. Assim, medidas de prevenção e repressão ao crime devem guiar as políticas públicas oficiais, para demonstrar que a resolução da violência passa mais pela vontade republicana dos governantes que por questões de polícia.

A atuação da Defensoria Pública como instituição pode contribuir, e muito, para a segurança pública nacional, através do resguardo e da aplicação de direitos fundamentais e de outros legalmente previstos na legislação pátria. Além disso, pode colaborar trabalhando com seriedade na tutela das liberdades individuais, garantindo o processo justo; exigir o cumprimento correto da pena criminal, a ser executada dentro de um sistema que respeite a dignidade da pessoa humana; lutando pela redução a superlotação do sistema carcerário e, conseqüentemente, auxiliando para maior segurança às unidades, do mesmo modo que para melhora das condições para as atividades de ressocialização e também em economia financeira para o estado.

A operacionalização da Defensoria Pública deve ser como instrumento de cooperação entre entes do Estado, no objetivo de integrar à sua função precípua, isto é, a realização da defesa de direitos ao estabelecimento de maior sinergia entre os profissionais envolvidos com a segurança pública na obtenção de resultados consistentes à estratégia de segurança pública que o Estado deve ter.

A Defensoria Pública tem papel essencial na defesa dos direitos da população carcerária, que de todo modo pelo papel ressocializador da pena, já visto como deficitário, na qual, a grosso modo, seus egressos retornam a delinquir, tem-se na Defensoria Pública a tarefa de contribuir enquanto elemento de planejamento para a efetividade segurança pública, o que buscará ser demonstrado no presente trabalho, uma vez que a temática não se esgota.

1. DEFENSORIA PÚBLICA, SUA ORIGEM, ESTRUTURA E EVOLUÇÃO

A origem da Defensoria Pública no Estado democrático e social de direito está diretamente ligada à evolução histórica do modelo de assistência jurídica gratuita prestada pelo Estado aos hipossuficientes.

Conforme aduz o professor Fábio Luis Mariani de Souza, de acordo com os doutrinadores que escrevem sobre o tema da Defensoria Pública e assistência judiciária, é possível afirmar que desde os tempos remotos há registros de que a humanidade tem se preocupado com a defesa daquelas pessoas consideradas mais vulneráveis no tecido social, porquanto a desigualdade

socioeconômica é uma realidade que sempre acompanhou história do desenvolvimento humano (2011, p. 33).

Diante disso, entende-se que a expressão Defensoria Pública indica à instituição como sendo substancial à função jurisdicional do Estado, encarregada constitucionalmente de prestar o serviço de assistência jurídica pública, integral e gratuita aos desfavorecidos, não devendo ser confundida com a prestação de assistência judiciária.

Em suma, pode-se afirmar que a temática da Defensoria Pública e da assistência judiciária no Brasil teve suas bases firmadas com o advento da Constituição de 1988. No que diz respeito aos períodos anteriores, a melhor posição jurídico-constitucional se deu com a Constituição de 1934, que infelizmente não chegou a ser posta em prática naquele período.

Além disso, insta salientar que, mesmo com a existência de programas pontuais criados anteriormente, a primeira fase da assistência judiciária brasileira foi estabelecida efetivamente pela Constituição de 1946 e pela Lei número 1.060/50, as quais determinaram os contornos jurídicos de uma assistência judicial pública e gratuita, que serviram de pilar para a idealização, conformação e concretização da Defensoria Pública Brasileira².

Porquanto, a Defensoria Pública tem suas bases voltadas a dar voz à dignidade vilipendiada, assim como, por estar próxima a finalidade de justiça social é instituição incumbida como instrumento de garantia de direitos fundamentais.

2. A INCLUSÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Com o advento da Constituição Federal de 1988 surge uma nova ordem estatal, consolidando o denominado Estado Social Democrático de Direito no Brasil. Afirma Paulo Bonavides: “Ultrapassadas as guerras e as questões políticas anteriormente vistas, bem como a vigência de regimes autoritários, o movimento constitucional nasce retomando ideias instauradas a partir da Constituição de Weimar”³.

Nessa acepção, consoantes estudos realizados pelo referido autor, o novo sentido social dos direitos mirou na justiça social, no fortalecimento da democracia, cidadania e na busca por uma sociedade mais justa e igualitária.

Nesse condão, ainda, segundo PAULO BONAVIDES:

Com efeito, não é possível compreender o constitucionalismo o estado social brasileiro contido na Carta de 1988 se fecharmos os olhos à teoria dos direitos sociais fundamentais, ao princípio da igualdade, aos institutos processuais que garantem aqueles direitos e aquela

² Defensoria Pública: uma breve história. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14699/defensoria-publica-uma-breve-historia>. Acesso em: 06 de maio 2020.

³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 18ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2006, p.371.

liberdade e ao papel que doravante assume na guarda da Constituição o Supremo Tribunal Federal⁴.

Fazendo uma comparação destes dispositivos transportados, evidencia-se que anteriormente as Cartas positivavam a assistência judiciária gratuita entre os direitos assegurados pela norma maior. No entanto, a Constituição Federal de 1988 nomeou como princípio maior da ordem jurídica brasileira a dignidade da pessoa humana, no qual é considerado o suporte de compreensão e interpretação das diversas normas constitucionais e, por consequência, resignando todo o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que eleito como valor máximo da ordem constitucional.

Assim, a tutela dos direitos de todos os cidadãos pressupõe que seja respeitada, primeiramente, a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, elementar é o papel Estatal, o qual precisa tomar providências, de modo que os indivíduos tenham condições mínimas para viver com dignidade. Essa foi a preocupação do legislador constituinte, cuidando para que o Estado proporcionasse condições de existência digna aos cidadãos⁵.

As questões de cidadania são tão valiosas e possuem tamanha importância para nós, que foram incorporados dentro do rol dos direitos elencados na nossa Constituição de 1988. Tais princípios se mostram presentes na Lei Maior como fundamento da República Federativa do Brasil, que se pretende um Estado Democrático de Direito. A Constituição Federal de 1988, assim denominada “Constituição Cidadã”, estabeleceu em seu artigo 134 que: “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”⁶.

A partir do que foi transcrito no presente artigo, percebe-se que sob este ponto de vista, a Defensoria Pública pode ser entendida como uma ferramenta de efetividade dos direitos. Com o surgimento da nossa Carta Magna, impera uma nova ordem estatal em nosso país concretizando o Estado Social Democrático de Direito. Cabe ressaltar que o constituinte de 1988 atribuiu à Defensoria Pública não somente de prestar a defesa em ações judiciais, mas também mencionou que a atividade inclui a orientação jurídica, compreendendo a orientação e aconselhamento extrajudicial, a celebração de acordos extrajudiciais, elaboração de contratos, por meio de mediação, com objetivo na disseminação do conhecimento jurídico.

Acontece que a atividade exercida pela Defensoria Pública passa de assistência judiciária, a qual era limitada a uma atuação dentro de um processo judicial, para assistência jurídica, possibilitando a resolução de inúmeras demandas sem a necessidade de propositura de ação judicial.

⁴ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Op.Cit.p. 373.

⁵ Dignidade da pessoa humana e cidadania: Princípios fundamentais e essenciais para o acesso à Justiça. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7538.

⁶ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Brasília 2 de out. de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 01 de maio 2020.

No mesmo texto constitucional, há ainda, a expressa menção ao inciso LXXIV, do artigo 5º, prevendo como direito fundamental da pessoa humana a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

À vista disso, a instituição Defensoria Pública é uma das formas de efetivar o direito fundamental à cidadania ao Poder Judiciário e prestação de assistência jurídica, atrelada à realização de um direito com status de fundamental previsto na Constituição de 1988. Ainda, não há como deixar de lembrar que a Defensoria Pública é um serviço público, que obedece aos princípios da administração pública, tais como: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, ora previstos no caput do artigo 37 da Constituição Federal.

3. A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA NA ADMINISTRAÇÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA

Se o entendimento conceitual de segurança pública permeia a garantia que o Estado fornece aos seus cidadãos para conviverem em harmonia, a atuação da defensoria pública na administração da segurança pública possui núcleo central no cumprimento da lei, com vistas às garantias e deveres para ambos os atores da sociedade, quais sejam Estado, cidadãos, população carcerária, operadores do sistema prisional e também a população carente.

Desta forma, no seio de sua tarefa, a defensoria pública deve evitar muitas vezes as prisões abusivas ou ilegais, buscando pelo justo no sistema de justiça criminal, tal como, pelo seu viés *jus postulandi*, o desafogamento do sistema prisional, na luta, inclusive, por mais segurança para os operadores do sistema carcerário e, resultante disso, reduzir a violência e a criminalidade, cooperando para a segurança pública.

4. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA, COMBATE À SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA

Não há um desenho consensual que apresente solução para questionamento da sociedade a respeito da finalidade das audiências de custódia, porém, para tratar dessa temática, é preciso estudar os pontos centrais que envolvem o objetivo da realização do ato.

Torna-se refutável a ideia de senso comum advinda de pesquisas realizadas de que audiência de custódia presta-se apenas pra soltar bandidos e, conseqüentemente, soltá-los para cometerem novos crimes, se propomo-nos a investigar o uso abusivo da prisão e suas conseqüências para o Estado no momento em que aquela pessoa passa a ser tutelada por ele, advinda dessa prisão uma sucessão de atos e gastos custeados pelo Estado, na qual não é meta definida por ele de um indivíduo de sua sociedade seja preso.

Destaca-se que a audiência de custódia é um instrumento processual que estabelece que todo preso em estado de flagrância deverá ser levado à presença de um juiz no prazo de 24 horas, para que seja analisada a necessidade e a legalidade da manutenção da prisão. Segundo expresso a página do Conselho Nacional de Justiça, o Projeto Audiência de Custódia consiste na criação de uma estrutura multidisciplinar nos Tribunais de Justiça que receberá presos em flagrante para uma primeira análise sobre o cabimento e a necessidade de manutenção dessa prisão ou a imposição de medidas alternativas ao cárcere.

O propósito é desse mecanismo é de que o preso em flagrante seja apresentado ao juiz se direito no máximo em 24 horas no qual também por meio dessa audiência se contaria com também com a presença do Ministério Público, da Defensoria Pública ou advogado do preso, com isso ocorre a prevenção ao combate à tortura, visando também à humanização e à garantia de efetivo controle judicial das prisões provisórias.

Conforme relatado pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, na pesquisa realizada pelo site do G1, elaborada no ano de 2015, logo após ser implementado no Brasil, a audiência de custódia evitou a entrada de 8 mil presos em flagrante delito nos presídios, combatendo os males da cultura do encarceramento.

Somente no primeiro semestre do ano de 2014, foram registradas 565 mortes violentas no sistema carcerário brasileiro, segundo os dados mais recentes do Departamento Penitenciário Nacional (Depen). A causa, avaliamos especialistas, seria a superlotação dos presídios. “Com a superlotação exagerada, cresce a tensão entre os membros de facções criminosas e entre os presos e os agentes prisionais”, afirma o presidente da Comissão de Direitos Humanos da seccional maranhense da Ordem dos Advogados do Brasil, Luiz Antônio Pedrosa⁷.

A expectativa é que com o projeto Audiência de Custódia, lançado e difundido nacionalmente pelo presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ministro Ricardo Lewandowski, o quadro endêmico de superlotação das unidades prisionais seja superado, diminuindo a probabilidade de homicídios e suicídios de pessoas sob custódia provisória, contingente de maior incidência entre as mortes verificadas.

A superlotação do sistema prisional brasileiro se deve em parte à enorme quantidade de detentos que ainda não foram julgados – 222 mil pessoas, ou quatro em cada dez presos no país. Em junho de 2014, as unidades destinadas a presos que aguardam julgamento (provisórios)

⁷ Audiência de custódia – CNJ. Disponível em: https://pdfdocumento.com/audiencia-de-custodia-cnj_5a1275ad1723dd8b45354fd5.html. Acesso em: 16 de maio 2020.

apresentavam taxa de ocupação de 192%, o que praticamente equivale a dois presos para uma só vaga. O índice é superior à média nacional, 161%, segundo o Depen⁸.

Iniciado pelo CNJ em fevereiro deste ano, no Tribunal de Justiça de São Paulo, o projeto Audiência de Custódia tem obtido resultados que contribuem para reverter o quadro no estado com a maior população carcerária do país: 219 mil pessoas⁹.

Consoante matéria publicada no site de notícias justificando, em conversas informais com diretores de unidades prisionais do estado, a diretora-executiva do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), Isadora Fingerhann, percebe que a reação deles às primeiras audiências de custódia tem sido “extremamente positiva”. A especialista considera as audiências “a melhor solução para o excesso de presos provisórios dos últimos anos”, pois manter presos os responsáveis por crimes de menor potencial ofensivo é um dos principais fatores para o “caos” do sistema carcerário¹⁰.

Segundo o secretário de Justiça do Espírito Santo, Eugênio Coutinho, já é possível notar uma melhora nas condições de segurança das unidades prisionais capixabas em consequência do número de presos que deixaram de ingressar nas prisões do estado desde o fim de maio, quando o TJ do Espírito Santo aderiu ao programa. Até o dia 5 de julho, 849 presos passaram por audiências de custódia que resultaram em 439 liberações. “Reduzir a superlotação do sistema contribui para maior segurança às unidades e melhora as condições para as atividades de ressocialização e também resulta em economia para o estado”, diz o secretário, que se mostra otimista quanto ao futuro.

“Em médio prazo, acredito que o número de pessoas que deixam o sistema vai se equalizar com a quantidade de presos a quem a Justiça concede liberdade provisória ou relaxamento de flagrante”, afirma. No país, durante o primeiro semestre do ano passado, 155,8 mil pessoas entraram em alguma penitenciária, cadeia pública ou outra unidade prisional do país, enquanto 118,2 mil presos deixaram o sistema¹¹.

Esses dados apontados vale ressaltar que não significa deixar os atos impunes como vertentes vem questionando, todavia essa mudança contribui muito para desinchar o sistema

⁸ Audiências de custódia interferem na superlotação e nas mortes em presídios. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79955-audiencias-de-custodia-interferem-na-superlotacao-e-nas-mortes-em-presidios>. Acesso em: 16 de maio 2020.

⁹ A audiência de custódia. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>. Acesso em: 15 de maio 2020.

¹⁰ Audiências de custódia interferem na superlotação e nas mortes em presídios. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/07/24/audiencias-de-custodia-interferem-na-superlotacao-e-nas-mortes-em-presidios/>. Acesso em 15 de maio 2020.

¹¹ Audiências de custódia interferem na superlotação e nas mortes em presídios. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79955-audiencias-de-custodia-interferem-na-superlotacao-e-nas-mortes-em-presidios>. Acesso em: 15 de maio 2020.

carcerário, o qual na maioria dos casos muito dos presos não são perigosos, nem violentos, não apontando risco a sociedade.

Ocorre que a atuação da Defensoria Pública na administração da Segurança Pública não deve ser feita sozinha, pois sua função também se limita no mister de avocar os litígios dos mais necessitados para si e então defende-os com excelência. A interação com os propósitos dos variados setores em que o planejamento e a estrutura de atuação trilhem o mesmo caminho de todos os órgãos da segurança pública torna-se o viés mais sensato para a fidedigna administração da segurança pública.

5. AÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA EXECUÇÃO PENAL

É consciente a relevância das defesas advindas pela Defensoria Pública no que diz respeito ao cumprimento da legislação e o sustento de uma execução penal correta.

Conforme pesquisas realizadas, pode ser analisado que recentemente representantes do Colégio Nacional de Defensores Públicos-Gerais (Condege) foram recebidos no Ministério da Justiça com o objetivo de discutir a proposta de esforços concentrados que serão realizados em 2018 em todo o país, no sentido de atenderem as demandas dos presos provisórios que aguardam julgamento há mais de seis meses e presos condenados¹².

Com base nos dados do Ministério da Segurança Pública, atualmente, foi apurado que 40% da população carcerária é formada por pessoas que estão presas provisoriamente, isto é, ainda não passaram pelo devido processo legal e não tiveram julgamento. A ideia central funda-se que as ações do programa sejam feitas a partir de informações coletadas dos bancos de dados do Judiciário de cada estado, buscando fornecer aos presos devida assistência jurídica e assim, terem suas penas revisadas. Obviamente, ao desafogar o sistema carcerário, a engrenagem desse sistema também desafoga¹³.

Conforme matéria disponibilizada no site da Defensoria Pública de Rondônia, representantes da instituição se reuniram com o Ministro Extraordinário da Segurança Pública do Brasil, Raul Jungmann, para discutir ações de combate à violência e à criminalidade por meio do Programa de Combate à Superlotação nos Presídios brasileiros. O próprio ministro da Segurança Pública destacou que a relevância dessa atuação da Defensoria Pública não se dá somente no papel do sistema prisional, mas sim na segurança pública como um todo, na qual a prevenção deve ser a

¹² Nota Pública: Colégio Nacional de Defensores Públicos Gerais (CONDEGE). Disponível em: <http://www.dpu.def.br/noticias-defensoria-publica-da-uniao/233-slideshow/41859-nota-publica-colegio-nacional-de-defensores-publicos-gerais-condege>. Acesso em: 17 de maio 2020.

¹³ Com 726 mil presos, Brasil tem terceira maior população carcerária do mundo. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-12/populacao-carceraria-do-brasil-sobe-de-622202-para-726712-pessoas>. Acesso em: 16 de maio 2020.

política a guiar a atuação dos órgãos de segurança pública e não a repressão, devendo-se evitar novos ingressos ao sistema prisional, buscando evitar a violação de direitos humanos¹⁴.

Caber ressaltar que visitas foram realizadas ao Congede do Ministério da Justiça, na intenção dos defensores públicos buscarem implementar medidas para a redução da superlotação no sistema penitenciário do país com atendimento de mutirões ao público de atuação. Trata-se de uma ação que será coordenada por defensor público atuante na área de execução penal e composta de coordenadores-adjuntos, sendo necessário, no mínimo, a participação de um defensor público integrante da Comissão de Execução Penal do Condege, um membro do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN/MJ) e de um defensor público local¹⁵.

A organização dos trabalhos será dividida em quatro etapas: preparação, execução, relatoria e monitoramento.

De acordo com as pesquisas elaboradas, percebeu-se que as Defensorias Públicas dos Estados e da União têm uma atuação eficaz na prestação de assistência jurídica integral e gratuita às pessoas em situações de vulnerabilidades. Com o apoio do Ministério de Justiça, os resultados terão um salto de qualidade, o que será percebido na redução da taxa de aprisionamento. Este novo modelo será um aprimoramento do programa Defensoria Sem Fronteiras, que permitirá a elaboração de sugestões para mudanças estruturais e melhoria do fluxo no sistema prisional¹⁶.

Frisa-se que no ano passado, o Projeto "Defensoria Sem Fronteiras" atuou em mais de 12 mil processos de presos em presídios do Rio Grande do Norte, Manaus, Roraima e Rondônia. Para este ano, a meta do ministro Jungmann é alcançar 50 mil atendimentos, números estes propostos pelos defensores públicos nesta recente visita com base na colheita de dados processuais.

O início do trabalho da Defensoria Pública terá início em junho no Ceará, que atualmente tem a maior taxa de presos provisórios do país – 66%, dando sequência em agosto, quando o mutirão de atendimento será em Goiás e em setembro no estado do Pará¹⁷.

¹⁴ Com Ministro da Segurança Pública, DPE-RO discute Programa de Combate à Superlotação nos Presídios. Disponível em: <http://www.defensoria.ro.def.br/site/index.php/component/content/article/1-ultimas-noticias/1670-2018-04-24-19-47-37>. Acesso em: 16 de maio 2020.

¹⁵ Defensorias de todo o país apresentam plano de ação em presídios ao ministro da Segurança Pública. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=36977>. Acesso em: 15 de maio 2020.

¹⁶ Taxa de aprisionamento aumenta 67% em 10 anos no Brasil. Disponível em: <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,taxa-de-aprisionamento-aumenta-67-em-10-anos-no-brasil,10000028197>. Acesso em: 16 de maio 2020.

¹⁷ Defensorias de todo o país apresentam plano de ação em presídios ao ministro da Segurança Pública. Disponível em: <https://www.defensoria.rn.def.br/noticia/defensorias-de-todo-o-pais-apresentam-plano-de-acao-em-presidios-ao-ministro-da-seguranca>. Acesso em: 15 de maio 2020.

6. DEFENSORIA PÚBLICA NA CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E A CONTRIBUIÇÃO PARA A SEGURANÇA PÚBLICA

O conceito de Política Pública é a ação governamental destinada à concretização de direitos humanos fundamentais e básicos, como direito à saúde, à educação, à assistência social, à moradia digna, à segurança (pública e jurídica), à proteção especial do Estado aos Grupos Sociais Vulneráveis (idosos, crianças e adolescentes, consumidores, mulheres vítimas de violência doméstica ou familiar e outros), à assistência aos desamparados e necessitados não apenas economicamente, mas jurídica e organizacionalmente, ao trabalho, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao patrimônio público, histórico, turístico, cultural, paisagístico e estético, à transparência, moralidade administrativa e legalidade, dentre outros¹⁸.

Vislumbradas as políticas públicas como direitos fundamentais previstos expressamente ou implicitamente na Constituição Federal de 1988, devem ser concretizadas como consequência do dever-poder do Estado no exercício de sua atividade administrativa governamental, sob pena de, não o fazendo, tornar a Constituição de enfeite, um museu de princípios, um mero ideário sem efetivação de suas normas¹⁹.

A Defensoria Pública, como uma das principais Instituições para a concretização das políticas públicas quando da omissão e inércia do órgão responsável pela primeira atitude, caracterizada como Instituição Permanente e Autônoma, na inteligência de suas Leis Orgânicas Nacionais (LC n. 80/94, LC n. 75/93) e Essencial à Justiça, entendida esta não apenas como Poder Judiciário, mas sim como Ordem Jurídica Justa, na proteção do regime democrático, dos interesses sociais, individuais, disponíveis e indisponíveis, de grupos sociais vulneráveis, dos necessitados, a primazia da dignidade da pessoa humana, ou seja, na proteção dos usuários efetivos e potenciais das políticas públicas que devem ser efetivadas compulsoriamente pelos Poderes Públicos, sem margem de discricionariedade quanto ao fazer ou não²⁰.

Desta forma, está a Defensoria Pública incumbida na fiscalização e na concretização das políticas públicas quando da proteção dos “necessitados” do ponto de vista da hipossuficiência organizacional. Lecionando sobre a legitimação da DP e a necessidade de ampliação do conceito de necessidade para a respectiva efetivação do direito fundamental do acesso substancial à justiça.

¹⁸ Defensoria Pública na concretização de políticas públicas: um controle da aparente discricionariedade administrativa governamental. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=14511>. Acesso em: 16 de maio 2020.

¹⁹ A concretização do princípio constitucional da eficiência na administração pública no estado constitucional brasileiro. Disponível em: https://univem.edu.br/servico/aplicativos/mestrado_dir/dissertacoes/A_CONCRETIZA%C3%87%C3%83O_DO_PRINC%C3%8DPIO_CONSTITUCIONAL_DA_EFICI%C3%8ANCIA__1188_pt.pdf. Acesso em 15 de maio 2020.

²⁰ Defensoria pública na concretização de políticas públicas: um controle da aparente discricionariedade administrativa governamental. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11851. Acesso em: 16 de maio 2020.

O reconhecimento da proeminência do papel da Defensoria Pública na concretização da cidadania e na ampliação e aperfeiçoamento do acesso à Justiça tem sido objeto de diversos debates, estando inserido em política institucional do Ministério da Justiça.

A função jurisdicional, cuja distribuição se aperfeiçoa a partir da atuação de diversas instituições, dentre as quais se situa a Defensoria Pública, é dotada de papel de extrema relevância na compreensão e na proposição de soluções voltadas ao aperfeiçoamento das políticas públicas de segurança. Neste contexto, a Defensoria Pública desempenha atribuições dotadas de caráter preventivo, quando atua na resolução judicial e extrajudicial de conflitos, e de caráter corretivo ao seu desincumbir da defesa judicial dos réus pobres em processos criminais, dos presos provisórios e condenados, e dos egressos.

Considerando a importância e a profundidade das questões relacionadas à segurança pública, que exigem maior interação com as ciências administrativas visando a elaboração de estratégias preventivas e repressivas para a ação no combate à criminalidade, foi apurado através do presente trabalho, que o engajamento da Defensoria Pública, juntamente com outros órgãos estatais, na preservação das atribuições que lhe incumbem, é de extrema importância para a efetivação e garantia da execução de direitos fundamentais, da mesma forma que contribui diretamente para o desencarceramento, tendo como reflexo a diminuição do contingente no sistema prisional brasileiro e a redução da violência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível concluir que fortalecer a Defensoria Pública, com a sua estruturação em todas as comarcas do país, como instrumento viabilizador do acesso universal à justiça e à defesa técnica, como forma de aperfeiçoar a prestação jurisdicional, será de extrema importância para o aumento da segurança pública nacional.

A atividade fim da Defensoria como instituição pode contribuir, e muito, para isto, através da afirmação da aplicação destes direitos e de outros legalmente previstos na Constituição Federal, não num viés sozinho, mas apenas como instrumento de interação com os demais órgãos de segurança pública.

O aprisionamento de um indivíduo resulta em várias consequências não só para o detento, como para o próprio Estado, que passa a ter diversas obrigações em relação àquele interno. Na teoria, o custodiado deve receber assistência em todos os aspectos da sua vida. Outro efeito que vale mencionar da falta de segurança dentro dos presídios e a crescente criminalidade que só tende a fortalecer as facções criminosas que atuam de forma escancarada dentro e fora das penitenciárias, é o aumento da insegurança dos atores do sistema prisional.

Assim, com a atuação eficiente das Defensorias Públicas dos Estados e da União na prestação de assistência jurídica integral e gratuita às pessoas em situações de vulnerabilidades farão com que os resultados tenham um salto de qualidade em relação ao que tange à segurança pública, o que será percebido na redução da taxa de aprisionamento, que permitirá drasticamente mudanças estruturais e melhoria do fluxo no sistema prisional, diminuindo consideravelmente a violência e a criminalidade que assola a sociedade e os atores do sistema carcerário, construindo uma sociedade mais fraterna e segura.

REFERÊNCIAS

A Atuação da Defensoria Pública na Execução Penal: A Função Política na Promoção do Acesso à Justiça Social. Disponível em <https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/download/6448/4985>. Acesso em: 02 de maio 2020.

A audiência de custódia. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>. Acesso em: 15 de maio 2018.

A concretização do princípio constitucional da eficiência na administração pública no estado constitucional brasileiro. Disponível em: https://univem.edu.br/servico/aplicativos/mestrado_dir/dissertacoes/A_CONCRETIZA%C3%87%C3%83O_DO_PRINC%C3%8DPIO_CONSTITUCIONAL_DA_EFICI%C3%8ANCIA__1188_pt.pdf. Acesso em: 15 de maio 2020.

Agência Brasil. **Com 726 mil presos, Brasil tem terceira maior população carcerária do mundo.** Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-12/populacao-carceraria-do-brasil-sobe-de-622202-para-726712-pessoas>. Acesso em: 03 de maio 2020.

ASSIS, Araken de. Sobre a distinção entre gratuidade da justiça e justiça gratuita. Benefícios da Gratuidade. **Revista AJURIS** n. 73/175.

Audiência de custódia – CNJ. Disponível em: https://pdfdocumento.com/audiencia-de-custodia-cnj_5a1275ad1723dd8b45354fd5.html. Acesso em: 16 de maio 2020.

Audiência de custódia evitou a entrada de 8 mil nos presídios. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/10/audiencia-de-custodia-evitou-entrada-de-8-mil-nos-presidios-entenda.html>. Acesso em: 15 de maio 2020.

Audiências de custódia interferem na superlotação e nas mortes em presídios. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79955-audiencias-de-custodia-interferem-na-superlotacao-e-nas-mortes-em-presidios>. Acesso em: 16 de maio 2020.

Audiências de custódia interferem na superlotação e nas mortes em presídios. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/07/24/audiencias-de-custodia-interferem-na-superlotacao-e-nas-mortes-em-presidios/>. Acesso em 15 de maio 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2006, p.371.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Brasília 2 de out. de 1988. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 01 de maio 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília 2 de out. de 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 30 de abril 2020.

Com 726 mil presos, Brasil tem terceira maior população carcerária do mundo. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-12/populacao-carceraria-do-brasil-sobe-de-622202-para-726712-pessoas>. Acesso em: 16 de maio 2020.

Com Ministro da Segurança Pública, DPE-RO discute Programa de Combate à Superlotação nos Presídios. Disponível em: <http://www.defensoria.ro.def.br/site/index.php/component/content/article/1-ultimas-noticias/1670-2018-04-24-19-47-37>. Acesso em: 16 de maio 2020.

Congresso em foco. Sistema Prisional - Uma causa da Defensoria Pública. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/opiniaoforum/sistema-prisional-uma-causa-da-defensoria-publica/>. Acesso em: 04 de maio 2020.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 03 de maio 2020.

Defensoria pública na concretização de políticas públicas: um controle da aparente discricionariedade administrativa governamental. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11851. Acesso em: 16 de maio 2020
Defensoria Pública: uma breve história. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14699/defensoria-publica-uma-breve-historia>. Acesso em: 06 de maio 2020.

Defensorias de todo o país apresentam plano de ação em presídios ao ministro da Segurança Pública. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=36977>. Acesso em: 15 de maio 2020.

Dignidade da pessoa humana e cidadania: Princípios fundamentais e essenciais para o acesso à Justiça. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7538. Acesso em: 16 de maio 2020.

JOTA. STF reconhece autonomia da Defensoria Pública. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/por-8-2-stf-reconhece-autonomia-funcional-e-administrativa-da-defensoria-18052016>. Acesso em: 01 de maio 2020.

LEI COMPLEMENTAR Nº 80, DE 12 DE JANEIRO DE 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm. Acesso em: 03 de maio 2020.

Nota Pública: Colégio Nacional de Defensores Públicos Gerais (CONDEGE). Disponível em: <http://www.dpu.def.br/noticias-defensoria-publica-da-uniao/233-slideshow/41859-nota-publica-colegio-nacional-de-defensores-publicos-gerais-condege>. Acesso em: 17 de maio 2020.

Taxa de aprisionamento aumenta 67% em 10 anos no Brasil. Disponível em: <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,taxa-de-aprisionamento-aumenta-67-em-10-anos-no-brasil,10000028197>. Acesso em: 16 de maio 2020.

UMA BREVE ANÁLISE SOBRE A PRESCRIÇÃO E A APLICABILIDADE DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL

Delma Gomes Messias¹
Karina Brasil de Oliveira²

“Tudo, menos a inércia, o mal dos males, o que mais vexa a dignidade humana”³ (Goethe, 1749-1832, p. 134)

RESUMO

O presente artigo demonstrará a aplicabilidade da prescrição baseada na pena virtualmente imposta, instituto de exímia importância para a celeridade dos procedimentos sobre o crivo do judiciário brasileiro, afastando processos inócuos, fadados a extinção da punibilidade, mas, que, no entanto, continua a ser preterido pelo Superior Tribunal de Justiça. O artigo terá como parâmetros os princípios constitucionais da razoabilidade, da proporcionalidade, da razoável duração processual e da dignidade da pessoa humana, demonstrando, portanto, a incoerência do afastamento do instituto. Serão analisados o propósito da pena, com base nas teorias que a circundam, e a objetivação da paz social. Também será realizada uma contextualização histórica do apenamento e do instituto da prescrição, suas atuais facetas no direito penal e sua conceituação, tomando como preceitos obras que abrangem o assunto, tais como, doutrinas, artigos, teses, jurisprudências.

