ANAIS

DO III SEMINÁRIO DE DIREITO, PSICOLOGIA E NEUROCIÊNCIA

DIPSIN

Anais do III Seminário de Direito, Psicologia e Neurociência

Coordenação
Sergio Nojiri

DIPSIN

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Anais do III Seminário de Direito, Psicologia e Neurociência/ coordenação Sergio Nojiri – Ribeirão Preto, SP:
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP, 2018.
Vários autores
Bibliografia
ISBN: 978-85-62593-23-9
1. Direito 2. Psicologia 3. Neurociência 4. Seminário 5. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP I. Nojiri, Sergio

APRESENTAÇÃO

Esta coletânea é uma seleção de artigos escritos por ocasião do III Seminário de Direito, Psicologia e Neurociência, realizado nos dias 17 e 18 de outubro de 2017, na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – USP.

Os textos que temos o prazer de aqui apresentar foram inicialmente submetidos aos respectivos Grupos de Trabalho (GTs) do evento. Durante a realização desses grupos, os textos foram não somente expostos, mas também discutidos e analisados. Para além do desejado e saudável debate acadêmico, as apresentações e seus respectivos textos se distinguiram pelo caráter interdisciplinar de suas abordagens, marcados por estudos que relacionam o direito com a psicologia e a neurociência.

O caráter interdisciplinar dos textos aqui apresentados revela a necessidade de desfragmentação do conhecimento jurídico tradicional. Nesse sentido, trata-se de uma tentativa de promoção de um diálogo entre disciplinas que habitualmente se encontram distantes e sem qualquer comunicação recíproca. Em outras palavras, trata-se de um esforço de interação entre o direito e as outras disciplinas já mencionadas.

Nesse contexto de intercâmbio e integração entre disciplinas é que se situa o DIPSIN, nosso grupo de estudos em direito, psicologia e neurociência. É pensando em um processo de integração e troca de ideias entre campos diversos do conhecimento que nosso grupo de estudos realiza anualmente um seminário no qual são realizados Grupos de Trabalho para recebimento, discussão e publicação de artigos.

Como já foi dito, a presente coletânea de artigos é o resultados dos 5 Grupos de Trabalho que se sucederam no III Seminário de Direito, Psicologia e Neurociência. O que não foi narrado foi o quanto algumas pessoas se dedicaram e contribuíram para o êxito dessa tarefa, seja na preparação dos trabalhos, seja na sua execução no papel de coordenadores. Dessa forma, cumpre lembrar e agradecer as seguintes pessoas que tornaram possível a concretização desta edição, desde sua concepção até a sua publicação: Gabriela Perissinotto de Almeida, Ana Letícia Valladão Giansante, Igor Assagra Rodrigues Barbosa, Nathália de Assis Camargo Franco e Barbara Siqueira Furtado. Também gostaria de agradecer os seguintes coordenadores e coordenadoras de GTs que não somente participaram dos debates, mas também incitaram à reflexão dos participantes para investigações que vão além de fronteiras pré-estabelecidas entre

disciplinas: Regina Lúcia Nogueira, André Vilela, Felipe Salgado, Thaís Nunes de Arruda e Danilo Benette.

Apesar das enormes dificuldades no fortalecimento de uma linha de pesquisa interdisciplinar que busca a substituição de uma concepção unitária de direito por outra mais integrada a outros modelos de pensamento, pensamos que a publicação desta coletânea contribui de maneira significativa para pensar o direito a partir de outras perspectivas, diversas das tradicionalmente adotadas. E que venham outras!

Sergio Nojiri
Ribeirão Preto,
16.03.2018.

SUMÁRIO

Grupo de trabalho 01
Filosofia e decisao judicial.....08

Empatia: pode ser considerada como um guia confiável para a tomada de decisões (morais ou jurídicas)?
Cândida M.V.P Miranda.....09

Sobre computadores e Kelsen: uma abordagem fenomenológica aos fundamentos epistemológicos comuns da filosofia da mente do positivismo lógico
Felipe Henrique Canaval Gomes
Gilberto Hoffmann Marcon.....26

Uma leitura do pós-positivismo jurídico a partir do construcionismo social
Hamilton Neto Funchal.....49

Direito do consumidor e economia comportamental: novos insights para o enfrentamento do superendividamento no Brasil
Samir Alves Daura.....68

Vieses e heurísticas em decisões judiciais
Tobias Barros Chaves.....91

Grupo de trabalho 02
Direito e neurociência.....103

Direito e psicopatia: repensando a pena
Bianca Lacerda Souza
Isael José Santana.....104

Neurociência aplicada ao acidente de trabalho: do membro fantasma ao dano moral, estético e existencial
Camilla de Lellis Mendonça
Anna Carolina de Sales.....117

Neurociência: um novo modelo para políticas anticorrupção?
Licurgo Mourão.....140

Roubo a carteiros em São Paulo: o início da neurociência na prática da justiça brasileira
Renata Andrade Lotufo
Daniel Quintela Bertuzzi
Claudia Feitosa-Santana.....164

Possíveis correlações entre a teoria da lateralização por novidade cognitiva e a positivação do direito natural
Pedro L. R. Gulke
Orientadora: Michele Cia.....180

Grupo de trabalho 03
Direito penal e criminologia.....196

Pornografia infantil virtual: caminho para a agressão?
Carolina Christofoletti.....197

O paradigma psicológico da personalidade no âmbito jurídico penal
Cecília Rodrigues Ribeiro
Eliane Rodrigues Nunes
Lucas Manoel Alves Ribeiro.....214

Criminologia genética: cárcere e suas vicissitudes
Juão Ozilo Silva Ferreira
Isael José Santana.....229

Grupo de trabalho 04
Saúde mental e solução de conflitos.....249

Reflexos jurídicos e psíquicos do assédio moral no trabalho
Jaíne Gouveia Pereira França
Aline Gouveia Pereira.....250

A saúde mental no cárcere brasileiro: uma análise jurídica e psicológica
Nathália de Assis Camargo Franco.....272

A constelação sistêmica e os meios alternativos de solução de conflitos: uma análise sobre a consciência coletiva
Nathália Silva e Santos.....286

Os benefícios da multiparentalidade à luz das decisões do judiciário brasileiro
Thais Zandavalli Steinacker
Carolina Zandavalli Steinacker.....303

Grupo de trabalho 05
Gênero e memória.....323

Repensando a transexualidade enquanto patologia
Ana Luiza Rodrigues.....324

Arquétipos oriundos de figuras míticas incorporados nos comportamentos da violência de gênero
Cecília Rodrigues Ribeiro
Eliane Rodrigues Nunes

Lucas Manoel Alves Ribeiro.....337

Lei Maria da Penha: uma escuta dos anseios das mulheres vítimas da violência doméstica e intrafamiliar sob a perspectiva dos magistrados
Flávia Passeri Nascimento
Paulo Eduardo Alves da Silva.....352

Direito a memória e verdade como mecanismo da justiça de transição brasileira
Laís Andrade Furtado Leite.....371

Grupo de trabalho 01
Filosofia e decisão judicial

EMPATIA: PODE SER CONSIDERADA COMO UM GUIA CONFIÁVEL PARA A TOMADA DE DECISÕES (MORAIS OU JURÍDICAS)?

EMPATHY: CAN IT BE CONSIDERED AS A RELIABLE GUIDE FOR MAKING DECISIONS (MORAL OR LEGAL)

*Cândida M.V.P Miranda**

Sumário: Introdução; 1. Um apanhado sobre o há de conceituação de empatia; 2. Questões ainda não respondidas sobre a utilização ou não da empatia nas decisões judiciais; 3. Os dois lados da empatia: posição de defensores e opositores; Conclusão parcial; Bibliografia.

Resumo: Este artigo tem como objetivo aprofundar a análise e os estudos sobre a relação entre o Direito e as emoções, especialmente, a empatia, e seu poder e reflexo nas decisões judiciais. Nesse sentido, serão propostas algumas reflexões como, por exemplo, a questão de se a empatia compromete o dever legal da imparcialidade, ou se todas as pessoas possuem o mesmo nível de empatia. Ainda será trazido, de modo breve, os dois lados da empatia, ou seja, aqueles que defendem que sua utilização é benéfica e aqueles que são contrários à sua utilização para, então, a partir destes argumentos, ser possível vislumbrar alguma conclusão mais palpável sobre o assunto ainda tão recente.

Palavras-chave: Direito; Psicologia; Empatia.

Abstract: This paper aims to deepen the analysis and studies on the relationship between law and emotions, especially empathy, and its power and reflection in judicial decisions. In this manner, some reflections will be proposed, for example, the question of whether empathy compromises the legal duty of impartiality, or whether all people possess the same level of empathy. The two sides of empathy, that is to say, those who argue that its use is beneficial and those who oppose its use, will be briefly brought in

* Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho (FDRP/USP). Mestranda em Direito pela FDRP/USP. Advogada.

from then on, and it will be possible to discern some more palpable conclusion about the subject is still so recent.

Keywords: Law; Psychology; Empathy

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa aprofundar a análise e os estudos sobre a relação entre o Direito e as emoções, especialmente, a empatia. Será analisado seu conceito, a tentativa de desligar a sua aproximação com conceitos de simpatia, compaixão, "*mercy*" (misericórdia), muito embora haja um celeuma quando se trata do conceito exato do referido vocábulo. Com isso, será verificada sua conexão com o direito, em especial com as decisões judiciais e, sobretudo, propor reflexões no sentido de se a empatia pode ser considerada um guia confiável para a tomada das decisões judiciais, ainda que sob o aspecto psicológico.

Ainda, sabendo que a empatia é um mecanismo existente, mas não indispensável, é cabível refletir se a sociedade jurídica ou civil deve promover e fomentar um sistema moral baseado também na empatia. A partir disso, a problematização girará em torno de avaliar se a empatia é normativamente desejável, assim como se os magistrados devem suportar suas decisões também tomando por base a empatia e se é possível medir o quanto daquela decisão foi influenciada pela empatia.

Por meio das questões propostas, será necessário verificar tanto os argumentos para a utilização da empatia no processo de tomada de decisão judicial, assim como pontuar quais são as limitações da empatia, sejam elas morais ou jurídicas. Ou seja, neste ponto, se investigará a controvérsia em torno de utilizar a empatia como um guia ou eixo para tomada de decisões morais ou judiciais, avaliando se a partir do envolvimento com o caso, a utilização da empatia, ainda que inconsciente, trará vieses à decisão que, podem ser tanto salutares para a sociedade, como um desvio (ao avaliar o caso concreto) daquela decisão mais razoável ou não tão estrita aos argumentos jurídicos racionalmente justificáveis.

Por fim, ainda será passível de investigação se a utilização da empatia, ainda que em doses mínimas ou até de forma subconsciente, retirará o caráter de legalidade daquela decisão proferida.

1. UM APANHADO SOBRE O HÁ DE CONCEITUAÇÃO DE EMPATIA

Há muito material sobre qual seria o exato conceito de empatia. No entanto, o que se pode verificar de todo esse material disponível é que o conceito exato (se possível) é, na verdade, uma construção. Até porque a existência do vocábulo empatia não é contemporâneo aos grandes filósofos do direito que tratam de tema conexos.

Atualmente, de forma absolutamente leiga e simplista, socorrendo-nos do Dicionário Aurélio, temos que a empatia seria a "forma de identificação intelectual ou afetiva deum sujeito com uma pessoa, uma ideia ou uma coisa".[1] Ou, ainda, sob o que comumente se ouve do significado de empatia: "colocar-se no lugar do outro".

Contudo, a construção do conceito de empatia foi desenvolvido ao longo do tempo. Para tanto, cita-se São Tomás de Aquino Hume e Adam Smith. Nesse sentido, primitivamente, fala-se muito da ideia de compaixão e misericórdia, sendo esta última, conectada por São Tomás de Aquino à ideia de simpatia que, na época, tratava-se do termo mais próximo ao vocábulo empatia.

Nas palavras de Noel Struchiner[2], o termo "simpatia" foi utilizado por autores da filosofia como Hume e Adam Smith, de uma forma muito próxima da forma que hoje é entendida, muito embora na época deles ainda não havia essa expressão.

A noção de simpatia em Hume se deu da seguinte forma:

> Como cordas afinadas no mesmo tom, em que o movimento de uma se comunica às outras, todos os afetos passam prontamente de uma pessoa a outra, produzindo movimentos correspondentes em todas as criaturas humanas. Quando vejo os efeitos da paixão na voz e nos gestos de alguém, minha mente passa imediatamente desses efeitos a suas causas, e forma uma tão vívida da paixão que logo se converte na própria paixão.

Por esse trecho, é possível perceber uma ideia de pareamento e compartilhamento de emoções. A seguir, a ideia de Adam Smith:

---

[1] Disponível em: https://dicionariodoaurelio.com/empatia Acesso em 26/09/2017

[2] "Alguns problemas da empatia para as decisões morais e jurídicas". Palestra em vídeo disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=C4INtMf8Ia8. Acesso em: 23/09/2017

> Por intermédio da imaginação podemos nos colocar no lugar do outro, concebemo-nos sofrendo os mesmos tormentos, é como se encontrássemos no corpo dele e de certa forma nos tornássemos a mesma pessoa, formando, assim, alguma ideia de suas sensações, e até sentindo algo que, embora em menor grau, não é inteiramente diferente delas (..) Pois, assim como sentir uma dor ou uma aflição qualquer provoca a maior tristeza, do mesmo modo conceber ou imaginar que a estamos sofrendo provoca certo grau da mesma emoção, na medida da vivacidade ou embotamento dessa concepção (...)
> Quando lemos um livro ou poema tantas vezes que já não nos divertimos mais nem um pouco os lendo sozinhos sua leitura ainda pode nos divertir na companhia de um outro. (...) partilhemos da surpresa e admiração que naturalmente desperta nessa pessoa, mas que nós somos incapazes de sentir (...) e nos divertimos com simpatia para com a sua diversão, que então anima a nossa.

Após a conceituação daqueles filósofos, Noel explica em sua exposição que:

> (...) empatia não é o nome de uma emoção específica, mas diz respeito à experimentação de um estado emocional de outro, seja qual for esse estado emocional" (Prinz). A empatia envolve uma congruência entre emoções; um compartilhamento emocional; um pareamento de emoções.
> A congruência emocional não é uma mera coincidência. A razão pela qual eu tenho a emoção é porque o outro também a possui. Eu pego a emoção do outro. A empatia envolve um contágio emocional.
> Os modos de aquisição da empatia (processos empáticos) podem ser mais automáticos e primitivos (mímica, condicionamento e associação direta) ou mais sofisticados e deliberados (associação verbalmente associada e tomada de perspectiva, seja quando eu me imagino no lugar do outro, ou quando eu me imagino sendo o outro no lugar dele que são cenários absolutamente diferentes.) (Hoffman).

Neste momento, cabe ressaltar que há controvérsias sobre o enquadramento da empatia como uma emoção ou não. Sobre a empatia não poder ser considerada uma emoção, há quem diga que:

> Perceber, então, uma emoção, indiscutivelmente deflagra, através de um bloco de atividades mentais (recordação, imaginação, memórias emocionais inconscientes etc.) do perceptor, um espectro de emoções, emoções que podem variar quanto ao tipo e/ou intensidade. Essa variação de tipo e intensidade se manifesta sem que a vontade consciente do perceptor esteja envolvida e, não havendo ciência desse fato, a possibilidade de que a resposta adequada esperada, não seja tão adequada. Sendo o objetivo do processo empático a obtenção de resposta adequada ao sentimento percebido, é necessário que o observador esteja consciente de que elementos obscuros à sua compreensão estão atuando sub-repticiamente durante a tomada de decisão sobre qual resposta seria a mais adequada àquele sentimento observado[3].

A Autora do trecho acima propõe que, para resolver o impasse estabelecido, o ideal seria a utilização da empatia, no entanto, sob uma nova roupagem ou enquadramento, vejamos:

> Resolve-se o impasse utilizando a empatia. Empatia não mais entendida como pura emoção, mas como habilidade cognitiva, pertencente ao grupo de instrumentos empregados na atividade da mente responsável pela captação, filtragem e conversão das emoções observadas em respostas adequadas. É a compreensão racional, distanciada (mas não independente) do processo vicário, dessas emoções que irão conferir ao perceptor a característica vital da *imparcialidade* para a escolha da resposta mais adequada, do julgamento [justo e] adequado, processo que será exposto em detalhes oportunamente[4].

---

[3] ROSÁRIO, M.C. et al. **Empatia Judicial: Uma Proposta Compatibilista**. Dissertação (Dissertação em Direito) – UNISINOS. São Leopoldo, RS. 2015.

[4] Idem.

Por meio do recorte acima, vê-se que a Autora entende a empatia, não como uma emoção, mas sim como uma espécie de habilidade cognitiva, vejamos seu raciocínio:

> Surge assim, a ideia da empatia/habilidade cognitiva como viabilizadora de ação, uma dialética entre a razão [consciente] e os enigmas do inconsciente; este é o compromisso com o contraditório. As emoções do observado serão percebidas pelo observador, que tendo estabelecido conscientemente o uso da empatia, servir-se-á do contraditório com o objetivo de compreender até que ponto suas próprias emoções podem estar contaminando a real compreensão da emoção do outro, estabelecendo a existência ou não de um nexo entre elas, para, por fim, ofertar uma resposta adequada. Conclui-se, portanto, que tanto os elementos afetivos, quanto os elementos cognitivos, integram, mandatoriamente, o fenômeno da empatia
>
> (...)
>
> A justaposição consciente das emoções percebidas com as emoções do próprio perceptor é que vai extirpar o entendimento de que o processo que envolve emoção é inconciliável com o processo racional (como observado no senso comum), permitindo desta forma que se desfaça a pecha de parcial imputada àquele que decide, não baseado nas emoções, mas utilizando-as como participantes passivas (porém indispensáveis) do processo empático, e, consequentemente, do processo de tomada de decisão.
>
> Este é o ponto de imbricamento entre a empatia e as decisões judiciais. Imbricamento causador de apaixonadas discussões promovidas por debatedores que negam a essencialidade da utilização da empatia, mas que momentaneamente se esquecem do que é legítimo às suas objeções, e permitem que suas próprias emoções estabeleçam posições enviesadas, parciais. Da mesma forma apaixonada (porém, mais coerente, ainda que não satisfatória), discutem os que defendem a essencialidade do uso da empatia no processo judicante, mas, também, de forma insatisfatória, por entenderem a empatia como emoção capaz

> de aproximar, através de um espelhamento emocional, o julgador do julgado[5].

Ainda, já trazendo indícios de sua conclusão, menciona que o grande desafio da tomada da empatia no âmbito judicial é descontruir o entendimento de que o julgamento, para ser justo e moral, deve necessariamente ser isento de qualquer participação emocional, aduzindo que "participar" seria o mesmo de "interferir". Traz também o óbvio, mas importante lembrete que sob as togas, existes serem imperfeitos e falíveis.

A proposta da Autora dos trechos aqui colacionados é construir um novo conceito para a empatia: a empatia judicial que, pode ser assim concluído:

> Fala-se de "empatia judicial" e não de "simpatia judicial". O ponto gravitacional da primeira é muito distante do da segunda. Não se propõe com a defesa da empatia judicial que o magistrado seja dadivoso de forma conscienciosa, empatia judicial não se traduz em "julgar com o coração", ou na ação do magistrado que age mecanicamente, movido por empatia primitiva, no nível do contágio emocional. Admitir a empatia judicial como sendo uma identificação do juiz com a parte, ou com a causa, exprime o interesse inconsciente, mas pessoal e parcial, longe de todos esse desejo[6].

Vê-se que há um acirrado debate sobre o conceito de empatia, pelo que, até o presente momento, ainda não foi possível, para o objetivo do presente artigo, estabelecer ou até mesmo construir um conceito que se encaixe no enfoque da pesquisa.

Contudo, não obstante aos ruídos em torno da conceituação, acredita-se, sobretudo que, o que se deve ter claro em mente, é a forma de se entender a empatia. Isto porque, a forma como ela é assimilada, irá interferir na necessidade, conveniência ou desnecessidade ou inconveniência de sua utilização, seja para a moralidade, imparcialidade ou neutralidade, sem prejuízo, contudo, de desempenhar papel nas discussões morais.

[5] Idem.
[6] Idem.

2. QUESTÕES AINDA NÃO RESPONDIDAS SOBRE A UTILIZAÇÃO OU NÃO DA EMPATIA NAS DECISÕES JUDICIAIS.

A utilização, explícita ou não, da empatia nas decisões judicias é motivo de inúmeras pesquisas - muito embora, no Brasil não haja uma expressão quantitativa (todavia, sob o aspecto qualitativo, há estudos de grande expressão) - e debates complexos e acirrados.

O que se nota é que as referidas pesquisas e debates estão recheados de questões ainda não respondidas ou ainda sem consenso, questões que envolvem, sob a perspectiva da empatia, a contaminação da moralidade, da imparcialidade, da neutralidade, da justificativa/motivação das decisões, dentre outras discussões.

Ainda, há questões que precisam ser respondidas: (i) a empatia compromete o dever legal da imparcialidade?; (ii) a empatia confere enviesamento nas decisões judiciais? (iii) As decisões judiciais devem ser justificadas somente pelas leis?; (iv) Caso seja admitido fundamentar uma decisão também pela empatia, ela pode ser considerada um guia confiável?; (v) A aplicação reta e escorreita da lei, em determinados casos, também não seria uma espécie de injustiça?; (vi) Se o justo é a mera subsunção do fato à Lei, qual o sentido de tamanha discussão sobre o que motiva os juízes a julgarem desta ou daquela forma?; (vii) A utilização da empatia só é maléfica em decisões em desfavor da parte que a questiona?; (ix) É possível medir a utilização da empatia na decisão judicial (quando não trazida explicitamente na justificativa)?; (x) A empatia traria insegurança jurídica ou traria decisões personalizadas e com isso, mais justas?; (xi) É possível desenvolver a empatia? (xii) Todas as pessoas possuem o mesmo nível de empatia?

As indagações acima trazidas são, na verdade, a razão de existir do presente artigo e das futuras pesquisas a serem conduzidas. Assim, tentar-se-á, com os argumentos (a favor e contra a utilização da empatia nas decisões judiciais) disponíveis no meio acadêmico, doutrinário e jurisprudencial, responder algumas das questões ou pelo menos, fomentar o debate daquelas indagações a fim de, caso não haja respostas – prontas - , que seja possível, começar a construí-las.

Retomando, para seguir adiante, é imprescindível uma diferenciação entre o conceito de imparcialidade e o de neutralidade.

Independentemente da empatia ou outra emoção/habilidade cognitiva/ou outra classificação que se adote, o importante é ter em mente que é possível que um julgador seja imparcial, mas não neutro, conforme se verá por meio da elucidação abaixo.

Nesse sentido, vejamos um bom exemplo da diferenciação entre neutralidade e imparcialidade, muito embora, em uma simples leitura, tais conceitos pareçam sinônimos ou similares:

> Os conceitos de neutralidade e imparcialidade não podem ser confundidos à luz da ciência jurídica ou do direito, por mais que os dicionários possam indicá-los como sinônimos. O juiz, quando da efetivação da função judicante, não consegue despir-se de seus valores, traumas, convicções filosóficas, ideológicas e crenças, pois tais fatores são inerentes ao ser humano. Assim, a neutralidade axiológica do intérprete é impossível. Nada impede, contudo, que o juiz exerça sua atividade de forma imparcial ainda que não detenha uma neutralidade axiológica, pois a imparcialidade está ligada ao respeito aos ditames normativo-jurídicos como devido processo legal, ampla defesa, contraditório, fundamentação das decisões judiciais, previsões legais, ritos e prazos processuais. É óbvio que se o juiz julga dada contenda, utilizando-se de conceitos axiológicos pessoais, sem oferecer às partes igualdade de armas, contempladas em normas constitucionais e legais, bem como, sem ater-se às características do caso concreto e às provas produzidas, seu julgado será flagrantemente parcial, violando o princípio da imparcialidade. Entretanto, se o juiz oferece às partes as mesmas possibilidades a partir das normas constitucionais e legais e, dentro das provas produzidas transmite a sua visão de mundo por meio da sentença, não será parcial, desde que demonstre fundamentadamente a todos (partes e público em geral) que o resultado alcançado é o que mais se adequa à ordem jurídica e às peculiaridades do caso. [7]

Sobre a questão da coexistência da (possibilidade) neutralidade e da imparcialidade em uma mesma decisão, interessante é o relato de Bárbara Gomes

[7] Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13524. Acesso em 29/09/2017.

Lupetti Baptista, em sua obra "Paradoxos e Ambiguidades da Imparcialidade Judicial: entre "quereres e poderes", ao narrar a conversa entre ela em um juiz que relatou a seguinte situação:

> Por que me policiar? Porque julgo situações que aconteceram comigo e, apesar disso, só posso decidir com que está no processo. A imparcialidade está em julgar com a lei e com o processo. Não posso julgar com o que está fora dos autos. Então, outro dia me vi nessa situação. Eu comprei um eletrodoméstico em uma dessas lojas grandes. O vendedor queria me empurrar o seguro, que, segundo ele, estaria agregado. Eu não queria o seguro. Aí, ele ficou com aquela insistência que eu acho até agressiva. Aí eu fui fazer uma audiência que discutia isso. E o preposto da loja disse que a autora não estava falando a verdade, porque a loja apenas oferece o seguro, não insiste em nada. Eu sou neutro? Claro que não. Eu não prejudicar a loja, nem julgar com sentimento de raiva ou prejudicar. Mas eu sei que eles não só oferecem o seguro. Eles oferecem acintosamente. Neste caso, consigo ser imparcial, mas neutro não[8].

O recorte acima demonstra a lucidez de um julgador que notou que, por um momento, poderia, por conta da empatia (no sentido mais simples: de colocar-se no lugar do outro) julgar de forma parcial. No entanto, mesmo estando clara a diferenciação entre neutralidade e imparcialidade decidiu de forma não parcial.

Outro exemplo, contudo, sem muita lucidez e, por conseguinte, imparcialidade, segundo narrado:

> Uma advogada também falou sobre o tema: Ontem mesmo, eu estava no Tribunal, esperando para sustentar num processo meu e vi uma situação que, para mim, significou parcialidade, mas eu compreendo e confesso que não sei te responder se teria como ser diferente...uma desembargadora, muito boa, honestam eu a conheço há muito tempo, deixou que ideias dela, pré-concebidas, interferissem naquele julgamento. Ela deu uma indenização maior do que daria porque,

[8] BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. Paradoxos e ambiguidades da imparcialidade judicial: entre "quereres e poderes" – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. Ed., 2013.

> segundo ela mesma disse, está passando por uma situação idêntica em sua vida pessoal. Era uma ação de uma pessoa contra uma construtora e eles discutiam algumas irregularidades na obra. Isso é ser parcial? Acho que é. Mas, por outro lado, a desembargadora é só um ser humano, né? (...)Se o envolvimento é pessoal, aí acho que impede o julgamento. Mas essas coisas de empatia, acho que interferem, mas não tem como ser diferente[9].

O que se pode tirar das duas passagens, é que o ato de se ter empatia e utilizá-la na decisão judicial (ainda que não utilizada para fundamentar explicitamente) é também uma questão de ser ter consciência de que o juiz pode estar sendo, com ela, enviesado. O interessante seria exercitar a empatia (de modo imparcial, se possível) para julgar melhor e, concomitantemente, não deixar que essa empatia retire a lucidez da formação da decisão. É o que a Autora mostra no trecho abaixo:

> Um juiz com quem conversei me narrou uma história interessante. Ele me contava que, em sua opinião, o magistrado ideal seria aquele que tivesse vivido tudo; todas as situações impostas pela vida. Em sendo impossível, ele dizia que o seu objetivo era exercitar a empatia para tentar julgar melhor e, ao mesmo tempo, "se policiar", para não deixar que a interferência das suas vivências, levasse-o a ter opiniões preconceituosas[10].

Também nesse sentido, com ressalvas (talvez até por uma questão de interpretação, a ressalva é no que diz respeito à afirmação de que no que tange à imparcialidade, o julgador deve tomar uma atitude omissiva) proveitosa é a passagem de Marcelle Coelho do Rosário:

> Pugnar pela existência de uma neutralidade absoluta mostra-se um tanto quanto equivocado pelo simples fato de se pensar que o julgador é um ser humano. No que tange à imparcialidade, o julgador, como já foi dito, deve tomar uma atitude omissiva, portanto, ele é imparcial por não poder julgar pela cor da pele, por uma oferta em dinheiro, mas, é parcial

[9] Idem.
[10] Idem.

> partindo do pressuposto de que vai ter de escolher entre quem tem razão, ou seja, vai ter de escolher entre o direito ou não-direito de uma das partes. Nesse sentido, o julgador deve transcender a barreira ideológica que lhe é incutida, ou seja, deve se livrar do mito da neutralidade absoluta, reconhecendo sua identidade no julgado.[11]

Desta forma, o que pode ser verificado é que, até o momento, neutralidade e imparcialidade não são irmãos siameses e que, um dos requisitos (se não o mais importante) para se chegar a imparcialidade é "estar consciente". Ainda, ao redor dessa questão, outras indagações puderam ser, ao menos, iluminadas, ao passo que outras – ainda – não. O que se busca, na verdade, é demonstrar o atual cenário acadêmico/doutrinário/jurisprudencial que se encontra ainda incipiente sobre o tema e objetivando fomentar o debate a fim de que algumas das questões trazidas ou outras aqui não mencionadas possam ser, através de debates e discussões, construídas e desenvolvidas.

3. OS DOIS LADOS DA EMPATIA: POSIÇÃO DE DEFENSORES E OPOSITORES

Ao longo do presente artigo, aos poucos, já foram abordados (ainda que sob a forma de questionamentos) pontos positivos e não positivos sobre a utilização da empatia no processo de tomada de decisão judicial.

Dentre os autores com trabalhos mais expressivos, há Thomas Colby, defensor da empatia no âmbito judicial e, em posição diametralmente oposta, há Jesse Prinz, com suas obras de oposição ferrenha ao tema trazido.

Aqui, falaremos de modo bem sintético sobre a posição de cada um, justamente para que, por meio de alguma delas, o leitor não seja enviesado e para que haja margem para descoberta de mais argumentos e o fomento de discussões e debates.

Iniciando por Colby, citado por Marcelle Coelho do Rosário, especialmente em sua obra *In defense of judicial empathy*[12], tem-se que a empatia judicial não é perversa,

[11]ROSÁRIO, M.C. et al. **Empatia Judicial: Uma Proposta Compatibilista**. Dissertação (Dissertação em Direito) – UNISINOS. São Leopoldo, RS. 2015.

[12] Minnesota Law Review, disponível em: « http://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2012/11/Colby_MLR.pdf»

não fere a moralidade e não ataca o sistema jurídico do estado democrático de direito, argumenta que não há somente benefícios ao utilizar a empatia nas decisões judiciais, mas sustenta a sua necessidade, contribuindo para a eficácia no sistema judiciário.

Este autor, argumenta de maneira vigorosa que a empatia é essencial para que a decisão judicial seja eficaz e eficiente. Alerta que muitas discussões sobre o tema são advindas de uma confusão entre os conceitos de empatia e simpatia, esta último motivo de grande munição para os críticos da empatia, que temem que a lei seja desprestigiada em favor de uma justiça social, transformando o juiz de direito em um juiz ativista.

À propósito, para Colby, conhecedor da dificuldade da definição de cum conceito fixo, considera a seguinte definição:

> Empatia: ação de compreender, de estar ciente, ter sensibilidade para vicariamente experimentar os sentimentos, pensamentos e experiências de outro, quer do passado, quer do presente, sem ter os sentimentos, pensamentos e experiências comunicados totalmente, de forma explícita, objetivamente; também: a capacidade para isso.

Para este Autor, a empatia possui uma tendência para se agir de maneira ao encontro de preferências pessoais ou de modo enviesado. Para Colby, a melhor definição de empatia seria aquela que age no âmbito do sentir "com" o outro, não tem a ver com compaixão e sim entender sob os olhos do outro e ser capaz de sentir o que ele sente.

Marcelle Coelho do Rosário traz que o principal argumento (dividido em quarto aspectos) sustentado por Colby como ferramenta essencial no processo de tomada de decisão judicial é:

> 1. O sentido da empatia judicial: detectar todos os lados da questão demandada e compreender os efeitos desta detecção; 2. A importância capital de se compreender as perspectivas de todas as partes envolvidas no julgamento; 3. Diferenças de capacidade de empatia, e 4. Pontos cegos da empatia.

Uma questão interessante de ser levantada nesse contexto é que de: por que um juiz para ser um bom juiz deve se identificar com as esperanças e lutas do povo? Seguindo o raciocínio de Colby, a resposta é simples: a empatia não é totalmente

dispensável às decisões judiciais, pois se fosse, um computador seria o mais justo e moral dos juízes.

Colby nos traz uma importante ferramenta que ajudará na sensatez, na justeza e na moralidade da decisão: o balanceamento empático.

Daí, trazemos outra questão: A lei é mecânica: Julgar, à princípio, requer julgamento? O julgamento, então, não necessitaria da empatia?

De outro lado, o Autor opositor, Jesse Prinz[13], citado por Marcelle Colelho do Rosário, entende por empatia uma "emoção vicária", isto é, uma questão de sentir uma emoção que nós pensamos que o outro está sentindo. Em sua obra, *Against Empathy*, aduz que a empatia não é uma emoção desejável e questiona se seria bom ter juris e juízes empáticos.

Na verdade, Prinz acredita que a noção de empatia esta supervalorizada dentro dos processos de decisão judicial, sustentado como se a empatia fosse o melhor caminho para a moralidade judicial. O Autor menciona que não confia na empatia para a verificação da moralidade.

Nesse sentido, Prinz questiona sobre a utilidade e imprescindibilidade da empatia como uma condição prévia para o julgamento moral, e se seria benéfico cultivarmos uma moralidade baseada na empatia.

Neste ponto, cabe o entendimento de Noel Struchiner que indaga se a empatia é um mecanismo existente, mas não necessário e se, com isso, deveríamos cultivar e fomentar uma sistema moral baseado na empatia. Ainda questiona se a empatia é normativamente desejável e se os juízes devem tomar decisões que tenham por base a empatia.

Sugere que, para tentar responder os questionamentos acima, é preciso adotar uma abordagem empírica (que forneceria os limites e critérios de viabilidade de nossas considerações normativas) e investigar os fatos psicológicos ligados à empatia.

Noel ainda traz as limitações sobre a adoção da empatia, citando de modo absolutamente resumido, os seguintes pontos: (i) a empatia está sujeita a manipulações; (ii) a empatia pode prejudicar a pessoa que é foco da ação altruísta; (iii) a empatia está sujeita ao viés da familiaridade e está sujeita a predileções arbitrárias; (iv) a empatia

[13] Prinz diz que essas foram as conceituações escolhidas por ele, mas fala-nos de outras possibilidades e admite
que outras construções poderiam amenizar suas críticas (Prinz 2011)

está sujeita ao "efeito fofura"; (v) está sujeita aos efeitos da saliência (viés do aqui e agora/heurística da disponibilidade) (vi) a empatia pode operar contra a igualdade e a justiça; (vii) a empatia pode agir com detrimento ao bem comum; (viii) a dificuldade de generalizar a empatia (o colapso da compaixão).

Aquele autor, então, entende que não é o caso que necessariamente temos empatia com aqueles com quem supostamente deveríamos ter e/ou mesmo nos casos em que temos empatia, isso não é uma garantia de que decidiremos da forma normativamente apropriada. Para ele, *"a empatia é uma espécie de proxy ou heurística para a moralidade e não deve ser confundida com a própria moralidade*"

Portanto, assim como Prinz, Noel Struchiner, luta veementemente contra a utilização da empatia como um guia (muito menos confiável) para a tomada de decisões judiciais.

CONCLUSÃO PARCIAL

A discussão sobre a relação entre as emoções e o Direito ainda é pouco difundida, sendo o paradigma de relação quase sempre estabelecido entre razão e Direito. Todavia, verifica-se, por meio das recentes pesquisas realizadas, que o direito está intimamente atrelado às emoções. Tanto que no próprio Direito Penal, a emoção é considerada uma perturbação capaz de redução a pena a ser aplicada ao condenado[14].

Ainda, a externalização da emoção sob o sentimento de raiva ou ódio, por exemplo, é capaz de justificar o afastamento do magistrado por suspeição. Isto porque, o juiz tocado pelas emoções poderia se tornar menos confiável, pois já não mais estaria impassível diante das emoções e adstrito aos argumentos e fundamentos jurídicos. [15]

Superado este ponto, fato é que as recentes pesquisas têm avaliado o poder da empatia sobre a formação das decisões, sejam elas morais ou jurídicas, sendo esta última o objeto de estudo mais profundo a ser realizado neste trabalho.

Fora verificado que o conceito de empatia ainda não está fechado, tendo cada grupo de estudiosos (opositores e defensores) tomando por base determinada linha conceitual, muito embora semelhantes.

[14] STRUCHINER, Noel e TAVARES, Rodrigo de Souza. Direito & Emoções: uma proposta de cartografia, página 110.
[15] Idem.

Os estudos até então realizados vem demonstrando as controvérsias da utilização da empatia, demonstrando seus aspectos positivos ou negativos, sendo ambos os lados, absolutamente relativos, dependendo, por óbvio, do caso concreto.

Para tanto, foram trazidos questionamentos comumente levantados quando tal tema é discutido, assim como tentou-se trazer os argumentos dos defensores e dos opositores a fim de que se possa construir uma conclusão (ainda aberta).

O fato é que, a partir do presente trabalho e pesquisas futuras, é preciso avaliar se a utilização da empatia retirará a legalidade, a moralidade e a imparcialidade da decisão judicial ou se a humanizará, sendo certo que a promoção da empatia no meio jurídico deve ser analisada com cautela, até porque cada indivíduo possui uma leitura emocional diante de um mesmo fato. Além disso, deve ser levado em consideração o nível de sensibilidade de cada pessoa e a capacidade de transformação daquela decisão, ainda que internalizada, em uma decisão justa, legal e imparcial.

BIBLIOGRAFIA

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. Paradoxos e ambiguidades da imparcialidade judicial: entre "quereres e poderes" – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. Ed., 2013

BLOOM, P. (2016). Against Empathy: The Case for Rational Compassion. Ecco

HOFFMAN, Martin L. Empathy and Moral Development: Implications for Caring and Justice. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

NOJIRI, Sérgio. O dever de fundamentar as decisões judiciais. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 87

PRINZ, Jesse. Against Empathy. The Southern Journal of Philosophy, v. suplementar, 2011.

PRINZ, Jesse. Is empathy necessary for morality? In A. Coplan and P. Goldie (eds.) Empathy: Philosophical and psychological perspectives. New York, NY US: Oxford University Press, 2011

ROSÁRIO, M.C. et al. Empatia Judicial: Uma Proposta Compatibilista. Dissertação (Dissertação em Direito) – UNISINOS. São Leopoldo, RS. 2015.

STRUCHINER, Noel. "Alguns problemas da empatia para as decisões morais e jurídicas". Palestra em vídeo disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=C4INtMf8Ia8

STRUCHINER, Noel. No empathy towards empathy. Just say not to empathy (sometimes): the perils of empathy-based decision-making in law and morality (draft 2010). Disponível em: http://www.academia.edu/1561834/Just_say_no_to_empathy_sometimes_the_perils_of_empa thy-based_decision-making_in_law_and_morality_draft_2010_

STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza. Direito & Emoções: uma proposta de cartografia. In: _____; _____ (Org.); Novas fronteiras da teoria do direito: da filosofia moral à psicologia experimental. 1. Ed. Rio de Janeiro: PoD; PUC-Rio, 2011

SOBRE COMPUTADORES E KELSEN: UMA ABORDAGEM FENOMENOLÓGICA AOS FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS COMUNS DA FILOSOFIA DA MENTE DO POSITIVISMO LÓGICO

ON COMPUTER AND KELSEN: A PHENOMENOLOGICAL APPROACH TO THE COMMON EPISTEMOLOGICAL FOUNDATIONS OF LOGICAL POSITIVISM'S PHILOSOPHY OF MIND

*Felipe Henrique Canaval Gomes**

*Gilberto Hoffmann Marcon***

Sumário: Introdução; 1. O projeto fenomenológico; 2. Filosofia da mente; 3. Positivismo jurídico; Considerações finais; Referências.

Resumo: O positivismo jurídico e a teoria computacional da mente hodiernos compartilham um projeto de fundação de ciência a partir da compreensão do conhecimento como a sendo a representação correta de uma realidade independente de qualquer percepção imbricada em critérios de subjetividade. Neste artigo mostramos que a razão de essas ciências concentram seus esforços nesse sentido é por estarem vinculadas a noções bem influentes e, com frequência, não articuladas, sobre natureza e ação humana. A dotando as perspectiva fenomenológica de Merleau-Ponty, Charles Taylor e Edmund Husserl, procuraremos descrever a essência dessas perspectivas epistemológicas como um esforço para reencontrar o contato dessas ideias com uma concepção muito particular de "facticidade", descrevendo aquilo que sabemos sobre elas a partir de uma visão que considera que, sem o homem ou sua experiência de mundo, os símbolos da ciência pouco podem dizer.

Palavras-chave: positivismo jurídico; filosofia da mente; fenomenologia.

Abstract: Legal positivism and the computational theory of modern minds share a project of founding science from the understanding of knowledge as being the correct

* Doutorando em Psicologia pela FFCLRP-USP.

** Mestre em Psicologia pela FFCLRP-USP

representation of a reality independent of any perception imbricated in criteria of subjectivity. In this article we show that the reason these sciences concentrate their efforts in this direction is because they are linked to very influential and often unarticulated notions about nature and human action. Endowing the phenomenological perspective of Merleau-Ponty, Charles Taylor and Edmund Husserl, we will attempt to describe the essence of these epistemological perspectives as an effort to rediscover the contact of these ideas with a very particular conception of "facticity", describing what we know about them from of a view which considers that, without man or his experience of the world, the symbols of science cannot describe.

Key-words: legal positivism; mind philosophy; phenomenology.

INTRODUÇÃO

A natureza da consciência é um dos problemas difíceis a ser enfrentados por qualquer ciência que procure explicar o agir humano.

A filosofia da mente e o positivismo jurídico hodiernos, apesar de serem teorias tão distintas à sua maneira, procuraremos mostrar neste artigo que elas compartilham concepções de uma tradição filosófica cujas raízes remontam ao surgimento da epistemologia moderna nos séculos XVI e XVII. Procuraremos mostrar que essa semelhança pode ser identificada a partir justamente da teoria da ciência – a epistemologia que começa a se formar com Descartes e Locke, e cujas influências são vistas até hoje justamente em autores como o filósofo americano Daniel Dennett e o jusfilósofo austríaco Hans Kelsen – que essas ciências associar os seus critérios de verdade, isto é, a sua ideia de conhecimento, em determinada teoria do conhecimento científico ou da ciência no que chamamos, seguindo a definição do filósofo canadense Charles Taylor, de modelo representacional.

A epistemologia, também conhecida como teoria da ciência ou teoria do conhecimento, ou ainda de gnosiologia, é o estudo das *episteme* (ἐπιστήμη). O problema cujo tratamento é tema específico da epistemologia é a realidade das coisas ou, em geral, do "mundo externo". Ela não indica uma disciplina filosófica em geral, como a lógica ou a ética, mas um modo de tratar um problema nascido do âmbito filosófico do idealismo. Como explica Abbagno (2007, p. 183), ela apoia-se em dois pressupostos, a saber,

primeiro, de que "o conhecimento é uma 'categoria' do espírito, uma 'forma' da atividade humana ou do 'sujeito', que pode ser indagada em universal e em abstrato, isto é, prescindindo dos procedimentos cognoscitivos particulares de que o homem dispõe fora e dentro da ciência" e, segundo, de que "o objeto imediato do conhecimento é, como acreditava Descartes, apenas a ideia ou a representação". A partir desses pressupostos, a epistemologia procura verificar, então, "se a ideia corresponde a uma coisa qualquer, ou entidade 'externa'", e, em não sendo, qual a diferença entre alucinação e realidade. Existem vários campos de investigação epistemológicos, como o exame histórico da evolução da ciência e o exame crítico de seus valores, ou ainda, como será o enfoque desse artigo, investigar as condições mesmas da consciência.

Para isso, adotaremos uma perceptiva fenomenológica. Seguindo Husserl, Merleau-Ponty e Charles Taylor, procuraremos descrever a essência dessas perspectivas epistemológicas como um esforço para reencontrar o contato dessas ideias com uma concepção muito particular de "facticidade" – isto é, ao descrever o que sabemos sobre essas ciências, nosso foco será resgatar o entendimento de que sem o homem ou sua experiência de mundo, os símbolos da ciência pouco podem dizer.

Ao refletir sobre os pontos em comum do positivismo jurídico e da teoria computacional da mente, podemos começar pelo que os fenomenólogos entendem como seu caráter representacional ou o teor mecanicista destas teorias, que se impõe tão logo se tenta explicar a atividade de conhecer em uma relação do que está "lá fora" e certos estados interiores de que essa realidade externa causa em nós.

Esse modelo filosófico construído por Descartes e Locke em conjunto com o desdobramento e maturação do Renascimento nos diversos campos do conhecimento humano. Nos séculos XVI e XVII, surgia um modelo científico fundado em teses mecanicistas, as quais que vinham enfraquecendo a influência de outras concepções de conhecimento caracterizadas por modelos ditos de "particionais" – estes, sendo informados por uma essência, um *eidos*, entendiam que a mente conhecia alguma coisa porque *participava* do ser do objeto conhecido, ao invés de simplesmente descrevê-lo. O mais influente dos modelos particionais até o século XVII era o de Aristóteles, o qual prelecionava que o conhecimento humano poderia ser descrito, de forma resumida, como um processo no qual a mente (*nous*) forma unidade com o objeto. Isso não quer dizer que eles se tornem materialmente a mesma coisa, como, denunciavam seus detratores, uma espécie de misticismo filosófico; mas que tenham o mesmo *eidos* – *e*ssa

é uma concepção distinta do modelo representacional, ainda que algumas passagens de Aristóteles possam ser usadas como sustentação da epistemologia dos modernos. A teoria aristotélica, no entanto, depende da filosofia das Formas e, uma vez que cessaram as explicações para como as coisas são em termos das espécies que as informam, essa concepção de conhecimento tornou-se insustentável (TAYLOR, 2014). Por isso, hoje, a visão representacional pode parecer como a única alternativa disponível, o que não é verdadeiro.

Essa concepção, válida para Descartes e para Locke, aplica-se da mesma forma às diversas matizes do positivismo lógico, como o kelseniano, e às teorias da inteligência artificial, por que, para todas essas teorias, a percepção é concebida como envolvendo a revelação passiva de impressões de um mundo externo, de um universo mecânico apreendido sem qualquer interferência do sujeito.

Os modelos representacionais entendem que a mente deve gerar por si mesma seus critérios de certeza. A guinada do conhecimento para dentro de si é fruto da ideia de que a certeza é algo que podemos gerar por nós mesmos, ao ordenar nossos pensamentos da maneira mais correta, de acordo com vínculos claros e nítidos. O ideal da certeza autofornecida é um forte incentivo a conceber o conhecimento de tal maneira que nosso pensamento sobre o real possa ser distinguido de seus objetos e examinado *per se*, e esse incentivo sobreviveu em muito ao caminho de suas ideias originais: mesmo em uma época em que já não queremos falar de "ideias" ou "dados dos sentidos" à maneira de Locke, ainda resta forte atração para distinguir e mapear as operações *formais* de nosso pensamento. Em certos círculos, parece ser depositada uma confiança quase absoluta na definição de relações formais como um modo de alcançar a clareza e a certeza acerca de nosso pensamento (TAYLOR, 2014). A fenomenologia é uma alternativa a essa epistemologia. Ela não considera o Real desengajado, isto é, neutro ou tautológico, mas moldado pela forma de vida do agente, por sua história e por sua existência corporal. Isto é, a fenomenologia vê aí um mundo moldado pela corporificação no sentido de que a maneira de vivenciar o mundo é essencialmente a de um agente dotado de um tipo particular de corpo (MERLEAU-PONTY, 2011). No entanto, a plausibilidade dos modelos computacionais da mente decorre do computador, entendido como um modelo do pensamento e "prova" concreta de que o materialismo pode acomodar explicações em termos de desempenho inteligente e decorrente na fé disseminada das operações formais. Esses modelos enquadram conceitos como

"processamento de informações", como o de Dennett (1991), mediante os quais "ideias" atômicas se combinam na mente e formam a base para um cálculo subjacente à ação – de maneira muito semelhante ao que os positivistas lógicos pensavam na ciência como a experiência do caráter "tautológico" do pensamento (HONESKO, s/d).

Este artigo está divido em três partes. Na primeira, esboçamos um pouco do projeto fenomenológico, com os olhos atentos à Merleau-Ponty e sua crítica a ciência contemporânea. Na segunda parte, vamos investigar a teoria da mente, passando, sobretudo, por Turing e Dennett, tentando mostrar como se criou o paradigma mente-máquina. Na última parte, discorremos sobre o positivismo jurídico, tentando investigar seus valores, dada o seu alegado distanciamento da política. Ao descrever essas ciências, procuramos antes participar do seu projeto do que, como *outsiders*, propor questões ou críticas, embora não abandonemos a perspectiva fenomenológica a fim de unir encontrar uma afinidade entre temas aparentemente tão diversos.

1. O PROJETO FENOMENOLÓGICO

O projeto filosófico de Maurice Merleau-Ponty intenta realizar uma efetiva reabilitação conceitual no que concerne às consequências do dualismo cartesiano, que sob sua perspectiva descritiva adquirem um caráter eminentemente antinômico. Que a recusa ao objetivismo realizada pelo autor se dê a partir de uma perspectiva fenomenológica, mais especificamente através de uma fenomenologia do corpo, é justamente na exata medida em que se pretende superar o referencial de pensamento que parte da premissa de uma clivagem necessária entre sujeito e objeto, mente e fisiologia, espírito e matéria, atividade e passividade. No ponto nodal destas oposições o autor localiza não o problema da consciência, como a tradição moderna o fez, mas o da corporeidade que a estrutura em um nível que precede o reflexivo.

É assim que se observa ao longo de sua obra a intenção de efetuar uma recolocação constante da relação entre cultura e natureza, na qual se encontraria um campo privilegiado de questões para revelar as insuficiências tanto das compreensões neocriticistas que ganhavam força nos círculos filosóficos, quanto do positivismo lógico que ocupava lugar central no desenvolvimento do saber científico. Herdeiros das tradições mais amplas do empirismo e do intelectualismo modernos, respectivamente, os supostos adversários são abordados pelo autor no sentido de revelar entre eles

sobretudo um insuspeito aspecto de complementariedade. Este, por sua vez, nos encaminharia para reconhecer um sentido comum na fundação dos dois posicionamentos, que é justamente a separação cartesiana entre *res cogitans* e *res extensa*.

Tal separação propulsiona a um nível axiomático a necessidade de se lançar mão de uma reflexão desprovida de perspectiva, onde um mundo plenamente objetivável contrapõe-se em total exterioridade a um sujeito imparcial do conhecimento. Se as estruturas que garantem esse objetividade são imanentes ao próprio mundo, atomisticamente constituído em uma rede de acontecimentos pontuais indefinidamente prolongável, ou se advém de uma potência constitutiva do sujeito que o conhece a partir da representação e enquanto ideia, o fato é que a relação entre estes polos afasta para o segundo plano a concepção da aparição, ou seja, o fenomênico. Aquilo que se mostra, o nível da experiência, encontra-se desde sua origem remetido a uma construção que se dá entre duas realidades distintas, a do sujeito e do objeto.

O intelectualismo intenta reunir na clareza da representação os sentidos plenos que se encontram por detrás e para além daquilo que aparece. O sentido da experiência encontrar-se-ia assim necessariamente fora daquilo que se experiência, ou seja, hipostasiado, no sentido em que a verdade do fenômeno é compreendida como exterior àquilo que se apresenta. Trata-se de uma compreensão que enfatiza o poder de clareza de uma consciência sem lugar ou situação, para além de toda empiria possível. A dificuldade aqui seria justamente compreender os aspectos contingenciais desta consciência, no momento em que ela se encontra em efetiva relação com o mundo.

Se sua externalidade em relação ao mundo garante a distância necessária para a "perspectiva de sobrevoo", que por sua vez é a condição de objetividade deste mesmo mundo, é necessário por outro lado que nele próprio haja algum princípio de distinção que garanta a diferenciação mínima que se experiencie alguma coisa e não outra, algo no polo objetivo responsável por recortar e delimitar esta percepção que se apresenta como entendimento. Afinal de contas, não se tem experiência do mundo como um todo ou do mundo em geral na clareza das ideias ou essências de mundo. A descrição da atividade perceptiva, mesmo nos extremos da reflexão que se intenta o mais generalizante possível, revela que o que se tem são apreensões sempre parciais de uma totalidade constantemente aberta a uma nova exploração, o que acaba por desafiar seus intentos de clareza e atemporalidade, respectivamente. Ou seja, é preciso encontrar, no

contraponto da distância absoluta, alguma proximidade possível entre mundo e consciência, objeto e sujeito, a qual o intelectualismo pode colocar apenas como representação de uma contingência - já que não pode jamais ser contingencial em sua representação.

Toda perspectiva idealizante encontra dificuldades em se situar, em localizar a si mesma como parte da empiria que intenta abarcar por completo e em absoluto e, neste sentido, abre brechas para as limitações indesejadas do introspectivismo ou, de maneira mais extrema, do solipsismo. Isso porque lhe falta a consideração da experiência como terreno originário de toda idealização, uma vez que as formas de compreensão pretendem-se radicalmente anteriores àquilo que se compreende. A experiência, por sua vez, tende a resistir a esses postulados, o que levará no mínimo a uma consideração duplicada do sujeito, a conhecida necessidade de separar razão prática e razão pura, o sujeito empírico do sujeito transcendental.

Por outro lado, o pensamento empirista tende a restituir esta proximidade necessária, através de um intento de reinserir o âmbito subjetivo no objetivo. O próprio sujeito passa a ser compreendido como parte da cadeia empírica causal que sua reflexão é capaz de revelar como verdade. O problema aqui é que a perda de perspectiva se dá pelo outro lado: situado radicalmente como resultado de uma cadeia complexa e silenciosa de reações fisiológicas, o sujeito passa do extremo constituidor da atividade idealista ao extremo constituído passivamente do empirismo. Se para o idealismo o desafio é o de precisar a imanência dos sentidos no mundo, para além da atividade representativa, no empirismo o movimento contrário encontra seus limites quando se trata de compreender o que se considera a capacidade de transcendência do sujeito.

Merleau-Ponty identifica como comum a ambas correntes o intento de abarcar o mundo para além ou aquém da experiência, desconsiderando o âmbito fenomênico ou originário da aparição, remetida aqui a uma mera aparência. Assim é que uma perspectiva torna-se capaz de denunciar a outra, sem que seja possível uma formação de compromisso. Sob a perspectiva idealista, o empirismo é um reducionismo, enquanto que sob a perspectiva empirista o idealismo carece de fundamentação evidencial. Merleau-Ponty aponta para a continuidade entre os supostos adversários. Em ambos os casos ignora-se o caráter estruturado da relação entre consciência e mundo, que alude sempre a uma intencionalidade corpórea que desafia as oposições tradicionais entre atividade e passividade, e com isso abre a possibilidade de se compreender que pode

haver clareza de sentido sobre um fundo de indefinição, formação da experiência para além do atomismo mas sem que se recaia em uma atividade espiritual livre de qualquer caráter situado.

2. FILOSOFIA DA MENTE

A história da atual filosofia da mente remonta aos experimentos de Charles Babbage e John Herschel no século XIX. Eles tentaram criar uma máquina capaz de exibir inteligência matemática e que não fosse fadada a falibilidade humana. Embasado em teses metafísicas que o levaram a afirmar a existência de Deus como um agente material, Babbage pensava que a inteligência estava na máquina. Alguns séculos antes, Descartes havia negado a possibilidade de que qualquer máquina pudesse pensar, uma vez que um mecanismo é baseado em um funcionamento regular, previsível e finito, o que os faria incapazes de alcançar a variabilidade e a flexibilidade que se manifesta de maneira evidente na razão e na linguagem. É justamente ao se opor a radicalmente às considerações cartesianas a respeito do pensamento e dos mecanismos, que Alan Turing, já no século XX, definiu o que era computador e idealizou um teste para recolocar a questão de se uma máquina podia de fato pensar (GONZÁLES, 2011).

Para Turing, todo o cálculo executado por um homem pode ser também realizado por uma máquina ideal, considerada sem suas características físicas. Ainda segundo ele, "todos os problemas que podiam ser resolvidos pelo espírito humano trabalhando segundo as regras fixas e sem ter o que compreender" também poderiam ser resolvidas por um computador. A "máquina de Turing" é idealizada como tendo um número finito de condições internas, mas dispõe de um espaço não limitado para executar e armazenar seus cálculos, isto é, uma espécie de fita potencialmente infinita, dividida em caixas nas quais um órgão capaz de executar as funções de leitura, de escrita e de apagamento, pode examiná-la minuciosamente e modifica-la. Turing imaginava construir um "cérebro robótico", uma máquina inteligente, capaz de poder aprender, ter o direito de errar e ser capaz de não ser tratada como um mero objeto (MOSCONI, 1984).

Em *Lecture on the automatic computing engine* (2004a), publicado em 1947, Turing julga "inteligente" uma máquina a qual um adversário humano de xadrez não sabe que ele enfrenta um computador. Interessado por filosofia, Turing não era muito afeito à debates filosóficos, mas, em um artigo de 1950, ele procurou responder aos

ataques às suas concepções de máquinas inteligentes. Essa resposta vem com *Computing machinery and intelligence* (2004b), que contém a principal exposição de Turing do famoso "jogo de imitação" (*imitation game*) ou teste de Turing.

Turing procura responder a questão: as máquinas podem pensar? (*Can machines think?*). Para isso, ele substitui a questão por uma que possa ser respondida de um modo intuitivamente satisfatório – uma que possa ser aceitavelmente substituída pelo quebra-cabeça filosófico que ele se propõe.

Primeiro, Turing (2000b) descreve uma espécie de jogo de adivinhação, ou como ele chama, de "jogo da imitação, a ser jogado por um homem, uma mulher e um juiz (sem gênero definido). O homem e a mulher estão escondidos da visão do juiz, mas podem se comunicar com ele por meio de um teletipo. A tarefa do juiz é adivinhar, depois de um período de interrogação de cada participante, qual interlocutor é o homem e qual é a mulher. O homem deve tentar convencer o juiz de que ele é a mulher (e a mulher tenta convencer o juiz da verdade), e o homem ganha se o juiz faz a identificação errada.

O "jogo da imitação" envolve então esse modelo. Três participantes são requeridos, um computador ("máquina de Turing"), dois participantes humanos. O objetivo do jogo é de que um dos participantes humano (juiz) deve tentar determinar, fazendo perguntas aos outros dois participantes – o outro humano (homem ou mulher) e o computador – quem é quem. Todas as comunicações são via teletipo ou um arranjo equivalente. O juiz pode fazer perguntas qualquer tipo de pergunta, sejam elas profundamente pessoais ou amplamente contextuais, e o computador pode fazer todo o possível para forçar uma identificação errada – o computador pode responder "não" a pergunta: "você é um computador?", ou ainda pode-se requisitar uma multiplicação complexa, e mesmo assim o computador não precisaria fornecer a resposta correta. O papel do outro humano é ajudar o interrogador a identificar corretamente quais são as resposta do computador. Turing (2000b) dá exemplos do tipo de troca que pode ocorrer entre um interrogador e uma máquina que joga de modo satisfatório:

> Interrogador: Na primeira linha do seu soneto, que diz "Se eu comparasse você com um dia de verão", não seria "um dia de primavera" tão bom ou melhor?
> Máquina: Isso eu não conseguiria ler (*scan*).
> Interrogador: Que tal "um dia de inverno"? Isso você leria bem.
> Máquina: Sim, mas ninguém quer ser comparado a um dia de inverno.

> Interrogador: Você diria que o Sr. Pickwick lembrou-o do Natal?
> Máquina: De certa forma.
> Interrogador: No entanto, o Natal é um dia de inverno, e não acho que o Sr. Pickwick se importaria com a comparação.
> Máquina: Eu não acho que você está falando sério. Por um dia de inverno, pensa-se em um típico dia de inverno, não um especial como o Natal. (TURING, 2000b, p. 452) (tradução nossa).

A despeito de todo esse complexo exemplo – e da ampla controvérsia entre os estudiosos – Turing não chega a definir o que entende como pensamento e, segundo Copeland (2004), não existe evidência textual que embase qualquer uma dessas interpretações extensivas levantadas pela doutrina[16].

Em *Computing machinery*, Turing argumenta que oferece apenas um "critério" para o julgar o que seja o pensamento – a capacidade de jogar o "jogo da imitação" com sucesso é o "critério" proposto por ele para definir o que é pensar:

> (...) a identificação de máquinas ["de Turing"] com computadores digitais, por meio de nosso critério para "pensar", será insatisfatório somente se (ao contrário da minha crença), verificar-se que os computadores digitais não conseguirem ter uma boa *performance* em o jogo. (TURING, 2000b, p. 443) (tradução nossa).

Turing deixou claro, então, que sua intenção não era oferecer uma definição do que é o pensamento e, em resposta aos seus críticos, e tendo como base a tecnologia da época, ele entendia que seu "jogo da imitação" até podia ser visto como irrealista. Turing deixaria, no entanto, um critério para o desenvolvimento da programação: um computador que executasse algo que poderia ser descrito como um "pensamento" falharia no "jogo da imitação" se, por qualquer motivo, se se comportasse durante o teste de forma como muito diferente de ser humano. Segue-se, no entanto, que o "pensamento" exclusivamente não pode ser definido como o único termo de sucesso no "jogo da imitação". O sucesso no jogo é indiscutivelmente uma condição suficiente para pensar; mas o sucesso no "jogo da imitação" não é também uma condição necessária para o pensamento (COPELAND, 2004). Como Turing mesmo escreve, é possível ver semelhanças entre o ato de pensar humano e o processamento de dados por

[16] Para Robert French (2000), o teste de Turing foi originalmente proposto como uma simples implementação operacional de inteligência. Ned Block (1990), por sua vez, acredita que o conceito de pensamento de Turing se insere na linha das teorias behavioristas. Já, Andrew Hodges, de forma mais original, entende que Turing introduziu "an operational definition of 'thinking' or 'intelligence' (...) by means of a sexual guessing game" Cf: HODGES, A. *Alan Turing: the enigma*. Londres: Vintage, 1992, p. 415. Para conferir a referência completa das demais obras, vide **Referências** ao final deste artigo.

computadores – por que há nas máquinas algo que é próprio do humano – uma *eidética* não plenamente definida por Turing:

> O jogo talvez seja criticado com o argumento de que as chances são muito ponderadas contra a máquina. Se o homem tentasse fingir ser a máquina, ele claramente faria uma exibição muito fraca. Ele seria dado de uma vez pela lentidão e imprecisão na aritmética. As máquinas não podem realizar algo que deve ser descrito como um pensamento, mas isso é muito diferente do que um homem faz? (TURING, 2000b, p. 442) (tradução nossa).

Controvérsias à parte, os trabalhos de Turing foram de suma importância para o desenvolvimento das Inteligências Artificias (IA) contemporânea. As IA tradicionalmente tentaram construir inteligências desencarnadas que realizassem atividades exclusivamente de "pensamento" – *e. g.*, jogar de xadrez, prever o tempo, etc. – e cuja única maneira de interagir com o mundo fosse por meio de uma tela ou de uma impressora; mas houve também tentativas de criar IA antropomórficas que hoje são relativamente bem sucedidas, pelo menos em termos mercadológicos, como é o caso o Pepper[17]. *Computing machinery* (2004b) termina com uma declaração utopista em que Turing esboça cada uma dessas duas abordagens para IA. Ele contrasta as pesquisas que se concentram em atividades "abstratas", isto é, de "pensamento", como desenvolver computadores capazes de jogar xadrez, com pesquisas que visam fornecer às máquinas elementos capazes de fazê-las entender e falar inglês, por exemplo, e recomendava que ambas as abordagens fossem tentadas. Nesse ponto, podemos ver como o artigo de Turing foi visionário.

Entretanto, a questão que Turing deixou em aberto – "*can machines think?*" – precisa ser resolvida em outros campos que não a robótica e a programação, já que outras questões também precisam serem consideradas, pois a programação de IA que foi se desenvolvendo depois de Turing tinha propósitos mais práticos do que passar em um "teste da imitação". Segundo Daniel Dennett (2004), os programas de IA são

[17] Pepper é um robô capaz de identificar interações humanas e interagir de modo correspondente. Ele tem aspecto humanoide, mede cerca de 1,2 metros e pesa 28 kg e pode ser usado em lojas, hospitais e em escritórios. A ideia de seus desenvolvedores é de que ele seja mais do que um autômato capaz de realizar pequenas tarefas, segundo Erico Guizzo, Pepper "(...) is designed to provide advice and company: It'll tell you jokes, play games with you, teach you a new subject, and help you communicate with family and friends. Pepper will read a recipe aloud while *you* do the cooking." Cf: GUIZZO, E. How Aldebaran robotics built its friendly humanoid robot, Pepper. *IEEE SPECTRUM,* s/ local, 26 dez. 2014. Disponível em: https://spectrum.ieee.org/robotics/home-robots/how-aldebaran-robotics-built-its-friendly-humanoid-robot-pepper. Acessado em: 27/09/2017.

construídos como "sets de filmagem": preencher IA com detalhes geram custos, e sua programação é então ditada por questões econômicas. Além disso, por mais especialistas em programação sejam profissionais superespecializados – eles não são como os "alquimistas" da Renascença, que investigavam o princípio de tudo. Tão focados que estão nos objetivos práticos da AI, pouco se importam com em questões "menores" ou "corriqueiras" – mas também não são completamente capazes de antever como essas limitações atingiram o bom funcionamento da IA projetada:

> Há várias maneiras de melhorar o desempenho de tais sistemas e, é claro, alguns sistemas são muito melhores do que outros. Mas todos os programas de IA de uma forma ou de outra têm uma qualidade de "fachada", simplesmente por razões de economia. Por exemplo, a maioria dos sistemas especializados em diagnóstico médico até agora desenvolvido operam com informações estatísticas. Eles não têm conhecimento profundo ou mesmo superficial dos mecanismos causais subjacentes dos fenômenos que estão diagnosticando. Para tomar um exemplo imaginário, a uma IA é requerido um exame de dor abdominal e que seria óbvio para uma potencial análise saber que o paciente recentemente fora empregado como parceiro de *sparring* um médico especialista requer a uma IA para diagnosticar uma dor por Muhammed Ali – e que não há dados estatísticos disponíveis para a taxa de cálculos renais entre assistentes de atletas. Esse é um caso fantasioso sem dúvida – muito óbvio, talvez, para levar a uma falha real de diagnóstico e de prática. Mas os limites de compreensão mais sutis e difíceis de detectar estão sempre presentes, e mesmo os especialistas, mesmo os designers de sistema, não podem ter certeza de onde e como esses limites interferirão com a operação desejada do sistema. (DENNETT, 2004, p. 308) (tradução nossa).

O próprio Dennett, entretanto, vislumbra um outro contexto para a questão proposta por Turing. Sendo um dos mais influentes filósofos da mente ainda vivos, sua filosofia foca-se sobre questões conceituais que surgem da investigação científica da mente. Esboçando a filosofia de Dennett em termos bem genéricos, Viger (2005, p. 618) (tradução nossa) a descreve como um "tipo de interpretação [da mente] em que ter atividade mental é comportar-se de forma previsível com a imputação de determinados estados mentais, como crenças e desejos". A imputação de estados mentais é parte de uma estratégia preditiva, a estratégia intencional, de acordo com a qual uma entidade atribui as crenças e desejos que deveria ter dado a sua história e ao lugar no mundo. À entidade, são atribuídos "estados mentais", sob o pressuposto de racionalidade idealizada em que atua com base em suas crenças para satisfazer seus desejos. Dennett é

frequentemente visto como *instrumentalista*, isto é, como filósofo, esboça uma teoria da mente *como se existissem* "estados mentais", mesmo que embora na verdade entenda que não haja como provar a existência de tais coisas.

Em seu principal trabalho, *Consciousness explained* (1991), Dennett procura entender o que é a consciência e como ela opera. A natureza da consciência é uma questão antiga e complexa, que toca muitas questões acerca do que é ser humano. A teoria de Dennett é materialista, *i. e.*, o cérebro é um computador (não numérico ou linear) e a consciência é o resultado das atividades que ele gera. Ele entende o cérebro como fazendo parte de uma multiplicidade de "processadores" que suportam o corpo em todas as suas funções. Esses "processadores" geram "relatórios" (*reports*) de suas próprias atividades, cada uma à sua maneira, que resultam em "projetos de relatórios múltiplos" para qualquer situação dada.

Segundo Viger (2005), Dennett insiste que as atitudes proposicionais reais ("relatórios") porque explicam padrões verdadeiros e detectáveis de comportamentos. O que é crucial para entender a visão de Dennett é que os padrões reais que autorizam a atribuição de atitudes proposicionais são apenas detectáveis de um ponto de vista particular: a postura intencional. A postura intencional pode ser melhor compreendida, contrastando-a com outras duas posições explicativas adotadas por Viger: a posição física e a postura do projeto. A postura física é o ponto de vista que adotamos ao explicar a composição constituinte e as propriedades básicas que algo possui. Deste ponto de vista, podemos aprender, por exemplo, que algo é feito de 250 gramas de aço, mas não que algo seja um saca-rolhas ou um rim, o que, em vez disso, exigiria a adoção da postura do projeto, com foco na função que algo joga em seu ambiente. Algo é tão verdadeiramente um saca-rolhas, pois são 250 gramas de aço, mas essas diferentes regularidades são percebíveis apenas a partir de diferentes perspectivas. Da mesma forma, algo é um sistema intencional se houver regularidades visíveis somente na perspectiva de ter crenças e desejos. Algo é tão verdadeiramente um crente como um saca-rolhas ou 250 gramas de aço, mas são tipos muito diferentes de coisas, já que os diferentes pontos de vista necessários para identificá-los são claros.

Segundo Dennett (1991), uma crença é real da mesma maneira que um centro de gravidade é real. Os sistemas físicos têm centros de gravidade, embora buscá-los como parte constituinte de um objeto seria entender mal sua natureza. Da mesma forma, alguns sistemas físicos são sistemas intencionais, embora novamente procuraram uma

crença como se fosse algum componente apropriado de um sistema, na forma como os circuitos ou as engrenagens são componentes, é entender mal a natureza da crença. O assunto das descrições intencionais é todo um sistema considerado no que Dennett substitui um nível pessoal. As atribuições intencionais de nível pessoal, como ter dores, são aquelas pelas quais nos entendemos e outros como pessoas no cotidiano. Importante, não é necessário conhecer o funcionamento interno de um sistema para fazer descrições intencionais de nível pessoal, assim como não é necessário conhecer nada da microestrutura de um ímã para reconhecer suas propriedades magnéticas e tratá-lo como um ímã. Existem propriedades microfísicas em virtude das quais algo é um ímã, assim como existem processos subpessoais subjacentes em virtude de qual algo é um sistema intencional. A psicologia cognitiva subpessoal explica o funcionamento interno de sistemas intencionais, mas Dennett não espera que as regularidades de nível pessoal se reduzam às regularidades no nível subpessoal, particularmente se considerarmos a intencionalidade além da cognição humana. A variedade e a complexidade interna dos sistemas intencionais praticamente garantem que as realizações subpessoais dos estados intencionais não terão uma explicação comum abaixo das instruções de nível pessoal. A distinção pessoal/subpessoal não deve ser combinada com a distinção entre a posição intencional e outras posições, no entanto, pois é possível adotar a posição intencional para processos subpessoais. A distinção pessoal/subpessoal é que o conteúdo atribuído no nível pessoal provavelmente não será mapeado no conteúdo atribuído no nível subpessoal.

A despeito dessa descrição, Taylor (2014, p. 18), no entanto, levanta várias suspeitas quanto a este modelo de mente baseado em computador, ou, de sobremaneira, na ideia de uma divisão clara de *inputs* e *outputs* capazes de serem processados pela mente. Isso porque alguns compreender determinados desempenhos inteligentes do homem em termos de cálculo formal geram grandes dificuldades quando incluem nossas ações mais corriqueiras – vimos que os problemas levantados pelo "teste da imitação" levaram filósofos como Dennett a abandoná-lo. No entanto, essas dificuldades não fizeram que os entusiastas desse modelo o abandonassem, mas antes que mudassem seu foco – "e como se lhes tivesse sido feita alguma revelação *a priori* de que tudo *tem* de ser feito por meio de cálculos formais". Essa afirmação, Taylor sustenta, "vem das profundezas de nossa cultura moderna e do modelo epistemológico nela ancorado, cuja

força se baseia na afinidade com a ciência mecanicista como em sua congruência com o potente ideal da certeza reflexiva autofornecida".

3. POSITIVISMO JURÍDICO

Hans Kelsen é considerado um dos maiores nomes da teoria do direito no século XX. Seu principal trabalho, o aclamado *Teoria pura do direito* (2006) é o resultado de um extenso empreendimento que cobrou esforços em diversos setores do conhecimento, tais como a epistemologia, a lógica, a política, a sociologia, a teologia, a psicologia, dentre outros.

O projeto de *Teoria pura* é elevar o direito à posição de "ciência jurídica". Desde versões primeiras, em que ele ainda esboçava aquilo que teria sua envergadura final apenas com a segunda edição da *Teoria*, em 1960, Kelsen se esforçava para estabelecer limites claros, além de respostas, ainda que nem sempre bem acabadas, ao seu grande propósito, isto é, elaborar uma teoria do direito positivo que fosse independente dos particularismo da realidade de cada país. Esse empreendimento é explicitado pelo próprio título de sua principal obra, *i. e.*, a qualificadora "pura" refere-se a teoria e, não ao "direito" – Kelsen sabe que o direito é campo da disputa política e da afirmação de valores:

> Quando a si própria se designa como "pura" teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é seu princípio metodológico fundamental. (KELSEN, 2006, p. 1).

Por isso, como Sgarbi (2009) frisa, a despolitização da teoria do direito em Kelsen é da ciência do direito e não de seu objeto, o direito. Isso pode parecer confuso para um leitor não familiarizado com os meandros da atividade científica. Não se trata apenas de um jogo de palavras, mas de uma diferenciação que irá determinar os rumos da epistemologia do positivismo jurídico. Correas (1989, p. 28) (tradução nossa) explica que esse é um ponto central na obra de Kelsen, porque ele demonstra como Kelsen irá se comportar ao combater o que ele chama de ideologias jurídicas que se fazem passar por

ciências do direito o que são manifestações de poder. A razão de fundar uma ciência pura do direito, então, não consiste em justificar todo o tipo de poder, senão seu contrário, "despojar de toda justificação 'científica' qualquer poder".

Kelsen fora aluno de Max Weber e, seguindo seu professor, procurava analisar o fenômeno jurídico por meio de um conhecimento formulado sem interferências valorativas, devendo seu plano discursivo ser limitado ao caráter descritivo da ciência (BOBBIO, 1989).

Assim, apenas cabe à ciência jurídica identificar e descrever as normas que compõem o ordenamento jurídico. Nesse sentido, segundo Sgarbi (2009), para Kelsen, ciência é o conhecimento que "explica", que permite identificar e manejar algum tipo de "controle" e que torna possível algum grau de "predição" de resultados. Portanto, a ciência do direito que Kelsen procura colocar em destaque recorre a um tipo de conhecimento cujo mérito é o de possibilitar afirmações em certo sentido "seguras" quanto às ocorrências futuras.

O modelo de ciência que Kelsen tem em mente, como referência, é o das ciências da natureza. Cientista da natureza é aquele que "descreve" os "fatos naturais" regidos pelo princípio da causalidade. Desta forma, eles, por meio da observação e testes simulados em laboratórios, formulam "leis gerais" com o objetivo de transmitir o conhecimento apreendido e reproduzível.

Kelsen, com o objetivo de formular uma ciência do direito, quer um conhecimento parecido com aquele das ciências da natureza, isto é, quer formulações que permitam trazer segurança quando se refere às normas jurídicas, o que Kelsen entenderá como objeto próprio da teoria pura. Não obstante, ele se depara com um problema: a norma jurídica é uma estrutura de dever, estrutura está que está presente tanto no campo da moral quanto da religião. Portanto, Kelsen precisa circunscrever com mais precisão o que entende como "dever jurídico". Evidentemente, isso pode significar que exista tanto um "dever jurídico" que é ao mesmo tempo um "dever moral" ou "religioso" – por isso é tão importante entender o que Kelsen define como "dever jurídico".

Segundo Sgarbi (2009, p. 35), três aspectos ajudam a entender o que a *Teoria pura* caracteriza como "dever jurídico". Primeiro, temos a "ideia de que o ser do direito é uma técnica social específica", a saber: o direito é uma técnica de motivação indireta das condutas humanas. Quando Kelsen fala em técnicas indiretas ele está se referindo ao

comportamento humano que é obtido conforme o uso de sanções punitivas socialmente organizadas. Essas sanções sociais demandam certo entendimento da natureza humana – o homem como um ser racional-finalista – capaz de compreender o prejuízo que pode ser gerado pela sanção. Além disso, Kelsen entende que é função da sanção atuar como instrumento de reflexão entre as opções de se agir conforme os próprios desejos e estar sujeito à sanção, ou agir de acordo com o prescrito por normas jurídicas e, assim, evitar as sanções por elas estatuídas. Nesses termos específicos, a consequência jurídica de qualquer norma do direito deverá resultar em um ato sancionador do Estado – embora isso não signifique que a condição de toda norma tenha de ser um ato ilícito. Um fato natural, por exemplo, uma epidemia, pode gerar a decretação de quarentena – a epidemia, longe de ser um ilícito, no entanto, gera um ato jurídico. De qualquer forma, para Kelsen, a conduta ilícita não precisa ser uma ato contra o direito, bastando que seja apenas um pressuposto que autorize o uso da sanção.

Continuando na explicação de Sgarbi (2009), o segundo aspecto é a coercitividade da sanção jurídica. A *Teoria pura* afirma que "deveres jurídicos" não se diferenciam essencialmente dos "deveres morais" e "religiosos" porque todos eles estatuem prescrições para o agir. No entanto, com vista a diferenciá-los, Kelsen denota a particularidade de as normas jurídicas serem formadas por comandos sancionados, ou seja, por ordens cujo respaldo se encontra no uso da força monopolizada pelo Estado. A ordem emanada do direito se diferencia da ordem emanada dos outros sistemas de deveres pelo modo crucial que sua sanção é organizada, já que uma conduta contrária à uma norma jurídica é imputada uma conduta contrária pelo menos, de início, *in abstrato*.

Por fim, o terceiro aspecto que Sgarbi elenca para explicar a teoria de Kelsen é que o direito é uma técnica específica de motivação diversa da ordem natural, isto é, seu princípio de regência é de ordem social e difere, portanto, daqueles fenômenos não normativos, aqueles que não expressam um "dever". Sgarbi (2009, p. 39) continua:

> Neste contexto, "mundo do ser" significa realidade natural (mundo físico), plano existencial determinado pela ocorrência de um nexo naturalístico necessário, o qual o pensamento humano meramente constata. De outra parte, é o caso pertencente ao mundo normativo, explicável pelo "princípio da imputação" (relação de condição e consequência atribuída pelo homem), quando há a descrição de uma relação específica estabelecida entre dois fatores diferenciados dos acontecimentos causais, em virtude de ser essa relação alheia aos fatos que descreve; ou seja, eles encontram sua razão de ser apenas nas

> normas que os vinculam, transformando as ações humanas em ações normativamente qualificadas. O mundo dos "deveres" expressa contingência, mutabilidade histórica, e, não, necessariedade "natural". Natureza e sociedade são realidades heterogêneas; o direito é um artefato, um produto do engenho humano.

Dadas essas explicações, podemos recorrer ao texto de Kelsen (2006, p.100-101):

> A distinção entre causalidade e a imputação reside em que – como já notamos - a relação entre o pressuposto, como causa, e a conseqüência, como efeito, que é expressa na lei natural, não é produzida, tal como a relação entre pressuposto e conseqüência que se estabelece numa lei moral ou jurídica, através de uma norma posta pelos homens, mas é independente de toda a intervenção desta espécie. Visto que o sentido especifico do ato através do qual é produzida a relação entre pressuposto e conseqüência numa lei moral ou jurídica é uma norma, pode falar-se de uma relação normativa - para a distinguir de uma relação causal. "Imputação" designa uma relação normativa. É esta relação - e não qualquer outra - que é expressa na palavra "dever-ser", sempre que esta é usada numa lei moral ou jurídica.

Prosseguindo, Kelsen explica que diferentemente das ordens morais e religiosas, o direito regula sua própria criação. Em face a essa característica, ele chama o direito de "sistema normativo dinâmico". Kelsen nota que os "sistemas normativos estáticos", como a moral e a religião, tem uma derivação normativa por dedução; por meio de derivações, dá-se a leitura de pertencimento ao conjunto normativo em razão de seu conteúdo. Sua característica principal é, assim, de que as suas normas já estão de certa forma estabelecidas pela norma de origem, pois elas são obtidas por meio de operações intelectuais de inferência. O direito, por outro lado, é um sistema caracterizado por sucessivas autorizações – as normas são organizadas a partir de outras, as quais autorizam a produção de novas normas. Dessa maneira, acrescenta Sgarbi (2009, p. 42) "uma nova norma será válida se e somente se for produzida pela autoridade competente para tanto, atendidos os procedimentos estabelecidos para o desempenho dessa atividade". Assim, Kelsen entende que o direito regula o própria criação do direito – a criação do direito deve ser ao mesmo tempo sua aplicação. Quando o legislador produz leis, ele está aplicando normas constitucionais; essas leis, por seu turno, também serão a criação de outras leis, ou quando o Judiciário aplica-as e assim está criando normas individuais (sentenças).

Kelsen descreve uma cadeia de sucessões de autorização, que partem da Constituição até as normas individuais, o que conferia a validade e a dinamicidade do ordenamento jurídico. No entanto, ainda resta saber o que garante a validade a legitimidade da Constituição. Enquanto elemento normativo, ela também pertence ao mundo jurídico. Para responder a essa questão, Kelsen elabora a "teoria da norma fundamental"; segundo ele, a norma fundamental equivale à postura necessária de se considerar válida a Constituição não mais em disputa, pois essa é uma condição imprescindível para poder-se identificar as normas de um ordenamento jurídico. Aqui, Kelsen se submete explicitamente à influência de Kant e, partindo dos postulados da *Crítica da razão pura*, entende que a empresa de se encontrar os elementos universais do conhecimento não ocorre sem alguma pressuposição através do qual todo o resto obtém sentido:

> Na medida em que só através da pressuposição da norma fundamental se torna possível interpretar o sentido subjetivo do fato constituinte e dos fatos postos de acordo com a Constituição como seu sentido objetivo, quer dizer, como normas objetivamente válidas, pode a norma fundamental, na sua descrição pela ciência jurídica - e se é lícito aplicar *per analogiam* um conceito da teoria do conhecimento de Kant -, ser designada como a condição lógico-transcendental desta interpretação. Assim como Kant pergunta: como é possível uma interpretação, alheia a toda metafísica, dos fatos dados aos nossos sentidos nas leis naturais formuladas pela ciência da natureza, a Teoria Pura do Direito pergunta: como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas? A resposta epistemológica (teorético-gnoseológica) da Teoria Pura do Direito é: sob a condição de pressupormos a norma fundamental: devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição. (KELSEN, 2006, p. 225).

Basicamente, Kelsen sustenta que a teoria da norma fundamental desempenha um papel similar ao exercido pelas categorias do entendimento de Kant. Kelsen tentará derrogar esse critério em um segundo momento, no entanto, ele nunca chegará a afirmar que o controle da normatividade se sustenta por meio de um controle empírico. Assim, para se verificar se o conhecimento jurídico transmitido está correto, deve-se seguir a cadeia de sucessões de delegações até a norma fundamental nos termos da descrição da imputação. A norma fundamental será aquilo que torna possível pensar o

direito *como um juízo a priori* – isso não significa que ela dita o conteúdo da Constituição, mas de que ela cria a possibilidade de entendimento, em outras palavras, de racionalização, do conteúdo normativo do direito. Essa questão, visivelmente complexa, gera um problema enorme para a teoria de Kelsen, porque, mesmo sendo amplamente capaz de identificar a norma, a *Teoria pura*, *in finis*, é incapaz de julgar. Ele pode dizer o que provavelmente poderá acontecer no caso concreto, mas nunca o que de fato *deverá* acontecer. Enquanto teoria do dever-ser, ela nunca entrega o ser do direito.

Voltando a Merleau-Ponty, podemos comentar que essa característica do pensamento de Kelsen se deve a sua vinculação ao kantismo. Em Kant, o pensamento, mesmo partindo da pluralidade dos sujeitos pensantes, encontra a condição que torna este mundo possível a vários eus empíricos em um sujeito transcendental, no qual eles participam sem habitá-lo, porque ele não é um Ser, mas antes uma Unidade ou um critério que orienta os valores.

Kelsen frisa que o conhecimento do direito não envolve a justiça ou juízos de valores. Sgarbi (2009, p. 46) explica que para Kelsen a credibilidade do método científico está associada ao seu método, por isso "o jurista nunca confessa sua ideologia: pode até repugnar-lhe a hipótese, mas em sua predição o cientista do direito apenas descreve as condições e consequências nos termos e nos critérios de verificação". Kelsen negará a possibilidade racional de o direito dizer o que é o justo, porque a ideia de justiça se encontra intimamente relacionada com elementos outros que não podem ser controlados pela ciência. No entanto, dirá ele em *Foundations of democracy* (1955), que é da natureza da democracia arcar com tal perigo. Como vemos, a *Teoria pura do direito* não é isenta de valores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As epistemologias da filosofia da mente e do positivismo jurídico oferecem variantes de uma concepção que combina um atomismo em termos de apreensão de dados a uma descrição instrumental da função da mente. Essa concepção vem das profundezas de nossa cultura moderna e do modelo epistemológico nela ancorado, cuja força se baseia não apenas na afinidade com a ciência mecanicista, mas também em sua congruência com o potente ideal de certeza autofornecida.

Como explica Husserl (2013), o ideal da autorrespossabilidade tem um caráter fundacional para a cultura moderna. Ele não emerge somente em nosso quadro do crescimento da ciência moderna, assentado no heroísmo do grande cientista, que se opõe à opinião de sua época com base em sua certeza autorresponsável, como foi o caso de Giordano Bruno, Copérnico, Galileu, Darwin, Freud, Kelsen, Dennett e tanto outros, mas também está estreitamente ligado ao ideal moderno da liberdade como autonomia pessoal. Ser livre no sentido moderno é ser responsável por si mesmo, confiar no próprio julgamento, encontrar propósito pessoal em si. Essa tradição epistemológica, a qual positivismo jurídico e teoria computacional se ligam, está vinculada a essa noção de liberdade e extrai em parte sua força desse vínculo, mesmo que, reciprocamente, esse ideal de liberdade também retire forças de uma conexão com a concepção de conhecimento aparentemente favorecida pela ciência moderna. Desse ponto de vista, é inevitável que essa noção de liberdade tenha sido interpretada como envolvendo certas teses sobre a natureza do agente humano. Elas são inseparáveis da aspiração moderna à autonomia.

Isto é, segundo Taylor (2014), o passo fatídico dessa tradição epistemológica foi a ontologização do método científico em agente humano, isto é, uma leitura da epistemologia moderna como partindo da própria constituição da mente humana, em outras palavras, da "natureza" dos homens. Esse ideal visa constituir uma imagem de sujeito como idealmente desprendido, livre e racional na medida em que se distingue claramente dos mundos natural e social, de modo que sua identidade já não deve ser mais definida em termos do que está fora dele, o que reforça a visão pontual do homem, idealmente pronto como livre e racional para tratar esses mundos, e mesmo algumas das características de seu próprio caráter, instrumentalmente, como um cálculo de meios e fins.

A bem dizer, a ligação entre o científico e o moral geralmente evidencia-se mais do que essa tradição denota.

REFERÊNCIAS

ABBAGNO, N. *Dicionário de filosofía*. Trad. A. Bosi et al. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BLOCK, N. The computer model of the mind. In: OSHERSON, D. N. LASNIK, H. (eds.). *An invitation to cognitive science*, vol. III. Cambridge, Mass.: MIT Press, 1990.

BOBBIO, N. Kelsen y Max Weber. In: O. Correas. *El otro Kelsen*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 57-79.

CORREAS, O. El otro Kelsen. In: O. Correas. *El otro Kelsen*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 27-56.

COPELAND, J. Introdução a Computing machinery and intelligence. In: COPELAND, J. *The Essential Turing*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 433-440.

DENNETT, D. *Conciencciouness explained*. Boston: Little, Brown and Co., 1991.

_____. Can machines think? In: TEUSCHER, C. *Alan Turing: life and legacy of a great thinker*. Berlin, Heidelberg, New York: Springer-Verlag, 204, p. 295-316.

FRENCH, R. The Turing Test: The First 50 Years, *Trends in Cognitive Sciences*, s/ local, v. 115, n. 4, p. 115–122, 2000.

GONZÁLEZ, R. Máquinas sin engrenajes y cuerpos sin mentes, *Revista de Filosofía,* s/local, v. 67, p. 183-200, 2011.

GUIZZO, E. How Aldebaran robotics built its friendly humanoid robot, Pepper. *IEEE SPECTRUM*, s/ local, 26 dez. 2014. Disponível em: https://spectrum.ieee.org/robotics/home-robots/how-aldebaran-robotics-built-its-friendly-humanoid-robot-pepper. Acessado em: 27/09/2017.

HODGES, A. Alan Turing: the enigma. Londres: Vintage, 1992.

HONESKO, V. Hans Kelsen e o neopositivismo lógico: aspectos de uma teoria descritiva da ciência do direito. *REVISTA JURÍDICA da UniFil*, Londrina, n. 1, p. 163-177, s/d.

HUSSERL, E. *Meditações cartesianas e conferências de Paris.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.

KELSEN, H. *Foundations of democracy.* Chicago: Chicago University Press, 1955.

_____. *Teoria pura do direito*. Trad. J. B. Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MERLEAU-PONTY, M. *Fenomenologia da percepção*. Trad. C. A. Ribeiro de Moura. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

MOSCONI, J. Alan Turing. In: HUISMAN, D. *Dictionnaire des philosophes*. Paris: PUF, 1984, p. 1821-1823.

SGARBI, A. Clássicos da teoria do direito. 2ª ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TAYLOR, C. Superar a epistemologia. In: *Argumentos filosóficos*. Trad. A. U. Sobral. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014, p. 7-12.

TURING, A. A. Computing machinery and intelligence. In: COPELAND, J. *The Essential Turing.* New York: Oxford University Press, 2004b, p. 441-464

_____, Lecture on the automatic computing engine. In: COPELAND, J. *The Essential Turing*. New York: Oxford University Press, 2004a, p. 362-394.

UMA LEITURA DO PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO A PARTIR DO CONSTRUCIONISMO SOCIAL

A REVIEW OF LEGAL POST-POSITIVISM FROM SOCIAL CONSTRUCTIONISM

*Hamilton Neto Funchal**

Sumário: Introdução; Metodologia; O neoconstitucionalismo e o pós-positivismo jurídico de Ronald Dworkin e Robert Alexy; Construcionismo social; Discussão de resultados; Considerações finais; Referências.

Resumo: O modelo do pós-positivismo jurídico vem sendo difundido como aquele que propõe o melhor modelo prescritivo de aplicação do direito a partir das decisões judiciais. Por isso são relevantes análises críticas, como a que formulamos neste trabalho, a partir do construcionismo social, propondo que sejam revisitadas as premissas e os resultados gerados por ele. Possivelmente a interdisciplinaridade (direito e psicologia) envolvida dificultou a produção de críticas semelhantes até o momento. Objetivamos analisar as manifestações teóricas pós-positivistas de Dworkin e Alexy, bem como indicar, a partir do construcionismo social, problemas na sua adoção. Foi realizada pesquisa teórica (bibliográfica) de vertente jurídico-sociológica. Dentre os resultados encontrados está a falibilidade da pretensão de se encontrar uma única resposta correta no direito, a partir da interpretação dos valores morais sociais realizada pelos juízes e tribunais. De forma que concluímos pela necessidade de se rediscutir a proposta pós-positivista do direito como o melhor modelo conceitual e prescritivo.

Palavras-chave: Pós-positivismo jurídico; Racionalidade jurídica; Neoconstitucionalismo; Construcionismo social; Psicologia social.

Abstract: The legal post-positivist model is claimed as the best prescriptive model of law enforcement under judicial rulings. For this reason, it is relevant to propose critical

* Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/USP. Defensor Público do Estado de São Paulo.

analyzes as the one formulated in this paper. We elected the social constructionism discourse as the basis by which we propose a revisitation of the premises and of the results generated by the legal post-positivism. The interdisciplinarity (law and psychology) involved is the possible cause that hindered the production of similar criticisms to date. The purpose of this study is to analyze the post-positivist theoric manifestations of Dworkin and Alexy. And bearing the social constructionism in mind, the study also objectivates to indicate some problems in the adoption of these theories. The methodoly carried out was a theoretical (bibliographical) research of juridical-sociological aspect. Among the results found, the main one is the fallibility of the claim that reivindicates the possibility of finding a correct single answer in the law, based on the interpretation of social moral values performed by judges and courts. The conclusion achieved is that the post-positivist proposal of law as the best conceptual and prescriptive model ought to be rediscussed.

INTRODUÇÃO

Trata-se de estudo interdisciplinar envolvendo de um lado o pós-positivismo enquanto corrente de pensamento da Filosofia e da Teoria do Direito e de outro o discurso do construcionismo social, próprio da psicologia social. Enquanto o modelo pós-positivista da argumentação racional é difundido e ensinado como aquele que não só conceitua mas propõe o melhor modelo prescritivo de aplicação do direito, ganham relevo análises críticas como a que formulamos neste trabalho, propondo que sejam revisitadas as premissas e os resultados gerados por ele. Essa análise fazemos a partir do discurso construcionista social.

Não encontramos trabalhos que critiquem o pós-positivismo com esse enfoque, o que justifica sua elaboração.

Em suma, o estudo objetiva analisar as manifestações pós-positivistas, notadamente a teoria interpretativista de Ronald Dworkin e a teoria da argumentação racional de Robert Alexy e indicar, a partir do construcionismo social, problemas na sua adoção enquanto modelos prescritivos do direito.

METODOLOGIA

Para estudar o problema realizamos uma pesquisa teórica (bibliográfica) de vertente jurídico-sociológica, tomando a teoria do direito como variável dependente da sociedade em que inserida sua produção.

Foram coletados e analisados artigos científicos a partir de base de dados como *Web of Science*, *Social Science Research Network*, *Hein Online* e *APA PsycNet*, bem como considerados textos doutrinários envolvendo os temas atinentes ao neoconstitucionalismo, ao pós-positivismo e ao construcionismo social.

Após a apreensão dos temas relevantes foi feita a confrontação interdisciplinar de questões atinentes à Filosofia e Teoria do direito, a partir de considerações epistemológicas da Psicologia Social.

O NEOCONSTITUCIONALISMO E O PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO DE RONALD DWORKIN E ROBERT ALEXY

Duas ideias centrais precisam ser delimitadas para aclarar o escopo deste trabalho interdisciplinar (direito e psicologia), mais precisamente, quais manifestações do "pós-positivismo jurídico" iremos considerar e o que caracteriza o "construcionismo social". Neste tópico abordaremos o pós-positivismo jurídico, por vezes tratado como neoconstitucionalismo. No próximo tópico apresentaremos o construcionismo social.

De plano cabe distinguir, para melhor elucidação, os termos "pós-positivismo" e "neoconstitucionalismo", bem como explicar o que eles têm em comum, que justifica a frequente associação dos termos.

O neoconstitucionalismo se apresenta como uma corrente de pensamento que propõe revisitar a teoria do direito, dando primazia aos valores eleitos e contidos na Constituição, normalmente identificados com os direitos fundamentais, visando a irradiar os efeitos destes valores para todos os demais campos do direito. Conforme aponta Sergio Nojiri (2012, pp. 48-49), os neoconstitucionalistas "desejam tratar da teoria constitucional sem aquilo que consideram como danosas influências de uma teoria jurídica puramente formal, conservadora e ultrapassada".

Em suma, a afirmação neoconstitucionalista é a de que predominava no campo da teoria do direito uma visão formalista e legalista, que não atendia aos anseios da sociedade contemporânea e que era insuficiente para concretizar os direitos e valores consagrados nas constituições sociais do pós Segunda Guerra Mundial. Para os

neoconstitucionalistas a "letra fria" da lei não efetivava a dignidade da pessoa humana e foi a responsável por permitir as injustiças e as atrocidades dos regimes totalitários do século XX.

O neoconstitucionalismo fez a associação de uma aplicação formalista, de simples subsunção dos fatos às regras legais, ao positivismo jurídico. E afirmou-se então como modelo de superação a este paradigma. Válido mencionar, conforme aponta Sergio Nojiri ao longo de todo um livro destinado à essa análise e crítica, que o neoconstitucionalismo esteve muito equivocado nestas conclusões, porque o paradigma jurídico atacado pelo neoconstitucionalismo jamais teria sido o do positivismo jurídico, que por sua vez nunca propôs um direito de aplicação formalista de simples subsunção, nem bradou pela postura legalista de equiparação e redução do direito à lei. Essas seriam características da escola da exegese e não do positivismo jurídico (2012, p. 133). De qualquer forma, os equívocos do neoconstitucionalismo quanto às suas premissas estão fora do escopo deste trabalho, pelo que não nos deteremos a ele além das considerações feitas neste parágrafo.

Mas nessas sintéticas considerações acerca do neoconstitucionalismo ainda podemos destacar que constitui um dos seus pilares a afirmação constante da força normativa da Constituição, propondo com isso uma revalorização dos valores e princípios que o intérprete possa extrair dela, e que moldarão não apenas a produção legislativa, mas conformarão toda a aplicação do direito pelos juízes.

As constituições contemporâneas trazem valores e direitos fundamentais com uma estrutura distinta das "regras", uma estrutura de "princípios", mais aberta, menos direta, de aplicação mais ampla, assim como de também mais ampla adequação aos casos concretos. A partir desses princípios seria possível extrair a resposta certa para qualquer caso que verse sobre direitos, princípios ou valores constitucionais (GARCÍA AMADO, 2010).

A distinção entre regras e princípios é um ponto bastante marcante tanto no neoconstitucionalismo como no pós-positivismo. De forma geral pode-se dizer que os autores neoconstitucionalistas estabeleceram uma hierarquia normativa entre os princípios e as regras, com prevalência daqueles sobre estas (NOJIRI, 2012, p. 61). Tal distinção encontra fundamento nos trabalhos pós-positivistas de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Para Alexy as normas de direitos fundamentais (que expressam os valores

morais fundantes da sociedade) podem ser materializadas como regras ou como princípios. A exposição das características e distinções de cada uma dessas classes normativas está bem clara em suas palavras (2008, pp. 90-91):

> O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.
> Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.

Ainda interessante mencionar a associação explícita que Robert Alexy faz entre os valores e os princípios. Os valores eleitos pela sociedade trariam aquilo que é o "melhor" para ela, enquanto os princípios encerrariam aquilo que "deve ser feito". Ambos teriam o mesmo conteúdo material, variando apenas no fato de que os princípios teriam caráter deontológico e os valores caráter axiológico (2008, p. 153). Por exemplo, se a Constituição valoriza a liberdade de imprensa, deste valor decorre o princípio de que a liberdade de imprensa deve ser tutelada. A norma jurídica efetiva é o princípio, que por consequência espelha o valor fundamental eleito. A correlação entre ambos é direta e constante.

Também para Ronald Dworkin há correlação entre os princípios e valores, na medida em que, para ele, "os princípios revelam de maneira particularmente evidente a natureza moral da argumentação jurídica [...] [e] envolvem algum tipo de ponderação e/ou balanceamento que somente é realizado por meio da justificação argumentativa" (MACEDO JUNIOR, 2017, p. 6).

Os princípios, para Dworkin, trazem valores, que devem ser interpretados. Eles têm uma dimensão que os diferencia das regras, eles têm "peso ou importância". E cada vez que houver um intercruzamento (uma possível colidência) entre diferentes princípios no caso concreto algum deles terá mais relevância para resolver a situação (DWORKIN, 2010, p. 42).

Nessa mesma linha, é digno de destaque ainda o papel preponderante que o neoconstitucionalismo atribui ao Poder Judiciário. A ele se confia a função não só de extrair o sentido das normas e dos valores constitucionais (ou até modificá-los a partir de uma releitura que considere os valores da sociedade à época da decisão) como também a função de aplicar diretamente essas normas nos casos que lhe são submetidos, prescindindo de normas infraconstitucionais que regulassem a concretização daqueles preceitos.

E qual a coalisão entre o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo jurídico? O pós-positivismo, enquanto matriz também antipositivista, é tomado como fundamento teórico do neoconstitucionalismo. Ambos compartilham a inclusão de valores éticos e morais no direito (NOJIRI, 2012, p. 49), com predominância destes valores inclusive sobre as regras jurídicas postas. Mas enquanto aquele enfoca de maneira muito mais ampla a teoria e a filosofia do direito, este último está direcionado para a teoria constitucional.

Dentre os vários trabalhos que compuseram os debates da teoria do direito nas últimas décadas e que são tomados como pós-positivistas, elegemos como representativas dessa vertente a teoria interpretativista de Ronald Dworkin e a teoria da razão comunicativa de Robert Alexy. Não pretendemos esmiuçar no artigo ambas as teorias, até porque não são apenas densas mas vastas, com evoluções notáveis nas sucessivas publicações de seus autores. Mas consideraremos seus pontos cruciais e, em especial, aquilo que em meio a sensíveis divergências, possuem em comum e permitem um delineamento de uma concepção pós-positivista na teoria do direito.

Ambos afirmam a possibilidade de se encontrar respostas para os problemas e casos jurídicos a partir da razão. Apostam que existe uma decisão correta, a ser encontrada ou apenas revelada pela atividade do juiz, mesmo nos casos difíceis. Alegam a objetividade e a determinação do direito, derivada, em última instância, de uma ordem de valores e do sistema moral (GARCÍA AMADO, 2010). Em suma, são esses valores, por vezes contidos na Constituição, que conteriam a resposta correta a ser dada pelo juiz, para todo e qualquer caso.

Para o positivismo jurídico de H. L. A. Hart o direito contemplaria casos fáceis, em que não haveria dúvida sobre a aplicação de uma regra geral aos casos particulares. Mas por ser frequentemente "indeterminado", e por vezes "incompleto", o direito se depararia com casos difíceis, não claramente cobertos pela regra jurídica, ou que

admitem mais de uma resposta (MEYERSON, 2007, p. 65). Nestes casos o direito não ofereceria nenhuma resposta prévia ao problema, de forma que não restaria alternativa aos juízes e tribunais senão exercer uma função criadora do direito, ou legislativa. A essa atividade se denominou "discricionariedade" (HART, 2009, p. 326). E para o positivismo, sendo os operadores do direito seres humanos e não deuses, não haveria outra forma de lidar com a falta de previsibilidade sobre todos os casos que podem vir a demandar atuação judicial, nem com a falta de regras jurídicas preestabelecidas e precisas para todos os casos, senão admitindo a discricionariedade para a tomada da decisão judicial em várias situações (HART, 2013, p. 661).

Já para o pós-positivismo de Dworkin as decisões judiciais nunca estão sujeitas à discricionariedade (MACEDO JUNIOR, 2017, p. 12). Os juízes sempre terão a obrigação de resolver a questão posta à luz de um princípio ou valor fundante, revelando com sua atividade decisória a única resposta correta e jurídica existente no sistema. Essa atividade é possível de ser realizada pelo juiz na medida em que, para Dworkin, não há separação entre o direito e a moral (MARMOR, 2005, p. 27) Estaria a moral apta a orientar toda a atividade de aplicação do direito, não só quando a "regra" jurídica estrita não for clara, mas também quando ela contrariar os valores morais que prevalecem na sociedade, ou seja, a ordem axiológica da Constituição (GARCÍA AMADO, 2010).

Dworkin refuta expressamente a tese positivista de que as vezes (nos casos em que as regras são vagas ou em que os problemas são totalmente novos para as regras já existentes) os juízes devem criar novos direitos. Para eles os juízes não são legisladores delegados e não legislam quando avançam na resolução de casos, a despeito da ausência de regras prévias, pois não exercerão a atividade política, mas apenas trarão argumentos consoantes a princípios já estabelecidos (DWORKIN, 2010, pp. 128-129), ou seja, o direito aplicado pelo juiz é integralmente antecedente à decisão e ao próprio caso.

Com isso Dworkin reconhece algum grau de indeterminação nas regras jurídicas, mas propõe que a solução desta indeterminação não ocorrerá com a discricionariedade ou com a criação do direito a ser aplicado no caso concreto pelo juiz, e sim com a utilização da parte integrante do sistema jurídico que está além das regras, qual seja, os princípios, que por sua vez espelham os valores da moral social e tem hierarquia superior no conjunto das normas jurídicas.

Neste modelo, a decisão judicial perderia propriamente o caráter "decisório" de escolha entre mais de uma opção e passaria a ser mera constatação e declaração da

"solução correta" (GARCÍA AMADO, 2010) que foi construída pelo direito e não pelo juiz.

Com essa posição que atribui ao juiz não só a capacidade, mas a função de trazer à luz a "resposta correta", Dworkin subsidia a pretensão neoconstitucionalista de dar primazia ao Judiciário, em detrimento dos demais poderes, na missão de concretizar diretamente, sem intermediação legislativa, os valores constitucionais.

A questão que decorre é se esse é o modelo mais consentâneo com a democracia. Se efetivamente o Judiciário tem maior legitimidade democrática para interpretar os valores morais sociais do que os poderes eleitos (executivo e legislativo) a partir de uma plataforma de propostas que traz o conteúdo que pretendem dar a estes valores.

De maneira complementar à teoria da interpretação de Dworkin, a teoria da argumentação racional de Alexy visa a fornecer o método para que o juiz revele a resposta correta imbrincada no sistema jurídico, ou seja, aquela contida nas normas morais.

De forma sintética podemos dizer que para Robert Alexy a resposta correta será alcançada pela racionalidade, que, diferentemente da proposta de Dworkin, não busca uma solução certa preestabelecida, mas uma construção dessa resposta a partir de um mecanismo relacional, intersubjetivo, de exposições e avaliações de várias razões. Trata-se de um processo dialógico de construção dos argumentos, com liberdade procedimental e igual consideração de todos os interlocutores, bem como de igual consideração da dignidade de suas razões (GARCÍA AMADO, 2010).

Em suma, Alexy não afirma a existência de uma única resposta correta preestabelecida, mas a possibilidade de se alcançar a resposta correta através da "ponderação" dos argumentos e valores em jogo (2008, p. 548):

> O discurso jurídico é, por isso, um caso especial do discurso prático geral. Enquanto caso especial do discurso prático geral, ele é caracterizado pela existência de uma série de condições restritivas, às quais a argumentação jurídica se encontra submetida e que, em resumo, se referem à vinculação à lei, ao precedente e à dogmática. Mas essas condições, que podem ser expressas por meio de um sistema de regras e formas específicas do argumentar jurídico, não conduzem a um único resultado em cada caso concreto. Em todos os casos minimamente problemáticos são necessárias valorações que não são dedutíveis diretamente do material normativo preexistente.

Essa ponderação se opera por um processo argumentativo que deve passar pelo

crivo de três máximas parciais. Devem atender a um juízo de a) adequação; b) necessidade; e c) proporcionalidade em sentido estrito.

Ocorre que essa ponderação não está condicionada ao conteúdo dos valores morais já materializados na legislação. Para Alexy o discurso em que se desenvolve a argumentação racional é precedente à lei ordinária. A vinculação e limitação desse discurso se dá tão somente em relação aos direitos fundamentais, cujas proposições são mais abstratas, abertas e ideologizadas (ALEXY, 2008, p. 551).

De qualquer forma, tal como Dworkin, Alexy desloca do Legislativo para o Judiciário a missão de dar a última palavra sobre o conteúdo dos valores morais que, a seu ver, integram o sistema jurídico.

CONSTRUCIONISMO SOCIAL

De outro lado da nossa investigação interdisciplinar, e bastante distante das discussões de filosofia e teoria do direito, temos o "construcionismo social". Trata-se de um discurso surgido no seio da psicologia social e no contexto da pós-modernidade, como reação crítica à epistemologia do positivismo científico (não confundamos com o positivismo jurídico), que marcou a ciência na modernidade. Esse foi o modelo clássico, caracterizado pela afirmação de uma separação bem definida entre o sujeito cognoscente (o pesquisador) e o objeto da pesquisa, não levando em consideração as interações e influências mútuas de um sobre o outro. Também caracteriza o positivismo científico a crença absoluta na existência de uma única "verdade", ou seja, uma única explicação capaz de revelar a "realidade", que seria certamente apreensível pela razão humana de forma imparcial.

Já a perspectiva crítica de ciência da pós-modernidade é marcada pela "incredulidade", pela dúvida, e pela desconstrução de afirmações que tenham pretensão de explicar ou revelar uma única realidade verdadeira. Ela refuta a possibilidade de se alcançar explicações completas da realidade ou de verdades totalizantes.

Um dos discursos científicos da pós-modernidade é justamente o do construcionismo social, segundo o qual não haveria uma única realidade, mas várias "realidades" que são construídas a partir dos discursos decorrentes das relações interpessoais, da linguagem eleita (que não representa mas molda o objeto que ela descreve), dos contextos histórico, cultural e social, dos interesses e das relações de

poder. Sua gênese é atribuída a Kenneth Gergen, que apresentou o discurso nos trabalhos *The social constructionist movement in modern psychology*, de 1985 e *Realities and relationships*, de 1994 (SOUZA, 2014, p. 51; GUANAES-LORENZI, 2014, p. 90-91).

No primeiro destes trabalhos Gergen não só enuncia os postulados dos construcionismo social. Ao final do texto ele propõe toda uma revisão da forma de se pensar e fazer ciência, a partir dos pressupostos questionadores da pós-modernidade. Dentre as muitas proposições, destacamos algumas, como a de afastar a afirmação de possibilidade de se atingir um conhecimento que seja apenas dado pela ciência e "descoberto" pelo investigador de maneira impessoal, pela observação de regras metodológicas. A proposta construcionista é de que o conhecimento não seria descontextualizado, mas atingido por relações interpessoais em intercâmbio comunitário ativo (GERGEN, 1985, pp. 271-272).

Também foi proposto um "socioracionalismo", uma concepção da racionalidade não pautada nas mentes independentes das pessoas, mas dentro do agregado social, já que a perspectiva racional individual está sujeita à manipulação e alienação daquilo que se busca conhecer. Essa foi, inclusive, a crítica feminista à ciência desenvolvida majoritariamente por homens, e que construíam visões sobre as mulheres que contribuíam para sua subjugação (GERGEN, 1985, p. 272).

Mas conforme Gergen assevera, apesar de propor que sejam repensadas as premissas científicas que afirmam conduzir à verdade totalizante, o próprio construcionismo não propõe uma outra forma de se alcançar a "verdade". Seu discurso permite que se escape dos confinamentos de uma forma de pensar que aceita verdades já dadas e estabelecidas. Também permite a libertação em relação à crença no mito de que a aplicação rigorosa do método científico revelaria fatos e conhecimentos seguramente corretos (1985, pp. 272-273).

Essa descrença no método científico como instrumento de alcance da única verdade já fora inclusive enunciada na clássica obra "Contra o método", de Paul Feyerabend. Nesse livro o autor revisita os grandes feitos e descobertas científicas para concluir que na verdade eles não se valeram dos métodos científicos anunciados. Desta forma, sua proposta é que no fazer ciência "vale-tudo", sendo perda de tempo se manter preso às amarras limitadoras dos métodos racionais clássicos (FEYERABEND, 2011).

Ainda vale a pena, para o escopo deste trabalho, retomar um dos postulados construcionistas centrais proposto por Gergen: o de que as realidades são construídas a

partir de diferentes manifestações e discursos, por meio da linguagem, que é uma atividade compartilhada entre as pessoas em comunicação. Não apreendemos a realidade de maneira direta, mas através dos discursos produzidos sobre ela.

Por sua vez, os discursos que produzimos sobre algo refletem, em maior ou menor intensidade, elementos das nossas subjetividades, nossas ideologias, convicções, histórias, tradições etc. E como o discurso geralmente depende da interrelação entre pessoas e dos momentos das trocas linguísticas, ele reflete também os contextos social, histórico e cultural em que é enunciado. Por isso o construcionismo social "propõe que, ao afirmarmos algo sobre o mundo, estamos construindo esta realidade no mundo e não a representando" (CORRADI-WEBSTER, 2014, p. 74).

Nesse sentido, o discurso produzido em um contexto pode dissentir em muito do discurso sobre o mesmo tema enunciado em outro contexto, sem que um seja menos verdadeiro do que o outro. Os valores morais de um grupo podem conduzir sobremaneira a enunciação do discurso sobre determinado tema. Por exemplo: os valores da fé de um grupo religioso podem pautar a produção do discurso contrário ao aborto. Em outro contexto, da reunião de um grupo militante do movimento feminista que prime pelos valores contrários à apropriação do corpo da mulher pela sociedade patriarcal, o discurso será potencialmente favorável ao aborto.

Ambos os valores acima apontados podem coexistir socialmente, mas é problemática a afirmação de que apenas um desses discursos seja verdadeiro. Acaso apenas um desses discursos consiga se manter e reproduzir, haverá a construção social do conteúdo dos valores vida e liberdade apenas de uma determinada maneira, levando a ações e práticas apenas numa determinada direção (CORRADI-WEBSTER, 2014, p. 81). Isso não quer dizer que exista apenas um conteúdo possível de materializar um valor moral, mas que um deles conseguiu se afirmar como exclusivamente correto e verdadeiro.

Por consequência, ao desencadearmos ações e práticas sobre o conteúdo de um valor moral num determinado sentido, estamos prestigiando os interesses de um determinado grupo em detrimento de outro ou outros. Também a manutenção do *status quo* depende da manutenção dos discursos de um grupo sobre os de outro(s).

Por conta disso o construcionismo social propõe uma constante reflexão sobre quem ganha e quem perde com as práticas que são sustentadas com os discursos dos pesquisadores e dos profissionais acerca do conhecimento alcançado (GUANAES-

LORENZI, p. 101).

Então caminhamos para o encerramento deste tópico trazendo a indagação que deve estar a inquietar o leitor: o que toda essa proposta epistemológica do construcionismo social tem a ver com a proposta do pós-positivismo jurídico?

A resposta é direta! O discurso da racionalidade jurídica pós-positivista, como todo discurso jurídico, pode ser apreendido sob a perspectiva construcionista (SANDU, 2010, p. 28).

Como acabamos de mencionar, os profissionais de qualquer área do conhecimento, ao enunciarem um discurso determinado como revelador daquilo que é verdadeiro e correto, trazem consigo a opção de construção da realidade a partir dos valores morais de um determinado grupo social e não de outros. O mesmo acontece com o juiz, a quem o pós-positivismo atribui a função de afirmar a resposta correta para os casos jurídicos por meio da revelação sobre os princípios, enquanto normas jurídicas que espelham os valores da sociedade. Toda vez que essa enunciação é feita os valores de alguém são afirmados, ainda que não compartilhados por outras pessoas do grupo.

E ao afirmar determinados valores sobre outros a atividade judicial acaba por construir a realidade, dando ao valor moral determinado conteúdo que não fora necessariamente previsto na legislação ou fora, inclusive, previsto de maneira diferente. Nesses últimos casos há uma modificação da realidade social.

Por ora apenas indicamos os efeitos desses fenômenos, que abordaremos mais detidamente no tópico a seguir.

DISCUSSÃO DE RESULTADOS

À luz do discurso crítico do construcionismo social é possível identificar e questionar o processo relacional e o contexto social, histórico e cultural que motivam o discurso pós-positivista e sua pretensão conceitual e prescritiva do direito. A reflexividade crítica inerente ao construcionismo instiga a investigar, por exemplo, a quem interessa a construção de uma realidade que proponha o alcance de decisões corretas a partir de uma determinada e específica ordem moral, alcançável por um grupo privilegiado e específico de pessoas da sociedade, os juízes. Também permite considerar as consequências e as ações que decorrem de determinado discurso (CORRADI-WEBSTER, 2014, p. 81), dentre eles o da racionalidade da teoria pós-positivista do

direito. São esses os elementos que tomamos como *corpus* de análise neste trabalho.

Elucidamos que também poderiam ser analisadas à luz do construcionismo social, não a proposição teórica do pós-positivismo em si, mas a tomada de várias decisões judiciais paradigmáticas em casos difíceis, buscando enxergar qual grupo social se beneficiou com a revelação discursiva de um determinado valor moral como o correto para a resolução de certo conflito. Essa abordagem, contudo, não foi feita aqui.

Voltemos ao discurso teórico jurídico. Como aponta Garcia Amado (2010), o neoconstitucionalismo tem, entre seus componentes filosóficos, um componente político e social "elitista", na medida em que reconhece nos juízes, especialmente nas cortes constitucionais, a capacidade e a preferência de apreensão da ordem axiológica da Constituição, ou seja, dos valores morais fundantes que integram, orientam e condicionam o restante do direito. Com isso os juízes são investidos do poder de complementar o trabalho do legislador e mesmo alterar o que fora por ele estabelecido, desde que justifiquem que suas decisões contrárias à lei se dão em prol da Constituição (ou seja, que estão baseadas em algum dos valores constitucionais).

Ao atribuir aos juízes a função de "revelar" o direito e a "única" resposta correta aos casos a partir dos valores morais, o pós-positivismo teoriza de forma bem-intencionada: almeja evitar a aplicação de regras legais injustas, que contrariem os princípios que expressam os valores supremos da sociedade, como os direitos fundamentais ou os valores democráticos.

O problema é que ao confiar essa função interpretativa reveladora do "único", "verdadeiro" e "correto" direito aos juízes, o pós-positivismo cria um modelo aristocrático, no qual um pequeno e seleto grupo de pessoas ditará a todo o grupo social, como certa, a sua interpretação dos vetores axiológicos (os valores morais).