PALAVRAS-CHAVE

prescrição penal. prescrição virtual. extinção da punibilidade. teoria da pena. razoabilidade. proporcionalidade. celeridade. dignidade da pessoa humana

¹ Defensora Pública do Estado de Minas Gerais, professora da Universidade Presidente Antônio Carlos- UNIPAC/ Barbacena- MG, Especialista em Direito Administrativo e Mestre pela Universidade Gama Filho, e-mail: delmamessias@unipac.br.

² Acadêmica do Curso de Direito, pelo Centro universitário Presidente Antônio Carlos- UNIPAC/ Barbacena-MG, e-mail: kbrasil09@hotmail.com.

³ Goethe, Johann Wolfgang von (1749-1832). Fausto. Ed. eletrônica eBookBrasil 2003. Acesso em 20/04/2020, disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000011.pdf>

INTRODUÇÃO

O direito, como ramo das ciências humanas, é um fenômeno que sofre incessantes adaptações para melhor salvaguardar os interesses da sociedade. Contudo, ainda que a realidade, os conceitos e as práticas da coletividade estejam em constante metamorfose, nem sempre o Legislativo e o Judiciário marcham em consonância às inovações, afinal, o Direito tende a surgir após a consolidação dos fatos sociais.

Em contrapartida, o Judiciário brasileiro encontra-se acometido de demasiada mora no que tange aos litígios por ele apreciados. Tal problemática ganha especial respaldo quando analisada pela ótica Constitucional, que objetiva a razoável e célere duração do processo, paradigmas que não são obedecidos devido à excessiva quantidade de processos e desproporcionalidade do número de servidores.

Em relação a esfera penal, prevê o ordenamento jurídico o instituto da prescrição, que se remete a perda executória ou da pretensão punitiva do Estado devido ao considerável lapso temporal decorrido, sem qualquer tutela provida. As modalidades de prescrição se pautam na pena já aplicada pelo juiz ou na pena abstrata máxima que o delito vem a impor. A polêmica, objeto do presente artigo, se alicerça no segundo tipo de prescrição, denominada da prescrição da pretensão punitiva virtual, ou Prescrição Virtual. Tal instituto tende a ser amplamente repudiado pelos tribunais superiores, sobre a alegação inexistência de previsão legal, e que sua aplicação afronta ao princípio constitucional da inocência.

Apesar da tendência de repúdio dos tribunais superiores, o instituto mencionado tem evidente aplicabilidade na prática forense brasileira, e é consideravelmente adotado em primeira instância. Além disso, o mesmo, atende ao primórdio constitucional da razoável duração do processo e da garantia da celeridade da tramitação deste, sendo uma solução viável à atual crise que atola o judiciário, em que a quantidade de processos é inversamente proporcional ao número de servidores e a alocação de recursos se mostra demasiadamente onerosa.

O posicionamento de aversão dos tribunais superiores, no entanto, não é abraçado pelos estudiosos do direito, nem mesmo por magistrados de instâncias inferiores, que defendem a institucionalização de sua aplicação e a inexistência de confronto a inocência do réu. Afinal, a decisão pela prescrição não obsta qualquer embargo a recursos e sua aplicação não gera maus antecedentes ou a reincidência, trata-se de mera declaração de inércia do judiciário ao prestar tutela jurisdicional em tempo hábil.

Lado outro, ao se afastar a aplicação do instituto, processos que têm o provável desfecho da prescrição, e, por conseguinte, nenhum efeito prático, são prolongados, acarretando demasiados

gastos ao Estado, além do sentimento de frustração e de desgaste emocional dos indivíduos a ele atrelados, o que afronta a dignidade humana.

1. O OBJETIVO DA PENA E A SUA RELAÇÃO COM A PRESCRIÇÃO

A pena é a consequência jurídica à ação típica, antijurídica e culpável. Em pormenores, a pena é seqüela do crime, que ocorre quando um indivíduo comete fato previsto no ordenamento jurídico como ilícito, de modo a lesar bem jurídico tutelado alheio, sem qualquer motivo que abone a sua responsabilidade. Ademais, o indivíduo deve ter plena higidez mental a ponto de entender o caráter ilícito da conduta bem como agir conforme tal entendimento.

Neste raciocínio, surge a dubiedade em relação ao porquê da punição, podendo ser aferidas três principais teorias no que tange a finalidade da pena. Na teoria absoluta ou da retribuição, o objetivo da punição é, tão somente, devolver ao indivíduo o mal que este veio a causar a sociedade, sem maior preocupação com sua posterior reintegração ao corpo social, de feição que o direito penal configura uma espécie de vingança estatal para a preservação do sistema jurídico.

Em alternativa, surge a teoria relativa, que visa prevenir de forma geral e especial o crime. De forma geral, visa atingir a coletividade, de sorte que, a pena seja aplicada para demonstrar a necessidade de submissão ao ordenamento jurídico, e ressaltar a consequência do descumprimento legal. De forma especial, o indivíduo infrator é retirado do convívio social, para evitar novos crimes, e com sua sanção passará a refletir sobre o caráter inadequado de suas condutas.

Por fim, a teoria eclética intercomunica as demais teorias, retribuindo ao réu o mal por ele causado e prevenindo novas condutas pela intimidação da sociedade e ressocialização educativa do réu. Tal teoria é a que mais se assemelha ao ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda que exista a justificativa para a pena, a mesma não é absoluta. Prevê o Código Penal Brasileiro, em seu artigo 107, as causas que extinguem sua aplicação, ressaltando que, este rol não é taxativo, de conjectura que, outras circunstâncias podem vir a afastar o poder punitivo do Estado. Dentre as causas enunciadas, destaca-se, para o presente trabalho, a prescrição, que ocorre quando o tempo para a persecução penal se mostra tão delongado, que o Estado perde a legitimidade da punição, ou seja, o processo existe há tanto tempo que não mais se mostra justo ou razoável o apenamento do indivíduo.

Contudo, antes de adentrar nas classificações e particularidades do instituto da prescrição, bem como apresentar e ressaltar a aplicação da mesma baseada na pena em perspectiva virtual, necessário se faz analisar o contexto histórico da ideia de punição e os conceitos predecessores ao atual modelo de prescrição.

2. A EVOLUÇÃO DA IDEIA DE PUNIÇÃO E O ADVENTO DA PRESCRIÇÃO

A ideia de punição se mostra intimamente ligada a ideia de sociedade. Antes mesmo de se existir o direito – com seus desdobramentos de uma legislação uniforme, um processo organizado e um julgamento – já existia o conceito de correção àqueles que fugiam ao padrão social esperado, bem como que de alguma forma prejudicavam aos demais. Entretanto, nas comunidades arcaicas, os castigos tendiam a ser demasiadamente cruéis e desproporcionais. Outrossim, não eram baseados em parâmetros legais, de maneira que o conceito de ilícito era arbitrário, se confundindo, muitas vezes, com a inobservância da tradição.

Outrora, a sociedade mesopotâmica buscou, através do Código de Hamurabi, criar certa segurança jurídica, com uma codificação legal e limitação as punições, instaurando a lei de talião, que pregava a proporcionalidade extremamente literal das ações, com sua máxima “olho por olho dente por dente”.

Posteriormente, a Grécia antiga inovou a concepção de sociedade com suas cidades-Estados e a democracia, servindo de arquétipo para o classicismo romano, sendo oportuno destacar a presença em ambas sociedades da existência de julgamentos de lides e do convencimento racional dos magistrados. No que tange a Roma, não existem dúvidas que seus institutos jurídicos influenciaram demasiadamente o direito moderno ocidental. Neste seguimento, é imprescindível destacar uma das primeiras menções escritas ao instituto da prescrição, foco do presente trabalho. O mesmo encontrava-se presente na “*Lex Julias Adulteriis*”, ano 18 a.C., e limitava o prazo de 5 anos para a persecução penal pública nos crimes de adultério, estupro, lenocínio e incesto.

Com o declínio da sociedade romana, advinda das invasões germânicas, a concepção social foi drasticamente alterada, bem como os comportamentos e a visão do direito ocidental. Séculos depois, com a retomada do comércio e o fortalecimento dos Estados nacionais, novas teorias acerca do direito surgiram, inclusive, para reafirmar a necessidade da submissão do povo perante ao Estado. Neste cenário, surgiram os filósofos contratualistas, dentre os quais se mostra necessário ressaltar Thomas Hobbes, que defendia a necessidade de um estado forte com monopólio bélico e punitivo, como método de contenção social e garantia da “paz social”. Neste período, nada obstante, a ideia de punição, encontrava-se atrelada a tese de vingança do coletiva.

Com Revolução Francesa, o instituto da prescrição ganhou nova perspectiva, contemplando a prescrição da pretensão executória, objeto de polêmicas acerca de sua aplicabilidade em alguns países inclusive hodiernamente.

Ao fim da segunda metade do século XVII, Cesar Beccaria, inovou o conceito de punição, com uma visão humanitária, influenciada pelas noções de igualdade e justiça. Em sua aclamada obra “*Dos Delitos e das Penas*”, Beccaria introduziu não apenas os parâmetros para a punição, mas

também a primordialidade de uma limitação temporal para aplicação da pena, como forma de coibir novas infrações, mantendo, no entanto, o posicionamento de que crimes hediondos deveriam permanecer imprescritíveis para desestimular novos delitos:

Quando o delito é constatado e as provas são certas, é justo conceder ao acusado o tempo e os meios de justificar-se, se lhe for possível; é preciso porém, que esse tempo seja bastante curto para não retardar demais o castigo que deve seguir de perto o crime, se se quiser que o mesmo seja um freio útil contra os celerados (Beccaria, 1738-1794)⁴

Já na legislação brasileira, a prescrição foi apontada pela primeira vez no Código Penal de 1830, que negava sua aplicação, em 1832, com Código de Processo Penal, o instituto passou a ser reconhecido e aceito no contexto jurídico, na modalidade da pretensão punitiva apenas.

Posteriormente, com proclamação da república, a prescrição executória passou a ser admitida, por força do conteúdo Decreto nº 774 de 1980, que previa idênticos prazos para as duas modalidades de prescrição. Neste mesmo ano, o Código Penal da República foi promulgado, mantendo, no entanto, os prazos do anterior decreto. Finalmente, com o Código Penal de 1940, contemporaneamente vigente, o instituto passou a ser considerado forma de extinção da punibilidade. O mesmo sofreu consideráveis reformas e delimitou as modalidades de prescrição, tópicos que serão tratadas nos itens subsequentes.

3. A AÇÃO PENAL, CONCEITO DE PRESCRIÇÃO E SUAS MODALIDADES

Antes de adentrar na seara da prescrição, importante se faz analisar as particularidades atinentes a ação penal, em especial, ressaltar o monopólio do *jus puniendi* pelo Estado, que, em regra geral, veda a autotutela, como forma, inclusive, de manutenção da pacificação social. Conquanto, para evitar uma natureza inquisitorial a sanção é alicerçada pela formação da culpa advinda da persecução penal, que observa o contraditório e a ampla defesa.

Precedente a formação da culpa, tem-se a ação penal que provoca o Estado-juiz e move a máquina estatal, que virá a tutelar os interesses das partes. A ação reveste-se de condições essenciais, quais sejam, a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes que se atrelam ao processo, e o interesse de agir, que se reporta à existência da necessidade da ação, sua real utilidade e adequação ao clamor social. Ocorre, que este terceiro elemento não é vislumbrado quando o processo se prolonga demasiadamente no tempo, afinal, como determina a mais acertada doutrina:

Essa condição da ação assenta-se na premissa de que tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição (função indispensável para manter a paz e a ordem na sociedade),

⁴Beccaria, César (1738-1794). Dos Delitos e das Penas. Ed. eletrônica, ed. Ridendo Castigat Moraes. Acesso em 20/11/2019, disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>

não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil⁵ (Cintra, Grinover, & Dinamarco, 2006, p. 275)

Avaliza a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LXXVIII⁶ (Brasil, 1988), a razoável duração do processo e garantia da celeridade da tramitação deste, em respeito inclusive ao teor de direitos humanos do Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário.

É incólume de dúvidas, que o procedimento penal tende a seguir o rito preestabelecido na legislação. Todavia, ainda que o sistema processual seja criado com o fim precípuo de não ter falhas, as mesmas ocorrem, seja por ação humana, peculiaridades do caso concreto ou fatos alheios à vontade das partes. Perante a falha estatal de promover a tutela jurisdicional em tempo hábil, surge o instituto da prescrição, que retira a possibilidade de punir o indivíduo pela considerada mora judicial.

Neste sentido, a justificativa do instituto se repousa sobre elementos de cunho psicológico sociais e de direito. No que tange a figura do infrator, o inexorável curso do tempo surte demasiados efeitos. Partindo do pressuposto do amadurecimento do indivíduo, o nexó psicológico do delito é diluído pelo tempo, para mais, a expectativa da punição faz com que o autor analise os desdobramentos ação, e se, no decorrer do processo o mesmo não voltar a delinquir, isso é um forte indicativo que a simples persecução penal foi capaz de reintegrá-lo a sociedade, e afastar o comportamento deturpado. Insistir na punibilidade, neste cenário, seria infundado, e mais se assemelharia a uma vingança estatal. De igual maneira já se posicionou o ilustre autor argentino Raul Zaffaroni:

o fundamento da prescrição está em que “o homem que está diante do tribunal não é o mesmo que cometeu o fato” (Schultz), assim como o homem que se encontra frente ao órgão de execução não é o mesmo que foi sentenciado. Se a ressocialização produz-se espontaneamente, sem intervenção da coerção penal, esta carece de sentido⁷ (ZAFFARONI, 1999, p. 752)

Do ponto de vista do direito, o Estado deveria operacionalizar seus recursos sobre a égide de cumprir sua função punitiva em tempo hábil. A inobservância dos prazos demonstra o desinteresse da ação estatal e retira a razoabilidade da pena. Ademais, o elástico lapso temporal requer excessivos recursos, dentre os quais destacam-se o tempo, os esforços dos serventuários da justiça, e as próprias custas de manutenção do processo. Do ponto de vista processual, a delonga faz

⁵ Cintra, Antônio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrine & Dinamarco, Cândido Rangel, Teoria Geral do Processo, 22ª ed., São Paulo/SP, Malheiros Editores LTDA, 2006.

⁶ Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF.pdf>, acesso em 30 de janeiro de 2020;

⁷ Zaffaroni, Eugenio Raul; Pierangeli, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

sumir vestígios, tira a força das provas e nubla a memória das testemunhas, afastando a recapitulação dos fatos da verdade real.

Igualmente, é implausível delongar o processo indeterminadamente, visto que o ordenamento jurídico brasileiro repudia penas de caráter perpétuo. Esperar indistintamente uma pena e, conseqüentemente, lidar com a estigma e inquietação que a expectativa da pena infligem, se mostra uma afronta a dignidade humana do acusado, além de criar um aspecto de definitivo no processo.

Em síntese, como bem ilustra Fernando Capez as finalidades da prescrição “são os seguintes: a) inconveniência da aplicação da pena muito tempo após a prática da infração penal; b) combate à ineficiência: o Estado deve ser compelido a agir dentro de prazos determinados”⁸ (Capez, 2011, p.615).

Observa-se que alguns crimes não padecem da prescrição, sendo considerados crimes imprescritíveis os crimes de racismo, conforme artigo 5º, inciso XLII, e as ações de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático de direito, na acepção do artigo 5º, inciso XLIV ambos da Constituição Federal de 1988.⁹

Neste ínterim, imprescindível se faz, destacar as modalidades de prescrição adotadas no Direito Penal brasileiro, que se dividem pelo momento processual e anseio estatal naquele momento. Antes da sentença condenatória, transitada em julgado, a prescrição se regula pela pretensão punitiva, ou seja, o intuito do Estado realizar a persecução penal a ponto de aclarar os fatos que ora vieram a mover o judiciário, através da denúncia ou queixa, impondo, se for o caso, uma pena. Já a prescrição executória é posterior a pena definitiva e institui o prazo em que o estado deve dar cumprimento à pena por ele imposta.

A prescrição da pretensão punitiva se subdivide ainda em algumas categorias, quais sejam, a pretensão punitiva em abstrato, retroativa e intercorrente ou superveniente a sentença condenatória. Para todas as categorias, essencial se faz tomar como parâmetro os prazos previstos no artigo 109 do Código Penal, visto que limitam os termos prescricionais das penas privativas de liberdade.

A prescrição da pena em abstrato vem delimitada no *caput* do artigo 109 do Código Penal¹⁰, observando a pena máxima que o delito vem a impor como paradigma, visto que, o reconhecimento deste instituto antecede a sentença. Importa sobrelevar que a contagem temporal observa causas suspensivas e interruptivas como, questões prejudiciais apartadas, recebimento da

⁸ Capez, Fernando Curso de direito penal, volume 1, parte geral, 15. Ed., São Paulo: Saraiva, 2010

⁹ Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF.pdf>, acesso em 30 de janeiro de 2020;

¹⁰ Brasil, Decreto-lei, n 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, acesso em 15 de março de 2020

denúncia ou a decisão de pronúncia. Insta notabilizar que o “pacote anticrimes”, Lei 13.964/19¹¹ aumentou o rol de causas impeditivas da contagem de prazo prescricional, incluindo os recursos inadmissíveis, meramente protelatórios e o acordo de não persecução penal.

Via de regra, a contagem se inicia com a consumação do delito ou último ato executório no caso de tentativa, sob outra perspectiva as exceções contemplam: a cessação do crime nos casos de crimes permanentes; do conhecimento da ilegalidade pelas autoridades, nos crimes de bigamia, ou falsificação documental; ou da data em que a vítima de violência sexual contra menores completa 18 anos.

Outrossim, ao declarar a sentença condenatória e constituir o *jus puniendi*, novo prazo prescricional é estabelecido, observando novamente às delimitações do artigo 109 do Código Penal, o que enseja as outras duas modalidades prescritivas. A prescrição intercorrente, subsequente ou superveniente, prevista no artigo 110, §1º do Código Penal observa como marco inicial a sentença proferida pelo juízo de primeiro grau, que não foi recorrida ou teve recurso da acusação improvido de modo que já se encontra transitada em julgado para acusação, mas que se encontra em fase de recurso pela defesa. Se o prazo entre a sentença e os recursos atingir o lapso temporal suficiente para a extinção da punibilidade da sentença de primeiro grau a pretensão punitiva do estado também encontrar-se-á extinta, sem, contudo, impedir o prosseguimento do recurso, inclusive em respeito ao princípio do *non reformatio in pejus*, que impede a majoração da pena em recursos exclusivos do réu.

Noutro giro, vislumbra-se, de forma exclusiva na legislação brasileira, a figura da prescrição retroativa, presente na súmula 146 do STF¹², que também observa a pena proferida em primeira instância, o princípio do *non reformatio in pejus*, e o trânsito em julgado para a acusação, dispondo que, se o trâmite processual, antes da incidência da sentença se delongou de forma a atingir os prazos do artigo 109, com base na quantidade de pena imposta pelo magistrado, a punibilidade do acusado já se encontra extinta, sem prejuízo da análise do teor recurso pela instância recorrida.

4. A PRESCRIÇÃO BASEADA NA PENA ABSTRATAMENTE IMPOSTA

Como já foi determinado, o judiciário brasileiro encontra-se sobrecarregado, de forma que a quantidade de processos existentes não se mostra proporcional ao número de servidores, o que

¹¹Brasil, Lei nº 13.964, de 24 de dezembro 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm, acesso em 30 de abril de 2020

¹² Brasil, Supremo Tribunal Federal, Súmula nº 146 do STF, “A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=146.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=base Sumulas>, acesso em 30 de janeiro de 2020

acarreta demasiada mora do poder judiciário em solucionar conflitos e a frustração das partes envolvidas no processo.

Neste cenário, surge o instituto da prescrição virtual, que evita a persecução de processos inócuos, ou seja, aqueles processos que ensejarão a extinção da punibilidade do acusado, por uma previsão processual, tomando como parâmetros as circunstâncias do caso concreto que foram apuradas durante a investigação e apontadas na denúncia ministerial, ou queixa-crime, as condições pessoais do acusado, e praxe forense, e, como incitação, a economia processual e a ausência de interesse estatal em promover o processo em tempo hábil. Evitando, assim, que todo o trâmite processual ocorra, para que, no momento da sentença, o magistrado reconheça a prescrição já antevista.

No entanto, tal instituto, não é acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça, como é perceptível pelo conteúdo da súmula nº438 “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independente da existência ou sorte do processo penal”.¹³

Inobstante, carece de razoabilidade e proporcionalidade abdicar tal instituto, uma vez que, não é lógico prolongar um processo em que ao final terá sua punibilidade extinta. Seria protelar o inevitável. Em contrapartida, a continuidade de um processo que em seu desfecho estará prescrito gera gastos absurdos e desnecessários ao Estado, o que contraria o princípio da economia processual, que busca trazer a menor onerosidade do processo tanto para as partes, quanto para o Estado. Do ponto de vista fático analítico, submeter indivíduos a um procedimento que não gerará nenhum efeito prático é uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana. Como bem afirma Ada Pellegrine Grinover, *ad litteram*:

O processo criminal representa, por si só, um dos maiores dramas para a pessoa humana: exige um sacrifício ingente dos direitos da personalidade, espoliando o indivíduo da intimidade e, frequentemente, da dignidade mesma (GRINOVER, 2007, p. 185)¹⁴

Este posicionamento, contrário ao instituto, não é abraçado pelos estudiosos do direito, tampouco por magistrados de instâncias inferiores, que defendem a institucionalização de sua aplicação e a inexistência de confronto a inocência do réu, tomando como principal pressuposto a realidade forense. Afinal, a decisão pela prescrição não obsta qualquer embaraço a recursos e sua aplicação não gera maus antecedentes ou a reincidência, trata-se de mera declaração de inércia do judiciário ao prestar tutela jurisdicional em tempo hábil.

¹³Brasil. Supremo Tribunal Federal. Súmula, nº 438 do STJ, Disponível em:< <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>, acesso em 28 de janeiro de 2020.

¹⁴ Grinover, Ada Pellegrini. As condições da ação penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, nº 69, nov./dez./2007.

Em contrapartida, ao se afastar a aplicação do instituto, processos que tem o provável desfecho da prescrição, e, portanto, nenhum efeito prático, são prolongados, acarretando demasiados gastos ao Estado, além do sentimento de frustração e de desgaste emocional dos indivíduos a ele atrelados, que passam a aguardar o fim processo como uma espada de Dêmocles, prestes a recair sobre eles, sendo que a prescrição já é certa.

Findando sua obra Curso de Direito Penal 1 Parte Geral, o ilustre doutrinador Fernando Capez, deixa bem evidente o questionamento que tange a impossibilidade de aplicação do instituto:

Nesses moldes, o sobredito instituto nada mais consiste do que o reconhecimento da prescrição, com base na provável pena mínima, que será fixada pelo juiz. Para que movimentar toda a máquina do Estado, se lá na frente, na sentença, será reconhecida a prescrição retroativa nesse período que antecede o recebimento da denúncia ou queixa? (CAPEZ, 2011, p. 630) (destaque próprio).¹⁵

Ao aplicar a pena, o magistrado parte do patamar da pena mínima do delito, que só será majorada quando as peculiaridades do crime (*modus operandi* do autor, motivos ou consequências do delito), a tendência delitiva do agente (personalidade deturpada, culpabilidade, maus antecedentes) ou qualificadoras do delito, previstos na legislação penal e especial, demonstrarem a imprescindibilidade do aumento de pena para reprovar o delito e prevenir futuras infrações. Em segundo momento, a pena provisória é tomada com base nas circunstâncias agravantes e atenuantes da legislação penal e, por fim, são observadas as majorantes e minorantes legais. Conclui-se, portanto, que a aplicação da pena máxima é a exceção não a regra.

De forma clara e objetiva, os doutrinadores André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves exemplificam uma conjectura em que a prescrição, baseada na pena perspectiva ou virtual, poderia ser aplicada afastando o trabalho improdutivo do judiciário, ao ser considerado o provável desfecho prescricional, se o processo seguir sua marcha completa:

Suponha-se que uma pessoa tenha sido indiciada em inquérito policial por crime de periclitacão da vida (art. 132 do CP), cuja pena é detença de 3 meses a 1 ano. Assim, o crime prescreve, pela pena em abstrato, em 4 anos. O promotor de justiça, entretanto, ao receber o inquérito policial, mais de 3 anos após a consumaçao do crime, percebe que o acusado é primário e que o crime não se revestiu de especial gravidade, de forma que o juiz, ao prolatar a sentença, certamente não irá aplicar a pena máxima de 1 ano. Dessa forma, considerando que a pena fixada na sentença será inferior a 1 ano, inevitável, em caso de condenaçao, o reconhecimento da prescricao retroativa, pois, pela pena a ser fixada, a prescricao teria ocorrido após 3 anos.¹⁶ (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012, p. 558)

¹⁵ Capez, Fernando Curso de direito penal, volume 1, parte geral, 15. Ed., São Paulo: Saraiva, 2011

¹⁶ Estefam, André e Gonçalves, Victor Eduardo Rios, Direito penal esquematizado: parte geral, São Paulo/SP, Saraiva, 2012

Sem embargo, ainda que demonstrada funcionalidade do instituto, o mesmo não é completamente abraçado, sendo afastado nas instâncias superiores com fulcro na inexistência de previsão legal, desrespeito ao princípio do devido processo legal, distanciamento do princípio da inocência e o princípio da obrigatoriedade de agir Ministerial, hipóteses essas que o presente projeto visa afastar, baseando-se na hermenêutica legal, nos princípios da dignidade da pessoa humana, da celeridade, da razoabilidade, da proporcionalidade, do interesse de agir e da economia processual. No mesmo sentido, coaduna o ilustre doutrinador Rogério Greco:

Entendemos que a posição, com a devida *venia*, é equivocada. Isso porque, para que um a ação tenha início, ou mesmo para que possa caminhar até seu final julgamento, é preciso que se encontrem presentes as chamadas condições para o regular exercício do direito de ação, vale dizer: a) legitimidade; b) interesse; c) possibilidade jurídica do pedido; e d) justa causa.¹⁷ (GRECO, 2015, p 835)

Colaciona-se que os preceitos do art. 59 do Código Penal¹⁸ norteiam o magistrado para antever a pena com segurança, destarte, não há de se falar em afronta a inocência do réu, uma vez que, a sentença baseada na pena a ser cominada não gera maus antecedentes ou reincidência, afinal, é uma declaração do estado da perda de sua pretensão punitiva e desinteresse na ação penal. Lado outro, ao afirmar que a prescrição só pode ser aferida pela pena máxima que o delito vem a impor é afastado o princípio constitucional da individualização das penas, previsto no artigo 5º, inciso XLVI¹⁹ da Constituição Federal de 1988.

Nesta acepção, os processos penais, bem como a obrigatoriedade do Ministério Público, encontram-se vinculados ao interesse de agir, à providência jurisdicional adequada e à instrumentalidade do processo, de modo que, inexistente razão, sequer utilidade, prosseguir em uma ação sem resultados reais ao autor e a coletividade, o que é afronta ao fim precipuamente público da ação penal. Nesta perspectiva, não há interesse de agir se não existe pretensão adequada, ou seja, pedido idôneo a provocar a máquina do judiciário. Desta forma:

O interesse de agir está jungido à utilidade do provimento jurisdicional pleiteado. Destarte, se a prestação jurisdicional mostra-se, de antemão, inútil, exsurge daí o desaparecimento do interesse de agir, o que justifica o trancamento da ação penal em curso ou mesmo o não recebimento de denúncia oferecida. Em outras palavras: ausente o interesse de agir, inexistente pretensão digna de ser julgada. Para os defensores dessa corrente, se o Juiz constatar, no caso concreto, que à vista das circunstâncias do fato e das condições pessoais do réu – especialmente sua primariedade e bons antecedentes – a pena, no caso de condenação, seria atingida pela prescrição, pode reconhecer o desaparecimento do interesse de agir do Estado

¹⁷ Greco, Rogério, Curso de Direito Penal, 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015

¹⁸ Brasil, Decreto-lei, n 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, acesso em 15 de março de 2020

¹⁹ Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF.pdf>, acesso em 30 de janeiro de 2020;

e, por consequência, declarar extinta a punibilidade do réu pelo reconhecimento antecipado da prescrição retroativa²⁰ (Palotti Junior, 1994, p. 304)

Sob outra ótica, ainda que aplicação do instituto não esteja peremptoriamente previsto na legislação vigente, o objetivo da justiça não é seguir paulatinamente e de forma inconsistente formalismos; é buscar por via lógica e perspicaz a melhor tutela possível, que garantirá as partes segurança jurídica e sua dignidade. A visão da lei como algo mecânico desvirtua razão de ser da mesma, seu objetivo é a pacificação social e reintegração social do acusado. O apego excessivo ao formalismo contribui para a morosidade da justiça, sobrecarrega a máquina estatal e dispende recursos em ações fadadas a extinção, sendo que estes poderiam ocupar-se a processos viáveis. Aprisionando o interprete da lei a uma visão positivista do processo, em detrimento a uma percepção humanística.

No que tange a esfera cível, o julgamento que entende pela prescrição penal, não configura título executivo judicial, visto que não analisa o mérito da causa, também não discute sobre a culpabilidade do réu e seu nexos causal com o resultado. Contudo, se for do interesse do ofendido uma indenização, nada obsta a propositura de ação cível, visto que o objetivo do entendimento da prescrição afasta somente a incidência da esfera penal e suas penas privativas de liberdade.

Por conseguinte, ao evitar a pena tardia, indivíduos que a princípio não tem uma personalidade deturpada, em termos legais, não serão apartados do convívio social, por pena relativa a fato que há muito ocorreu e não mais diz respeito às suas respectivas realidades. Afinal, o aprisionamento é medida de *ultima ratio* do Estado e só deverá ser aplicada para acautelar o seu fim de ressocialização e retribuição, elementos que se abdicam à pena tardia aplicada em virtude da mora estatal.

CONCLUSÃO

O principal objetivo da monopolização do *jus puniendi* pelo Estado é a garantia de uma pacificação social, que se exprime através da sanção penal, almejando a retribuição da conduta ilegal e a prevenção, afastando assim, a incidência de novos crimes. Não obstante, a pena não é a única forma de fazê-lo, o curso do tempo pode afastar as consequências do delito, diluindo o nexos delitivo do agente e esmaecendo o clamor social. Nesta perspectiva, a não reincidência é um forte indício do cumprimento dos objetivos da pena, sem que a mesma venha a ser aplicada.

Em contrapartida, o Estado-juiz, deve aplicar a punição enquanto essa se mostra necessária, afinal fazê-lo após exacerbado lapso temporal, quando as circunstâncias do caso concreto apontam para a pacificação social, nada mais seria que uma vingança estatal desproporcional. Nesta continuidade, se o processo não tramitou em tempo hábil, se mostra

²⁰ Palotti Junior, Osvaldo Considerações sobre a prescrição retroativa antecipada. Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 83, v. 709, nov./1994

evidente o desinteresse de agir, isto posto, a aplicação de uma pena não se mostra necessária, útil, tampouco adequada para obtenção do apaziguamento social.

Ocorre, que o judiciário brasileiro se encontra acometido da seguinte problemática, a quantidade de litígios em trâmite é demasiadamente desproporcional ao número de servidores, ao tempo disponível, e aos recursos empregados. Neste cenário, o reconhecimento da prescrição baseada na pena virtualmente imposta se mostra alternativa viável a essa disfunção, visto que processos inócuos, que estão destinados a extinção da punibilidade, podem ser reconhecidos antecipadamente, evitando assim o dispêndio dos recursos, amenizando o receio das partes envolvidas no processo, e respeitando o princípio da tutela judicial em tempo hábil. Todavia, o instituto continuar por ser rechaçado nas instâncias superiores.

Sem embargo, os argumentos trazidos para afastar a incidência do instituto não merecem prosperar, o reconhecimento do instituto não traz prejuízos ao réu, nem mesmo afronta sua inocência visto que não há julgamento de mérito, apenas reconhecimento da mora estatal. No que tange ao teor de obrigatoriedade da ação, a mora demonstra o desinteresse de agir e, portanto, desnatura as elementares ação.

Já o argumento da inexistência de previsão legal configura um extremado apego ao formalismo o que contribui para a morosidade da justiça. Não subsistem dúvidas que certa burocracia, é intrínseca ao Direito e promove certa uniformização da prestação de tutelas. Contudo, quando a observância restrita da lei, esbarra no direito humano e na dignidade das pessoas envolvidas, uma ponderação se torna imperiosa. Neste caso, a balança deve pesar para solução que menos causará prejuízos e esta solução é o reconhecimento da prescrição virtual, afinal tocar um processo que já deveria estar extinto é um desserviço, escassos recursos são empregados para imperceptíveis efeitos, o que desprestigia atuação do judiciário e, mais importante, fere a dignidade da pessoa humana daqueles atrelados ao processo.

A insistência do STJ em repelir a prescrição virtual torna os processos que poderiam se beneficiar da mesma, uma verdadeira analogia ao mito de Sísifo; o mortal com eterno castigo de empurrar uma pedra para o alto da colina tártaro, para ver seu trabalho perdido ao fim do dia, visto que, a pedra retornava a sua origem ao alcançar o cume. Afinal, recursos humanos e materiais são empregados na prática forense, sem, no entanto, provirem qualquer resultado prático.

Uma persecução penal leviana traz o Estado caótico de Hobbes, mas uma persecução penal exacerbada, mais se assemelha a uma caça às bruxas.

REFERÊNCIAS

BALTAZAR, Antônio Lopes, **Prescrição Penal**, 1 ed., São Paulo/SP: Editora Edipro, 2003.

BECCARIA, César (1738-1794). **Dos Delitos e das Penas**. Ed. eletrônica, ed. Ridendo Castigat Moraes. Acesso em 20/11/2019, disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF.pdf>, acesso em 30 de janeiro de 2020.

BRASIL, **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm, acesso em 20 de abril de 2020.

BRASIL, **Decreto-lei, nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**, Código Penal, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, acesso em 15 de março de 2020.

BRASIL, **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm, acesso em 30 de abril de 2020

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21 ed. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2014

CASTRO, Flávia Lages, **História do Direito, Geral e do Brasil**, 8ª ed., Rio de Janeiro/RJ, Editora Lumen Juris, 2003

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrine & Dinamarco, Cândido Rangel, **Teoria Geral do Processo**, 22ª ed., São Paulo/SP, Malheiros Editores LTDA, 2006.

ESTEFAM, André e Gonçalves, Victor Eduardo Rios, **Direito penal esquematizado: parte geral**, São Paulo/SP, Saraiva, 2012

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 37 ed., Petrópolis/RJ, Vozes, 1997.

GOETHE, Johann Wolfgang von (1749-1832). **Fausto**. Ed. eletrônica eBookBrasil 2003, disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000011.pdf> Acesso em <20 de abril 2020>

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As condições da ação penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, nº 69, nov./dez./2007

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**, 17 ed. Rio de Janeiro/RJ, Impetus, 2015.

IHERING, Rudolf Von, 1818-1892, **A Luta pelo Direito**, São Paulo/SP Martin Claret.

JESUS, Damásio de, **Direito penal**, volume 1: parte geral. 32. ed. — São Paulo/SP: Saraiva, 2011

MANOEL, Rolim Campbell Penna. **Sobre a Possibilidade do Reconhecimento Antecipado da Prescrição Retroativa no Direito Penal Brasileiro**. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/lpbin22/lpext.dll/FolRevistas/Revista/revs.nfo.ab.0.0.0/revs.nfo.ac.0.0.0/revs.nfo.b4.0.0.0?fn=document-frame-nosy%E2%80%A6> Acesso em <01 de novembro de 2019.

NADER Paulo, **Introdução ao estudo do direito**, 23 ed, Rio de Janeiro/RJ Forense, 2003.

PALOTTI Junior, **Oswaldo Considerações sobre a prescrição retroativa antecipada**. Revista dos Tribunais. São Paulo/SP, ano 83, v. 709, nov./1994

ROMÃO, César Eduardo Lavoura, **Prescrição Virtual: uma Realidade no Direito Penal Brasileiro (Estudo sobre o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa e o interesse de agir no direito pátrio)**, disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8743/1/Cesar%20Eduardo%20Lavoura%20Romao.pdf>, Acesso em <13 de abril 2020>.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**, Rio de Janeiro/RJ: Renovar, 2006.

WEFFORT, Francisco C., **Os clássicos da política**, 14ª.ed. São Paulo/SP, Ática, 2011,.

WOLKMET, Antônio Carlos, **Fundamentos de História de Direito**, 3^a. Ed., 2.tir. ver. e ampl.- Belo Horizonte/MG, Del Rey, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

A INSTRUMENTALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL: DA IDEOLOGIA À INSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROJETO POLÍTICO DA OPERAÇÃO LAVA-JATO

Caio Lavorati da Siva¹

RESUMO

A Operação Lava-Jato surgiu para a população em meados de 2014 como um alento no suposto combate à corrupção. Com o tempo, foram ficando cada vez mais expostas suas contradições e as ações suspeitas dos agentes do Estado envolvidos na operação. O Código de Processo Penal tornou-se irrelevante pelos operadores do Direito, sendo figura meramente ilustrativa na condução dos casos. Afinal, estavam visando combater a corrupção ou havia, desde o início, um projeto político de poder que enfraqueceu a economia nacional e fortaleceu, conscientemente ou não, a ascensão do discurso fascista no Brasil? O presente trabalho trará algumas reflexões para elucidar melhor o tema e trazer informações talvez até então ignoradas pelo leitor.

PALAVRAS CHAVE

Processo Penal, Criminologia, Ideologia, Institucionalização, Política, Economia.

INTRODUÇÃO

Diante do atual cenário social, faz-se de suma importância um debate estrutural sobre a ascensão do discurso e das práticas expansionistas do Direito Penal, suas causas, efeitos e consequências políticas e econômicas. Não apenas no que diz respeito aos crimes comuns os quais a sociedade observa no dia a dia, mas também, faz-se necessário observar o fenômeno crescente da criminalização da política dentro do imaginário popular e até mesmo nas ações das instituições burguesas. A partir de uma breve reflexão, torna-se evidente que houve, institucionalmente, uma judicialização da política. Abordaremos principalmente uma forma específica pela qual um determinado setor do judiciário agiu para exemplificar como a função institucional pode ser apropriada politicamente por agentes do Estado. Cabe salientar o fato de que, circunstancialmente, em tempos de medo, o povo busca refúgio justamente no covil daquele que ameaça sua segurança.

¹ Acadêmico do curso de Direito da Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre.

Há uma relação constante entre o discurso que ascende e as práticas judiciais que ganharam repercussão oportuna da grande mídia. Portanto, o trabalho consiste não em apenas analisar a questão ideológica, mas também sua aplicabilidade prática diante do cenário institucional.

Mais especificamente, podemos falar da Operação Lava-Jato como um mecanismo de promoção dos interesses políticos e econômicos de seus agentes através da instrumentalização do processo penal. O que fica nítido é a hipocrisia daqueles que se lançaram como moralizadores do país e nada mais eram do que sujeitos de interesses de classe que corromperam a justiça em um dos maiores escândalos jurídicos da história da humanidade.

1. DA IDEOLOGIA

Para que possamos compreender através de uma abordagem criteriosa a categoria *ideologia* tratada aqui, utilizamos a metodologia do materialismo-histórico-dialético. Não nos referimos à ideologia apenas como um conjunto de pensamentos que compõem a formação do imaginário social de determinada sociedade e época, mas como um elemento da superestrutura voltado à manutenção das relações que condicionam uma determinada configuração social. Na sociedade que é objeto de estudo do presente trabalho, a ideologia é distribuída se impondo através de diversos mecanismos, tais como o meio acadêmico, a religião, os meios de comunicação, a cultura e tem com o Direito uma constante interação dialética.

A partir da contribuição de István Mészáros sobre o estudo da ideologia em atuação na sociedade de classes, podemos elucidar que a ideologia “não é ilusão nem superstição religiosa de indivíduos mal-orientados, mas uma forma específica de consciência social, materialmente ancorada e sustentada”². O autor então expõe que a forma de existir desta categoria “como tal, é insuperável nas sociedades de classe”³. Em sua exposição, Mészáros demonstra como a luta de classes é o fator fundamental no condicionamento da atuação institucional e na estruturação da dominação ideológica. Dominação essa que atua, independente das intenções subjetivas, para manter as vigentes relações econômicas e sociais do modo de produção capitalista. Sobre o interesse de classe em disputa e o poder destrutivo que a ideologia pode impor, István Mészáros expõe a necessidade de não deixar com que o fenômeno da formação ideológica de massas siga o curso determinado por aqueles que dominam-no sem que haja a devida contestação:

É compreensível que o conflito mais fundamental na arena social diga respeito à própria estrutura social que proporciona o quadro regulador das práticas produtivas e distributivas de qualquer sociedade específica. Exatamente por ser tão fundamental é que esse conflito não pode ser simplesmente deixado à mercê do mecanismo cego de colisões inadmissivelmente dissipadoras e potencialmente letais. (MÉSZÁROS, István. O Poder da Ideologia. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 23).

² MÉSZÁROS, István. O Poder da Ideologia. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 22.

³ MÉSZÁROS, István. O Poder da Ideologia. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 22.

Em uma sociedade na qual há classes com interesses antagônicos e na qual há uma classe dominante, esta última utilizará todas as ferramentas disponíveis para manter a classe explorada estagnada em sua condição de submissa. A ideologia faz com que explorados defendam exploradores, faz com que indivíduos defendam os alzozes de seus próprios grupos sociais vulneráveis, faz com que os mais prejudicados defendam a própria condição de explorados. Neste sentido, vejamos a visão crítica que Karl Marx e Friedrich Engels explanam sobre ideologia:

A ideologia é, assim, uma consciência equivocada, falsa, da realidade. Desde logo, porque os ideólogos acreditam que as ideias modelam a vida material, concreta, dos homens, quando se dá o contrário: de maneira mistificada, fantasmagórica, enviesada, as ideologias expressam situações e interesses radicados nas relações materiais, de caráter econômico, que os homens, agrupados em classes sociais, estabelecem entre si. Não são, portanto, a ideia Absoluta, o Espírito, a Consciência Crítica, os conceitos de Liberdade e Justiça, que movem e transformam as sociedades. Os fatores dinâmicos das transformações sociais devem ser buscados no desenvolvimento das forças produtivas e nas relações que os homens são compelidos a estabelecer entre si ao empregar as forças produtivas por eles acumuladas a fim de satisfazer suas necessidades materiais. (MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. A ideologia Alemã. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 21).

Na linha aqui exposta, podemos dizer que a ideologia enquanto mecanismo de manipulação é uma falsificação da própria condição material sobre a vida daqueles os quais a imposição ideológica atua. A ideologia dominante possui capacidade de formar o senso comum, impondo como naturais ideias artificiais formadas a partir do interesse de classe, qual seja, principalmente, a expansão do capital.

Se estamos falando da ideologia e sua participação na instrumentalização de um projeto político por parte de operadores do Direito e do processo penal, precisamos estudar também especificamente a forma como se postula a questão da ideologia a partir dos estudos da Criminologia Crítica. Alessandro Baratta, enquanto faz críticas contundentes às escolas criminológicas positivista e liberal clássica, percebe que, apesar das aparentes diferenças, "em ambos os casos nos encontramos, salvo exceções, em presença da afirmação de uma ideologia da defesa social"⁴. Baratta expõe que a ideologia da defesa social, nascida junto à revolução burguesa, se impõe "como elemento essencial do sistema jurídico burguês"⁵ e assume "o predomínio ideológico dentro do específico setor penal"⁶.

Em consonância com as outras formas nas quais a ideologia dominante se apresenta, a ideologia da defesa social "passou a fazer parte [...] da filosofia dominante na ciência jurídica e das opiniões comuns, não só dos representantes do aparato penal penitenciário, mas também do homem de rua"⁷. Para assegurar a hegemonia do pensamento social, se faz necessário também que a ideia defendida gere algum senso de pertencimento ao indivíduo que expõe o posicionamento

⁴ BARATTA, Alessandro, Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p.24

⁵ BARATTA, Alessandro, Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p.24

⁶ BARATTA, Alessandro, Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p.24

⁷ BARATTA, Alessandro, Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p.42

hegemônico e que haja uma aceitação por parte da sociedade que motive os sujeitos a seguirem defendendo determinadas teorias mesmo sem conhecê-las de fato. As ideias defendidas pela ideologia da defesa social são, muitas vezes, aceitas de forma acrítica e "seu uso é acompanhado de uma irrefletida sensação de militar do lado justo, contra mitos e concepções mistificantes e superados, a favor de uma ciência e de uma práxis penal racional"⁸.

Em suma, podemos auferir que uma ideologia se torna hegemônica não apenas por ser a que melhor atende aos interesses da classe dominante, mas por existir um condicionamento material que possibilita concretamente a produção e a promoção dessa determinada forma de agir e pensar. Será abordada aqui a forma como operadores do Direito utilizaram de suas posições no Estado para enganar a população e impor um projeto de poder disfarçado de combate à corrupção.

2. DA INSTITUCIONALIZAÇÃO

A aplicação do direito, que é realizada através do aparato estatal, o qual possui "o monopólio do uso legítimo da força física dentro de um determinado território"⁹, possui uma dinâmica de aplicação de tal violência que segue critérios normalmente excludentes. Em geral, excluem-se do rigor da lei aqueles que possuem maiores privilégios sociais e excluem-se das benesses da lei aqueles os quais são mais vulneráveis. Em síntese, o Estado é a assunção de uma forma institucional por parte de uma classe dominante que serve para exercer através da violência legitimada normativamente a defesa dos interesses dessa classe. Sua formação, inclusive em relação às leis, é dada não conforme valores abstratos e pensados a partir da vontade livre, mas sim conforme condições concretas e determinadas relações sociais contraditórias. Como o Estado assume, apenas em tese, a forma de um ente à parte cuja função seria aplicar de maneira equânime o poder da justiça gerada através de um suposto consenso social, há uma certa dificuldade por parte de muitos juristas em identificar a forma política estatal. Podemos elucidar melhor o motivo da incompreensão da relação entre capitalismo e Estado trazendo o que disse Alysson Mascaro.

Daí a dificuldade de se aperceber, à primeira vista, a conexão entre capitalismo e Estado, na medida em que, sendo um aparato terceiro em relação à exploração, o Estado não é nenhum burguês em específico nem está em sua função imediata. A sua separação em face de todas as classes e indivíduos constitui a chave da possibilidade da própria reprodução do capital: o aparato estatal é a garantia da mercadoria, da propriedade privada e dos vínculos jurídicos de exploração que jungem o capital e o trabalho. (MASCARO, Alysson Leandro, Estado e Forma Política. São Paulo, Editora Boitempo, 2013, p. 18).

Ainda, sobre as características intrínsecas ao Estado, recorreremos ao material mais completo, no que tange à riqueza de determinações, sobre a configuração social vigente:

Como o Estado é a forma na qual os indivíduos de uma classe dominante fazem valer seus interesses comuns e que sintetiza a sociedade civil inteira de uma época, segue-se que todas

⁸ BARATTA, Alessandro, Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p.44

⁹ WEBER, Max – A política como vocação. Editora: UNB, N° 1, 2003.

as instituições coletivas são mediadas pelo Estado, adquirem por meio dele uma forma política. Daí a ilusão, como se a lei se baseasse na vontade e, mais ainda, na vontade separada de sua base real [*realen*], na vontade *livre*. Do mesmo modo, o direito é reduzido novamente à lei. (MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. A ideologia Alemã. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 76).

Por mais que tenha sido escrita em tempos relativamente distantes, a atualidade dessa citação se torna perceptível quando, por exemplo, colocamos nossos olhos sobre a Operação Lava-Jato, uma operação política de criminalização principalmente do campo político oposto aos integrantes da operação os quais, por sua vez, representam mais diretamente os interesses da burguesia brasileira. Se havia alguma dúvida sobre a posição política e ideológica do ex-juiz Sérgio Moro, o ingresso do próprio no governo de Jair Messias Bolsonaro evidenciou o caráter político de sua atuação enquanto agente público. Em verdade, o fato de um juiz ser responsável pela condenação em primeira instância de um político que ficou impossibilitado de participar de uma eleição para depois ser gratificado com o cargo de Ministro da Justiça pelo outro político que se beneficiou da referida exclusão, torna frágil qualquer malabarismo retórico daqueles que ainda ousarem defender o caráter imparcial da operação. O Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, em seu voto no Habeas Corpus que decide sobre a suspeição do ex-juiz Sérgio Moro no caso envolvendo o ex-presidente Lula como réu, explanou que “no caso de Lula, não só a justiça foi instrumentalizada para fins políticos, mas o Estado de Direito foi claramente desrespeitado para eliminar o ex-presidente da disputa política”¹⁰.

A operação lava-jato é um exemplo gritante da relação entre Estado e Ideologia, levando em conta que por vezes apelou ao uso da força por parte do poder estatal concomitantemente à utilização de mecanismos de convencimento populacional para que o projeto político tivesse sucesso. Não há como falar em deturpação do processo penal sem citar a operação lava-jato, visto que a banalização das quebras de garantias constitucionais e a forma como se trabalhou para criminalizar a política de forma grotescamente simplificada possibilitou a ascensão do discurso de expansão do direito penal que foi tão decisivo na eleição presidencial de 2018. Além, é claro, da interferência direta da operação na exclusão da candidatura que ameaça objetivamente o projeto de poder lavajatista¹¹.

Ainda, para corroborar o caráter de projeto político da Operação Lava-Jato, temos os vazamentos de mensagens de conversas entre acusador e julgador divulgadas pela mídia, nas quais, por exemplo, o ex-juiz Sergio Moro demonstra ao procurador Deltan Dallagnol o desejo de “limpar

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 164493. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Relator: Ministro Edson Fachin. Paraná, 09 de março de 2021.

¹¹ Lula fica frente a frente na disputa pela presidência, disponível em: <https://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/lula-fica-a-frente-na-disputa-pela-presidencia-da-republica-no-cenario-com-haddad-como-opcao-do-pt-bolsonaro-aparece-na-lideranca/>, acesso em: 18/03/2021.

o congresso” enquanto é parabenizado pelo procurador devido ao “imenso apoio público”¹². Em outro momento poderemos tratar especificamente de algum caso concreto e analisar as nulidades do processo, mas aqui estamos buscando compreender a Operação Lava-Jato como projeto político que ela representa. Em relação a eventual questionamento do leitor sobre a veracidade das mensagens, leva-se em conta a perícia constante em relatório da Polícia Federal, o qual comprova a autenticidade dos dados apreendidos pela Operação Spoofing, citado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski, Relator na Reclamação 43.007. Na Reclamação referida, a qual tratava de um pedido deduzido por Luiz Inácio Lula da Silva de acesso às mensagens que lhe dissessem respeito obtidas pela Operação Spoofing, são citados trechos do relatório pericial citando a plataforma utilizada na invasão do celular de Sérgio Moro e confirmando que:

Todos os dispositivos arrecadados foram submetidos a exames pelo Serviço de Perícias em Informática do Instituto Nacional de Criminalística da Polícia Federal, que objetivaram a extração e análise do conteúdo do material, com a elaboração de Laudo Pericial de Informática específico para cada item apreendido[...] Dessa forma, qualquer alteração do conteúdo em anexo aos Laudos (remoção, acréscimo, alteração de arquivos ou parte de arquivos), bem como sua substituição por outro com teor diferente, pode ser detectada. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 43007. Reclamante: Luiz Inacio Lula da Silva. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Distrito Federal, 04 de março de 2021).

Durante um tempo, pairava no ar a dúvida sobre a autenticidade das conversas interceptadas dos celulares dos lavajatistas e divulgadas pela mídia. Os próprios envolvidos nas conversas costumam a admitir, bem como também não negam, a veracidade do que foi divulgado. Todavia, o relatório completo da Polícia Federal sobre as invasões de telefones celulares consta no Inquérito Policial nº 02/2019-7/DICINT/CGVDIP/P, onde há detalhadamente a investigação que confirma o processo pelo qual foi realizada a invasão dos celulares de diversas autoridades públicas. Ou seja, o presente argumento se orienta não por especulações, mas por fatos já notoriamente confirmados, o que garante o maior rigor científico do tema abordado. Cabe ressaltar que mesmo sem a perícia que confirmou a autenticidade, ainda assim o comportamento dos envolvidos e a própria compatibilidade cronológica dos acontecimentos com as conversas, serviriam, no mínimo, para levantar dúvida. Em caso de dúvida, como é exaustivamente sabido no Direito Penal, decide-se em favor do réu.

Como consequência das ações realizadas pelos operadores do Direito Penal na Lava-Jato, obviamente houve uma grande personificação em cima dos atores políticos do judiciário, o que acarretou na criação das figuras de "heróis", sendo os operadores jurídicos alçados à condição de "paladinos da justiça". Trazemos aqui a exposição do jurista Lênio Streck sobre o assunto.

Ocorre que esses “heróis” representam o Estado. Não são justiceiros supostamente representando as angústias vendetistas da sociedade. São homens e mulheres que deveriam

¹² Mensagens vazadas revelam que Moro orientou investigações da Lava Jato. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/06/09/moro-e-dallagnol-trocaram-mensagens-sobre-detalhes-da-lava-jato-diz-site.htm>, acesso em: 18/03/2021.

se sentir constrangidos pelos inúmeros princípios de moralidade política que regem o direito, principalmente o devido processo legal, que impõe a restrição inamovível à utilização de provas ilícitas pela acusação. (STRECK, Lênio. *Relações indecentes*. Organização Camila Milek, Ana Júlia Ribeiro; coordenação Mirian Gonçalves; ilustração: Eduardo Milek. - 1. ed. - São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020, p.48).

Não obstante às limitações democráticas próprias aos regimes de democracias liberais, é inegável a incompatibilidade das práticas adotadas pela Lava-Jato com as promessas daqueles que pensaram o modelo jurídico burguês. A ideia esplanada por Montesquieu de que "o juiz é a boca que pronuncia as palavras da lei"¹³ resta enfraquecida diante das práticas lavajatistas.

Há, tanto entre juristas quanto entre a sociedade civil em geral, quem utiliza da tese utilitarista de que "os fins justificam os meios", mas o questionamento que podemos fazer é: quais seriam exatamente tais fins? Em geral, inclusive em relação ao senso comum¹⁴, a resposta seria que a finalidade foi o combate à corrupção. Pois então precisamos aprofundar a questão com fatos que não são ainda tão notórios, como por exemplo, o acordo bilionário entre Petrobrás e autoridades públicas dos EUA, o qual envolvia também o ministério público federal, na figura dos procuradores da República do Paraná. No acordo, denominado *Acordo de Assunção de Compromissos*, havia a previsão de criação de uma fundação privada para administração patrimonial do fundo bilionário, mais precisamente a quantia de R\$2,5 bilhões. No documento constava que o "MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ficará responsável por buscar meios para a constituição de fundação privada (inclusive a redação de sua documentação estatutária), com sede em Curitiba"¹⁵. É gritante a apropriação do público por parte do privado no caso em questão. Podemos constatar que a suposta finalidade do combate à corrupção resta fragilizada diante dos fatos apresentados. Apesar da eventual suspensão do repasse do dinheiro, o que não retira a intenção dos agentes, o que podemos observar, quando há ciência do acordo em evidência, é que houve concretamente o uso de meios suspeitos para tentar chegar em um resultado antagônico ao combate à corrupção. Para ilustrar os princípios jurídicos corrompidos, vejamos trecho de decisão do ministro Alexandre de Moraes na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental referente à matéria.

A eventual apropriação, por determinados membros do Ministério Público, da administração e destinação de proveito econômico resultante da atuação do órgão, além de desrespeitar os princípios da legalidade, da impessoalidade e da moralidade administrativa, implicou séria agressão ao perfil constitucional fortalecido da Instituição. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 568. Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Paraná, 17 de setembro de 2019).

É notório que o combate à corrupção esteve sempre longe do horizonte da operação aqui estudada. Porém, mesmo que os fins fossem os supostamente pretendidos por seus operadores e

¹³ MONTESQUIEU, O Espírito das Leis. Martins Fontes, 1993.

¹⁴ Maioria (61%) considera ótimo o bom desempenho da Operação Lava-Jato. Disponível em: <http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2019/04/1987747-maioria-61-considera-otimo-om-bom-desempenho-da-operacao-lava-jato.shtml>, acesso em: 18/03/2021.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 568. Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Paraná, 17 de setembro de 2019.

apoiadores, mesmo assim seria juridicamente incorreto utilizar dos meios que foram utilizados. Ainda, em relação à contradição entre burlar a lei para fazer justiça, o jurista Marcelo Almeida Ruivo nos traz importante reflexão.

E, ainda, se fosse correta criminológica e ontologicamente essa orientação não seria o suficiente para a tomada de decisões judiciais contra legem. A filosofia política e a teoria do direito contemporâneas encontram na lei concretização da ponderação de interesses políticos de tutela de valores, que deve orientar a atuação jurisdicional, em detrimento de interesses exteriores à ordem legal. (RUIVO, Marcelo Almeida. O fenômeno da corrupção como desafio às ciências criminais. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 134. ano 25. p. 17-27. São Paulo: Ed. RT, 2017, p. 23).

Pesquisa realizada pela Go Associados e divulgada por diversos meios de comunicação estabeleceu que o prejuízo da Lava-jato na economia nacional poderia chegar a 142,6 bilhões de reais apenas entre 2015 e 2016¹⁶. Esses números impactam a vida da população de forma concreta, afinal, um prejuízo desse tamanho tem consequência direta nos empregos do país. Em exemplo, a mesma pesquisa estipula também a projeção de redução de 1,9 milhão de empregos diretos e indiretos. Conforme o Instituto de Estudos Estratégicos de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, 52.933 pessoas perderam seus empregos apenas na indústria naval¹⁷.

Frente ao exposto, podemos constatar que os fenômenos sociais derivados da Lava-Jato foram bastante significativos politicamente e que a população agiu como um alvo indo ao encontro da flecha em relação à operação. Em síntese, podemos observar a falsificação, em consonância com a ideologia dominante, realizada por operadores das instituições públicas a qual contribuiu para a construção de uma conjuntura que possibilitou uma maior apropriação política do discurso expansionista do Direito Penal e trouxe consequências políticas nefastas, tal como a eleição de Jair Bolsonaro, o filho que a Lava-Jato não quer embalar para não carregar esse peso histórico. Pois que não esqueçamos e que não os deixemos esquecer.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por mais que este artigo tenha como objetivo trazer questões estruturais e superestruturais da sociedade e do fenômeno específico da Operação Lava-Jato e seus desdobramentos, não podemos deixar de citar também que o esvaziamento das garantias processuais trazem prejuízos enormes aos indivíduos que fazem parte do conjunto social. Como diria o notório jurista Evgeni Pachukanis, dentre todas as áreas do Direito, “é justamente o Direito Penal aquele que tem o poder de tocar mais direta e brutalmente a pessoa individual”¹⁸ e o Direito Penal “representa a esfera onde

¹⁶ Impacto da Lava Jato no PIB pode passar de R\$ 140 bilhões, diz estudo. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/08/impacto-da-lava-jato-no-pib-pode-passar-de-r-140-bilhoes-diz-estudo.html>, acesso em: 18/03/2021.

¹⁷ Os impactos econômicos da Operação Lava Jato e o desmonte da Petrobras. Disponível em: <https://ineep.org.br/os-impactos-economicos-da-operacao-lava-jato-e-o-desmonte-da-petrobras/>, acesso em: 18/03/2021.

¹⁸ PACHUKANIS, Evgeni. Teoria Geral do Direito e Marxismo. Editora Acadêmica. São Paulo, 1988, p. 118.

a relação jurídica atinge o mais alto grau de tensão”¹⁹. Podemos constatar que a operação lava-jato instrumentalizou o processo penal como um dos mecanismos de convencimento populacional para tentar criar um ambiente propício ao projeto político de poder de seus integrantes. Todavia, surpreendendo apenas aqueles que ignoram a história, o resultado que emergiu das práticas lavajatistas não chegou sequer próximo à diminuição da corrupção, mas foi sim a ascensão de um discurso potencialmente fascista no país.

Em que pese o caráter hegemônico que a ideologia dominante assume e a forma essencialmente burguesa do Estado no capitalismo, demonstram-se também necessárias a disputa da consciência da classe trabalhadora e a luta dentro das próprias instituições, por mais que essa última seja uma luta que sozinha não trás resultados transformadores. Não obstante ao concreto das relações sociais de produção, há uma luta de classes não só pela consciência populacional, mas também pelo direito de contar a história. A produção teórica contra hegemônica deve servir à práxis da luta política, senão não há razão de ser. Denunciar é importante, mas está longe de ser suficiente. Sabemos que sem uma revolução socialista, um país latino-americano, de capitalismo periférico, dificilmente avançará de forma satisfatória no que tange até mesmo às garantias constitucionais e processuais já previstas em lei. A pergunta que fica aos caros leitores e colegas da área jurídica é: ainda há juristas e juízes no Brasil?

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro, **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia Alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007.

MASCARO, Alysson Leandro, **Estado e Forma Política**. São Paulo, Editora Boitempo, 2013.

MÉSZÁROS, István. **O Poder da Ideologia**. São Paulo: Boitempo, 2014.

MONTESQUIEU, **O Espírito das Leis**. Martins Fontes, 1993.

PACHUKANIS, Evgeni. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. Editora Acadêmica. São Paulo, 1988.

¹⁹ PACHUKANIS, Evgeni. Teoria Geral do Direito e Marxismo. Editora Acadêmica. São Paulo, 1988, p. 118.