Aliás, essa proposição nos parece contradizer a própria concepção liberal de igualdade que fundamenta a teoria de justiça de Dworkin, sintetizada na sua proposição de que todos os cidadãos têm o direito a serem tratados com "igual consideração e respeito" (DWORKIN, 2010, p. 420). Num contexto em que a todos os cidadãos se atribui igual respeito e consideração, como admitir que a interpretação e revelação do conteúdo efetivo dos valores morais da sociedade sejam atribuídas a um pequeno grupo, o dos juízes? Acaso isso não acaba por redundar numa maior consideração sobre a opinião dos juízes em detrimento da interpretação das demais pessoas?

Poderia se afirmar que razões práticas impedem que toda decisão substancial

sobre o conteúdo de um valor moral seja tomada pela pluralidade de cidadãos. Mas não se justifica, nesta linha, que essa decisão, tomada por poucos membros de um órgão não eleito, possa inclusive suplantar ou modificar o conteúdo moral afirmado por decisões políticas tomadas através de processos que privilegiam a opinião da maioria; ainda que colhida de forma representativa, como no caso do processo legislativo.

Conforme afirma Sergio Nojiri (2012, p. 311):

> Não há qualquer evidência da superioridade do modelo democrático proposto pelos neoconstitucionalistas, segundo o qual a opinião de um pequeno grupo de juízes não eleitos é moralmente (Dworkin) ou racionalmente (Alexy) superior à dos legisladores e dos demais cidadãos. É simplesmente falsa a assertiva de que os julgamentos realizados por juízes sejam moralmente ou intelectualmente superiores e que, dessa forma, protejam melhor os direitos do que os procedimentos legislativos.

Ao sustentar a prevalência da decisão judicial sobre a lei (e sobre a decisão tomada majoritariamente no processo legislativo) na definição do conteúdo de um valor moral, nos parece que o pós-positivismo acaba por propor um caminho contrário ao modelo democrático que ele visa defender. Ao buscar a defesa dos valores democráticos da sociedade contra leis injustas, ele também permite a superação de leis democraticamente construídas e representativas das opções predominantes da sociedade por interpretações contrárias a elas, feitas por um grupo restrito e elitizado de juízes.

Esse problema está longe de ser meramente teórico. Não diz respeito apenas à discussão sobre uma hipotética forma aristocrática de administração do direito. Tem implicações práticas diretas no resultado de toda e qualquer questão submetida ao Judiciário. Destacaremos alguns dos fenômenos envolvidos.

Podemos começar com a observação de que valores morais não tem um único conteúdo ou conceito. A definição de um determinado conteúdo se dá por meio de um discurso que, como já vimos, depende de subjetividades dos interlocutores e dos contextos sociais, históricos e culturais. Aceitando a premissa de que vivemos numa sociedade assaz plural, em que coexistem valores de grupos muito distintos, por vezes antagônicos, quando houver a eleição de um conteúdo para o valor moral pelo juiz ele privilegiará um destes grupos em detrimento de outros.

Mas se a sociedade é plural, o poder Judiciário, notadamente o brasileiro, não o

é. Conforme pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e divulgada em dezembro de 2015, a magistratura no Brasil tem a seguinte composição:

Gênero	Masculino	Feminino		
	72,10%	27,90%		
Cor	Branca	Parda	Amarela	Preta
	84,40%	12,40%	1,80%	1,30%
Grau de instrução do pai	Universitário e pós - graduação	Segundo grau	Primeiro grau	Sem instrução formal
	43,40%	18,00%	31,40%	7,20%
Grau de instrução da mãe	Universitário e pós - graduação	Segundo grau	Primeiro grau	Sem instrução formal
	30,00%	30,40%	32,60%	7,00%
Faixa de renda dos pais	mais de 20 SM	11 a 20 SM	4 a 10 SM	1 a 3 SM
	26,90%	19,30%	30,20%	23,70%
Estado civil	casado/união estável	separado/divorciado	solteiro	Viúvo
	81,70%	9,20%	7,00%	2,00%

Quadro 1 – Fonte: Pesquisa AMB 2015

Sem maiores incursões é possível de plano depreender que a magistratura não reproduz o perfil da população brasileira. Ela é majoritariamente masculina (72,1%) e branca (84,40%), enquanto a população nacional tem um número ligeiramente maior de mulheres e é predominantemente negra, com pardos e pretos compondo 53,6% da população.

Também é possível inferir que os magistrados vêm de famílias com relativo grau de instrução formal e renda consideravelmente acima da média nacional.

Esses são apenas alguns indicadores que apontam que o contexto socioeconômico e cultural dos juízes brasileiros é diferente daquele de parcela substancial da população. Suas considerações sobre questões de gênero, raça e condições de empregabilidade e exclusão social podem não coincidir, absolutamente, com a de muitas pessoas. Não obstante, essas considerações reflitirão potencialmente no conteúdo que eles atribuam a valores como igualdade, meritocracia e composições familiares.

Por isso é pertinente a crítica construcionista passível de se fazer à afirmação pós-positivista da resposta correta a partir da leitura dos juízes acerca dos valores

morais. O conteúdo a ser declarado por suas interpretações, ainda que de maneira involuntária, pode privilegiar apenas os valores tal como os grupos que eles compõem enxergam a moralidade, não retratando uma efetiva moralidade da sociedade como um todo.

Ressaltamos que com essa crítica não estamos afirmando que as deliberações realizadas no bojo do processo legislativo majoritário propiciarão necessariamente decisões com melhor conteúdo, ou atingirão melhores resultados, do que aquelas tomadas pelo Judiciário; até porque também há um déficit de correlação e representatividade dos grupos sociais em relação aos parlamentares. Mas afirmamos que também não é teoricamente sólida a opção pela prevalência das decisões judiciais, em detrimento das deliberações do Legislativo, enquanto reveladoras do conteúdo de valores morais e jurídicos.

Além dessas considerações concernentes à predominância de um discurso social sobre outro, nos próprios valores em que pretensamente há um consenso, seu conteúdo pode variar contextualmente. Um estudo empírico muito interessante e que dialoga com nossa afirmação foi realizado por Noel Struchiner e Ivar Hannikainen, segundo o qual, além das inconsistências intersubjetivas sobre o conceito de um valor (no caso do estudo o valor dignidade), há também inconsistências intrasubjetivas, de forma que uma mesma pessoa atribui conteúdos diferentes a um valor moral a depender da sua proximidade ou distância dos elementos relevantes ao caso (2016, p. 24).

Neste estudo os autores avaliaram como os participantes se manifestavam acerca do conteúdo da dignidade humana em um caso concreto, a de um bar que realizava como entretenimento aos consumidores a apresentação de arremesso de anão, por meio de um canhão. Trata-se de caso concreto que disputou a atenção dos tribunais europeus há alguns anos. A questão em jogo era se, mesmo com o consentimento do anão, que tinha esse arremesso como seu trabalho e meio de vida, o bar estaria ou não impedido de realizar a apresentação porque ela violaria a dignidade do trabalhador.

O estudo revelou que a dignidade, enquanto conceito abstratamente considerado, inclusive com elementos próprios ao caso do arremesso de anão, era geralmente associada pelos participantes à autonomia de vontade. Mas o mesmo valor dignidade passava a ter um conteúdo de restrição da autonomia e liberdade de escolha quando era apresentado o caso, com a foto e nome do anão, ou seja, o caso concreto. A conclusão dos autores é de que há um “paradoxo do concreto e do abstrato” capaz de

modificar intrasubjetivamente os conteúdos jurídicos atribuídos inclusive a um valor tão aceito como o da dignidade da pessoa humana (STRUCHINER; HANNIKAINEN, 2016, p. 19).

Portanto, por esses vários fatores distintos, nos parece temerária a aposta pós-positivista na existência de uma única resposta jurídica correta a um caso, a ser revelada pela interpretação e aplicação dos princípios que espelham os valores morais da sociedade, seja porque raramente poderemos falar em valores morais de aceitação compartilhada por toda a sociedade, seja porque não há um único conteúdo possível de se extrair de um valor moral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A conclusão é a de que o conhecimento científico proposto pela teoria do direito, como todo conhecimento, é construído socialmente, não trazendo consigo a descrição única e verdadeira de uma realidade, inclusive da "realidade jurídica". Desta forma, também as teorias pós-positivistas são construídas a partir de interesses, ideologias e de contextos culturais, históricos e sociais que devem ser aclarados ou diagnosticados para viabilizar a reflexão crítica sobre eles.

Ao propor a existência de uma única resposta jurídica correta, alcançada a partir da interpretação de valores morais ou através da racionalidade, o pós-positivismo parece desconsiderar a pluralidade de valores sociais, a pluralidade de conteúdos atribuíveis a cada valor a depender dos grupos interessados, e mesmo a pluralidade de conteúdos sobre um valor que cada pessoa pode alcançar a depender dos contextos em que realiza seus julgamentos.

Além de tudo isso, o construcionismo social estimula uma constante reflexão que permita identificar quem ganha e quem perde com a interpretação feita por um grupo restrito e elitizado de cidadãos – os juízes – e que é capaz não só de apontar a única resposta correta e verdadeira no direito, mas inclusive de superar as opções tomadas pelo processo legislativo representativo das opções majoritárias. Até porque a própria noção de democracia também estimula essa reflexão.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **Pesquisa AMB 2015**. Disponível em: <http://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2017/08/Revista_Resultado_Pesquisa_AMB_2015_para_site-6.pdf>. Acesso em 30 set. 2017.

CORRADI-WEBSTER, Clarissa Mendonça. Ferramentas teórico-conceituais do discurso construcionista. In: GUANAES-LORENZI, Carla et al. (Org.). **Construcionismo social**: discurso, prática e produção do conhecimento. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2014. p. 73-87.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FEYERABEND, Paul K. **Contra o método**. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

GARCÍA AMADO, Juan. Antonio. Neoconstitucionalismo, ponderaciones y respuestas más o menos correctas. Acotaciones a Dworkin y Alexy. In: **El derecho y sus circunstancias**: nuevos ensayos de filosofía jurídica. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2010.

GERGEN, Kenneth J. The social constructionist movement in modern psychology. **American Psychologist**, v. 40, n. 3, p. 266–275, 1985. Disponível em: <http://doi.apa.org/getdoi.cfm?doi=10.1037/0003-066X.40.3.266>. Acesso em 01 out. 2017.

GUANAES-LORENZI, Carla. Construcionismo social: tensões e possibilidades de um movimento em permanente construção. In: GUANAES-LORENZI, Carla et al. (Org.). **Construcionismo social**: discurso, prática e produção do conhecimento. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2014. p. 89-104.

HART, Herbert L. A. Discretion. **Harvard Law Review**, v. 127, p. 652–665, 2013. Disponível em: <http://195sio3cgwr519n16t44azrb2yn.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/pdfs/vol127_hart.pdf>. Acesso em 01 out. 2017.

_____. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Ronald Dworkin - teórico do direito. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro; FREIRE, André Luiz. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**: teoria geral e filosofia do direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, t. I.

MARMOR, Andrei. Dworkin's Theory of interpretation and the Nature of jurisprudence. In: **Interpretation and legal theory**. 2. ed. Hart Publishing, 2005. p. 27–45.

MEYERSON, Denise. **Understanding Jurisprudence**. Oxford: Routledge-Cavendish, 2007.

NOJIRI, Sergio. **Neoconstitucionalismo versus democracia**: um olhar positivista. Curitiba: Juruá, 2012.

RICHARDSON, Roberto Jarry et al. **Pesquisa social**: métodos e técnicas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SANDU, Antonio. Constructive – Postmodern Approaches on the Philosophy of Law. **Postmodern Openings**, Iasi, ano 1, v. 3, p. 23-34, 2010. Disponível em: < https://ssrn.com/abstract=1566024>. Acesso em 30 ago. 2017.

SOUZA, Laura Vilela e. Discurso construcionista social: uma apresentação possível. In: GUANAES-LORENZI, Carla et al. (Org.). **Construcionismo social**: discurso, prática e produção do conhecimento. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2014. p. 49-72.

STRUCHINER, Noel; HANNIKAINEN, Ivar. A insustentável leveza do ser: sobre arremesso de anões e o significado do conceito de dignidade da pessoa humana a partir de uma perspectiva experimental. **Civilistica.com**, a. 5, n. 1, p. 1–25, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/07/Struchiner-e-Hannikainen-civilistica.com-a.5.n.1.2016.pdf>. Acesso em 01 out. 2017.

DIREITO DO CONSUMIDOR E ECONOMIA COMPORTAMENTAL: NOVOS INSIGHTS PARA O ENFRENTAMENTO DO SUPERENDIVIDAMENTO NO BRASIL

CONSUMER LAW AND BEHAVIORAL ECONOMICS: NEW INSIGHTS FOR THE CONFRONTATION OF OVERINDEBTEDNESS IN BRAZIL

*Samir Alves Daura**

Sumário: 1 Introdução; 2 Superendividamento: definição e caracterização; 2.1 O superendividamento no Brasil; 3 As contribuições da economia comportamental para a análise da racionalidade do ser humano; 3.1 A contribuição de Hebert Simon para a construção do modelo de racionalidade limitada; 3.2 O surgimento da economia comportamental: as heurísticas e os vieses; 4 A análise econômico-comportamental do direito e a noção de vulnerabilidade cognitiva do consumidor; 4.1 As contribuições da economia comportamental para a análise do superendividamento; 5 Conclusão.

Resumo: O objetivo deste artigo é estudar o superendividamento do consumidor no contexto da sociedade de consumo pós-moderna. Será analisado a compatibilidade entre os estudos em Economia Comportamental e o Direito do Consumidor, visando ao enfrentamento do endividamento excessivo no Brasil. Com base nas contribuições de Hebert Simon, Daniel Kahneman e Amos Tversky, será possível formular a noção de vulnerabilidade cognitiva, ideia essa compatível com a ordem jurídica brasileira. Aplicando os estudos em Economia Comportamental ao Direito, a conclusão é a de que a presença das heurística e vieses podem levar o consumidor ao cometimento de erros sistemáticos, sendo essa constatação importante para a análise de possíveis causas para o superendividamento, bem como para o estabelecimento de políticas públicas visando ao seu combate.

Palavras-chave: superendividamento; economia comportamental; heurísticas; vieses; vulnerabilidade cognitiva.

* Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU. Possui graduação em Direito e especialização em Direito Tributário. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES.

Abstract: The present paper aims to study consumer overindebtedness in the context of postmodern consumer society. It will be analyzed the compatibility between studies in Behavioral Economics and Consumer Law, to confrontation the excessive indebtedness in Brazil. Based on the contributions of Hebert Simon, Daniel Kahneman and Amos Tversky, it will be possible to formulate the notion of cognitive vulnerability, an idea compatible with the Brazilian legal system. Applying the studies in Behavioral Economics to the Law, the conclusion is that the presence of heuristics and biases can lead the consumer to commit systematic errors, being this an important finding for the analysis of possible causes for the overindebtedness, as well as for the establishment of public policies aimed at combating this problem.

Keywords: overindebtedness; behavioral economics; heuristics; biases; cognitive vulnerability

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar as possíveis contribuições ofertadas pela análise estabelecida entre o Direito e a Economia Comportamental (formada originalmente pela junção entre a Psicologia Cognitiva e o pensamento econômico), principalmente com o intuito de estudar o problema do superendividamento dos consumidores no Brasil.

Notoriamente, desde meados da década de 1990, o Brasil vem passando por uma intensa fase de democratização do acesso ao crédito, situação essa que oportunizou o crescimento macroeconômico do país e garantiu melhores condições de vida para relevante parcela da população, mas também redundou em um aumento excessivo do endividamento dos consumidores.

Diversas são as abordagens para a análise do problema do endividamento excessivo, um fenômeno causado por fatores estruturais e culturais. Nesse sentido, o tema a ser abordado no presente trabalho será o superendividamento do consumidor brasileiro, adotando-se como objeto principal a análise da possibilidade de aplicação conjunta da teoria da Economia Comportamental e do Direito do Consumidor, sobretudo em relação a determinados institutos e princípios, como a vulnerabilidade.

Delimitado o tema a ser desenvolvido, cumpre apresentar o problema que pretendemos responder ao longo do trabalho. Veja-se:

- Determinados *insights* provenientes de estudos em Economia Comportamental poderiam ser aplicados em conjunto com o Direito do Consumidor, a fim de serem identificadas determinadas causas do superendividamento no Brasil e, consequentemente, auxiliar no processo de elaboração de políticas públicas e ações de enfrentamento em relação ao problema?

A seguinte hipótese de estudo, que consiste em uma resposta provisória ao problema formulado, pode ser apresentada: a) acredita-se ser possível a aplicação conjunta da Economia Comportamental e do Direito do Consumidor, principalmente porque os *insights* oriundos da Psicologia oportunizados pela primeira teoria permitem que os pesquisadores, os profissionais e os formuladores de políticas públicas possam melhor compreender o real comportamento do consumidor perante o mercado, o que certamente propiciará novas formas de abordagem e combate ao fenômeno do superendividamento (KILBORN, 2005, p.14), sobretudo das suas causas relacionadas ao aspecto cognitivo, como por exemplo o otimismo excessivo e a supervalorização do presente, situações essas que agravam a vulnerabilidade do ser humano.

O objetivo geral ou mediato do presente trabalho consiste em analisar as contribuições ofertadas pelos estudos desenvolvidos no âmbito da Economia Comportamental em relação ao tema do superendividamento dos consumidores no Brasil, bem como se a partir das descobertas encontradas, poderiam os formuladores de políticas públicas utilizá-las a fim de combater os efeitos deletérios ocasionados pelo endividamento excessivo motivado pelas dívidas de consumo da pessoa física.

Os objetivos específicos ou imediatos são: a) caracterizar e definir o superendividamento, analisando posteriormente o caso brasileiro; b) analisar o surgimento da Economia Comportamental, notadamente as suas bases adquiridas a partir dos saberes da Psicologia e posteriormente com a inserção das heurísticas e dos vieses; c) estudar a relação entre a Economia Comportamental e o Direito do Consumidor, especialmente a partir da noção de vulnerabilidade cognitiva; d) destacar determinadas heurísticas e vieses que podem causar o superendividamento.

Para a consecução dos objetivos propostos, o presente estudo propõe uma análise transdisciplinar (com incursões nas áreas do Direito, Economia e Psicologia) com base na pesquisa técnico-bibliográfica, adotando-se o método indutivo como método de abordagem, especialmente com a análise de dados estatísticos e abordagem teórica, a fim de aplicar-se os conhecimentos obtidos ao enfrentamento do problema do endividamento excessivo dos consumidores no Brasil.

2 SUPERENDIVIDAMENTO: DEFINIÇÃO E CARACTERIZAÇÃO

O progressivo aumento do endividamento dos consumidores definitivamente pode ser considerado parte importante da própria evolução da sociedade de consumo. O sistema econômico capitalista praticado em quase todo o mundo ocidental utiliza o crédito como uma importante ferramenta para a promoção e o fortalecimento do modelo da economia de mercado, de modo que o ato de endividar-se paulatinamente deixa de ser visto de forma pejorativa, passando a ser cada vez mais incentivado, tanto por parte dos agentes econômicos atuantes no mercado quanto pelos próprios governos.

No entanto, se o endividamento por si só não representa um problema de maior gravidade, o superendividamento dos consumidores tem sido considerado um dos grandes desafios da pós-modernidade, especialmente nos Estados que não preocupam-se em estabelecer modelos de prevenção e combate aos efeitos deletérios causados pelo fenômeno.

Com efeito, é no contexto da democratização e massificação do crédito que o endividamento excessivo dos consumidores apresenta-se como um problema multifacetado, presente tanto nos países desenvolvidos quanto nos países em desenvolvimento, apresentando as dimensões econômica, jurídica, financeira e social, destacando-se, portanto, a complexidade do assunto.

Cláudia Lima Marques define o superendividamento como sendo "[...] a impossibilidade global de o devedor pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o fisco, oriundas de delitos e alimentos)" (2006, p. 256). Por tratar-se de um fenômeno que se estende ao longo do tempo, o endividamento excessivo pode, inclusive, ser um óbice ao exercício da dignidade da pessoa humana, haja vista que a corrosão do orçamento familiar para a quitação das dívidas que excedem a capacidade financeira do indivíduo,

muitas vezes, inviabiliza o próprio mínimo necessário para o custeio dos dispêndios básicos para a sobrevivência (FERREIRA, Keila, 2012).

Partindo para a caracterização do problema no direito comparado, em especial nos países considerados desenvolvidos, importantes estudiosos do tema nos Estados Unidos tem indicado que o endividamento excessivo dos consumidores representa atualmente um verdadeiro desafio, especialmente agravado pela recente crise econômica iniciada no ano de 2008. A socióloga Teresa Sullivan tem indicado em suas pesquisas que o endividamento dos consumidores norte-americanos tornou-se uma realidade para a população de uma forma geral, manifestando-se desde nos empréstimos realizados pelos jovens estudantes até pelo custeio dos planos de saúde, suportados com extrema dificuldade, principalmente por parte dos idosos (2009, p. 87).

No Reino Unido, o Relatório "Consumer credit and consumer in vulnerable circumstances" informa que há várias maneiras para medir o nível de endividamento da população, destacando-se as medições objetiva e subjetiva. Em relação à primeira, observa-se a relação entre a capacidade de quitação das dívidas e sua influência sobre o orçamento do indivíduo ou da família, perquirindo sobre possíveis atrasos no pagamento dos compromissos financeiros. A respeito do critério subjetivo, normalmente é realizado por meio de pesquisas que questionam diretamente a população a respeito do seu nível de endividamento (2014, p. 5).

Utilizando dados estatísticos, o supracitado Relatório informa que as medições objetivas indicam que o percentual de pessoas superendividadas no Reino Unido no ano de 2012 era de aproximadamente 6%. Já as medições subjetivas indicaram percentuais que variaram entre 12% e 25% de consumidores que declararam estar sobrecarregados pelas dívidas, o que representa números extremamente elevados se comparados com a pesquisa objetiva (2014, p.6). Com efeito, tal discrepância pode ser explicada pelo fato das análises subjetivas, especialmente na Europa, normalmente adotarem a noção de "heavy burden" como parâmetro para a aferição do endividamento, questionando diretamente aos entrevistados se as suas dívidas representam um "fardo pesado" diante do orçamento familiar. Vale registrar que neste tipo de abordagem as pessoas podem supervalorizar a própria situação financeira ou mesmo omitir informações, de modo que para uma análise específica sobre o superendividamento, os dados coletados podem não refletir a realidade.

Nos países considerados "em desenvolvimento", com sistemas econômicos considerados avançados e que passaram ou passam pela democratização do crédito, também há diversos estudos relatando o crescimento do endividamento e superendividamento dos consumidores. Um exemplo é a África do Sul, em que vale mencionar o trabalho realizado pela pesquisadora Deborah James (2015).

Enfim, feita essa análise, registre-se que as causas do superendividamento não podem ser simplificadas ou tratadas de maneira estanque (PERSSON, 2007, p. 465-466). Clarissa Costa de Lima oferece em sua tese de doutorado uma interessante abordagem sobre os fatores que podem levar uma pessoa ou família a se superendividar, havendo, de acordo com a autora, uma direta relação do fenômeno com o acesso ao crédito, sobretudo quando esse último é ofertado no mercado de maneira massificada e sem a observância de limites mínimos regulatórios. Outras causas são o desmonte do Estado Social, os abusos e a falta de critério durante o processo de concessão creditícia, a não observância do dever de informação em relação aos contratos, uma educação financeira insatisfatória, bem como problemas de ordem comportamental, como por exemplo, a tendência dos consumidores em comportarem-se com um otimismo extremo quando da contratação de empréstimos. (LIMA, 2014, p. 35-36).

Pesquisas empíricas realizadas em diversos Estados tem indicado que os principais causadores do superendividamento são os denominados "acidentes da vida", que podem ser explicados como eventos que ocorrem na vida das pessoas e que acabam por causar o enfraquecimento financeiro delas. Os casos mais comuns são o desemprego, o divórcio, os problemas de saúde, o nascimento de filhos, ou seja, contingências da vida que não escolhem momento ou classe social para ocorrer (NIEMI-KIESILÄINEN; HENRIKSON, 2005, p. 8).

É inquestionável a complexidade do fenômeno ora estudado. Não é por outro motivo que a jurista Jean Braucher critica aqueles que tentam rotular o endividamento excessivo como sendo apenas um problema de ordem estrutural ou apenas de ordem cultural. O superendividamento nitidamente representa uma junção entre ambas as concepções, havendo nítida relação com as causas estruturais, como por exemplo, a facilitação excessiva para o acesso ao crédito, assim como com causas culturais, mais relacionadas com o comportamento dos consumidores perante a sociedade de consumo (BRAUCHER, 2006, 323-346).

Feita essa apresentação inicial do fenômeno do superendividamento, registre-se que no decorrer do presente artigo, a temática relacionada ao comportamento do consumidor excessivamente endividado e as possíveis contribuições da Economia Comportamental para identificação e tratamento do problema serão aprofundadas. No entanto, no próximo tópico, será realizada uma análise de como o endividamento excessivo tem se manifestado no Brasil.

2.1 O Superendividamento no Brasil

A democratização do acesso ao crédito no Brasil pode ser considerada um acontecimento recente, com maior repercussão a partir da conquista da estabilização monetária. Por esse motivo, o fenômeno do superendividamento ingressou tardiamente na agenda brasileira, em que pese juristas como Cláudia Lima Marques e José Reinaldo de Lima Lopes já alertassem a necessidade de debater o problema desde o início da década de 1990.

O grande problema do Brasil está justamente na ausência de previsão legislativa estatuindo um modelo preventivo e de tratamento processual ao casos de consumidores superendividados. Como bem informa Cláudia Lima Marques, diferentemente dos países desenvolvidos, que possuem leis regulamentadoras sobre o tema, em nosso país temos apenas o Código de Defesa do Consumidor (MARQUES, 2010, p. 9-42), um microssistema legal protetivo publicado em 1990 por ordem constitucional, lei essa extremamente importante para o Direito Privado no Brasil, mas infelizmente não adequada para o tratamento do endividamento excessivo hodierno causado pelas dívidas de consumo, posto que no momento da sua promulgação, a mencionada temática estava longe de ser uma realidade.

Recentemente, visando estabelecer parâmetros estatísticos para uma avaliação mais acurada sobre o endividamento e o superendividamento da população brasileira, importantes instituições tem realizado pesquisas e análises de dados empíricos, destacando-se o IBGE, o Banco Central do Brasil, o Conselho Nacional do Comércio, determinadas Universidades em convênio com órgãos públicos, sendo uma constatação geral a necessidade do país passar a tratar com mais seriedade o problema.

Para as pretensões do presente artigo, será abordada a recente análise empírica efetuada pelo grupo de pesquisa “Superendividamento do Consumidor”, do Centro de Pesquisa em Direito e Economia da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas-FGV,

especialmente em relação ao levantamento realizado em parceria com o IBOPE. Foram entrevistados 2002 domicílios por todo o país, adotando os pesquisadores como critério para realizar uma entrevista completa a necessidade do entrevistado ser o responsável financeiro da família.

Importante informar que o mencionado levantamento, nas perguntas 50,51 e 52, tratou expressamente da temática do endividamento excessivo. Na pergunta 50, os entrevistados foram instados a responder se já tinham ouvido falar do superendividamento. Na pergunta 51, se conheciam alguma pessoa superendividada e, em caso afirmativo, na pergunta 52, quem encontrava-se em tal situação. Analisando as respostas, os pesquisadores chegaram ao percentual de 7,34% de consumidores superendividados no Brasil, correspondendo a 147 casos no âmbito da pesquisa, o que, por oportuno, guarda correspondência com os percentuais encontrados em outros Estados (PORTO; SAMPAIO, 2016, p. 44-45).

Interessante observar que a pergunta 42 do questionário também pode ser relacionada com o superendividamento, sendo estes os seus termos: "pensando na administração do seu orçamento mensal, nas suas prestações, financiamentos e empréstimos (incluindo parcelamentos no cartão de crédito), qual dessas frases melhor descreve a sua situação?" Em relação às respostas, já pré-determinadas no questionário, 533 entrevistados responderam da seguinte maneira: "tenho prestações e está sendo bem difícil administrar estas prestações dentro do meu orçamento". Considerando que esses indivíduos estariam em situação de superendividamento, teríamos 26,62% de consumidores excessivamente endividados no Brasil, o que corresponde a um percentual extremamente elevado em comparação com os 7,34% relatados no parágrafo anterior, bem como com outros levantamentos realizados na Europa. Analisando o mencionado quadro, os pesquisadores ponderaram que esses entrevistados poderiam não estar efetivamente em um momento de impossibilidade completa de quitação das dívidas, situação essa que os levou a não tratar esse elevado percentual encontrado como sendo de consumidores superendividados (PORTO; SAMPAIO, 2016, p. 46).

Com todas as respostas, puderam os pesquisadores traçar um perfil do consumidor superendividado no Brasil, que seria majoritariamente do sexo feminino, com a faixa etária entre 25 e 34 anos e 35 e 44 anos, pertencente à classe econômica que recebe entre 1 e 2 salários mínimos, seguidos imediatamente por aqueles que auferem entre 2 e 3 salários mínimos (PORTO; SAMPAIO, 2016, p. 58-65). Outro dado importante

encontrado é o percentual de indivíduos que relacionaram os problemas financeiros com os acidentes da vida. Dos 147 casos de superendividamento, 89 relataram ter vivenciado algum evento externo, destacando-se o desemprego como o mais citado. Portanto, 60% dos casos de endividamento excessivo no Brasil podem ser relacionados com os acidentes da vida, o que está em consonância com diversas outras pesquisas realizadas em outros Estados e no próprio Brasil. No entanto, chama bastante atenção o elevado percentual de 40% de consumidores superendividados que ingressaram nessa situação sem necessariamente terem vivenciado uma contingência da vida, o que somente comprova a extrema complexidade do fenômeno ora analisado, bem como a importância de se analisar as formas como o endividamento excessivo relaciona-se com o comportamento do consumidor (PORTO; SAMPAIO, 2016, p. 50-51).

3 AS CONTRIBUIÇÕES DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL PARA A ANÁLISE DA RACIONALIDADE DO SER HUMANO

Feita essa análise do superendividamento no Brasil, o presente estudo passará já nos próximos tópicos a demonstrar o quão importantes tem sido as contribuições da Economia Comportamental, especialmente pela possibilidade de identificarmos diversas causas que levam os seres humanos a tomaram decisões equivocadas, que se afastam do modelo de racionalidade ilimitada, sendo a tomada de crédito um dos principais exemplos.

3.1 A contribuição de Hebert Simon para a construção do modelo de racionalidade limitada

Há muito se discute a forma como a racionalidade se manifesta em relação à tomada de decisão por parte do ser humano. Por exemplo, vertente da teoria econômica neoclássica, a Teoria da Utilidade Esperada Subjetiva, originalmente elaborada por Ramsey e Finettie e posteriormente trabalhada por Savage, informava que as escolhas dos agentes econômicos perante o mercado ocorria "[...] dentro (a) dentro de um conjunto fixo dado de alternativas, (b) com uma distribuição de probabilidade conhecida subjetivamente, (c) de maneira a maximizar o valor esperado de uma dada função utilidade". (LAGES, 2006, p. 49).

Com efeito, essa visão maximizadora da racionalidade começa a ser questionada, sobretudo por sua extrema idealização teórica e inaplicação prática. Em

outras palavras, alguns estudiosos começaram a pesquisar a real capacidade racional do ser humano, especialmente se a sua propalada condição de sujeito maximizador do próprio bem-estar não seria limitada em decorrência de uma natural restrição cognitiva, que em determinadas ocasiões poderia levá-lo a cometer equívocos.

Em 1947, com a publicação do livro "Administrative behavior: a study of decision-making", o cientista social Hebert Alexander Simon começou os seus estudos sobre o procedimento de tomada de decisão. Em que pese não ser esse o momento em que o autor formulou a sua clássica conceituação sobre a racionalidade limitada ("bounded rationality"), já é possível identificar em seus trabalhos a incongruência da relação entre a real capacidade humana de tomar decisões e a defesa da racionalidade global empregada pelos neoclássicos, dado que essa última pressupõe por parte do tomador da decisão a plena ciência de todas alternativas possíveis, um conhecimento praticamente ilimitado, além de uma capacidade de antecipar e prever as consequências futuras. Simon alertou que as limitações cognitivas do homem, ou seja, a sua limitada capacidade de conhecimento, não permitiriam a aplicação prática da teórica conceituação da racionalidade global (BARROS, 2010, p. 458).

Em 1955, com o artigo "A Behavioral Model of Rational Choice", o autor lança a sua crítica à teoria econômica tradicional, especialmente sobre à racionalidade substantiva neoclássica relacionada ao denominado "homem econômico", oportunidade em que destaca a necessidade de substituição da racionalidade global do "homem econômico" para um modelo de racionalidade compatível com a capacidade cognitiva do ser humano (SIMON, 1955, p. 99).

Após a publicação do supracitado artigo científico, Simon definitivamente formulou os seus estudos em direção à conceituação da racionalidade limitada, temática essa que lhe conferiu no ano de 1978 o Prêmio Nobel de Economia. Em síntese, visou o mencionado cientista social encontrar um conceito de racionalidade que fosse adequado à capacidade computacional e de acesso à informação do ser humano, habilidades essas que são limitadas por aspectos cognitivos, o que definitivamente implicou em um conflito com a visão do "homem econômico" e da racionalidade objetiva trabalhada pela teoria econômica *mainstrean*.

A partir da crítica à racionalidade objetiva dos neoclássicos, Simon da sua guinada à ideia de "racionalidade subjetiva" como o princípio norteador do modo pelo qual é realizada a tomada de decisão no mundo real, em que ganha relevo o

reconhecimento de que o ser humano não possui as capacidades computacional e informacional ilimitadas, sofrendo, portanto, de uma natural restrição cognitiva.

Partindo para uma conceituação da racionalidade limitada, importante para o devido entendimento do conjunto da obra de Simon é compreender que existem duas formas de racionalidade, quais sejam, a substantiva e a procedimental. A primeira relaciona-se com a já referida teoria neoclássica, que considera o comportamento substantivamente racional como sendo aquele capaz de gerar a maximização da utilidade esperada (LAGES, 2006, p. 50), em que destacam-se as habilidades do "homem econômico" em lidar com um número extraordinário de informações e processá-las de acordo com uma capacidade computacional ilimitada.

Por outro lado, a racionalidade procedimental é aquela cujo comportamento do tomador da decisão está diretamente relacionado com o procedimento que o leva à decisão, não havendo a preponderância do resultado pretendido, ou seja, da própria decisão. Nesse sentido, ela colide diretamente com a ideia de maximização da utilidade, posto que o reconhecimento da natural limitação cognitiva do ser humano implica na impossibilidade de uma pretensa tomada de decisão substancialmente racional.

Simon ficou internacionalmente conhecido por ter formulado a expressão "bounded rationality", apesar de ser a construção da ideia da racionalidade procedimental a sua principal contribuição crítica à teoria econômica neoclássica, marcada pela idealização da racionalidade substantiva. Todavia, para que Simon formulasse a conceptualização da racionalidade procedimental, antes ele criou a noção de *satisficing*, relacionada diretamente à limitação cognitiva do tomador da decisão (FERREIRA, F., 2012, p. 33-34).

O termo *satisficing*, traduzido para o português como sendo "satisfazimento" ou "satisficiência", implica na forma mais importante que Simon identificou como sendo capaz de facilitar o procedimento da tomada de decisão, dada a limitação cognitiva do ser humano. De acordo com Gustavo Barros, Simon identificou que o segredo para a simplificação do mencionado procedimento está em substituir a ideia de maximização dos valores em uma dada escolha pela ideia de satisfazimento, ou seja, "deve o tomador da decisão procurar por alternativas que sejam boas o suficiente para se alcançar determinado resultado, de acordo com critérios previamente estabelecidos" (BARROS, 2010, p. 461). Desta forma, ao escolher dada alternativa, necessariamente o tomador não estará optando pela melhor opção, mas sim por aquela que mais lhe satisfaz, dado

preencher os requisitos preestabelecidos, sendo a escolha baseada na ideia de satisfazimento a caracterização do que se entende por um procedimento racional de tomada de decisão.

Dessa forma, sobre o pensamento de Simon, podemos concluir que a racionalidade limitada representa a impossibilidade do ser humano em alcançar o conhecimento absoluto, dada a sua restrição cognitiva, o que definitivamente conflita com a defesa da racionalidade global defendida pelos neoclássicos. Já a racionalidade procedimental, em que destaca-se como principal contribuição a criação da noção de satisfazimento, representa a forma como Simon efetivamente visualiza o comportamento racional.

Em que pese a importância da obra de Hebert Simon para o pensamento econômico, especialmente com a inclusão do aspecto cognitivo e com a crítica à figura do "homem econômico", não corresponde ela à origem da Economia Comportamental. Todavia, a formulação do conceito da racionalidade limitada certamente foi um importante ponto de partida, servindo de grande inspiração para outros pesquisadores que deram continuidade à busca por um modelo que de fato descrevesse o real comportamento do ser humano, destacando-se os trabalhos de Daniel Kahneman e Amos Tvserky, que serão melhor analisados no próximo tópico.

3.2 O surgimento da economia comportamental: as heurísticas e os vieses

No início da década de 1970, o trabalho científico de dois psicólogos despontou como sendo o surgimento da chamada "Behavioral Economics" ou Economia Comportamental. Daniel Kahneman e Amos Tversky, unindo esforços em torno do aprofundamento dos estudos em Psicologia Comportamental, elaboraram partir de vários experimentos o Programa das Heurísticas e dos Vieses, resultando os seus estudos, posteriormente, na importante e mundialmente conhecida Teoria dos Prospectos ou Teoria da Perspectiva.

O termo Economia Comportamental indica a aplicação dos estudos empíricos relacionados à Psicologia Comportamental, desenvolvidos pioneiramente pelos mencionados autores, junto ao campo do pensamento econômico, principalmente em relação à teoria da tomada de decisão. Com efeito, pretendiam eles demonstrar que diferentemente do que diziam os principais articuladores da teoria econômica

neoclássica, o ser humano comete erros sistemáticos em virtude de aspectos cognitivos, nos casos em que é chamado a decidir.

Em 1974, Kahneman e Tversky publicaram o trabalho "Judgment under uncertainty: heuristics and biases", estudo esse que visou destacar o papel das heurísticas e dos vieses sobre o comportamento humano, diante de julgamentos sob incerteza. Com efeito, de acordo com os autores, diferentemente do que preceituava a abordagem normativa da teoria econômica tradicional, os seres humanos ao tomarem decisões fazem uso das heurísticas, situação essa capaz de levá-los ao cometimento de erros.

De acordo com Kahneman e Tversky, as heurísticas podem ser entendidas como sendo "princípios redutores da complexidade das tarefas de avaliar as probabilidades e prever valores, a fim de simplificar as operações de julgamentos mais simples" (TVERSKY; KAHNEMAN, 1974, p. 1124). Em que pese poderem elas levar o ser humano ao cometimento de equívocos, as heurísticas podem ser consideradas bastante úteis, pois também facilitam e agilizam a tomada de decisão. No supracitado artigo, os autores destacaram a existência das heurísticas da representatividade, disponibilidade e ancoragem, todas elas comprovadas por meio de experimentos.

Veja-se que a grande contribuição oportunizada pela formulação do programa das heurísticas e dos vieses consistiu no questionamento da possibilidade de aplicação prática da vertente normativa da teoria econômica tradicional, que em síntese baseava-se na figura do homem racional, maximizador do seu bem-estar. A partir disso, com base em um substrato empírico, Kahneman e Tversky concluíram que era preciso a elaboração de uma nova teoria, que além de observar o aspecto normativo, também deveria conter um campo descritivo ou subjetivo, posto que é justamente nele que ocorre a real tomada de decisão do ser humano, que pode ou não estar de acordo com o modelo racional (HEUKELOM, 2014, p. 115).

Em 1979, Kahneman e Tversky publicaram o artigo "Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk" na prestigiada Revista Econometrica, ensejando definitivamente o reconhecimento do valor da Psicologia para o pensamento econômico, tendo com isso conquistado inúmeros economistas mundo afora, como por exemplo Richard Thaler, especialmente em razão da extrema preocupação técnica dos autores em desenvolver o texto de acordo com a linguagem da Economia, o que certamente

contribuiu para com o sucesso do trabalho, ao mesmo tempo em que oportunizou a formulação de diversas críticas.

Com efeito, os autores começaram o estudo informando que a Teoria Econômica da Utilidade Esperada é aceita como sendo o modelo normativo da tomada de decisão racional, agradando nesse ponto economistas partidários da escola neoclássica (KAHNEMAN; TVERSKY, 1979, p. 263). No entanto, a partir dos experimentos realizados, a constatação foi a de que o real comportamento do ser humano, muitas vezes influenciado pela utilização das heurísticas e dos vieses, pode muito bem desviar-se do modelo racional, demandando a formulação de uma novo teoria descritiva, servindo a Teoria dos Prospectos para esse fim.

A partir dessas descobertas e com o reconhecimento científico da Teoria dos Prospectos, a Economia Comportamental ganha grande relevância em todo o mundo, passando de uma acanhada proposta crítica voltada à comprovação experimental das falhas da teoria econômica neoclássica, a uma efetiva teoria moldada com métodos próprios, que definitivamente foram responsáveis por diferenciá-la de outros ramos do conhecimento, tais como a Economia Experimental e a própria Psicologia (HEUKELOM, 2014, p. 191).

A partir dos anos de 1980 até os anos 2000, as contribuições de Kahneman e Tversky ao desenvolvimento da Economia Comportamental chegam ao seu ponto máximo, culminando com a formulação teórica da existência dos dois sistemas de pensamento, formulação essa construída em torno da vasta pesquisa relativa à escolha intertemporal, desenvolvida especialmente pelo primeiro autor, dado o falecimento de Tversky em 1996, resultando no Prêmio Nobel em Economia em 2002.

De acordo com Kahneman, o pensamento humano funcionários de acordo com dois sistemas, denominados por ele de Sistema 1 e Sistema 2. Em suas palavras:

> O *Sistema 1* opera automática e rapidamente, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de esforço voluntário.
> O *Sistema 2* aloca atenção às atividades mentais laboriosas que o requisitam, incluindo cálculos complexos. As operações do Sistema 2 são muitas vezes associadas com a experiência subjetiva de atividade, escolha e concentração. (KAHNEMAN, 2012, p.29).

Na concepção de Kahneman, os sistemas 1 e 2 trabalham em sintonia e de forma eficiente, sendo o primeiro extremamente útil para a tomada de decisão em relação aos

aspectos rotineiros da vida, pois por operar automaticamente, produz decisões mais rápidas e apropriadas ao momento em que são exigidas. O sistema 2 encarrega-se do pensamento reflexivo e mais elaborado, exigindo um maior esforço do ser humano, posto que uma de suas principais funções é controlar o sistema 1, principalmente quando esse último acusa algum tipo de dificuldade.

No entanto, dada a natural limitação cognitiva do ser humano, não é sempre que a atuação de ambos os sistemas ocorre de maneira eficiente e controlada. Por funcionar praticamente de forma contínua, o sistema 1 por vezes torna-se um desafio, haja vista que é por meio dele que as heurísticas se fazem presentes, heurísticas essas capazes de levar o indivíduo ao cometimento de erros sistemáticos, entendidos nesse contexto como sendo os vieses motivados pelas ilusões cognitivas.

Conforme será visto no próximo tópico, o grande problema ocorre quando o sistema 2 adota as sugestões equivocadas do sistema 1, evidenciando-se nesse caso a vulnerabilidade comportamental do ser humano, posto que a tomada de decisão nesse caso fatalmente não maximizará o seu bem-estar, sendo na realidade prejudicial aos seus interesses. O problema agrava-se sobremaneira quando os equívocos cognitivos ocorrem diante de situações importantes e complexas, como por exemplo no momento da contração de um empréstimo, sendo possível identificar a partir do aprofundamento dos estudos em Economia Comportamental a presença de heurísticas e vieses que podem estar diretamente relacionados com diversos assuntos importantes para os consumidores, dentre eles o superendividamento.

4 A ANÁLISE ECONÔMICO-COMPORTAMENTAL DO DIREITO E A NOÇÃO DE VULNERABILIDADE COGNITIVA DO CONSUMIDOR

As pesquisas e estudos em Economia Comportamental tem conquistado cada vez mais espaço hodiernamente, transcendendo os tradicionais campos de sua aplicação, notadamente a Economia e a Psicologia. A constatação de que o ser humano, no mundo real, não age de acordo com o modelo de racionalidade da escola neoclássica tem sido importante para diversas outras áreas do saber, tais como o Direito e o campo das Política Públicas. O crescimento tem sido tão relevante, que muitos estudiosos já defendem a necessidade de falarmos em Ciências Comportamentais e não meramente em Economia Comportamental.

Em relação ao Direito, a incorporação da Economia Comportamental tem sido empregada como sendo uma vertente do método da Análise Econômica do Direito – AED, porém de forma crítica e diversa à tradicional abordagem que emprega a Teoria da Decisão Racional, baseada na ideia de que o ser humano é um maximizador dos seus propósitos de vida e do seu próprio bem-estar, numa demonstração de que se comporta visando ao seu autointeresse, de acordo com a sua força de vontade (POSNER, 1986, p. 3).

A denominada Análise Econômico-Comportamental do Direito, preocupada com o real comportamento do ser humano para o Direito, divergirá da Teoria da Decisão Racional, questionando os tradicionais pilares da AED clássica, difundida pela Escola de Chicago, que são: o modelo de racionalidade, o autointeresse e a força de vontade. Christine Jolls, Cass Sunstein e Richard Thaler destacam que o ser humano inserto no mundo real apresenta três importantes tipos de limites comportamentais, incompatíveis com a concepção da maximização da utilidade. O primeiro deles é a já trabalhada racionalidade limitada (bounded rationality), noção essa inicialmente cunhada por Hebert Simon com a ideia de que o ser humano possui limitações cognitivas naturais que o afasta da figura do "homem econômico" e posteriormente aprofundada por Kahneman e Tvesrky, oportunidade em que os autores puderam comprovar que a utilização das heurísticas podem ocasionar em erros sistemáticos. O segundo é a força de vontade limitada (bounded willpower), situação essa caracterizada pelo fato de os indivíduos conscientemente adotarem ações que são prejudiciais ao seus interesses a longo prazo. Os autores citam o exemplo do fumante que tem plena consciência dos malefícios causados pelo cigarro, mas que segue fumando mesmo desejando o contrário. O terceiro é o autointeresse limitado (bounded self-interest), caracterizado pela negação do postulado da Teoria da Decisão Racional de que o ser humano age apenas em busca da maximização dos seus próprios interesses, haja vista que a questão da justiça, tanto do tomador da decisão quanto de terceiros também deve ser considerada na análise a ser feita (JOLLS; SUNSTEIN; THALER, 1998, p. 1476-1479).

Em relação ao Direito do Consumidor, a inserção dos postulados da Economia Comportamental tem oportunizado um melhor entendimento a respeito do comportamento do consumidor perante a sociedade de consumo, ambiente esse em que fatores como a publicidade, a oferta constante de produtos e serviços, o impulso ao

consumismo por meio da facilitação ao acesso ao crédito, entre outros, estão fortemente presentes.

Para o caso brasileiro, a incorporação dos *insights* provenientes da Economia Comportamental tem se mostrado importante para as discussões relacionadas ao Direito do Consumidor, sobretudo porque se trata de um disciplina de base constitucional, que expressamente adota o princípio da vulnerabilidade para caracterizar o consumidor perante a sociedade de consumo, no art. 4º, I, do CDC.

De acordo com Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem, a vulnerabilidade do consumidor pode ser entendida sob as seguintes formas: vulnerabilidades técnica, jurídica, fática e informacional. Em relação à primeira, trata-se do desconhecimento técnico do consumidor a respeito do produto ou do serviço que está sendo adquirido. A segunda, também chamada de vulnerabilidade científica, representa a presunção de ausência de conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos entre outros por parte do consumidor pessoa física não profissional, resultando dela os deveres de informação e a necessidade de observância das normas direcionadas ao estabelecimento de relações contratuais justas, como por exemplo o princípio da boa-fé e seus deveres anexos. A vulnerabilidade fática representa a disparidade entre consumidores e fornecedores, sobretudo pela imposição da superioridade dos segundos sobre os primeiros motivada pelo evidente maior poder econômico ou *know how* para a prática do serviço. Por fim, a vulnerabilidade informacional considera tanto a necessidade de os consumidores serem devidamente informados quando da contratação, quanto o direito de receber informações úteis, de qualidade, não sendo a informação abundante necessariamente benéfica (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 156-161).

Concordamos com os autores a respeito da classificação da vulnerabilidade empregada acima. Todavia, adotando as contribuições da Economia Comportamental, temos como necessária a observação de mais uma abordagem, qual seja a vulnerabilidade cognitiva, construída a partir da noção de racionalidade limitada, sobretudo das heurísticas e dos vieses, que dificulta o processamento e a compreensão das informações que são importantes para a tomada de decisão (FERREIRA, F., 2012, p. 96). A partir dela, evidencia-se ainda mais a necessidade de proteção do consumidor, principalmente porque suas limitações cognitivas podem redundar em escolhas extremamente equivocadas, escolhas essas muitas vezes influenciadas pelo aproveitamento de sua própria condição de vulnerável por parte do mercado.

No próximo subtópico, analisaremos a relação entre a Economia Comportamental e o superendividamento dos consumidores, oportunidade em que serão brevemente observadas algumas heurísticas e vieses que podem auxiliar sobremaneira a identificação das causas para o surgimento do problema, bem como a elaboração de políticas públicas visando a prevenção e o combate ao endividamento excessivo.

4.1 As contribuições da economia comportamental para a análise do superendividamento

Nos últimos anos, importantes estudos em Economia Comportamental tem contribuído positivamente com as discussões a respeito do superendividmento dos consumidores, demonstrando que as heurísticas e os vieses dão ensejo a ilusões cognitivas que podem ser causadoras do problema.

Jason J. Kilborn, um dos principais estudiosos da inter-relação entre os supracitados temas, informa que os economistas comportamentais tem constatado em seus trabalhos empíricos que os consumidores tendem a se portar de maneira excessivamente otimista, o que prejudica uma avaliação mais acurada dos riscos quando da contratação do empréstimo. No caso, ao sofrer com a força de vontade limitada, os consumidores acabam superestimando os benefícios que poderão auferir no presente e desconsiderando os riscos que poderão impactá-los negativamente no futuro (KILBORN, 2005, p.18).

O otimismo excessivo pode ser considerado um dos vieses com maior repercussão sobre o endividamento excessivo, principalmente aquele relacionado à contratação do crédito. Estudos tem indicado que os seres humanos tendem a ignorar a possibilidade de ocorrência de fatos negativos em suas vidas, mesmo quando são informados a respeito da possibilidade. Sobre o superendividamento, sabe-se que a maior parte dos casos estão diretamente relacionados com os acidentes da vida, que são eventos externos que podem impactar a vida financeira da pessoa ou da família, mas que são muitas vezes subestimados. Especialmente em relação aos contratos de longa duração e que abarcam quantias elevadas, o viés do otimismo ou confiança excessiva pode levar o consumidor ao cometimento de erros capazes de inviabilizar sua vida, caso futuramente sofra um acidente da vida e venha a se superendividar.

Sobre o tema, Ron Harris e Einat Albin argumentam que a publicidade dirigida à contratação do crédito, muitas vezes visa estimular o consumidor a realizar empréstimos por meio da exploração de suas limitações cognitivas, notadamente o otimismo excessivo e a ilusão do autocontrole. O problema surge quando esse estimulo acaba levando o indivíduo a contratar quantias elevadas de crédito, superiores à sua capacidade de quitação. Dessa forma, os autores defendem a necessidade da regulamentação dos mercados de crédito, inclusive das relações contratuais estabelecidas e da responsabilidade civil dos agentes econômicos (HARRIS; ALBIN, 2006, p. 432-433).

A heurística da disponibilidade também tem sido relacionada com o superendividamento. No caso, estudos em EC indicam que as pessoas tendem a basear suas decisões em eventos facilmente recorrentes em suas mentes, por terem ocorrido recentemente ou com maior frequência. Kilborn destaca que os consumidores, quando não vivenciam problemas financeiros de maneira frequente ou recente, acabam por subestimar a probabilidade de se superendividarem. Somando o viés do otimismo excessivo com a heurística da disponibilidade, a tomada de decisão (crédito) por parte do consumidor poderá ser severamente afetada, podendo causar problemas mais graves (KILBORN, 2005, p. 20).

O desconto hiperbólico ou problema das decisões intertemporais, entendido como a tendência do ser humano valorizar excessivamente os benefícios imediatos em comparação com ganhos maiores futuros, também pode ser relacionado com o superendividamento. Essa limitação cognitiva, fruto da força de vontade limitada, pode funcionar como um incentivo para que o consumidor contraia o empréstimo, mesmo não sendo essa a escolha mais benéfica a longo prazo, posto ser baseada unicamente no desejo de auferir benefícios momentâneos (OLIVEIRA; CASTRO, 2014, p. 245).

Jason J. Kilborn, analisando a forma como as ilusões cognitivas agravam a vulnerabilidade do consumidor, defende a necessidade de proteger esse sujeito de direitos em face dos desafios e complexidades que lhe são impostos pela sociedade de consumo (KILBORN, 2005, p. 22). Prevenir e combater o superendividamento, representa alçar a dignidade da pessoa humana como elemento fundamental de qualquer ordem jurídica, sobretudo quando analisamos as consequências causadas pelo endividamento excessivo.

Se a EC provou ser um importante mecanismo para o estudo das causas que levam ao superendividamento, estudos recentes valorizados por descobertas no campo da Neurociência também tem indicado ser ela capaz de trazer soluções para combater o problema. Não é por outro motivo que Estados desenvolvidos, como os Estados Unidos e a Inglaterra, tem estabelecido por meio de políticas públicas governamentais, incentivos para que os cidadãos tomem decisões de maneira mais consciente, visando mitigar a limitação cognitiva que caracteriza a todos os seres humanos. Como exemplo, cite-se o desenvolvimento da "arquitetura da escolha" ou "nudging", ferramenta hodiernamente trabalhada por importantes estudiosos, tais como Cass Sustein e Richard Thaler, visando influenciar positivamente a escolha das pessoas (principalmente por meio de políticas públicas), mas preservando o direito de liberdade.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo se propôs a analisar o dilema pós-moderno do superendividamento, em especial, a possibilidade de estudar o fenômeno por meio das contribuições ofertadas pelos estudos em Economia Comportamental. Demonstrou-se que o desenvolvimento da noção de racionalidade limitada realizado inicialmente por Hebert Simon e aprofundado posteriormente por Daniel Kahneman e Amos Tversky redundou no reconhecimento de que o ser humano, de maneira sistemática, incorre em erros decorrentes de ilusões cognitivas, haja vista a utilização das heurísticas e dos vieses quando da tomada de decisão.

Com efeito, a constatação acima mostra-se totalmente compatível com a vulnerabilidade do consumidor, dando ensejo à denominada vulnerabilidade cognitiva ou comportamental, o que implica na necessidade de proteção desse sujeito de direitos em face das ilusões cognitivas que podem levá-lo ao cometimento de erros graves. Registre-se que a concepção informada é totalmente compatível com a ordem jurídica brasileira, que adota o princípio da vulnerabilidade para caracterizar o consumidor.

O superendividamento é um dos principais exemplos de problemas que podem ser causados por ilusões cognitivas. A heurística da disponibilidade, o desconto hiperbólico e o viés do otimismo exagerando, por exemplo, são situações que podem contribuir para com o surgimento do endividamento excessivo, demostrando ser a

Economia Comportamental uma importante aliada para a compreensão do comportamento do consumidor perante a sociedade de consumo.

Ainda, além de importante para a identificação das causas do endividamento excessivo, o aprofundamento recente dos estudos em EC tem contribuído para a formulação de políticas públicas voltadas à prevenção e combate ao problema, sendo essa constatação extremamente importante e útil para o caso brasileiro, principalmente porque o país ainda não conta com a previsão legal de um sistema falimentar voltado às dívidas de consumo da pessoa física, tornando o problema ainda mais grave e complexo.

Desta forma, conclui-se que a análise transdisciplinar, com incursões nas áreas do Direito, da Economia e da Psicologia, além de possível, tem demonstrado ser importante para o aprofundamento das temáticas relativas ao Direito do Consumidor, especialmente com a formulação da ideia de vulnerabilidade cognitiva, bastante relevante para o enfrentamento do superendividamento no Brasil.

REFERÊNCIAS

BARROS, Gustavo. Hebert A. Simon and the concept of rationality: boundaries and procedures. **Brazilian Journal of Political Economy**, vol. 30, nº 3 (119), July-September, p. 455-472, 2010.

BRAUCHER, Jean. Theories of overindebtedness: interaction of structure and culture. **Arizona Legal Studies, Theoretical Inquires in Law**, p. 323-346, 2006.

FCA – Financial Conduct Authority. **Consumer credit and consumers in vulnerable circumstances**, 2014, p. 5-6. Disponível em: https://www.fca.org.uk/publication/research/consumer-credit-customers-vulnerable-circumstances.pdf. Data de acesso: 08/05/2017.

FERREIRA, Felipe Moreira dos Santos. **Economia comportamental e vulnerabilidade cognitiva**: fundamentos científicos para a proteção do consumidor no Brasil (Dissertação de Mestrado). Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2012.

FERREIRA, Keila Pacheco. **Democratização do crédito ao consumo e suas limitações**: o desafio do Direito do Consumidor na pós-modernidade. In: CONPEDI. (Org.). ANAIS do XXI Encontro Nacional do CONPEDI (ISBN 9788578400811). 1 ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, v. , p. 2667-2696.

HARRIS, Ron; ALBIN, Einat. Bankruptcy policy in light of manipulation in credit advertising. **Theoretical Inquiries in Law**, vol. 7:431, p. 431-466, 2006.

HEUKELOM, Floris. **Behavioral economics**: a history. New York: Cambridge University Press, 2014.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Trad. Cássio de Arantes Leite. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. **Science**, New Series, vol. 185, n. 4157, sep., p. 1124-1131, 1974.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Prospect theory: an analysis of decision under risk. **Econometrica**, vol. 47, n. 2, mar., p. 263-292, 1979.

KILBORN, Jason J. Behavioral economics, overindebtedness & comparative consumer bankruptcy: searching for causes and evaluating solutions. **Emory Bankruptcy Developments Journal**, v.22, p. 13-46, 2005.

JAMES, Deborah. **Money from nothing**: indebtedness and aspiration in South Africa. California: Stanford University Press, 2015.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. A behavioral approach to law and economics. **Stanford Law Review**, vol. 50, p. 1471-1550, 1998.

LAGES, André Maia Gomes. A contribuição singular de Simon e sua repercussão teórica relevante. **Análise**, v. 17, p. 47-66, 2006.

LIMA, Clarissa Costa de. **O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima. Algumas perguntas e respostas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 75, 2010, p. 9-42.

MARQUES, Cláudia Lima. Cap. 10. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: Cláudia Lima Marques; Rosângela Lunardelli Cavallazzi. (Org.). **Direitos do consumidor endividado**: superendividamento e crédito. 1ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: RT, 2014.