RUIVO, Marcelo Almeida. **O fenômeno da corrupção como desafio às ciências criminais.**

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 134. ano 25. p. 17-27. São Paulo: Ed. RT, 2017.

STRECK, Lênio. **Relações indecentes.** Organização Camila Milek, Ana Júlia Ribeiro; coordenação

Mírian Gonçalves; ilustração: Eduardo Milek. - 1. ed. - p. 45-51. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

WEBER, Max – **A política como vocação** - Editora: UNB, N° 1, 2003.

O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO COMBATE ÀS FAKE NEWS EM TEMPOS DE PÓS-VERDADE

Julia Alves de Andre¹

RESUMO

O momento hodierno, em que a sociedade brasileira está inserida, é denominado, por muitos doutrinadores, de pós-verdade. Esta emerge a partir da massificação dos novos meios de comunicação, com a democratização da Internet e das mídias digitais. Dessa forma, a overdose de informações geradas e propagadas, por segundo, na web teve, como um dos principais desfechos, o fato da maioria das pessoas passarem a compartilhar notícias sem, sequer, uma elucidação mais profunda com o intuito de saber se trataria de fato verídico ou não. A partir disso, tem sido, cada vez mais, frequente a propagação de fake News nas redes, as quais podem repercutir de formas danosas, não só para suas vítimas, mas também para toda a coletividade. Assim, muito embora o ordenamento jurídico tenha tentado se adequar a essa nova realidade, com projetos de leis e deferimento de indenizações por prejuízos individuais, ele ainda não consegue atuar de forma tão célere quanto o mundo virtual, de modo a não suprir todos os efeitos danosos desses atos. Nessa perspectiva, o presente artigo tem por escopo elucidar essa realidade e trazer à baila o direito ao esquecimento, que também é advindo da modernidade, como um mecanismo imediato na luta contra as fake News, nos casos concretos em que elas tangenciarem a esfera individual. Para esse fim, o estudo parte de uma revisão bibliográfica e terá argumentação feita através do método hipotético-dedutivo. Desse modo, ele iniciará contextualizando o corpo social contemporâneo, o qual trouxe ênfase às fake News, para que, em seguida, exponha o direito ao esquecimento, com destaque no desafio moderno de apagar da memória cibernética conteúdos falsos e difamatórios que podem destruir a reputação e a imagem do sujeito, relacionando tal direito como dispositivo de combate iminente.

Palavras-chave: direito de ser esquecido; internet; redes sociais; fake News; combate.

¹ Acadêmica, graduanda do 10º Semestre em Direito pela Universidade Regional do Cariri (URCA) e do 2º Semestre em Ciências Políticas pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER).

INTRODUÇÃO

Na conjuntura hodierna brasileira, a população presencia o excesso de informações e compartilhamentos, ocasionados pelo advento das redes sociais e pela popularização da *Internet*. Tais atributos, são característicos da pós-modernidade e, em sua maioria, são marcados pela velocidade, fluidez e efemeridade de informações catalisadas pelo mundo globalizado (CARDOSO, 2019).²

É nesse quadro que se insere a era da pós-verdade, onde os fatos foram substituídos pelas crenças tendenciosas individuais. Conforme explanado:

A pós-verdade evocaria, assim, um autoritarismo da interpretação, que impele os sujeitos a já predispor de determinada leitura cativa dos fatos, rejeitando o que distingue, compartilhando o que assemelha, sem maiores reflexões acerca do que ali é informado como verdade. Há, portanto, algo de bastante retórico, não meramente pela questão da (im)persuasão possível de ser observada nesse fenômeno, mas, sobretudo, pelo caráter retórico desde a percepção da realidade, pelo movimento cognitivo e argumentativo de seleção do que se divulga e do que se rejeita (SEIXAS, 2019).³

Consoante a esse conhecimento, na atual era da pós-verdade, há uma grande quantidade de notícias sendo disseminadas, por segundo, nas mídias sociais. É por essa realidade que as *fake News* vêm ganhando, cada vez mais, ênfase.

Nesse contexto, embora ao longo de toda história, existem exemplos claros de propagação de notícias falsas, na era da pós-verdade, as mídias digitais serviram de agravante. Isto ocorre porque qualquer pessoa, com acesso a internet, passou a ser capaz de produzir e distribuir informações falsas (CARVALHO; KANFFER, 2018)⁴. Tal fato é fruto do novo paradigma da comunicação, denominado por Manuel Castells de “sociedade da autocomunicação de massas”, onde um indivíduo, sem, sequer, formação específica, ou reputação, pode, em muitos casos, superar o número de leitores que órgãos específicos de comunicação influentes (FIGUEIRA; SANTOS, 2019).⁵

Baseando-se em toda a argumentação exposta, a propagação, e repercussão, de notícias falsas, pode ter consequências danosas, tanto para a vítima quanto para a comunidade. Todavia, por

² CARDOSO, Ivelise de Almeida. **Propagação e influência de pós-verdade na opinião pública**. 2019. Dissertação (Mestrado em Ciências da Comunicação) – Escola de Comunicação e Artes, Universidade de São Paulo. Pág. 12.

³ SEIXAS, Rodrigo. A retórica da pós-verdade: o problema das convicções. **EID&A – Revista Eletrônica de Estudos Integrados em Discurso e Argumentação, Ilhéus**, n. 18, p. 122-138, abr.2019. DOI dx.doi.org/10.17648/eidea-18-2197. Pág. 131.

⁴ CARVALHO, Gustavo Arthur Coelho Lobo de; KANFER, Gustavo Guilherme Bezerra. **O tratamento jurídico das Notícias Falsas**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/tratamento-juridico-noticias-falsas.pdf>. Acesso em: 18 de fev. 2021. Pág.02.

⁵ FIGUEIRA, João; SANTOS, Sílvio. **As Fake News e a Nova Ordem (DES) Informativa na Era da Pós-Verdade**. Coimbra: Coimbra University Press, 2019. Págs. 105-106.

ser um debate novel, o ordenamento jurídico brasileiro ainda possui lacunas sobre como defrontá-las nos casos concretos.

A partir disso, o presente estudo analisará o instituto do direito ao esquecimento, o qual, em síntese, trata-se da possibilidade de apagar dados antigos, disponibilizados na rede, relacionados ao requerente (MALDONADO, 2017),⁶ com foco nos casos que envolvem a propagação de notícias falsas na hodierna era da pós-verdade.

Frente a isso, os objetivos do estudo em curso estão circunscritos entre elucidar a era da pós-verdade, na qual a maioria dos autores inserem a contemporaneidade, tal qual trazer como uma das consequências o aumento das *fake News*, bem como evidenciar as repercussões negativas destas. Associadamente, buscar-se-á analisar o direito ao esquecimento, sua definição e desafios enfrentados para sua efetivação.

Essencialmente, procurar-se-á orientar o direito ao esquecimento, emergido na sociedade da informação, como uma possível forma de combater e amenizar às sequelas negativas resultantes da propagação de notícias falsas.

Para tanto, o trabalho foi elaborado a partir da pesquisa documental e bibliográfica. Nessa toada, ele será fundamentado com livros, artigos, matérias jornalísticas, casos concretos, jurisprudências e leis. Essa argumentação será feita através do método hipotético-dedutivo.

Assim, a problemática consiste em examinar se o direito ao esquecimento pode ser utilizado como meio imediato de combate às sequelas das *fake News*, haja vista que ainda não existe, no ordenamento jurídico brasileiro, um mecanismo tão veloz quanto os compartilhamentos realizados nas mídias sociais.

1. SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: A ERA DA PÓS-VERDADE

Os avanços tecnológicos e a popularização da *Internet*, bem como a ênfase crescente nas redes sociais, foram os principais responsáveis pela inserção do ser humano na “sociedade da informação”. Termo que foi utilizado pela primeira vez durante o ano de 1973, pelo sociólogo americano Daniel Bell, o qual definiu em seu livro como característica dessa sociedade, o conhecimento teórico, advertindo que os serviços baseados no conhecimento teriam de se converter na estrutura central da nova economia e de uma sociedade sustentada na informação, onde as ideologias passariam a ser supérfluas (BELL, 1973).⁷

Nesse contexto, nos dias correntes, a humanidade presencia a democratização da informação. Isto ocorre devido ao desenvolvimento da *Web*, o que possibilitou que a *Internet*

⁶ MALDONADO, Viviane Nóbrega. **Direito ao Esquecimento**. São Paulo: Editora Novo Século, 2017. Pág. 43.

⁷ BELL, Daniel. **O Advento da Sociedade Pós-Industrial**. São Paulo: Cultrix, 1973. Pág. 207.

alcançasse, em um corte espacial de cinco anos, a marca de 50 milhões de usuários em todo o mundo. Esta marca, de forma comparativa, só foi conquistada pelo rádio em trinta e oito anos e pela televisão *aberta* em dezesseis (SILVEIRA, 2000).⁸ Dessa forma, essa conquista dos meios de comunicação de massas, em um curto intervalo de tempo, fez com que a grande maioria da população passasse a ter, não só a possibilidade de se informar, como também de criar e disseminar informações. Conforme explanação sobre o quadro:

Se pode dizer que a informação nomeia a nova era que estamos vivendo: a era da informação. Atualmente somos bombardeados com milhares de informações diariamente, vindas das mais diversas fontes: jornais, televisão e redes sociais. Grupos no *what's app*, *retweets* de seguidores no *Twitter*, compartilhamento de amigos no *Facebook*, todos buscam dar um furo de reportagem caçando o mais novo caso de corrupção do país, ou a teoria da conspiração mais imaginável (ALVES, 2018).⁹

É nesse cenário que se inicia a era da pós-verdade, a qual tem sido, cada vez mais, objeto de ênfase e debates. Durante o ano de 2016, ela foi escolhida como *a palavra do ano* pelo dicionário de Oxford. Este que a classificou como um adjetivo e definiu como a circunstância em que os fatos objetivos são menos influentes, na opinião pública, do que os apelos emocionais e as crenças pessoais (OXFORD, 2016).¹⁰ De uma forma breve, pode-se clarificar:

Conforme apresentado, há, assim, lugar para afirmar que a grande questão da pós-verdade é a superação da “verdade dos fatos” pelo estabelecimento da convicção como critério de validade para um argumento. Vale dizer, ademais, que tendo a convicção como critério de validação, assume-se, automaticamente, os próprios valores a ela subjacentes como fundamento dos posicionamentos e opiniões. Uma vez que os valores são princípios estruturantes do próprio ser enquanto ser-no-mundo, não há como passar despercebido o fato de que se trata, no fim das contas, não de um desejo de descoberta de uma suposta verdade última, estanque ou definitiva, mas sim de um desejo de manutenção das identidades e das verdades que lhe são convenientes para tanto. Há aí uma questão ética subjacente” (SEIXAS, 2019).¹¹

1.1. O destaque ascendente das *fake News* em ciclo da pós-verdade

⁸ SILVEIRA, Henrique Flávio Rodrigues da. Um estudo do poder na sociedade da informação. **Revista de Ciência da Informação**, Brasília, v. 29 n. 03, setem/dez. 2000. DOI dx.doi.org/10.1590/S0100-19652000000300008. Pág. 84.

⁹ ALVES, Bruno Almir Scariot. **A ERA DA DESINFORMAÇÃO: O direito à liberdade de expressão em tempos de pós-verdade**. 2018. Monografia (Grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) – Escola de Direito, Faculdade Meridional – IMED. Pág. 26.

¹⁰ POST-TRUTH. **Oxford Dictionary**. 2016. Disponível em: <https://en.oxforddictionaries.com/definition/post-truth>. Acesso em: 10 de fev. 2021. N.p.

¹¹ SEIXAS, Rodrigo. A retórica da pós-verdade: o problema das convicções. **EID&A – Revista Eletrônica de Estudos Integrados em Discurso e Argumentação**, Ilhéus, n. 18, p. 122-138, abr.2019. DOI dx.doi.org/10.17648/eidea-18-2197. Pág. 131.

Partindo de todo o entendido, um dos fenômenos mais impactantes que emergem em consonância com a pós-verdade, é o destaque nas *fake News*. Esta foi eleita como a *palavra do ano*, já em 2017, pelo dicionário britânico Collins (MORAES; MERELES, 2017).¹² E consiste na disseminação, por qualquer meio de comunicação, de notícias sabidamente falsas, visando atrair a atenção para desinformar ou obter alguma vantagem política ou econômica (BRAGA, 2018),¹³ ou seja, é a disseminação de informações falsas, e, muitas vezes, sensacionalista, para a população, através dos novos meios de comunicação.

Na conjuntura brasileira, esses artifícios são utilizados rotineiramente, tendo sido, inclusive, um meio de fortalecimento de candidatos da oposição durante as eleições de 2018 e 2020. Uma matéria publicada no Jornal El País, por exemplo, cita cinco *fake News* que beneficiaram a candidatura do então presidente, Jair Messias Bolsonaro, durante o ano de 2018, contra seu oponente, o candidato Fernando Haddad. Essa disseminação foi feita, principalmente, através do aplicativo *Whatsapp*, e das redes sociais *Facebook* e *Twitter*, por meio de memes, panfletos e vídeos (BARRAGÁN, 2018).¹⁴

Dentre as notícias inverídicas, constava, como uma falsa proposta de campanha, a criação do “*kit gay*” para crianças de seis anos, que, na realidade, tratava-se de um projeto denominado Escola Sem Homofobia. Nessa toada, a *fake News* foi reconhecida pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), ainda no final da campanha, o qual ordenou que fossem apagados da *Internet* inúmeros vídeos que compartilhavam tal desinformação. Todavia, antes de tal ato ocorrer, algumas imagens já haviam tido mais de sessenta e três mil compartilhamentos (BARRAGÁN, 2018).¹⁵

Paralelamente, na era da pós-verdade, vivenciada no quadro nacional junto com o mundo globalizado, evoca-se um autoritarismo da interpretação, o qual impele os sujeitos a predispor de maneira prévia de determinada leitura cativa e tendenciosa dos fatos, rejeitando o que se diferencia e compartilhando o que se assemelha, sem maiores reflexões e aprofundamentos sobre o que é informado como verdade na notícia (SEIXAS, 2019).¹⁶

¹² MORAES, Isabela; MERELES, Carla. **Notícias falsas e pós-verdade: o mundo das fake News e da (des)informação**. 2020. Disponível em: <https://www.politize.com.br/noticias-falsas-pos-verdade/>. Acesso em: 12 de fev. 2021. N. p.

¹³ BRAGA, Renê Morais da Costa. A indústria das fake news e o discurso de ódio. In: PEREIRA, Rodolfo Viana (Org.). **Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio**. Belo Horizonte: IDDE, 2018. Págs. 203-220.

¹⁴ BARRAGÁN, Almudena. **Cinco “fake news” que beneficiaram a candidatura de Bolsonaro**. 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/18/actualidad/1539847547_146583.html. Acesso em: 13 de fev. 2021. N.p.

¹⁵ *Ibid.*, n.p.

¹⁶ SEIXAS, Rodrigo. A retórica da pós-verdade: o problema das convicções. **EID&A – Revista Eletrônica de Estudos Integrados em Discurso e Argumentação**, Ilhéus, n. 18, p. 122-138, abr.2019. DOI [dx.doi.org/10.17648/eidea-18-2197](https://doi.org/10.17648/eidea-18-2197). Pág. 130.

Portanto, a atual ênfase nas redes sociais e em sua facilidade de propagação de notícias, faz com que as informações sejam disseminadas e compartilhadas pela grande massa, geralmente, sem, sequer, um juízo prévio ou esclarecimento acerca de se elas são verdadeiras ou não.

Diante da ilustração concreta e argumentativa exposta, torna-se evidente o quanto uma *fake News* pode impactar a vida não só de um indivíduo como também da população nacional e mundial como um todo. É por tal repercussão que se faz necessário o debate sobre a relevância do direito ao esquecimento voltado ao combate das *fake News*.

2. OS ARTIFÍCIOS DE COMBATE À DESINFORMAÇÃO PRESENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988, atual em voga no Brasil, trouxe de maneira expressa o direito à liberdade de expressão, bem como a liberdade de informação. Tal fato tem fundamento histórico, devido à Lei Maior vigente ter sido promulgada após o período ditatorial, que durou de 1969 a 1985, de modo que tal direito fundamental de primeira geração/dimensão é considerado essencial para um Estado Democrático de Direito.

Nesse diapasão, uma das principais problemáticas para combater as *fake News* e a desinformação na era da pós-verdade, é a possibilidade de estar censurando ou restringido à liberdade de expressão e de informação, de modo a interferir na ordem democrática da nação (ALVES, 2018).¹⁷

Dessa forma, em âmbito nacional, o enfrentamento as *fake News* iniciaram-se no Poder Judiciário, a partir do Inquérito 4.871 realizado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), conhecido como “Inquérito das *Fake News*”. O qual tem como escopo apurar ameaças e notícias falsas sobre a Corte. Nessa linha, dentre as medidas tomadas pelos Ministros no âmbito desse procedimento, estão as quebras de sigilos bancários e fiscal de empresários, a suspensão de vários perfis, além da ameaça de multa no valor de 1,2 milhões de reais por dia a rede social *Facebook* (GHIOTTO; CAMPOS, 2020)¹⁸.

No âmbito do Poder Legislativo, até o ano de dois mil e vinte, as *Fake News* tematizavam cinquenta proposta na Câmara dos Deputados, com o fim de combater e limitar a disseminação do

¹⁷ ALVES, Bruno Almir Scariot. **A ERA DA DESINFORMAÇÃO: O direito à liberdade de expressão em tempos de pós-verdade**. 2018. Monografia (Grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) – Escola de Direito, Faculdade Meridional – IMED. Págs. 31-32.

¹⁸ GHIOTTO, Edoardo; CAMPOS, João Pedroso de. **As dificuldades para identificar e combater a praga das fake News**. 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/as-dificuldades-para-identificar-e-combater-a-praga-das-fake-news>. Acesso em: 14 de fev. 2021. N.p.

ato, muitos deles, inclusive, propunham a criminalização das notícias falsas (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2020)¹⁹.

Dentre as propostas, consta o Projeto de Lei 2927/2020, este que cria normas com objetivo de desestimular tanto o abuso quanto a manipulação de redes sociais ou serviços de mensagem privada via Internet, fundamentando que essa ação seria potencialmente causadora de danos individuais e coletivos. Ele cria a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência Digital e tem o texto idêntico ao Projeto de Lei 2630/2020 que está em tramitação no Senado Federal (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2020)²⁰.

Além desse, é relevante explicar ainda que está em tramitação o Projeto de Lei 2389/20, o qual visa a alteração do Código Penal (Decreto-lei 2.848/1940) para punir com detenção, de 2 a 4 anos, acrescido de multa, aquele que criar, divulgar ou disseminar *fake News* usando a internet, mídias sociais ou mensagens instantâneas. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2020).²¹ No momento atual, já existe e vigora a Lei 13.834 de 2019, a qual pune com prisão, de 2 a 8 anos, quem divulgar notícias falsas com finalidade eleitoral.

Muito embora os Poderes estatais nacionais estejam avançando no combate as *fake News*, com uma adaptação legislativa e investigativa no intuito de conter a disseminação delas, na era da pós-verdade, em que a informação se propaga de forma veloz e a maioria das pessoas compartilham informações sem, sequer, se aprofundar sobre a veracidade dos fatos, é sabido que a simples propagação de notícias falsas pode gerar inúmeras consequências individuais sobre o objeto da informação e repercutir no coletivo.

Exemplifica-se com o caso do youtuber Felipe Neto, o qual foi acusado falsamente de ter cometido o crime de pedofilia. No caso, foi feita uma montagem de suas publicações na mídia social *Twitter*, e colocada na rede. A repercussão foi tão grande, que seu compartilhamento ocorreu em diversas outras redes de relacionamento, como o *Facebook*, *Whatsapp* e *Telegram*, somando-se mais de nove mil interações, estas que propagavam as mais diversas impressões repudiadas sobre a matéria, e o sujeito que estava nela, sem, nem mesmo, saber-se que tratava de uma montagem (AGUIAR, 2020).²²

¹⁹ CÂMARA DOS DEPUTADOS DO BRASIL. **Proposta cria normas para desestimular fake News**. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/665999-PROPOSTA-CRIA-NORMAS-PARA-DESESTIMULAR-FAKE-NEWS>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2021. N.p.

²⁰ Ibid., n.p.

²¹ Id.. **Combate a fake News é tema de 50 propostas na Câmara dos Deputados**. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/666062-combate-a-fake-news-e-tema-de-50-propostas-na-camara-dos-deputados>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2021. N.p.

²² AGUIAR, Tiago. **Felipe Neto é novamente alvo de boato falso que o associa à pedofilia**. 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/estadao-verifica/felipe-neto-e-novamente-alvo-de-boato-falso-que-o-associa-a-pedofilia>. Acesso em: 15 de fev. 2021. N.p.

Nesse caso concreto, ocorrido no âmbito nacional, torna-se manifesto a repercussão que notícias inverídicas podem ter. Conforme clarifica Mariana Barbosa:

Estudos de psicologia, como os de Stephan Lewandowsky, mostram que uma informação tida inicialmente como válida continua a influenciar o julgamento das pessoas, mesmo se provando falsa. Além de difundidas em grande volume, as mensagens da máquina de propaganda provêm de diferentes canais, o que favorece a credibilidade (BARSOSA, et al., 2019).²³

Nesse sentido, os Tribunais de Justiça e demais órgãos judiciais, na esfera nacional, têm reconhecido, de forma equânime, a possibilidade de reparo indenizatório por consequências negativas geradas pelas *fake News* (BARBOSA, 2020).²⁴

Nessa óptica, no presente trabalho, é defendido que, para muito além do ressarcimento indenizatório, é necessário a atuação do direito ao esquecimento visando retirar da rede virtual tudo que remeta ao episódio envolvendo a *fake News* que pode ser prejudicial ao indivíduo.

2.1 O direito ao esquecimento: uma solução imediata no combate às *fake News*?

Norberto Bobbio ensina que os direitos fundamentais são, na verdade, direitos históricos que nascem de acordo com o contexto social e são caracterizados conforme as lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes (BOBBIO, 1992).²⁵ Partindo desse raciocínio, no contexto da pós-verdade presenciada pela humanidade, na qual há a *hiperinformação* sem maiores reflexões acerca do informado, trazendo, como agravante, as *fake News* e toda repercussão que ela pode gerar na esfera individual e coletiva de modo potencialmente danoso, surge o debate sobre o direito ao esquecimento.

Nessa perspectiva, embora ainda não positivado de forma expressa na legislação brasileira, o direito ao esquecimento trata-se de um direito individual, decorrente dos direitos da personalidade. A temática ganhou grande repercussão jurídica a partir do Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, durante o ano de 2013, o qual expressa:

Enunciado 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela

²³ BARBOSA, Mariana, et. al. **Pós-verdade e Fake News: Reflexões Sobre a Guerra de Narrativas**. Rio de Janeiro: Cobogó, 2019. Pág. 143.

²⁴ BARBOSA, Manoel. **Fake News: disseminação e implicações jurídicas**. 2020. Disponível em: <https://parceirolegal.fcmlaw.com.br/sem-categoria/fake-news-disseminacao-e-implicacoes-juridicas>. Acesso em: 16 de fev. 2021. N.p.

²⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Pág. 20.

importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados (BRASIL, 2013).²⁶

Posteriormente, o direito ao esquecimento também foi reconhecido pelo Supremo Tribunal de Justiça ao julgar dois casos paradigmas, quais sejam: “Chacina da Candelária” (Recurso Especial 1.334.097) e “Aida Curi” (Recurso Extraordinário 1.010.606/RJ), no primeiro caso, houve o reconhecimento do direito, enquanto no segundo ainda está em trâmite.

Dessa forma, tal direito ainda é objeto de debate no cenário jurídico brasileiro, por colidir constantemente com outros direitos fundamentais. Expõe-se:

Nesse sentido, ao passo que surge um novo direito fundamental, que é o direito ao esquecimento, juntamente manifesta-se uma série de implicações sobre a sua delimitação e aplicabilidade. Quando da aplicação do direito ao esquecimento, para proteger um interesse privado, é invadido o interesse público, qual seja o interesse do conhecer e saber uma informação que está diretamente ligada aos direitos fundamentais de liberdade de imprensa e ao direito à memória e verdade (ALTMAYER, 2017).²⁷

No cenário hodierno, o Supremo Tribunal Federal também tem debatido se o direito ao esquecimento é compatível, ou não, com a Constituição Federal vigente. Tal manifestação está ocorrendo através do recurso ajuizado pelos irmãos de Aida Curi, esta que foi vítima de um crime de grande repercussão social nos anos 1950 no Rio de Janeiro. No processo, buscam a reparação de uma emissora da televisão aberta pela reconstituição do caso em um programa de televisão nos anos 2000. No Órgão de Cúpula do Poder Judiciário, os ministros já reconheceram a repercussão geral da matéria e, até o presente momento, três membros votaram (RODAS, 2021).²⁸

Nessa perspectiva, embora o direito ao esquecimento possa colidir diretamente com outros direitos, como a liberdade de expressão e o direito à memória cultural, ele pode ser um mecanismo de combate eficaz as *fake News*, pois, paralelamente, a propagação de informações falsas pode atingir diretamente outros direitos da personalidade, como o direito à identidade, à imagem, à honra, à intimidade, à integridade psíquica, dentre outros.

²⁶ BRASIL. VI Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Enunciado n. 531. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142> Acesso em 16 de fev. 2021. N.p.

²⁷ ALTMAYER, Juliana. **O DIREITO AO ESQUECIMENTO E O DIREITO À MEMÓRIA COLETIVA: PARÂMETROS PARA A SUA APLICAÇÃO**. 2017. Monografia (Grau de Bacharel em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Pág. 16.

²⁸ RODAS, Sérgio. **Mais três ministros do STF votam contra direito ao esquecimento no Brasil**. 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-fev-10/tres-ministros-votam-direito-esquecimento-brasil?utm_source=divr.it&utm_medium=twitter. Acesso em: 16 de fev. 2021. N.p.

Dessa forma, torna-se evidente que o direito ao esquecimento é uma poderosa ferramenta protetiva não só dos direitos da personalidade, como também os danos psicológicos que fatalmente podem decorrer de uma *fake News* (CAMPOS, 2020).²⁹

Assim, fundamentando-se nos princípios constitucionais da inviolabilidade a vida privada e da proteção à privacidade, o direito ao esquecimento passaria a atuar nos casos de propagação de *fake News* que envolvessem a individualidade da vítima.

De forma mais manifesta, com a atuação do direito de ser esquecido, no caso concreto, a vítima de *fake News*, poderá solicitar que todo o conteúdo gerado nas redes sociais e na Internet seja apagado, desde que demonstrado o prejuízo à sua imagem, ou, pelo menos, desvinculado de sua individualidade. Nessa linha, a partir de tal direito fundamental, se poderá combater e amenizar as sequelas negativas resultantes de tal ato.

Assim, no presente trabalho, é defendido que, ao fazer um juízo de ponderação, nos casos concretos que envolvam a propagação de *fake News*, entre o direito à informação, somado à liberdade de imprensa, deve prevalecer o direito ao esquecimento, visando resguardar a esfera individual da vítima das notícias falsas, bem como tentar minimizar as consequências delas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme todo o exposto, devido ao grande avanço na área da informática e da inclusão de maior acessibilidade às novas tecnologias, no período brasileiro hodierno, a propagação de informações e notícias ocorre de forma veloz e instantânea.

Todavia, um dos pontos negativos trazidos pela *hiperinformação* é o fato de que, muitas vezes, devido ao seu excesso, a maioria das pessoas não filtrarem ou se aprofundarem no que lhe é posto, passando a compartilhar, não mais conforme a veracidade dos fatos, mas sim através do método seletivo do que está tendenciando para suas convicções e ideologias. Esse contexto pós-moderno foi denominado, por alguns doutrinadores, de “era da pós-verdade”.

Nesse panorama de pós-verdade, emergem, de forma profusa, as *fake News*, as quais consistem em notícias e informações falsas sobre algo. Logo, quando ocorre a sua propagação, de forma célere, na *web*, podem surgir também consequências para a esfera individual da vítima.

Todavia, na coetaneidade, o ordenamento jurídico brasileiro, ao atuar na prática, ainda demonstra uma certa morosidade no combate às *fake News*, de modo que, mesmo responsabilizando

²⁹ CAMPOS, Nattasha Queiroz Lacerda de Campos. Direito ao esquecimento em tempos de fake News e discurso de ódio. **Brazilian Journal of Development**. Curitiba, n. 10, vol. 06, p. 74088-74102. DOI: 10.34117/bjdv6n10-002. Págs. 74091-74092.

os autores delas, sua propagação pode deixar sequelas nas redes virtuais que tangenciam a vítima de forma negativa.

Partindo dessa ótica, o presente trabalho defendeu que uma das formas possíveis e eficazes para suprir essas sequelas e amenizar os frutos negativos das *fake News*, é o advento de um direito tão contemporâneo quanto tais. Trata-se do direito ao esquecimento.

Deste modo, o direito ao esquecimento, o qual tem como corolário os princípios da inviolabilidade a vida privada e da proteção à privacidade, passaria a prevalecer nas situações que envolvessem a propagação de notícias falsas sobre um indivíduo.

Nesse contexto, ao constatar prejuízos de sua repercussão na *web*, atuaria apagando dela todas as matérias relacionadas. Assim, seria possível um maior controle sobre o compartilhamento das *fake News* no caso e, quanto menor a sua repercussão, menor seriam as consequências negativas dela e, por conseguinte, mais eficaz o seu combate.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Tiago. **Felipe Neto é novamente alvo de boato falso que o associa à pedofilia**. 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/estadao-verifica/felipe-neto-e-novamente-alvo-de-boato-falso-que-o-associa-a-pedofilia>. Acesso em: 15 de fev. 2021.

ALTMAYER, Juliana. **O DIREIRO AO ESQUECIMENTO E O DIREITO À MEMÓRIA COLETIVA: PARÂMETROS PARA A SUA APLICAÇÃO**. 2017. Monografia (Grau de Bacharel em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

ALVES, Bruno Almir Scariot. **A ERA DA DESINFORMAÇÃO: O direito à liberdade de expressão em tempos de pós-verdade**. 2018. Monografia (Grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) – Escola de Direito, Faculdade Meridional – IMED.

BARBOSA, Mariana. et. al. **Pós-verdade e Fake News: Reflexões Sobre a Guerra de Narrativas**. Rio de Janeiro: Cobogó, 2019.

BARBOSA, Manoel. **Fake News: disseminação e implicações jurídicas**. 2020. Disponível em: <https://parceirolegal.fcmlaw.com.br/sem-categoria/fake-news-disseminacao-e-implicacoes-juridicas>. Acesso em: 16 de fev. 2021.

BARRAGÁN, Almudena. **Cinco “fake news” que beneficiaram a candidatura de Bolsonaro.** 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/18/actualidad/1539847547_146583.html. Acesso em: 13 de fev. 2021.

BELL, Daniel. **O Advento da Sociedade Pós-Industrial.** São Paulo: Cultrix, 1973.

BRAGA, Renê Moraes da Costa. A indústria das fake news e o discurso de ódio. In: PEREIRA, Rodolfo Viana (Org.). **Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio.** Belo Horizonte: IDDE, 2018. p. 203-220.

BRASIL. **VI Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.** Enunciado n. 531. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142> Acesso em 16 de fev. 2021.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CÂMARA DOS DEPUTADOS DO BRASIL. **Combate a fake News é tema de 50 propostas na Câmara dos Deputados.** 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/666062-combate-a-fake-news-e-tema-de-50-propostas-na-camara-dos-deputados>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS DO BRASIL. **Proposta cria normas para desestimular fake News.** 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/665999-PROPOSTA-CRIA-NORMAS-PARA-DESESTIMULAR-FAKE-NEWS>. Acesso em: 15 de fev. 2021.

CAMPOS, Nattasha Queiroz Lacerda de Campos. Direito ao esquecimento em tempos de fake News e discurso de ódio. **Brazilian Journal of Development.** Curitiba, n. 10, vol. 06, p. 74088-74102. DOI: 10.34117/bjdv6n10-002.

CARDOSO, Ivelise de Almeida. **Propagação e influência de pós-verdade na opinião pública.** 2019. Dissertação (Mestrado em Ciências da Comunicação) – Escola de Comunicação e Artes, Universidade de São Paulo.

CARVALHO, Gustavo Arthur Coelho Lobo de; KANFER, Gustavo Guilherme Bezerra. **O tratamento jurídico das Notícias Falsas.** 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/tratamento-juridico-noticias-falsas.pdf>. Acesso em: 18 de fev. 2021.

FIGUEIRA, João; SANTOS, Sílvio. **As Fake News e a Nova Ordem (DES) Informativa na Era da Pós-Verdade.** Coimbra: Coimbra University Press, 2019.

GHIOTTO, Edoardo; CAMPOS, João Pedroso de. **As dificuldades para identificar e combater a praga das fake News.** 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/as-dificuldades-para-identificar-e-combater-a-praga-das-fake-news>. Acesso em: 14 de fev. 2021.

MALDONADO, Viviane Nóbrega. **Direito ao Esquecimento.** São Paulo: Editora Novo Século, 2017.

MORAES, Isabela; MERELES, Carla. **Notícias falsas e pós-verdade: o mundo das fake News e da (des)informação.** 2020. Disponível em: <https://www.politize.com.br/noticias-falsas-pos-verdade/>. Acesso em: 12 de fev. 2021.

POST-TRUTH. **Oxford Dictionary.** 2016. Disponível em: <https://en.oxforddictionaries.com/definition/post-truth>. Acesso em: 10 de fev. 2021.

RODAS, Sérgio. **Mais três ministros do STF votam contra direito ao esquecimento no Brasil.** 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-fev-10/tres-ministros-votam-direito-esquecimento-brasil?utm_source=dlvr.it&utm_medium=twitter. Acesso em: 16 de fev. 2021.

SEIXAS, Rodrigo. A retórica da pós-verdade: o problema das convicções. **EID&A – Revista Eletrônica de Estudos Integrados em Discurso e Argumentação**, Ilhéus, n. 18, p. 122-138, abr.2019. DOI [dx.doi.org/10.17648/eidea-18-2197](https://doi.org/10.17648/eidea-18-2197).

SILVEIRA, Henrique Flávio Rodrigues da. Um estudo do poder na sociedade da informação. **Revista de Ciência da Informação**, Brasília, v. 29 n. 03, setem/dez. 2000. DOI [dx.doi.org/10.1590/S0100-19652000000300008](https://doi.org/10.1590/S0100-19652000000300008).

O ABANDONO AFETIVO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Everson Soto Silva Brugnara¹

Líbia Mara da Silva Saraiva²

Patricia Gomes Resende³

RESUMO

A presente investigação analisa questões relativas ao abandono afetivo parental, bem como suas consequências, sob o prisma da responsabilidade civil, com supedâneo na legislação vigente. A pesquisa deu-se por meio de revisão bibliográfica, quanto aos fins; quanto aos meios, trata-se de uma pesquisa descritiva, do tipo quantitativo. O estudo evidenciou que o fato de ser abandonado afetivamente pode gerar danos mensuráveis por causar impactos consideráveis na formação de identidade do indivíduo abandonado, influenciando substancialmente os atos de sua vida adulta e sua inserção no seio social. Diante disso, os Tribunais têm admitido a possibilidade de responsabilidade civil por abandono afetivo.

PALAVRAS-CHAVE: Abandono afetivo. Indenização. Responsabilidade civil. Direito de família.

INTRODUÇÃO

Este estudo pretende analisar o abandono afetivo e as consequências por ele trazidas aos indivíduos na idade adulta. Para tanto, concebem-se as controvérsias abrangidas pelo tema no que concerne à possibilidade ou não de indenização, como dano moral, sob o viés da responsabilidade civil subjetiva. Isso porque de um lado, a indenização é admitida como reparação ao dano trazido pelo abandono; enquanto de outro, há os que assim não reconhecem o dano como ocorrência da responsabilidade civil por abandono afetivo.

Nesse óbice, tenciona-se identificar, por meio de revisão literária sobre o tema, se se faz possível mensurar, financeiramente, a hipótese de indenização judicial a esses indivíduos.

¹ Orientador. Advogado. Especialista em Direito Público. Professor de Direito. Professor/supervisor do Núcleo de Prática Jurídica do Centro Universitário Una Betim/MG. Mestre em Administração pelo Centro Universitário Unihorizontes. E-mail: sotobrugnara@hotmail.com.

² Graduada em Letras pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2004); Mestre em Estudos Linguísticos pela UFMG (2008), Graduada em Direito pelo Centro Universitário Una Betim (desde 2017). E-mail: libiasaraiva17@gmail.com.

³ Graduada em Letras pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2004); Mestre em Estudos Linguísticos pela UFMG (2008), Graduada em Direito pelo Centro Universitário Una Betim (desde 2017). E-mail: libiasaraiva17@gmail.com.

A ser assim, este artigo inicia-se com uma breve introdução, em que se apresenta o tema, a justificativa de seu estudo, bem como os objetivos pretendidos, seguidos da metodologia utilizada na pesquisa. Em sequência, tratar-se-á dos referenciais teóricos abordados no estudo, quando indicaremos pontos relativos à possibilidade ou não de se ressarcir o dano existencial em pauta, bem como algumas abordagens jurídicas acerca da responsabilidade civil subjetiva, e psicossociológicas, à luz de conceitos nos âmbitos familiares. Também versaremos sobre a indenização em si, tida como valorização do amor e/ou como assunção do dever de cuidar. Ato contínuo, abordaremos singela análise quanto ao abandono afetivo parental e a formação de identidade do sujeito. Por fim, apresentaremos algumas possíveis considerações finais sobre o estudo realizado, seguido das referências que contribuíram para a construção da presente pesquisa.

1. É POSSÍVEL MENSURAR, OU RESSARCIR O ABANDONO AFETIVO?

A viabilidade ou não da indenização relativa ao Abandono Afetivo Parental tem sido pauta polêmica no ordenamento jurídico, isso porque há os que a defendem como forma de reparação pelo dano moral e psíquico causado pela ausência amorosa parental durante o desenvolvimento da criança, e aqueles que a veem como ineficaz, sob o argumento de que não se pode (ou não se deve) valorar o sentimento de amor para com os filhos.

Como viabilidade possível, por assim dizer, o filho abandonado busca judicialmente a indenização pelas consequências sofridas diante do abandono, considerando-se que seu responsável se absteve de cumprir com seu dever de educar, criar e cuidar devidamente de seu filho. Nessa perspectiva, a negação do afeto é vista como uma agressão à lei, considerando-se que a falta de amor de pai para filho desrespeita não somente a função de ordem moral, mas também – e principalmente – funções de ordem legal, pois que “criar e cuidar são ações que se completam” (ALVES, 2013)⁴.

Sob tal ângulo, abarcam-se, ainda, questões relativas ao ordenamento jurídico, especificamente, bem como as que dizem respeito ao âmbito familiar em si, na perspectiva psicológica. Nada obstante, no que concerne ao estabelecimento legal quanto ao abandono afetivo, o aspecto indenizatório, de um lado, tende a carecer da comprovação do dano, visto que

a vítima de um dano só poderá pleitear ressarcimento de alguém se conseguir provar que esse alguém agiu com culpa; caso contrário, terá que se conformar com sua má sorte e sozinha suportar o prejuízo (CAVALIERI FILHO, 1996, p. 76)⁵.

⁴ ALVES, Ana Jéssica Pereira. **O preço do amor**: a indenização por abandono afetivo parental. Revista Direito & Dialogicidade, vol. 4, n. 1, Jul. 2013.

⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

Em eira oposta, concebe-se o dever de cuidar como função das famílias, às quais cabe, constitucionalmente, a obrigação de zelar por seus filhos. Ora, se assim não se portam, ferem com o cumprimento de suas responsabilidades, o que traz consequências jurídicas junto aos seus infantes.

Tem-se, com Schuh (2006), que a força moral da questão é razão suficiente para que se pautem pela justa indenização mediante a ausência de afeto na constituição de identidade do filho; *in verbis*:

O abandono moral, por sua vez, demonstra, no mínimo, um desrespeito aos direitos de personalidade, o que impõe aos lesados, em obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana, o direito de busca da reparação pelos danos sofridos. As relações de afeto, que, em tese, devem se estabelecer entre pais e filhos, possuem força moral (p. 71)⁶.

Isto é, consoante o que dispõe a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana deve ser observado também no âmbito do Direito da Família, porquanto compreende o fundamento da comunidade familiar; veja-se, outrossim, o artigo 227 do referido diploma:

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão⁷.

Resta, pois, claro, que a garantia do pleno desenvolvimento e da realização de seus membros, em especial, a criança e ao adolescente, com base na afetividade, é competência da família (DINIZ, 2015, p. 37)⁸. Muito embora impere a Dignidade Humana como princípio fundamental, por se fazer envolver de substancial subjetividade, entende-se, com Sarmiento (2010, p. 60, *apud* DIAS, 2015)⁹ tratar-se do “macro princípio do qual se irradiam todos os demais”, o que o torna aplicável às violações dos direitos individuais e coletivos, como medida constitucional essencial do ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito, por perfazer um valor jurídico fundamental da sociedade; nas palavras de Madaleno (2013):

A dignidade humana é o princípio fundamental na Constituição Federal de 1988, conforme artigo 1º, inciso III. Quando cuida do Direito de Família, a Carta Federal consigna no artigo 226, § 7º, que o planejamento familiar está assentado no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Já no artigo 227, prescreve ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-lo a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, pois que são as garantias e os fundamentos mínimos de uma vida tutelada sob o signo da dignidade da pessoa, merecendo especial proteção até pelo fato de o menor estar

⁶ SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. **Responsabilidade civil por abandono afetivo**: a valoração do elo perdido ou não consentido. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, ano 8, n. 35, p.71-78, maio, 2006.

⁷BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20/02/2021.

⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 17. ed. atual. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

formando a sua durante o estágio de seu crescimento e desenvolvimento físico e mental (p. 43)¹⁰.

Fato é que a princípio não se podia ressarcir atos que acarretavam em dano moral, porquanto era tido como um dano imensurável; nas palavras de Cavalieri Filho (1998):

Assim, chegava-se ao extremo de considerar imoral estabelecer um preço para a dor. Com o passar dos tempos, foi sendo evidenciado que tais argumentos tinham por fundamento um sofisma, por isso que não se trata de *pretium doloris*, mas de simples compensação, ainda que pequena, pela tristeza injustamente infligida à vítima (p. 75)¹¹.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o argumento de que o dano não se fazia mensurável veio a declínio, haja vista também os incisos V e X do art. 5º; nestes termos:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação¹².

Sendo assim, elucidou-se a obrigação de indenizar, conquanto se explicitem as razões que necessitam de proteção. O texto constitucional preocupou-se em proteger os interesses imateriais dos indivíduos, a fim de, só então, prescrever os direitos específicos que se tornaram assegurados de inalterabilidade, perante pena de aplicação de indenização (TROMBETTA e BERTOTTI, 2015)¹³.

Alguns doutrinadores, entretanto, não reconhecem o dano existencial, classificando-o apenas como um “modismo”, para uma nova caracterização aos danos morais que já existem. Martins-Costa (2001) pontua que a simples utilização do “dano moral”, costumeiramente relacionado ao *pretium doloris*, “tem impedido (...) a adequada apreensão, pela jurisprudência, de novas *fattispecies* que poderiam ser mais livremente desenvolvidas, não fossem as amarras pré-compreensivas” que a própria ideia de dano moral traduz (p. 194)¹⁴. Soares (2009), por sua vez, classifica o reconhecimento do dano existencial como uma evolução da responsabilidade Civil, sendo que cada vez mais, os interesses juridicamente protegidos, por uma classificação técnica em que os danos são diferenciados uns dos outros, facilitam o estudo da matéria, a identificação da causa de pedir na demanda, a fixação do objeto da prova judicial, a facilitação da defesa do demandado (p. 63)¹⁵.

¹⁰ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

¹¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

¹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20/02/2021.

¹³ TROMBETTA, Livia Ferreira da Silva; BERTOTTI, Daniela. **Dano Existencial: a nova perspectiva no Direito do Trabalho**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, n. 47, 2015. Disponível em: <[¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 19, p. 194, março/2001.](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/100803/2015_trombetta_livia_dano_existencial.pdf?sequence=1#:~:text=No%20%C3%A2mbito%20do%20direito%20laboral,praticadas%20pelo%20tomador%20do%20trabalho.>>. Acesso em: 20/02/2021.</p>
</div>
<div data-bbox=)

¹⁵ SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

Lado outro, o dano existencial apresenta um obstáculo, visto que cada indivíduo reage de forma distinta, ou seja, cada pessoa agirá de forma própria, única, cabendo ao julgador verificar, em cada caso concreto, com o auxílio de peritos para trazer assistências à formação de seu entendimento, porquanto não se faz apropriado que o genitor responda por todos e quaisquer danos sofridos na vida daquele que foi abandonado afetivamente. Ou seja, faz-se necessária uma ligação entre a conduta omissiva do genitor e os danos para os quais se pleiteia indenização (TROMBETTA e BERTOTTI, 2015)¹⁶.

Em tal perspectiva, torna-se possível caracterizar o dano como uma lesão a um bem juridicamente protegido, podendo estes bens ser patrimoniais ou extrapatrimoniais; por subsequente avaliam-se quais efeitos a ofensa pode ter gerado, a qual também poderá ter características patrimoniais ou extrapatrimoniais (*ibidem*)¹⁷.

Nesse prisma, os danos extrapatrimoniais apresentam dois pontos de vistas, sendo eles o objetivo, que diz respeito à lesão sofrida no âmbito extrapatrimonial, ou seja, o dano moral, no que concerne à dignidade da pessoa humana; e o outro se refere ao subjetivo, relacionado aos efeitos que a lesão pode causar à vítima, lesões estas vinculadas à dor, sofrimento, tristeza e afins.

Conseqüentemente, no que respeita ao judiciário, a questão objetiva do dano moral destaca-se, pois esta deverá ser comprovada, restando presumida a presença do dano subjetivo. Assim, passa a ser possível deduzir a lesão de alguns dos princípios da pessoa humana decorrentes do abandono afetivo (BEBBER, 2009)¹⁸. Nesse sentido, Cavalieri Filho (2010) orienta que:

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos (p.78)¹⁹.

Nessa acepção, tem-se, com Alves (2013)²⁰:

¹⁶ TROMBETTA, Livia Ferreira da Silva; BERTOTTI, Daniela. **Dano Existencial**: a nova perspectiva no Direito do Trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, n. 47, 2015. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/100803/2015_trombetta_livia_dano_existencial.pdf?sequence=1#:~:text=No%20%C3%A2mbito%20do%20direito%20laboral,praticadas%20pelo%20tomador%20do%20trabalho.>. Acesso em: 20/02/2021.

¹⁷ TROMBETTA, Livia Ferreira da Silva; BERTOTTI, Daniela. **Dano Existencial**: a nova perspectiva no Direito do Trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, n. 47, 2015. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/100803/2015_trombetta_livia_dano_existencial.pdf?sequence=1#:~:text=No%20%C3%A2mbito%20do%20direito%20laboral,praticadas%20pelo%20tomador%20do%20trabalho.>. Acesso em: 20/02/2021.

¹⁸ BEBBER, Júlio César. **Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial)**: breves considerações. Revista LTr, São Paulo, v. 73, n. 1, jan. 2009, p. 26-29.

¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

²⁰ ALVES, Ana Jéssica Pereira. **O preço do amor**: a indenização por abandono afetivo parental. Revista Direito & Dialogicidade, vol. 4, n. 1, Jul. 2013.

Embora haja no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da imunidade da responsabilidade civil nas relações familiares não se pode deixar de notar que o Judiciário está rompendo com esse princípio tendo em vista várias decisões que admitem o arbitramento de pecúnia para ressarcir dano moral. Essa responsabilidade civil busca tratar da ideia de dano que atente contra o estado de família, que é visto como atributo da personalidade. Ou seja, visa o ilícito contra a família, o qual cause dor moral e necessite ser compensado mediante indenização (p. 5).

Ora, de fato, não há que se falar em medida do amor, mas isso também não pode ser impedimento para que não se responsabilize aquele que faltou com suas obrigações junto a seus filhos; nas palavras da Ministra Nancy Andrighi: “amar é faculdade, cuidar é dever”. A ser assim, a todo cidadão cabe o cumprimento de seus deveres, perante a lei, de maneira que, se assim não o fizer, deverá, então, responder por seu comportamento, por meio da sanção cabível. Ou seja, se o pai ou mãe não observar suas responsabilidades para com seus infantes, caber-lhes-á a devida reparação, porquanto assim ferem o princípio da dignidade humana, conduzindo-se a um ilícito punível.

Diante do exposto, resta salientar que o abandono afetivo ainda é uma questão que requer análise factual e acurada de cada caso concreto para que se avulte quanto à possibilidade ou não de se ressarcir a falta de afetividade do pai/mãe: se se pode comprovar ou não um dano decorrente ao abandono, sendo que este dano seria presumido diante da conduta de seu genitor que lhe negou o direito de convivência, fazendo-se omisso com o seu dever de cuidado.

2. ABANDONO AFETIVO E O DEVER DE CUIDAR

Como anteriormente aludido, cónito é que o desamparo dos filhos fere o direito à dignidade da pessoa humana, imposta pela Constituição Federal de 1988, razão pela qual sobre os autores do abandono afetivo parental pode recair a obrigação de indenizar a título de danos morais o menor afetado; *in verbis*: “**Art. 229.** Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”²¹.

Perante o crescente número de crianças no país que se encontra em estado de abandono, tanto material quanto afetivo, cabível se faz a criação de instrumentos para reverter esse quadro,

²¹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20/02/2021.

porquanto o referido abandono tem acarretado a criação e formação de adultos com problemas psicossociais em frequência considerável (AMORIM, 2017)²².

Concebendo-se, assim, o Dano Moral como um instituto jurídico possível de ser aplicado de forma preventiva perante situações de abandono afetivo, bem como instrumento punitivo aos que transgridem os deveres de convivência familiar e infringem o princípio fundamental de toda relação interpessoal, qual seja, a dignidade da pessoa humana, nota-se que a responsabilidade civil que dele decorre pode ser encarada como modo meritório para se chegar a uma melhor solução a respeito de cada caso *in concreto*, considerando-se que ao magistrado se incumbirá o papel de analisar os reflexos gerados no indivíduo para então chegar ao melhor deslinde da causa. Nesse diapasão, Poli e Viegas (2013) pontuam que:

Os pedidos de reparação de danos na relação paterno-filial têm tido como fundamentos principais o direito à convivência familiar, o dever de vigilância e de educação. O dano causado em virtude da ofensa à dignidade humana da pessoa do filho poderia ser passível de reparação, por ofensa ao direito da própria personalidade, podendo o pai ou a mãe ser condenado a indenizar o filho, pelo dano que lhe causou ao ignorar sua existência (p. 79)²³.

Compreende-se também com Bicca (2015)²⁴ que há que se analisar cada situação em específico, de forma a identificar os danos de ordem psíquica ou moral causados nos filhos que sofreram o abandono.

Frente à polêmica posta quanto ao dever de indenizar ou não o abandono afetivo, as decisões do judiciário orbitam entre favoráveis ao dever de indenizar, bem como o *quantum* indenizatório, e as contrárias a esse dever.

Todavia, simpatiza-se, aqui, com a perspectiva de que o dever dos pais não se restringe à natureza alimentar, antes, abrange o direito de convivência familiar, tal como o direito à educação e o provimento de subsistência dos filhos, de sorte que o abandono afetivo priva a criança e o adolescente do direito constitucional dessa convivência e de cuidados fundamentais, de amparo afetivo, psicológico e, principalmente, afetivo, causando-lhe sérios danos (HAMADA, 2013)²⁵. Foi nesse sentido que se posicionaram os magistrados favoráveis ao dever de indenizar; leia-se:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9). [...] EMENTA. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR

²² AMORIM, Juliana de Britto. **Responsabilidade Civil decorrente do Abandono Afetivo Paterno-filial**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/22017/responsabilidade-civil-decorrente-do-abandono-afetivo-paterno-filial>>. Acesso em: 20/02/2021.

²³ POLI, Leonardo Macedo; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Os efeitos do abandono afetivo e a mediação como forma de solução de conflitos paterno-filiais**. In: Revista síntese direito de família. Publicação periódica bimestral, v. 15, n. 77, abr./maio 2013, p. 69-94. Nota: Continuação de Revista IOB de direito de família, v. 1, jul. 1999.

²⁴ BICCA, Charles. **Abandono afetivo: o dever de cuidado e a responsabilidade civil por abandono de filhos**. Brasília: OWL, 2015.

²⁵ HAMADA, Thatiane Miyuki Santos. **O abandono afetivo paterno-filial, o dever de indenizar e considerações acerca da decisão inédita do STJ**. Data de publicação: 04/02/2013. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/872/O+abandono+afetivo+paternofilial,+o+dever+de+indenizar+e+considera%C3%A7%C3%B5es+acerca+da+decis%C3%A3o+in%C3%A9dita+do+STJ>>. Acesso em: 21/02/2021.

DANO MORAL. POSSIBILIDADE. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. [...], Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. [...], ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. [...] por maioria, dar parcial provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. [...]. Brasília (DF), 24 de abril de 2012 (Data do Julgamento), MINISTRA NANCY ANDRIGHI²⁶.

Ementa: Apelação cível. Pensão alimentícia. Alimentante. Capacidade financeira. Não demonstração. Majoração indevida. Danos Morais decorrentes de abandono afetivo. Constrangimento (dor e sofrimento). Não demonstração. Indenização indevida. Sentença mantida. A majoração do valor fixado como pensão alimentícia não dispensa a demonstração concreta pela alimentada da capacidade financeira do alimentante. A indenização por danos morais decorrente de abandono afetivo é juridicamente possível, mas esbarra na necessidade de comprovação da efetiva existência de constrangimento a que se submeteu o filho (a) em razão do referido abandono. (TJ-RO - Apelação APL 00117426720138220102 RO 0011742-67.2013.822.0102 (TJ-RO) Data de publicação: 16/07/2015)²⁷.

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ABANDONO AFETIVO. A condenação ao pagamento de indenização, em decorrência do abandono paterno, é possível, desde que cabalmente demonstrados os requisitos ensejadores da responsabilidade civil, ou seja, a omissão paterna, o dano e o nexo de causalidade. Na hipótese, o réu somente soube ser pai do autor por meio de ação de investigação de paternidade, ajuizada quando o filho já contava com 25 anos de idade. Por outro lado, os laços afetivos são construídos ao longo de muitos anos de convivência, e não com a prolação de um provimento jurisdicional. O autor não logrou demonstrar o aventado dano que sofreu, não se desincumbindo do ônus probatório, nos termos do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil. Sentença mantida. Negado provimento ao apelo (TJ-SP - Apelação APL 91077933020098260000 SP 9107793-30.2009.8.26.0000 TJ-SP. Data de publicação: 01/07/2015)²⁸.

Visto como uma conduta não lícita, o abandono afetivo gera uma sensação de desamparo que negligencia o filho em processo de desenvolvimento físico e psíquico, de tal maneira que se deve mensurar que a atitude se configura ato ilícito por tratar a criança de modo totalmente displicente, no que tange aos cuidados materiais e afetivos; consoante contextualiza Bicca (2015):

Em 10 de setembro de 2003, na comarca de Capão da Canoa, Rio Grande do Sul, houve a primeira condenação por danos morais decorrentes do abandono afetivo no Brasil. A sentença do juiz Mario Romano Maggioni, da 2ª Vara Cível, condenou um pai a pagar 200 salários mínimos por abandono e danos psicológicos causados a sua filha. Entre outros

²⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial Nº 1.159.242** - SP (2009/0193701-9). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 21/02/2021.

²⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TJ-RO - **APL: 00117426720138220102 RO 0011742-67.2013.822.0102**, Relator: Desembargador Moreira Chagas, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 16/07/2015. Disponível em: <https://tj-ro.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/295440924/apelacao-apl-117426720138220102-ro-0011742-6720138220102>. Acesso em: 21/02/2021.

²⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TJ-SP - **APL: 91077933020098260000 SP 9107793-30.2009.8.26.0000**, Relator: Fábio Podestá, Data de Julgamento: 30/06/2015, 14ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, Data de Publicação: 01/07/2015. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/204171037/apelacao-apl-91077933020098260000-sp-9107793-3020098260000>. Acesso em: 21/02/2021.

importantes fundamentos, a decisão consignou que a educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, o amor, carinho, ir ao parque [...] a referida decisão transitou em julgado sem a interposição de recurso (p. 77)²⁹.

Segundo Hironaka (2016)³⁰, o dano ocasionado pelo abandono afetivo é decorrente de lesão à personalidade do indivíduo e gera resultados nefastos na vida social e pessoal do lesado, maculando-o como pessoa. A exteriorização do amor é primordial para que não ocorra esse dano.

Prevista no art. 927 do Código Civil³¹, a obrigação de reparar o dano, nas palavras de Venosa (2014), diz respeito à observância dos princípios da responsabilidade civil, os quais buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado:

Um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social. Os ordenamentos contemporâneos buscam alargar cada vez mais o dever de indenizar, alcançando novos horizontes, a fim de que cada vez menos restem danos irressarcidos. É claro que esse é um desiderato ideal que a complexidade da vida contemporânea coloca sempre em xeque. Os danos que devem ser reparados são aqueles de índole jurídica, embora possam ter conteúdo também de cunho moral, religioso, social, ético, etc., somente merecendo a reparação do dano as transgressões dentro dos princípios obrigacionais (p. 1-2)³².

Isto é, ao se abster do cumprimento da obrigação imposta pela lei, o agente deve reparar civilmente os danos causados, sob a égide da responsabilidade civil, conforme também determina nossa Carta Magna:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.³³

Em sua forma extracontratual, a responsabilidade civil diz respeito à obrigação legal de se reparar violações das regras de convivência e de comportamento, independentemente de qualquer vínculo contratual, tal como os deveres inerentes ao poder familiar, sendo que “a responsabilidade civil subjetiva, independente da intenção de causar ou não o dano, ainda que por negligência, imprudência ou imperícia, deverá ser apurada e efetivamente demonstrada.” (BORGES, 2017, p. 44)³⁴.

²⁹ BICCA, Charles. **Abandono afetivo**: o dever de cuidado e a responsabilidade civil por abandono de filhos. Brasília: OWL, 2015.

³⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites ao dever de indenizar por abandono afetivo**. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Ética da Convivência Familiar e sua Efetividade no Cotidiano dos Tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

³¹ BRASIL. **Código Civil**. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20/02/2021.

³² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Vol. 6: direito de família. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

³³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20/02/2021.

³⁴ BORGES, Mirlene Miclos. **Efeitos jurídicos e psicológicos do abandono afetivo parental**. Monografia. Faculdade Evangélica de Goianésia. Goianésia, junho de 2017. 70 p.

A ser assim, nas palavras de Dassi (2006)³⁵, o pai que deixa de proporcionar ao filho a convivência familiar em função de sua omissão, gera um vazio no seu desenvolvimento socioafetivo, moral e psicológico, e fere direito garantido a ele pela legislação pátria, motivo pelo qual deverá ser obrigado a reparar tal dano, ainda que de modo tão somente moral; senão, vejamos:

DIREITO CIVIL. INDENIZAÇÃO. ABANDONO AFETIVO. MENOR. ABALO EMOCIONAL PELA AUSÊNCIA DO GENITOR. DANO MORAL. CONFIGURADO. VALOR. MAJORAÇÃO.

1. A responsabilidade civil extracontratual, decorrente da prática ato ilícito, depende da presença de três pressupostos elementares: conduta culposa ou dolosa, dano e nexo de causalidade.

2. Por abandono afetivo entende-se a atitude omissiva dos pais, ou de um deles, no cumprimento dos deveres de ordem moral decorrentes do poder familiar, dentre os quais se destacam os deveres de prestar assistência moral, educação, atenção, carinho, afeto e orientação à prole.

3. In casu, o relatório psicológico, bem como a conduta do Réu demonstrada nos autos, apontam para um comprometimento no comportamento do menor.

4. Tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, bem como a lesividade da conduta ofensiva do Réu, tem-se que o valor fixado na sentença atende aos princípios gerais e específicos que devem nortear a fixação da compensação pelo dano moral, notadamente o bom senso, a proporcionalidade e a razoabilidade.

5. Recurso improvido.

(Acórdão n.800268, 20120111907707APC, Relator: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, Revisor: SILVA LEMOS, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 18/06/2014, publicado no DJE: 04/07/2014. p. 107)³⁶.

Depreende-se, portanto, o reconhecimento do instituto da responsabilidade civil como pressuposto de reparação pelo abandono paterno-filial, diante dos danos de diversas ordens que podem ser causados aos filhos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tido como pauta polêmica, o abandono afetivo tem sido discutido ao longo dos últimos anos, diante dos casos levados aos tribunais. Quando um ou ambos os genitores passam a não prestar o dever de cuidar, dando assistência moral e afetiva aos seus filhos, ocorre o abandono afetivo. Sofrer abandono afetivo na infância pode se traduzir em distanciamento físico junto à ausência de afeto por parte do pai ou da mãe da criança, que se vê afastada de um de seus responsáveis, fato que poderá lhe trazer danos e transtornos. A omissão de afeto também pode se dar mesmo com a presença física dos pais, que se isolam de seus filhos, acarretando-lhes danos inestimáveis, em diversos aspectos.

³⁵ DASSI, Maria Alice Soares. Indenização ao filho por descumprimento do dever de convivência familiar. **Revista Discurso Jurídico**. ISSN: 1982-5412. v. 2. n. 1, 2006. Disponível em: <<http://revista.grupointegrado.br/revista/index.php/discursojuridico/article/view/178>>. Acesso em: 20/02/2021.

³⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. **Acórdão n. 800268, 20120111907707APC**. Relator: Getúlio de Moraes Oliveira. Revisor: Silva Lemos. Terceira Turma Cível. Data de julgamento: 18/06/2014. Publicado no DJE: 04/07/2014, p. 107. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 21/02/2021.