NIEMI-KIESILÄINEN, Johanna; HENRIKSON, Ann Sofie. **Report on legal solutions to debt problems in credit societies**. Strasbourg: Bureau of the European Committee on Legal co-operation (CDCJ-BU), 2005, p. 8. Disponível em: https://pdfs.semanticscholar.org/b152/cc6d4ee74415109b00ad199bd0d604197d20.pdf. Data de acesso: 12/09/2017.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de; CASTRO, Bruno Braz de. Proteção do consumidor de crédito: uma abordagem a partir da economia comportamental. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 93, p. 231-249, 2014.

PERSSON, Annina H. Over-indebtedness: a growing problem. In Wahlgren, Peter (Org.). **What is Scandinavian law?** Social private law. Stockholm: Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2007.

PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina. Cap. 2. Perfil do superendividado brasileiro: uma pesquisa empírica. In: Antônio. José Maristrello Porto ... [et al.] (Org.). **Superendividamento no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2016, v. 2.

POSNER, Richard. **Economic Analysis of law**. 3*th* ed. Little, Brown and Company, 1992.

SIMON, Hebert A. A behavioral model of rational choice. **The Quarterly Journal of Rational Choice**, v. 69, n. 1, p. 99-118, 1955.

SULLIVAN, Teresa A. Consumer indebtedness and the withering of the American Dream. **Pathways**, p.3-5, 2009.

VIESES E HEURÍSTICAS EM DECISÕES JUDICIAIS

BIAS AND HEURISTICS IN JUDICIAL DECISIONS

*Tobias Barros Chaves**

Sumário: 1. Introdução; 2. Pesquisa empírica; 2.1 Metodologia; 2.2 Experiências e vieses; Conclusão; Referências.

Resumo: O presente projeto de pesquisa busca estabelecer relação entre a psicologia cognitiva e comportamental com o processo de decisão judicial, especificamente a utilização de heurísticas – mecanismos simplificadores do processo decisório humano que atuam sob condição de incerteza – (KAHNEMAN, 2012, p. 127) nas decisões de juízes, que podem levar a vieses, erros sistemáticos em julgamentos (FREITAS, 2013, p. 225) no processo decisório. Dessa forma, pretende-se avaliar os estudos através da psicologia cognitiva e comportamental, que verificaram que os processos mentais humanos são divididos em dois sistemas, com funcionamento distinto (KAHNEMAN, 2012), sendo o primeiro deles o Sistema Intuitivo (Sistema 1) e o segundo o Sistema Deliberativo (Sistema 2). O Sistema 1 é utilizado em atividades simples e de rotina, que não demandem demasiado raciocínio, enquanto o Sistema 2 se utiliza do raciocínio para a resolução de questões complexas, além de filtrar decisões do Sistema 1. A pesquisa terá, portanto, o objetivo de verificar se, e em que medida, os juízes utilizam processos deliberativos ou intuitivos.

Palavras-Chave: Direito; Psicologia; decisão judicial; vieses; heurísticas.

Abstract: This article aims to establish the nexus between the cognitive and behavioral psychology and the decision-making process in judicial decisions, focusing at the use of heuristic and biases – simplifying mechanisms of the decision-making process – (KAHNEMAN, 2012, p. 127), that may result in reccuring mistakes that affects judicial decisions (FREITAS, 2013, p. 225). Therefore, the research to be developted will evaluate the studies through the lens of cognitive and behavioral psychology, that

* Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP/USP).

verified two different systems at the process of thinking (KAHNEMAN, 2012), the intuitive system (System 1) and de deliberative system (system 2). The system 1 is responsable for routine and simple processes, consuming fewer cognitive resources. In contrast, the system 2 are more analytic, responsable for complex tasks and also responsable to control system 1 decisions. Thus, the research will aim to verify whether, and to what extent, judges use deliberative or intuitive processes.

Key-words: Judgements; Heuristics and biases; Psychology; Law.

1. INTRODUÇÃO

As decisões de juízes nos tribunais não estão imunes aos erros que o homem médio comete ocasionalmente, no entanto, a suscetibilidade dos juízes a ilusões cognitivas tem implicações maiores, como por exemplo, o quanto seu julgamento pode ser afetado por vieses e heurísticas e qual o efeito dessa interferência no resultado final da decisão. Sobre o impacto da qualidade da decisão judicial, pode ser colocado: "The institutional legitimacy of the judiciary depends on the quality of the judgments that judges make." (GUTHRIE; RACHLINSKI; WISTRICH, 2002, p. 44).

Sendo o assunto da decisão judicial já amplamente debatido, se destaca os estudos trazidos pelos realistas jurídicos norte-americanos, nos quais afirmam que fatores extrajurídicos influenciam as decisões. Os estudos resultaram em duas principais ideias: 1) Os juízes muitas vezes decidem com base em sua intuição, e somente em um segundo momento buscam argumentos jurídicos para confirmar o julgamento intuitivo (HUTCHESON, 1929, p. 274-288) e 2) Os juízes consideram (muitas vezes inconscientemente) fatores extrajurídicos para a tomada de decisão, tais como ideologia política, background socioeconômico, a opinião de seus pares, etc. Desde então, a evolução da psicologia e da economia comportamental possibilitaram a realização de diversos experimentos, confirmando as suposições dos realistas quanto às interferências externas na decisão judicial, especialmente quanto aos fatores relacionados à: (i.) momento que a decisão é tomada; (ii.) ideologias políticas; (iii.) fatores institucionais e estratégicos; (iv.) vieses cognitivos; (v.) estereótipos (PERISSINOTTO; CESTARI, 2016).

Serão analisadas separadamente algumas das heurísticas descritas por Kahneman e Tversky: ancoragem, representatividade e disponibilidade (KAHNEMAN, 2012). No viés da ancoragem, quando alguém faz uma estimativa numérica do valor de algo, por exemplo, ele comumente se mantém a valores inicialmente disponível para ela. Esse valor inicial vai "ancorar" suas estimativas finais a esse valor. (KAHNEMAN; TVERSKY, 2008) No viés da representatividade, o julgamento das pessoas é afetado pela sua percepção do que é comum e típico da categoria da pessoa à qual está julgando, ou seja, através de estereótipos. (GUTHRIE; RACHLINSKI; WISTRICH, 2001, p. 805).

O viés da disponibilidade afirma que com frequência avaliamos as chances de ocorrência de um evento pela facilidade com que conseguimos nos lembrar de ocorrências desse evento. As pessoas então avaliam a frequência, a probabilidade ou as causas prováveis de um evento através do grau em que as circunstâncias ou ocorrências do mesmo estão prontamente disponíveis na memória. Dessa forma, eventos que tenham causado emoções serão facilmente lembrados, enquanto outros passarão despercebidos. (KAHNEMAN; TVERSKY, 1988).

Já o viés do egocentrismo afirma que em geral, as pessoas superestimam suas habilidades, fazendo com que elas acreditem estar acima da média. (GUTHRIE; RACHLINSKI; WISTRICH, 2001, p. 811-812)

Um outro viés, muito presente no mundo jurídico, é o viés da empatia. A empatia pode ser definida como o sentimento de compreender o sentimento de outrem, a capacidade de espelhar em si mesmo emoções alheias. Muito embora a empatia seja considerada positiva e necessária, dela talvez também decorram alguns pontos negativos. Em seu artigo, No Empathy Towards Empathy, Noel Struchiner coloca na introdução uma declaração do Presidente Barack Obama sobre a empatia:

> Perhaps, one of the most illustrious spokespersons of this call for empathy has been Barack Obama. In his announcement of the nomination of Justice Sotomayor for the US Supreme Court, after enumerating many of the qualities across the spectrum of judicial philosophy that he admires in judges, he said none of them was sufficient. He then quoted Oliver Wendell Holmes' well-known remark according to which "the life of the law has not been logic, but experience". Some further ingredient is required. Given what Obama has said in several occasions, it wouldn't be farfetched to claim that the missing and main ingredient that he takes to be necessary for making a good judge is his/her capacity for empathy.

Noel diz que não é preciso um desenvolvimento da moral com base na empatia e ainda compara com o modo com que os autista lidam com as situações sem ter a capacidade de sentir empatia, seu argumento se baseia no fato de que o sentido de empatia é ambíguo e está carregado de vieses, porém decisões estipuladas por regras para se obter o melhor resultado não são tão eficientes, pois o sistema 2 que deveria tomar a decisão adequada nem sempre funciona da forma que se espera. Nesse sentido, Jesse Prinz (2011) afirma que a empatia é propensa a gerar vieses, podendo ser bastante prejudicial em diversas situações.

2. PESQUISA EMPÍRICA

Introduzido o tema, busca-se neste artigo estabelecer uma base para uma pesquisa empírica a ser realizada com o fim de comprovar a hipótese da suscetibilidade dos juízes à vieses e heurísticas, assim como as possíveis implicações dessa hipótese nas próprias decisões judiciais.

2.1 Metodologia

Para complementar os estudos teóricos já produzidos, serão feitas pesquisas empíricas junto a juízes e alunos da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. A opção pela pesquisa empírica converge com os objetivos desse estudo, cuja finalidade é verificar se, e como os vieses se manifestam nas práticas do sistema judiciário e dos juízes, assim como se os resultados obtidos com os juízes serão relevantemente divergentes daqueles que serão obtidos com alunos da graduação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Nesse sentido, o delineamento do estudo a ser feito será descritivo-exploratório, com abordagem predominantemente qualitativa.

Através de questionários e entrevistas, busca-se analisar em que grau o ofício do juiz, que exige imparcialidade, é o suficiente para impedir que este seja suscetível a vieses e heurísticas em que qualquer pessoa pode incorrer.

> A entrevista é seguramente a mais flexível de todas as técnicas de coleta de dados de que dispõem as ciências sociais. Daí porque podem ser definidos diferentes tipos de entrevista, em função de seu nível de estruturação. As entrevistas mais estruturadas são aquelas que

> predeterminam em maior grau as respostas a serem obtidas, ao passo que as menos estruturadas são desenvolvidas de forma mais espontânea, sem que estejam sujeitas a um modelo preestabelecido de interrogação (GIL, 2014, p. 111).

A entrevista será realizada no formato semiestruturado, que parte de certos questionamentos básicos, apoiados em teorias e hipóteses que interessam à pesquisa, e que, em seguida, oferecem amplo campo de interrogativas. Desta maneira, o informante, seguindo espontaneamente a linha de seu pensamento e de suas experiências dentro do foco principal colocado pelo investigador, começa a participar do conteúdo da pesquisa (TRIVIÑOS, 2015, p. 146).

Dentre os pontos positivos da entrevista estão a possibilidade do entrevistador esclarecer eventuais dúvidas acerca das perguntas e a possibilidade de captação da expressão corporal do entrevistado, assim como ênfases e tom de voz (GIL, 2014, p. 110).

> Construir um questionário consiste basicamente em traduzir objetivos da pesquisa em questões específicas. As respostas a essas questões é que irão proporcionar os dados requeridos para descrever as características da população pesquisada ou testar as hipóteses que foram construídas durante o planejamento da pesquisa. (GIL, 2014, p. 121)

O questionário, portanto, será um instrumento de coleta de dados composto por uma série de perguntas que devem ser respondidas por escrito. O uso do questionário como instrumento de coleta de dados apresenta uma série de vantagens, como permitir atingir um número grande de pessoas, gerando baixos custos, além de garantir o anonimato das respostas (GIL, 2014, p. 122). Em linhas simples, a pesquisa irá tentar responder a três questões fundamentais: (i.) juízes estão sujeitos a vieses? (ii.) Se afirmativa a resposta, qual o nível de sujeição? Pode-se dizer que há algum aspecto na formação judicial que faz com que juízes sejam menos sujeitos a vieses do que pessoas com outras ocupações? E, por fim, uma análise mais prescritiva (iii.) existem meios pelos quais a atividade jurisdicional e juízes possam ficar menos sujeitos a certos tipos de enviesamentos? Em outras palavras, é possível que juízes sejam treinados para ser mais imparciais?

2.2 Experiências e vieses

Pesquisas semelhantes foram conduzidas no passado, como é o caso dos estudos realizados por Guthrie, Rachlinski e Wistrich (2001), nos quais pretenderam avaliar a interferência de vieses e heurísticas nos juízes e nas cortes dos Estados Unidos. No artigo *Inside the Judicial Mind* (2001), os autores testam os efeitos de diferentes vieses em juízes através de pesquisas empíricas. Para o fim da presente pesquisa, serão avaliadas alguns dos testes, de seus resultados e sua possível aplicação no Brasil.

O viés da ancoragem:

Com o fim de avaliar os efeitos do viés da ancoragem nos juízes, Guthrie, Rachlinski e Wistrich propuseram um caso, exposto a seguir, a juízes divididos em dois grupos: um grupo ao qual foi apresentado um 'valor de ancôragem' e um grupo sem nenhum valor apresentado. O caso apresentado foi:

> Suponha que você está presidindo um caso de lesão corporal que está na corte federal, com base na regra de jurisdição diversa. O réu é uma grande companhia na área de transporte de encomendas. O demandante foi severamente ferido após ser atingido por um dos caminhões da companhia que teve uma falha nos freios. Investigações posteriores revelaram que defeitos nos freios, e que o caminhão não teve a devida manutenção. O demandante foi hospitalizado por vários meses, e desde então usa cadeira de rodas, devido a incapacidade de usar suas pernas. Ele vinha ganhando a vida como um eletricista *free-lance* e tinha uma base de clientes leais com os quais podia contar. O demandante então requereu perdas por lucros cessantes, pela hospitalização e pelos danos físicos, mas sem demandar uma quantia específica. As partes renunciaram a um julgamento por um júri. [1] (GUTHRIE; RACHLINSKI; WISTRICH, 2001, p. 790) (Tradução minha)

Para o grupo de juízes no grupo de ancoragem, foi dito que o réu se manifestou no sentido de pedir o indeferimento do caso com fundamento de que o valor mínimo para o caso chegar a corte federal dos Estados Unidos seria de $75,000, e que o valor da causa não chegava a tal valor. A hipótese é então de que o simples valor de $75,000

[1] "Suppose that you are presiding over a personal injury lawsuit that is in federal court based on diversity jurisdiction. The defendant is a major company in the package delivery business. The plaintiff was badly injured after being struck by one of the defendant's trucks when its brakes failed at a traffic light. Subsequent investigations revealed that the braking system on the truck was faulty, and that the truck had not been properly maintained by the defendant. The plaintiff was hospitalized for several months, and has been in a wheelchair ever since, unable to use his legs. He had been earning a good living as a free-lance electrician and had built up a steady base of loyal costumers. The plaintiff has requested damages for lost wages, hospitalization, and pain and suffering, but has not specified an amount. Both parties have waived their rights to a jury trial." (GUTHRIE; RACHLINSKI; WISTRICH, 2001, p. 790)

apresentado serviria como uma ancoragem ao valor em que os juízes sentenciariam o réu, se o fizessem. Para o grupo de juízes sem valor de ancoragem, nada foi dito sobre esse possível pedido do réu de indeferimento. (GUTHRIE; RACHLINSKI; WISTRICH, 2001, p. 791)

A apresentação do pedido do réu de indeferimento, baseado em que a indenização não ultrapassaria $75,000 teve um grande efeito nas indenizações. Os sessenta e seis juízes aos quais não se apresentou o valor de ancoragem indenizaram o demandante em, em média, $1,249,000, enquanto os cinquenta juízes aos quais se apresentou o valor de ancoragem tiveram uma média na indenização de $882,000. A diferença entre os dois grupos é significante. (GUTHRIE; RACHLINSKI; WISTRICH, 2001, p. 791)

Nesse sentido, pesquisa empírica a ser desenvolvida busca trazer para o Brasil experimentos já realizados em outros países, além de buscar confirmar as hipóteses apresentadas.

O viés do egocentrismo:

Ainda nas pesquisas e experimentos de Guthrie, Rachlinski e Wistrich (2001), outro teste foi feito com juízes, à fim de testar a influência dos mesmos ao viés do egocentrismo, já brevemente apresentado. Neste teste, foi perguntado aos juízes com que frequência eles acreditavam que suas decisões eram corrigidas pelas instâncias superiores, podendo eles responder entre quatro opções: 1) Mais do que 75% das vezes em que decidiam; 2) Mais do que 50% das vezes; 3) Mais do que 25% das vezes; 4) Menos do que 25% das vezes.

O resultado mostrou que dos 155 juízes questionados, 56,1% acreditavam estar na menor média (4), 31,6% acreditavam estar na segunda menor média (3), 7,7% na terceira menor média (2) e apenas 4,5% acreditavam estar na maior média (1). Ou seja, 87,7% dos juízes questionados afirmaram que pelo menos metade dos outros juízes tinham suas decisões corrigidas mais frequentemente do que suas próprias, apresentando uma resposta com um viés do egocentrismo. (GUTHRIE; RACHLINSKI; WISTRICH, 2001, p. 813-814)

É possível então imaginar uma avaliação prática de um dos vieses apresentados, a empatia. Em uma situação proposta aos juízes e estudantes de direito, com forma semelhante à uma petição inicial de um processo que aconteceu de fato na cidade de

Ribeirão Preto. Nesta petição, uma criança com leucomalácia periventricular nível 3, doença que causa rigidez muscular e compromete os movimentos dos membros, podendo provocar atrofia, pede para que o tratamento seja realizado em um hospital nos EUA e pago pela União, uma vez que, caso se realizasse no Brasil, a criança precisaria esperar na fila do hospital local.

O valor da pesquisa consiste em contrapor o custo deste tratamento urgente no exterior contra o mesmo custo sendo voltado para o tratamento e medicação de tantas outras crianças e cidadãos. O ponto do viés da empatia será verificado ao analisar se nos questionários com fotos ao longo do relato da petição, fará com que os juízes e os estudantes de direito respondam favoravelmente ao tratamento nos EUA, mesmo sendo apontado nas questões que o direito à saúde é para todos e consagrado na Constituição Federal, bem como o é a isonomia em tratar todos igualmente. Dessa forma, se espera que a utilização de imagens faça com que o afeto pela criança que é vista no processo se sobreponha às possíveis crianças e cidadãos que seriam beneficiados pelo recurso a ser desembolsado para a cirurgia em questão, concluindo assim, uma decisão tomada puramente pela empatia.

Os juízes e estudantes de direito seriam então, submetidos ao caso: Aos oito meses, Izabella (nome fictício) foi diagnosticada com leucomalácia periventricular nível 3. A paralisia cerebral causa rigidez muscular e compromete os movimentos dos membros, podendo provocar atrofia. A menina, agora com cinco anos de idade, só se locomove com a ajuda de um andador e depende dos pais para realizar as tarefas diárias. Ela necessita de um determinado procedimento médico para que possa se sustentar em pé e inclusive andar, já que o nível da gravidade de seu quadro (nível III) é o ideal para tal procedimento, assim como está na idade adequada para evitar sequelas. Entretanto, este procedimento tem surtido efeitos quando realizado em um hospital em St. Louis Children's Hospital (EUA), mesmo tendo ciência de que este procedimento pode ser feito pelo hospital da cidade em que reside, ainda que precisasse de um caso maior e não pudesse garantir a eficácia do tratamento feito nos Estados Unidos.

Apresentado o caso, os juízes e estudantes de direito seriam apresentados às perguntas: Você concorda que o direito à saúde deve prevalecer sobre outros direitos? Você acredita que as verbas públicas voltadas para a saúde são bem geridas? O valor direcionado para o tratamento de Izabella poderia ser direcionado para a manutenção do tratamento de muitos outros enfermos. Mesmo assim você acredita que, em razão da urgência, ela tenha o direito? Você acredita que mesmo tendo o tratamento na sua

cidade local, o risco que ela correria fazem com que o tratamento no exterior seja necessário?

Uma parcela daqueles que foram submetidos ao caso, também seriam, então, apresentados às imagens de Izabella (dispostas abaixo), a fim de avaliar se estas imagens poderiam gerar empatia e influenciar suas respostas no questionário.

CONCLUSÃO

No artigo *Inside the Judicial Mind,* os autores chegam a conclusão de que juízes são tão suscetíveis às ilusões cognitivas quanto qualquer um, mas não comprova de forma conclusiva, no entanto, o efeito dessas ilusões nas cortes. Nos casos em que os juízes atuam, eles têm casos mais detalhados e mais profundos, de forma que devemos interpretar os resultados das experiências com cautela. (GUTHRIE; RACHLINSKI; WISTRICH, 2001, p. 819).

Como se constatou neste escrito, uma abordagem empírica baseada na hipótese de vieses e heurísticas adotados por juízes é possível e já foi realizada, enriquecendo o debate sobre o tema. Entretanto, vale ressaltar que a cultura judicial dos países onde as mencionadas pesquisas foram feitas é distinta da presente no Brasil. Dessa forma, uma abordagem do tema no Brasil poderia trazer novas implicações ao tema, além de difundir o estudo do assunto nos países de cultura semelhante.

Sendo assim, com uma subsequente pesquisa empírica, será feita uma cuidadosa análise dos efeitos de vieses e heurísticas em juízes, além de uma comparação com alunos da graduação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, que não tem tal dever de imparcialidade do juiz, com o fim de constatar se há e quais são as diferenças entre os dois resultados. Além disso, a possível constatação de vieses e heurísticas nos juízes têm implicações quanto à sua interferência nas decisões judiciais, tema que também será abordado mais profundamente pela pesquisa empírica.

REFERÊNCIAS

FREITAS, Juarez. **A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais.** Revista da AJURIS, v. 40, n. 130, p. 223- 244, jun. 2013.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 110-122

GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J., **Judging by Heuristic: Cognitive Illusions in Judicial Decision Making**. *Cornell Law Faculty Publications*, 862. 2002 p. 44.

GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. **Inside the Judicial Mind.** Cornell Law Faculty Publications. Paper 814, 2002, p.805

HUTCHESON, Joseph: **Judgment Intuitive The Function of the Hunch in Judicial Decision**. Cornell Law Review. V. 14, 1929. p. 274-288

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. **Judgement under uncertainty: heuristic and biases**. New York, NY: Cambridge University Press, 2008, p. 3-20

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. The Journal of Business, Vol. 59, No. 4, Part 2: **The Behavioral Foundations of Economic Theory**. (Oct., 1986), p. 251-278

PERISSINOTTO, Gabriela de Almeida; CESTARI, Roberto. **Fatores extrajurídicos na tomada da decisão judicial: uma abordagem preliminar.** In: Direito, Psicologia e Neurociência, Sergio Nojiri (Coord.). IELD, Ribeirão Preto. 2016, p. 169-185.

PRINZ, Jesse. **Is Empathy Necessary for Morality? Empathy: Philosophical and Psychological Perspectives.** 2011, p. 211-229.

Grupo de trabalho 02
Direito e Neurociência

DIREITO E PSICOPATIA: REPENSANDO A PENA

LAW AND PSYCHOPATHY: RETHINKING THE PUNISHMENT

*Bianca Lacerda Souza**

*Isael José Santana***

Sumário: 1. Introdução ; 2. A criminologia e o livre-arbítrio; 3. Culpabilidade no direito penal; 4. Imputabilidade e art. 26 do Código Penal; 5. A psicopatia; 6. Artigo 26 e a psicopatia; 7. Resultados e conclusões; Bibliografia.

Resumo: O estudo tem como objetivo abordar o tema dos indivíduos com psicopatia sob a perspectiva do Direito e da Criminologia, analisando como ocorre esse transtorno, seu desenvolvimento, e o modo como o Direito Penal Brasileiro e o Sistema Penitenciário lida com esses indivíduos. Expondo que, os psicopatas não se encaixam no artigo 26 do Código Penal, o qual versa sobre os inimputáveis, devendo então ser debatida a problemática, tendo em vista que a psicopatia não tem prognostico de cura e a mera aplicação da pena pode agravar o problema, pois, em regra, o ambiente carcerário, piora as condições do psicopata bem como dos internos, ampliando então a potencialidade criminosa. A pesquisa se desenvolveu por meio do método histórico materialista dialético como instrumento o método dedutivo, considerando as mudanças que se dão na esfera da teoria e da prática, buscando observar as influências biológicas e as possíveis soluções. Sendo embasada em pesquisa bibliográfica e de campo.

Palavras-chave: psicopatia; criminologia; sistema penitenciário; Direito; culpabilidade.

Abstract: The study aims to address the issue of individuals with psychopathy from the perspective of Law and Criminology, analyzing how this disorder develops, how the Brazilian Criminal Law and the Penitentiary System deals with these individuals.

* Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS). bialacerda97@gmail.com

** Professor efetivo da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS) nos cursos de Direito e Ciências Sociais. leasijs@hotmail.com

Explaining that, psychopaths do not fit into article 26 of the Criminal Code, which deals with the unlawful ones, and should be debated the problem, since psychopathy has no prognosis of cure and the mere application of the sentence can aggravate the problem, because, as a rule, the prison environment, worsens the conditions of the psychopath as well as the inmates, thus expanding criminal potentiality. The research was developed through the dialectical materialist historical method as an instrument the deductive method, considering the changes that occur in the sphere of theory and practice, seeking to observe the biological influences and the possible solutions. Being based on bibliographical and field research.

Key words: psychopathy; criminology; penitentiary system; Law; guilty.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo se deu em razão de um projeto de pesquisa de Iniciação Cientifica no tema, que ocorreu nos anos de 2016/2017, da Pró-reitoria de Pesquisa da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul com especial atenção a Comarca de Paranaíba/MS, onde analisou-se os processos com incidentes de insanidade mental, bem como informações colhidas junto a penitenciária local.

Pesquisando sobre a temática da psicopatia, que é compreendida, conforme aborda Robert Hare (2013) como uma junção de fatores biológicos, psicológicos, genéticos e sociais, que resultam em um conjunto de traços de personalidade e de comportamentos sociais desviantes. Sob a perspectiva jurídica do Direito Penal e da Criminologia, levando em consideração os entendimentos psicológicos e da medicina psiquiátrica.

Sendo reforçada a perspectiva de que o Estado carece de previsões legais e políticas que versem sobre os indivíduos que possuem psicopatia, em especial os que cometem delitos, não havendo debates e a devida atenção pelo Poder Legislativo e o Poder Judiciário. Todavia, é necessário ressaltar que nem todo psicopata comete crimes.

Desse modo, há uma carência de informações, de profissionais e de estudos pelo ordenamento jurídico, acerca do que fazer como esses indivíduos que possuem psicopatia e acabam cometendo delitos, eis que os mesmos não se encaixam no artigo 26, que versa que é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento

mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, incapaz de compreender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com este, contudo, esses indivíduos também não deveriam ser enviados ao sistema penitenciário sem nenhum acompanhamento profissional.

Através das pesquisas bibliográficas e de campo realizadas, viu-se que, pelo menos na Comarca de Paranaíba/MS, há uma ausência de profissionais especializados no assunto, em locais como na penitenciária e no Poder Judiciário. Existindo apenas um psicólogo no presidio, o qual não será identificado por questões de privacidade, para acompanhar cerca de 300 detentos, sem o auxílio de clínicos gerais e psiquiatras, de modo em que é o próprio enfermeiro do presídio que fornece os medicamentos, dentre eles os psicotrópicos, aos encarcerados, que apresentam desvios de conduta, bem como aos que não possuem algum tipo de transtorno.

A respectiva pesquisa se desenvolveu por meio do método histórico materialista dialético como instrumento o método dedutivo, considerando as mudanças que se dão na esfera da teoria e da prática, buscando observar as influências biológicas e possíveis soluções. Sendo embasada em pesquisa bibliográfica e de campo.

Quanto aos resultados e conclusão, sabe-se que é fato que o problema existe, bem como, que é necessário que se aborde e discuta tal tema, de modo em que a criminologia biológica avança na busca de entendimentos sobre o assunto, que conforme se mencionará não há perspectiva de cura e a mera aplicação da pena pode agravar o problema, sendo que o ambiente carcerário, em regra, piora as condições do psicopata, bem como dos internos, ampliando assim a potencialidade criminosa.

2. A CRIMINOLOGIA E O LIVRE-ARBÍTRIO

O questionamento acerca dos motivos pelos quais determinadas pessoas cometem delitos, rodeia a humanidade há anos, na tentativa de solucioná-lo surge então a criminologia e as vertentes da escola positivista e a escola clássica, aquela com os estudiosos Ferri, Lombroso e Garófalo, e esta em especial com Carrara e Beccaria.

Nestor Peanteado Filho (2012) ao falar da Escola Clássica, expõe que esta recebeu influências das ideias iluministas, acerca da humanização das ciências penais, bem como do jusnaturalismo e do contratualismo, o qual entendia que o Estado surge a

partir de um pacto estabelecido entre todos os indivíduos, que cediam uma parcela de sua liberdade e direitos em prol da segurança coletiva.

O autor relata ainda, que os princípios dessa Escola versam que a punibilidade deve ser baseada no livre-arbítrio dos indivíduos, devendo ter um nítido caráter de retribuição pela culpa moral do criminoso, ou seja, sua maldade, com a finalidade de prevenção dos crimes para que se possa restaurar a ordem social.

O doutrinador Adriano Bretas (2010), em seu livro, expõe que para os criminólogos da Escola Positivista, o grande objeto da criminologia seria o estudo das causas do crime. A partir dessa premissa, tais estudiosos passam a buscar essa resposta nas características físicas e biológicas dos indivíduos.

Lombroso, conforme aborda Innes (2009), começou a estudar a fisionomia dos criminosos, dividindo-os a princípio em criminosos ocasionais, os quais cometiam crimes em razão das circunstâncias; e os criminosos de nascença, que possuíam um defeito hereditário que os levava a cometer delitos com frequência.

Apesar de tais pensamentos serem ultrapassados e possuírem um cunho preconceituoso, que, de certa forma, contribuiu para reforçar o estereótipo de criminoso, os mesmos foram demasiadamente necessários para a formação da criminologia atual.

Em contraposição ao pensamento positivista, o doutrinador Nestor Penteado Filho (2012), expôs que para a Escola Clássica, o delinquente possuía uma responsabilidade moral, bem como o livre-arbítrio, os quais eram inerentes ao ser humano, partindo então da premissa de que o ser humano é livre e racional, capaz de pensar, tomar decisões e agir em consequência disso.

Bretas, ao comparar a Escola clássica e a positiva, aborda que:

> (...) a Escola clássica entendia o delito como ente jurídico objetivo, em torno do qual deveriam gravitar as concepções criminológicas, tendo em vista uma dupla abstração – a abstração do delito em relação ao delinquente, portador de livre vontade e em relação às circunstâncias (naturais e sociais) em que ele se insere historicamente; de outro lado, em reação, a Escola positiva entendeu que o pressuposto do qual emergia toda a concepção clássica, a livre vontade do indivíduo, era um axioma indemonstrável, e, portanto, a órbita da criminologia deveria ser desviada, a fim de gravitar em torno de delinquente e não mais do delito. (BRETAS, 2010, p. 53)

Têm-se então a criação de um pensamento, que por vezes ainda se torna presente nos dias atuais, fruto da concepção de livre-arbítrio advinda da Escola Clássica,

o qual responsabiliza inteira e exclusivamente o individuo pelas suas condutas, tendo este o poder de escolher entre fazer o bem ou o mal, diante da norma penal imposta, sem levar em consideração os meios sociais em que esse individuo foi inserido, bem como a influência dos demais fatores externos.

Ao se preocupar com esses fatores externos e internos que influênciam os individuos a cometerem delitos, a Escola Positivista, busca ir além das caracteristicas fisicas supracitadas, observando os aspectos antropológicos, sociológicos, jurídicos e psicológicos existentes. Neste sentido, expõe Penteado Filho (2012) que:

> Ferri negou com veemência o livre-arbítrio (mera ficção) como base da imputabilidade; entendeu que a responsabilidade moral deveria ser substituida pela responsabilidade social e que a razão de punir é a defesa social (a prevenção geral é mais eficaz que a repressão). (PENTEADO FILHO, 2012,p. 53)

O presente doutrinador, ao falar de Rafael Garófalo, expôs que este viu a necessidade de se conceber uma outra forma de intervenção penal, surgindo então a medida de segurança. Dessa forma, pode-se observar os primeiros indicios que levariam futuramente aos estudos acerca da culpabilidade, bem como da imputabilidade e inimputabilidade dos indivíduos.

3. CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL

Rogério Greco (2016), conceitua culpabilidade como o juizo de censura que recai sobre a conduta típica e ilícita, sendo esta individual, de modo em que, deve ser levado em consideração todos os fatos, internos ou externos, a fim de se apurar se o agente, nas condições em que se encontrava, poderia ter agido de outro modo.

Dentre os precursores do conceito de culpabilidade na teoria do delito, encontra-se Franz Von Liszt e Ernst Von Beling, a frente do Sistema Clássico, expondo uma visão analítica do delito, dividindo em dois aspectos, externo e interno, conforme expõe Greco (2016). Sendo que o aspecto externo, compreendia a ação típica e antijurídica; enquanto o aspecto interno falava da culpabilidade, entendida pelo vínculo psicológico que unia o agente ao fato por ele praticado.

Essa teoria idealizada por Von Liszt e Beling passou a ser reconhecida como teoria psicológica da culpabilidade, que segundo Masson (2014), possuia como pressuposto fundamental a imputabilidade, que era compreendida como a capacidade do ser humano de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com

esse entendimento. Parecer este, que futuramente serviu como base para a elaboração do artigo 26 do Código Penal.

Todavia, com o passar dos anos essa teoria sofreu algumas críticas, não sendo mais atualmente aceita, pois entende-se que a culpabilidade não pode ser um mero e frágil vínculo psicológico. Masson (2014) expõe que, a norma penal não apresenta o conceito de culpabilidade, ficando este a cargo da doutrina, contudo, o Código Penal adota a teoria limitada, o qual compreende que a culpabilidade é composta pela imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, dentre outras peculiaridades.

4. IMPUTABILIDADE E ART. 26 DO CÓDIGO PENAL

A legislação penal também não traz em seu corpo o conceito de imputabilidade, se retringindo apenas a apresentar os casos em que a mesma não está prevista, configurando-se então a inimputabilidade, conforme prevê o artigo 26, *caput* do Código Penal, que diz:

> É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.
> **Parágrafo único** - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Brasil, 1940)

Além do conceito de imputabilidade citado anteriormente, Greco (2016) entende que esta é a possibilidade de se atribuir, imputar o fato típico e ilícito ao agente. Sendo então, a imputabilidade regra e a inimputabilidade exceção.

O doutrinador Masson (2014) aborda que a imputabilidade necessita de dois elementos, sendo estes:

> (1) Intelectivo: é a integridade biopsíquica, consistente na perfeita saúde mental que permite ao indivíduo o entendimento do caráter ilícito do fato; e (2) volitivo: é o domínio da vontade, é dizer, o agente controla e comanda seus impulsos relativos à compreensão do caráter ilícito do fato, determinando-se de acordo com esse entendimento. Esses elementos devem estar simultaneamente presentes, pois, na falta de um deles, o sujeito será tratado como inimputável. (MASSON, 2014, p. 482)

Para que se analise a existência da inimputabilidade, é necessário observar três critérios, definidos pela doutrina em biológico, psicológico e biopsicológico, conforme expõe Masson (2014). Sendo que, para o primeiro, basta a constatação de um problema mental, que pode ser tanto uma doença mental quanto o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não importando se no momento dos fatos o autor compreendia o caráter ilícito deste.

Já o critério psicológico, compreende que é irrelevante se o agente possui alguma deficiência mental, necessitando apenas que este não seja capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Por sua vez, o critério biopsicológico, em regra adotado pelo Código Penal, é uma junção dos anteriores, compreendendo que é inimputável o agente que, no momento dos fatos, apresenta uma deficiência mental e, por consequência disso, não possui capacidade para compreender o caráter ilícito do caso ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

O art. 26 traz como causas de inimputabilidade a doença mental e o desenvolvimento mental incompleto ou retardado. O entendimento de doença mental engloba os problemas patológicos e os de origem toxicológica, podendo ser permanentes ou transitórios. Masson (2014) inclui ainda que, os doentes mentais que cometem os delitos durante os seus intervalos de lucidez, deverão ser tratados como imputáveis.

O autor conceitua desenvolvimento mental retardado como aquele que não se compatibiliza com a fase da vida em que se encontra determinado indivíduo, resultante de alguma condição que lhe seja peculiar. Enquanto o desenvolvimento mental incompleto abrange os menores de 18 anos e os silvícolas, em determinadas situações previstas na legislação.

5. A PSICOPATIA

O *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* – Manual de Diagnóstico e Estatístico de Doenças Mentais ou DSM-V (2013) traz como sinônimos os termos psicopatia, sociopatia, transtorno de personalidade antissocial e transtorno de personalidade dissocial, conceituando-os como um padrão difuso de indiferença e violação dos direitos dos outros, o qual surge na infância ou no início da adolescência e

continua na vida adulta, possuindo como aspecto central a falsidade e a manipulação de terceiros.

Todavia, Robert Hare (2013) traz uma outra visão em sua obra, afirmando que o transtorno de personalidade antissocial se difere de psicopatia, visto que o primeiro os critérios diagnósticos consistem em uma longa lista de comportamentos antissociais e criminosos, enquanto a psicopatia seria definida como um conjunto de traços de personalidade e também de comportamentos sociais desviantes. Ele acrescenta ainda que:

> Alguns médicos e pesquisadores, assim como a maioria dos sociólogos e criminologistas que acredita que a síndrome é forjada inteiramente por forças sociais e experiências do início de vida, preferem o termo sociopatia, enquanto aqueles, incluindo este autor, que consideram que fatores psicológicos, biológicos e genéticos também contribuem para o desenvolvimento da síndrome geralmente usam o termo psicopatia. (HARE, 2013, p.39)

Dessa forma, o termo a ser utilizado no estudo será psicopatia, visto que busca-se explanar as questões biológicas, sociais e psicológicas que estão relacionadas ao transtorno e ao cometimento de delitos. Frisa-se que nem todo psicopata comete delitos, não sendo o objetivo da presente pesquisa generaliza-los.

A escritora Ana Beatriz Barbosa Silva (2014) ao abordar sobre o CID-10, que trata da Classificação Internacional de Doenças, expõe que para este a psicopatia é um transtorno de personalidade caracterizado por um desprezo das obrigações sociais e da falta de empatia para com os outros, havendo então um desvio considerável entre o comportamento e as normas sociais estabelecidas.

A autora caracteriza também esses indivíduos através da ausência do conceito e sentimento de moral e o caráter antissocial, podendo o transtorno ser divididos nos graus leve, moderado e grave, variando de acordo com as condutas e a maneira como elas afetam as outras pessoas.

Robert Hare (2013), criador da *Psychopathy Checklist,* traz alguns traços e comportamentos que auxiliam no diagnóstico da psicopatia, tais como o estilo eloquente e superficial, egocêntrico e grandioso, enganador e manipulador, a ausência de remorso ou culpa, falta de empatia, emoções “rasas”, a impulsividade, fraco controle do comportamento, a necessidade de excitação, falta de responsabilidade, problemas de comportamento precoces, e um comportamento adulto antissocial.

Ressaltando que a psicopatia é uma síndrome, que necessita para o seu diagnóstico o conjunto de sintomas relacionados, sendo necessário também que estes provoquem sofrimento ou prejuízos ao indivíduo, de maneira invasiva e inflexiva, surgindo, como dito anteriormente, na infância ou adolescência e dando continuidade até a fase adulta.

A definição da origem da psicopatia ainda é um assunto que causa bastante questionamento nos pesquisadores, existindo diversas teorias, que acreditam que a psicopatia é produto apenas de fatores genéticos e biológicos, em contrapartida, outras acreditam que ela é um resultado de um ambiente social problemático a qual esse indivíduo foi inserido, e a teoria que acredita que esse transtorno decorre de uma combinação de fatores biológicos e do meio social/ambiente, teoria esta adotada nesta pesquisa e pelo autor Robert Hare.

6. ARTIGO 26 E A PSICOPATIA

Como dito anteriormente, o artigo 26 prevê como inimputáveis os agentes que em razão de doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não possuem capacidade para compreender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com este. Sendo assim, compreende-se que o psicopata não se encaixa nessa previsão legal.

Sabbatini (1998) afirma que os psicopatas não possuem alguma espécie de retardo mental ou baixa inteligência, ao contrário, estes são pessoas com inteligência mediana ou acima da média. Nota-se também, que o psicopata não se encaixa nas previsões legais e doutrinárias de desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Ademais, Ana Beatriz (2014) acrescenta que:

> (...) a psicopatia não se encaixa na visão tradicional das doenças mentais. Esses indivíduos não são considerados loucos nem apresentam algum 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). Ao contrário disso, seus atos criminosos não provêm de uma mente adoecida, mas sim de um raciocínio frio e calculista combinado com uma total incapacidade de tratar as outras pessoas como seres humanos pensantes e com sentimentos. (SILVA, 2014, P.38)

Por sua vez, a autora concorda com Robert Hare ao expor que os psicopatas têm total consciência acerca de seus atos, pois a parte cognitiva e racional do seu cérebro é

completamente normal e perfeita, sendo assim, tais pessoas compreendem inteiramente a ilicitude de suas condutas, bem como o fato de estarem infringindo regras sociais e os motivos dessas atitudes.

Hare (2013) complementa, reforçando o pensamento, dizendo que:

> 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. Seu comportamento é resultado de uma escolha exercida livremente. (HARE, 2013, p.38)

Dessa forma, fica claro os motivos pelos quais esses indivíduos não se encaixam na previsão legal de inimputabilidade, fato este que evidencía uma problemática muito maior, a qual demonstra que não há previsão legal no ordenamento juridico brasileiro que abarque a situação dos individuos com psicopatia que cometem delitos.

7. RESULTADOS E CONCLUSÕES

É notório o descaso do Estado, não somente para com os individuos com psicopatia, mas para todos que se encontram no cárcere. Situação esta que pôde ser vivida na prática durante a realização desta pesquisa, ao se analisar os processos com incidente de insanidade mental na Comarca de Paranaíba/MS, nos anos de 2011 até 2017, no qual não há absolutamente nenhuma alegação e diagnóstico de psicopatia, o que reforça mais ainda o desinteresse do Estado para com esses indivíduos, demonstrando que os psicopatas passam desapercebidos pelo sistema e consequentemente não recebem o acompanhamento adequado, aumentando as chances de voltarem a cometer delitos.

Ademais, outro fato reforçado durante a pesquisa foi a ausência de profissionais especializados e qualificados dentro do âmbiente jurídico e penitenciário, sendo que na penitenciária da cidade de Paranaíba/MS há apenas um psicológo responsável pelo acompanhamento de quase 300 detentos, inexistindo psiquiatras na unidade, bem como politicas que visem a prevenção e o cuidado com a saúde mental desses indivíduos, o que agrava mais ainda o problema.

Uma pesquisa elaborada pela revista Super Interessante, aponta que há uma estimativa de 69 milhões de psicopatas no mundo, o que seria aproximadamente 1% da

população mundial, Robert Hare (2013) complementa dizendo que existe no mínimo 2 milhões de psicopatas apenas na América do Norte, estimando que seja 100 mil somente na cidade de Nova York.

Esses levantamentos demonstram que é necessário que se abra os olhos para o tema e a problematica, todavia, com certa prudência, eis que a psicopatia vai muito além dos esteriótipos construidos pela mídia, não devendo levar como sinônimo de que todo psicopata seja um serial killer, como é visto nos jornais e filmes, assim como nem todo psicopata comete delitos.

Robert Hare (2013) também afirma que os serial killers são extremamente raros, de modo em que, nos Estados Unidos, há uma estimativa de que exista menos de 100, em contraposição, deve haver uns 2 ou 3 milhões de psicopatas no país. Desse modo, não se pode generalizar os conceitos, pois nem todo psicopata é um serial killer e nem todo serial killer é psicopata.

Dessa forma, é preciso que se entenda que a psicopatia não possui um rosto determinado, existindo indivíduos com esse transtorno em todas as esferas da sociedade, como bem aponta Hare, esses indivíduos estão presentes no nosso dia-a-dia e em diversas categorias profissionais, independente de sexo, idade ou raça, seja como pequenos criminosos ou como politicos de grande influência.

O pesquisador apresenta ainda que 50% dos crimes graves são cometidos por psicopatas, sendo que a taxa de reincidência de psicopatas é mais ou menos duas vezes maior que os demais infratores, isso se dá em parte pelo seu comportamento não ser facilmente modificado pelas experiências, inclusive pelas punições.

Sendo assim, a pesquisa tem por escopo apontar o fato de que há diversos psicopatas em nossa sociedade que acabam cometendo delitos, alguns acabam nem sendo penalizados ou descobertos, enquanto outros são enviados para a penitenciária sem nenhum acompanhamento profissional, eis que nosso ordenamento jurídico não possui previsão legal e âmparo cientifíco para com esses indivíduos.

Bem como, há uma escancarada falta de preocupação do Estado, que carece de políticas públicas e de legislações, existindo um vácuo no Direito Penal acerca desses individuos, pois, como dito anteriormente, os mesmos não se encaixam na previsão legal do artigo 26 do Código Penal que versa sobre a inimputabilidade, todavia, se enviados para a penitenciária sem o devido acompanhemto de psicológos e psiquiatras há uma

grande probabilidade desses individuos voltarem a cometer delitos, em razão dos fatos já mencionados.

Compreende-se que a pena não possui grande eficácia com os psicopatas, devido às suas caracteristicas, porém, ainda que não seja eficaz é necessário assegurar os direitos e as garantias constitucionais desses cidadãos, que são marginalizados e esquecidos pelo Estado, haja vista o fato do tema ser ainda uma grande icógnita acerca da sua origem, a existência de uma possibilidade de tratamento ou não, bem como a ausência de cura, todavia, isso não afasta o dever do Estado para com esses indivíduos.

Sendo que o Estado não possui uma politíca para tais questões e a Lei nº 7.210/84 de Execução Penal prevê que todos os direitos não afetados pela sentença permanencem inalterados.

É necessário, então, assegurar os direitos previstos na Constituição Federal, em especial ao direito à saúde, o qual versa que a saúde é direito de todos e dever do Estado, que deve ser garantido mediante politicas sociais e econômicas, bem como o príncipio da dignidade humana, resguardado no texto constitucional, sendo este um valor que é intrínseco ao ser humano, sendo indisponivel e irrenunciável.

Desse modo, é notório que o público encarcerado, em geral, sofre nestes direitos fundamentais uma lesão e que o psicopata encontra um amabiente que, em regra, atinge a subjetividade do sujeito, podendo potencializar a práticas de ilicitos, seja no ambiente prisional ou no seu reingresso na sociedade. Fato este, que deve ser levado em consideração pelo ordenamento jurídico e o Estado.

BIBLIOGRAFIA

Associação Americana de Psiquiatria. **Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais DSM-V**. Editora Artmed, 2013. Disponível em: <http://faa.edu.br/portal/PDF/livros_eletronicos/psicologia/MANUAL_DIAGNOSTICO_ESTATISTICO_TRANSTORNOS_MENTAIS_DSMV.pdf> Acesso em: 13 de agosto de 2017.

BRASIL. **Código Penal.** Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1940.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. **Fundamentos da Criminologia Crítica.** Curitiba: Editora Juruá, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** Rio de Janeiro: Impetus, 2016.
HARE, Robert D. **Sem consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós**. Porto Alegre: Artmed, 2013.

INNES, Brian. Perfil de uma mente criminosa: a psicologia solucionando os crimes da vida real. São Paulo: Editora Escala, 2009.

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado – Parte Geral**, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual esquemático de criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SABBATINI, Renato Marcos Endrizzi. **O cérebro do psicopata**. Disponível em: <http://www.cerebromente.org.br/n07/doencas/index_p.html> Acesso em: 12 de agosto de 2017.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes perigosas**: o psicopata mora ao lado. São Paulo: Globo, 2014.

SUPER INTERESSANTE. **Psicopatas S.A**. Disponível em: <https://super.abril.com.br/comportamento/psicopatas-s-a/> Acesso em: 25 de setembro de 2017.

NEUROCIÊNCIA APLICADA AO ACIDENTE DE TRABALHO: DO MEMBRO FANTASMA AO DANO MORAL, ESTÉTICO E EXISTENCIAL

NEUROSCIENCE APPLIED TO WORK ACCIDENT: FROM PHANTOM MEMBER TO MORAL, AESTHETIC AND EXISTENTIAL DAMAGE.

*Camilla de Lellis Mendonça**

*Anna Carolina de Sales***

Sumário: 1 Introdução; 2 Aa amputação ao fenômeno do membro fantasma; 2.1 A sensação do membro fantasma; 2.2 Dor fantasma; 2.3 Dor residual vs. dor fantasma; 2.4 Reorganização cortical; 3 A amputação decorrente de acidente de trabalho; 3.1 A responsabilidade civil do empregador; 3.2 Espécies de danos; 3.2.1 O dano material; 3.2.2 O dano moral; 3.2.3 O dano estético; 3.2.4 O dano existencial; 4 Posicionamento dos tribunais trabalhistas acerca do tema; Conclusão; Referências

Resumo: A sensação do membro fantasma, a qual muitas vezes vem acompanhada de dor, é um fenômeno que acomete grande parte dos pacientes que sofreram amputação traumática, no qual os acidentes de trabalho mostram-se grandes contribuidores dessas estatísticas. Nesse sentido, o objetivo deste trabalho foi demonstrar a relevância dos estudos e experimentos pertinentes à Neurociência para o Direito do Trabalho, especialmente quanto aos acidentes laborais, no que diz respeito ao posicionamento do judiciário trabalhista acerca da quantificação da indenização por danos morais, estéticos e existenciais quando apresentadas as experiências relatadas pelos trabalhadores acidentados. O presente estudo foi construído a partir da metodologia dedutiva, tendo como técnicas a pesquisa bibliográfica nacional e internacional, bem como a jurisprudencial, com arrimo na legislação brasileira.

* Advogada trabalhista graduada pela Universidade Federal de Uberlândia. E-mail: camilla.lellis@gmail.com

* Advogada trabalhista graduada pela Universidade de Uberaba. E-mail: anna.carolina.sales@hotmail.com

Palavras-chaves: Amputação. Acidente de trabalho. Membro fantasma. Dor fantasma.

Abstract: The phantom limb sensation, which is often accompanied by pain, is a phenomenon that affects a large number of patients who have suffered traumatic amputation, in which work-related accidents are major contributors to these statistics. Therefore, the objective of this work was to demonstrate the relevance of the studies and experiments pertinent to Neuroscience for Labor Law, especially about work accidents, regarding the position of the labor court concerning the quantification of compensation for moral, aesthetic and existential damages when presented the experiences reported by the injured workers. The present study was done from the deductive methodology, using national and international bibliographical researches, as well as jurisprudential, with support in the Brazilian legislation.

Keywords: Amputation. Work accident. Phantom limp. Phantom pain.

1 INTRODUÇÃO

Desde a universalização do termo "membro fantasma", em 1871, por Silas Weir Mitchell (WHOODHOUSE, 2005), a Neurociência encarregou-se de aprofundar seus estudos quanto às causas, características e tratamento dessa sensação que, com frequência é acompanhada por dor (CARVALHO, 1999). Inicialmente, pensava-se que a origem desse fenômeno era psíquica, no entanto, sabe-se hoje que está relacionado também à fisiologia cerebral, a partir da reorganização cortical, que consiste em alterações estruturais na representação topográfica dos mapas corticais (RAMACHANDRAN; HIRSTEIN,1998).

O trabalhador que perde um membro em virtude de acidente de trabalho insere-se nas estatísticas de pacientes cuja causa da amputação deriva de trauma. Em geral, este indivíduo é aquele com pouca ou nenhuma comorbidade e está no auge da vida produtiva. Mesmo em condições de reabilitação adequada, diversos autores têm citado dificuldade no processo de retorno à atividade laborativa e a sua relação com outros determinantes além da aptidão física (SARZI; SOUZA, 2015).

Assim, o presente estudo teve como ponto de partida a análise conceitual e literária do método da amputação e das sensações a ele relacionadas, como a do membro fantasma, da dor fantasma e dor no membro residual, para, então, adentrar na temática dos acidentes de trabalho. Da intersecção entre os estudos da Neurociência e do Direito do Trabalho, serão demonstrados os pontos convergentes entre as duas ciências e a relevância desta interdisciplinaridade na quantificação das indenizações por danos decorrentes de acidentes de trabalho.

2 DA AMPUTAÇÃO AO FENÔMENO DO MEMBRO FANTASMA

Amputação significa a retirada, geralmente cirúrgica, total ou parcial de um membro. Para os pacientes, o termo "amputação" está relacionado com terror, derrota e mutilação, trazendo, de forma implícita, uma analogia com a incapacidade e a dependência (CARVALHO, 1999, p. 9).

Wald (2004, p. 6, tradução nossa) descreve a amputação como a remoção de uma extremidade corporal por meio de cirurgia ou trauma. Quando realizada como medida cirúrgica, a finalidade é de controle da dor ou do processo da doença no membro afetado. A amputação traumática, por sua vez, decorre geralmente de acidente do trabalho.

Carvalho (1999, p.9) aprofunda a discussão de viés psicológico do paciente submetido a este tipo de cirurgia, o qual usualmente entra no hospital sentindo-se uma pessoa normal e, ao passar pelo processo de amputação, considera-se um ser inválido, desmunido de perspectivas futuras e incapacitado para o resto de sua vida.

A amputação, em termos estéticos, resulta na desfiguração do corpo do paciente, podendo levar a uma imagem corporal negativa a qual afeta o seu modo de pensar e agir em razão da capacidade cerebral de construir e atualizar a imagem corporal ao longo da vida (RAMACHANDRAN; RAMACHANDRAN, 2000, p. 317-320, tradução nossa).

Nesse sentido, a reintegração do acidentado ao meio social e à atividade laboral pode ser mais difícil, resultando automaticamente na queda da sua qualidade de vida (WALD, 2004, p. 10, tradução nossa).

Todavia, nos acidentes do trabalho[1] a remoção de um membro ocorre, muitas vezes, de forma abrupta, instantânea ao manejo de alguma ferramenta ou maquinário pelo trabalhador. Em razão disso, a incidência do fenômeno da sensação e dor no membro já amputado mostra-se maior em pacientes cuja causa da amputação é traumática.

De acordo com o manual de reabilitação de amputados (WHO, 2004) o trauma é a maior causa de amputação no mundo, sendo o nível mais frequente os membros abaixo do joelho (transtibial) e, em seguida, aqueles acima do joelho (transfemoral). A figura (1.1) a seguir revela o percentual de ocorrência da amputação por região do corpo.

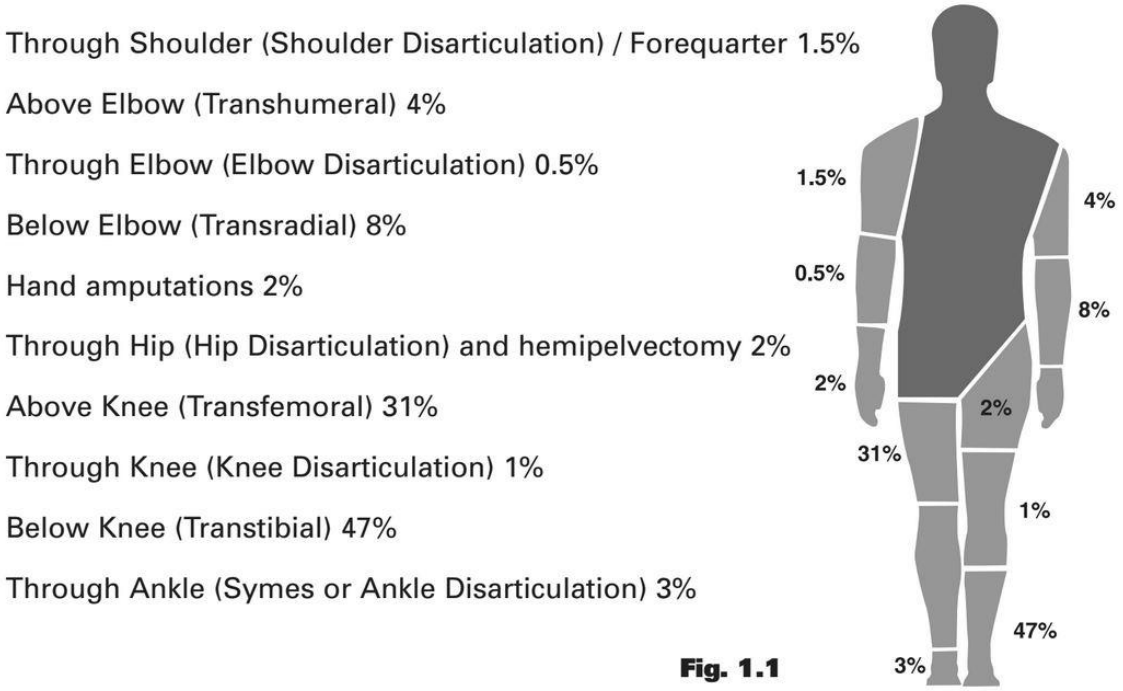


Figura 1.1 – Percentual de ocorrência de amputação por região do corpo
Fonte: World Health Organization (WHO, 2004)

No que diz respeito às consequências funcionais e estéticas derivadas da amputação dos membros inferiores, pode-se dizer que desde as amputações mais simples, as quais comprometem o simples deambular do paciente, às mais complexas, que exigem colocação de prótese, o indivíduo envolvido é conduzido a uma experiência

[1]As amputações decorrentes de acidentes de trabalho resultam do uso indevido de máquinas e ferramentas elétricas. Nesse sentido, a importância das inspeções de segurança, do uso de equipamento de proteção individual e a instrução adequada ao uso de máquinas deve ser enfatizada para empregadores e empregados.

de vida estressante que requer ajuste físico e psicossocial (GALLAGHER et al., 2001, p. 522, tradução nossa).

Nesse sentido, Carvalho (1999, p. 35) trata da importância da avaliação do paciente amputado, a fim de definir e mensurar as suas capacidades e as incapacidades na execução de atividades simples e complexas, e, principalmente, de avaliar o estado geral desse indivíduo, bem como a sua motivação para a reabilitação.

Após a amputação é possível que o paciente experimente a sensação do membro fantasma, dor no coto e dor fantasma, as quais são entidades distintas, mas que podem coexistir num mesmo indivíduo, sendo fundamental distingui-las semiologicamente para uma correta abordagem terapêutica.

Os resultados dos exames do paciente amputado quanto às questões motoras, psicológicas e sensoriais são cruciais tanto para o desenvolvimento da Neurociência quanto para o operador do Direito, vez que permitem aferir a extensão dos danos suportados pela vítima do acidente do trabalho na sua vida laboral e pessoal.

2.1 A Sensação do Membro Fantasma

Carvalho (1999, p. 42-43) conceitua o membro fantasma como uma sensação indolor do membro amputado, que pode ser expressa por pressão, formigamento, dormência e mudança de temperatura, por exemplo.

Este fenômeno é notado no período imediato à amputação, alcançando de 90 a 98% dos amputados, e, em geral, diminui gradativamente sua intensidade com o tempo, podendo, no entanto, durar por toda a vida (RAMACHANDRAN; HIRSTEIN, 1998, p. 1605, tradução nossa).

Os pacientes que experimentam essa sensação, geralmente sentem-na "na região distal do membro já amputado, podendo mudar de posição e de características conforme estímulos externos" (CARVALHO, 1999, p.43).

Alguns pacientes relatam sentir vívidos movimentos em seu membro fantasma. Por exemplo, o fantasma pode tentar afastar um golpe, acenar adeus, ou até apertar as mãos. Outros, no entanto, relatam que o fantasma está congelado em uma posição específica e que não podem gerar movimentos voluntários, mesmo com intenso esforço (RAMACHANDRAN; HIRSTEIN, 1998, p. 1619, tradução nossa).