Por esse ângulo, analisamos os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais que lecionam sobre o tema, tendo-se em conta a possibilidade viável ou não do ressarcimento do abandono afetivo por meio de reparação pecuniária, ao efúgio do dano moral, abarcado na responsabilidade civil subjetiva do diploma civil que vigora em nosso país.

Pudemos assim conceber a plausibilidade da indenização, como penalização de um ilícito, qual seja, a negligência do cuidado com o filho, em sua infância ou adolescência, em fase de seu crescimento, em observância ao princípio da afetividade correlacionado à dignidade da pessoa humana, disposta em nossa Carta Magna.

Não há, de fato, como valorar o amor, porquanto sentimentos não são mensuráveis, por assim dizer, considerando-se sua espontaneidade, que não se pode injungir. Sem embargo, àquele que houve a falta do mínimo cuidado e zelo, afetivamente, cabe alguma compensação pelos danos por ele sofrido, bem como as consequências por eles desencadeadas, porquanto sabido é a relevância do afeto, como algo essencial para a formação do ser humano.

Isto posto, não cabe discutir o valor do amor, como indenização pecuniária, tal como a imposição do dever de amar e dar afeto à prole, mas sim, o descumprimento do dever de cuidado, este cabível de mensuração.

REFERÊNCIAS

ALVES, Ana Jéssica Pereira. **O preço do amor**: a indenização por abandono afetivo parental. Revista Direito & Dialogicidade, vol. 4, n. 1, Jul. 2013.

AMORIM, Juliana de Britto. **Responsabilidade Civil decorrente do Abandono Afetivo Paterno-filial**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/22017/responsabilidade-civil-decorrente-do-abandono-afetivo-paterno-filial>>. Acesso em: 20/02/2021.

BEBBER, Júlio César. **Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial)**: breves considerações. Revista LTr, São Paulo, v. 73, n. 1, jan. 2009, p. 26-29.

BICCA, Charles. **Abandono afetivo**: o dever de cuidado e a responsabilidade civil por abandono de filhos. Brasília: OWL, 2015.

BORGES, Mirlene Miclos. **Efeitos jurídicos e psicológicos do abandono afetivo parental**. Monografia. Faculdade Evangélica de Goianésia. Goianésia, junho de 2017. 70 p.

BRASIL. **Código Civil**. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20/02/2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20/02/2021.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

DASSI, Maria Alice Soares. Indenização ao filho por descumprimento do dever de convivência familiar. **Revista Discurso Jurídico**. ISSN: 1982-5412. v. 2. n. 1, 2006. Disponível em: <<http://revista.grupointegrado.br/revista/index.php/discursojuridico/article/view/178>>. Acesso em: 20/02/2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 17. ed. atual. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2015.

HAMADA, Thatiane Miyuki Santos. **O abandono afetivo paterno-filial, o dever de indenizar e considerações acerca da decisão inédita do STJ**. Data de publicação: 04/02/2013. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/872/O+abandono+afetivo+paternofilial,+o+dever+de+indenizar+e+considera%C3%A7%C3%B5es+acerca+da+decis%C3%A3o+in%C3%A9dita+do+STJ>>. Acesso em: 21/02/2021.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites ao dever de indenizar por abandono afetivo**. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Ética da Convivência Familiar e sua Efetividade no Cotidiano dos Tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MARTINS-COSTA, Judith. **Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação**. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 19, p. 194, março/2001.

POLI, Leonardo Macedo; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Os efeitos do abandono afetivo e a mediação como forma de solução de conflitos paterno-filiais**. In: *Revista síntese direito de família*. Publicação periódica bimestral, v. 15, n. 77, abr./maio 2013, p. 69-94. Nota: Continuação de *Revista IOB de direito de família*, v. 1, jul. 1999.

SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. **Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido**. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, ano 8, n. 35, p.71-78, maio, 2006.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 21/02/2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. **Acórdão n. 800268, 20120111907707APC**. Relator: Getúlio de Moraes Oliveira. Revisor: Silva Lemos. Terceira Turma Cível. Data de julgamento: 18/06/2014. Publicado no DJE: 04/07/2014, p. 107. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 21/02/2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TJ-RO - **APL: 00117426720138220102 RO 0011742-67.2013.822.0102**, Relator: Desembargador Moreira Chagas, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 16/07/2015. Disponível em: <<https://tj->

ro.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/295440924/apelacao-apl-117426720138220102-ro-0011742-6720138220102>. Acesso em: 21/02/2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TJ-SP - **APL: 91077933020098260000 SP 9107793-30.2009.8.26.0000**, Relator: Fábio Podestá, Data de Julgamento: 30/06/2015, 14ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, Data de Publicação: 01/07/2015. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/204171037/apelacao-apl-91077933020098260000-sp-9107793-3020098260000>>. Acesso em: 21/02/2021.

TROMBETTA, Livia Ferreira da Silva; BERTOTTI, Daniela. **Dano Existencial**: a nova perspectiva no Direito do Trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, n. 47, 2015. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/100803/2015_trombetta_livia_dano_existencial.pdf?sequence=1#:~:text=No%20%C3%A2mbito%20do%20direito%20laboral,praticadas%20pelo%20tomador%20do%20trabalho.>. Acesso em: 20/02/2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Vol. 6: direito de família. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VERGARA, Sylvia Constant. **Projetos e relatórios de pesquisa em administração**. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 1998.

OS REFLEXOS DA BOA FÉ OBJETIVA NAS FASES DO CONTRATO

Beatriz Cal Tavares¹

RESUMO

O presente trabalho tem como tema a análise da boa fé objetivas nas fases dos contratos. O principal escopo foi o de realizar um estudo acerca do conceito da boa fé objetiva, a fim de compreender como aludida norma está presente em cada umas das fases contratuais, seja na formação do contrato, na fase contratual, bem como no período pós contratual. Nesse contexto, foi feita a análise de todos os períodos, com base em estudos doutrinários acerca do tema e em entendimentos jurisprudenciais que exemplificaram o papel da boa fé objetiva nestes períodos. Diante da pesquisa, é possível identificar a boa fé objetiva como um dever de conduta às partes e os reflexos de sua ausência nas relações contratuais, eis que esta resultará em prejuízos, os quais poderão ser objeto de litígio judicial e vir a ensejar responsabilidade civil.

Palavras-chave: boa fé objetiva; fases dos contratos; responsabilidade civil.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo analisar o papel da boa fé objetiva nas fases contratuais, com intuito de verificar o dever das partes e as possíveis responsabilidades civis inerentes às relações negociais. Para tanto, serão abordadas as três fases dos contratos, tais como, a fase de formação dos contratos, a fase contratual e, por último, a fase pós contratual.

Nessa linha, o trabalho busca conceituar a boa fé objetiva, observando-a como uma regra de conduta que exige das partes o adequado comportamento, desde as tratativas de negociação até o período de execução contratual, visando, deste modo, compreender como os atos dos contratantes poderão vir a refletir diretamente na boa fé objetiva.

O estudo utilizou-se como fonte bibliográfica específica acerca do tema, embasando os pensamentos ora esposados e relacionando-o com o raciocínio percorrido. Por fim, o artigo buscou analisar entendimentos jurisprudenciais que exemplificam a relação entre a boa fé objetiva e as fases contratuais, bem como às suas respectivas implicações jurídicas.

¹ Advogada. Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina, e-mail: biacaltavares@gmail.com.

1. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

O princípio da boa-fé objetiva permeia as relações negociais e dita os deveres e obrigações das partes, incluindo-se nestas, um dever de conduta e reciprocidade, ou seja, um dever de cooperação entre os integrantes do negócio.

Nessa linha, Clovis Verissimo do Couto e Silva qualifica a boa-fé como uma regra de conduta, a qual engloba todos os que participam do vínculo negocial e estabelece, entre eles, um elo de cooperação, em face do fim objetivo a que visam.²

Por seu turno, Regina Beatriz Tavares da Silva leciona:

O princípio da boa-fé está intimamente ligado não só à interpretação do negócio jurídico, pois segundo ele o sentido literal da linguagem não deverá prevalecer sobre a intenção inferida da declaração da vontade das partes, mas também ao interesse social de segurança das relações jurídicas, uma vez que as partes devem agir com lealdade e também de conformidade com os usos do local em que o ato negocial foi por elas celebrado.³

Assim, o princípio da boa-fé objetiva é conceituado como o dever de lealdade das partes na celebração das relações negociais, de modo que terão estas de agir em cooperação com o objeto almejado, a fim de não prejudicarem a relação jurídica criada e os direitos dos entes envolvidos.

1.1. A boa fé objetiva nas fases dos contratos

O contrato é uma espécie de negócio jurídico que depende, para a sua formação, da participação de pelo menos duas partes.⁴ Os contratos são divididos em fases, quais sejam, a pré-contratual, a contratual e, por fim, a fase pós contratual.

Na fase pré-contratual, a chamada fase das negociações, é feito o primeiro contato entre as partes, composta de atos preparatórios que não possuem o condão de vincular os negociadores. Nas palavras de Orlando Gomes:

Os atos preparatórios tendentes *direta e imediatamente* à constituição do vínculo contratual apetecido começam pelas *negociações preliminares*, ou tratativas frequentemente reduzidas a escrito em um instrumento particular chamado minuta, que pode, ou não, ser assinada pelos negociadores.⁵

Após a primeira etapa passa-se para a decisória, a qual compõe-se da proposta, contraproposta e aceitação. Segundo Carlos Roberto Gonçalves, a proposta traduz uma vontade definitiva de contratar, não estando mais sujeita a estudos ou discussões, mas dirigindo-se à uma outra parte para que a aceite ou não, constituindo-se em elemento de formação do contrato.⁶

² SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p.35.

³ DA SILVA, Regina Beatriz Tavares e Outros. *Código Civil Comentado*, 8ª. Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p.202.

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil Brasileiro.v2. Contratos e atos unilaterais*.12.ed.São Paulo: Saraiva, 2015, p.22.

⁵ GOMES, Orlando; atualizadores Edvaldo Brito; Reginalda Paranhos de Brito. *Contratos*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.54.

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *op.cit*, p.75-76.

Desse modo, verifica-se que a proposta necessita estar clara, completa e inequívoca, ou seja, conter todos os elementos e dados do negócio, para fins de representar a vontade do proponente e obrigá-lo a cumpri-la.

Por sua vez, a aceitação consiste na concordância com os termos da proposta, ou seja, adesão integral à proposta recebida, de modo que o contrato torna-se celebrado com a aceitação.

Portanto, na fase pré-contratual as partes precisam observar o princípio da boa-fé objetiva, a qual poderá ser vista na clareza e completude da proposta, bem como na aceitação inequívoca da outra parte, de modo que a ausência desses requisitos implicará em violação ao aludido princípio.

Nesse sentido, Antonio Junqueira de Azevedo, explica que, na fase pré contratual, embora não haja contrato entre as partes, já são devidas condutas coerentes com a correção de comportamento de uma parte perante a outra.⁷

Por seu turno, Regis Fichter explana a respeito da boa-fé objetiva na fase pré contratual e seus efeitos no tocante à responsabilidade civil:

A grande questão que desafia o estudo da responsabilidade civil pré contratual consiste exatamente em se definir qual o limite de malícia que deve ser tolerado na fase das negociações contratuais. Qual a extensão dos deveres de conduta que integram a exigência de atuar segundo a boa-fé na fase pré-contratual? No cerne dessa questão se encontram em xeque a extensão e o limite das quatro exigências fundamentais no comportamento das partes na fase pré-contratual: a) dever de informação; b) dever de lealdade ou correção; c) deveres de proteção e cuidado; d) dever de sigredo ou sigilo.⁸

Portanto, na fase pré-contratual, embora ainda não haja um contrato entre as partes, há a obrigação de cooperação, de modo que caberá as partes agirem de forma leal e correta, transmitindo todas as informações necessárias, observando-se o dever de conduta perante às negociações.

Nessa linha, é imperioso destacar um julgado proferido pelo TJRJ envolvendo duas empresas na fase das tratativas, onde foi reconhecida a responsabilidade pré-contratual por violação da boa-fé objetiva, cuja ementa destaca-se:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL CONFIGURADA. EVENTO E PATROCÍNIO. NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES. EXPECTATIVA LEGÍTIMA DO PATROCÍNIO. RUPTURA DE TRATATIVAS OITO DIAS ANTES DO EVENTO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. DEVER DE INDENIZAR. EXPECTATIVA LEGÍTIMA DE CONTRATAÇÃO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DO RÉU. a. Fase pré-contratual que, em regra, não vincula os indivíduos os quais têm a autonomia de optar pela não contratação. No entanto, já se fazem presente os devedores de conduta emanados da boa-fé objetiva. Aplicação do artigo 422 do CC. Teoria da responsabilidade civil pré-contratual. Ruptura injustificada das tratativas que ao lesar as legítimas expectativas depositadas na outra parte gera a obrigação de indenizar os prejuízos decorrentes da não conclusão do negócio. Responsabilidade que decorre não do fato da tratativa ter sido rompida e o contrato não ter se concluído, mas do fato de ter gerado a outra parte a expectativa legítima de que o contrato seria concluído. Rompimento injustificado realizado oito dias da realização do evento, após meses de tratativas. Documentos exigidos inicialmente que

⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos*. In: RTDC, v.1, 2000, p.6.

⁸ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré contratual: teoria geral e responsabilidade pelas rupturas das negociações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.89-90.

foram apresentados. Impossibilidade de substituir o patrocinador, ante o exíguo prazo para a realização do evento. Inteligência do princípio da boa-fé objetiva. Violação da confiança. Majoração de honorários advocatícios em grau recursal, por força do artigo 85, §11, do CPC/15. DESPROVIMENTO DO RECURSO.⁹

O presente caso, se tratava de duas empresas que estavam já no fim das negociações para contratação de patrocínio de um evento próximo, sendo que uma das empresas já teria demonstrado clara vontade em patrocinar o evento no valor de R\$ 900.000,00. Ocorre que, quase na data do evento, a empresa patrocinadora informou que somente patrocinaria o valor de R\$ 300.000,00, deixando a empresa irresignada e vindo a ajuizar ação em face da patrocinadora.

Analisando o caso, os Desembargadores constataram que houve violação da boa-fé objetiva, haja vista que a empresa patrocinadora teria quebrado com as legítimas expectativas da outra, a qual por meses de tratativas não esperava tal comportamento dias antes do evento. Assim, determinaram a responsabilidade civil pré contratual da empresa patrocinadora, por não observar os deveres de lealdade nesta fase.

Posteriormente a fase pré contratual, inicia-se a contratual, que abrange a realização das obrigações contratuais, cabendo ao devedor cumpri-las de acordo com os termos contratados, consoante Mario Júlio de Almeida: “Ao devedor impõe-se a realização do programa contratual concretamente traçado pelas partes, de modo a satisfazer os interesses legítimos do credor na prestação, proporcionando-lhe o resultado útil programado”.¹⁰

Nesse sentido, as partes formularão o objeto contratado, podendo este ser uma obrigação de dar, fazer ou não fazer e, ainda, estabelecerão o tempo para seu cumprimento.

Além do cumprimento da obrigação, é necessário que os contratantes se atentem aos deveres de lealdade, não podendo agir de forma contraditória ou de modo a violar a boa-fé contratual, tal como iniciar um determinado comportamento e posteriormente realizar outro, como é o exemplo do *venire contra factum proprium*.¹¹

Nessa mesma linha, é imperioso destacar a chamada violação positiva do contrato, a qual é vista como uma das formas de inadimplemento contratual. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves:

A violação da boa-fé objetiva enseja, também, a caracterização de inadimplemento mesmo quando não haja mora ou inadimplemento absoluto do contrato. É o que a doutrina moderna denomina violação positiva da obrigação ou do contrato. Desse modo, quando o

⁹ TJRJ. *Acórdão Apelação 0238434-47.2015.8.19.0001*, Relator(a): Des. Lúcio Durante, data de julgamento: 19/09/2017, data de publicação: 19/09/2017, 19ª Câmara Cível. Disponível em <<http://www4.tjrj.jus.br/ejuris/ConsultarJurisprudencia.aspx>> Acesso em 20 de fevereiro de 2021.

¹⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Noções fundamentais de direito civil*. 4.ed.rev.atual.Coimbra:Almedina, 2001, p.137.

¹¹ Na precisa lição de Anderson Schreiber, “segundo a qual *nemo potest venire contra factum proprium* (ninguém pode vir contra os próprios atos), impede que uma pessoa contrarie sua conduta anterior causando prejuízo a quem confiará na atitude inicial” (SCHEIBER, Anderson. *A Proibição de Comportamento Contraditório – Tutela da Confiança e Venire contra Factum Proprium*. 2.ed.Rio de Janeiro: Renovar, pg. 69.

contratante deixa de cumprir alguns deveres anexos, por exemplo, esse comportamento ofende a boa-fé objetiva e, por isso, caracteriza inadimplemento do contrato.¹²

Nesse sentido, Nelson Rosenvald leciona: “A lesão aos deveres genéricos de proteção, informação e cooperação repercute na chamada violação positiva do contrato. Cuida-se de uma terceira modalidade de inadimplemento das obrigações”.¹³

Assim, o reconhecimento da função da boa-fé objetiva está intimamente ligado ao conjunto das obrigações contratuais, vez que tal relação não se resume em obrigações de fazer ou não fazer o objeto da prestação, pois também abrange o comportamento das partes e os seus efeitos perante a relação construída. Nessa linha, leciona Silva:

Da concreção deste princípio resultam novos deveres que não têm seu fundamento na autonomia da vontade. Implica, portanto, alterar o desenvolvimento como tradicionalmente se entendia, do processo da obrigação. Visa-se, mediante o princípio da boa-fé, instaurar uma ordem de cooperação entre os figurantes da relação jurídica. Esses deveres podem perdurar ainda depois de adimplido o crédito principal.¹⁴

Por exemplo, se diante de um contrato celebrado uma das partes deixar de cumprir com os deveres de comportamento leal, isto é, se deixar de agir com respeito, confiança, ou cooperação, estar-se-á em hipóteses de inadimplemento por violação positiva do contrato.

Desse modo, mesmo que o contratante não esteja em mora no tocante a obrigação principal do contrato, se este vier a ofender a boa-fé objetiva, será caracterizado o inadimplemento do contrato.

Em sede de Recurso Especial n. 262.823, julgado em 29.04.2015, o STJ reconheceu a violação positiva do contrato como uma forma de inadimplemento, com proteção ao princípio da boa-fé objetiva, consoante voto da Ministra Relatora Maria Isabel Galotti:

Da boa-fé objetiva contratual derivam os chamados deveres anexos ou laterais, entre os quais o dever de informação, colaboração e cooperação. A inobservância desses deveres gera a violação positiva do contrato e sua consequente reparação civil, independente de culpa.¹⁵

Por último está a fase pós contratual, a qual é inerente aos deveres de probidade e boa-fé após a extinção do contrato, previstos no Art. 422 do CC: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Nesse sentido, considerando que a boa-fé objetiva se refere ao comportamento das partes, exige-se que cada contratante se comporte de forma transparente, informando claramente ao outro suas intenções. Nas palavras de Carlos Gonçalves: “O princípio da boa-fé exige que as partes se comportem de forma correta, não só nas tratativas, como também durante a formação e cumprimento do contrato.”¹⁶

¹² GONÇALVES, 2014, op.cit, p. 35

¹³ FARIAS; ROSENVALD, 2015, op.cit, p. 516.

¹⁴ SILVA, 2006, op.cit, p. 169.

¹⁵ STJ. Aresp: 26.2823 MT 2012/0250532-2.Relatora: Ministra Mari Isabel Gallotti. Data de publicação 08.05.2015. Disponível em <<https://scon.stj.jus.br>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2021.

¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. op.cit.p.54.

A probidade, segundo Mônica Bierwagen, pode ser entendida como um dos aspectos da boa-fé e se refere a honestidade de proceder ou a maneira criteriosa de cumprimento contratual.¹⁷

Desse modo, se após a extinção do contrato uma das partes vier a violar a boa-fé objetiva, restará prejudicado o direito do outro contratante, como na hipótese de constatação dos vícios redibitórios ou na ocorrência de evicção.

Vícios redibitórios podem ser definidos como defeitos ou imperfeições que tornam a coisa imprópria, conceituados no art. 441 do CC: A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor.

Constatando-se os vícios redibitórios poderá a contratante requerer o abatimento do valor pago, independentemente de culpa ou dolo do outro contratante, entretanto se este sabia da existência do vício, poderá também responder por perdas e danos.

Por seu turno, a evicção ocorre quando o adquirente vem a perder, total ou parcialmente, a coisa por sentença fundada em motivo jurídico anterior.¹⁸

Um exemplo de evicção seria a hipótese de A adquirir de B um imóvel, mas posteriormente perder a propriedade, em razão de sentença, proferida em favor de C declarando que a compra e venda de A para B era inválida, vez que C era o proprietário original do imóvel e não o A, de modo que o imóvel não poderia ter sido vendido para B.

Desse modo, tratando-se da fase pós contratual uma das partes poderá ser responsabilizada civilmente por atos que violem a boa-fé objetiva, ou seja, que contrariem os deveres de lealdade posteriormente à fase contratual.

Nesse sentido, evidencia-se julgado do STJ aplicando a responsabilidade civil pós contratual em caso envolvendo contratos de aquisição de imóvel pelo Sistema Financeiro Habitacional, consoante ementa:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. IMÓVEL ADQUIRIDO PELO SFH. ADESÃO AO SEGURO HABITACIONAL OBRIGATÓRIO. RESPONSABILIDADE DA SEGURADORA. VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO (VÍCIOS OCULTOS). AMEAÇA DE DESMORONAMENTO. CONHECIMENTO APÓS A EXTINÇÃO DO CONTRATO. BOA-FÉ OBJETIVA PÓS-CONTRATUAL. JULGAMENTO: CPC/15. O propósito recursal consiste em decidir se a quitação do contrato de mútuo para aquisição de imóvel extingue a obrigação da seguradora de indenizar os adquirentes-segurados por vícios de construção (vícios ocultos) que implicam ameaça de desmoronamento. 3. A par da regra geral do art. 422 do CC/02, o art. 765 do mesmo diploma legal prevê, especificamente, que o contrato de seguro, tanto na conclusão como na execução, está fundado na boa-fé dos contratantes, no comportamento de lealdade e confiança recíprocos, sendo qualificado pela doutrina como um verdadeiro "contrato de boa-fé". 4. De um lado, a boa-fé objetiva impõe ao

¹⁷ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e Regras dos Contratos no Novo Código Civil*. 2.ed. São Paulo, 2003, p. 51.

¹⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito civil*. 34.ed.atual por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz da Silva. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 55.

segurador, na fase pré-contratual, o dever, dentre outros, de dar informações claras e objetivas sobre o contrato para que o segurado compreenda, com exatidão, o alcance da garantia contratada; de outro, obriga-o, na fase de execução e também na pós-contratual, a evitar subterfúgios para tentar se eximir de sua responsabilidade com relação aos riscos previamente cobertos pela garantia[...]. 6. À luz dos parâmetros da boa-fé objetiva e da proteção contratual do consumidor, conclui-se que os vícios estruturais de construção estão acobertados pelo seguro habitacional, cujos efeitos devem se prolongar no tempo, mesmo após a extinção do contrato, para acobertar o sinistro concomitante à vigência deste, ainda que só se revele depois de sua conclusão (vício oculto). 7. Recurso especial conhecido e provido.¹⁹

No presente caso, a parte havia adquirido imóvel através do Sistema Habitacional de Habitação, que incluía a adesão ao seguro habitacional obrigatório, incluindo cobertura para danos físicos do imóvel.

Entretanto, após a quitação do contrato, constatou diversas rachaduras no imóvel as quais estavam comprometendo até manutenção do bem, por risco de desmoronamento (vícios ocultos). Diante dessa situação, acionou o seguro habitacional, contudo, o mesmo informou que não seria responsável pelos vícios da construção e o seguro não cobriria tal hipótese.

Assim, chegando o caso ao STJ, os Ministros reconheceram que o segurador descumpriu a boa-fé objetiva, pois não apresentou informações claras e objetivas para que o segurado pudesse compreender o alcance da garantia contratada e, ainda, determinaram que o segurador também era obrigado na fase pós contratual a evitar desculpas que o eximissem de suas responsabilidades quanto aos riscos acobertados pela garantia.

Portanto, à luz do princípio da boa fé objetiva, o STJ aplicou responsabilidade civil ao segurador, por descumprimento do dever de lealdade pós contratual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, o princípio da boa-fé objetiva diz respeito ao agir de forma leal nas relações negociais, ou seja, na celebração de um contrato cada parte deverá se atentar com os deveres de cooperação, a fim de não prejudicar o direito do outro contratante, bem como, permitir a realização do negócio celebrado.

Do mesmo modo, verifica-se que o aludido princípio está presente em todas as fases do contrato, desde a fase pré contratual até a fase pós contratual, sendo que a sua ausência poderá acarretar uma série de danos ao contratante lesado, podendo refletir em justas expectativas frustradas ou em prejuízos econômicos e sociais.

¹⁹ STJ. Acórdão *Resp 1622608 / Rs*, Relator(a): Min. Nancy Andrighi, data de julgamento: 11/12/2018, data de publicação: 19/12/2018, 3ª Turma. Disponível em Disponível em <<https://scon.stj.jus.br>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2021.

Na mesma linha, é interessante observar a recente modalidade de inadimplemento criada pela doutrina, a qual diz respeito à violação positiva do contrato, isto é, a quebra da boa-fé objetiva por um dos contratantes, que culminará na caracterização do próprio inadimplemento contratual.

Portanto, é imprescindível que, para a celebração de negócios, as partes estejam atentas ao princípio da boa-fé objetiva, com o intuito de preservar seus objetivos e os laços contratuais, permitindo-se o êxito e a satisfação dos interesses de todas as partes envolvidas, a fim de evitar a existência de prejuízos e, conseqüentemente, o desenvolvimento de litígios judiciais.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In: **RTDC**, v.1, 2000.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e Regras dos Contratos no Novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo, 2003.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Noções fundamentais de direito civil**. 4. ed. rev. atual. Coimbra: Almedina, 2001.

DA SILVA, Regina Beatriz Tavares e Outros. **Código Civil Comentado**. 8.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando; atualizadores Edvaldo Brito; Reginalda Paranhos de Brito. **Contratos**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil Brasileiro.v2. **Contratos e atos unilaterais**.12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito civil**. 34. ed. atual por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz da Silva. São Paulo: Saraiva,1997.

PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade civil pré contratual: teoria geral e responsabilidade pelas rupturas das negociações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SCHEIBER, Anderson. **A Proibição de Comportamento Contraditório – Tutela da Confiança e Venire contra Factum Proprium**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

STJ. Acórdão **Resp 1622608** / Rs. Relator(a): Min. Nancy Andrichi. data de julgamento: 11/12/2018. data de publicação: 19/12/2018. Disponível em Disponível em <<https://scon.stj.jus.br>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2021.

STJ. **AREsp 26.2823** MT 2012/0250532-2. Relatora: Ministra Mari Isabel Gallotti. Data de publicação 08.05.2015. Disponível em <<https://scon.stj.jus.br>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2021.

TJRJ. Acórdão **Apelação 0238434-47.2015.8.19.0001**, Relator(a): Des. Lúcio Durante, data de julgamento: 19/09/2017, data de publicação: 19/09/2017, 19ª Câmara Cível. Disponível em <<http://www4.tjrj.jus.br/ejuris/ConsultarJurisprudencia.aspx>> Acesso em 20 de fevereiro de 2021.

IMPACTOS DAS INOVAÇÕES PROCESSUAIS TRAZIDAS PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO FENÔMENO DA DESJUDICIALIZAÇÃO

Bruna da Cunha Silva¹

Jonas César Dias²

Késsya Kimberlly Cândido Gonçalves³

RESUMO

O presente artigo aborda os impactos causados no fenômeno da desjudicialização em virtude das inovações processuais que foram trazidas pelo novo Código de Processo Civil de 2015. As principais diretrizes levantadas por este estudo são os métodos extrajudiciais para solução de conflitos, a saber: conciliação, mediação e arbitragem e suas características em comum bem como as divergentes, as implicações do Código de Processo Civil de 1973 nas soluções extrajudiciais, bem como o levantamento de dados dos anos de 2014 a 2018 referente a processos judiciais em todo o país de forma regional.

Palavras-chave: Desjudicialização. Inovações. Extrajudiciais. Impactos. Conciliação. Mediação. Arbitragem.

INTRODUÇÃO

O presente artigo refere-se ao desmembramento de uma pesquisa acadêmica, realizada no ano de 2020, pelos alunos Bruna da Cunha Silva, Eugênio Pachelli Souza Lopes Júnior, Jonas César Dias, Késsya Kimberlly Cândido Gonçalves e Vinicius Campos Almeida, promovida através de um projeto de iniciação científica do Centro Universitário Presidente Antônio Carlos, Campus Barbacena, Minas Gerais, sob a coordenação da Professora Geisa Rosignoli Neiva. Esta pesquisa teve por objeto de investigação, os impactos causados pelas inovações processuais trazidas pelo novo Código de Processo Civil, no dito “fenômeno” da desjudicialização, em uma época em que a

¹ Graduanda em Direito no Centro Universitário Presidente Antônio Carlos, Campos Barbacena, Minas Gerais. E-mail: brunadacs@gmail.com.

² Graduando em Direito no Centro Universitário Presidente Antônio Carlos, Campos Barbacena, Minas Gerais. E-mail: jonascddias@gmail.com.

³ Graduanda em Direito no Centro Universitário Presidente Antônio Carlos, Campos Barbacena, Minas Gerais. E-mail: kimberllykessya@gmail.com.

grande demanda pelo judiciário vem paralisando o sistema, tornando cada vez mais laboriosa a resolução de conflitos.

Este trabalho analisou as principais características da mediação, conciliação e arbitragem, que são os mais conhecidos métodos de resolução de conflitos extrajudiciais, bem como suas semelhanças, divergências e eficácia quando se refere a dar solução à demandas judiciais conflituosas. O objetivo do estudo é elucidar as reais implicações das inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil, através de demonstrações teóricas de cada um dos citados métodos que visam resolver tais conflitos, por meio de dados da literatura, julgados e doutrinas, que comprovam e explicam as consequências das referidas inovações.

Pretende-se também com este estudo apresentar a eficiência e impactos dos métodos alternativos de resolução de conflitos, em comparativo com os dados precisamente fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), após breve e fundamentada descrição de tais métodos, salientando a evolução histórica que influenciou o marco atual do “fenômeno” da desjudicialização. Conclui-se que em um ordenamento jurídico, cujo Judiciário encontra-se constantemente superlotado de lides, muitas vezes ajuizadas precipitadamente, se faz necessário o conhecimento da efetividade da conciliação e mediação, que objetivam dar vazão aos processos e trazer alívio para os tribunais, como um incentivo ao uso de tais mecanismos em razão dos benefícios que trazem aos envolvidos.

1. MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Hodiernamente, o homem, entendido como ser humano que, até então, está em seu último estado evolutivo, vive e convive em sociedade. Contudo, quando recapitulada a linha progressiva da inclusão do homem no estado social, entram em cena diversos pensadores que, cada qual a seu modo, conceitua o estado de natureza às relações sociais anteriores à civilização.

O conceito cru de “estado de natureza” faz menção a um estágio, onde os indivíduos se organizavam regidos tão somente pelas leis naturais. Para Thomas Hobbes, os seres humanos, desde os primórdios de sua existência, possuem em seu íntimo uma inclinação natural ao estado de barbárie. O autor ainda afirma que “o homem é o lobo do homem, sendo ele mesmo controlado por seu estado natural”, estaria disposto a utilizar meios ilimitados de opressão e agressividade, para atingir seus propósitos, não importando a quem dirigidos.⁴

Com isto se torna manifesto que, durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de os manter a todos em respeito, eles se encontram naquela condição a que se chama guerra; e uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens.⁵

⁴ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Inglaterra: Edipro, 1651. p. 79.

⁵ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Inglaterra: Edipro, 1651. p. 79.

Partindo do pressuposto de total desordem, no que tange à organização dos indivíduos em sociedade, Hobbes cita a criação de um contrato social, que fiscalizaria todos os tipos de conflitos humanos, a fim de permitir a disciplina, onde este mesmo homem deveria abdicar de parte de seu poder, até então ilimitado, e concedê-lo para a manutenção da ordem.

A passagem do estado natural ao estado civil, produziu no homem uma mudança considerável, onde substituiu em sua conduta a justiça em detrimento instinto, imprimindo às suas ações a moralidade que lhes faltava em seu contato social vigente. Foi somente então que a voz do dever, sucedendo ao impulso físico e ao direito ao apetite, fizeram com que o homem, que até esse momento só tinha olhado para si mesmo, se visse forçado a agir por outros princípios, e consultar a razão antes de ouvir seus pendores.⁶

Assim, como vários outros autores contratualistas, Hobbes e Rousseau acreditavam que a constituição desse mesmo contrato marcava, sem dúvidas, a transição do estado de natureza para o estado social.

Isso posto, é possível afirmar que os conflitos estão presentes desde a remota existência do ser humano, bastando para isso basta existirem diferentes exposições de ideias e opiniões. Todavia, mesmo com a existência de um estado social, esses conflitos continuavam e continuarão existindo. Assim, entende-se que o Direito existe prematuramente com o intuito de regular os conflitos criados pelos indivíduos, como expõe o jurista romano Ulpiano, citando que “onde existe o homem, há sociedade, onde existe sociedade, há o Direito”. (tradução livre)⁷

Visto que em Estados Democráticos de Direito, como é o caso do Brasil, não se é admitido a autotutela, o Estado apoderou-se do poder-dever de solucionar conflitos de interesse, e a isto, deu-se o nome de jurisdição. Desta forma, houve a necessidade de elaboração de meios que pudessem auxiliar na construção de acordos pacíficos entre as partes conflitantes, possibilitando assim que os próprios indivíduos fossem juízes de si, onde o diálogo possibilitaria a autocomposição sem necessidade de intervenção Estatal.

Pelo princípio constitucional (art. 5º, XXXV, CRFB/88) da inafastabilidade do poder judiciário, conhecido também como princípio do acesso à justiça, tem-se sólida a ideia de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”⁸. Sobre esta temática, lecionam os doutrinadores Humberto Dalla e Tatiana Machado:

A finalidade do princípio da inafastabilidade de jurisdição é evitar que o acesso do indivíduo ao Poder Judiciário seja negado ou dificultado, em especial pelo Poder Legislativo, através da edição de legislação infraconstitucional. Nessa linha, o ajuizamento de uma ação judicial não significa que o órgão jurisdicional deverá, necessariamente, por

⁶ ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Paris: Ridendo Castigat Mores, 1972.p.12.

⁷ No original: “Ubi homo ibi societas; ubi societas, ibi jus”

⁸ _____. Constituição da República Federativa do Brasil (de 05 de outubro de 1988), Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 09 abr 2021.

fim ao conflito através de uma ordem impositiva. É possível que o Juiz, ao analisar aquele conflito de interesses, entenda que a melhor solução para o caso é submeter a lide a uma forma alternativa de resolução de disputas, como, por exemplo, a mediação ou, em outros casos, a conciliação.⁹

Assim, fica claro que um dos maiores, senão o maior, desafio do judiciário nos tempos modernos, vem sendo a grande quantidade de processos em curso, fazendo com que o sistema paralise e dificulte a conclusão dos conflitos. Sobre isto, Dalla e Pedrosa explanam que:

A obstrução das vias de acesso à justiça, problema cada vez mais crescente nos países da América Latina e na Europa, promove um distanciamento cada vez maior entre o Poder Judiciário e a população.¹⁰

Nesta seara, deve-se ressaltar a ideia de que o indivíduo, aciona a justiça para a resolução de um litígio simples, colocando em evidência a contradição com a tese de que o judiciário deveria ser o último recurso a ser utilizado, devendo o sujeito esgotar todos os meios antes de procurá-lo. É nesse contexto que pensamos que os métodos alternativos e auxiliares para a resolução de conflitos, merecem destaque.

Tais métodos, proporcionam à justiça, uma dinâmica completamente nova, e que é principalmente conivente com o princípio da celeridade, o que é demasiadamente importante para a resolução de causas que tramitam nos tribunais, trazendo inúmeros benefícios para a organização e efetivação do trabalho realizado pelo judiciário.

A importância de buscar solução consensual, antes de se ingressar com um processo, se deu de forma explícita pela Carta Magna de 1824 onde, por interpretação literal, não seria possível a existência de nenhum procedimento judicial sem antes existir a tentativa de conciliação.¹¹

Dessa forma, alguns dos mais importantes objetivos da conciliação tangem à instituição de mudança de paradigma na sociedade, ou seja, pacificar conflitos diminuindo sua duração, e, primordialmente, reduzir o número de processos que tramitam no poder judiciário. Valdemar da Luz conceitua o termo “conciliação” como sendo o “meio pelo qual as partes, mediante concessões mútuas, chegam a um acordo, pondo fim a uma demanda judicial.”¹²

Promulgado no ano de 1973, o primeiro Código de Processo Civil brasileiro constituiu, em alguns de seus artigos, a possibilidade de se realizar a conciliação. Mas porém, a menção ao termo encontrava-se de forma esparsa e despreziosa. Essencialmente podia se notar o instituto da

⁹ DALLA, Humberto; MACHADO, Tatiana. Novos desafios da mediação judicial no Brasil – A preservação das garantias constitucionais e a implementação da advocacia colaborativa. Rio de Janeiro, 2015.

¹⁰ DALLA, Humberto; PEDROSA, Michele. A experiência ítalo-brasileira no uso da mediação em resposta à crise do monopólio estatal de solução de conflitos e a garantia do acesso à justiça. Rio de Janeiro.

¹¹ BRASIL. Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824), Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 06 maio. 2020.

¹² LUZ, Valdemar P. da, DICIONÁRIO JURÍDICO, 2ª ed. rev.e atual. Barueri, 2019. p.131.

conciliação nas ações referentes aos procedimentos sumário e ordinário, como constavam dos artigos 447, 448 e 449 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973¹³:

Art. 447. Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento.

Parágrafo único. Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação.

Art. 448. Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo.

Art. 449. O termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, terá valor de sentença.

No revogado Código Processual Civil de 1973, havia a previsão da audiência preliminar, se tratando de rito ordinário e oportunidade voltada à tentativa de conciliação entre as partes litigantes. Fato é, que o novo Código de Processo Civil, promulgado em 16 de março de 2015, trouxe como “inovação” a possibilidade da existência de audiência de conciliação no limiar do processo, momento este em que as partes ainda não haviam sofrido desgastes provenientes da morosidade processual, e também devido ao fato de o réu ainda não ter oferecido contestação, havendo, portanto, certa calma no que concerne à exposição do ocorrido.¹⁴

O Novo Código de Processo Civil traz os meios extrajudiciais de solução de conflitos como uma importante ferramenta de acesso à Justiça, que ao lado do processo tradicional, coloca-se como uma alternativa à disposição do jurisdicionado para a solução do conflito que lhe aflige. Inspirado no modelo americano, proposto por Frank Sander, o NCPC traz a possibilidade de gerenciamento dos conflitos, permitindo que eles sejam direcionados para uma forma mais adequada de resolução, seja através da conciliação, da mediação, da arbitragem ou da via judicial.¹⁵

Partindo do conceito supramencionado, o rol das técnicas de soluções de conflitos conta com a presença do instituto da conciliação, o qual é empregado essencialmente com finalidade de solucionar desavenças. Objetivando a arte do diálogo, sua função fundamental é permitir a harmonização social, a qual se dará com a contenção dos conflitos que, inevitavelmente, surgirão com a convivência em sociedade.

No que diz respeito à audiência de conciliação, realizada no início da ação judicial, o novo Código de Processo Civil entregou um capítulo destinado a regular como, quando e onde será realizada, demonstrando claramente a preocupação do legislador contemporâneo em normalizar e promover possibilidades para autocomposição das partes.

¹³ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 06 maio 2020.

¹⁴ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 06 maio 2020.

¹⁵ NEIVA, Geisa Rosignoli. A reforma processual e o convite à consensualidade na Administração Pública. In: DIDIER JR., Fredie; SILVA, Augusto Vinícius da Fonseca e; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; PEIXOTO, Renata Cortes Vieira (Coord.). *Juizados Especiais da Fazenda Pública e Juizados Especiais Federais*: JusPodium, 2019, p. 215-233.

O Conselho Nacional de Justiça assim descreve o procedimento conciliatório no que tange à esfera judicial:

A Conciliação é um método utilizado em conflitos mais simples, ou restritos, no qual o terceiro facilitador pode adotar uma posição mais ativa, porém neutra com relação ao conflito e imparcial. É um processo consensual breve, que busca uma efetiva harmonização social e a restauração, dentro dos limites possíveis, da relação social das partes.¹⁶

O procedimento da mediação realiza-se através de um denominado “terceiro”, sujeito neutro e imparcial que, com atuação diferente do processo de conciliação, não atua ativamente na audiência. Ou seja, não pode propor sugestões para solucionar a problemática em questão. Ao invés disso, o papel do mediador é criar uma ponte comunicativa entre as partes, utilizando métodos e técnicas de negociação, para que assim haja a reestruturação da relação entre os sujeitos do processo, levando-os a estabelecerem um acordo entre as partes.

A atuação do mediador baseia-se, principalmente, em face de sua profissionalização e ética. Apesar de qualquer pessoa poder se habilitar a atuação nesta função, é aconselhável que o escolhido seja um indivíduo previamente preparado e dotado de conhecimentos básicos da técnica necessária, dos métodos de mediação dispostos, possuidor das características requisitadas para atuação em conflitos e ferrenho defensor das normas que especificam os procedimentos e regras para mediar os mesmos. Todos estes requisitos são necessários para o satisfatório desenvolvimento do procedimento de resolução de situações e relações conflituosas.

Trata-se então de um dispositivo a ser utilizado em casos mais específicos e complexos, onde há uma relação anterior entre as partes, mas que foi prejudicada pelo referido litígio. Pode a mediação ser mais longa do que a conciliação, devido à importância de restabelecer a comunicação entre as partes, e em âmbito judicial, ser ofertada por uma entidade ou profissional vinculado ao poder judiciário para exercê-la, devendo-se considerar todas as normas do Conselho Nacional de Justiça e do respectivo Tribunal de Justiça.

Em regra, a mediação ocorre durante o curso de um processo instaurado, por requerimento das partes ou designação judicial (mediação processual). Também ocorre antes da instauração da petição inicial (mediação pré-processual).

Já a mediação realizada fora do ambiente da justiça, pode ser institucionalizada, quando proporcionada por entidade privada especializada no método, ou independente, quando conduzida por profissional sem vínculo com qualquer entidade, escolhido livremente pelas partes, como um

¹⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/conciliacao-mediacao>. Acesso em: 20 abr. 2020.

advogado particular que tenha treinamento específico e que possa realizar este procedimento no seu escritório.

A arbitragem também é um método de resolução de conflitos, no qual as partes definem que uma pessoa ou uma entidade privada irá solucionar a controvérsia apresentada pelas partes, sem a participação do Poder Judiciário. É também caracterizada pela informalidade, embora com um procedimento escrito e com regras definidas por órgãos arbitrais e/ou pelas partes, costumando costuma oferecer decisões especializadas e mais rápidas que as judiciais.

A sentença arbitral tem o mesmo efeito da sentença judicial, pois é obrigatória para as partes envolvidas na controvérsia. Por envolver decisões proferidas no âmbito de um mecanismo privado de resolução de controvérsias, a mesma desponta como uma alternativa célere à morosidade do sistema judicial estatal.

Há também a possibilidade de as próprias partes chegarem, por si só, a autocomposição, onde os envolvidos no conflito procuram solucionar o problema, sem a ajuda de um terceiro, que pode ser realizada extrajudicialmente, mas que não é tão comum ou incidente quanto os outros meios.

2. RESULTADOS DA ANÁLISE DOS DADOS ACERCA DO ÍNDICE DE CONCILIAÇÃO NOS ESTADOS-MEMBROS NOS ANOS DE 2014-2018

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão responsável pela manutenção e transparência do Judiciário, provê, anualmente, relatórios referentes aos processos e todas suas ramificações, expondo através de gráficos e tabelas a produtividade dos tribunais, o número de ações ajuizadas e de processos findos e as despesas e indicativos judiciais, tendo como referência um ano específico.

Dentro do contexto trabalhado nesse artigo, apresentaremos a seguir a análise dos dados coletados na pesquisa, trazendo os índices de efetividade da conciliação em relação à vazão da quantidade de processos contidos nos tribunais, analisando os resultados decorrentes anuais, após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil. Tal metodologia tem o intuito de facilitar a visualização e compreensão dos dados, a partir da análise fragmentada em regiões.

Iniciando-se a partir do ano de 2015, em período anterior à vigência do código atual, há de se perceber que, em relação ao índice de conciliação dos processos de conhecimento que tramitam perante a primeira instância, a região nordeste possui o maior destaque, com média aferida em 17% (dezessete por cento), enquanto a região centro-oeste possui a menor porcentagem, com apenas 9% (nove por cento). Encarando o índice em face aos processos de execução, aqueles nos quais já existe uma sentença da qual se busca o cumprimento, o destaque é atribuído à região centro-oeste, possuindo uma média de 14% (quatorze por cento), enquanto a menor pertence à região sul, com

apenas 2% (dois por cento). Ante aos Juizados Especiais, a região centro-oeste possui destaque positivo, tanto em processos de execução quanto de conhecimento, com uma média de 24% (vinte e quatro por cento), posicionando a região sul novamente na menor taxa apresentada, considerando o ano exposto.¹⁷

Avançando para o ano de 2016, cuja vigência do novo Código de Processo Civil passou a vigorar, o relatório do Conselho Nacional de Justiça tratou do índice de conciliação de uma forma mais direta, apresentando-o como um todo, ao invés de separar em áreas como anteriormente, visto no ano de 2015. Com base neste documento, a região nordeste é detentora do destaque positivo no referido ano, adquirindo uma média de 16,6% (dezesesseis vírgula seis por cento) do total de processos que foram resolvidos através do método conciliativo, enquanto a região sul apresenta a menor taxa, com 11% (onze por cento).¹⁸

Referente ao ano de 2017, analisado sob a perspectiva de processos de conhecimento, o destaque positivo é atribuído para a região nordeste, com uma média de aproximadamente 18,6% (dezoito vírgula seis por cento), enquanto a região centro-oeste ficou para trás com 16,9% (dezesesseis vírgula nove por cento). Pode-se perceber que a região não estava tão atrás das outras, fazendo com que os índices de conciliação de processos de conhecimento neste ano fossem bastante equilibrados entre si. Referente aos processos de execução, a região centro-oeste leva a melhor, com média de 10,7% (dez vírgula sete por cento), enquanto a região norte possui a pior média, com apenas 4,8% (quatro vírgula oito por cento).¹⁹

Encerrando-se a pauta com o relatório de 2018, sendo o último disponível detalhadamente até o momento de realização do referente estudo, há de se notar que o índice de conciliação para processos de conhecimento, se fez maior na região centro-oeste, com média de 19,1% (dezenove vírgula um por cento), enquanto a menor taxa apresentada foi da região sul, com 16,6% (dezesesseis vírgula seis por cento), não se distanciando muito das demais regiões. Em relação aos processos de execução, o índice de conciliação se fez maior novamente na região centro-oeste, com média de 10,2% (dez vírgula dois por cento), enquanto sua menor incidência foi obtida pela região sudeste empatada com a norte, ambas apresentando uma média de 5,8% (cinco vírgula oito por cento). Referente ao índice de conciliação total, a maior média foi apresentada pela região nordeste, com

¹⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números**. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 10 abr. 2020.

¹⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números**. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2020.

¹⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números**. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

19,8% (dezenove vírgula oito por cento), enquanto a região sul apresentou a menor taxa, sendo esta de 12,5% (doze vírgula cinco por cento).²⁰

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A solução consensual de conflitos sofreu e ainda sofre mudanças constantes. É vista ainda com estranheza por considerável parte da sociedade, que creem não ser possível a solução de um conflito longe do martelo do juiz, pensamento este atrelado à cultura litigiosa, que rivaliza as partes, de modo que estas acreditam apenas numa solução oriunda de sentença fundamentada pelo magistrado.

Tendo em vista os aspectos apresentados no decorrer do artigo, e as principais diretrizes levantadas pelo estudo, é possível concluir que apesar das mudanças proporcionadas pelas inovações processuais, trazidas pelo novo Código de Processo Civil de 2015, no “fenômeno” da desjudicialização, as taxas de resolução de conflitos, mesmo que exista um crescente em seus quantitativos, ainda são baixas.

Chama atenção a constância da região nordeste entre os destaques positivos em termos de conciliação, enquanto a região sul aparece frequentemente com os menores índices.

Outra pauta importante a ser levantada é o distanciamento entre a porcentagem dos processos de conhecimento e dos processos de execução, sendo que aqueles apresentam maior índice de conciliação do que estes, gerando uma reflexão interessante sobre o impacto maior do método alternativo de solução de conflitos, sobre litígios ingressados recentemente à apreciação do Judiciário. Ou seja, não apresentam títulos executivos judiciais e, conseqüentemente, um trânsito em julgado.

Nos dados coletados observa-se, um aumento gradual na porcentagem de demandas solucionadas pelos métodos consensuais com o passar dos anos, e, ainda que a diferença seja relativamente pequena, a crescente dos números comprova que o uso desses mecanismos consensuais vem descongestionando o judiciário que, como dito anteriormente, deveria ser utilizado como último recurso para a solução de um litígio, de modo a respeitar o princípio da celeridade processual.

A conciliação, mesmo que ainda com índices menores se comparada ao processo comum, se mostra uma resposta simplificada e completamente eficiente para a resolução das lides. Um exemplo tangível é a incidência dos diversos contratos entre as partes durante o período pandêmico atual, acarretado pela COVID-19 que atingiu proporções globais.

²⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números**. Brasília, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 23 abr. 2020.

Com o surgimento da adversidade contagiosa, diversas relações civis foram submetidas a um estado de suspensão, com o intuito de evitar que as partes fossem severamente prejudicadas, enquanto outras, por seu caráter urgente, não obtiveram o “privilégio” de se adiar a realização de obrigações contratuais, gerando, portanto, litígios pendentes a serem apreciados pelo Judiciário. É aí que os métodos alternativos, em especial a conciliação, se fazem úteis, não só no dia a dia ordinário dos tribunais, como também em situações inconvenientes de calamidades, tudo em prol de facilitar o trabalho das instituições judiciais e, melhor ainda, trazer às partes uma conclusão rápida e justa para suas pendências.

Cumprido salientar que durante o desenvolvimento do presente artigo, não foram analisados os dados referentes ao ano de 2020, uma vez que tais dados somente são disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça no ano posterior, neste caso, o ano de 2021. Seria de valoroso aprendizado a análise dos dados de conciliação do ano de 2020, quando disponibilizados, para compreender os reais efeitos da COVID-19 nas estatísticas.

A título de arremate, restou demonstrado por meio de dados estatísticos a real e inquestionável eficácia do novo Código de Processo Civil, no que tange à resolução de conflitos, principalmente por meio da conciliação, enfatizando assim, a importância de se difundir e utilizar os meios alternativos de resolução de conflitos, legalmente previstos.

REFERÊNCIAS

BOBSIN, Arthur. **Quais as diferenças entre mediação, conciliação e arbitragem?** Aurum, Florianópolis, jun. 2018. Disponível em: <<https://www.aurum.com.br/blog/mediacao-conciliacao-e-arbitragem/>>. Acesso em 05 jun. 2020.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/conciliacao-mediacao>. Acesso em: 20 abr. 2020.

_____. **Conselho Nacional de Justiça. Andrade, Paula**. Congestionamento do Judiciário cai para 72% em 2017. Brasília: 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/congestionamento-do-judiciario-cai-para-72-em-2017/#:~:text=A%20taxa%20de%20congestionamento%20bruta,que%20teve%20in%C3%ADcio%20em%202009>. Acesso em: 03 mai. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números**. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 10 abr. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números**. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números**. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números**. Brasília, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 23 abr. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Takashi, Bruno; ALMEIDA, Daldice Maria Santana de; Gabbay, Daniela Monteiro; Asperti, Maria Cecília de Araújo. **Manual de mediação e conciliação na Justiça Federal**. Brasília: 2019. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/outras-publicacoes/manual-de-mediacao-e-conciliacao-na-jf-versao-online.pdf>. Acesso em: 16 de out. 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil** (promulgada em 05 de outubro de 1988), Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 09 abr 2021.

_____. **Constituição Política do Império do Brazil** (de 25 de março de 1824), Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 06 maio. 2020.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 06 maio 2020.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 06 maio 2020.

CAVALCANTE, Nykson Mendes Lacerda. **A conciliação como instrumento de pacificação social na resolução de conflitos.** *Justiça & Cidadania*, Rio de Janeiro, ago. 2013. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/a-conciliacao-como-instrumento-de-pacificacao-social-na-resolucao-de-conflitos/>. Acesso em: 13 de out. 2019.

CRUZ, José. Novo CPC traz mudanças na arbitragem, mediação e conciliação. *Conjur*, São Paulo, dez 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-08/paradoxo-corte-cpc-traz-mudancas-arbitragem-conciliacao-mediacao>. Acesso em 09 abr. 2021.

DALLA, Humberto; MACHADO, Tatiana. **Novos desafios da mediação judicial no Brasil – A preservação das garantias constitucionais e a implementação da advocacia colaborativa.** Rio de Janeiro, 2015.

DALLA, Humberto; PEDROSA, Michele. **A experiência ítalo-brasileira no uso da mediação em resposta à crise do monopólio estatal de solução de conflitos e a garantia do acesso à justiça.** Rio de Janeiro.

FERREIRA, Diógenes. A conciliação e a mediação frente ao novo Código de Processo Civil. *Jusbrasil*, Salvador, dez. 2015. Disponível em: <https://diogenesferreira.jusbrasil.com.br/artigos/268101576/a-conciliacao-e-a-mediacao-frente-ao-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 12 de out. 2019.

HOBBS, Thomas. **Leviatã.** Inglaterra: Edipro, 1651.

LUZ, Valdemar P. da, **DICIONÁRIO JURÍDICO**, 2ª ed. rev.e atual. Barueri, 2019.

NEIVA, Geisa Rosignoli. A reforma processual e o convite à consensualidade na Administração Pública. In: DIDIER JR., Fredie; SILVA, Augusto Vinícius da Fonseca e; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; PEIXOTO, Renata Cortes Vieira (Coord.). **Juizados Especiais da Fazenda Pública e Juizados Especiais Federais:** JusPodium, 2019, p. 215-233.

RABBI, João Vitor Leal. Conciliação: Um meio eficiente e rápido para solução de conflitos entre as partes. *Jusbrasil*, Salvador, jun. 2020. Disponível em:

<https://joaovitorleal.jusbrasil.com.br/artigos/861449483/conciliacao-um-meio-eficiente-e-rapido-para-solucao-de-conflitos-entre-as-partes#:~:text=O%20instituto%20da%20concilia%C3%A7%C3%A3o%20vem,eficaz%20de%20resolu%C3%A7%C3%A3o%20de%20conflitos.&text=%C3%89%20um%20m%C3%A9todo%20c%C3%A9lere%2C%20eficaz,rela%C3%A7%C3%B5es%20sociais%20envolvidas%20no%20conflito>. Acesso em: 22 jun. 2020.

SIMINI, Danilo Garnica; ARAÚJO, Lucas Pereira; BORGES, Diego Mota. Análise da conciliação em matéria tributária à luz da indisponibilidade do interesse público. **Nucleus**, Ituverava/SP, nov. 2014. Disponível em: <http://www.nucleus.feituverava.com.br/index.php/nucleus/article/view/1398/0>. Acesso em: 14 ago. 2020.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Constituição e Processo**: Desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outraspublicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-a-consolidacao-dasinstituicoes/poder-judiciario-e-acesso-a-justica-constituicao-e-processo-desafiosconstitucionais-da-reforma-do-processo-civil-no-brasil>. Acesso em 09 de abr. 2021.

O PSICOPATA É INIMPUTÁVEL, SEMI-IMPUTÁVEL OU IMPUTÁVEL?

Alessandro Mesquita da Costa¹

RESUMO

O presente estudo se propõe a analisar se o psicopata é inimputável, semi-imputável ou imputável. Para tanto, a legislação, a doutrina jurídica e a posição técnica de especialistas da área da psicologia e da psiquiatria foram utilizadas para a reflexão da temática abordada neste trabalho. Assim sendo, resta evidente que há muito ainda para se considerar sobre a temática em questão, sendo esta análise jurídica uma singela contribuição acadêmica para focar a nossa atenção ao modo como o psicopata é tratado atualmente no ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE

Psicopata. Inimputável. Semi-imputável. Imputável. Legislação. Doutrina

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema “o psicopata é inimputável, semi-imputável ou imputável?”, tendo como base conhecimentos interdisciplinares das áreas do direito, psicologia e psiquiatria.

A problemática se deu a partir da seguinte indagação: Qual é a imputabilidade adequada ao psicopata.

A escolha do referido tema dar-se em decorrência da curiosidade e interesse pessoal sobre o tratamento jurídico que os psicopatas que cometem crimes recebem do sistema jurídico brasileiro, com o propósito de esclarecer que tais indivíduos a depender do nível das características psicopáticas podem ser tanto imputáveis quanto semi-imputáveis.

Para elaboração deste trabalho foi necessária uma pesquisa bibliográfica com doutrinas de renomados doutrinadores da área do direito, mas também da área da psicologia e da psiquiatria, tais como Julio Fabbrini Mirabete, Rogério Greco, Guilherme Nucci, Robert Hare, Ana Beatriz Barbosa Silva, Hilda Morana, Kevin Dutton, entre outros, e sites jurídicos trazendo informações atuais sobre o assunto e na parte documental legislações, bem como o Decreto-Lei nº 2.848/40, conhecido como o “Código Penal”.

¹ Graduando em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA), campus Dorival Caymmi, Rio de Janeiro/RJ.

Para promover a melhor compreensão do tema, a estrutura do presente trabalho foi dividida em três capítulos. O primeiro visa esclarecer o que é psicopatia e como identificá-la, com o auxílio de psicólogos, psiquiatra, neurorradiologista e neurologista.

O segundo capítulo visa elucidar o que é inimizabilidade, semi-imizabilidade e imizabilidade penal, sendo este esclarecimento jurídico feito por doutrinadores do direito.

O terceiro e último busca enfim explicar se o psicopata é inimizável, semi-imizável ou imizável.

1. O QUE É PSICOPATIA E COMO IDENTIFICÁ-LA

A psicopatia é formada por um conjunto de características relacionadas. Então, não basta possuir algumas características da psicopatia, é necessário a presença da maior parte dessas características para o diagnóstico de psicopatia. Robert Hare, psicólogo do Canadá, especialista em psicologia criminal e psicopatia, denomina tais características como sintomas, que devem estar presentes em maior parte para o diagnóstico de psicopatia.

Segundo Robert Hare:

“O diagnóstico de psicopatia é dado apenas quando há indícios sólidos de que o indivíduo corresponde ao perfil completo, ou seja, tem a maior parte dos sintomas descritos neste capítulo e também os descritos no próximo.”² (HARE, 2013, p. 49)

Segue abaixo os sintomas mencionados pelo Robert Hare:

Sintomas-chave da psicopatia

Emocional/interpessoal

- Eloquentes e superficiais
- Egocêntricos e grandiosos
- Ausência de remorso ou culpa
- Falta de empatia
- Enganadores e manipuladores
- Emoções “rasas”

Desvio social

- Impulsivo
- Fraco controle do comportamento
- Necessidade de excitação
- Falta de responsabilidade
- Problemas de comportamento precoces
- Comportamento adulto antissocial

² HARE, Robert D. Sem consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós. Porto Alegre: Atmed, 2013, p. 38.

Para verificar a presença e o nível de tais características ou sintomas e, conseqüentemente, diagnosticar a psicopatia, Robert Hare, criou um método de diagnóstico de psicopatia, em 1991, chamado a Escala Hare PCL-R (Psychopathy Checklist Revised), que consiste em um diagnóstico desenvolvido a partir da análise clínica e do histórico do paciente, sendo traduzida e validada no Brasil pela Ilda Morana, em 2000.

A mencionada Escala Hare diagnostica uma pessoa através de um questionário de 20 perguntas, no qual cada pergunta é pontuada por uma escala numérica de 0 a 2 pontos (0 para “não”, 1 para “talvez/ em algum aspecto” e 2 para “sim”). Além disto, a pontuação geral varia de 0 a 40 pontos, sendo necessário que o checklist do resultado seja superior a 30 pontos para caracterizar a psicopatia. Nesse ponto, vale frisar a ponderação a seguir sobre a Escala Hare feita pela Hilda Morana:

“A escala do Hare PCL – R – Psychopatic Checklist Revised – vem preencher essa dificuldade diagnóstica. Permite, através de um ponto de corte determinado, a identificação de características de personalidade compatíveis com o conceito de psicopatia, características essas entendidas como condições mórbidas que pressupõem comportamento anti-social destrutivo e elevada tendência à reincidência delitiva. Desta forma, a psicopatia inclui-se entre os transtornos antisociais da personalidade como forma mais grave de manifestação. Tal gravidade é entendida como menor possibilidade de reabilitação, dificuldade de ajuste à instituição prisional, reincidência em crime e violência.”³ (MORANA, 2003, p. 35)

Vimos que o psicopata é formado por um conjunto de características relacionadas, mas não abordamos a origem dessas características. Segundo esta pesquisa, essas características se originam de fatores biopsicossociais e podem estar presentes no psicopata em maior ou menor nível a depender destes mesmos fatores, ou como diz Robert Hare, natureza e criação.