2.2 Dor Fantasma

Credita-se ao cirurgião militar francês, Ambroise Paré, a primeira descrição médica a respeito da sensação fantasma dolorosa. Porém, o termo "dor fantasma", de uso universal, foi cunhado em 1871, por Silas Weir Mitchell (WHOODHOUSE, 2005, tradução nossa).

Carvalho (1999, p. 43) define a dor fantasma como uma sensação dolorosa do membro amputado. Quanto ao local de incidência, é sentida na região distal, em virtude da grande representação cortical, tal como a sensação do membro fantasma. Os pacientes geralmente relatam disparos acompanhados de dor, apertos, cãibras e queimações.

No mesmo sentido, Whoodhouse (2005, tradução nossa) a conceitua como qualquer sensação dolorosa referente ao membro ausente e acrescenta que 60 a 80% dos amputados sentem-na. Contudo, apenas uma pequena porcentagem recebe tratamento para essa dor, em razão de considerável parte dos médicos acreditarem que este fenômeno deriva de uma perturbação mental.

2.3 Dor Residual vs. Dor Fantasma

A dor residual dos membros está associada à dor fantasma. Experimentos demonstraram existência de relação entre a dor residual do coto e o grau de depressão ou ansiedade da pessoa em razão do processo de amputação (GALLAGHER et al., 2001, p. 523, tradução nossa).

Gallagher e outros (2001, p. 523-24, tradução nossa) propuseram um estudo sobre o tema a partir de questionários aplicados a 104 pacientes amputados, tendo como objetivo buscar resultados quanto à ocorrência, frequência, duração e nível da dor. Nessa amostragem a causa prevalente era traumática. Além disso, o nível mais comum de amputação era de membros inferiores, especificamente abaixo do joelho.

Como resultado, Gallagher e outros (2001, p. 526-27, tradução nossa) aferem que a incidência da dor residual dos membros é menor em relação à dor fantasma. A dor fantasma mostrou-se variável conforme gênero, idade, nível e causa da amputação, bem como a ausência ou presença de apoio recebido pelo paciente antes da cirurgia.

A questão psicológica mostra-se diretamente ligada à causa da amputação. Os pacientes que foram submetidos à cirurgia de emergência e que, portanto, não receberam apoio pré-amputação relataram, com maior frequência, a experiência do fenômeno (GALLAGHER et al., p. 527, tradução nossa).

No mesmo sentido, Ramachandran e Hirstein (1998, p. 1606, tradução nossa) concluem que a vivacidade e persistência da dor fantasma são mais comuns em casos traumáticos do que após uma cirurgia planejada de remoção de um membro não doloroso. Atribui a este fenômeno duas hipóteses: a maior atenção destinada ao membro mutilado antes de sua retirada; ou, a representação da "memória de dor" pré-amputação.

O acidente do trabalho, sendo uma das causas frequentes de amputação traumática, é caracterizado quando provoca lesão corporal ou perturbação funcional ao acidentado, causando-lhe a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho, quando não letal.

No caso do infortúnio que leva à amputação de um membro do trabalhador, a sua perda dá-se, geralmente, de forma instantânea. Mas, quando o procedimento é cirúrgico, ocorre, na maioria das vezes, de forma inesperada e o tempo para assimilação prévia do evento pode ser inexistente (*GABARRA*, CREPALDI, 2009, p. 65).

2.4 Reorganização Cortical

Não existem estudos conclusivos, todavia, há grandes evidências de que o sistema nervoso central do paciente amputado passa por uma reorganização cortical, a qual está ligada à dor no membro fantasma. Experimentos realizados indicaram que após a amputação, diferentes regiões do corpo não afetadas pela cirurgia passaram a ser ativadas (WHOODHOUSE, 2005, p. 133, tradução nossa).

Demidoff e outros (2007) explicam que o cérebro possui plasticidade, ou seja, capacidade de modificar-se, adaptando-se, assim, às alterações estruturais sofridas pelo corpo. As informações sensoriais, alocadas em grande parte no córtex pós-central, permitem que cada indivíduo crie uma imagem interna a qual representa sua imagem corporal. A partir dessa premissa, Ramachandran e Hirstein (1998, p. 1603, tradução nossa) defendem que essa imagem corporal é transitória.

Nesse sentido, os pacientes amputados sofrem alterações sinápticas que levam à reorganização cortical. Segundo Ramachandran e Ramachandran (2000, p. 319, tradução nossa), as áreas que eram ativadas pelo membro removido são afetadas por neurônios de outras partes do corpo, o que permite que o paciente experimente sensações em regiões estranhas à amputada, por exemplo, depois da amputação do braço, os pacientes geralmente têm sensações duplas, ou seja, as sensações são experimentadas tanto no rosto como na mão removida.

3 A AMPUTAÇÃO DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO

A Constituição Federal assegura aos trabalhadores, por intermédio do artigo 7º, inciso XXVIII, o direito ao seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa (BRASIL, 1988).

Desta forma, para que haja a postulação das indenizações compensatórias referente aos danos morais, materiais, existenciais e estéticos, faz-se necessário o enquadramento do evento danoso no conceito previsto na Lei 8.213/91, do acidente de trabalho (BRASIL, 1991).

O acidente em sentido estrito, chamado também de acidente típico, é aquele que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause morte ou a perda ou redução permanente ou temporária da capacidade para o trabalho. No Brasil, segundo Silva (2013, p. 206), "houve um aumento de 60%, de 2001 a 2008, no número de acidentes do trabalho [...] houve 551.023 acidentes com CAT[2] emitida em 2008, sendo 80% (441.925) de acidentes típicos". A flexibilização da jornada de trabalho mostra-se como uma das principais causas dos acidentes do trabalho.

Silva (2013, p. 213) traz as estatísticas de jornadas de trabalho no Brasil e em outros países do mundo e verifica que "mais de 40% dos trabalhadores da indústria (nacional) manufatureira trabalham acima das 44 horas semanais", nas principais regiões metropolitana do país.

[2] CAT é o documento de comunicação do acidente de trabalho emitida pela empresa e direcionado ao INSS quando da ocorrência do infortúnio.

Partindo dessa premissa, percebe-se que o número de acidentes típicos se revela preocupante. De acordo com o Ministério da Previdência Social, os acidentes com máquinas causam 12 amputações por dia no país, conforme coleta de dados entre 2011 e 2013:

> Dados do Ministério da Previdência Social indicam que de 2011 a 2013 ocorreram 221.843 acidentes com máquinas, o que representa 17% dos acidentes de trabalho típicos ocorridos no período, sendo que destes, 41.993 acidentes resultaram em fraturas (270 trabalhadores fraturados por semana), 13.724 acidentes resultaram em amputações (mais de 12 trabalhadores amputados por dia) e centenas de acidentes resultaram em óbitos, já que os acidentes com maquinas são responsáveis por, aproximadamente, 30% dos mortes decorrentes de acidentes de trabalho analisados pela fiscalização do trabalho (PRONUNCIAMENTO..., 2015).

In casu, quando da ocorrência do infortúnio decorre a mutilação do membro, inegáveis são as repercussões negativas na vida do trabalhador e de sua família, bem como para a empresa e a sociedade.

Em razão de todo o desgaste psicológico e físico suportado pelo obreiro amputado, vítima de acidente de trabalho, Sarzi e Souza (2015) acrescentam que os danos derivados deste fato, "contribuem, significativamente, de forma negativa quanto ao processo de retorno à atividade laboral, com drástica redução em seu desempenho, mesmo em condições de reabilitação adequada e uso de prótese".

Por conseguinte, após a cirurgia, surgem problemas que ultrapassam a limitação física e adentram em hemisférios pouco conhecidos pela população em geral: a estranha sensação do membro ausente, as possíveis dores constantes no membro amputado e a incapacidade de controlá-la e aliviá-la.

Com efeito, a construção do Direito dá-se a partir da realidade fática. Assim, ainda que o fenômeno do membro fantasma seja objeto de estudo da Neurociência e da Psicologia, cabe ao operador do Direito tratar da problemática dentro de seu campo, já que os impactos dessa experiência compõem os danos suportados pela vítima.

Nesse sentido, faz-se imprescindível explorar, dentro do ponto de convergência entre o Direito do Trabalho e a Neurociência, os danos trazidos pela amputação decorrente de acidente do trabalho, contemplando a responsabilidade civil do empregador.

Os estudos relativos ao fenômeno do membro fantasma carecem de conclusões exatas quanto à sua causa e tratamento. Todavia, os dados estatísticos extraídos de vários experimentos convergem quanto à incidência, nível e causa da amputação, o que já se mostra suficiente para que o julgador adote parâmetros diferenciados e mais humanistas em relação aos trabalhadores vítimas de acidente do trabalho que convivem com a sensação ou dor do membro fantasma.

3.1 *A Responsabilidade Civil do Empregador*

No âmbito do Direito Cível, Diniz (2007) conceitua o instituto da responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obrigam uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou em razão de imposição legal.

Segundo Dias (1994, p. 42), "o interesse em restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano é a causa geradora da responsabilidade civil. [...] Em todas as teorias [...] o que se procura é escolher quem deve suportar o dano". Para o autor, essa teoria "corresponde [...] à necessidade de resolver casos de danos que pelo menos com acerto técnico não seriam reparados pelo critério clássico da culpa" (DIAS, 1994, p. 49).

O parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) revela-se como cláusula geral[3] da responsabilidade sem culpa no caso de atividade que crie risco (GODOY, 2010, p. 43). O autor afirma, ainda, que a responsabilidade prevista por esse artigo (927) deve relacionar-se ao dano cuja causa deriva do exercício de uma atividade, no qual "somente quem, no exercício de uma atividade, venha a provocar um evento lesivo é que, mesmo sem culpa, terá obrigação de indenizar".

No campo do Direito do Trabalho, a responsabilidade civil recai sobre o empregador, quando o seu empregado sofre algum dano moral, em sentido amplo, e/ou material, em razão de serviço prestado à empresa (BRASIL, 1991). Neste sentido, quando o empregador explora atividade de risco, percebe-se uma tendência do Tribunal

[3] A cláusula geral é um preceito normativo cujos termos são propositadamente vagos, com ampla extensão de seu campo semântico, garantindo a flexibilidade na interpretação da norma conforme o caso concreto.

Superior do Trabalho (TST) na aplicação da teoria objetiva, conforme será observado em tópico apartado.

Nessa modalidade, a qual se contrapõe à teoria da responsabilidade subjetiva, o dever de indenizar surge do simples exercício da atividade desenvolvida, independentemente da necessidade de se demonstrar a culpa do empregador (DIAS, 1994). Assim, os tribunais trabalhistas devem atentar-se às experiências apresentadas por estes trabalhadores amputados para que o *quantum* indenizatório atenda ao patamar razoável e equânime esperado.

3.2 *Espécies de Danos*

Os acidentes de trabalho típicos que resultam em amputação de forma parcial ou total trazem à vítima danos em praticamente todas as searas da sua vida, fazendo-se extremamente necessário um suporte psicológico adequado.

A limitação física e motora, a depender do nível da amputação, conduz o amputado ao sentimento de impotência ao vislumbrar a possibilidade de tornar-se dependente de outra pessoa para a prática de atos comuns, como, por exemplo, tomar banho e vestir-se, ou de não poder mais exercitar-se, trabalhar, etc (CARVALHO, 1999).

No âmbito profissional, quando da ocorrência de acidente do trabalho, o obreiro possui estabilidade de 12 meses na empresa, o que significa dizer que só poderá ser demitido se incorrer em falta grave que culmine na sua dispensa por justa causa (BRASIL, 1991). Nesse sentido, a empresa é obrigada a aceitar o trabalhador de volta, submetendo-o a outra função, se necessário.

O trabalhador que por toda a sua vida exerceu determinada atividade e que, repentinamente, perde um membro essencial para tal, tem, diante de si, consolidado o sentimento de inutilidade que acomete a maioria dos amputados (CARVALHO, 1999).

Soma-se a isso, a possibilidade de que este obreiro experimente a dor fantasma no membro mutilado, sentindo dores reais que certamente comprometem o seu rendimento laboral e afetam negativamente seu estado mental, já que muitas vezes é desacreditado pelo seu círculo social quando menciona a sensação de tal fenômeno.

Nesse sentido, segundo, Sarzi e Souza (2015):

> O fenômeno do "membro fantasma" é um agravante desta condição lesiva, já que o paciente menciona ao seu círculo social sobre a sensação do membro perdido e é desacreditado, de modo que a depender do seu grau de instrução, não raro, considera-se leviano, levando a um distúrbio psicossocial.

Os fatores psicológicos influenciam decisivamente desde a percepção da sensação, por vezes dolorosa, do membro fantasma, ao tratamento e à qualidade de vida do amputado. As vítimas de acidente do trabalho que passam pela amputação, muitas vezes, desenvolvem depressão grave, perdendo verdadeiramente o estímulo pela vida (SARZI; SOUZA, p. 1995).

Diante do quadro, faz-se necessária a indenização a cargo do empregador quanto aos danos e prejuízos causados pelo acidente de trabalho, sejam eles materiais, morais, estéticos e existenciais.

3.2.1 O Dano Material

Enfatiza Maria Helena Diniz (2007) que o dano material, ou patrimonial, é "a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável".

Neste sentido, o artigo 402 do Código Civil preceitua que o ressarcimento dos danos abrange parcela de duas naturezas. A primeira, ligada à apuração daquilo que a vítima efetivamente perdeu, caracterizando os chamados danos emergentes, ou seja, o prejuízo imediato e mensurável que surge em decorrência do acidente de trabalho, causando a diminuição do patrimônio do acidentado. Os gastos com hospital, medicamentos, colocação de prótese, reabilitação, dentre outros, são exemplos desta submodalidade do dano material (BRASIL, 2002).

Os artigos 948 e 950 do Código Civil estabelecem que as despesas com o tratamento devem permanecer até o fim da convalescença (BRASIL, 2002). Ainda, em decorrência do princípio da *restitutio in integrum* ou da restauração do *status quo ante*, o ressarcimento de qualquer outra despesa efetiva que o acidente tenha gerado, deve ser restituído, a fim de possibilitar a recomposição do patrimônio integral do acidentado ao que era antes do evento (DIAS, 1994).

A segunda parcela do dano material remete àquilo que o acidentado efetivamente deixou de ganhar, perfazendo os chamados lucros cessantes, ou seja, a privação dos ganhos futuros, ainda que de modo temporário (DIAS, 1994).

Por fim, o artigo 402 do Código Civil determina, dentro do critério da razoabilidade, que é correto que o acidentado perceba aquilo que faria jus na continuação do emprego, com os pagamentos dos salários normais, com as devidas correções alcançadas pela categoria profissional (BRASIL, 2002).

3.2.2 *O Dano Moral*

Os bens morais consistem no equilíbrio psicológico, bem-estar, normalidade da vida, na reputação, liberdade e no relacionamento social, de modo que a sua danificação resulta em desequilíbrio psíquico, desânimo, dor, medo, angústia, abatimento, baixa de consideração à pessoa, dificuldade de relacionamento social (FERREIRA, 1992).

O dano moral, segundo Oliveira (2016), é aquele que trata da lesão direta à esfera personalíssima da pessoa e encontra como princípio balizador o da dignidade da pessoa humana, valor supremo do constitucionalismo contemporâneo.

Neste sentido, dispõe Oliveira (2016):

> No estudo do dano moral decorrente do acidente de trabalho, não se pode perder de vista que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, dentre outros, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. Além disso, a ordem econômica deve estar apoiada na valorização do trabalho (artigo 170), a ordem social terá como base o primado do trabalho (artigo 193) e constitui objetivo fundamental da República construir uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I). O princípio constitucional de que a saúde é direito de todos e dever do Estado (artigo 196), adaptado para o campo do direito do trabalho, indica que a saúde é direito do trabalhador e dever do empregador. Para isso, a CF garantiu no artigo 7º, XXII, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Partindo desta premissa, os princípios constitucionais devem ser ponto de partida para análise das condições e normas de segurança e saúde do trabalho, bem como, para definição dos parâmetros da fixação de indenização por danos morais decorrentes de acidente de trabalho.

O Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI-MC n. 1.347-5, ressaltou a importância dos princípios constitucionais na análise das questões relacionadas à saúde dos trabalhadores:

> Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, que também os valores sociais do trabalho constituem um dos fundamentos sobre os quais se edifica, de modo permanente, a construção do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, IV), pois é preciso reconhecer que o sentido tutelar que emana desse postulado axiológico abrange, dentre outras providências, a adoção, tantos pelos organismos públicos quanto pela própria comunidade empresarial, de medidas destinadas a proteger a integridade da saúde daqueles que são responsáveis pela força de trabalho. A preservação da saúde de classe trabalhadora constitui um dos graves encargos de que as empresas privadas são depositárias.

Logo, a Constituição Federal deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão, haja vista que a dignidade humana nada mais é do que a base de valores morais a essência de todos os direitos personalíssimos. Dano moral, à luz da Constituição vigente, nada mais é do que a violação do direito à dignidade (DIREITO; CAVALIERI FILHO, 2007).

Dias (1994) reitera que a indenização por danos morais deve atender a uma dupla finalidade: reparatória (compensação do sofrimento da vítima) e punitiva (sanção como forma de coibir a prática reiterada). Muitas vezes, a indenização pode até alcançar a recomposição do prejuízo, entretanto, nos casos de amputações dos membros, o sentimento de dor por exclusão, a tristeza da inatividade precoce, a exposição da mutilação, a dificuldade psíquica em lidar com os conflitos internos, a sensação de inutilidade, o conflito permanente do cérebro ao qual o corpo não consegue mais obedecer, dentro outros, não serão reparados.

Não se trata, porém, de estabelecer um preço para a dor, mas de criar possibilidades para que o acidentado desenvolva novas atividades ou entretenimentos, para vencer as recordações dolorosas e superar o sofrimento.

3.2.3 *O Dano Estético*

Os acidentes de trabalho que ocasionam a retirada dos membros de forma parcial ou integral comprometem a harmonia física da vítima, ou seja, a sua estética.

Após a amputação, o indivíduo passa por uma fase de adaptação em relação a sua imagem corporal (SHILDER, 1999). Todavia, em razão da fase de negação, o amputado tenta de todas as formas manter a integridade de seu corpo. Assim, a sensação do membro fantasma apresenta-se como uma forma de expressão da dificuldade de aceitação a um defeito súbito de uma região periférica importante do corpo (RAMACHANDRAN; RAMACHANDRAN, 2000, p. 317-320, tradução nossa).

Para Diniz (2007), o dano estético

> é toda alteração morfológica do indivíduo, que, além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeiamento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa.

Conquanto o dano estético seja considerado uma especialidade do dano moral, a jurisprudência evoluiu no sentido de deferir as indenizações cumuladamente, considerando-as como formas distintas, uma vez que o dano estético está ligado ao sofrimento pelas deformações/mutilações decorrentes das sequelas permanentes. O Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 387, em 2009, que reitera o entendimento a respeito da possibilidade da cumulação: "É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral".

3.2.4 *O Dano Existencial*

A perda de um membro por acidente de trabalho é um episódio traumático na vida do trabalhador e reflete decisivamente no seu projeto de vida (SARZI; SOUZA, 2015). O amputado experimenta grande sentimento de frustração diante da nova realidade e de tantos conflitos psicológicos, físicos e neurológicos, emergindo aí o dano existencial.

Soares (2009) define dano existencial como:

> Uma afetação negativa, total ou parcial, permanente ou temporária, seja a uma atividade, seja a um conjunto de atividades que a vítima do dano, normalmente, tinha como incorporado em seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, precisou modificar em sua forma de realização, ou mesmo suprimir de sua rotina.

O dano existencial tem como elemento nuclear o desmonte ou a ofensa ao projeto de vida da vítima e a sua adaptação compulsória a um roteiro de sobrevivência não escolhido. As aspirações são substituídas pelas imposições da nova realidade, no qual o futuro apresenta-se como uma cena paralisada e o projeto de vida é amputado pelo vazio existencial (OLIVEIRA, 2016).

A jurisprudência trabalhista já possui inúmeras decisões acerca do dano existencial, demonstrando o comprometimento de projetos de vida por parte do trabalhador, vejamos:

> **INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL.** O dano existencial consiste em espécie de dano extrapatrimonial cuja principal característica é a frustração do projeto de vida pessoal do trabalhador, impedindo a sua efetiva integração à sociedade, limitando a vida do trabalhador fora do ambiente de trabalho e o seu pleno desenvolvimento como ser humano, em decorrência da conduta ilícita do empregador. (TST. 2ª Turma. RR n. 1034-74.2014.5.15.2002, Rel. Ministro José Roberto Freire Pimenta, DJ 13 nov. 2015.)

> **DANO EXISTENCIAL.** Todo ser humano tem direito de projetar seu futuro e de idealizar escolhas com vistas à sua autorrealização, bem como a fruir da vida de relações (isto é, de desfrutar de relações interpessoais). O dano existencial caracteriza-se justamente pelo tolhimento da autodeterminação do indivíduo, inviabilizando a convivência social e frustrando seu projeto de vida. (TRT 4ª Região. 2ª Turma. RO n. 000491-82.2012.5.04.0023, Rel. Desembargadora Tânia Regina Silva Reckziegel, DJ 15 maio de 2014.)

4 POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS TRABALHISTAS ACERCA DO TEMA

A reinserção do trabalhador na vida em sociedade, bem como, o desenvolvimento de uma nova perspectiva diante de tantas frustrações e um futuro incerto, é uma tarefa árdua. Partindo destes apontamentos, faz-se necessário o levantamento do posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho da amputação decorrente de acidente de trabalho:

> **RECURSO DE REVISTA. 1) ACIDENTE DE TRABALHO. FUNÇÃO DE LIMPEZA DE ABATEDOURO. AMPUTAÇÃO TRAUMÁTICA DO BRAÇO DIREITO. SEQUELAS PERMANENTES E IRREVERSÍVEIS. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS**. O pleito de

indenização por dano moral e material resultante de acidente do trabalho e/ou doença profissional ou ocupacional supõe a presença de três requisitos: a) ocorrência do fato deflagrador do dano ou do próprio dano, que se constata pelo fato da doença ou do acidente, os quais, por si sós, agridem o patrimônio moral e emocional da pessoa trabalhadora (nesse sentido, o dano moral, em tais casos, verifica-se in re ipsa); b) nexo causal, que se evidencia pela circunstância de o malefício ter ocorrido em face das circunstâncias laborativas; c) culpa empresarial, a qual se presume em face das circunstâncias ambientais adversas que deram origem ao malefício (excluídas as hipóteses de responsabilidade objetiva, em que é prescindível a prova da conduta culposa patronal). Pontue-se que tanto a higidez física como a mental, inclusive emocional, do ser humano são bens fundamentais de sua vida, privada e pública, de sua intimidade, de sua autoestima e afirmação social e, nesta medida, também de sua honra. São bens, portanto, inquestionavelmente tutelados, regra geral, pela Constituição (art. 5º, V e X). Agredidos em face de circunstâncias laborativas, passam a merecer tutela ainda mais forte e específica da Carta Magna, que se agrega à genérica anterior (art. 7º, XXVIII, CF/88). No caso em tela, restou consignado pelo Regional que a Reclamante, recentemente admitida no emprego na função de serviços gerais de abatedouro, ao fazer a limpeza na máquina moedora de carnes, sem qualquer dispositivo de segurança, se acidentou, tendo o braço direito amputado, o que configura o nexo de causalidade. Registre-se que ficou constatado que o acidente causou incapacidade parcial e permanente. Nessa situação, a culpa da empregadora pelo acidente ficou comprovada, pois esta não adotou medidas preventivas exigidas pela ordem jurídica em matéria de segurança e saúde no trabalho - deveres anexos ao contrato de trabalho -, a fim de evitar o infortúnio ocorrido, a teor do que consta do acórdão regional. Assim, deve ser assegurada a indenização pelos danos sofridos. Recurso de revista não conhecido, no aspecto. 2) INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. Não há na legislação pátria delineamento do quantum a ser fixado a título de dano moral. Caberá ao juiz fixá-lo, equitativamente, sem se afastar da máxima cautela e sopesando todo o conjunto probatório constante dos autos. A lacuna legislativa na seara laboral quanto aos critérios para fixação leva o julgador a lançar mão do princípio da razoabilidade, cujo corolário é o princípio da proporcionalidade, pelo qual se estabelece a relação de equivalência entre a gravidade da lesão e o valor monetário da indenização imposta, de modo que possa propiciar a certeza de que o ato ofensor não fique impune e servir de desestímulo a práticas inadequadas aos parâmetros da lei. De todo modo, é oportuno registrar que a jurisprudência desta Corte vem se direcionando no sentido de rever o valor fixado nas instâncias ordinárias a título de indenização apenas para reprimir valores estratosféricos ou excessivamente módicos, o que não se verifica na hipótese. O valor arbitrado a título de indenização por danos morais (R$ 90.000,00, incluídos os danos estéticos) pautou-se em parâmetros razoáveis, como a intensidade do sofrimento, a gravidade da lesão, o grau de culpa do ofensor e a sua condição econômica, o não enriquecimento indevido da vítima e o caráter pedagógico da medida, não se configurando a violação aos dispositivos apontados (TST - RR: 1270005020095040771 127000-50.2009.5.04.0771, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 06/03/2013, 3ª Turma).

A decisão supracitada foi pautada no laudo da perícia médica, no qual, atestou que a autora sofreu "perda total do membro superior direito, que corresponde a 70% da incapacidade. Apresenta dano estético médio. Demanda maior esforço. A lesão é irreversível e permanente". O perito destaca, ainda, a tentativa de preservação do membro por meio de enxerto, sem sucesso, com amputação acima do nível do cotovelo, bem como queixa principal: a dor fantasma no membro atingido.

> RECURSO DE REVISTA. ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO EMPREGADOR.Especificamente no tocante às controvérsias relativas à quantificação do dano moral, seja decorrente da relação de emprego, seja proveniente de doença profissional ou acidente de trabalho, a gravidade objetiva da lesão, a intensidade do sofrimento da vítima, a repercussão do dano em sua esfera profissional e pessoal e o maior ou menor poder econômico do ofensor constituem, exemplificativamente, elementos fáticos indispensáveis à definição do quantum indenizatório, sobre os quais não se podem furtar. Pagamento de indenização por danos morais, incluído o dano estético, no valor de R$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais). (TST-RR-19900-32.2009.5.04.0352, Relator João Oreste Dalazen, Data do Julgamento: 30/09/2015).

Para a referida decisão, a constatação do dano e a fixação do *quantum* indenizatório deram-se com base no laudo pericial, o qual trouxe especificados os problemas e sequelas que decorrem da amputação de membros, vejamos:

> O reclamante sofreu amputação do membro superior esquerdo e perna esquerda. Dentre as principais causas de complicações das amputações estão a deiscência de suturas, edemas, dor fantasma, ulceração do coto, inflamações, infecções, retração da cicatriz, neuromas e espículas ósseas. Esses tipos de problemas costumam afetar o coto da segunda a terceira semana após o ato cirúrgico. Os problemas decorrentes de causas como neuromas, contraturas musculares e hipotrofias, entre outras, acontecem mais tardiamente; muito embora a dor possa aparecer em qualquer época, apresentando características das mais diversas. **Um aspecto comum nos portadores de amputação é o chamado fenômeno 'fantásmico', doloroso ou não, normal e ou deformado, que estará presente em 95% dos pacientes. A percepção, por parte do paciente, de um membro fantasma doloroso pode manifestar-se em membro fantasma normal ou deformado. Essa dor pode ser de leve a moderada, tolerável, respondendo de forma satisfatória à terapêutica física ou medicamentosa. Sua duração pode ocorrer durante semanas ou**

> **anos. A dor fantasma (percepção de sensações, geralmente dolorosas em partes do membro que foram retiradas na cirurgia) é sempre grave e intensa, às vezes resiste a diversas formas de tratamento e consegue até impedir o programa de reabilitação. O surgimento pode se dar precoce ou tardiamente à amputação com duração imprevisível**. Já a dor no coto tem localização específica, apresentando características de desprazer leve, moderado ou intenso em consequência de diversos tipos de complicações. Outras complicações, especialmente nos membros inferiores, são os neuromas de amputação ou terminações de nervos no coto que formam um pequeno tumor neural que dá dor ou sensação de choque ao toque. O tratamento global e integrado do paciente determinará o êxito de todo o trabalho reabilitacional programado. (grifos nossos)

Os tribunais regionais do trabalho (TRT) também sinalizam o mesmo entendimento do Tribunal Superior do Trabalho (TST), a exemplo do TRT da 15ª Região:

> A conclusão do Laudo Médico Pericial de fls. 660/674 foi a seguinte:"Em conformidade com os documentos médicos apresentados nos autos o periciando foi vítima de acidente no local e horário do trabalho em 01/11/2008.Conforme a Lei 8213/91, do MPAS, ocorreu acidente de trabalho típico, com necessidade de afastamento do trabalho por tempo superior a 15 dias. Foi formalizado o CAT pela empresa reclamada.Como sequela do acidente **o periciando apresenta sequela de trauma raquimedular nível L1, com sintomas em nível T12 e abaixo, com quadro sequelar de paraplegia e síndromes associadas como infecção urinaria de rotina, constipação intestinal, ausência de controle de esfíncteres anal e vesical, dor residual (membro fantasma),** etc. Atualmente, o periciando apresenta-se com incapacidade total e definitiva do trabalho"[...] O dano moral é indenizável e não se prova, mas presume-se. Contudo a presunção deve ser desenvolvida um critério fundado na razoabilidade e regras de experiência comum, subministradas estas pela observação do que ordinariamente acontece (art. 335 do CPC). Regra geral o denominado dano moral é aquele que atinge de modo profundo o psiquismo do indivíduo. Traduzido em trauma traz sequelas e somente com o passar do tempo cicatrizam-se as feridas por aquele causadas. Neste sentido, os danos físicos mutilantes, bem como os danos à honra e à imagem, etc. Quanto ao valor da condenação, é importante ressaltar que muito se tem discutido a respeito do quantum a ser arbitrado como indenização por danos morais, não se perdendo de vista que tal valor deve se revestir de conteúdo didático e, nessa esteira, deve visar à compensação da vítima pelo dano sofrido, afastando-se o seu locupletamento. [...]**Resta claro pelos elementos constantes nos autos que o obreiro teve um dano estético em razão do acidente sofrido, além de prejuízo físico com a perda de movimento das pernas, circunstância que por si só é suficiente a indicar a. dor sofrida pelo reclamante, que não pode compartilhar com seus familiares de atividades cotidianas, de lazer. Atente-se, o reclamante tem filho pequeno. Perderá a oportunidade de brincar com sua criança. O autor também tem um**

> **sofrimento moral posto que jamais voltará a ter a aparência de antes, ficando ainda impossibilitado de desenvolver de forma plena e natural diversas atividades que são corriqueiras para todos os seres humanos, pois sempre estará se expondo ao olhar de repulsa, pena, desprezo e até de exclusão que normalmente é dispensado aos deficientes pelas pessoas ditas fisicamente normais, pelo que se defere ao mesmo uma indenização por danos morais e estéticos.** Considerando-se a extensão do dano causado ao reclamante e a capacidade econômica da reclamada, grande Usina instalada na região, assim como o caráter pedagógico a ser impresso, fixa o juízo, a titulo de indenização por danos estéticos e morais o valor de R$ 1.200.000,00. (TRT 15ª Região – RO Autos nº: 0000005-20.2010.5.15.0037, Relator: Luiz Felipe Bruno Lobo, Data de Julgamento: 10/08/2012).

Assim, vê-se que o judiciário trabalhista garante ao acidentado a indenização, sendo ela muitas vezes relativa ao dano material, moral e estético, sem, todavia, tratar a fundo os "pormenores", dos detalhes que aos olhos do trabalhador lhes são caros, já que a experiência de sentir um membro amputado, muitas vezes de forma dolorosa, mexe com seu psicológico e com a sua qualidade de vida em geral.

CONCLUSÃO

Os trabalhadores amputados em decorrência de acidente de trabalho fazem parte das elevadas estatísticas de pacientes que experimentam a sensação do membro fantasma. Geralmente, tal sensação vem acompanhada de dor em virtude da causa traumática da perda do membro, já que quando da ocorrência do acidente, a amputação é, quase sempre, instantânea.

Nesse sentido, o obreiro vê-se diante de uma série de barreiras, seja no âmbito de sua vida pessoal, seja no profissional, as quais conduzem-no ao sentimento de frustração, de auto estima prejudicada em razão do dano estético, de incapacidade para o labor, dentre outros.

Além do estigma social, o amputado sofre grande abalo psicológico em razão da incompreensão pelo meio social no qual está inserido, principalmente quando relata sentir um membro ausente. Ainda que os estudos demonstrem que tal experiência se dê em razão de um rearranjo cortical, não raro esses pacientes são taxados de levianos pela sociedade.

Quando da aplicação dos efeitos da responsabilidade civil ao empregador em virtude do acidente de trabalho, os julgadores amparam-se no laudo pericial para definir o *quantum* indenizatório a que fará jus o trabalhador.

Contudo, diante das ementas colacionadas, percebe-se que o TST tem ratificado as decisões proferidas pelos tribunais regionais no sentido de garantir ao acidentado a indenização em razão da amputação decorrente de acidente de trabalho, sem, no entanto, tratar propriamente do fenômeno do membro fantasma e das repercussões dessa experiência na vida do obreiro.

Assim, a relevância deste estudo mostra-se a partir da constatação de que o judiciário carece de informações acerca do tema, vez que um indivíduo que sofre amputação poderá conviver com dores e incômodos pelo resto de sua vida, sendo necessário que este dado seja considerado na quantificação dos danos suportados pelo trabalhador.

REFERÊNCIAS

WHO. 2004. - A manual for the Rehabilitation of People with Limb Amputation - **World Health Organization**. United States Department of Defense. MossRehab Amputee Rehabilitation Program. MossRehab Hospital, USA. 2004. WHO/RHB/. Disponível em: **<https://www.medbox.org/the-rehabilitation-of-people-withamputations/download.pdf>.** Acesso em 18 set. 2017

BRASIL. Consolidação das leis do trabalho. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a consolidação das leis do trabalho. 104.ed. São Paulo: Atlas, 2000. Coletânea de Legislação.

BRASIL**. Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei nº 8.213, 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.

CARVALHO, José André. **Amputações de membros inferiores:** Em busca da plena reabilitação. 1 ed. Manole. São Paulo, 1999.

DEMIDOFF, Alessandra de Oliveira; PACHECO, Fernanda Gallindo e SHOLL-FRANCO, Alfred. Membro-fantasma: o que os olhos não vêem, o cérebro sente. **Ciência e cognição** [online]. 2007, vol.12, pp. 234-239.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil.** 9ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v.7.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao novo Código Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. V. XIII.

FERREIRA, Roberto Schaan. **O dano e o tempo: responsabilidade civil**. Revista Estudos Jurídicos, São Leopoldo, v. 25, n. 64, p. 70, jan/abr. 1992.

GABARRA, Macedo Letícia; CREPALDI, Aparecida Maria. **Aspectos psicológicos da cirurgia de Amputação**. Aletheia. Universidade Luterana doBrasil Canoas, Brasil (2009) 30: 59-72.

GALLAGHER P, Allen D. MACLACHLAN M. Phantom limb pain and residual limb pain following lower limb amputation: a descriptive analysis. **Disabil Rehabil**, 2001;23(12):523.

GODOY, Claudio Luiz Bueno. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. 9ª. ed. São Paulo: LTr, 2016.

PRONUNCIAMENTO de Paulo Paim em 01/09/2015. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/pronunciamentos/-/p/texto/416260> Acesso em 10 set. 2017.

RAMACHANDRAN, Vilayanur S.; HIRSTEIN, William. The Perception of Phantom Limbs: The D. O. Hebb Lecture. **Brain** (1998) 121: 1602–30.

RAMACHANDRAN, Vilayanur S.; RAMACHANDRAN, Diane Rogers. Phantom Limbs and Neural Plasticity. **Archives of Neurology** 57. (2000) 3: 317–20.

SARZI, Ana Carolina F. G., SOUZA, Jessica K. **A dor do membro fantasma**. Disponível em: <http://cienciasecognicao.org/neuroemdebate/?p=2334>. Acesso em: 30 ago.2017.

SHILDER, Paul. **A imagem do corpo: as energias construtivas da psique**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira**. A flexibilização da jornada de trabalho e a violação do direito à saúde do trabalhador:** uma análise comparativa dos sistemas jurídicos brasileiros e espanhol. 1ª. ed. São Paulo: LTr, 2013.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade Civil por Dano. Existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

WALD. Jaye. 2004. Psychological factors in work-related amputation: Consideration for rehabilitation counsellors. **Journal of rehabilitation.** 70(4) 6-15.

WOODHOUSE, Annie. Phantom Limb Sensation. **Clinical and Experimental Pharmacology and Physiology**. (2005) 32: 132–134.

NEUROCIÊNCIA: UM NOVO MODELO PARA POLÍTICAS ANTICORRUPÇÃO?

NEUROSCIENCE: A NEW MODEL FOR ANTI-CORRUPTION POLICIES?

*Licurgo Mourão**

Resumo[4]: Desde o colapso das narrativas sobre corrupção nas ciências sociais modernas e o descrédito experimentado pelas políticas anticorrupção baseadas na Teoria da Agência, novas perspectivas sobre a corrupção surgiram. A maioria delas sustenta uma visão culturalista ou antropológica, baseada em práticas sociais, rotinas e ação coletiva. Uma parte menor dos estudos, entretanto, confia sua explicação no renascimento de abordagens clássicas do crime na biologia. Esses estudos, impulsionados pelos progressos nas neurociências, permitiram diagnosticar – por meio de técnicas de escaneamento cerebral – disfunções e lesões no cérebro que poderiam estar relacionadas ao comportamento corrupto.

Este artigo pretende oferecer uma visão geral sobre a abordagem neurocientífica da corrupção e suas implicações no campo da administração, especialmente na formulação de políticas anticorrupção. Poderia ela, de fato, contribuir para reformular velhas políticas? Ou, ao contrário, essa abordagem é meramente uma repetição de fórmulas antigas? Até que ponto as políticas públicas baseadas na neurociência podem estimular intervenções mais eficazes e programas de boa governança?

O artigo é dividido em três partes: na primeira seção, apresentamos o contexto em que se desenvolve a abordagem neurocientífica, comparando-a rapidamente com outras abordagens também preocupadas com a governança no setor público. Na seção seguinte, descrevemos as principais características dos estudos de neurociência que os tornam atraentes para os profissionais da administração e para os formuladores de políticas. Na

* Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Universidade de São Paulo – USP (2016), com extensões universitárias na Hong Kong University (2016); na California Western School of Law (2015); na Université Paris 1 Pantheon-Sorbonne (2014); na The George Washington University (2012). Mestre em Direito Econômico pela UFPB (2005). Pós-graduado em Direito Administrativo (2003), Contabilidade Pública e Controladoria Governamental pela UFPE (1997). Conselheiro substituto do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – TCE/MG.

[4] Artigo baseado na tese de MOURÃO DE OLIVEIRA, Licurgo J. **Orçamento público biopolítico:** corrupção, transparência e efetivação dos gastos. 2016. 631f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Colaborações e sugestões de Fillipi Nascimento e Sílvio Marani.

última seção, fazemos um balanço de sua capacidade de identificar possíveis comportamentos corruptos e também de suas limitações, considerando pesquisa em campo realizada em 2015.

Palavras-chave: Direito Administrativo; Direito Financeiro; Direito Constitucional; Controle externo; Corrupção; Neurolaw; Neurociência; Políticas públicas.

Abstract: Since the collapse of the narratives on corruption in the modern social sciences, and from the discrediting experienced by anti-corruption policies based on the Agency Theory, new perspectives on corruption have emerged. Most of them support a culturalist or anthropological view, based in social practices, routines and in collective action. A smaller part of the studies, however, relies their explanation in the revival of classic approaches to crime in biology. These studies, driven by the advances in the neurosciences, allowed diagnoses – through brain scanning techniques – of dysfunctions and brain injuries that could be related to corrupt behavior.

This article provides an overview of a neuroscientific approach to corruption and its implications in the field of the public administration, especially in the formulation of anticorruption policies. Could it, in fact, help reformulate old policies? Or, on the contrary, is this approach merely a repetition of old formulas? To what extent can public policies based on neuroscience stimulate more effective interventions and good governance programs?

The article is divided into three parts: in the first section, we present the context in which the neuroscientific approach is developed, comparing it quickly with other approaches also concerned with public sector governance. In the following section, we describe the main characteristics of neuroscience studies that make them attractive to management professionals and policy makers. In the last section, we analyze their ability to identify possible corrupt behaviors and also their limitations, considering field research done in 2015.

Key words: Administrative Law; Financial Law; Constitutional Law; External control; Corruption; Neurolaw; Neuroscience; Public policies.

1 PSICOPATIA E *BRAIN IMAGING* NA PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A guinada da pesquisa científica em direção às formas de controle da corrupção tem sido acompanhada, mais recentemente, por dois aspectos fundamentais: de um lado, pela implicação sucessiva de agentes públicos e privados em escândalos de corrupção, expostos repetidamente nos meios de comunicação, e, de outro, pela flutuação de índices de percepção da corrupção, cujos resultados, divulgados periodicamente por agências internacionais, apontam para a ideia de que a corrupção existente hoje é maior do que a que havia no passado.

Tais fatores ajudam a elucidar o interesse crescente de pesquisadores, administradores públicos e profissionais do controle externo e interno por desvendar não apenas medidas repressivas de combate à corrupção, mas também alternativas capazes de oferecer respostas a essa realidade e de evitar, *a priori*, que o comportamento antissocial e os atos de corrupção floresçam e se perpetuem na Administração Pública.

Como impedir, portanto, que servidores públicos, ou futuros agentes públicos, pratiquem corrupção?

A resposta mais imediata a essa pergunta sugere que a primeira tarefa consiste em identificar a predisposição desses indivíduos ao cometimento das práticas de corrupção, diagnosticando neles características que vedem seu acesso ao serviço público, garantidos sempre a presunção de inocência e o devido processo legal. Trata-se, evidentemente, de uma saída retórica que, para ser satisfatória, exige que perguntemos então pelas formas existentes, ou disponíveis, para verificar a inclinação de indivíduos ao cometimento de práticas antissociais, entre elas, os crimes de corrupção. Haveria neles um marcador biopsicológico a evidenciar tal predisposição?

Tal hipótese foi trabalhada pioneiramente, no final do século XIX, pelo médico italiano Cesare Lombroso. A partir de um estudo exaustivo com crânios e cadáveres de criminosos, Lombroso concluíra que a existência do crime estava diretamente associada à presença de traços físicos, psicológicos e biológicos nos indivíduos. Ao distinguir dementes morais dos delinquentes natos, por exemplo, Lombroso[5] endossa o raciocínio que atribui as seguintes características àqueles criminosos, *in verbis*:

[5] LOMBROSO, C. **O homem delinquente**. São Paulo: Ícone, 2016. p. 208.

> [...] afeições cerebrais, congênitas ou adquiridas, herança de alcoolismo, epilepsia, loucura, traumas cerebrais, meningite ou atrofia senil, demência senil, alterações funcionais do sistema nervoso ou do desenvolvimento do corpo, estrabismo, pé equino, má conformação da genitália. São predispostos às doenças cerebrais, às congestões, intolerâncias nos alcóolatras, variedade de humor, exagero das paixões.

Embora tenham revolucionado o estudo do crime e a antropologia criminal da época, as ideias de Lombroso caíram em esquecimento algum tempo depois. Apenas mais recentemente, com o avanço das técnicas e dos estudos da neurociência, a credibilidade de suas teses foi retomada.

Adrian Raine,[6] médico e neurocientista da Universidade da Pensilvânia, relembra a contribuição do médico italiano justamente ao apontar para as raízes biológicas do crime. Ao desenvolver seus estudos sobre a psicopatia, a anatomia de crimes violentos e de crimes do colarinho branco, Raine resgata as ideias de Lombroso e destaca a centralidade que características psicológicas e biológicas, sobretudo as atividades cerebrais, assumem na determinação dos mais diversos tipos de crime. A única ressalva realizada pelo neurocientista, entretanto, diz respeito ao argumento lombrosiano segundo o qual as características presentes nos criminosos são evolucionárias, isto é, transmitidas de pai para filho e responsáveis por hierarquizar e diferenciar espécies mais bem evoluídas de espécies cujo desenvolvimento é inferior, para a qual, até hoje, a ciência não encontrou evidências.

Na tentativa de oferecer uma resposta à questão formulada, percorremos as alternativas capazes de predizer ou antecipar as possibilidades de determinado servidor público, ou candidato, praticar atos de corrupção, notadamente se alçados a cargos de direção, chefia e ordenamento de despesas. Foram pesquisados o teste de integridade, os diagnósticos de psicopatia e as técnicas de escaneamento cerebral, de modo a apresentar as principais características e as experiências já realizadas, até o momento, com essas ferramentas, a fim de validar a hipótese de que práticas de corrupção atingem órgãos públicos e contribuem, no limite, para a ineficiência do orçamento público, posto que agentes corruptos inviabilizam o implemento ótimo de políticas públicas.

---

[6] RAINE, Adrian. **Predicting Anti-Social Behavior.** Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=6PpKdwWHDMA, a partir do minuto 4:38 até o minuto 8:35. Acesso em: 25 nov. 2016.

Uma das estratégias mais importantes no auxílio ao controle preventivo da corrupção, surgida por volta dos anos 1940, é o Teste de Integridade. No núcleo dele, encontramos, conforme Baumgartl,[7] um dos "traços de personalidade que apresentam maiores evidências de validade na predição do desempenho do funcionário para diversas funções". Embora eivado de relativa subjetividade, de acordo com os estudos de desse pesquisador, existe um núcleo epistemológico de integridade, relacionado

> [...] à intensidade de manifestação de comportamentos dignos e honestos [...]. A racional teórica envolvida na avaliação desse fator aponta que quanto maior a magnitude da integridade, menor a manifestação de comportamentos contraprodutivos no ambiente de trabalho.[8]

A ideia central contida no argumento, portanto, é de que há uma correspondência inversa entre a honestidade de uma pessoa e as chances de que ela venha a praticar atos lesivos aos interesses da entidade, de modo que, quanto mais confiável e honesto alguém for, menor a probabilidade de que desenvolva um comportamento que prejudique seu próprio trabalho e a coletividade.

A relevância que o binômio honestidade-confiança possui nesse tipo de teste não é desprovida de sentido e explica, em grande medida, por que os testes de integridade rivalizaram, no passado, com os polígrafos ou "detectores de mentira".

O polígrafo nada mais é que um "dispositivo eletrônico que identifica sinais fisiológicos (ritmo respiratório, atividade cardiovascular e suor da pele) e os registra",[9] na pressuposição de que esses registros consigam capturar a violação da verdade, isto é, da honestidade e da confiança, no exato momento em que o examinado mente e, dessa forma, altera perceptivelmente seus sinais fisiológicos.

Claro que quando nos defrontamos com um quase inexplorado campo do conhecimento científico, ao menos em sua interação com o Direito Administrativo, podemos assumir as seguintes atitudes: dogmatismo, ceticismo, relativismo e perspectivismo. Nesse momento, assumimos que a teoria científica que ora abordamos consubstancia-se num mecanismo formal e conceitual das observações experimentais.

---

[7] BAUMGARTL, V. O. et al. Integridade e externalização: estudo exploratório em uma amostra de estudantes de psicologia. **Psico-Usf**, v. 14, n. 3, set./dez. 2009. p. 300.
[8] Ibidem.
[9] BAUMGARTL, V. O. et al. Integridade e externalização: estudo exploratório em uma amostra de estudantes de psicologia. **Psico-Usf**, v. 14, n. 3, set./dez. 2009. p. 300.

De acordo com Henry Greely, "a neurociência está no meio de uma revolução que terá consequências importantes para o Direito, seja mais amplamente, nos modos como ela transformará a sociedade, seja mais diretamente, por meio de suas aplicações imediatas no sistema legal".[10] Tal revolução considera a expansão do conhecimento dos fenômenos biológicos sobre o comportamento humano, a sociedade e o Direito.

Os avanços da revolução neurocientífica afetam o Direito em pelo menos quatro campos: "(1) novos *insights* sobre questões envolvendo a responsabilidade, (2) aperfeiçoamento da capacidade de 'ler mentes', (3) melhores predições sobre comportamentos futuros e (4) possibilidades de aperfeiçoamento do cérebro humano".[11]

As transformações mais importantes, entretanto, estão na área da neuroimagem. Os exames de Imagem Ressonância Magnética (MRI), entre outros, são hoje um método de mapeamento de estruturas cerebrais seguro e largamente disponível, sendo a chamada ressonância magnética funcional (fMRI) particularmente útil.

Segundo Henry Greely, alastra-se o uso do fMRI e outras técnicas para estudar a neurociência da tomada de decisão, incluindo a tomada de decisão ética, com implicações potenciais em questões de responsabilidade legal.[12]

Tais questões colocam em escrutínio a existência ou inexistência do livre-arbítrio. Conclusões que questionam a existência ou o escopo do livre-arbítrio poderão "ter consequências para a responsabilidade legal – não apenas no Direito Penal, mas também em áreas em que o Direito se concentra na escolha individual".[13]

A leitura neurocientífica da mente, bastante estudada, é a detecção de mentira. Segundo Henry Greely, nessas palavras:

> [...] pelo menos duas companhias privadas anunciaram planos de começar a oferecer serviços de detecção de mentira baseados em fMRI em 2006. É amplamente sabido que as forças armadas e a inteligência estão gastando recursos substanciais na pesquisa de diversos métodos de detecção de mentira por neuroimagem.[14]

---

[10] GREELY, H. T. Neuroscience and Law. In: CLARK, D. S. (Ed.). **Encyclopedia of Law & Society:** American and Global Perspectives. Thousand Oaks: SAGE Publications, 2007. p. 1062. v. 2.
[11] Ibidem.
[12] Ibidem.
[13] GREELY, H. T. Neuroscience and Law. In: CLARK, D. S. (Ed.). **Encyclopedia of Law & Society:** American and Global Perspectives. Thousand Oaks: SAGE Publications, 2007. p. 1062. v. 2.
[14] Ibidem.

Tal investimento poderá ter efeitos substanciais sobre a prevenção ao comportamento corrupto. O que hoje pode parecer uma quimera, em termos de efetividade do gasto público pela prevenção do comportamento corrupto, poderá vir a ser realidade pelo tempo, posto que "é impossível saber quais serão os usos da neurociência, mas o crescimento acelerado de nosso conhecimento sobre o cérebro humano torna certo que a neurociência terá grandes efeitos sobre a sociedade ao longo do século vinte e um".[15]

Uma experiência recente e concreta do Teste de Integridade pode ser encontrada no leste asiático. A experiência malaia aparece como uma das mais bem-sucedidas no continente, sendo responsável por oferecer robustez ao chamado "Sistema de Integridade"[16] do setor público, frequentemente ocupado com técnicas de aperfeiçoamento da ética e integridade[17] em seus órgãos públicos.

Desenvolvido pelo Centro Nacional de Pesquisa e Desenvolvimento em Tecnologia da Informação e Comunicação (MIMOS), uma agência subordinada ao Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MOST), e amplamente baseado em psicometria,[16] o Malaysian Integrity Test (MIT) foi projetado para "[...] identificar a tendência de um indivíduo em ser honesto e coerente no que diz respeito às ações, valores e princípios e para avaliar sua propensão a se envolver em comportamentos contraproducentes".[17]

2 COMPORTAMENTO ANTISSOCIAL E AS TÉCNICAS DE BRAIN IMAGING: O NEUROLAW

Todas as formas de diagnóstico fundadas em relatórios e observações de especialistas evoluíram para o uso de técnicas mais modernas de identificação que também estão sendo introduzidas no setor público brasileiro. Não apenas os testes de

[15] Ibidem, p. 1064.
[16] ROSLI, M. H. et al. Integrity Systems in Malaysian Public Sector: an Empirical Finding. **Procedia Economics and Finance**, v. 28, 2015. p. 260-265.
[17] SIDDIQUEE, N. A. Combating Corruption and Managing Integrity in Malaysia: a Critical Overview of Recent Strategies and Initiatives. **Public Organization Review**, v. 10, n. 2, June 2010. p. 153-171.
[16] Psicometria, uma palavra originada da junção de *psyché* e *metron*, do grego, diz respeito à medição ou identificação de traços psicológicos de um indivíduo (de sua mente ou personalidade) manifestados em seu comportamento
[17] MIMOS – NATIONAL R&D CENTRE IN ICT. **Malaysian Integrity Test (Mi-PBT MIT).** Kuala Lumpur: [s.n.], 2013.

integridade e as mídias digitais[18] têm sido utilizados na prevenção de delitos nos ambientes corporativos e policiais, mas técnicas provindas das neurociências, especialmente da neuropsiquiatria e da neuropsicologia, como o *brain imaging*,[19] alimentam e dão fôlego a um novo ramo da ciência jurídica: o neurolaw.[20]

Surgido nos Estados Unidos da América na segunda metade dos anos 2000 e difundido hoje em centros de estudos de Berlim, Milão e Londres, o neurolaw utiliza o amplo instrumental das ciências neurocognitivas e técnicas de neuroimagem para construção de provas robustas no mundo jurídico, de modo a auxiliar julgadores, advogados e profissionais do Direito a compreender os meandros do crime. Nele, a compreensão do funcionamento cerebral e dos processos mentais que estão na origem do comportamento humano assume um papel central na ciência jurídica, conquanto o Direito ou a lei surgem como uma forma de regular o comportamento dos indivíduos.[21]

As contribuições desse novo ramo da ciência jurídica ultrapassam, entretanto, a simples ligação entre o cérebro, a mente e o comportamento dos indivíduos. Ao estender suas análises sobre o papel dos genes e do ambiente na formação de personalidades diferentes nos indivíduos, o neurolaw oferece lições no tocante à definição da responsabilidade criminal de indivíduos e da dosimetria da pena.[22]

Um dos grandes desafios impostos pela corrupção aos sistemas de controle da administração pública – do qual fazem parte, por exemplo, os gestores públicos e os profissionais do controle interno e externo da administração pública – diz respeito à predição de atos e comportamentos que estão na origem de irregularidades que maculam a condução da coisa pública.

As discussões sobre o tema são, de um lado, bastante novas e alimentadas dia após dia pelo aparecimento de novas ferramentas que identificam a predisposição de indivíduos ao cometimento de crimes tais como a corrupção.

---

[18] SOUZA, S. H. C. L. D.; COSTA, E. G. D. Vigiar para punir: as mídias digitais como ferramenta para prevenir e conter ações criminosas. In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL LAVITS: VIGILÂNCIA, TECNOPOLÍTICAS, TERRITÓRIOS, 3, 2015. **Anais...** Rio de Janeiro: [s.n.].

[19] UMBACH, R.; BERRYESSA, C. M.; RAINE, A. Brain Imaging Research on Psychopathy: Implications for Punishment, Prediction, and Treatment in Youth and Adults. **Journal of Criminal Justice**, v. 43, 2015.

[20] PIMENTEL, C. P. O "cérebro criminoso": observações críticas sobre o uso das neurociências cognitivas no sistema judiciário. In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL LAVITS: VIGILÂNCIA, TECNOPOLÍTICAS, TERRITÓRIOS, 3, 2015. **Anais...** Rio de Janeiro: [s.n.].

[21] THE ROYAL SOCIETY. **Bain Waves Module 4**: Neuroscience and the Law. London: The Royal Society, 2011.

[22] Ibidem.

A partir de algumas experiências vivenciadas na Administração Pública para evitar que atos de corrupção sejam praticados por servidores, abre-se um novo campo de estudos sobre as políticas de prevenção à corrupção, baseado na adoção de testes ou exames que identificam a existência de traços psicológicos ou elementos da personalidade capazes de predispor indivíduos que pleiteiam ingressar no serviço público – bem como já ocupantes de cargos públicos – ao comportamento antissocial, contra produtivo e, no limite, às práticas de corrupção.

Trata-se de técnicas que envolvem desde o Teste de Integridade ao uso de exames de imagens cerebrais obtidas por meio de MRI ou SPECT,[23] os quais estão em franca expansão no mundo, sendo largamente utilizadas sobretudo em alguns países do leste asiático. Suas características e aplicação demonstram as potencialidades dessas ferramentas no que diz respeito à prevenção e ao combate eficaz da corrupção, credenciando-as para serem utilizadas pelo administrador público e pelos membros do controle externo e interno da Administração Pública.

O objetivo central de tais testes é criar, preventivamente, a percepção de que todo potencial agente público, notadamente aqueles que terão ingerência acerca da realização da despesa pública, devem ser analisados de modo mais amplo e científico acerca de sua honestidade.

Registra-se a utilização e seu reconhecimento pela ONU[24] e pela Transparência Internacional[25] em relação às polícias,[26] destacando-se que os testes de integridade podem ser aplicados aos demais setores públicos, em especial àqueles em que a "sedução para a corrupção" se faz mais danosa à sociedade.[27]

---

[23] Esses são exames de imagens produzidos por meio de ressonâncias magnéticas ou scans.

[24] ONU. **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**. Assembleia-Geral das Nações Unidas, 31 out. 2003. Disponível em: https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corrupcao/marco-legal.html. Acesso em: 31 out. 2016.

[25] TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. POPE, Jeremy. TI Source Book 2000 – **Confronting Corruption**: the Elements of a National Integrity System. Disponível em: http://archive.transparency.org/publications/sourcebook. Acesso em: 5 maio 2015.

[26] ROTHLEIN, Steve. **Conducting Integrity Tests on Law Enforcement Officers**, abril/2010. Disponível em: http://www.llrmi.com/articles/legal_update/le_integrity_tests.shtml. Acesso em: 5 maio 2015.

[27] UNITED NATIONS. **United Nations Handbook on Practical Anti-Corruption Measures for Prosecutors and Investigators**. Set. 2004, p. 93. Disponível em: http://www.unodc.org/documents/afghanistan/Anti-Corruption/Handbook_practical_anticorruption.pdf. Acesso em: 5 maio 2015.

Paralelamente ao seu sucesso, a ausência de estudos que avaliem o impacto dessas técnicas na Administração Pública e no Direito brasileiros aponta, por sua vez, para a necessidade de que aprofundamentos sejam realizados nessa área.

A ideia de que seja possível antecipar ou confirmar a predisposição de indivíduos ao cometimento de ilícitos por meio do Teste de Integridade elevou as discussões sobre a prevenção da corrupção a outro patamar.

Nessa nova lógica, atributos existentes nos indivíduos – como a honestidade, a confiança, a coerência – passaram a ser interrogados e tomados como ponto de partida para o estabelecimento de um juízo decisivo sobre a propensão que as pessoas em geral têm de cometer crimes no futuro.

Ao trabalhar com atributos da personalidade, os testes de integridade abriram o campo para que outras técnicas buscassem perscrutar a personalidade individual e apontassem falhas ou transtornos capazes de comprometer de modo significativo a atuação profissional e correta do servidor público.

A ideia de genoma, mencionada por Dutton,[28] descreve perfeitamente bem o esforço realizado pelos pesquisadores para encontrar os traços da personalidade humana capazes de evoluir e caracterizar o comportamento contraproducente e antissocial; por meio das respostas dadas às opções que um conjunto de descrições oferece sobre um mesmo fator, identificam-se os traços que ressaltam a presença ou o desencadeamento de transtornos psicopáticos.[29] Essa é a razão pela qual esse teste está na origem de tentativas posteriores de diagnosticar transtornos de personalidade como a psicopatia.

A psicopatia, entretanto, contrariamente ao que as pessoas comumente experimentam nas interações com indivíduos com transtornos de personalidade, não diz respeito à existência de atributos necessariamente violentos e cruéis, capazes de levá-los a cometer crimes violentos contra a vida. Algumas dessas técnicas recorrem a traços

[28] DUTTON, K. **The Wisdom of Psychopaths:** What Saints, Spies, and Serial Killers Can Teach Us about Success. New York: Scientific American, 2013.

[29] Conf. SERAFIM, A. P.; SAFFI, F. **Psicologia e práticas forenses**. 2. ed. Barueri: Manole, 2014; HIKAL, Wael. **Manual Básico de Teorías Criminológicas de la Personalidad**: Revelando la Personalidad Antisocial. 2. ed. Azcapotzalco: Flores Editor, 2013; e UMBACH, R.; BERRYESSA, C. M.; RAINE, A. Brain Imaging Research on Psychopathy: Implications for Punishment, Prediction, and Treatment in Youth and Adults. **Journal of Criminal Justice**, v. 43, 2015.

mais gerais da personalidade, como é o caso do *Big Five Personality Test*,[30] que os resume a cinco fatores: abertura à experiência, conscientização, extroversão, concordância e neurose.

Elaborado por Paul Costa e Robert McCrae e também conhecido como Inventário de Personalidade NEO (NEO PI-R, *Revised Neo Personality Inventory*), esse teste se assemelha, segundo Kevin Dutton,[31] a "um genoma da personalidade humana", como se vê na Tabela a seguir:

Tabela 1 – O modelo dos cinco grandes fatores da personalidade[32]

FATOR	DESCRIÇÃO
Abertura à experiência	Imaginação.....Praticidade, Gosta de variedade.....Gosta de rotina, Independente.....Conformista.
Conscientização	Organizado.....Desorganizado, Cuidadoso.....Descuidado, Disciplinado.....Impulsivo.
Extroversão	Sociável.....Retraído, Divertido.....Sóbrio, Afetuoso.....Reservado.
Concordância	Bondoso.....Cruel, Confiável.....Suspeito, Prestativo.....Imprestável.
Neurose	Preocupado.....Calmo, Inseguro.....Seguro de si, Tem pena de si mesmo.....Satisfeito consigo mesmo.

Estudos recentes desmistificam esse traço tradicionalmente associado aos psicopatas. Kevin Dutton[33] destaca essencialmente sete características presentes em psicopatas que ajudam a desconstruir esse mito: a impiedade, o charme, o foco, a tenacidade, a ausência de medo, a consciência e a ação. Essas características sugerem que psicopatas podem ser encontrados em diversos lugares e que a ausência do

[30] Um rol extenso de testes de personalidade pode ser encontrado on-line no seguinte endereço eletrônico: http://personality-testing.info/. O sítio lista o *Big Five Personality Test* entre aqueles que possuem validade científica e permite ao interessado realizar e ter acesso ao resultado de diversos testes.
[31] DUTTON, K. **The Wisdom of Psychopaths:** What Saints, Spies, and Serial Killers Can Teach Us about Success. New York: Scientific American, 2013. p. 38.
[32] Ibidem, p. 39.
[33] Ibidem, p. 185-186.

elemento violência os torna mais parecidos com a maior parte dos seres humanos e, portanto, difíceis de serem identificados.

No âmbito do serviço público e do Direito, as repartições podem ter entre seus quadros psicopatas cujos atos de corrupção – que vão desde fraudes a um processo licitatório para compra de merenda escolar até a violação dos princípios da moralidade e impessoalidade por meio do emprego de parentes no serviço público – estão camuflados sob uma personalidade que aparenta "verniz" de normalidade. Como diagnosticá-los, portanto?

A principal ferramenta utilizada para diagnosticar psicopatas ainda é o Checklist de Psicopatia Revisado (PCL-R), de Robert Hare. Esse pesquisador da University of British Columbia desenvolveu uma formulação que pretende reunir dados sobre vastas áreas da vida de uma pessoa, desde seus relacionamentos familiares, amorosos até sua formação educacional. Esses dados são coletados não apenas mediante entrevistas com o avaliado, mas extraídos também de relatos oferecidos por outras pessoas de seu convívio ou de seu relacionamento.

A escala PCL-R foi adaptada no Brasil pela professora Hilda Morana,[34] na tentativa de adequá-la ao contexto nacional, refinando a nota de corte capaz de separar os psicopatas dos não psicopatas. O trabalho da autora permitiu que o instrumento fosse aplicado amplamente no sistema penal brasileiro para diferenciar criminosos comuns de criminosos reincidentes (psicopatas).[35]

A partir daí, o PCL-R avalia vinte itens que espelham dois fatores: o interpessoal/afetivo (Fator 1) e aquele relacionado ao estilo de vida/antissocial (Fator 2). Cada uma das características é avaliada com 0 (não se aplica), 1 (aplica-se de alguma forma) e 2 (aplica-se), e a soma dos pontos é analisada relativamente a uma nota de corte que costumeiramente é atingida em torno dos 30 pontos.[36]

---

[34] MORANA, Hilda Clotilde Penteado. **Identificação do ponto de corte para a escala PCL-R (Psychopathy Checklist Revised) em população forense brasileira:** caracterização de dois subtipos da personalidade; transtorno global e parcial. 2003. Tese (Doutorado em Ciências) – Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

[35] AMBIEL, R. A. M. Diagnóstico de psicopatia: a avaliação psicológica no âmbito judicial. **Psico-USF**, v. 11, n. 2, jul./dez. 2006.

[36] KIEHL, K. Can Neuroscience Identify Psychopaths? In: GAZZANIGA, M. S.; RAKOFF, J. S. **A Judge's Guide to Neuroscience:** a Concise Introduction. Santa Barbara: University of California, 2010. p. 47-53.

Outro instrumento importante de avaliação de psicopatia, segundo Kevin Dutton,[37] é a Escala Levenson de Autoavaliação (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".

Evidentemente, tanto a LSRPS (Escala Levenson de Autoavaliação) quanto o PCL-R (Checklist de Psicopatia Revisado) operam ainda na forma declarativa, isto é, com os examinados ou examinadores respondendo a questionários ou realizando avaliações cujas respostas convertidas em pontos e submetidas a uma nota de corte apontam a existência ou inexistência de traços psicopáticos. Essa característica presente nos testes é que lhes permite, em certa medida, serem aplicados a uma variedade grande de áreas.

No que diz respeito ao uso por entidades públicas ou privadas desses testes, Dutton ressalta a existência de um instrumento particularmente interessante entre os modelos já apresentados. Ao buscar identificar em líderes empresariais a subsistência de traços psicopáticos camuflados sob características de liderança, o Business Scan (B-Scan)[38] prediz o comportamento corrupto ou psicopático por meio da averiguação da "fraseologia e a linguagem corretas dentro de um ambiente corporativo".[39]

A diminuição das atividades do córtex pré-frontal,[40] por exemplo, e da amígdala – áreas diretamente relacionadas à empatia e aos sentimentos afetivos – seria responsável por induzir comportamentos antissociais nos indivíduos. Essa é a razão pela qual, de acordo com especialistas e pesquisadores internacionais, os indivíduos que praticam crimes não têm dificuldades em diferenciar o certo do errado, isto é, em reconhecer que praticam algo à margem da lei. Ao contrário, a deficiência desses indivíduos está na maneira como lidam com seus sentimentos e emoções durante o descumprimento das regras.

---

[37] DUTTON, K. **The Wisdom of Psychopaths:** What Saints, Spies, and Serial Killers Can Teach Us about Success. New York: Scientific American, 2013.

[38] De acordo com a página oficial do B-SCAN na web, duas versões do teste estão em desenvolvimento: o B-SCAN Autoavaliativo e o B-SCAN 360. Para mais informações, consulte-se o endereço eletrônico http://www.b-scan.com.

[39] DUTTON, K. **The Wisdom of Psychopaths:** What Saints, Spies, and Serial Killers Can Teach Us about Success. New York: Scientific American, 2013. p. 125.

[40] YANG, Y.; RAINE, A. Prefrontal Structural and Functional Brain Imaging Findings in Anti-social, Violent, and Psychopathic Individuals: a Meta-Analysis. **Psychiatry Research: Neuroimaging**, v. 174, p. 81-88, 2009.

Raine[41] chama a atenção para o fato de haver poucos estudos que unam, especificamente, o uso de neuroimagens ou mesmo neuropsiquiatria a corruptos que tenham cometido crimes do colarinho-branco. Contrariamente às conclusões alcançadas nos estudos com psicopatas violentos, a prática criminosa é explicada pelo fato de seus praticantes possuírem funções cerebrais executivas mais bem desenvolvidas.

Claro que, na realidade brasileira, poderíamos fazer uma digressão acerca de que o descumprimento das regras e as atitudes antissociais, no setor público, seja um distúrbio de personalidade antissocial ou psicopatia.[42] Esses agentes públicos, frios e calmos, mesmo em situações de perigo, simplesmente não se identificam com o sofrimento que impingem a outras pessoas[43] e, no limite, segundo Babiak e Hare,[44] são capazes de manipular e enganar até mesmo "pesquisadores muito bem treinados".

De acordo com estudos realizados no campo do neurolaw,[45] exames de imagens produzidos por meio de ressonâncias magnéticas ou scans (MRI ou SPECT/PET) seriam capazes de identificar áreas do cérebro em que a baixa atividade desse órgão seria responsável por predispor indivíduos ao cometimento de crimes.

De acordo com Adrian Raine,[46] os resultados "são amplamente coerentes com a ideia de que criminosos do colarinho branco se engajam em um cálculo cuidadoso e racional dos custos e benefícios de seus crimes".

A ideia de que uma anormalidade nas funções e atividades do cérebro produz o comportamento antissocial corrupto está na base de outra tentativa de explicar o comportamento corrupto, apresentada por Mona Sobhani e Antoine Bechara a partir da ideia do "marcador somático do comportamento corrupto".[47]

As conclusões dos autores advêm dos resultados alcançados por meio do *Iowa Gambling Task* (IGT), um experimento desenvolvido por Antonio Damásio e pelo próprio

---

[41] RAINE, A. et al. Increased Executive Functioning, Attention, and Cortical Thickness in White-Collar Criminals. **Human Brain Mapping**, v. 33, p. 2932-2940, 2012.

[42] UMBACH, R.; BERRYESSA, C. M.; RAINE, A. Brain Imaging Research on Psychopathy: Implications for Punishment, Prediction, and Treatment in Youth and Adults. **Journal of Criminal Justice**, v. 43, p. 295-306, 2015.

[43] DUTTON, K. **The Wisdom of Psychopaths:** What Saints, Spies, and Serial Killers Can Teach Us about Success. New York: Scientific American, 2013.

[44] BABIAK, P.; HARE, R. D. **Snakes in Suits**: When Psychopaths Go to Work. New York: HarperCollins, 2006. p. 68.

[45] RAINE, A. From Genes to Brain to Antisocial Behavior. **Current Directions in Psychological Science**, v. 17, n. 5, p. 323-328, 2008.

[46] RAINE, A. et al. Increased Executive Functioning, Attention, and Cortical Thickness in White-Collar Criminals. **Human Brain Mapping**, v. 33, p. 2932-2940, 2012.

[47] SOBHANI, M.; BECHARA, A. A Somatic Marker Perspective of Immoral and Corrupt Behavior. **Soc Neurosci**, v. 6, n. 5-6, p. 640-652, 2011.

Bechara, que avalia reações de indivíduos ao longo dos processos de tomada de decisão, de modo a identificar, na origem desses processos, não propriamente um cálculo racional, mas processos biológicos relacionados a emoções.[48]

Não obstante o IGT ajude a compreender, por exemplo, como indivíduos realizam escolhas desvantajosas para si, sua principal utilidade está em oferecer uma prova robusta à hipótese do marcador somático, segundo a qual as emoções desempenham um papel fundamental em processos de tomadas de decisão.[49]

Dentro dessa perspectiva, Antoine Bechara aponta a diferenciação entre duas formas de corrupção ou psicopatia: aquelas que são "aprendidas" e aquela chamada de "primária ou verdadeira".

No primeiro caso, o comportamento psicopático ou corrupto surge em função de estímulos culturais, enquanto, no segundo caso, trata-se de um comprometimento significativo das atividades cerebrais a determinar o comportamento. Nos indivíduos em que a corrupção é aprendida, os marcadores somáticos aparentam normalidade, enquanto nos indivíduos cuja corrupção ou psicopatia é primária, não há respostas somáticas ou emocionais quando estão engajados nas práticas de corrupção.[50] A conclusão a que Mona Sobhani e Antoine Bechara[51] chegam está vazada nos seguintes termos, *in verbis*:

> [...] os resultados são coerentes com a perspectiva que comportamentos psicopáticos [...] estão associados com um desempenho fraco no IGT, refletindo desse modo potenciais anormalidades na ativação de circuito do marcador somático.

A diferença entre os estudos de Raine sobre criminosos do colarinho branco e de Sobhani e Bechara sobre corruptos e psicopatas não invalida, todavia, os estudos realizados pelos pesquisadores. Ambos tratam de anormalidades nas funções e áreas executivas do cérebro.

No caso dos estudos realizados com base nos marcadores somáticos, deve-se compreender que o IGT não avalia diretamente as funções do córtex pré-frontal como

---

[48] SCHNEIDER, D. D. G.; PARENTE, M. A. D. M. P. O desempenho de adultos jovens e idosos na Iowa Gambling Task (IGT): um estudo sobre a tomada de decisão. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, v. 19, n. 3, p. 442-450, 2006.

[49] AREIAS, G.; PAIXÃO, R.; FIGUEIRA, A. P. C. O Iowa Gambling Task: uma revisão crítica. **Psicologia: Teoria e Pesquisa**, v. 29, n. 2, p. 201-210, abr./jun. 2013.

[50] SOBHANI, M.; BECHARA, A. A Somatic Marker Perspective of Immoral and Corrupt Behavior. **Soc Neurosci**, v. 6, n. 5-6, p. 640-652, 2011.

[51] Ibidem, p. 649.

um todo, mas apenas parte dele (ventromedial), deixando de lado a análise de outras sub-regiões também ligadas às funções executivas e, portanto, capazes de influenciar o comportamento dos indivíduos em sociedade. Essa é uma das razões pelas quais os estudos, embora convergentes no que diz respeito às anormalidades cerebrais, apresentam uma compreensão diferente sobre o nível de atividade cerebral em corruptos.

Por fim, as variações na aplicação do IGT, na pontuação de corte para classificação dos indivíduos e nas versões introduzidas, após sua apresentação no início dos anos 1990, sugerem maior cuidado e rigor em sua aplicação, segundo alguns especialistas.[52]

3 CONCLUSÕES DA PESQUISA FUNCIONAL DO AGENTE PÚBLICO CORRUPTO NO BRASIL[53]

Propusemo-nos a analisar os casos de corrupção no serviço público brasileiro, considerando a amostra das ocorrências apenas no Poder Executivo, aí considerados todos os registros da União Federal, do Estado de Minas Gerais e do Município de Belo Horizonte, notadamente em 2015, última base de dados disponível.

Na ausência de dados relativos a marcadores somáticos nos registros governamentais, limitamo-nos a verificar quais atos corruptos se apresentam com maior frequência nas atividades administrativas, bem como a investigar a influência de fatores institucionais e pessoais sobre o fenômeno. Embora notadamente baseado em dados objetivos, o empreendido estudo não desconhece a importância de indicadores subjetivos. Ao contrário, reitera constantemente o valor desse tipo de dado na redução dos erros de medida e no enriquecimento da informação quantitativa disponível.

Como afirma Benjamin Olken,[54] não há outra opção para que os trabalhos que visam a analisar os tipos e as causas da corrupção se tornem mais precisos e, portanto, de maior relevância, senão pelos dados objetivos.

---

[52] AREIAS, G.; PAIXÃO, R.; FIGUEIRA, A. P. C. O Iowa Gambling Task: uma revisão crítica. **Psicologia: Teoria e Pesquisa**, v. 29, n. 2, p. 201-210, abr./jun. 2013.

[53] MOURÃO DE OLIVEIRA, Licurgo J. **Orçamento público biopolítico**: corrupção, transparência e efetivação dos gastos. 2016. 631f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016.

[54] OLKEN, Benjamin. Corruption Perceptions vs. Corruption Reality. **Journal of Public Economics**, v. 93, n. 7-8, p. 950-964, 2009.

As informações apresentadas não somente reiteram o caráter multicausal e multiforme do fenômeno da corrupção na Administração Pública, sobretudo a partir da perspectiva dos agentes públicos (que permanecem abordados de forma acessória em relação à produção de estudos sobre a corrupção de agentes políticos), como permitem revelar o perfil do servidor público expulso por corrupção.

No Poder Executivo do Município de Belo Horizonte, as proporções apontam para o **servidor de cargo efetivo integrante do corpo de servidores de instituições de saúde**, com mais de cinco anos de serviços prestados à Administração, sexo feminino, idade igual ou superior a 34 anos (entre 45 e 54 anos), portanto, adulta. Casada ou solteira (a clara equivalência das proporções não gera um dado preciso).

Possui ainda o ensino médio completo e remuneração bruta entre R$ 600,00 e R$ 1.350,00, o que a situa na classe DE. **Esse é o perfil funcional do servidor municipal que comete atos de corrupção,** conforme a pesquisa empreendida.

No Poder Executivo do Estado de Minas Gerais, verifica-se **um servidor efetivo de instituições de caráter social. Integra a Administração há mais de cinco anos, do sexo masculino, possui idade igual ou superior a 34 anos (mais de 55 anos) e é casado.**

Possui título de conclusão do ensino médio e percebe mensalmente remuneração bruta compreendida entre R$ 4.001,00 e R$ 7.800,00, ou seja, um membro da classe B2. **Esse é o perfil funcional do servidor estadual que comete atos de corrupção.**

Na União, observa-se também um servidor efetivo, com mais de cinco anos de serviços prestados à Administração Pública e membro de órgão de natureza social. Possui licenças médicas em sua pasta funcional. É do sexo masculino, com 34 ou mais anos de idade (mais de 55 anos). É casado.

Possui um diploma de graduação e sua remuneração está entre os R$ 7.801,00 e R$ 18.000,00, o que o coloca numa das mais altas classes sociais, B1. A percepção de vantagens indevidas é a prática mais recorrente a esse servidor. **Esse é o perfil funcional e socioeconômico do servidor federal que comete atos de corrupção.**

Como já exposto, os perfis descritos não correspondem a avaliações absolutas dos impactos das variáveis tomadas nesta pesquisa sobre a ocorrência dos atos de

corrupção. Antes, esses perfis consistem numa análise da frequência dos atos de corrupção em função daquelas variáveis.

A Tabela a seguir descreve o perfil socioeconômico daqueles que foram demitidos pela prática de corrupção no Poder Executivo do Município de Belo Horizonte, no Estado de Minas Gerais e na União Federal, no ano de 2015. Os perfis, que consistem de uma leitura das maiores proporções verificadas sobre a análise das variáveis selecionadas, apontam para os aspectos que, na análise dos casos, mostraram-se mais frequentes, o que pode indicar uma maior influência na consecução dos atos de corrupção. Senão, vejamos:

Tabela 2 – Perfil consolidado do servidor público expulso por atos de corrupção (2015)

Variável	Descrição	Município de Belo Horizonte	Estado de Minas Gerais	União Federal
Natureza do Órgão	Econômica	8%	22%	21%
	Social	33%	39%	64%
	Educacional	17%	26%	9%
	Saúde	42%	23%	19%
Natureza do Cargo	Efetivo	100%	97%	98%
	Comissionado sem vínculo	0%	3%	2%
Tempo de Serviço	Menos de 1 ano	0%	0%	0%
	De 1 a 5 anos	0%	0%	6%
	Acima de 5 anos	100%	100%	94%
Sexo	Masculino	42%	65%	77%
	Feminino	58%	35%	23%
Idade	Jovem (menor que 34 anos)	0%	0%	6%
	Adulto (maior/igual a 34 anos)	100%	100%	94%
Estado civil	Solteiros	50%	39%	17%
	Casados	50%	52%	69%
	Divorciados	0%	9%	8%
	Outros	0%	0%	6%
Grau de Instrução	Ensino Fundamental Completo	17%	3%	4%
	Ensino Médio Completo	58%	42%	38%
	Ensino Superior Completo	25%	19%	57%
	Pós-graduação	0%	36%	1%

	Completa			
Classe Social	DE	33%	10%	1%
	C2	25%	23%	3%
	C1	25%	19%	11%
	B2	17%	29%	31%
	B1	0%	19%	38%
	A	0%	0%	16%

Constantemente, reiteramos a necessidade de reconhecer o fenômeno da corrupção no Brasil, sobretudo no serviço público, como um fenômeno complexo, multicausal e multifacetado e, por assim o reconhecermos, afirmamos que os modelos apresentados não podem ser tomados como base de outras realidades, pois dizem respeito a unidades específicas inseridas num marco temporal específico. No entanto, como também já foi dito, sendo este um estudo de caráter exploratório e, tal como acreditamos, tendo lançado luzes sobre elementos pouco explorados, dispomo-nos a lançar inferências sobre o problema em questão.

No que se refere à prevenção e controle da corrupção, a compreensão da dinâmica da estruturação do fenômeno na Administração Pública dá-se, principalmente, através da compreensão das instituições e dos indivíduos que a integram. São trabalhos de base empírica que, subsidiando pesquisadores e gestores, poderão orientar ações mais efetivas no combate à corrupção. Uma delas é a implementação, em amplo espectro, da sindicância patrimonial e da publicidade anticorrupção.

Sabe-se que a sindicância patrimonial pelos Tribunais de Contas é prática esquecida, sendo necessário dar cumprimento efetivo à Lei n. 8.730, de 10 de novembro de 1993, que estabeleceu a obrigatoriedade da declaração de bens e rendas para o exercício de cargos, empregos e funções nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Cabe anualmente aos Tribunais de Contas, nos termos do § 7º do art. 2º, promover sindicância patrimonial com remessa obrigatória de seus achados ao Ministério Público competente, de modo a atestar, sob pena de prevaricação de seus titulares, nos termos do art. 4º, § 2º, que as declarações de rendimentos e de bens recebidas são compatíveis com a evolução patrimonial do seu titular e com os recursos e as disponibilidades declarados.

Tal atuação somar-se-ia ao esforço empreendido de se criminalizar o enriquecimento sem causa de agentes públicos, de modo a coibir a prática arraigada de

recebimento de suborno, sejam tais desvios causados por aspectos psicossomáticos, sejam por condições estruturais deficitárias da Administração Pública.

Ao se criminalizar a prática, aponta-se na direção dos altos estamentos, em regra, menos suscetíveis a controle, espraiando-se a intolerância à corrupção aos níveis inferiores da Administração, de modo a que todos possam ser inseridos nessa nova cultura. É de se destacar que o enriquecimento ilícito do agente público decorre da prática nefasta da corrupção em várias de suas modalidades, como pudemos ver na pesquisa empreendida.

A criminalização é recomendada pela Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção,[55] posto que a ausência de tipo penal específico impossibilita enquadrar o incremento injustificado do patrimônio de um agente público, fomentando o cometimento de práticas corruptas.

A corrupção e o peculato, em regra, são as origens do enriquecimento sem causa, determinando a instauração de procedimento administrativo de sindicância patrimonial, a cargo dos Tribunais de Contas, originado inicialmente da obrigação de entrega da declaração de bens.

Em pesquisa *in loco* no sudeste asiático, por ocasião do 2º International Conference on Public Policy,[56] ocorrido na Universidade de Hong Kong em 2016, pudemos verificar os efeitos econômicos do combate obstinado à corrupção, até então, endêmica nos anos 60.

Num curto espaço de tempo, Hong Kong logrou obter a 17ª posição no ranking global da Transparência Internacional, calcando sua estratégia sobre três bases: investigação e punição dos culpados, prevenção e educação. Até hoje se verificam campanhas de mídias que visam à opinião pública, por meio do estímulo à denúncia de atos corruptos e esclarecimento acerca das consequências econômicas e sociais maléficas de tais atos.

Em que pese a massiva gama de recursos dispendidos com publicidade pelo Estado brasileiro, são tímidas as iniciativas em termos de campanhas anticorrupção, as

[55] ONU. **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**. Assembleia-Geral das Nações Unidas, 31 out. 2003. Disponível em: https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corrupcao/marco-legal.html. Acesso em: 31 out. 2016.

[56] INTERNATIONAL CONFERENCE ON PUBLIC POLICY, 2. Hong Kong: International Public Policy Association, 2016. 765 p.

quais são secundárias em face da publicidade institucional, em regra distorcida para a autopromoção dos agentes públicos.

O investimento no esclarecimento da população em geral alia-se à necessidade de capacitação específica no tema de agentes públicos, por meio de cursos orientativos sobre como evitar a prática de atos caracterizadores de corrupção.

A pesquisa empreendida, acerca do perfil funcional do agente público corrupto no Brasil, poderá servir de base para o uso das neurociências no mapeamento de risco de corrupção na Administração Pública brasileira.

Para tentar predizer o comportamento de servidores corruptos, buscamos dados que são recolhidos, basicamente, a partir de duas fontes governamentais: do Sistema Integrado de Administração e Recursos Humanos (SIAPE) e do Cadastro de Expulsões da Administração Federal (CEAF), usados também em nossa pesquisa.

Com a ajuda desses bancos de dados, busca-se formar grupos ou amostras de servidores corruptos e não corruptos recorrendo, além disso, aos registros de penalidades aplicadas aos servidores públicos federais.

O fato de agentes políticos possuírem contas julgadas irregulares pelos Tribunais de Contas, por exemplo, ou de servidores públicos terem sofrido algum Processo Administrativo Disciplinar pode explicitar uma espécie de propensão do servidor ao cometimento de atos de corrupção, característica que permite ao sistema, por meios de suas análises, dissociá-los de agentes públicos não corruptos, hipótese que validamos com a conclusão de nossa pesquisa.

Desse modo, o que se pretende aproveitar dessas ferramentas é o uso das neurociências para refinar os mecanismos de controle e combate à corrupção já existentes, apoiados, até então, na capacidade do cérebro humano de realizar associações entre os dados e informações sobre os servidores e identificar ou afastar sua propensão a praticar atos de corrupção, o que descortina um novo campo para a análise e prevenção da corrupção e para a efetividade dos gastos públicos.

REFERÊNCIAS

AMBIEL, R. A. M. Diagnóstico de psicopatia: a avaliação psicológica no âmbito judicial. **Psico-USF**, v. 11, n. 2, jul./dez. 2006.

AREIAS, G.; PAIXÃO, R.; FIGUEIRA, A. P. C. O Iowa Gambling Task: uma revisão crítica. **Psicologia: Teoria e Pesquisa**, v. 29, n. 2, abr./jun. 2013.

BABIAK, P.; HARE, R. D. **Snakes in Suits**: When Psychopaths Go to Work. New York: HarperCollins, 2006.

BAUMGARTL, V. O. et al. Integridade e externalização: estudo exploratório em uma amostra de estudantes de psicologia. **Psico-Usf**, v. 14, n. 3, set./dez. 2009.

BRASIL. **Lei n. 8.730,** de 10 de novembro de 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8730.htm. Acesso em: 8 nov. 2016.

DUTTON, K. **The Wisdom of Psychopaths:** What Saints, Spies, and Serial Killers Can Teach Us about Success. New York: Scientific American, 2013.

GREELY, H. T. Neuroscience and Law. In: CLARK, D. S. (Ed.). **Encyclopedia of Law & Society:** American and Global Perspectives. Thousand Oaks: SAGE Publications, 2007. v. 2.

HIKAL, Wael. **Manual Básico de Teorías Criminológicas de la Personalidad**: Revelando la Personalidad Antisocial. 2. ed. Azcapotzalco: Flores Editor, 2013.

INTERNATIONAL CONFERENCE ON PUBLIC POLICY, 2. Hong Kong: International Public Policy Association, 2016. 765 p.

KIEHL, K. Can Neuroscience Identify Psychopaths? In: GAZZANIGA, M. S.; RAKOFF, J. S. **A Judge's Guide to Neuroscience:** a Concise Introduction. Santa Barbara: University of California, 2010.

LOMBROSO, C. **O homem delinquente**. São Paulo: Ícone, 2016.

MIMOS – NATIONAL R&D CENTRE IN ICT. **Malaysian Integrity Test (Mi-PBT MIT).** Kuala Lumpur: [s.n.], 2013.

MORANA, Hilda Clotilde Penteado. **Identificação do ponto de corte para a escala PCL-R (Psychopathy Checklist Revised) em população forense brasileira:** caracterização de dois subtipos da personalidade; transtorno global e parcial. 2003. Tese (Doutorado em Ciências) – Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

MOURÃO DE OLIVEIRA, Licurgo J. **Orçamento público biopolítico**: corrupção, transparência e efetivação dos gastos. 2016. 631f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

OLKEN, Benjamin. Corruption Perceptions vs. Corruption Reality. **Journal of Public Economics**, v. 93, n. 7-8, 2009.

ONU. **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**. Assembleia-Geral das Nações Unidas, 31 out. 2003. Disponível em: https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corrupcao/marco-legal.html. Acesso em: 31 out. 2016.

PIMENTEL, C. P. O "cérebro criminoso": observações críticas sobre o uso das neurociências cognitivas no sistema judiciário. In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL LAVITS: VIGILÂNCIA, TECNOPOLÍTICAS, TERRITÓRIOS, 3, 2015. **Anais...** Rio de Janeiro: [s.n.].

RAINE, A. et al. Increased Executive Functioning, Attention, and Cortical Thickness in White-Collar Criminals. **Human Brain Mapping**, v. 33, 2012.

RAINE, A. From Genes to Brain to Antisocial Behavior. **Current Directions in Psychological Science**, v. 17, n. 5, p. 323-328, 2008.

_____. **Predicting Anti-Social Behavior.** Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=6PpKdwWHDMA, a partir do minuto 4:38 até o minuto 8:35. Acesso em: 25 nov. 2016.

ROSLI, M. H. et al. Integrity Systems in Malaysian Public Sector: an Empirical Finding. **Procedia Economics and Finance**, v. 28, 2015.

ROTHLEIN, Steve. **Conducting Integrity Tests on Law Enforcement Officers**, Abril/2010. Disponível em: http://www.llrmi.com/articles/legal_update/le_integrity_tests.shtml. Acesso em: 5 maio 2015.

SCHNEIDER, D. D. G.; PARENTE, M. A. D. M. P. O desempenho de adultos jovens e idosos na Iowa Gambling Task (IGT): um estudo sobre a tomada de decisão. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, v. 19, n. 3, 2006.

SERAFIM, A. P.; SAFFI, F. **Psicologia e práticas forenses**. 2. ed. Barueri: Manole, 2014.

SIDDIQUEE, N. A. Combating Corruption and Managing Integrity in Malaysia: a Critical Overview of Recent Strategies and Initiatives. **Public Organization Review**, v. 10, n. 2, June 2010.

SOBHANI, M.; BECHARA, A. A Somatic Marker Perspective of Immoral and Corrupt Behavior. **Soc Neurosci**, v. 6, n. 5-6, 2011.

SOUZA, S. H. C. L. D.; COSTA, E. G. D. Vigiar para punir: as mídias digitais como ferramenta para prevenir e conter ações criminosas. In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL LAVITS: VIGILÂNCIA, TECNOPOLÍTICAS, TERRITÓRIOS, 3, 2015. **Anais...** Rio de Janeiro: [s.n.].

THE ROYAL SOCIETY. **Bain Waves Module 4**: Neuroscience and the Law. London: The Royal Society, 2011.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. POPE, Jeremy. TI Source Book 2000 – **Confronting Corruption**: the Elements of a National Integrity System. Disponível em: http://archive.transparency.org/publications/sourcebook. Acesso em: 5 maio 2015.

UMBACH, R.; BERRYESSA, C. M.; RAINE, A. Brain Imaging Research on Psychopathy: Implications for Punishment, Prediction, and Treatment in Youth and Adults. **Journal of Criminal Justice**, v. 43, 2015.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **The Global Programme against Corruption.** Disponível em: http://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/toolkit/corruption_un_anti_corruption_toolkit_sep04.pdf. Acesso em: 5 maio 2015.

UNITED NATIONS. **United Nations Handbook on Practical Anti-Corruption Measures for Prosecutors and Investigators**. Set. 2004, p. 93. Disponível em: http://www.unodc.org/documents/afghanistan/Anti-Corruption/Handbook_practical_anticorruption.pdf. Acesso em: 5 maio 2015.

YANG, Y.; RAINE, A. Prefrontal Structural and Functional Brain Imaging Findings in Antisocial, Violent, and Psychopathic Individuals: a Meta-Analysis. **Psychiatry Research: Neuroimaging**, v. 174, 2009.

ROUBO A CARTEIROS EM SÃO PAULO: O INÍCIO DA NEUROCIÊNCIA NA PRÁTICA DA JUSTIÇA BRASILEIRA

POSTMEN ROBBERIES IN SÃO PAULO: THE BEGINNING OF NEUROSCIENCE IN THE PRACTICE OF THE BRAZILIAN JUSTICE

*Renata Andrade Lotufo**

*Daniel Quintela Bertuzzi***

*Claudia Feitosa-Santana****

Sumário: 1. Introdução; 2. Resumo dos casos; 2.1. Caso rosa tatuada. 2.2. Caso óculos juliet; 3 Discussão; 3.1. Sobre o papel do testemunho ocular; 3.2. Sobre a credibilidade do testemunho. 3.3. Sobre o procedimento de reconhecimento; 3.4. Sobre o estigma social; 4. Conclusões; Referências.

Resumo: Os casos de roubo a carteiros na periferia de São Paulo sofreram um crescente aumento desde 2013. Com isso, aumentaram as ocorrências de carteiros que ficaram afastados por ordem médica e, recentemente, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) foi condenada ao pagamento de indenização (setenta mil reais) por danos morais a um ex-carteiro que sofrera treze assaltos em serviço. Muito embora exista um grande número de inquéritos arquivados de roubo a carteiros devido à fuga dos meliantes e à total incapacidade de identificação dos assaltantes, notou-se na Justiça Federal Criminal de São Paulo, grande aumento no volume de processos de roubo a carteiros nos últimos cinco anos. Com o passar do tempo, alguns carteiros passaram a voltar várias vezes ao fórum como testemunhas e a confundir os assaltos em seus depoimentos. Dessa forma, a primeira autora deste estudo (juíza federal criminal) se deparou com a questão das *falsas memórias* e, a partir dessas observações buscou o contato com a terceira autora (neurocientista) deste artigo, que resultou no projeto de

* TRF da 3ª Região, 4ª Vara Criminal Federal em São Paulo, São Paulo, SP
** Universidade Federal do ABC, São Bernardo do Campo, SP
** * Hospital Israelita Albert Einstein, São Paulo, SP

unir na prática a neurociência e o direito para uma pesquisa específica dentro da realidade brasileira. Este projeto tem o objetivo, portanto, de apresentar o início dessa pesquisa interdisciplinar com a discussão de dois processos penais cognominados *Óculos Juliet* e *Rosa Tatuada.* Os casos visam a melhor compreensão dos mecanismos comportamentais e cognitivos da memória nos processos de reconhecimento e testemunho e também apresentam um melhor parâmetro da realidade brasileira na discussão de processos penais que envolvam questões similares.

Palavras-chave: neurociência; direito; testemunho; reconhecimento; falsas memórias.

1 INTRODUÇÃO

Desde 2013 tem-se notado um crescente aumento nos casos de roubo a carteiros nos bairros mais periféricos da cidade de São Paulo, como observado nas reportagens da Agência Estado (2013) e do Bom Dia Brasil (2013). David Shalom (2014) também noticiou o afastamento, por ordem médica, de carteiros, depois de terem sofrido mais de duas dezenas de assaltos, causando a eles estresse pós-traumático. Vassallo e Affonso (2017) relataram também que recentemente a sétima turma do Superior Tribunal do Trabalho condenou a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) no pagamento de indexação por danos morais no valor de R$ 70.000,00 (setenta mil reais) a um ex-carteiro da cidade de São Bernardo do Campo que sofrera treze assaltos em serviço.

Muito embora exista um grande número de inquéritos arquivados de roubo a carteiros devido à fuga dos meliantes e à total incapacidade de identificação dos assaltantes, notou-se na Justiça Federal Criminal de São Paulo - nas sete varas com competência para instrução e julgamento da matéria - grande aumento no volume dos processos de roubo a carteiros nos últimos cinco anos.

Com o passar do tempo, alguns carteiros passaram a voltar várias vezes no fórum como testemunhas e em alguns casos a confundir os assaltos em seus depoimentos. Foi por ocasião da instrução do processo nº 00011942-66.2015.403.6181 na 4ª Vara Criminal Federal de São Paulo que a magistrada, subscritora do presente trabalho se deparou com a questão das *falsas memórias* e relacionou o caso com o que lera pela primeira vez no livro *Subliminar*, de Leonard Mlodinow (2013).

Dessa forma, a primeira autora deste capítulo (juíza federal criminal), a partir dessas observações buscou o contato com a terceira autora (neurocientista), que resultou no projeto de unir na prática a neurociência e o direito para uma pesquisa específica dentro da realidade brasileira. Este trabalho tem o objetivo de apresentar o início dessa pesquisa interdisciplinar com a discussão de dois processos penais, batizados de *Óculos Juliet* e *Rosa Tatuada.* Os casos visam a melhor compreensão dos mecanismos comportamentais e cognitivos da memória nos processos de reconhecimento e testemunho e também apresentam um parâmetro da realidade brasileira na discussão de processos penais que envolvam questões similares.

Quem trabalha com o direito é via de regra um "contador de casos", e; os exemplos reais trazidos neste trabalho são situações que não fogem muito à regra de muitas situações já vivenciadas pela maioria dos profissionais de direito na ativa no Brasil todo.

2 RESUMOS DOS CASOS

2.1 Caso da Rosa Tatuada

O primeiro caso avaliado foi justamente o referente ao processo número 00011942-66.2015.403.6181 que foi denominado para fins de estudo como *Caso da Rosa Tatuada.*

Segundo a acusação, no dia 26 de setembro de 2015 um carteiro foi abordado por dois rapazes em uma motocicleta Honda prata sem placas. Um deles anunciou o assalto, portando arma de fogo,. Logo na sequência outros cinco rapazes vieram ajudar a descarregar as trinta e três encomendas que estavam no interior do veículo dos Correios. Não houve prisão em flagrante. Em data posterior o carteiro reconheceu por fotografia o réu de iniciais G.S.S., afirmando que ele possuía uma "rosa tatuada no braço".

Durante as oitivas das testemunhas percebeu-se que o carteiro foi assaltado em um sábado por volta do meio-dia, porém o boletim de ocorrência foi feito em outro dia. No mesmo sábado, entretanto, o acusado G.S.S. foi detido na companhia do menor infrator D.S.S.. O menor em questão é quem responderia eventualmente por ato infracional nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, mas o acusado do nosso *Caso da Rosa Tatuada* também foi fotografado.

O carteiro se dirigiu à delegacia para lavrar o boletim de ocorrência apenas na segunda-feira, dia 28/09/2015 por volta das 10 horas da manhã, oportunidade em que lhe mostraram vários álbuns fotográficos, mas ele não reconheceu ninguém. No boletim de ocorrência consta que o carteiro reconheceu G.S.S. nesta mesma segunda-feira, em horário ignorado, fazendo referência apenas nesta oportunidade à rosa tatuada na mão esquerda. No dia 29, terça-feira, retornou para o reconhecimento pessoal. Isto é o que consta dos documentos do boletim de ocorrência.

Em audiência o carteiro relatou que não compareceu à delegacia no próprio sábado por recomendação dos Correios, pois precisaria antes coletar a relação da carga roubada. Na primeira vez, de fato, ele não reconheceu ninguém, e posteriormente teria havido uma "denúncia anônima" e na quarta ou na quinta-feira um policial mostrou-lhe uma foto no celular, oportunidade em que ele reconheceu o réu. No dia seguinte ele procedeu ao reconhecimento pessoal.

Os depoimentos dos policiais foram absolutamente desencontrados, chegando um deles a admitir que anteriormente G.S.S. tinha sido detido "para averiguações" somente.

O caso acabou gerando a absolvição de G.S.S., o Ministério Público não recorreu e o processo já está arquivado.

2.2 Caso Óculos Juliet

No segundo caso examinado, nominado de *Caso Óculos Juliet*, E.C.S., nascido em outubro de 1984, foi denunciado pelo Ministério Público por ter assaltado, no dia 31 de maio de 2013, por volta das 10h50, o carteiro no momento da entrega de mercadorias em uma residência em conjunto com mais duas pessoas não identificadas. Segundo a acusação, ele teria se aproximado do carteiro e do motorista dos Correios em um Gol cinza com uma arma de fogo, ou fazendo menção do uso. Em 26 de novembro de 2014, um ano e meio depois dos fatos, portanto, o ex-motorista dos Correios reconheceu o acusado em um dos álbuns de fotografia da Polícia Federal. O carteiro, no entanto, não reconheceu ninguém.

No dia da audiência, o carteiro confirmou que não reconheceu ninguém tanto antes como no fórum. O ex-motorista, durante o reconhecimento pessoal no fórum, com o acusado e outros dois homens perfilados com ele, alegou que nenhum dos presentes

era magro como o assaltante, e, além disso o assaltante seria mais baixo. Além disso, o motorista mencionou que reconheceu a foto na delegacia porque a pessoa da foto estaria exatamente igual ao dia do assalto (um ano e meio antes), inclusive com a mesmo cabelo e óculos escuros, especificamente da marca *Oakley*, modelo *Juliet.* Os óculos em questão, quando procurado na *internet*, verificou-se que é um modelo bastante popular entre jovens, em que os óculos escuros são espelhados, com angulatura curva acompanhando o formato do rosto em que há certamente uma grande dificuldade, quiçá total, em se observar os olhos, seja sob o ângulo frontal ou lateral, da pessoa que usa o objeto.

Quando mostrado ao motorista a foto do objeto de reconhecimento, ele se espantou e negou ter reconhecido *aquela* foto.

O acusado E.C.S. foi imediatamente absolvido, o Ministério Público não recorreu e o processo foi arquivado.

3 DISCUSSÃO

3.1 SOBRE O PAPEL DO TESTEMUNHO OCULAR

Conforme Leonard Mlodinow (2013):

> Cerca de 75 mil exames de reconhecimento acontecem todos os anos na polícia dos Estados Unidos, e as estatísticas a respeito mostram que em 20% a 25% das vezes as testemunhas fazem uma escolha que a polícia *sabe* ser incorreta. E sabem disso porque as testemunhas escolhem um dos "inocentes conhecidos", ou "figurantes", que a polícia insere para contemplar a fila. Em geral são detetives da própria polícia ou detentos escolhidos na cadeia local. Essas falsas identificações não põem ninguém em perigo, mas considere as implicações: a polícia sabe que, de 1/5 a ¼ das vezes, a testemunha identifica um indivíduo que comprovadamente não cometeu o crime; mas quando uma testemunha aponta a pessoa que é um suspeito, a polícia – e os tribunais – acreditam que aquela identificação é confiável. Como revelam as estatísticas, não é.

Seguros de que na ausência de um verdadeiro culpado, boa parte das testemunhas escolhe alguém de forma que mais se assemelhe ao criminoso, Peter Neufeld e Barry Scheck da Cardozo School of Law fundaram em 1992 o *Innocence Project* (Projeto Inocência), que anulou até recentemente, através de testes de DNA, 351 condenações equivocadas, e segundo propagam em seu próprio *website (*https://www.innocenceproject.org/), reformaram o sistema judicial nos últimos 25 anos para prevenir futuras injustiças.

Em 1989, três anos antes do desenvolvimento do Innocence Project, foi criado o *National Registry of Exonerations* (Registro Nacional de Exonerações), projeto americano da Universidade da Califórnia onde é registrada a grande maioria das exonerações ocorridas no sistema judicial americano. Em seu *website* (https://www.law.umich.edu/special/exoneration) é divulgado que de um total de 2095 condenações equivocadas, 616 ocorreram por testemunhos e/ou reconhecimentos equivocados.

Nota-se, portanto, que as identificações desacertadas desempenham um importante papel sobre o chamado *erro judiciário*, em virtude da grande a importância que os atores investigativos e jurídicos dão ao testemunho ocular e aos procedimentos de reconhecimento.

Os dois casos examinados neste estudo puderam ilustrar descuidos referentes a estes procedimentos.

Da análise do material constamos que grande parte dos processos de roubo é baseado em um reconhecimento *inicial* fotográfico nas delegacias policiais (tanto as delegacias civis como federais). Não se tem informação precisa como os álbuns são organizados, e as testemunhas relatam que alguns departamentos policiais têm álbuns digitalizados e outros álbuns físicos. É desconhecida a informação também de quais seriam os critérios para que as pessoas constassem ou deixassem de figurar nos referidos "álbuns fotográficos". Em alguns processos constatou-se que apenas uma foto chegou a ser apresentada à testemunha, o que trouxe um claro induzimento à memória da pessoa.

Com relação ao reconhecimento pessoal, percebe-se que as delegacias civis geralmente não cumprem o disposto no artigo 226 do Código de Processo Penal, ou seja, perfilando o suspeito com outras pessoas com características físicas semelhantes, tal como geralmente é realizado na polícia federal. Isso não tem sido reconhecido como nulidade, desde que confirmado posteriormente em fase judicial.

Podemos citar como exemplo, a jurisprudência mais recente das turmas criminais do Superior Tribunal de Justiça, resumidas nos seguintes trechos: A jurisprudência deste Tribunal Superior entende que "a inobservância das formalidades legais para o reconhecimento pessoal do acusado não enseja nulidade, por não se tratar de exigência, apenas recomendação, sendo válido o ato quando realizado de forma diversa da prevista em lei, notadamente quando amparado em outros elementos

de prova" (AgRg no AREsp n. 837.171/MA, Rel. Ministro Rogerio Schietti, 6ª T., DJe 20/4/2016). (…) As instâncias de origem consideraram outros elementos de prova, além do reconhecimento pessoal do agente, para embasar a condenação e, assim, não há que se falar na nulidade por ofensa ao art. 226 do CPC." (AgRg no Resp 1371800/PR, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, DJe de 27/10/2017); "O reconhecimento de nulidades no curso do processo penal reclama a efetiva demonstração do prejuízo suportado pela parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (pas de nullité sans grief). Deve ser considerado, ainda, que nos termos da jurisprudência desta Corte "eventuais irregularidades ocorridas na fase investigatória, dada a natureza inquisitiva do inquérito policial, não contaminam a ação penal (HC 232.674/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, Dje 10/4/2013)" (RHC 81292/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 11/10/2017).

Tamanho e rotineiro descuido se deve ao fato de que a testemunha é tratada como um "meio de prova" igual a um documento ou uma perícia técnica. O direito frequentemente desconsidera tratar-se de um ser humano, e, como tal, submetido a falhas.

Como já disse Francesco Carnelutti (2010) na clássica obra *As Misérias do Processo Penal*:

> (...) há outra figura central no Processo Penal, ao lado do acusado: a testemunha, classificada pelos juristas, friamente, como os documentos, na categoria das provas. Essa insensibilidade dos juristas é tão necessária quanto a do anatomista que seciona um cadáver; porém, se nos esquecermos de que um documento é uma coisa e uma testemunha um ser humano, dotado de corpo e alma, com seus interesses e tentações, lembranças e esquecimentos, com sua ignorância e cultura, com sua coragem e seus medos, o resultado será desastroso, pois cada testemunha é colocada em posição muito incômoda e perigosa no processo. É um ser humano submetido a uma espécie de requisição por utilidade pública, privado dos seus afazeres e da sua paz, sondado, inquirido, confrontado, colocado sob suspeitas. Para mim, não existe outro aspecto da técnica penal tão preocupante quanto o de resguardar, com cuidados, o exame das testemunhas, geralmente, no que se refere ao tratamento que lhes deve ser dispensado.

E de acordo com Cymrot (2008):

> Há que se pesar que a testemunha, quando também foi *vítima* do fato e tem que reconhecer uma pessoa e recontar este mesmo fato, tentará trazer uma experiência passada através de suas lembranças, mas o tempo não retrocederá. Essa reconstituição terá buracos, já que as

> memórias resultam de um variado cardápio de ingredientes, ou seja, uma série de elementos psíquicos e externos ao sujeito que lhe conferirá sentido a uma realidade. Há de se sopesar a dor e a humilhação das vítimas no encadeamento de suas narrativas; em seus depoimentos existem deformações próprias das memórias que são decorrências do próprio sofrimento e humilhação.

É imprescindível que o cuidado com a testemunha deva começar principalmente a partir do início da investigação criminal para que com isso a tomada de decisão seja a mais racional possível, e para que o caminho e o elo de ligação das provas, que eventualmente levem a um veredito condenatório, sejam seguros para todos os operadores do direito.

A investigação do delito deve buscar o real culpado pelo crime, e não inserir qualquer semelhante para cumprir metas ou colocar mais *suspeitos* na cadeia. Mesmo a boa testemunha, que não sofra qualquer tipo de influência na fase policial será posta a teste em uma audiência, quando inquirida pelas partes, na tentativa de dentro do processo dialético trazer a informação pretendida por cada um.

De acordo com Geraldo Prado (2014):

> Evitar a zona de contágio da evidência é a tarefa epistêmica do processo, que se arma de instrumentos para filtrar a maior parte das pulsões devoradoras das provas, porque é disso que se trata a *evidência*: algo que, ao dispensar a prova, "devora" os procedimentos probatórios, que são substituídos inconscientemente pelas crenças, em aparências imunes às tentativas das partes influenciarem na formação da convicção do juiz.

Os carteiros, como testemunhas, têm se revelado exemplos clássicos de seres humanos que em primeiro lugar não foram tratados condignamente pela Polícia, depois por seu empregador, e, muitos deles têm as reações mais diversas em suas mentes na hora de testemunhar e reconhecer.

Sabendo que a cognição desempenha, naturalmente, função essencial tanto no testemunho ocular quanto nos procedimentos de reconhecimentos fotográfico e pessoal este estudo buscou esclarecimentos na literatura científica acumulada desde o início do século XX pela psicologia e também, atualmente, pela neurociência para a melhor compreensão dos processos mentais envolvidos. Destes processos, a memória, a atenção, o reconhecimento e percepção facial e a tomada de decisão foram alvos de numerosos estudos.

É na memória que está o cerne do testemunho. Somente acessando a memória

nos é permitido codificar, armazenar e recuperar informações que vivenciamos. Ressalta-se que a memória é suscetível a distúrbios, tais como ao esquecimento e a distorções, ou seja, além de não lembrarmos mais de certas informações, algumas delas, das quais ainda recordamos, podem não ter ocorrido da maneira que imaginamos. Porém, nota-se que é dada a ela extrema credibilidade, como se falássemos de uma máquina fotográfica que recorda informações e as recupera de forma inequívoca e integral.

As duas principais teorias científicas que buscam compreender o esquecimento e as distorções são a teoria da deterioração e a teoria da interferência. Segundo Schwartz e Reisberg (1991) APUD Pergher e Stein (2003) a teoria da deterioração "postula que, com a passagem do tempo, as memórias enfraquecem, desaparecendo gradualmente até serem apagadas por completo, havendo, portanto, uma perda do traço de memória", enquanto que a teoria da interferência, ainda segundo Sternberg (2000) APUD Pergher e Stein (2003) "postula que esquecemos as informações em virtude da influência de algumas memórias sobre outras".

Os fenômenos de interferência explicam as distorções que ocorrem durante a evocação de memórias, e estes, de acordo com Anderson (2011) podem ocorrer de duas formas: (a) interferência retroativa: tendência de memórias antigas muito fortes impedirem a evocação de memórias recentes; (b) interferência proativa: tendência de as informações adquiridas mais recentemente impedirem a evocação de memórias mais antigas. Estes dois fenômenos foram ilustrados, respectivamente, por Loftus & Palmer (1974) e Lindsay e colaboradores (2004).

No que diz respeito aos efeitos da memória na área do Direito, Lacy e Stark (2013) ressalta aspectos importantes das interferências que podem ocorrer na memória no processo condenatório:

> A maior parte das distorções envolve alguma forma de informação enganosa ou explícita (...) as distorções na memória também podem ocorrer a partir do feedback fornecido à testemunha após o seu testemunho (...) as distorções da memória também podem ocorrer simplesmente com o passar do tempo e com repetidos relatos dos acontecimentos (...) estes tipos de distorções de memória aumentam à medida que envelhecemos.

Outra teoria importante relativa ao esquecimento e às distorções se trata da teoria dos esquemas, primeiramente elaborada por Bartlett (1932), onde ele argumenta em favor da importância daquilo que chamou de *schemata* ("esquemas"), um segmento

bem integrado de conhecimento sobre o mundo, eventos, pessoas ou ações. De acordo com Eysenck (2011), um dos *insights* básicos de Bartlett revela que aquilo que lembramos é muito influenciado pelo conhecimento esquemático que já possuímos. Ainda segundo Eysenck (2011):

> (...) De acordo com Bartlett, temos inúmeros esquemas ou pacotes de conhecimento armazenados na nossa memória de longa duração, e estes esquemas nos levam a criar determinadas expectativas. Por exemplo, Tuckey e Brewer (2003) concluíram que a maioria das pessoas tem a seguinte informação no seu esquema de assalto a banco: os assaltantes são homens, usam disfarce, vestem roupas escuras, fazem exigências de dinheiro e tem um carro para a fuga com um motorista. (...) a recordação envolve um processo de reconstrução, no qual todas as informações relevantes (inclusive as informações baseadas nos esquemas) são usadas para reconstruir os detalhes de um evento em termos de 'o que deve ter sido verdadeiro'. Desta forma, a recordação de uma testemunha ocular de um assalto a banco deve ser sistematicamente influenciada pelas informações contidas no seu esquema (mental) de assalto a banco.

3.2 Sobre a credibilidade do testemunho

Nos dois casos analisados podemos destacar diversos fatores que influenciam diretamente a credibilidade do testemunho e dos reconhecimentos.

A passagem do tempo, por exemplo, é fator crucial presente no *Caso Óculos Juliet*, durante tanto no processo de consolidação da memória (tempo de decorrência do assalto) quanto no processo de evocação (tempo entre o assalto e o reconhecimento fotográfico). O ano e meio que se passou entre a ocorrência do assalto e o reconhecimento fotográfico é um fator que contribuiu para diminuir o valor probatório do reconhecimento, pois, de acordo com o que já foi discutido previamente, longos intervalos de tempo aumentam as chances de a memória sofrer deterioração e/ou interferências. Em seus estudos sobre memória de testemunhas oculares, Wixted e Ebbesen (1991) demonstraram que a acurácia do reconhecimento facial diminui conforme o tempo passa, e Odinot e Wolters (2006) constataram que longos intervalos depois de um primeiro interrogatório, feito com os participantes, resultaram em mais respostas indecisas e menos informações evocadas.

Além disso, ao ler o inquérito, nota-se que o motorista possui a pele branca, enquanto que o suspeito possui a pele preta. A literatura científica nos informa que a diferença de cor entre a testemunha e o suspeito pode enfraquecer o reconhecimento através do efeito inter-racial. Eysenck (2011) reforça:

> Na maioria dos estudos (envolvendo o efeito inter-racial e o reconhecimento de faces), os participantes brancos tiveram uma melhor memória de reconhecimento de rostos brancos do que de rostos negros, e os participantes negros tiveram uma melhor memória de reconhecimento de rostos negros do que de rostos brancos.

Outro importante fator que afeta a identificação facial é a presença de arma no evento - situação constada no *Caso da Rosa Tatuada* – este fator pode causar o chamado efeito de foco na arma "no qual a presença de uma arma faz com que a testemunha ocular não consiga recordar detalhes sobre o assaltante e sobre o ambiente" (Eysenck, 2011). Esse efeito foi analisado em diversos estudos por Loftus (1979), Loftus, Loftus, & Messo (1987) e Pickel (1999).

3.3 SOBRE O PROCEDIMENTO DE RECONHECIMENTO

Os fatores apresentados anteriormente são relativos ao indivíduo e ao evento ocorrido. Porém existem outros fatores pertencentes aos métodos utilizados nos processos de reconhecimento fotográfico e pessoal que também afetam a memória e a tomada de decisão da testemunha. Os sistemas de segurança e jurídico brasileiro adotam tradicionalmente, para o processo de reconhecimento, o método simultâneo, no entanto há uma alternativa que vem sendo estuda junto do método simultâneo: o método sequencial. Estes dois modos são referentes ao alinhamento das fotos e/ou pessoas. Diversos estudos apontam que estes dois modos influenciam a tomada de decisão da testemunha de maneiras diferentes.

Gary L. Wells estuda e publica há mais de 30 anos artigos científicos (Wells, 1978; Lindsay, & Wells, 1985; Wells e colaboradores, 1998) referentes à acurácia e à confiabilidade de testemunhos oculares e procedimentos de reconhecimento pessoal. Ele defende com assertividade o método sequencial.

Em Wells (2014a), o psicólogo reúne diferentes estudos meta-análiticos para comprovar o valor probatório do método sequencial sobre o simultâneo, nestes estudos, as porcentagens encontradas entre a acurácia (identificação correta) e a inacurácia (identificação equivocada) foram sempre maiores para o procedimento sequencial. Wells reconhece também que o procedimento sequencial acaba por forçar as testemunhas oculares a se utilizarem de um critério mais rigoroso e absoluto. Meissner e colaboradores (2005) sugerem que este critério se dá porque a qualidade do

procedimento sequencial não se trata de um processo baseado em familiaridade, ao contrário do procedimento simultâneo. Este critério mais absoluto tem por natureza aumentar as chances de o culpado não ser reconhecido, apesar de reduzir as identificações equivocadas. Contudo, Wells rebate em favor do método sequencial através do argumento de que há uma assimetria entre os potenciais erros de cada método. A adoção do procedimento sequencial pode, de fato, causar a liberação do culpado, porém o procedimento simultâneo pode causar a condenação de uma pessoa inocente ao mesmo tempo em que inocenta um culpado.

3.4 SOBRE O ESTIGMA SOCIAL

Por fim, vale fazer traçar o perfil de G.S.S.: pobre, defendido pela Defensoria Pública, G.S.S. é pardo, magro e jovem. Nascido em maio de 1997, tinha 18 anos de idade na data do crime. Segundo seu depoimento, estudou apenas até o "2º ano colegial", pois começou a trabalhar de empacotador. Depois parou de trabalhar para tomar conta dos irmãos menores para a mãe poder trabalhar.

Embora não se encaixe no perfil do jovem entre 18 e 22 anos como no *Caso da Rosa Tatuada*, o acusado E.C.S., do *Caso Óculos Juliet*, com 28 anos na data do crime também é pobre, e foi defendido pela Defensoria Pública. Trabalhava em açougue, e já havia sido condenado pelo crime de roubo, com a pena de 3 anos de 10 meses de reclusão.

A questão envolve aí também todo um *estigma social*. De fato, os assaltantes são geralmente do sexo masculino, jovens e pardos. Isso é o suficiente para criar o *estigma*, que é um estereótipo negativo generalizado, lançando ao estigmatizado a condição de desacreditado, tornando-o menos humano e fazendo senti-los dessa forma, reduzindo-o a uma subclasse. Diante das classes mais privilegiadas e dos mais velhos, o jovem morador de periferia fabrica a visão de um indivíduo perigoso, seja pela sua cultura, hipossuficiência financeira, idade ou localização de sua moradia (Silva & Avila, 2015).