Vale ressaltar o que diz Robert Hare:

“Eu defendo a posição de que a psicopatia emerge a partir de uma interação complexa – e mal compreendida – entre fatores biológicos e forças sociais. Minha opinião baseia-se em indícios de que fatores genéticos contribuem para as bases biológicas do funcionamento do cérebro e para a estrutura básica da personalidade, que, por sua vez, influenciam o modo como o indivíduo responde às experiências da vida e ao ambiente social e o modo como interage com ambos. De fato, os elementos necessários ao desenvolvimento da psicopatia, incluindo a profunda incapacidade de experimentar a empatia e uma gama completa de emoções, inclusive o medo, são fornecidos em parte pela natureza e, possivelmente, por algumas influências biológicas desconhecidas sobre o desenvolvimento do feto e do neonato. Em resultado disso, fica muito reduzida a capacidade de desenvolver controles internos e a consciência e de estabelecer “conexões” emocionais com outras pessoas. No entanto, isso não significa que os psicopatas estão destinados a seguir por um caminho predeterminado, que eles nascem para desempenhar um papel socialmente desviado na vida. Mas, sim, que o seu dote biológico – o material bruto que as experiências ambientais, sociais e de aprendizado combinam em um indivíduo único – fornece uma base fraca para a socialização e a formação da consciência. Para usar uma analogia simples, o oleiro é o instrumento que molda a cerâmica a partir da argila (criação), mas as características da cerâmica produzida dependem não só dele, mas também do tipo de argila disponível

³ MORANA, Hilda Clotilde Penteadó. Identificação do ponto de corte para escala PCL-R (Psychopathy Checklist Revised) em população forense brasileira: caracterização de dois subtipos da personalidade; transtorno global e parcial. 2003. 35 f. Tese de Doutorado (Doutorado em Psiquiatria) – Curso de Medicina, Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003.

(natureza).¹⁸ Embora a psicopatia não seja, primariamente, o resultado de uma criação problemática ou de experiências infantis adversas, eu acho que esses fatores desempenham papel importante na modelagem daquilo que a natureza forneceu. Os fatores sociais e a criação afetam o modo como o transtorno evolui e o modo como se manifesta no comportamento.”⁴ (HARE, 2013, p. 180/181)

Em relação ao fator biológico, é necessário frisar que a estrutura cerebral do psicopata é diferente, pois os psicopatas têm menos conexões entre o córtex pré-frontal ventromedial (ou vmPFC, uma parte do cérebro responsável por sentimentos como empatia e culpa) e a amígdala, relacionada ao medo e ansiedade, de modo que essas duas estruturas cerebrais, que são responsáveis por regular as emoções e o comportamento social, não estão se comunicando como deveriam.

Tal estrutura cerebral singular do psicopata pode ser identificada através de imagens feitas com ressonância magnética funcional (fMRI) e com tensor de difusão (ou DTI, um tipo de ressonância magnética que obtém imagens de tecidos biológicos a partir da difusão da água entre as células).

Nesse sentido, urge mencionar o estudo sobre o mapeamento do cérebro realizado pelo neurologista Ricardo Oliveira e o neurorradiologista Jorge Moll, brasileiros, que foi resumido em um trecho da reportagem veiculada na Revista *Época*, que diz:

“Os dois classificaram os principais tipos de agressividade encontrados em 279 pessoas com distúrbios neuropsiquiátricos. Por meio de um teste desenvolvido por Moll, batizado de Bateria de Emoções Morais (BEM), e com a tecnologia da ressonância magnética funcional, concluíram que o cérebro de alguns indivíduos responde de forma diferente da de uma pessoa normal quando levado a fazer julgamentos morais, que envolvem emoções sociais, como arrependimento, culpa e compaixão. Diferentes das emoções primárias, como o medo, que dividimos com os animais, as sociais são mais sofisticadas, exclusivas dos humanos - têm a ver com nossa interação com os outros. Os resultados preliminares do estudo sugerem que os psicopatas têm muito pouca pena ou culpa, dois alicerces da capacidade de cooperação humana. Mas sentem desprezo e desejo de vingança. 'As imagens mostram que há pouca atividade nas estruturas cerebrais ligadas às emoções morais e às primárias e um aumento da atividade nos circuitos cognitivos. Ou seja: os psicopatas comunitários, assim como os clássicos, funcionam com muita razão e pouca emoção', traduz Oliveira.”⁵ (MAGESTE, 2004, p. Reportagem de Capa).

No mais, é preciso discorrer sobre o conjunto de características relacionadas que formam a psicopatia, segundo o psicólogo Kevin Dutton, que era investigador e membro honorário do Calleva Research Center for Evolution and Human Sciences, Magdalen College, University of Oxford.

Na perspectiva do psicólogo Kevin Dutton, o conjunto de características relacionadas que formam a psicopatia são: a inclemência, o charme, o foco, a resiliência mental, a ausência de medo, a atenção plena e a ação. O psicólogo referido coaduna do pensamento desse estudo de que tais características se originam de fatores biopsicossociais e podem estar presentes no psicopata em maior ou menor nível a depender destes mesmos fatores. E assim como este estudo, o psicólogo Kevin Dutton entende que, tais características quando estão presentes no psicopata em moderação

⁴ HARE, Robert D. *Sem consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós*. Porto Alegre: Atmed, 2013, p. 38.

⁵ MAGESTE, Paula. *Revista Época*, 314.de. Editora Globo, 21/05/2004. Disponível em: <[http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG64487-6014,00- >](http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG64487-6014,00-)

podem ser controladas e canalizadas tanto em comportamentos de sucesso quanto em comportamentos desviantes, entretanto, quando tais características estão presentes no psicopata em níveis elevados não podem ser controladas e, conseqüentemente, o psicopata não consegue evitar a exteriorização dessas características psicopáticas em comportamentos criminosos.

Nesse ponto, é preciso ressaltar as palavras do psicólogo Kevin Dutton através de um trecho do seu livro "A sabedoria dos psicopatas - O que santos, espiões e serial killers podem nos ensinar sobre o sucesso":

“Ligo o laptop e começo a escrever algumas ideias. Mais ou menos uma hora depois, quando entramos na estação, tenho o modelo do que chamo de mentalidade SOS: as habilidades psicológicas necessárias para lutar, superar e ter sucesso (Strive, Overcome, Succeed, SOS). Chamei esse conjunto de habilidades de Sete Sucessos Capitais — sete princípios centrais da psicopatia que, em judiciosas porções e aplicados com o devido cuidado e atenção, podem nos ajudar a conseguir exatamente o que queremos; podem nos ajudar a responder, em vez de reagir, aos desafios da vida moderna; podem nos transfigurar de vítimas em vitoriosos, sem nos transformar em vilões:

1. Inclemência
2. Charme
3. Foco
4. Resiliência mental
5. Ausência de medo
6. Atenção plena
7. Ação

Sem sombra de dúvida, o poder desse conjunto de habilidades reside diretamente em sua aplicação. Certas situações inevitavelmente chamariam por certos traços mais que outros; enquanto estivéssemos sob essas circunstâncias, algumas subsituações, voltando à nossa boa e velha analogia da mesa de som, plausivelmente exigiriam níveis mais altos ou mais baixos de quaisquer que fossem os traços selecionados. Aumentar os níveis de inclemência, resiliência mental e ação, por exemplo, pode torná-lo mais assertivo e fazer com que você conquiste mais respeito entre seus colegas de trabalho. Mas aumente-os demais e você corre o risco de se transformar em um tirano. E, é claro, há a oposta consideração sobre ser capaz de diminuí-los novamente — ser capaz de fazê-los surgir e desaparecer apropriadamente para criar o contorno da trilha sonora. Se o advogado, por exemplo, que encontramos no capítulo 4 fosse tão inclemente e destemido na vida cotidiana quanto evidentemente o era no tribunal, rapidamente ele acabaria por precisar de um advogado para si mesmo. O segredo, inquestionavelmente, é o contexto. Não é sobre ser psicopata. É antes sobre usar um método psicopata. Sobre ser capaz de entrar no personagem quando a situação exige. E então, quando a exigência não mais existe, voltar a sua persona normal. Foi aí que as coisas acabaram mal para Jamie e os outros caras. Em vez de ter problemas para girar os botões para o máximo, os deles, ao contrário, estão permanentemente presos no máximo: um erro de fábrica com conseqüências decididamente infelizes. Como disse Jamie quando cheguei ao Broadmoor, o problema dos psicopatas não é que eles estejam repletos de mal. Ironicamente, é o oposto. Eles possuem excesso de uma coisa boa. O carro é maravilhoso. Ele simplesmente é rápido demais para a estrada.”⁶ (DUTTON, 2018, p. 180/181)

Nesse sentido, urge frisar o que diz Fernandes sobre o ponto de vista do psicólogo Kevin

Dutton:

“para Dutton, a psicopatia pode ser boa, ao menos com moderação. A psicopatia é como a luz do sol. Se te expões demasiado a ela, podes apressurar teu próprio fim de uma maneira grotesca e carcinógena. Mas a exposição regulada a uns níveis controlados e ótimos pode

⁶ DUTTON, Kevin. A sabedoria dos psicopatas - O que santos, espiões e serial killers podem nos ensinar sobre o sucesso, 1.de. Editora Record, 2018

ter um impacto significativo e positivo no bem estar e a qualidade de vida.”⁷
(FERNANDES, 2015)

Acrescenta Bárbara Zago que:

“O psicólogo e especialista no assunto, Kevin Dutton, reuniu diferentes estudos que explicam aos leigos um pouco mais à respeito da psicopatia em seu livro *A Sabedoria dos Psicopatas*. (...) Por conta das mídias, literatura e cinema, muito se associa a figura de psicopata à um assassino. No entanto, o que Dutton explica em sua obra é que a psicopatia não necessariamente inclui traços violentos; mais do que isso, ela muitas vezes pode ser extremamente vantajosa em determinados ambientes. (...) E de fato, o que separa um Hannibal Lecter de um grande CEO muitas vezes está na forma de “canalizar” essa psicopatia. Diferenças de criação ou outras experiências podem causar mudanças sutis no comportamento desse tipo de indivíduo. O destino de um psicopata depende de uma grande variedade de fatores, que incluem genes, histórico familiar, educação, inteligência e oportunidade. Enquanto ambos são destemidos, confiantes, carismáticos, frios e centrados, a maneira como tais características serão aplicadas no dia a dia farão toda a diferença.”⁸
(ZAGO, 2018)

Uma outra forma de verificar a presença e o nível de características ou sintomas psicopáticos e, conseqüentemente, diagnosticar a psicopatia, é a Escala de Autoavaliação de Psicopatia de Levenson (LSRPS), criada por Hanna Levenson. A LSRPS pretende chegar até o psicopata avaliando a intensidade com que ele adere ou discorda de um total de vinte e seis itens, numa escala que vai do “discordo totalmente” ao “concordo totalmente”. Tal escala, segundo o psicólogo Kevin Dutton, foi usada para avaliar a prevalência de traços psicopáticos em toda a força de trabalho da Grã-Bretanha, conforme veremos a seguir:

“Esta pesquisa é única: a primeira de seu gênero a avaliar a prevalência de traços psicopáticos em toda a força de trabalho nacional. Os participantes eram encaminhados ao meu website, no qual completavam a Escala de Autoavaliação de Psicopatia de Levenson e recebiam sua pontuação. Mas isso não era tudo. Eles também informavam seus dados empregatícios.”⁹ (DUTTON, 2018, p. 158/159)

2. O QUE É INIMPUTABILIDADE, SEMI-IMPUTABILIDADE E IMPUTABILIDADE PENAL?

Inicialmente, vale dizer que para um indivíduo ser responsabilizado pelo fato típico e ilícito efetuado, faz-se necessária a imputabilidade, que é justamente essa possibilidade de lhe ser atribuído o fato típico e ilícito. Nessa percepção, presume-se imputável os indivíduos a partir de dezoito anos de idade, sendo presumida a capacidade de entendimento e determinação do maior.

Indubitável é que a imputabilidade faz com que os imputáveis delinquentes, de acordo com o artigo 32 do Código Penal, sejam responsabilizados criminalmente com penas privativas de

⁷ FERNANDEZ, Atahualpa. As vantagens de ser um psicopata: «psicopatiza-te!». Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4246, 15 fev. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/34603>. Acesso em: 14 abr. 2020.

⁸ ZAGO, Bárbara. Resenha: 'A Sabedoria dos Psicopatas' revela outro lado da mesma moeda. Editora Esquina da Cultura, 17 de Jul de 2018. Disponível em: <https://www.esquinadacultura.com.br/post/resenha-asabedoriadospsicopatas-revela-outro-lado-da-mesma-moeda>. Acesso em: 14 abr. 2020.

⁹ DUTTON, Kevin. *A sabedoria dos psicopatas - O que santos, espíões e serial killers podem nos ensinar sobre o sucesso*, 1.de. Editora Record, 2018

liberdade, a serem cumpridas em regime aberto, semiaberto ou fechado, de acordo com a quantidade de pena fixada na sentença; com penas restritivas de direito, que poderão ser substituídas por prestação de serviços comunitários, conforme o artigo 44, § 2º, do Código Penal; como também com multa, paga em pecúnia, independente ou cumulada com as outras espécies de pena.

Além disso, a imputabilidade possui dois elementos, quais sejam, um intelectual, que é a capacidade de discernimento, outro volitivo, que é a capacidade de controlar a sua vontade, sendo assim, o indivíduo imputável é aquele capaz de entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento. Portanto, para a configuração da imputabilidade, há necessidade de haver integralmente os elementos intelectual e volitivo.

A imputabilidade nos dizeres de Luiz Regis Prado:

“É a plena capacidade (estado ou condição) de culpabilidade, entendida como capacidade de entender e querer, e, por conseguinte, de responsabilidade criminal (o imputável responde por seus atos). Costuma ser definida como “conjunto das condições de maturidade e sanidade mental que permitem ao agente conhecer o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento”. Essa capacidade possui, logo, dois aspectos: cognoscivo ou intelectual (capacidade de compreender a ilicitude do fato); e volitivo ou de determinação da vontade (atuar conforme essa compreensão).”¹⁰ (PRADO 2002, p. 249)

Já o conteúdo da inimputabilidade é formado: por elementos integradores causais (doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou desenvolvimento mental retardado); e por elementos integradores consequenciais (total incapacidade para entender o caráter ilícito dos fatos ou de determinar-se de acordo com esse entendimento).

Assim, se presentes um dos elementos integradores causais e um dos elementos integradores consequenciais de inimputabilidade, o agente será considerado inimputável, por ser fato típico, ilícito e não culpável pela inimputabilidade.

Frise-se, ainda, que no caso de inimputabilidade não se aplica pena privativa de liberdade ou penas restritivas de direitos, ocorrendo, assim, a chamada absolvição imprópria, com a consequente aplicação de medida de segurança (internação em hospital de custódia ou tratamento ambulatorial), nos termos dos artigos 96 e 97 do Código Penal. Mirabete esclarece que:

“Excluída a imputabilidade por incapacidade total de entendimento da ilicitude do fato ou de autodeterminação, o autor do fato é absolvido e aplicar-se-á obrigatoriamente a medida de segurança de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequada.”¹¹ (MIRABETE 1999, p. 210-211).

¹⁰ PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. 3. de., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 4 v. ISBN 85-203-1976-9

¹¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal: parte geral artigos 1º a 120. 16 de. Revista e atualizada São Paulo: Atlas, 1999, v.1.

Um outro ponto a se evidenciar é a semi-imputabilidade, que é formada: por elementos integradores causais (perturbação de saúde mental, desenvolvimento mental incompleto ou desenvolvimento mental retardado); e por elementos integradores consequenciais (parcial capacidade para entender o caráter ilícito dos fatos ou de determinar-se de acordo com esse entendimento).

Desse modo, se presentes um dos elementos integradores causais e um dos elementos integradores consequenciais de semi-imputabilidade, o agente será considerado semi-imputável e será responsabilizado conforme o artigo 26, parágrafo único, do Código Penal, no qual, a pena pode ser reduzida de um a dois terços e a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação ou tratamento ambulatorial quando o condenado necessitar de especial tratamento curativo, segundo dispõe o artigo 98 do Código Penal.

Segundo Greco:

“A diferença básica entre o caput do art. 26 e seu parágrafo único reside no fato de que neste último o agente não era inteiramente incapaz de entender a ilicitude do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Isso quer dizer que o agente pratica um fato típico, ilícito e culpável. Será, portanto, condenado, e não absolvido, como acontece com aqueles que se amoldam ao caput do art. 26. Contudo, o juízo de censura que recairá sobre a conduta do agente deverá ser menor em virtude de sua perturbação da saúde mental ou de seu desenvolvimento mental incompleto ou retardado, razão pela qual a lei determina ao julgador que reduza a sua pena entre um a dois terços.”¹² (GRECO, 2008, p. 115)

Antônio Carlos da Ponte ao discorrer sobre a semi-imputabilidade, diz:

“Cabe frisar que não há uma categoria de semi-loucos ou semi-responsáveis, há sim, entre a zona de sanidade psíquica ou normal e a loucura, estados psíquicos que representam uma variação mórbida, fazendo com que seus portadores sejam responsáveis, embora com menor culpabilidade, justamente por apresentarem uma capacidade reduzida de discernimento ético – social ou auto-inibição ao impulso criminoso.”¹³ (PONTE, 2002, p.41)

Nesse ponto, é interessante esclarecer que o agente com desenvolvimento mental incompleto é aquele que ainda não se concluiu, seja pela idade ou pela falta de convivência em sociedade. Além disso, é importante elucidar que o desenvolvimento mental retardado é o desenvolvimento mental incompatível com o estágio de vida em que a pessoa se encontra.

Assinale-se, ainda, que a perturbação de saúde mental é uma espécie de doença mental, que engloba débil mental leve, doenças mentais em fase inicial da doença e segundo alguns especialistas engloba também a psicopatia.

Aos dizeres de Guilherme Nucci: “A perturbação da saúde mental, por sua vez, não deixa de ser também uma forma de doença mental, embora não retirando do agente, completamente, a sua

¹² GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 8. de. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, v. 1.

¹³ PONTE, Antonio Carlos da. Inimputabilidade e processo penal. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2002. v.1. ISBN 852243036-5.

inteligência ou a sua vontade. Perturba-o, mas não elimina a sua possibilidade de compreensão.”¹⁴ (NUCCI, 2014, p. 259).

3. AFINAL, O PSICOPATA É INIMPUTÁVEL, SEMI-IMPUTÁVEL OU IMPUTÁVEL?

Através do que foi exposto até agora, surge a necessidade de questionar se o psicopata é inimputável, semi-imputável ou imputável. Posto isto, é necessário salientar que há um certo consenso entre os especialistas de que o psicopata não é inimputável, pois a psicopatia não consiste em uma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, porque não provoca qualquer alteração na capacidade psíquica do agente, sendo um transtorno de personalidade, conforme diz Silva:

“É importante ressaltar que o termo psicopata pode dar a falsa impressão de que se trata de indivíduos loucos ou doentes mentais. A palavra psicopata literalmente significa doença da mente (do grego, psyche = mente; e pathos = doença). No entanto, em termos médico psiquiátricos, a psicopatia não se encaixa na visão tradicional das doenças mentais. Esses indivíduos não são considerados loucos, nem apresentam qualquer tipo de desorientação. Também não sofrem de delírios ou alucinações (como a esquizofrenia) e tampouco apresentam intenso sofrimento mental (como a depressão ou o pânico, por exemplo).”¹⁵ (SILVA, 2008, p. 32- 33.)

Acrescenta Jorge Trindade que:

“A psicopatia não é um transtorno mental como a esquizofrenia ou a depressão, mas um transtorno de personalidade e devido a forma devastadora de comportamento destes indivíduos perante a sociedade, nos levam a crer que os Psicopatas são os mais severos predadores da espécie humana, não obstante, constroem uma verdadeira carreira de crimes que se iniciam na infância até atingirem a vida adulta, desenvolvendo maior grau de perversidade a cada crime cometido.”¹⁶ (TRINDADE, BEHEGARAY e CUNEA, 2009, p.129).

Por outro lado, uma corrente minoritária sustenta que para o Direito o conceito de doença mental deve ser amplo, e, portanto, a psicopatia resultaria em causa de inimputabilidade, onde apesar da presença do elemento intelectual, é nula a presença do elemento volitivo, pois o agente é totalmente incapaz de determinar-se segundo o entendimento intelectual do caráter ilícito do fato.

Nessa percepção, explicam Zaffaroni e Pierangeli:

“O psicopata conhece a letra, mas não a música. Sua capacidade de compreender o caráter ilícito de sua conduta, não lhe falta o elemento intelectual. Contudo, por possuir uma atrofia em seu sentido ético, sendo um sujeito incapaz de internalizar normas de conduta, deve ser considerado inimputável.”¹⁷ (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2011, p. 546)

Já quanto a imputabilidade, alguns especialistas entendem que a psicopatia como transtorno de personalidade não configura perturbação de saúde mental, doença mental ou

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 10. Ed. Editora Forense, 2014.

¹⁵ SILVA, Ana Beatriz Barbosa. Mentis Perigosas - O Psicopata Mora ao Lado, 1.de. Editora Amontar, 2008.

¹⁶ TRINDADE, Jorge; BEHEREGARAY, Andréa; CUNEA, Mônica R. Psicopatia – a máscara da justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral.

desenvolvimento mental incompleto ou retardado, pois, o psicopata além de ter plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato, diferentemente dos doentes mentais que tendem a não conseguir ter nenhum controle sobre seus impulsos, de modo que consegue determina-se de acordo com o entendimento do caráter ilícito do fato, já que por pura vontade decidem cometer o ato delituoso de maneira calculada, não havendo circunstâncias atenuantes em sua conduta, sendo assim, imputável.

Nesse ponto, sustenta Michele Oliveira de Abreu que:

“a psicopatia não consiste em nenhuma doença mental, perturbação da saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, o que afastaria os chamados elementos integradores causais da imputabilidade. Além disso, haveria plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato, bem como, de determinar-se de acordo com esse entendimento, elementos integradores consequenciais.”¹⁸ (ABREU, 2013, p. 184).

Acrescenta Basileu Garcia que:

“embora esses indivíduos não sejam normais e tenham uma afetividade transviada, tendo em vista a defesa da sociedade, a eles deve ser imputada a responsabilidade penal e aplicadas as devidas penas.”¹⁹ (GARCIA, 2008, p. 457)

Convém ponderar que para tratarmos sobre a semi-imputabilidade, devemos primeiro analisar a incidência dos elementos integradores causais (perturbação de saúde mental, desenvolvimento mental incompleto ou desenvolvimento mental retardado) e a incidência dos elementos integradores consequenciais (parcial capacidade para entender o caráter ilícito dos fatos ou de determinar-se de acordo com esse entendimento).

Posto isto, quanto a incidência dos elementos integradores causais, é necessário dizer que segundo ampla maioria dos especialistas, a psicopatia não configura desenvolvimento mental incompleto ou desenvolvimento mental retardado.

Outrossim, quanto a incidência dos elementos integradores consequenciais (parcial capacidade para entender o caráter ilícito dos fatos ou de determinar-se de acordo com esse entendimento), é preciso frisar que assim como este estudo a maioria dos especialistas sustentam que o psicopata possui plena capacidade para entender o caráter ilícito dos fatos.

A respeito do exposto, Hare diz:

"Os psicopatas não são pessoas desorientadas ou que perderam o contato com a realidade; não apresentam ilusões, alucinações ou a angústia subjetiva intensa que caracterizam a maioria dos transtornos mentais. Ao contrário dos psicóticos, os psicopatas são racionais, conscientes do que estão fazendo e do motivo por que agem assim.”²⁰ (HARE, 2013, p. 38)

Além disso, vale dizer que assim como o presente estudo alguns especialistas entendem que a psicopatia configuraria uma perturbação da saúde mental, como defende Guido Arturo

¹⁸ ABREU, Michele Oliveira de. Da imputabilidade do psicopata. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2013. p. 184. In PIMENTEL, Vanessa Miceli de Oliveira. Psicopatia e direito penal – o lugar do autor psicopata dentro do sistema jurídico- penal. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17068> acesso em: 02/03/2021.

¹⁹ GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal.v. 1, tomo I. 7. de. São Paulo: Saraiva, 2008.

²⁰ HARE, Robert D. Sem consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós. Porto Alegre: Atmed, 2013, p. 38.

Palomba ²¹(2003, p. 515-516 e 522), renomado psiquiatra forense, ao dizer que esses indivíduos estariam em uma zona fronteira entre a normalidade mental e a doença mental, apresentando comprometimento no aspecto afetivo e de volição.

Ademais, em relação a incidência dos elementos integradores consequenciais (parcial capacidade para entender o caráter ilícito dos fatos ou de determinar-se de acordo com esse entendimento), é necessário destacar que o psicopata que possui as características relacionadas que lhe constitui em nível elevado, não é inteiramente capaz de determinar-se de acordo com o caráter ilícito dos fatos, pois, não consegue controlar tais características e, conseqüentemente, não consegue evitar a exteriorização dessas características psicopáticas em comportamentos criminosos. Como diz o psicólogo Kevin Dutton, os mencionados psicopatas: “Em vez de ter problemas para girar os botões para o máximo, os deles, ao contrário, estão permanentemente presos no máximo: um erro de fábrica com conseqüências decididamente infelizes.”²² (DUTTON, 2018, p. 181)

Por outro lado, ainda em relação a incidência dos elementos integradores consequenciais, é preciso dizer que o psicopata que possui as características relacionadas que lhe constitui em nível moderado, é inteiramente capaz de determinar-se de acordo com o caráter ilícito dos fatos, pois, consegue controlar tais características e, conseqüentemente, consegue canalizar essas características psicopáticas tanto em comportamentos de sucesso quanto em comportamentos desviantes.

Nesse ponto, veja o que diz o psicólogo Kevin Dutton:

“psicopatas fora do universo criminal, frequentemente tendo sucesso em profissões que poderiam ser uma surpresa para os menos versados nos blocos de construção da personalidade psicopática: cirurgiões, advogados e líderes empresariais, por exemplo. — Em certas circunstâncias, a combinação entre baixa aversão ao risco e falta de culpa ou remorso, os dois pilares centrais da psicopatia, pode levar a uma carreira de sucesso tanto no crime quanto nos negócios.”²³ (DUTTON, 2018, p. 70)

Ainda resta dizer que para verificar a presença e o nível de características ou sintomas psicopáticos e, conseqüentemente, diagnosticar a psicopatia, é necessária a realização do laudo de sanidade mental, que deve ser realizado por especialistas que podem aderir a identificação de psicopatia através de imagens feitas com ressonância magnética funcional e com tensor de difusão, além de aderir à Escala Hare PCL-R e à Escala de Autoavaliação de Psicopatia de Levenson. Por meio do citado diagnóstico é definido o nível de características ou sintomas psicopáticos e, conseqüentemente, se pode atribuir ao psicopata a imputabilidade ou a semi-imputabilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

²¹ PALOMBA, Guido Arturo. Tratado de psiquiatria forense - Civil e penal. São Paulo: Atheneu, 2003.

²² DUTTON, Kevin. A sabedoria dos psicopatas - O que santos, espíões e serial killers podem nos ensinar sobre o sucesso, 1.de. Editora Record, 2018

²³ DUTTON, Kevin. A sabedoria dos psicopatas - O que santos, espíões e serial killers podem nos ensinar sobre o sucesso, 1.de. Editora Record, 2018.

Por fim, o presente estudo entende que o psicopata que possui as características relacionadas que lhe constitui em nível elevado é semi-imputável, pois, quanto a incidência dos elementos integradores causais (perturbação de saúde mental, desenvolvimento mental incompleto ou desenvolvimento mental retardado), entende-se que o psicopata é portador de perturbação de saúde mental e, quanto a incidência dos elementos integradores consequências (parcial capacidade para entender o caráter ilícito dos fatos ou de determinar-se de acordo com esse entendimento), entende-se que o psicopata possui plena capacidade de entender o caráter ilícito dos fatos, entretanto, não é inteiramente capaz de determinar-se de acordo com o caráter ilícito dos fatos, pois, não consegue controlar as características psicopáticas e, conseqüentemente, não consegue evitar a exteriorização dessas características em comportamentos criminosos. Desse modo, o psicopata que possui as características relacionadas que lhe constitui em nível elevado deve ser responsabilizado conforme o artigo 26, parágrafo único, do Código Penal, no qual, a pena pode ser reduzida de um a dois terços e a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação ou tratamento ambulatorial quando o condenado necessitar de especial tratamento curativo, segundo dispõe o artigo 98 do Código Penal.

Para encerrar, é importante dizer que o presente estudo entende que o psicopata que possui as características relacionadas que lhe constitui em nível moderado é imputável e não é semi-imputável, pois, possui plena capacidade para entender o caráter ilícito dos fatos e de determinar-se de acordo com esse entendimento, além de não ser portador de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, ainda que seja portador de uma perturbação da saúde mental. Portanto, o psicopata que possui as características relacionadas que lhe constitui em nível moderado, de acordo com o artigo 32 do Código Penal, deve ser responsabilizado criminalmente com penas privativas de liberdade, a serem cumpridas em regime aberto, semiaberto ou fechado, de acordo com a quantidade de pena fixada na sentença; com penas restritivas de direito, que poderão ser substituídas por prestação de serviços comunitários, conforme o artigo 44, § 2º, do Código Penal; como também com multa, paga em pecúnia, independente ou cumulada com as outras espécies de pena.

REFERÊNCIAS

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 4 v. ISBN 85-203-1976-9

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: parte geral artigos 1º a 120**. 16 ed. Revista e atualizada São Paulo: Atlas, 1999, v.1.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 8. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, v. 1.

PONTE, Antonio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2002. v.1. ISBN 852243036-5.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10. Ed. Editora Forense, 2014.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

TRINDADE, Jorge; BEHEREGARAY, Andréa; CUNEA, Mônica R. **Psicopatia – a máscara da justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral**.

ABREU, Michele Oliveira de. **Da imputabilidade do psicopata**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2013. p. 184. In PIMENTEL, Vanessa Miceli de Oliveira. Psicopatia e direito penal – o lugar do autor psicopata dentro do sistema jurídico-penal. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17068> acesso em: 02/03/2021.

MARIETAN, Hugo. **Personalidades Psicopáticas**. Revista Alcmeon, v. 7, n. 3, nov., 1995.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**.v. 1, tomo I. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PALOMBA, Guido Arturo. **Tratado de psiquiatria forense - Civil e penal**. São Paulo: Atheneu, 2003.

HARE, Robert D. **Sem consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós**. Porto Alegre: Atmed, 2013, p. 38.

MORANA, H. C. P. **Identificação do ponto de corte para a escala PCL-R (Psychopathy Checklist Revised) em população forense brasileira: caracterização de dois subtipos de personalidade; transtorno global e parcial**. São Paulo, 2003. p. 136. Tese (Doutorado), Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal - v. 1: parte geral (arts. 1 a 120)**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

MARANHÃO, Odon Ramos. **Psicologia do Crime**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

CASOY, Ilana. **Serial Killers – Louco ou cruel?** Rio de Janeiro: Darkside, 2014.

DUTTON, Kevin. **A sabedoria dos psicopatas - O que santos, espíões e serial killers podem nos ensinar sobre o sucesso**, 1.ed. Editora Record, 2018.

ZAGO, Bárbara. **Resenha: 'A Sabedoria dos Psicopatas' revela outro lado da mesma moeda**. Editora Esquina da Cultura, 17 de Jul de 2018. Disponível em: <https://www.esquinadacultura.com.br/post/resenha-a-sabedoria-dos-psicopatas-revela-outro-lado-da-mesma-moeda>> Acesso em: 02/03/2021.