4 CONCLUSÃO

Neste estudo, em estágio ainda inicial, baseado em casos reais de roubo a carteiros, podemos observar na prática a realização dos procedimentos de testemunho e

reconhecimento desde a fase pré-investigativa à fase processual.

O caso da *Rosa Tatuada* e o caso do *Óculos Juliet* expõe os efeitos da ausência de normas rigorosas por parte do Código de Processo Penal (CPP) brasileiro referente aos procedimentos de testemunho e reconhecimento. As pesquisas científicas relacionadas a estes temas, iniciadas por psicólogos comportamentais na década de 70 e hoje também por neurocientistas, já apresentam novas técnicas e procedimentos alternativos à forma que é adotada pelo CPP brasileiro. Estas alternativas se fazem valer por levarem em conta processos cognitivos básicos que se encontram presente e influenciam diretamente o valor probatório do reconhecimento e do testemunho ocular.

O principal processo mental estudado que influencia o julgamento da testemunha e que, na pior das hipóteses, pode levar um inocente à prisão, é o processo de distorção da memória. Percebemos que os atores da segurança pública e do direito possuem uma concepção vaga (ou inexistente) sobre os possíveis efeitos negativos das distorções e do esquecimento da memória.

Percebemos também que, devido à ausência de normas rigorosas e claras pelo CPP, processos com inquéritos mal conduzidos acabam tendo uma longa vida judicial, acarretando em perda de tempo e dinheiro, quando em um primeiro momento eles não passariam da fase pré-investigativa, ou devendo ser arquivado de plano.

Não existem normas regulamentadoras dos álbuns fotográficos nas delegacias civis do Estado de São Paulo, bem como da Polícia Federal. Percebe-se que algumas testemunhas descrevem como álbuns físicos e outras como álbuns virtuais, mas desconhece-se totalmente qual é o critério de inclusão das fotografias das pessoas presentes nestes álbuns. Imaginamos, porém, que são pessoas com passagens policiais por crimes semelhantes por gênero, ou seja, suspeitos de roubos por crimes de roubos, mas não há como ter certeza.

Não se sabe ao certo qual é o critério para que uma pessoa conste no álbum: se ele já respondeu por alguém crime, se está respondendo, se é ou era caso de inquérito ou ação penal. Desconhece-se se há um critério temporal, ou seja, se depois de cumprida ou prescrita a pena se a pessoa ainda faz parte de um álbum de reconhecimento. Não se sabe também se há miscigenação de crimes, como por exemplo, utilizar-se pessoas que responderam por crimes patrimoniais em álbuns de suspeitos de crimes sexuais, por exemplo.

Outra constatação importante percebida na prática é o considerável interregno

entre o tempo do fato criminoso e o tempo do reconhecimento, o que não pode colaborar para um ato plenamente confiável. Há de se considerar se a própria lei não deveria pensar em alguma alternativa: ou tentar de alguma forma uma espécie de produção antecipada de provas por um juiz (juiz do DIPO – Divisão de Inquéritos Policiais ou o futuro juiz de garantias previsto no Projeto do Código de Processo Penal); ou prever um limite temporal para a realização de tal ato.

Este campo de pesquisa suscita ainda muitas questões e é necessária a avaliação de muitos outros casos práticos e das problemáticas levantadas e metodologias utilizadas, especialmente sobre a ocorrência das falsas memórias dentro do contexto dos processos judiciais.

Os exemplos citados trazem casos corriqueiros da realidade brasileira em que percebe-se que em muitos casos a polícia, o Ministério Público e o Judiciário estão trabalhando em vão, considerando provas mal produzidas e desperdiçando seu material humano. E mais do que isso, os órgãos oficiais de investigação e julgamento podem estar colaborando para uma injustiça social e para um acúmulo de trabalho injustificado. Isso porque, se já é difícil para o ser humano julgar outro ser humano, o que dirá quando a principal prova é justamente interpretar um terceiro ser humano?

REFERÊNCIAS

Agência Estado (08 Abril 2013). A cada 9 horas, Sedex sofre um roubo na Grande SP. *Estadão*. Acessado em 10 Outubro 2017 de <www.estadao.com.br/noticias/geral,a-cada-9-horas-sedex-sofre-um-roubo-na-grande-sp,1018354>

Carnelutti, F. (2010) *As Misérias do Processo Penal.* Campinas: Servanda.

Cymrot, P. (2008) *Nossas Lembranças: Guardam Intimidade com as Ficções e São Sempre Fontes Suspeitas?* - In *Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica.* Org. ZIMERMAN, David; COLTRO, Antonio Carlos Mathias, 2ª ed., Campinas: Millennium.

Baddeley, A., Eysenck, M. W., & Anderson, M. C. (2011). Memória. Porto Alegre, RS: Artmed.

Bartlett, F. C. (1932). *Remembering: A Study in Experimental and Social Psychology*. New York: Cambridge University Press.

Bom Dia Brasil. (15 Setembro 2013). Assaltos a carteiros atrapalham entrega a domicílio na Grande SP. *G1*. Acessado em 10 Outubro 2017 de http://g1.globo.com/bom-dia-

brasil/noticia/2013/11/assaltos-carteiros-atrapalham-entrega-domicilio-na-grande-sp.html

Lacy JW & Stark CE (2013) *The neuroscience of memory: Implications for the courtroom. Nature Reviews Neuroscience 14(9):649–658.*

Lindsay, D. S., Allen, B. P., Chan, J. C. K., & Dahl, L. C. (2004). Eyewitness suggestibility and source similarity: Intrusions of details from one event into memory reports of another event. *Journal of Memory and Language, 50*, 96-111.

Lindsay, R. C., & Wells, G. L. (1985). Improving eyewitness identifications from lineups: Simultaneous versus sequential lineup presentation. *Journal of Applied Psychology, 70*(3), 556-564.

Loftus, E. F. (1979). *Eyewitness Testimony*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Loftus, E. F., Loftus, G. R., & Messo, J. (1987). Some facts about weapon focus. *Law and Human Behaviour, 11*, 55-62.

Loftus, E. F., & Palmer, J. C. (1974). Reconstruction of automobile destruction: An example of the interaction between language and memory. *Journal of verbal learning and verbal behavior*, *13*(5), 585-589.

Meissner, C. A., Tredoux, C. G., Parker, J. F., & MacLin, O. H. (2005). Eyewitness decisions in simultaneous and sequential lineups: A dual-process signal detection theory analysis. *Memory and Cognition, 33*, 783-792.

Mlodinow, L. (2013). *Subliminar. Como o inconsciente influencia nossas vidas.* Rio de Janeiro: Zahar.

Odinot G, Wolters G. (2006). Repeated recall, retention interval and the accuracy–confidence relation in eyewitness memory. *Applied Cognitive Psychology Nov;20(7)*:973-985.

Pickel, K. L. (1999). The Influence of context on the "weapon focus" effect. *Law and Human Behaviour, 23*, 299-311.

Prado, G. (2014) *Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos.* São Paulo: Marcial Pons.

Schwartz, B., & Reisberg, D. (1991). *Learning and Memory*. New York: W. W. Norton & Company.

Shalom, D. (20 Setembro 2014). Profissionais evitam áreas violentas e abandonam empregos por medo de assalto. **iG São Paulo**. Acessado em 10 Outubro 2017 de <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2014-09-20/profissionais-evitam-areas-violentas-e-abandonam-empregos-por-medo-de-assalto.html>

Silva, A. F. & Ávila, G. N. (2015). *O Estigma do Jovem Morador da Periferia: Um "Rolezinho" Criminológico Sobre o Preconceito.* Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 31, n. 1: 217: 2140.

Sternberg, R. J. (2000). Psicologia Cognitiva. Porto Alegre, RS: Artmed.

The Innocence Project. Acessado em 08 Outubro, 2017, de <https://www.innocenceproject.org/>

The National Registry of Exonerations. Acessado em 08 Outubro, 2017, de <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/about.aspx>

Tuckey, M. R., & Brewer, N. (2003). How schemas affect eyewitness memory over repeated retrieval attempts. *Applied Cognitive Psychology, 7*, 785-800.

Vassallo, L & Affonso, J. (24 Setembro 2017). Tribunal condena Correios a indenizar carteiro assaltado 13 vezes em serviço. *Estadão*. Acessado em 10 Outubro 2017 em <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/tribunal-condena-correios-a-indenizar-carteiro-assaltado-13-vezes-em-servico/>

Wells, G. L. (1978). Applied eyewitness-testimony research: System variables and estimator variables. Journal of Personality & Social Psychology, 36, 1546-1557.

Wells G. L. (2014). Eyewitness identification: Probative value, criterion shifts, and policy regarding the sequential lineup. *Current Directions in Psychological Science*, 23, 11–16.

Wells, G. L., Small, M., Penrod, S., Malpass, R. S., Fulero, S. M., & Brimacombe, C. A. E. (1998). Eyewitness identification procedures: Recommendations for lineups and photospreads. *Law and Human Behavior, 22*(6), 603-647.

Wixted, J. T., & Ebbesen, E. B. (1991). On the form of forgetting. *Psychological Science, 2*, 409-415.

POSSÍVEIS CORRELAÇÕES ENTRE A TEORIA DA LATERALIZAÇÃO POR NOVIDADE COGNITIVA E A POSITIVAÇÃO DO DIREITO NATURAL

POSSIBLE CORRELATIONS BETWEEN THE LATERALIZATION THEORY BY COGNITIVE NOVELTY AND THE NATURAL LAW POSITIVATION

*Pedro L. R. Gulke**
Orientadora: Michele Cia

Sumário: 1. A lateralização dos hemisfério cerebrais; 2. O direito, a antítese da universalidade e da particularidade e a justiça suprema; 3. O deslocamento direito-esquerdo e a positivação do direito natural; 4. Novidades cognitivas e lacunas jurídicas; Conclusão; Bibliografia.

Resumo: Em seu livro, Maps of Meaning: The Architecture of Belief, Jordan B. Peterson resume literaturas acadêmicas que abrangem arqueologia e neurociência para proporcionar um perspicaz entendimento sobre os significados das mitologias. Aspectos de seu trabalho aparentam serem aplicáveis ao direito. É plausível que haja uma correlação entre características biológicas que governam a capacidade cognitiva dos indivíduos e a maneira que os mesmos estabelecem e reputam o direito; se esse for o caso, novas teorias da neurologia podem permitir um vislumbre na *psyche* do direito. Tendo isto em mente, o presente trabalho visa explorar a relativamente nova teoria da lateralização dos hemisférios cerebrais por capacidade de processar novidade cognitiva, para buscar correlações desta com a filosofia do direito. Aparenta ser razoável afirmar que há uma forte correlação entre as características funcionais do hemisfério cerebral direito e as características do direito natural, sugerindo que o segundo é uma espécie de projeção externa e coletiva do primeiro. O mesmo ocorre com o direito positivo e o hemisfério cerebral esquerdo. Isso tudo sugere que há uma relação de causalidade entre a maneira que a mente humana é fragmentada e aparente antítese entre o direito

* Graduando em direito (Libertas - Faculdades Integradas)

natural e o direito positivo. Se tal relação de fato existir, é possível utilizar a neurociência para extrair hipóteses sobre o direito.

Palavras-chave: neurociência, lateralização cerebral, filosofia do direito, direito positivo, direito natural

Abstract: In his book, Maps of Meaning: The Architecture of Belief, Jordan B. Peterson summarizes academic literature that englobes neuroscience and archaeology to come up with a compelling understanding of the meanings of mythology. Aspects of his work seems applicable to Law. It is plausible that there is a correlation between the biological characteristics that govern the cognitive capacity of an individual and the way one establishes and views the law; if that is true, new neurological theories may allow a glimpse into the *psyche* of the Law. With this in mind, the present study aims to explore the, relatively new, theory of lateralization of the cerebral hemispheres by capacity to process cognitive novelty, to explore if there are correlations with it and the philosophy of law. It seems reasonable to say that there is a strong correlation between the functional characteristics that define the right cerebral hemisphere and the characteristics of natural rights, suggesting that the second is a kind of external and collective projection of the first. The same is true of positive law and the left cerebral hemisphere. All of this suggests that there is a causal relationship between the way the human mind is fragmented and the apparent antithesis between natural rights and positive law. If such relationship in fact exists, it is possible to use neuroscience to extract hypothesis about the Law and human rights.

Keywords: neuroscience, cerebral lateralization, philosophy of law, positive law, natural rights

1. A LATERALIZAÇÃO DOS HEMISFÉRIO CEREBRAIS

Há assimetrias nos hemisférios cerebrais em todos os níveis de análise, sugerindo que as mesmas não ocorrem aleatoriamente, mas sim que as independências

funcionais dos hemisférios afloraram, ou no mínimo foram aceleradas, devido à evolução (McGILCHRIST, 2010). Essa independência parcial dos dois lados do cérebro permite uma cognição extremamente complexa onde o mesmo estimulo é processado por duas óticas que a primeiro momento aparentam ser irreconciliáveis, a ótica do lado direito do cérebro e a do esquerdo.

Na década de 60, o único tratamento para pacientes que sofriam de um tipo específico de epilepsia era uma incisão das fibras responsáveis pela conexão dos dois hemisférios cerebrais. Um *paciente com o corpus callosum cirurgicamente cortado era capaz de levar uma vida relativamente normal, todavia, os hemisférios eram incapazes de comunicar novas informações entre si. Utilizando pacientes que antemão passaram por tal tratamento, Roger Sperry, ganhador do premio Nobel de medicina, desenvolveu um experimento que visava estudar eventuais diferenças de especialização entre os hemisférios (NOBEL, 2003).*

Em seu experimento, Sperry usou um tachistoscopio[1] para estimular o campo visual dos participantes. Ora o campo visual esquerdo era estimulado ora o direito. Participantes eram então testado sobre os diferentes estímulos.

Sperry observou que informações apresentadas para o campo visual direito (o que é processado pelo hemisfério cerebral esquerdo) poderiam ser descritas em palavras normalmente, porem os participantes eram incapazes de descreverem as imagens observadas pelo campo visual esquerdo (o que é processado pelo hemisfério cerebral direito). Todavia, os participantes, eram capazes de apontar para imagens iguais ao estímulo apresentado ao hemisfério direito. Em sumo, a grosso modo, no experimento de Sperry, a parte esquerda do cérebro dos participantes foi capaz de processar os estímulos linguisticamente, enquanto a parte direita do cérebro foi capaz de processá-los visualmente (SPERRY, 1968).

O resultado supracitado, cumulado com outros experimentos que se depararam com descobertas similares, levaram ao desenvolvimento da teoria da lateralização linguística-visual. De acordo com tal teoria, a especialização hemisférica do cérebro se divide de maneira categórica e estática: o lado esquerdo é especializado em funções linguísticas enquanto o direito é especializado em funções visual-espaciais. Tal teoria foi meritória no sentido de ocasionar inúmeros avanços para neurociência. Todavia,

[1] Um aparelho usado para expor imagens em um curto periodo de tempo, muito ultilizado no estudo de apredizagem, atenção, percepção.

posteriormente novos experimentos proporcionaram dados incompatíveis com a teoria da lateralização linguística-visual, sugerindo que seria possível destacar uma seriação diferente da especialização dos hemisférios cerebrais.

Em 1966 Warrington e James conduziram um experimento que proporcionou descobertas que contradizem a teoria de Sperry. Eles observaram que participantes com lesões no hemisfério esquerdo eram incapazes de desenhar imagens com detalhes devido uma incapacidade de focar em pormenores. Sugerindo que o lado esquerdo possui alguma relevância no processamento de estímulos visuais devido a sua capacidade de reconhecer detalhes. Já um experimento protagonizado por E. Goldberg em 1981 demonstrou que o hemisfério direito detém uma grande relevância no desenvolvimento da capacidade linguística do indivíduo, principalmente no reconhecimento do contexto geral de determinado enunciado.

Há também, no mínimo três evidências experimentais que apontam para uma nova maneira de se pensar a lateralização dos hemisférios cerebrais. Primeiro, foi observado por pesquisadores que há padrões de superioridade hemisférica diferentes em indivíduos com níveis variados de controle cognitivo sobre determinados temas; sendo que aqueles mais versados em determinado exercício cogitativo demonstram uma superioridade hemisférica esquerda. Segundo, indivíduos observam uma mudança de superioridade hemisférica da direita para esquerda durante a aprendizagem. Finalmente, a exclusão do hemisfério direito durante o início da aprendizagem exclui a capacidade do lado esquerdo de aprender. (GOLDBERG, 1981)

Baseando-se nesses e em outros novos dados, Goldberg, Costa e Goldberg AL(1994) propuseram que a especialização dos hemisférios não se dá por questões linguísticas-visuais, mas sim, por processamento de novidade cognitiva, isto é, o lado direito do cérebro está melhor equipado para processar, de maneira exploratória, situações novas onde códigos e estratégias anteriores dificilmente aplicam, enquanto o lado esquerdo é mais eficaz em processar novas informações utilizando-se de representações previamente estabelecidas, vejamos:

> Goldberg and Costa and Goldberg al. proposed the following principal of hemispheric specialization: the right hemisphere is critical for the exploratory processing of novel cognitive situations to which none of the codes or strategies preexisting in the subject's cognitive repertoire readily applies. The left hemisphere is critical for processing based on

> preexisting representations of routinized cognitive strategies (GOLDBERG, 1994, p. 372).

Essencialmente no momento de pensar o lado esquerdo do cérebro humano é especializado em utilizar regras já aprendidas – rotineiras. Ele funciona melhor quando "o que é? " ou "o que precisa ser feito? " não é mais uma questão (PETERSON, 1999). Por exemplo, quando nós entramos em um teatro não ficamos confusos sobre onde é o palco ou onde deveríamos ficar. O nosso cérebro instantaneamente nos avisa que quem está lá para assistir à peça deve sentar nos assentos indicados e quem irá apresentar encontra-se no palco. Evidentemente tal percepção não advém do instinto humano, nem mesmo paramos para descobrir tal regra toda vez que entramos em um teatro; trata-se de uma regra social já rotineira. O uso de tais regras preexistentes é a especialidade do nosso hemisfério cerebral esquerdo.

Já o lado direito do cérebro é acionado quando as regras já rotineiras são insuficientes, ou seja, quando lidamos com uma novidade cognitiva. Este funciona melhor quando a pergunta é "o que é essa nova situação? " e "o que deveria ser feito? " (PETERSON, 1999). Retomando o exemplo acima, imaginemos que, durante a peça teatral o espectador ao nosso lado apresenta um mal-estar e suplica a nossa ajuda. Nesse cenário estaremos perante uma novidade que quebra com o resultado almejado de assistir à peça. Essa discrepância entre o comportamento adotado e resultado esperado- essa novidade- precisa ser "solucionada". Assim, o lado direito cérebro é acionado para analisar tal situação inesperada e compreendê-la. Talvez concluímos que devemos ajudar o próximo ou concluímos que é tudo parte da peça; seja qual for a linha de ação adotada, certamente ela será primeiramente desenvolvida no lado direito do cérebro, que utilizará concepções gerais ou analógicas para lidar com essa novidade cognitiva.

Em suma o lado direito do cérebro é mais apto para proporcionar uma percepção geral e mais capaz de lidar com uma experiência nova. Enquanto o lado esquerdo é mais focado em detalhes e mais eficiente em lidar com situações rotineiras.

Para concluir, cabe esclarecer que as hipóteses e teses acima apresentadas estão resumindo de maneira geral os complexos transcorreres neurológicos observáveis no cérebro humano. Não é correto afirmar que os hemisférios cerebrais trabalham de maneira absolutamente autônoma. É importante notar que expressões cognitivas ocorrem em várias áreas do cérebro simultaneamente, atingindo ambos os lados do mesmo. Todavia, adotar um nível de análise mais geral, sobre como o cérebro é

especializado, auxilia na composição de modelos e, conforme será defendido neste, auxilia em extrair hipóteses notáveis sobre a filosofia do direito. Trataremos abaixo sobre os aspectos jurídicos relevantes.

2. O DIREITO, A ANTÍTESE DA UNIVERSALIDADE E DA PARTICULARIDADE E A JUSTIÇA SUPREMA

Há discordâncias acadêmicas sobre a definição exata do direito. Para Radbruch (1997) o direito é o conjunto de normas gerais e positivas que regulam a vida social. Para Ihering (1872) são normas cuja meta é a paz. Já de acordo com o mestre Miguel Reale (1968), o direito é a ordenação ética coercível, heterônoma e bilateral atributiva das relações sociais, na medida do bem comum.

Há também, aqueles que criam uma divisão entre o direito objetivo, isto é, um conjunto de normas sociais, e a ciência do direito que estuda tais normas sociais.

De qualquer maneira há algumas certezas: primeiro, sempre que indivíduos se unem para constituir uma sociedade, seja ela sofisticada ou rudimentar, haverá a observância de um mínimo de condições ou regras para a coexistência (MAZEAUD e MAZEAUD, 1980 apud GONÇALVES, 2012), de tal maneira que, sempre onde haver uma aglomeração de seres humanos, haverá também, de certa maneira, o direito; segundo, considerando que o homem é um ser eminentemente social, a convivência em sociedade, e consequentemente o direito, é inevitável.

Já o direito em amplo senso se divide em várias categorias e espécies. Será defendido neste trabalho que uma de sua divisão mais clássica e diversamente estudada, a divisão do direito natural e do direito positivo, mantém uma correlação com as teorias da neurociência acima exploradas.

As doutrinas introdutórias tendem a definir o direito positivo como o ordenamento de determinado país em determinada época, enquanto o direito natural corresponde a um ordenamento abstrato e ideal, geralmente advindo de uma justiça suprema (GONÇALVES, 2012). Apesar de se tratar de uma condensação ideal para quem está iniciado o estudo sobre o direito, toda a tradição do nosso pensamento jurídico (desde a época da Grécia antiga) é dominada pela antítese entre o “direito positivo” e o “direito natural”; assim inúmeros pensadores traçaram variadas distinções entre as duas correntes filosóficas. Para analisar se há correlações ou causalidades entre os modelos

de especialização cerebral acima descritos e as correntes filosóficas mencionadas focalizar-nos-emos em uma distinção em especial: a antítese da universalidade e particularidade.

Aristóteles retrata o direito natural ("*physikón*") como estando presente em toda a parte, possuindo sempre a mesma eficácia, independente de juízo alheio, enquanto o direito positivo ("*nomikon díkaion*") é aquele que precisa ser regulado e mantem uma eficácia temporal e singular. Esta mesma dicotomia da universalidade do direito natural e a particularidade do direito positivo manifesta-se no direito Romano. (BOBBIO, 1990)

Para os juristas das primícias da civilização Romana o direito ("*ius")*[2] era algo objetivo, algo a ser descoberto, sendo que o "*ius naturale"* era traçado como sendo aquilo que é sempre bom, enquanto o "*ius civile"* é aquilo que é o melhor para a maioria de determinada sociedade. Julius Paulus Prudentissimus, um dos maiores juristas do império define o direito natural como sendo universal e imutável, enquanto o direito civil é particular no tempo e espaço. (TUCK, 1979)

Atentamos ao fato que os pensadores da época clássica tendem a enfatizar a universalidade do direito natural e a particularidade do direito positivo como sendo características determinantes dos mesmos. Cabe averiguar também, que para inúmeros pensadores desta época o direito natural é arquitetado pelo próprio cosmos, como uma espécie de julgamento divino. Esta característica pseudo-teológica do direito está fortemente presente na filosofia jurídica da época medieval também.

Virtualmente, todos escritores medievais distinguem o direito positivo como aquele elaborado pelo homem enquanto o direito natural é imposto por algo que está fora do controle desses (advindo da natureza ou Deus). Mesmo quando fundado na razão humana, o direito natural é, conforme diz São Paulo, como a lei escrita por deus no coração dos homens. (BOBBIO, 1990)

Podendo afirmar-se ainda que essa ideia de o direito natural advir de uma fonte além do alcance dos seres humanos, ou no mínimo, ser algo inafastável da condição humana, persiste até hoje.

Acerca deste tema discorre Grócio (1625 apud BOBBIO, 1990, p.20):

[2] A palavra ius é geralmente traduzida como direito porém trata-se de uma plavra que não traduz perfeitamente para o portugues e inclusive mantem uma pluralidade de usos que variam historicamente. Para um analise mais aprofundado recomenda-se a leitura de Richard Tuck, *Natural Rights Theories.*

> O direito natural é um ditame da justa razão destinado a mostrar que um ato é moralmente torpe ou moralmente necessário segundo seja ou não conforme a própria natureza racional do homem, e a mostrar que tal ato é, em consequência disto vetado ou comandado por Deus, enquanto autor da natureza.

Assim, se um dos atributos do direito é criar regras que permitam a convivência harmônica e o direito natural é aquele direito que é universal e cuja fonte é "superior" (natureza, Deus ou a "justa razão"), então podemos concluir três coisas: primeiro, as regras encontradas dentro do direito natural são aquelas que são essenciais para uma coabitação harmônica em qualquer contexto (tempo ou espaço); segundo, as regras do direito natural independem dos anseios dos indivíduos uma vez que advém de algo fora de seus controle; terceiro, um ordenamento jurídico que não observa o direito natural (regras fundamentais para aflorar a harmonia) praguejará a sociedade com hostilidade e sofrimento.

3. O DESLOCAMENTO DIREITO-ESQUERDO E A POSITIVAÇÃO DO DIREITO NATURAL

Acreditava-se na idade média (e é defendido ainda hoje por alguns) que o direito positivo deriva do direito natural "*per conclusionem*", quando tal derivação advém de um processo logico, ou "*per determinationem",* quando para aplicação concreta do direito natural é necessário que o direito positivo determine a maneira. (BOBBIO, 1990)

Posteriormente o positivismo jurídico dominou, sem ser muito contestado, o pensamento jurídico por quase um século, sobre o argumento que o direito foi encapsulado pelo estado moderno.

Acerca deste tema discorre Noberto Bobbio (1990, p. 27): "A origem desta concepção (*do domínio do direito positivo sobre o direito natural*) é ligada à formação do Estado moderno que surge com dissolução da sociedade medieval."

Continua o autor:

> Podemos, de fato definir o direito como conjunto de regras que são consideradas (ou sentidas) como obrigatórias em uma determinada sociedade porque sua violação dará, provavelmente, lugar à intervenção de um terceiro (magistrado ou eventualmente árbitro) que dirimirá a

> controvérsia emanando uma decisão seguida de uma sanção ao que violou a norma (BOBBIO, 1990, p. 28).

Assim com o surgimento do estado moderno e sistemas jurídicos codificados o ser humano tentou articular linguisticamente (em escrito) aquilo que antes era entendido através da reflexão pessoal (a boa razão). Se antes os indivíduos sabiam quais regras eram sentidas como obrigatórias de uma maneira metafisica (em conjunto com a igreja e Deus) agora isso é conhecido de maneira precisa através da leitura da lei seca; Leis as quais inclusive preveem "normas" do direito natural (direito à vida, à liberdade e à dignidade). Possíveis críticas naturalistas à parte, trata-se de um desempenho perfeitamente racional do ser humano de tentar "aprender" quais normas de condutas são essenciais e trazê-las de maneira escrita perante um órgão social (o Estado) que será capaz de garantir o cumprimento das mesmas, de maneira previsível e segura, através de sanções.

Esse deslocamento entre "o que deve ser feito" de maneira geral (lições morais e religiosas) para uma posterior construção bem articulada e precisa, que permite a adoção de estratégias rotineiras (leis secas e jurisprudências) está presente também nos hemisférios cerebrais. Conforme mencionado, há padrões de superioridade hemisférica diferentes em indivíduos com níveis variados de controle cognitivo sobre determinados temas, isto é, aquele que domina determinado tema utiliza mais o hemisfério esquerdo, enquanto aquele que não, utiliza o direito. De maneira simples, enquanto somos iniciantes em algo utilizamos mais o lado direito de cérebro, posteriormente quando dominamos tal matéria, utilizamos mais o lado esquerdo. Isso provavelmente ocorre porque inicialmente precisamos de uma visão mais geral, daquelas regras básicas e elementares, e posteriormente conseguimos extrair estratégias mais precisas e tornar essas regras gerais rotineiras.

Tomemos por exemplo o princípio do *in dubio pro reo:* não há nada mais contra intuitivo para a manutenção da espécie do que tratar com o benefício da dúvida aquele que é acusado de cometer um crime. Todavia o direito natural (através da experiência humana) nos ensinou que devemos respeitar a inviolabilidade de todos indivíduos, então deve se tratar aquele que foi acusado, até mesmo aquele que foi condenado, com um nível mínimo de dignidade. Posteriormente, transformando tal lição geral em uma estratégia rotineira, o ordenamento jurídico cria (ou aprende) o *in dubio pro reo.*

O conhecimento humano (inclusive jurídico) inicia-se dento do hemisfério direito (o jurídico dentro do direito natural) e desloca-se para o hemisfério esquerdo (no caso jurídico para o direito positivo). Porém, conforme será explorado abaixo, se essa correlação advir de uma relação de causalidade, então podemos afirmar neurologicamente que o domínio incontestado do direito positivo é errôneo, uma vez que, da mesma maneira que o hemisfério direito é fundamental para o indivíduo quando o mesmo se depara com algo desconhecido, o direito natural é indispensável para o legislador pelo fato que o mesmo não é capaz de prever todas a lides que surgirão.

4. NOVIDADES COGNITIVAS E LACUNAS JURÍDICAS

Seres humanos se orientam através de comportamentos. A grosso modo, nós construímos uma simulação virtual do nosso futuro desejado, imaginamos qual comportamento produzirá um resultado almejado e agimos de acordo com tal construção abstrata. O problema é que as pessoas são incapazes de formular um modelo perfeito do mundo, primeiro porque ninguém é onisciente, segundo porque mesmo que se fosse possível conhecer todas as informações, não seria razoável acreditar que o cérebro humano é capaz de tal poder de cognição. Assim, é possível que, enquanto um ser humano está agindo de acordo com seu plano de ação preestabelecido, ele se depare com algum imprevisto - alguma novidade - que lhe force a reconstruir o seu "mapa" comportamental. Quando tal novidade surgir, o lado direito do cérebro será acionado para processar esse novo estímulo. (PETERSON, 1999)

Conforme acima explorado, o lado esquerdo do cérebro é capaz de utilizar estratégias de comportamentos rotineiros, enquanto o lado direito do cérebro é capaz de utilizar uma perspectiva mais geral para processar uma novidade cognitiva, de tal maneira que, a especialização do lado direito será sempre necessária devido ao fato que o conhecimento humano será sempre incompleto, sujeito à ocorrência de novidades cognitivas. Essa mesma dicotomia aparenta estar presente no direito natural e positivo.

Da mesma maneira que o indivíduo nunca possuirá todos fatos relevantes a seu empenho, o legislador não é onisciente, e, portanto, não será capaz de prever todas lides que podem surgir dentro da jurisdição de seu ordenamento, de tal forma que haverá sempre lacunas.

Para Hobbes, a maneira de solucionar lides não contempladas pela lei seria justamente através da aplicação do direito natural. Leibiniz também defende esse posicionamento; para ele um dos usos do direito natural é sua aplicação subsidiária, isto é, no caso da insuficiência do direito positivo o juiz deve se amparar no direito natural.[3] (BOBBIO, 1990, p. 43).

Nos casos jurídicos cotidianos, em que se aplica um precedente comum a um contexto específico, há a observância da previsibilidade do positivismo jurídico, o que se assemelha à maneira do hemisfério esquerdo do cérebro de lidar com interações sociais do dia dia. Porém, pegando por exemplo os chamados *hard cases*, nos quais há uma lide que não admite a aplicação de uma regra jurídica preexistente inequivocamente, uma estratégia razoável para lidar com esses casos, seria aplicar um princípio geral; e quanto mais geral e próximo ao direito natural (universal) o princípio for, mais flexível e capaz de lidar imprevistos jurídicos ele será.

Apesar de ser possível argumentar que qualquer lide pode ser solucionada pelo direito natural, seria extremamente ineficaz prosseguir de tal maneira. Uma vez encontrada uma solução precisa e satisfatória para determinada questão social, não é razoável cada juiz, analisando princípios universais, extrair uma solução inovadora própria para casos iguais (a não ser claro que seja capaz de justificar sua inovação). Hobbes (1959, apud BOBBIO, 1990, p. 38) argumentava que um legislativo munido de poder pode proteger os cidadãos de arbitrariedades do judiciário.

De certa maneira o direito positivo é mais preciso e seguro em lidar com questões mais rotineiras enquanto o direito natural é mais amparado para lidar com novidades. A mesma dicotomia encontra-se na especialização dos hemisférios cerebrais proposta por Goldberg, Costa and Goldberg al (conforme já abordado); O que, em segunda análise, aparenta ser perfeitamente racional por dois motivos: primeiro, evidentemente o uso de soluções precisas (particulares) proporcionam estabilidade e o uso de soluções gerais (universais) proporciona flexibilidade, de tal maneira que, ora necessita-se da particularidade do direito positivo e ora da universalidade do direito natural; segundo, nada mais previsível que o ser humano modelar, mesmo que de

[3] Cabe mencionar por cautela que para a corrente positivista não é necessario à aplicação do direito natural para suprir uma lacuna juridica dentro de um ordenamento codificado, uma vez que é sempre possível, analisando o conjunto de normas explícitas e implícitas, extrair uma *regula decidendi* (BOBBIO, 2010). Todavia ainda resta o fato que quando um ordenamento jurídico adota um objetivo geral que não se baseia no direito natural corre o risco do mesmo de se tornar vil, por exemplo, dentro da alemanha nazista lacunas eram resolvidas imaginando "o que hitler faria?" (ARENDT, 1999)

maneira despercebida e acidental, a maneira que lida com problemas no coletivo (através do direito) na maneira que lida com problemas individuais (através da neuropsicologia). Se isso for verdade é possível extrair teorias sobre a *psysche* do direito baseando-se na neurociência, conforme será proposto abaixo.

5. A PERCEPÇÃO DO HEMISFÉRIO DIREITO E AS FONTES DO DIREITO NATURAL

Como já explorado, a percepção do lado direito do cérebro permite uma visão mais geral, enquanto a do lado esquerdo possibilita a percepção de detalhes. Tais abordagens (focando nos pormenores ou focando na generalidade) aparentam estar por trás da maneira que o direito positivo e o direito natural abordam determinados "estímulos". Por exemplo, para solucionar uma lide, em que uma celebridade pleiteia danos devido à publicação de uma foto íntima em um veículo de comunicação social com alto alcance, um juiz positivista utilizará a Lei n. 13.188/15[4], enquanto um jus naturalista utilizará o princípio da liberdade de expressão e do direito à privacidade. Notamos que o primeiro usufrui das particularidades do caso para proferir uma resposta categórica, enquanto o outro se atém ao dilema substrato.

Cabe mencionar que, de uma percepção psicológica, ambas a visões são necessárias, uma vez que há momentos em que um confronto pode ser solucionado de maneira eficiente e imediato e há momentos onde os mesmos afloram de um desentendimento subjacente e profundo (PETERSON 2017). Por exemplo, há momentos em que casais brigam por motivos fúteis que podem facilmente ser resolvidos com pequenas melhorias – mudando somente um detalhe -basta o homem aprender a não deixar a meia no chão ou ajudar a lavar as louças que está tudo resolvido. Porém há momentos em que um parceiro ou parceira pode agir de maneira que se assemelha a um transtorno obsessivo compulsivo por limpeza, o qual não advém de um anseio por organização, mas se trata em realidade de uma manifestação de insatisfação com a falta de controle sobre a própria vida, o que requereria uma abordagem mais ampla – mudando algo mais geral – para solucionar o problema.

[4] Lei que disciplina o exercício do direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social.

O cérebro humano é capaz de ver um estímulo tão simples quanto uma roupa fora de lugar e simultaneamente pensar tanto em guardá-la quanto que o parceiro é desorganizado, imaturo e, portanto, talvez não seja mais desejável a manutenção do relacionamento. Sendo ambas as percepções relevantes e necessária em certos momentos.

Dessa forma, quando tentado a digerir um estímulo o lado esquerdo o faz de maneira categórica, analisando os detalhes que tornam aquele estímulo particular e utilizando sistemas descritivos rotineiros- "a meia está fora do lugar, precisa ser guardada". Porém o lado direito tem a capacidade de analisar um estímulo de maneira geral e contextualizada- "a meia está fora do lugar, o que isso quer dizer para o meu relacionamento? "

Essa capacidade do hemisfério direito do cérebro de analisar a questão de maneira geral cumulado com o fato que o mesmo é essencial para a orientação inicial quando lidando com uma novidade cognitiva, permite concluir que o lado direito é capaz de reconhecer padrões amplos e complexos (CHRISTMAS, 1997), ou seja, é o lado direito do cérebro que "percebe" regras universais. Por exemplo, em observar e imitar o comportamento do pai, um filho é capaz de extrair regras sociais que determinarão a sua educação (PIAGET, 1926). O lado direito do cérebro buscará analisar quais situações exigem quais regras de comportamento, e ao fazer isso, extrairá aquelas regras que são essenciais para a convivência social de maneira geral. Cabe analisar também que posteriormente o filho será capaz de refletir e analisar os comportamentos aprendidos, de tal maneira que, os mesmos ficarão automatizados e rotineiros (utilizado o lado esquerdo do cérebro).

Essencialmente a neoestrutura humana é especializada em analisar novidades cognitivas para posteriormente criar estratégias que permitam um processamento mais eficaz. Considerando também que o lado do cérebro que é eficaz em utilizar regras rotineiras, também predomina as expressões linguísticas, seria razoável afirmar que evoluímos para compartilhar através das palavras aquilo que aprendemos. A grosso modo, vemos e analisamos de maneira geral para posteriormente falarmos e esmiuçarmos. Tal processo, talvez possa explicar o surgimento do direito natural.

Se analisarmos as fontes do direito natural metaforicamente (Deus, a natureza e a "justa razão") podemos concluir que é possível que o direito natural advém da aprendizagem humana milenária em como lidar com a natureza e a sociedade; Os

antigos pensadores e indivíduos analisaram (através da "justa razão") quais leis e princípios proporcionavam os resultados almejados dentro do mundo material (a natureza) e então criaram mitos fundadores os quais tornam-se a base da moralidade das sociedades (Deus).[5] Essencialmente há evidências que sugerem que a humanidade foi capaz de observar padrões complexos de comportamento que eram necessários para constituir uma sociedade harmônica e então extraiu regras fundamentais, e consequentemente universais, para promover a paz social.

Em geral, neuropsicologicamente falando, parâmetros de comportamento podem ser derivados através da observação, e é a especialização do hemisfério direito do cérebro humano que permite aprender tais padrões (PETERSON, 1999). Isso tudo sugere que a ótica geral do lado direito do cérebro permitiu ao ser humano observar a maneira que a própria espécie se organiza no momento de constituir uma sociedade, de tal forma que, através de tal observação, foi possível extrair regras de comportamentos que são sempre necessárias para construir uma sociedade estável, regras as quais compõem o direito natural.

CONCLUSÃO

Aparenta ser possível extrair correlações entre o direito natural e as características funcionais do hemisfério cerebral direito (o mesmo ocorre com direito positivo e o hemisfério esquerdo). Ambos partem de uma perspectiva geral. O direito natural busca proporcionar regras universais aplicáveis em qualquer sociedade de modo parecido à maneira que, o lado direito do cérebro utiliza estratégias mais amplas para lidar com novidades cognitivas.

Partindo desse analise podemos extrair no mínimo duas correlações que sugerem haver uma relação de causalidade entre as características neurológicas quem

[5] Cabe mencionar que tal análise não é auto evidente e caberia aprofundar tal tema, o que não seria razoável neste trabalho. De qualquer maneira aparenta ser possível extrair uma correlação entre as fontes do direito natural (Deus, natureza e razão) e os arquétipos junguianos (A grande mãe [natureza] O grande pai [deus] e o filho divino [o próprio ser humano]). Se tais arquétipos auxiliam a compreender a origem de comportamentos complexos em indivíduos, aparenta ser intuitivamente verdadeiro que os mesmos podem ajudar compreender a origem do direito natural, de tal maneira que o subconsciente coletivo age como uma espécie de emissário do direito natural. Mais informações sobre os arquétipos podem ser encontradas nos livros: Maps of Meaning: the architecture of belief por Jordan Peterson, The Origins and History of Consciousness por Erich Neumann e Os Arquétipos e o Inconsciente Coletivo por Carl Gustav Jung.

governam o comportamento humano e o direito: Primeiro, o mesmo deslocamento entre hemisférios (do direito para esquerdo conforme descrito no item 3) acontece com o direito (com a positivação do direito natural conforme descrito no item 3), isto é, a superioridade hemisférica desloca-se do direito para o esquerdo de maneira parecida que o direito natural é positivado. O oposto não acontece, não há o deslocamento cerebral do hemisfério esquerdo para o hemisfério direito da mesma maneira que não há uma "naturalização" do direito positivo. Segundo, o direito natural tem a mesma capacidade de lidar com novidades (lacunas jurídicas, conforme explorado no item 4) que o hemisfério direito. O oposto também é verdade, o direito positivo é capaz de proporcionar a mesma segurança presentes nas estratégias rotineiras do lado esquerdo do cérebro.

Há algumas hipóteses que podem explicar essas correlações: Primeiro, é possível que o cérebro humano evolui para lidar com o desconhecido e conhecido utilizando regras rotineiras e regras gerais porque isso é uma estratégia necessária para sobrevivência, da mesma forma, o direito acabou tendo que adotar tal estratégia para ser bem-sucedido. Segundo, o ser humano modelou, mesmo que de maneira despercebida, a maneira que lida com problemas no coletivo (o direito) na maneira que o mesmo pensa.

De qualquer maneira, assumindo que a premissa acima é verdadeira (que o direito natural é uma externalização especializada da maneira que o lado direito do cérebro funciona), podemos então analisar a maneira que o hemisfério direito atua para extrair teorias sobre a filosofia do direito. Conforme explorado no item 4, a capacidade do hemisfério direito de observar e extrair regras gerais, sugere que a fonte do direito natural (historicamente descrita como sendo Deus a natureza e a razão) advém da capacidade do ser humano de observar quais regras de comportamentos são objetivamente capazes de proporcionar uma sociedade harmônica. Tais observações são o gênesis dos mitos fundadores que moldam a nossa filosofia jurídica.

Dessa maneira, a neurociência serve como evidência para sugerir que os operadores do direito devem visar conciliar o uso das duas correntes filosóficas (jusnaturalismo e positivismo) e não dispensar de uma na adoção da outra, uma vez que isso seria o equivalente a tentar pensar com somente metade do cérebro.

BIBLIOGRAFIA

ARENDT, Hannah, 1906-1975**. Eichmmam em Jerusalém**; tradução de José Rubens Siquira- São Paulo: Compania das Letras, 1999.

CHRISTMAS S. **Cerebral Asymmetries in Sensory and Perceptual Processing**. Amsterdam: Elsvies, 1997.

ELKONON; GOLDBERG; GOLDBERG AL; **Lovell, Mark, Lateralization of Frontal Lobe Funcitons and Cognitive Novelty**. Journal Of Neuropsychiatry 1994

GOLDBERG E, COSTA L.D**. Hemispheric differences in the acquisition and use of descriptive systems**. Brain Lang, 1981

IHERING, Von Rudolph, **A Luta Pelo Direito,** tradução de Dominique Makins- São Paulo Hunter Books, 2012

JUNG C.G. **Os Arquétipos e o Inconsciente Coletivo,** Vozes; Edição: 7ª 2011

McGILCHRIST, Iaian. **Reciprocal Organization of the Cerebral Hemispheres, Dialogues in Clinical Neuroscience**- Vol 12. No. 4 2010

MLA style: "**The Split Brain Experiments**". *Nobelprize.org.* Nobel Media AB 2014. Web. 29 Sep 2017. <http://www.nobelprize.org/educational/medicine/split-brain/background.html>

NEUMAN E. **The Origins and History of Consciousness** first Princeton Classic Edition 2004

PETERSON, Jordan b. **Maps of Meaning: the architecture of belief**. TJ Internation Ltd, Cornwall. 1999

PETERSON, Jordan b. **Maps of Meaning: the architecture of belief.** University of Toronto Lectures. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=I8Xc2_FtpHI&list=PL22J3 VaeABQAT-0aSPq-OKOpQlHyR4k5h>. Acesso em: 20 set. 2017.

PIAGET, J. **Play, dreams and imitation in childhood**. Taylor and Francis Group Abingdon, Oxon, 2000

SPERRY, R. W. **Hemisphere disconnection and unity in conscious awareness**. Amer. Psychologist 23, 723-733. Reprinted (1973) In: P. Zimbardo and C. Maslach (Eds.), Psychology for Our Times, pp. 54-61. Illinois: Scott, Foresman and Co 1968.

Grupo de Trabalho 03

Direito Penal e Criminologia

PORNOGRAFIA INFANTIL VIRTUAL: CAMINHO PARA A AGRESSÃO?

VIRTUAL CHILD PORNOGRAPHY: WAY TO AGGRESSION

*Carolina Christofoletti**

*Víctor Gabriel Rodríguez***

Sumário: Discussão; Traços peculiares da pornografia infantil virtual; Internet como facilitadora da agressão; Do conteúdo da pornografia à agressão; Conclusão

Resumo: O presente trabalho pretende analisar a correlação entre o consumo da pornografia infantil e a a agressão sexual a crianças. Assim, se busca a legitimação para a criminalização da pornografia infantil virtual, uma das figuras do art. 241-C do ECA. Através de uma breve análise da literatura, conclui-se que pairam dúvidas acerca de um eventual papel que a simulação da pornografia infantil guardaria para a diminuição real do ataque a crianças.. Discussões como modelos de intervenção e enquadramento jurídico na modalidade de crime de perigo são também aqui trazidos.

Palavras-chave: pornografia infantil.agressões sexuais.ciberespaço. crime de perigo. modelos de intervenção

DISCUSSÃO

O fenômeno da pornografia infantil, definido pela Organização das Nações Unidas como *„qualquer representação, por quaisquer meios, de criança envolvida em uma atividade sexual explícita ou simulada ou qualquer representação de partes sexuais de uma criança para propósitos fundamentalmente sexuais"*[1],ganhara novos delineamentos

* Acadêmica da graduação na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP
** Professor Associado de Direito Penal na FDRP/USP

[1]Article 2:Child pornography means any representation, by whatever means, of a child engaged in real or simulated explicit sexual activities or any representation of the sexual parts of a child for primarily sexual purposes.(ONU,2002)

em meio ao desenvolvimento tecnológico e a ampliação do uso da Internet. Segundo estimativas do Fundo das Nações Unidas (UNICEF), mais de 4 milhões de sites figuram vítimas que são jovens menores de idade, incluindo crianças menores de 2 anos[2].

A temática em que aqui se avança faz a um tipo especializado de pornografia infantil, surgida na égide da era digital,que é a pornografia infantil virtual (CIV). Antes de adentrar propriamente à discussão, faz-se uma primeira ressalva quanto do fato de que o estudo que aqui se desenvolve não possui a pretensão de esgotar o tema. Como se terminará por concluir, existe ainda uma grande 'zona cinzenta' em torno dos agressores sexuais infantis online,a sublinhar a necessidade de maiores pesquisas.

Pergunta essencial seria então saber se, de algum modo, tais conteúdos predisporiam ao cometimento de agressões sexuais infantis. A problemática redunda não somente em questões de *política criminal* de âmbito preventivo envoltos neste tipo específico, como também reflete o pretexto constitucional da liberdade de expressão[3], na proteção da criança e do adolescente ou da própria moral, esta como bem jurídico autônomo .Discernir o mecanismo de ação pelo qual a pornografia infantil interage com a agressão sexual é resposta que a literatura busca incessantemente desde longa data,porém sem indiscutível clareza sobre a natureza deste processo.

TRAÇOS PECULIARES DA PORNOGRAFIA INFANTIL VIRTUAL

A particularidade da CIV encontra-se, embora ainda apoiada no conteúdo subjetivo que envolve a sexualização infantil,o fato de ter por aparato fático não a realidade em si senão seu simulacro. Conteúdos produzidos por computador, através de manuseio gráfico, é o que faz da CIV idealmente um 'crime sem vítima'. Mas se a relevância prática de pornografia infantil infere não só a vítima, mas também os reflexos possíveis daquele conteúdo.

O fato é de que imagens abusivas de crianças, é sabido,têm-se atualmente formatadas em figurinos de imagens irreais, possíveis de serem produzidas sem

[2] The United Nations Children's Fund (UNICEF) estimates that there are more than 4 million sites featuring victims who are young minors, including even children under 2. (HUMAN RIGHTS COUNCIL,2009)

[3] Nesse sentido, "Paedophilia may be a form of expression involving fantasies and imaginings which may be explicitly important to minority sexual groups, the paedophiles." (AKDENIZ,Y.,1997).

propriamente o uso de nenhuma criança (HEARLY,1997 apud BEECH,et al., 2008)[4] Para os propósitos deste artigo, consideramos "pornografia infantil virtual" para excluir imagens metamorfoseadas (nas quais se utilizam crianças reais) e, em vez disso, tratar apenas as imagens que são totalmente geradas por um computador, literalmente, na roupagem de uma "Criança virtual". A inexistência de uma vítima direta, neste caso, não torna em primeiro instante irrelevante à análise jurídica (especialmente no quesito de distinção do que é virtual e o que é real).[5]

No que tange especificamente a conceituação da pornografia infantil, nos dizeres de HEARLY (1997 apud HOUTEPEN et al, 2014) a questão é complexa na maneira em que as definições legais variam por sobre as jurisdições, o que dificulta inclusive o combate à pornografia infantil internacionalmente (Burke et al., 2002 apud HOUTEPEN et al ,2014).[6] Importante ainda que, conforme cita HOUTEPEN et al (2014) ,a natureza erótica das imagens não pode ser vista apenas à luz das qualidades objetivas do próprio material, mas também é determinado através da pessoa que está assistindo (por exemplo, o que pode ser sexualmente estimulante para uns pode não o ser para outros).

Da ausência de participação efetiva de vítimas em um conteúdo eletronicamente produzido à pretérita reflexão sobre uma imagem destrona a concepção um universo infantil simbolicamente construído para torná-lo objeto da sexualidade, a abordagem da pornografia infantil torna-se então mais complexa. A invalidade de qualquer consentimento eventualmente proferido por parte da criança é questão a ser juridicamente descartada.O processo de racionalização[7] (através de distorções cognitivas) realizado para viabilizar a agressão sexual em meio ao panorama do espiral

[4] "Abusive images of children can also be manifested in the form of non-real or pseudo-images, including lifelike virtual abusiveimages without the use of actual children at all (Healy, 1997)"(BEECH et al., 2008)

[5] "Some authors have suggested that it is becoming increasingly difficult for law enforcement to differentiate between real, morphed and virtual child pornography (Edwards, 1995)." [...] "It is suggested that this can create situations where the prosecuted can operate with impunity (Levy, 2002)." (HOUTEPEN et al., 2014)

[6]" Hence, definitions differ across countries and even among legal jurisdictions within the same country (Healy, 1996)."[..]". This has consequences for law enforcement because different legal definitions make it difficult to combat child pornography offending internationally (Burke, Sowerbutts, Blundell, & Sherry, 2002)."(HOUTEPEN et al.,2014)

[7]" Such assertions could equally be framed within Sykes and Matza's (1958) theory of neutralisation. This suggests that offenders rationalise their behaviours to lessen the controlling influences of mainstream social values"[...]"Examples include beliefs that: (a) whatever harms might occur in the production of child pornography, no further harm is perpetrated just from viewing the material; (b) viewing child pornography alone, that is without further distributing it, does not encourage others to sexually assault children; and (c) the activity recorded is not abusive because the children consent and enjoy it (Merdian et al., 2009; Quayle and Taylor, 2002)."(PRICHARD et al., 2011)

abuso é assim ponto não deve ser desconsiderado.Como se verá mais adiante, recompor o âmbito valorativo da conduta é inclusive congruente com a sistemática adotada por instrumentos atuais de intervenção (ex: Good Lives Model-GLM) em populações de agressores sexuais ,inclusive infantis.[8] Ademais,uma abordagem por sobre o uso problemático da internet também tem sido sugerid (DAVIS,2001 apud WILSON;YATES, 2009)[9]

Restringe-se aqui, para melhor delimitação do estudo, à análise por sobre indivíduos os quais *já* possuem preferência sexual por crianças, buscando uma abordagem criminológica sobre estes. A hipótese empírica é que ilumina a criminalização da pornografia infantil virtual é de que, assumida a existência deste grupo específico, a Internet pode servir para diminuir as inibições, bem como validar e reforçar o comportamento ofensivo[10]. A relação causal, no entanto, tem-se por vezes sugerida inversa e não linear, tendo-se que a utilização de pornografia infantil como maior indicador para o diagnóstico de pedofilia se comparado com uma agressão sexual (contact offense) contra uma criança (SETO;CANTOR;BLANCHARD 2006 apud SHELTON et al.,2016)[11].

Deduz-se então a não necessidade do vínculo pedofilia-agressão, além da existência de agressores sem preferência sexual específica. Pergunta-se, ainda se o enfoque não deveria então dar-se não prioritariamente por sob a preferência sexual,

[8]"In many respects, this represents a return of sorts to elements of Self Psychology (Kohut, 1971), in which clients are encouraged to develop a conscious, reflective personality. Having a better sense of themselves as people will assist offenders in developing a more realistic moral structure and increased interpersonal capacity, ultimately leading to reductions in risk for maladaptive behavior"(WILSON;YATES,2009)

[9]„Moreover, despite efforts to explain child pornography offending within more general frameworks of sex offending (Elliott & Beech, 2009; Middleton, Elliott, Mandeville-Norden, & Beech, 2006), there is only one model to date that provides an explanation for cross-over behavior directly related to internet offending: the model of potential problematic internet use (Quayle & Taylor, 2003). This model, based on the etiology of Pathological Internet Use (Davis, 2001), states that cognitive distortions not only promote problematic behavior, such as downloading of child pornography, but also partly cause the progression of this behavior into sexual contact offending."(HOUTEPEN et al., 2014)

[10]„ Some have argued that virtual child pornography can be harmful especially since it can be used, for example, in the grooming process (Quayle et al, 2006) but the question is whether this justifies the criminalisation of such images or whether it would be better to criminalise the use of such images. For example, if the concern is that such images can be used in the grooming process then surely the better strategy would be to criminalise grooming rather than the images? Certainly this argument is put forward by some who suggest that in the absence of evidence to the contrary, it is difficult to justify the criminalisation of the possession of images just on the basis that they might be misused (Williams, 2004). The counter-argument is that proving grooming is not necessarily easy (Gillespie, 2008) and that tackling the images rather than their use would, at least, allow them to be removed from circulation, thereby potentially preventing their use in grooming." (ENEMAN et al., 2009)

[11] „Some have suggested that child pornography offenses are a strong diagnostic indicator of pedophilia than contact offending against a child (Seto, Cantor, & Blanchard, 2006)."(SHELTON et al., 2016)

mas ao invés disto por sobre o mecanismo de agressão em si mesmo.O que se sugere é uma busca mais aprimorada por sobre os elementos bio-psico-sociais como um todo ao entorno da própria agressão.[12]

Sustenta-se esta hipótese através dos achados empíricos de que o interesse pedofílico (ELLIOTT;BEECH, 2009 apud HOUTEPEN et al,2014) seja a principal motivação para indivíduos que restringem-se à representação unicamente por meio da fantasia (*fantasy-only offenders*) em meio ao uso da pornografia infantil[13]. Aliás, tem-se dito a presença deste grupo (*fantasy-only group*) poderia ser explicação para as baixas taxas de abuso sexual infantil entre os usuários de pornografia infantil apesar das altas taxas de desvio sexual (BABCHISHIN et al., 2011 apud HOUTEPEN et al,2014)[14]. Pode então que o interesse sexual ainda assim contribua para com a agressão, ainda que não sendo elemento exclusivo desta.

A hipótese de que a vista de cyber-pedopornografia pode favorecer a excitação desviante dos infratores, levando-os a buscar continuamente representações cada vez mais chocantes não é fenômeno restrito à pedofilia e tem sido descrito por investigadores focados em outras formas de ciber-sexualidade (COOPER et al., 2000 apud NIVEAU,2010)[15], direcionamento que passa também a questionar a ponografia como uma categoria global. Tem-se, procurando achar o elo entre o ator passivo e o ativo, visto que a estigmatização e quesitos de auto-regulação são importantes fatores de risco para agressões pedofílicas *(*HOUTEPEN et al., 2014) a serem lembrados[16]. Quanto

[12] "Ward (2014) suggests there is value in exploring perpetrators' perspectives of their life experiences and the interconnected convergence of neurobiology, psychology, and socialisation. He advocates theory building that incorporates "integrative pluralism" or "interlevel" theory construction." (SULLIVAN;SHEERAN,2016)

[13]„ Pedophilic interest (Elliott & Beech, 2009) is the main motivation for fantasy-only offenders to engage in child pornography offending. From child pornography offending to child sexual abuse: A review of child pornography offender characteristics and risks for cross-over." (HOUTEPEN et al., 2014)

[14]„For example, child pornography offenders have a stronger pedophilic pattern of sexual arousal than child sexual abusers (Seto et al., 2006; including some child pornography offenders with a history of sexual offending). This is also supported by a meta-analysis indicating that compared to child sexual abusers, child pornography offenders possessed more sexual deviance (Babchishin et al., 2011)."(HOUTEPEN et al., 2014)

[15] "[...] cyber-pedopornography may favor the deviant excitation of the offenders by prompting them to continuously seek depictions that are more and more shocking. If this concept is true, it would amount to an addictive phenomenon combining habit and a need for increasingly stronger stimuli. "[...] Such a phenomenon is not restricted to pedophilia and has been described by investigators focusing on other forms of cyber sexuality(Cooper, Delmonico, & Burg, 2000; Orzack & Ross, 2000)." (NIVEAU, 2010)

[16] " Although Neutze et al. (2011) found no differences between these groups, Webb et al. (2007) found that child pornography offenders had more sexual selfregulation problems than child sexual abusers. They argued that a part of sexual self-regulation is sexual preoccupation, which is reflected in routine pornography use. Regarding sexual preoccupation, more than half of child pornography offenders had an

ao risco, pesquisas sugerem ainda que a preocupação sexual é um tema recorrente entre agressores sexuais infantil e que este é um forte indicador de um risco majorado para a agressão sexual (LAWS & DONOHUE,2008;THORNTON,2013 apud SULLIVAN & SHEEHAN,2016), ainda que a preocupação seja com um comportamento sexual legal.[17]

É certo que nos ditos de SULLIVAN E SHEEHAN (2016), muitas pesquisas ao longo das três décadas passadas focaram-se em compreender o que torna um indivíduo predisposto a abusar sexualmente de crianças, questão esta que ampliou-se para abarcar aspectos da neurociência (PARDO;PATTERSON, 2013). Todavia, se, por um lado, características comuns a molestadores de crianças foram identificadas de fato (Mann et al., 2010a,2010b; THORNTON et al., 2003 apud SULLIVAN;SHEEHAN, 2016), resta a dificuldade denão haver ainda combinação clara de experiências e/ou características que prevejam uma propensão a abusar sexualmente de crianças. Advertem SULLIVAN e SHEERAN (2016), ainda, que este inquérito etiológico é adicionalmente dificultado por mitos errôneos, ainda que comumente sustentados, como a "Síndrome do Vampiro" (na noção de que indivíduos abusados provavelmente se tornarão abusadores),e a "Teoria da Passagem" (na suposição de que a visualização de pornografia adulta, ao longo do tempo, fará com que as pessoas sem interesses pedofílicos se tornem sexualmente interessadas em crianças).[18]

Ainda assim,a questão-chave permanece em desvendar se usuários de pornografia (pornography offenders) representam uma classe distinta[19] de agressores

---

indication for compulsive sexual behavior (Niveau, 2010). Therefore, compulsive or addictive sexual problems seem to be part of the psychosexual make-up of child pornography offenders." (HOUTEPEN et al., 2014)

[17] "Research suggests that sexual preoccupation is a common theme among child sex offenders and that it is a strong indicator of anincreased risk of sexual offending (Laws & Donohue, 2008; Thornton, 2013), even if the preoccupation is with legal sexual behaviour."(SULLIVAN;SHEERAN,2016)

[18]„ Much research during the past three decades have focused on understanding what causes people to become predisposed to sexually exploit children, an inquiry that has broadened to include insights from neuroscience (Pardo & Patterson, 2013). Yet while common characteristics of child molesters have been identified (see Mann et al., 2010a,2010b; Thornton et al., 2003) there is no clear combination of experiences and/or characteristics that predict a propensity to sexually abuse children. This etiological inquiry is further complicated by erroneous yet commonly held myths such as the "Vampire Syndrome" (the notion that abused individuals are likely to become abusers, themselves) and the "gateway theory" (the assumption that viewing adult pornography, over time, will cause non-pedophilic persons to become sexually interested in children)." (SULLIVAN;SHEEHAN,2016)

[19]"One reason for the expectation that online CPOs also commit contact sex offences is that the prevalence of sexual interest in children is higher among CPOs than among typical, contact sex offenders against children (Babchishin, Hanson, & Hermann, 2011)."'[...] However, studies consistently find that the proportion of CPOs who reoffend with a contact sex offense is lower than the rates typically observed for sex offenders against children (Seto, Hanson, & Babchishin, 2011). "[...]Those who have both child pornography and contact offences (i.e., mixed offenders) have higher recidivism rates for contact sex

sexuais "offline", ou se estes são meramente típicos agressores sexuais infantis, que se utilizam da pornografia para para facilitar suas agressões (SETO; HANSON, 2011 apud HENSHAW et al, 2015)[20]. Se estamos a referir-nos a esta última hipótese, adicionado a possibilidade de que o comportamento online incite o contato offline, fala-se então da tipificação da pornografia virtual infantil como um crime de perigo. Se, no entanto, diferenciamos tais duas categorias manifestação sexual, temos que analisar inclusive o tipo da pornografia infantil como ator de necessidades criminológicas distintas.

O papel etiológico da pornografia infantil na precipitação do abuso sexual infantil é complexo e, quando criado em um contexto forense, muitas vezes polêmico. Em um artigo abordando esta questão, Seto (2001 apud LEE, et al.,2012) concluíram que a "predisposição" é a crítica ligação. Quando a predisposição está presente, a pornografia pode aumentar o risco da agressão real. Ausente a predisposição, a exposição à pornografia por si só não é susceptível de instigar uma ofensa. Relatou-se também que "se um indivíduo é propenso a agir sobre suas fantasias, é provável que ele o faça, independentemente da disponibilidade ou exposição à pornografia" (CARTER et al., 1987, apud Lee, et al.,2012).[21] No entanto, tida a dificuldade em mapear as características de um usuário em rede, imagens tais quando em contato com indivíduos "predispostos" nos fazem retornar ao patamar de questionamento da pornografia infantil propriamente dita como um fator criminógeno.

INTERNET COMO FACILITADORA DA AGRESSÃO

offences (6 %) than offenders with solely online child pornography offences (0.2 %) (Goller, Graft, Frei, & Dittmann, 2010; Graf & Dittmann, 2011). "(BABCHISHIN et al., 2015)

[20] „Accordingly, questions concerning the motives and characteristics of those who engage in online child pornography offending have been raised, and have led to both public and professional concerns regarding the risk of harm to children posed by these offenders. Underpinning these concerns is the key question of whether or not child pornography offenders ("CPOs") represent a distinct class of sexual offender that differs from traditional "offline" contact sexual offenders, or whether they are merely typical child sexual offenders employing a new medium to facilitate their offending(Seto & Hanson, 2011)."(HENSHAAW et all,2015)

[21] "The etiologic role of CP in precipitating child sexual abuse is complex, and, when raised in a forensic context, often polemical." [...] In an excellent article addressing this question, Seto, Maric, and Barbaree (2001) concluded that "predisposition" is the critical link. When predisposition is present, pornography may increase risk. Absent predisposition, exposure to pornography alone is not likely to instigate an offense. This is what we reported 25 years ago when we noted that, "if an individual is prone to act on his fantasies, it is likely that he will do so irrespective of the availability of or exposure to pornography(Carter, Prentky, Knight, Vanderveer, & Boucher, 1987, p. 207)."(LEE et al.,2012)

O anonimato percebido, a velocidade e o caráter global da Internet e a capacidade de criar grupos sociais virtuais criam um ambiente que desafia as noções convencionais de organização e controle social (TAYLOR;QUAYLE, 2006 apud ELLIOTT et al.,2009). Uma sugestão é que o anonimato incentiva um estado de desindividualização, em que as restrições internas são afrouxadas, particularmente por comportamentos que recompensam ou gratificam o indivíduo (Demetriou;Silke, 2003 apud PRICHARD, et al.)[22].

Como observou Wortley e Smallbone (2006 apud ELLIOTT et al.,2009), muitos profissionais em ambientes de justiça criminal se concentraram apenas nas dimensões pessoais do crime sexual, ignorando as contribuições das circunstâncias imediatas[23] de um indivíduo. WORTLEY e SMALLBONE (2006 apud ELLIOTT;BEENCH, 2009) desafiaram a noção de que os agressores sexuais são ofensores seriais dedicados e movidos por desejos sexuais irresistíveis e motivações patológicas permanentes, argumentando que se deveria jogar maior foco aos fatores situacionais no processo de agressão sexual.[24] Para os autores citados, estas abordagens situacionais da agressão sexual oferecerem um grande potencial para explicar o efeito da internet em si mesma no ilícito da pornografia infantil, já que esta representa um ambiente criminológico único e no qual o anonimato, o sigilo e o isolacionismo são componentes chaves[25].

---

[22]„Asides from the accessibility of child pornography online, the anonymity afforded by the Internet facilitates onset (Merdian et al., 2009; O'Donnell and Milner, 2007). One suggestion is that anonymity encourages a state of deindividuation, in which inner restraints are loosened, particularly for behaviours that reward or gratify the individual (Demetriou and Silke, 2003)."(PRICHARD et al., 2011)

[23] „Linked to this is the idea that some states of emotional arousal, such as anger, anxiety and loneliness, may produce situational suppression of empathic responses and affect subsequent decision making processes. In the context of Internet related offenses, a qualitative study by Quayle and Taylor (2002) found that offenders reported increased risk taking during such states and were more likely to tell themselves that the images that they were looking at were unrelated to the abuse of actual children."(QUAYLE et al., 2006)

[24] "As Wortley and Smallbone (2006) noted, many professionals in criminal justice settings have focused only on personal dimensions of sexual crime, overlooking the contributions of an individual's immediate circumstances. The perceived anonymity, speed, and global character of the Internet and the ability to create virtual social groups all create an environment that challenges conventional notions of social organization and control (Taylor & Quayle, 2006) and creates a substantial potential for criminal behavior."(ELLIOTT et al., 2009

[25]"Wortley and Smallbone (2006) have challenged the notion that sexual offenders are dedicated, serial offenders driven by irresistible sexual urges and long-standing, pathological motivations, arguing that more attention should be paid to situational factors in the sexual offense process. These situational approaches to sexual offending offer a great deal of potential in explaining the effect of the Internet itself on child pornography offending, as it represents a unique criminological environment, and one in which secrecy, anonymity and isolationism are key components (Wortley & Smallbone, 2006)." (ELLIOTT,BEECH, 2009)

Ainda buscando diferenciar os dois tipos de agressores (on-line e off-ine) afirma-se ainda que pode ser o caso[26] que os infractores da Internet estejam mais conscientes danos causados pelo contato sexual entre adultos e crianças[27], além de não acreditarem que estas últimas sejam sexualmente sofisticadas e capazes de consentir a atividade sexual com adultos, mas sejam capazes de se distanciar da natureza abusiva do material e justificarem o acesso contínuo pelo fato de serem simplesmente um espectadores passivos (HOWITT; SHELDON,2007.QUAYLE; TAYLOR, 2002 apud ELLIOTT et al.,2009). Isso sugere potencialmente que distorções cognitivas relacionadas aos pontos supracitados e déficits crescentes de empatia para com vítima poderiam aumentar o risco[28] de agressão sexual, real, à criança.

Neste ponto, alguns autores (WARD,2000. TAYLOR;QUAYLE, 2003 apud ELLIOTT;BEECH, 2009) descrevem duas concepções independentes de distorções cognitivas potencialmente relevante para os agressores online (internet offenders)[29]:

(1) cognições no plano do ilícito (offense-level type), associadas com a idoneidade de perscrutar imagens de pornografia infantil e as consequências do envolvimento com este tipo de imagem para o indivíduo.[30]

---

[26] It may be the case that Internet offenders are more aware than contact offenders of the harm caused by sexual contact between adults and children and do not believe children to be sexually sophisticated and able to consent to sexual activity with adults but are able to distance themselves from the abusive nature of the material and justify continued access in a context that they are not directly responsible for the harm and are simply a passive viewer (Howitt & Sheldon, 2007; Quayle & Taylor, 2002). This potentially suggests that should an Internet offender begin to develop more cognitive distortions related to the sexual sophistication of children and the nature of harm and display increasing deficits in victim empathy, this may serve to increase the risk of them committing a contact offense.(ELLIOTT et al, 2009)

[27] "Cognitive distortions are highly relevant in understanding sex offending. With regard to child pornography offending, it is argued that some of the cognitive distortions that offenders possess are more related to sex offending in general, than specifically to engaging in child pornography (Howitt & Sheldon, 2007; Neutze et al., 2011)." (HOUTEPEN et al., 2014)

[28] Marshall (2000) suggests that though there is no causal link between pornography use and sexual offending, pornography can accelerate psychological processes that are already underway by enhancing cognitive distortions.(ELLIOTT;BEECH,2009)

[29] Here, Ward (2000) and Taylor and Quayle (2003) appear to be describing two independent conceptions of cognitive distortion potentially relevant for internet offenders: (1) offense-level cognitions relating to the appropriateness of viewing child pornography images and the consequences of engagement in these images for the individual concerned; and (2) sexual abuse-level cognitions relating to the appropriateness and consequences of sexual contact between adults and children.(ELLIOTT;BEECH,2009)

[30] "It has been noted that these offense-level type cognitive distortions about child pornography being victimless and that they are just images possibly hold a significant intrinsic value as they serve to make the distinction, for the offender, between themselves and those who commit contact offenses (Burke, Sowerbutts, Blundell, & Sherry,2002).".Além lém disso, tem sido notado e sugerido que "The process of moral disengagement also involves dehumanization (e.g., viewing the image as a sexual commodity), displacement/diffusion of responsibility (e.g., placing the responsibility onto the producers, the traders, or even the Internet itself), and disregarding consequences (e.g., perceiving the likelihood of detection on the Internet to be zero). Examples of these types of moral disengagement have certainly been noted in internet offenders in the past (e.g.,Burke et al., 2002). Hence, rather than concentrating on internet

(2) cognições no plano do abuso sexual, relacionadas a idoneidade e consequências do contato sexual entre crianças e adultos[31]

O enfoque por sobre a magnitude destas distorções, através de uma busca criminológica especificamente do elo que conduz à efetiva agressão à criança, inclusive para assistência a indivíduos já alcançados pelo sistema de justiça, possivelmente direcionará abordagens futuras. Fugir da lógica de uma normalização a qualquer custo e assumir a relevância da esfera que o delito como um complexo significativo deve assumir ao indivíduo em termos de prevenção geral poderá conduzir a mecanismos estatais mais eficazes à proteção da criança e do adolescente.

Outrossim, quanto à relevância do ambiente virtual e sua complexidade, MALESKY E ENNIS (2004 apud SALEH, F. M. et al.,2009) especularam que indivíduos com preferências sexuais pedofílicas estão inclinados a buscar validação de suas tendências sexuais através indivíduos semelhantes em comunidades virtuais.[32] Através deste meio, o chat on-line permite uma coesão social que é muitas vezes mais importante para o agressor do que a excitação sexual fornecida por as imagens (QUAYLE;TAYLOR, 2002 apud ELLIOTT; BEENCH,2009).[33] Se a internet majora o risco de agressão, ou se aprimora o senso de pertencimento a uma determinada comunidade (tendo que o isolamento tem sido apontado como um dos fatores de risco para agressores sexuais infantis[34]) é igualmente ponto para futuros exames.

DO CONTEÚDO DA PORNOGRAFIA À AGRESSÃO

---

offender's distorted thinking about children and sex we should also be concentrating on the mechanisms by which they frame child pornography offending."(ELLIOTT;BEECH, 2009)

[31]„ One explanation for fantasy-only offenders endorsing statements suggesting that children are sexually sophisticated and wish to actively engage in sexual activity with adults may be that contact offenders have been exposed to the reality that children are not actually sexual beings and consequently may be less likely to endorse these items. Another explanation may be the deliberate and stylized nature of child pornography itself, where the child is typically depicted as smiling and seemingly enjoying themselves (Taylor & Quayle, 2003). Therefore, for some individuals holding the views that sex does not harm children and/or children enjoy sexual activity, the content of these images may be seen as evidence to them that children actually enjoy what is happening to them."(ELLIOTT;BEECH,2009)

[32] "Malesky and Ennis (2004) echoed this sentiment and speculated that individuals with pedophilic sexual preferences will be inclined to seek validation for their sexual proclivities from like-minded peers in virtual communities."(SALEH, et al.,2009)

[33] "Through this medium,the related online chat enables a level social cohesion that is often more important to the offender than the sexual arousal provided by the images (Quayle & Taylor, 2002)" (ELLIOT; BEECH,2009)

[34] "Characteristics related to both antisocial behavior in general (Babchishin et al., 2011; Long et al., 2013) and social withdrawal, such as loneliness, are risk factors for cross-over to child sexual abuse" (HOUTEPEN et al., 2014)

Não só o espectador em si, mas também a composição do conteúdo enveredado na pornografia infantil, insere também tem sido outro ponto destacado pela literatura[35].De acordo com LONG et al. (2013 apud HOUTEPEN, et al.,2014), a contrário senso do que se esperaria, o número de imagens per si não é um ponto crítico para diferenciar os usuários da pornografia infantil dos abusadores, mas antes o tipo e a severidade do material possuído e a variação qualitativa em meio a estes tipos. Tem-se que as coleções de material pornográfico podem mostrar pontos-chave de interesses do colecionador, as quais que podem igualmente serem analisadas sobre uma perspectiva de risco.[36]Ao fazer referência à questão da pornografia infantil virtual então, certamente este patamar do conteúdo implícito teria de ser levado em consideração: qual o tipo de risco de agressão real que ela indicia?

Reitera-se que a literatura indica não haver um padrão único de ofensas e nem tipo único de ofensor que se envolva com a pornografia infantil online. Quanto ao fator criminógeno da pornografia infantil virtual, enquanto alguns argumentaram que a tais conteúdos promove um risco à agressão de contato ao validar e reforçar as atitudes em torno da sexualização[37] das crianças (BOURKE;HERNANDEZ, 2009 apud HENSHAW et al.,2015), outros argumentaram que **a pornografia infantil atua como um substituto da infração de contato**, impedindo assim a direta vitimização sexual de crianças

[35]"Understanding the offender's sexual interests can be helpful in evaluating the breadth of the offender's collection and provides additional information about past and potential offending behavior in the future (Hoffer & Isom, 2015)"[...] "In addition to demographic information, law enforcement investigators may benefit from an analysis of whether similarities exist between the sexual acts depicted in the child pornography material and the actual molestation acts requested and/or performed with a victim."[...] "It can also be inferred that the possession of child pornography may indicate the sexual preference of the offender in terms of victim gender, age, and the sexual acts depicted (Seto et al.,2006)."Taken together, research suggests that child sex offenders may have a preference for a specific age, gender, physical, and/or psychological characteristic of a child as their ideal target victim, however they may choose to offend against a child that is disparate to their collection and preference due to their access to that victim (Hoffer et al., 2015)." (OWENS et al., 2016)

[36] However, according to Long et al. (2013), not the number of images per se is critical in discriminating child sexual abusers from child pornography offenders, but rather the type and severity of the material possessed and the qualitative variation among these types. They found that although the severity of the material possessed varied greatly, many collections showed signs of anchor points that indicated the primary interest of the collector. For example, if this collection mainly concerns mildly erotic images of children the risk of engaging in child sexual abuse may be lower compared to collections mainly concerning images of explicit sexual conduct". (HOUTEPEN et al.,2014)

[37] „Whilst law enforcement officers, and those who work closely with them, believe that the link Between the possession of pornography and further abuse of children is proven (Long, 2002), others believe that the link is more tenuous (Taylor and Quayle, 2003). Within the United States of America and Canada,this absence of a link was considered an important reason for questioning the legal justification for criminalising the possession of such material." (ENEMAN et al., 2009)

(RIEGEL, 2004 apud HENSHAW et al.,2015). Este ponto de vista é relevante porque mostra que o objetivo incontestável de proteger as crianças contra o abuso pode facilmente ser transformado em eventualmente um argumento para a legalização da pornografia infantil virtual.

Afinal,a pornografia infantil leva à agressão?[38] Embora pouco se conheça atualmente sobre o processo de dupla infração, pesquisas emergentes relataram algumas diferenças nas características de das agressões de contato, dupla (pornografia infantil e agressão de contato) e somente usuários de pornografia (CPO's)(BABCHISHIN et al.,2015;ELLIOTT et al, 2013 apud HENSHAW et al.,2015), indicando que estes são susceptíveis de constituir **três grupos** ofensivos distintos.No entanto, dado que apenas um pequeno número de estudos comparativos envolvendo agressões duplas, pesquisas futuras em torno desse fenômeno são claramente justificadas (HENSHAW et al.,2015)[39]

MCCARTHY (2010 apud OWENS et al.,2016) descobriu que os infratores que cometeram ofensas de contato contra crianças eram mais propensos a enviar pornografia para adultos e crianças em menores de idade do que infratores sem contato. Isso é consistente com um exame recente de dados de investigações do FBI que observa a freqüência com que os infratores usam pornografia infantil para reduzir as inibições de uma criança (ENEMAN et al.,2009)[40]. É importante notar que para além de um vínculo unipessoal que se busca entre a pornografia infantil e o agressor sexual infantil, o uso da pornografia nos incidentes de abuso sexual tem relevância inclusive para um prisma vitimológico. Assim, o sentido penal da incriminação da difusão a um menor de

---

[38]„ For example, while some have argued that exposure to child pornography may promote contact sexual offending by validating and reinforcing attitudes surrounding the sexualization of children (Bourke & Hernandez, 2009),others have argued that child pornography acts as a substitute for contact offending, thereby preventing the direct sexual victimization of children (Riegel, 2004)." (HENSHAW et al., 2015)

[39]""[...]Although little is currently known about the process of dual offending, emerging research has reported some differences in the characteristics of contact, dual, and CPOs (Babchishin, Hanson, & VanZuylen, 2015; Elliott, Beech, & MandevilleNorden, 2013), indicating that these are likely to constitute three distinct offending groups: CPO exclusively, contact only, and dual offending (i.e., child pornography and contact child sexual offending). "[...] meta-analytic findings of Babchishin et al. (2015), who labeled dual offenders as a particularly high-risk group after finding that they displayed higher levels of sexual interest in children than both CPOs and contact offenders, along with high levels of antisociality, offense-supportive belief systems, and access to children. However, given that only a small number of comparative studies involving dual offenders exist at this time (Babchishin et al., 2015; Elliott et al., 2013;Howitt & Sheldon, 2007; Lee et al., 2012; Long, Alison, & McManus, 2013; McCarthy,2010), future research surrounding this phenomenon is clearly warranted." (HENSHAW et al.,2015)

[40] „McCarthy (2010) found that offenders who committed contact offenses against children were more likely to send both adult and child pornography to minors online than non-contact offenders. This is consistent with a recent examination of data from FBI investigations that notes the frequency with which offenders use child pornography to lower a child's inhibitions (Hoffer,Muirhead, Owens, & Shelton, 2015)." (OWENS et al., 2016)

uma mensagem violenta.[41], pornográfica e atentatória à dignidade[42] humana previsto no Art. 241-D (BRASIL,2008)[43] do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente).[44]

Em termos de relevância jurídica, ainda que o uso da pornografia pareça ser um fator de incentivo para os agressores de alto risco (Kingston et al., 2008 apud Niveau, 2010)[45], Beech (Elliott and Beech, 2009) observara que apenas um pequeno número desses infratores que foram considerados de alto risco coletou imagens na categoria de maior gravidade (Nível 5: Sentencing Advisory Panel [SAP], 2002). Eles observam que isso sugere que a gravidade das imagens vistas não parece se relacionar com seu risco de reincidência, uma descoberta muito pertinente, pois a gravidade da imagem é muitas vezes considerada um fator primário nas condenações por delitos (por exemplo, SAP, 2002 apud Elliott and Beech, 2009).[46] A questão envolve, percebe-se, relevantes efeitos práticos.[47]

Outros autores (Owens et al.,2016) argumentam, por sua vez, que a posse de pornografia infantil entre aqueles que têm uma predisposição para o comportamento

---

[41] „It is accepted that part of the "grooming" stage of the cycle of abuse (the cycle of abuse is a model that shows how an offender will seek to befriend a child so as to permit acquiescence to sexual acts: see Gillespie, 2008) may be to show children pornography to help "normalise" sexual activity (Taylor and Quayle, 2003)."(ENEMAN et al., 2009)

[42] Warner (2010) also argues that child pornography attacks the dignity of children in general by portraying them as sex objects.(PRICHARD et al. 2011)

[43] „Art. 241-D. Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso:Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:I – facilita ou induz o acesso à criança de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com o fim de com ela praticar ato libidinoso;II – pratica as condutas descritas no caput deste artigo com o fim de induzir criança a se exibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita." (BRASIL,2008)

[44] Em termos de legislação francesa tem-se que: "La seconde incrimination posée par l'article 227-24 du Code pénal est la diffusion à un mineur d'un message violent, pornographique ou attentatoire à la dignité humaine. L'article pose donc comme condition préalable l'existence de ce message. Il peut exister sur n'importe quel support écrit ou vidéo, avec des personnages réels ou fictifs, sous forme d'image ou de support audio. Le caractère violent, pornographique ou attentatoire à la dignité humaine relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. Mais il est aussi nécessaire que ce message soit susceptible d'être vu ou perçu par un mineur. Peu importe donc que le mineur perçoive réellement le message, c'est le risque qui est ici sanctionné."(PRATS et al. 2012).

[45]„ Pornography use appears to be a risk factor for higher-risk offenders (Kingston et al., 2008)."(NIVEAU,2010)

[46] "Interestingly, Osborn and Beech also observe that only a small number of those offenders who were considered high-risk on the RM2000/S collected images in the highest severity category (Level 5: Sentencing Advisory Panel [SAP], 2002). They note that this suggests that severity of images viewed does not appear to relate to their risk of re-offending, a very pertinent finding as the severity of image is often considered a primary factor in sentencing decisions (e.g., SAP, 2002)."(ELLIOT, I; BEECH,A.R,2009)

[47] "A more comprehensive behavioral typology has been developed by Krone (2004). Krone's typology delved deeper into the online behaviors of Internet offenders and placed types on a continuum of increasing seriousness of offending. Krone defined seriousness using three online behavioral factors: (1) the nature of the abuse, from indirect to direct victimization; (2) the level of networking by the offender; and (3) the level of security they employ to avoid detection. As these factors increase so too does the overall seriousness of offending behavior. "(BEECH et al., 2008)

ofensivo sexual pode ser um risco para futuras agressões sexuais, conquanto eles próprios advirtam que a simples posse muitas vezes não gere efeito para as ofensas(Marshall, 2000 apud Owens et al.,2016).[48] Sabe-se ainda que é necessário, todavia, mais investigação para articular os fatores de risco para os agressores sexuais que não são pedófilos nem anti-sociais particulares - por exemplo, uma parcela significativa de infratores, no caso da legislação estadunidense, de incesto (SETO et al, 2011).[49]

Questiona-se,finalmente, se a pornografia infantil promovesse diretamente a agressão sexual por contato, seria razoável esperar que as taxas de infração sexual de contato aumentassem de forma similar nas últimas duas décadas (GLASGOW, 2010 apud HENSHAW et al, 2015). Felizmente, as estatísticas oficiais da criminalidade indicam que este não foi o caso (HENSHAW et al, 2015).[50] Nota-se que, quanto da previsão da pornografia infantil virtual, o artigo Art. 241-C do ECA (BRASIL,2008) [51] traz o sancionamento de sua produção. Nosso objetivo é para não chegar a um julgamento final sobre se a pornografia infantil virtual deve ou não ser banida, mas em vez de mostrar como as questões críticas poderiam ser enquadradas.

CONCLUSÃO

Não cabe qualquer dúvida de que a Criança e o Adolescente devem ser protegidos de ataques, e que a lei é correta ao considerar que o exercício de sua sexualidade, ainda que haja aparente consentimento, não é livre. Apenas restam muitas dúvidas acerca de *como* fazer essa proteção e, principalmente, de aquilatar a gravidade entre delito e pena, nas várias figuras de ataque que podem existir.

---

[48] „Despite such opposition, other authors (Eke, Seto, & Williams,2011; Long, Alison, & McManus, 2013; McCarthy, 2010; Seto et al.,2006; Wolak, Finkelhor, & Mitchell, 2011) argue that possession of child pornography among those who have a predisposition towards sexual offending behavior could be at risk for future sexual offenses,though they caution that possession itself often does not have a causal effect on sexual offending (Marshall, 2000).“ (OWENS et al., 2016)

[49] „Further research is needed to articulate the risk factors for sexual offenders who are neither pedophilic nor particular antisocial (e.g., a significant portion of incest offenders).“(SETO et al., 2010)

[50]„Furthermore, if child pornography directly promoted contact sexual offending, one would reasonably expect rates of contact sexual offending to have similarly increased over the last two decades (Glasgow, 2010). Fortunately, official crime statistics indicate that this has not been the case (Brennan, 2012; Motivans & Kyckelhahn, 2007; Victoria Police, 2014).“(HENSAW,2015)

[51]„Art. 241-C. Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.“ (BRASIL,2008)

No caso específico da produção de pornografia infantil virtual, sem o uso de imagens reais de crianças, muito há que ser estudado ainda, sobre seu papel no ataque a vítimas reais. Porque há, como visto, até quem sustente que esse tipo de produto diminui o ataque real, tendo em vista ao menos que, após uma amplitude estratosférica do acesso a eles por internet, o número real de ataque a crianças não aumentou.

A partir de pesquisas mais conclusivas é que se poderia, de lege ferenda, aquilatar a real danosidade da conduta, para cominação de pena. E, *de lege lata*, ou seja, a partir da lei posta, configurar como um delito de perigo – e o grau de abstração deste -, um delito real de dano ou, ainda, um tipo para tutelar apenas a moral, o que não seria ilegítimo.

De todos modos, as pesquisas comportamentais e neurocientíficas têm muito a contribuir na construção, para o futuro, de um direito penal mais justo e seguro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AKDENIZ, Y.,The regulation of pornography and child pornography on the internet. **The Journal of Information, Law and Technology (JILT)**,1997. Disponível em: .https://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/1997_1/akdeniz1/. Acesso em 13 set. 2017

BABCHISHIN, K. M. et al.Online Child Pornography Offenders are Different: A Meta-analysis of the Characteristics of Online and Offline Sex Offenders Against Children.**Archives of Sexual Behavior**.Vol. 44, nº1. pág 45-66. jan. 2015. Disponível em:doi: 10.1007/s10508-014-0270-x. Acesso em 21 set.2017.

BEECH, A. R. et al.The Internet and child sexual offending: A criminological review.**Journal of Aggression and Violent Behavior**, Vol. 13,nº 3, 2008, pág.216-228,jun-jul 2008.Disponível em:https://doi.org/10.1016/j.avb.2008.03.007. Acesso em 17 set.2017.

BRASIL. Lei 11.829, de 25 de novembro de 2008.**Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, para aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet.**Brasília,DF, nov 2008.Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11829.htm#art2 .Acesso em: 15 set. 2017.

ELLIOTT, I. A et al. Psychological Profiles of Internet Sexual Offenders.**Journal of Sexual Abuse**.Vol 21, nº1, pág. 76 - 92.mar 2009.Disponível em: 10.1177/1079063208326929 . Acesso em: 24 set.2017

ELLIOTT, I.A; BEECH, A. R.Understanding online child pornography use: Applying sexual offense theory to internet offenders.**Journal of Aggression and Violent Behavior**,vol 14,nº3,pág 180-193,mai-jun 2009. Disponível em:https://doi.org/10.1016/j.avb.2009.03.002.Acesso em 14 set. 2017.

ENEMAN, M. et al. A Critical Examination of the Regulation of Virtual Child Pornography.**Proceedings of the Sixth International Critical Management Conference**.2009.. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228480105_A_CRITICAL_EXAMINATION_OF_THE_REGULATION_OF_VIRTUAL_CHILD_PORNOGRAPHY.Acesso em 23 set.2017

HENSHAW et al.Looking Beyond the Screen: A Critical Review of the Literature on the Online Child Pornography Offender.**Journal of Sexual Abuse** ,Vol 29, nº 5, pág. 416 - 445, set. 2015.Disponível em: https://doi.org/10.1177%2F1079063215603690.Acesso em:13 set. 2017.

HOUTEPEN, A. B. M. J et al. From child pornography offending to child sexual abuse: A review of child pornography offender characteristics and risks for cross-over.**Journal of Aggression and Violent Behavior**, Vol 19, nº 5, 2014, pág 466-473, set-out 2014. Disponível em:https://doi.org/10.1016/j.avb.2014.07.011. Acesso em 16 set.2017

HUMAN RIGHTS COUNCIL. **Report of the Special Rapporteur on the sale of children, child prostitution and child pornography,** Najat M'jid Maalla.Twelfth session.Agenda item 3. pág 6.jul 2009.Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/A.HRC.12.23.pdf. Acesso em 23 set.2017>.

LEE, A. F et al. Predicting hands-on child sexual offenses among possessors of Internet child pornography. **Journal of Psychology, Public Policy, and Law,** vol.18 ,nº4,pág 644-672. nov 2012. Disponível em: doi:10.1037/a0027517. Acesso em: 2 set.2017

NIVEAU, G.Cyber-pedocriminality: Characteristics of a sample of internet child pornography offenders, **Journal of Child Abuse & Neglect**, Vol. 34, nº 8,pág 570-575, ago. 2010. Disponível em:https://doi.org/10.1016/j.chiabu.2010.01.011. Acesso em 12 set. 2017.

ONU.General Assembly resolution A/RES/54/263 **.OPTIONAL PROTOCOL TO THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD ON THE SALE OF CHILDREN, CHILD PROSTITUTION AND CHILD PORNOGRAPHY,**de 25 mai. 2000, em vigor desde 18 jan.2002)

OWENS, J. N. et al. Investigative aspects of crossover offending from a sample of FBI online child sexual exploitation cases. **Journal of Aggression and Violent Behavior**, Vol. 30, pág 3-14. set-out 2016.Disponível em: https://doi.org/10.1016/j.avb.2016.07.001. Acesso em 23 set.2017.

PRAT,S. et al. Évolution des aspects juridiques de la pornographie infantile en France, **Journal La Revue de Médecine Légale,** Vol. 3, nº 4, pág 157-161,dez. 2012. Disponível em:https://doi.org/10.1016/j.medleg.2012.06.004. Acesso em 17 set. 2017.

PRICHARD,J et al.. Internet subcultures and pathways to the use of child pornography.**Computer Law & Security Review**,vol 27,nº6 pág 585-600.dez.2011. Disponível em:https://doi.org/10.1016/j.clsr.2011.09.009. Acesso em 31 ago,2017

QUAYLE,E. et al. Sex offenders, Internet child abuse images and emotional avoidance: The importance of values, **Journal of Aggression and Violent Behavior**, Vol. 11, nº 1, Pages 1-11, jan-fev 2006.Disponível em:, https://doi.org/10.1016/j.avb.2005.02.005.Acesso em 23 set.2017.

SALEH, F. M. et al. **Sex Offenders: Identification, Risk Assessment, Treatment, and Legal Issues.** Oxford University Press. Pág 318, 2009. Acesso em 12 set.2017. Disponível em:https://books.google.com.br/books?id=XfdcCAAAQBAJ&hl=de .Acesso em 12 set.2017.

SETO, M. C. et al. Contact Sexual Offending by Men With Online Sexual Offenses.**Journal ofSexual Abuse.**Vol 23, nº 1, pág. 124 - 145., dez. 2010. Disponível em: 10.1177/1079063210369013.Acesso em 21 set.2017.

SHELTON, J. et al.Online child sexual exploitation: An investigative analysis of offender characteristics and offending behavior.**Journal of Aggression and Violent Behavior**, Vol. 30, pág 15-23, out. 2016. Disponível em:https://doi.org/10.1016/j.avb.2016.07.002. Acesso em 21 set.2017.

SULLIVAN,J;SHEEHAN,V.What motivates sexual abusers of children? A qualitative examination of the Spiral of Sexual Abuse.**Journal of Aggression and Violent Behavior**, Volume 30, 2016, Pages 76-87, out 2016.Disponível em: https://doi.org/10.1016/j.avb.2016.06.015. Acesso em 12 set. 2017.

WILSON,J.R.;YATES,P. M.Effective interventions and the Good Lives Model: Maximizing treatment gains for sexual offenders.**Journal of Aggression and Violent Behavior**.Vol 14,nº 3.pág157-161.mai-jun 2009.Dispónível em: https://doi.org/10.1016/j.avb.2009.01.007.Acesso em 15 set.2017.

O PARADIGMA PSICOLÓGICO DA PERSONALIDADE NO ÂMBITO JURÍDICO PENAL

THE PSYCHOLOGY PARADIGM OF PERSONALITY IN THE CRIMINAL LEGAL PROCEEDINGS

*Cecília Rodrigues Ribeiro**

*Eliane Rodrigues Nunes***

*Lucas Manoel Alves Ribeiro****

Resumo: Esta pesquisa discute um dos critérios de dosagem da pena no direito penal brasileiro: a análise da personalidade do agente. O Código Penal prevê que o juiz deve analisar o perfil do agente como causa de aumento ou não no momento de mensuração da pena. Pode-se dizer que este critério tange mais o âmbito psicológico que o jurídico e, por esta razão, alguns conceitos desta área do conhecimento serão abordados, descritos e debatidos nesta reflexão. Neste caso, a psicologia pode descrever que a personalidade não é um fator de precipitação de ações conforme a dosagem da pena prevê. De fato, uma personalidade mais ou menos extravagante não está mais ou menos propensa à violência e principalmente à passagem ao ato. Isso, visto que a forma de ser do agente não influencia na tomada de decisões, mas outros fatores, que serão abordados no texto, como, por exemplo, o contexto social. Serão discutidos casos específicos da literatura a fim de aprofundar o debate. Ao final, pretende-se entender que este critério seria abstrato enquanto conceito para este fim específico; e irrelevante na prática: uma

* Doutoranda em Antropologia pela École de Hautes Études en Sciences Sociales & Universités Sorbonne Paris Cité, Université Paris - Diderot. Psicóloga, mestre e especialista em Psicopatologia Clínica. cecilia.rodrigues.ribeiro@gmail.com

** Professora, Mestre na Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Universidade Salgado de Oliveira & Universidade Federal de Goiás. Conselheira do Conselho Penitenciário Estadual. elianenunes.prof@gmail.com

*** Mestre em Direito do Ambiente do Ordenamento e do Urbanismo pela Universidade de Coimbra. Advogado (PUC-GO), especialista em Direito Civil e Processo Civil, Sócio-proprietário do escritório Ribeiro De Santis Associados. ribeiro.lucasma@gmail.com

pessoa mais ansiosa estaria igualmente propensa à cometer um crime da mesma forma que uma pessoa tímida.

Palavras-chave: Personalidade, Psicologia, Dosimetria da pena.

Abstract: This search discusses one of the judicial's requirements in the Brazilian criminal law: the accused's personality analysis. The Code predicts that the judge must examine the profile of the accused when measuring the judgment. It can be said that this proceeding holds more from the psychological context that the legal one and, for this reason, some concepts of this knowledge will be tackled, described and discussed. Psychology may describe that personality is not a precipitating factor of actions as the judicial's requirements provides. In fact, a more or less extravagant personality is not more or less inclinable to the act of violence. This, since the agent's way of being does not influence decision making, but other factors, that will be addressed in the text, such as the social context. Specific cases of the literature will be discussed in order to deepen the debate. We intend to show that this evaluation criterion would be an abstract concept in serving this particular purpose; and irrelevant in practice: an anxious person would be also prone to commit a crime in the same way as a shy person.

Keywords: Personality, Psychology, Dosimetry of the penalties.

A noção de correção e penalidade evoluiu junto com as fronteiras da cidade e as bases do entendimento de sociedade como tal. Entende-se que alguns discernimentos entre conceitos oriundos de diferentes disciplinas das ciências humanas e sociais merecem novas reavaliações e uma constante discussão. O diálogo entre a psicologia e o direito não é novo e deve ser contínuo e aprofundado para um enriquecimento mútuo. Este é o objetivo deste trabalho e, para tanto, conceitos das duas disciplinas serão evocados e colocados em perspectiva, em uma reflexão interdisciplinar permanente.

O crime, como fato humano, sempre foi objeto de debates e pesquisas por parte de teóricos do pensamento jurídico bem como da sociedade em geral. Na evolução histórica do direito penal, a concepção da escola clássica entendia ser o criminoso era um "pecador", que optou pelo mal em face da determinação legal imperativa; para os positivistas, o criminoso tem uma carga hereditária, com regressão atávica e que poderia

já nascer criminoso. A concepção crítica dos positivistas aos clássicos é a base de discussão na literatura jurídica no início do século XX. A concepção de criminoso também tem enfoque no marxismo, em que a responsabilidade pelo crime decorre naturalmente de determinadas estruturas econômicas. Enfim, escolas e concepções se apresentam no desafio de pesquisar o crime sob a ótima de quem o pratica, suas características pessoais, sua vontade, seus sentimentos, sua personalidade. O tratamento da lei para quem pratica o crime é, como se sabe, a imposição da efetiva sanção, após o devido processo legal com as garantias de ampla defesa e todas as fases de coleta de provas pertinentes. A determinação da sanção penal é, assim, consequência da prática do delito julgada com a condenação de seu infrator, no modelo jurídico penal vigente. Ribeiro e Nunes (2015) afirmam que a sanção penal é a resposta do Estado contra o sujeito que violou suas normas, Estado enquanto instituição que nas bases sócias e mitológicas deve proteger e velar pela comunidade (as críticas sobre as práticas de ordenamento e de disciplina a fim de perpetuar o poder não são o centro deste debate, mas seguem-se em segundo plano). No direito penal brasileiro, esta é a forma pela qual o Estado pretende garantir a ordem e a paz social (e nesse discurso, perpetuar o poder, conforme fora explicitado anteriormente). Esta perspectiva preconiza a chamada individualização da pena, prevista na Constituição Federal, que dispõe que cada delito corresponde a uma respectiva sanção. Esta, por sua vez, deve ser pensada individualmente e, assim, com base na sanção prevista abstratamente pelo legislador, o juiz aplicará determinada pena para o infrator:

> É efetivamente por meio da fase de cominação que o legislador, após a eleição dos bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade, dá início a um trabalho de individualização, levando a efeito um raciocínio de comparação, no sentido de se chegar, o mais próximo possível, ao valor atribuído ao bem pela sociedade. (GRECO, 2014 a, p.106).

O instrumento punitivo principal da lei é a imposição da privação de liberdade, descrita abstratamente pelo legislador e aplicada de forma concreta pelo poder judiciário. É certo que os critérios para a determinação deste quantitativo devem partir de um convencimento motivado do magistrado, a fim de garantir-se uma decisão justa. Assim, a lei penal determina os critérios orientadores na fixação da reprimenda, com base nas chamadas circunstâncias judiciais, previstas no art. 59 do Código Penal

Brasileiro. De acordo com o dispositivo penal, o juiz, atendendo à "culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: as penas aplicáveis dentre as cominadas, a quantidade de pena aplicável..." (Brasil, Código Penal Brasileiro, 2017)

Verifica-se, assim, uma série de situações da vida pessoal daquele que foi considerado criminoso, tendo em vista a decisão condenatória que o julgou culpado e, assim, merecedor da sanção imposta. Tais critérios norteadores serão os limites a orientar o magistrado na fixação da pena base do infrator condenado. Assim sendo, várias são as situações, previstas legalmente, que podem ou não alterar a graduação desta sanção, ou seja, modificar o parâmetro normativo que determina a pena para cada tipo penal.

Estes enfoques do âmbito jurídico situam-se num campo complexo e marcado por paradoxos e discordâncias.

Dentre os critérios elencados pelo legislador, destaca-se a análise da personalidade do agente como um dos fatores determinantes para a dosagem da pena, seja para aumentá-la ou diminuí-la.

Vários autores (Grego, 2014 b; Santos & Vieira, 1999) questionam a capacidade do juiz na análise deste critério, argumento a eventual ausência de formação teórica ou técnica para determinar a personalidade do agente.

De fato, a personalidade é um conceito complexo que merece mais que um ou alguns parágrafos como dedicam as obras jurídicas sobre o tema. Porém a natureza concreta da personalidade de um indivíduo não é completamente e diretamente observável ou palpável de ser critério também por falta de representação prática. O perfil que o juiz poderá traçar, mesmo um juiz hipotética formação na área, será sempre um recorte, uma distorção minimalista, impreciso e de limites pouco confiáveis. Esta circunstância judicial, visto que ela não é definida em lei, é de responsabilidade exclusiva do juiz convertendo-se, por fim, em uma apreciação corriqueiramente subjetiva e distante do entendimento real de personalidade. Faz-se necessário e segue-se abaixo, portanto, uma discussão sobre o conceito de personalidade no domínio psicológico.

Em primeira instância, as bases teóricas psicológicas e metapsicológicas do conceito de personalidade incluem uma discussão sobre a psicopatologia dinâmica e

sobre o desenvolvimento humano. Isso significa que outros conceitos e elaborações estão interligados ao entendimento de personalidade e que ele é teorizado em diferentes correntes e abordagens. De uma forma geral, prioriza-se três aspectos como os constituintes básicos da personalidade. Em primeira instância, tem-se a filogenética (ou o temperamento) e os avançados estudos da neurociência atual. Este costuma ser o componente mais citado (e frequentemente banalizado e erroneamente julgado) nos livros de direito, chamado nesse contexto jurídico de fatores biológicos:

> Destes, entende-se como aspecto filogenético uma característica basicamente inata do ser humano. Aquele 'jeito de ser' que por vezes já se nota no recém-nascido, antes das interações ativas com o meio em que vive e no começo do desenvolvimento do autoconceito. Esse momento de passividade do bebê, em que mesmo na gravidez já se nota uma forma de reagir em relação ao mundo, é o único componente genético, mas impassível de controle. (...) Cada recém-nascido já tem uma forma única de expressar mesmo antes da interação com o meio que o cerca. (Ribeiro & Nunes, 2015 p. 301).

Este componente é observável: o nível de atividade, ritmicidade, adaptabilidade, intensão de reação, qualidade de humor, distração, entre outros são descritos no Compêndio de Psiquiatria de Kaplan e Sadock (2007) como elementos inatos.

Um segundo constituinte é o contexto social e toda cadeia de relações que influencia, inspira e molda o ser humano: o caráter, os aspectos morais, sociais e psicológicos. Aqui as teorias do comportamento sobre estímulo e resposta apresenta uma extensa e sólida literatura.

Voltando ao exemplo do bebê na gravidez, tem-se, por exemplo, que mesmo a movimentação intrauterina é esperada pela mãe e pelos familiares (o chute na barriga, o enjoo de determinado alimento, o ritmo de sono e fome da mulher grávida entre outros). Assim, começam a se fazer as primeiras relações sociais e comportamentais em relação ao filho: a ordem do nascimento, as interações nos primeiros meses, a presença ou ausência de um suporte familiar, etc. O nascimento em si é uma forma de organização dos padrões de ansiedade dos envolvidos (mãe, bebê, pai, família), construindo assim a defesa interna do recém-nascido que elaborará traços individuais únicos (Greenacre, 1945). No momento do nascimento, ou seja, na situação de separação e início de dependência (funcionamento biológico separado do corpo da mãe), o bebê experienciará um modelo, "*um protótipo de toda angústia ulterior*" (conforme tradução livre de Bergeret, 1972, p. 16) e que, em seguida, se manifestaria mais psicológico e

simbolicamente em um próximo estado (conforme se verá a seguir). Assim, sobrepondo-se à ansiedade inata (geneticamente determinada) e aos padrões libidinais (Greenacre, 1945, p.19), tem-se essa nova organização da ansiedade.

A relação mãe-bebê, a relação da criança com as figuras de autoridade (os pais, e posteriormente os outros adultos que entornam a criança) e com os pares (irmãos, primos, vizinhos, colegas), as relações no ambiente escolar, entre outros, ajudarão a moldar uma bagagem emocional e social de interação. A influência é mutua e estas relações vão moldando uma forma de agir e reagir e criando laços e limites na vida em comunidade: as regras sociais são imprescindíveis no que tange as aspirações, a civilidade e as relações mais íntimas.

Junto a este conjunto de comportamentos e relações sociais, um componente metapsicológico, afetivo, primitivo e emotivo, se elabora, o terceiro à caracterizar a personalidade e que constituiria a essência do conceito de si mesmo, o *eu*. Antes de aprofundar o componente simbólico e subjetivo da personalidade é importante entender que estes componentes se interagem entre si de uma forma dinâmica e singular e mesmo que a personalidade seja uma estrutura sólida, duradoura e consistente, "*a esta organização integram-se as reações oriundas do contato com o meio social que se dá paulatinamente e ao longo de toda a vida do indivíduo, ao mesmo tempo em que o contexto atual no qual se encontra o sujeito influencia a tomada de decisões*" (Ribeiro & Nunes, 2015, p. 301).

Seguindo este raciocínio, Ballone (2013) afirma pontualmente que a personalidade é uma organização dinâmica de alguns traços interiorizados no ser humano, originários de *gens* particulares herdados na constituição do DNA do bebê, das experiências com o contato com a sociedade em uma relação de influência recíproca e nesta percepção de mundo na qual se inclui a vida afetiva do sujeito. Este processo de organização de traços que formariam um 'jeito de ser' é paulatino e nada é decisivo. A saber, é nesta plasticidade que se pauta o processo terapêutico. De qualquer forma, através de uma aprendizagem significativa, o indivíduo constrói seus primeiros relacionamentos interpessoais, em trocas emocionais essenciais para o desenvolvimento psicológico (Winnicott, 1965, 1972, 1970; Aulagnier, 1991; Pratta & Santos, 2007).O indivíduo se formando enquanto tal age de forma ativa na comunicação com esses modelos e na aprendizagem dos mesmos que vão formatar certos padrões típicos na relação com o outro e consigo mesmo (Orsini, Ribeiro, Querido e Ramos, 2014). Esta

percepção subjetiva do *eu* nem sempre é lúcida e muitos anseios são governados por sentimentos incompreensíveis mesmo ao próprio sujeito.

Assim, mesmo em um ambiente entendido socialmente como promissor no sentido de prover o desenvolvimento intelectual e afetivo da criança, esta condição não é suficiente para abarcar a compreensão de todos os aspectos da personalidade humana e vice-versa (quer dizer, um ambiente com, aparentemente, complicações na rede de relações sociais não é determinante, incisivo e único na personalidade). Ao que se chamou anteriormente de percepção de mundo, vida afetiva e componente primitivo e emotivo, refere-se ao componente metapsicológico da personalidade. Piaget afirma que *"um fenômeno é sempre biológico em suas raízes e social em sua extensão final. Mas que nós não devemos esquecer, também, de que, entre esses dois, ele é mental*" (1973, p.14).

As teorias metapsicológicas e dinâmicas da personalidade desenvolveram este aspecto mental o qual preconizava Piaget, onde os impulsos, o afeto, as defesas, o desejo, as aflições, as expectativas e as vivências interiorizadas do ser humano têm mais valor teórico e clínico. O conteúdo simbólico da experiência singular interessa mais que a realidade em si para as teorias dinâmicas da personalidade, desde a análise de crianças até a de jovens e adultos.

A este respeito, Winnicott (1896-1971), por exemplo, defende que *"a saúde mental do indivíduo é fundada pela mãe que, por devotar-se ao seu bebê, pode adaptar-se ativamente a ele* (p. 271)*"*. Ressalta-se, ainda, que esta relação mãe-bebê tem início na própria relação da mãe com a imagem interiorizada de sua mãe, ou seja, a maternidade começa antes mesmo do nascimento: os desejos, a concepção, os medos, os anseios e todo imaginário em torno da maternidade que a mãe teve mesmo antes de sua vida adulta fazem parte de um material subjetivo pessoal, e que será depositada no bebê. Por sua vez, o bebê nos primeiros meses muito não se distingue como separado da mãe: a criação de uma imagem corporal também faz parte desse desenvolvimento do *eu*. Dessa maneira, com as idas e vindas da mãe, com os atos de carinho, ausência, aconchego, fome, calor, satisfação e frustações, o bebê gradativamente percebe que estas ações são externas a ele. A imagem de um *não-eu* que existe fora do controle das demandas do bebê vai criando a imagem do *eu* (na relação com a mãe e depois com todo o ambiente externo):

> Estas primeiras experiências são influenciadoras da limitação de um autoconceito e do conceito de limites por si mesmo, assim como a raiz da capacidade de um sujeito de se impor no ambiente e de se adequar à realidade (e, posteriormente, às normas). Estas são bases da criação de uma personalidade que terá características individualizadas como, por exemplo, extroversão, timidez, ansiedade, entre outros. Nenhuma dessas características são negativas ou positivas, não há julgamento de valor. (Ribeiro & Nunes, 2015 p. 304).

Ressalta-se aqui que nesta relação com a mãe estará pautada a primeira relação da criança com a realidade externa, contudo a criança não é moldada passivamente: conforme supracitado, o indivíduo participa ativamente nesse processo de elaboração. Agindo e reagindo para acalmar as demandas dos filhos, os pais criam a relação afetiva base das relações futuras (destaca-se que estes papéis de pai e mãe não são sempre executados pelos pais biológicos e nem pela determinação da presença de um homem e uma mulher: como a elaboração é simbólica e subjetiva, os papéis também são e podem ser exercidos por qualquer pessoa ligada à criança). Na 'simples' adaptação materna à demanda e ao impulso do bebê, a mãe permite que ele tenha a ilusão de que aquilo que está ali fora criado por ele e para ele: a criação do afeto, a demonstração de carinho, a relação amorosa, a capacidade de imaginar e posteriormente de criar, a agressividade, a ansiedade e a voracidade, direcionadas à satisfação fazem parte do processo de elaboração deste 'jeito de ser'. *"Como resultado teremos não apenas a experiência física da satisfação instintiva como também a ligação emocional, e o início de uma crença na realidade como algo sobre o qual é possível ter ilusões"* (Winnicott, 1896-1971, p. 240). A existência de uma pessoa está ligada a sua capacidade de desejar: uma pessoa se define pelas suas preferências e diferentes demandas (Reach, 2011).

O desenvolvimento após este primeiro estágio segue com a adaptação das demandas da criança ao que os outros vão satisfazer, limitar, transformar ou negar e nesse estágio do desenvolvimento a escola e a família têm um papel enorme de proteção e educação. Em resumo, a função dos pais é a de proteger seus filhos de complicações e perigos que ele ainda não identifica e não sabe se proteger e com isso, os valores morais de correto e errado vão sendo construídos. Winnicott (1896-1971) dita que *"o objetivo mais importante da educação deveria ser o de tornara criança capaz de enfrentar a vida sem ajuda"* (p.59) e que o direcionamento dos pais, a proteção da sociedade e a educação da escola contribuem para a criação de conceitos dentro da visão de mundo do indivíduo. Isso, sem esquecer, portanto, que a percepção, a recepção e a elaboração

destes preceitos morais ocorrem segundo o próprio sujeito e a resolução de conflitos internos oriundos desses processos são inacessíveis. A criança começa o complexo trabalho interminável de administração do seu mundo interno: a agressividade, a raiva, a frustração são elementos que fazem parte da organização da personalidade presente interiormente no sujeito (e mais uma vez, esses conteúdos são inacessíveis a ele mesmo).

Para entender se a passagem ao ato violento teria raízes nessa elaboração da personalidade seria preciso entender esse processo de como o mundo interno se construiu e como a ansiedade, a agressividade e a frustração são parte intrínseca à existência humana, conforme discutido acima. Assim, uma das facetas do ser humano é a agressividade: impor limites, digerir alimentos, ater-se à disciplina, etc são elementos ligados à agressividade que geralmente têm um alvo e um fim satisfatório. "*Observa-se, dessa forma, que os traços de agressividade são formadores da personalidade assim como a capacidade imaginativa, aliás, um pode ser fruto do outro*" (Ribeiro & Nunes, 2015, p. 306).

Se a agressividade é parte do ser humano e não indica diretamente a passagem ao ato da violência mas uma faceta do desenvolvimento humano e do *eu*, existe algum traço de personalidade que pode estar ligado à uma tendência à infração para justificaria a presença de sua análise na dosimetria da pena? Esta é a questão em torno da qual esta discussão pretende elucidar ao final, mas adianta-se em dizer que a organização da personalidade não está ligada à infração. O contexto social se liga à contraversão, os motivos, as circunstâncias, a reação das pessoas se relacionam à transgressão (porém estas são as outras as circunstâncias presentes no artigo 59).

A esta altura, um conceito sobre a personalidade e sua elaboração foram esboçados anteriormente. Em resumo: o *eu* é uma imagem sintética de si (parodiando Berlinck, 2008), um modelo de mundo interno que se organiza em traços em torno do desejo e através da relação com outro. Isto posto, hipotetiza-se uma pessoa "A" com traços de personalidade extrovertida, que chama a atenção das pessoas à sua volta, que carece de devoção do outro e que, por vezes, pode vir a ser um pouco intrusivo. Por outro lado, tem-se uma pessoa "B" com traços de personalidade muito introvertida, com uma autodisciplina e restrição marcados e que por vezes julga demasiadamente as pessoas à sua volta. Qual dessas duas personalidades têm mais tendência à cometer uma

infração? Nenhuma, tanto "A" quanto "B" têm a propensão de cometer um delito em uma determinada circunstância.

Quando o julgamento segue esse tipo de raciocínio, encontra-se este tipo de justificativa: *"demonstrarão que o acusado tem uma personalidade voltada para a prática de crimes e ensejará o aumento de sua pena-base"* (Silva, 2008, p. 225). Assim, antes mesmo de ocorrer o fato concreto, o agente já está sendo julgado por sua personalidade e, muitas vezes, condenado por ela. Mas o que seria uma personalidade voltada para a pratica de crimes? As circunstâncias judicias (culpabilidade, antecedentes, conduta social, motivos, circunstâncias, consequências, comportamento da vítima) já abarcam, afora a personalidade, a totalidade do contexto social no qual o delito fora praticado. Uma personalidade não é, de base, voltada para a prática de crimes. Estes julgamentos morais obrigatórios feitos ao ser humano trazem consigo ideias já rediscutidas como os perfis de Lombroso e já colocadas em desuso exatamente porque a delinquência foi provada como desviada do traço de personalidade. Lembrando: Lombroso defendia que a criminalidade seria um traço psicofísico e hereditário. Os escritos de *L'Uomo delinquente* de 1876 (versão citada *L'homme criminel: criminel-né, fou moral, épileptique,* Lombroso, 1877) violava as leis da vida social, afirma Barreiros (2006).

As ciências humanas e sociais evoluíram originando o estudo cientifico da criminologia desprendido dos valores morais e religiosos, voltado para uma análise individualizada do caso e contextualizada em cada sociedade:

> Etimologicamente a criminologia estudaria o crime e não maneira de ser do agente. Mesmo que a linha seja limítrofe e a análise da personalidade possa estar presente, o respeito ao ser humano deve ser buscado em primeira instância. Muitas são as notícias populares que contam: um menino estudioso, inteligente, trabalhador e comprometido matou seu irmão na madrugada de ontem. A notícia pode espantar o leigo, mas os profissionais deveriam saber e estar sempre atentos que o início da chamada midiática (estudioso, inteligente, trabalhador, comprometido) não tem nenhuma relação com o fato criminoso (Ribeiro & Nunes, 2015, p. 310).

A falta de compreensão teórica e histórica da personalidade irá se revelar real no relato de algumas jurisprudências. Mirabete (2001, p. 375), após descrever a personalidade como *"qualidades morais, a boa ou <u>má índole</u>, o sentido <u>moral</u> do criminoso, bem como sua agressividade e o antagonismo com a ordem social <u>intrínsecos ao seu temperamento</u>*" exemplifica logo em seguida: *"Reincidência e <u>má</u> personalidade: (...)*

aumento da reprimenda em face da reincidência e da má personalidade do acusado com predisposição para o crime" (grifo nosso). A valoração de um tipo de personalidade estaria contradizendo a própria definição desta que se caracteriza por uma organização de *gens*, relações sociais e conflitos mentais (comuns à todos). Todos os estudos desde o início do século XX são unânimes em afirmar que delinquência não é uma herança genética.

Esta discussão não deve ser banalizada e generalizada nas obras jurídicas pois ainda se apresenta a descrição de julgamentos morais e pré-concebidos de uma personalidade considerada como errada. Por exemplo, Padro (2006, p. 285) aponta que o critério personalidade se caracterizaria pela índole, "*reveladora de suas qualidades e defeitos*". Categoricamente, todas as teorias que descrevem cientificamente a personalidade (seja a psicologia, a psiquiatria, a psicanálise, a análise comportamental, o cognitivismo, a antropologia, etc) não a julgam como boa ou má, como constituinte de características positivas e negativas. Enfatizando, a compreensão do conceito de personalidade não pode ser diluída nos valores morais do julgador e em seguida simplificada, minimizada, vulgarizada ao ponto de confundir-se caráter, com índole, com conduta, com moralidade, com a prática de crimes. Na visão de Santos & Vieira (1999), quando se analisa com maior profundidade e fundamentação a respeito da obrigação legal que tem o juiz de quantificar a pena com base na personalidade do indivíduo, configurar-se-ia, salvo melhor juízo, se não uma impropriedade de ordem lógica, no mínimo uma contradição científica e outra frente à ordem constitucional vigente.

A fim de se pensar singularmente o caso, de se contextualizar e impedir que a pessoa seja punida injustamente, criou-se a individualização da pena. Ora, o julgamento da personalidade contradiz esta premissa pois punir-se-ia uma pessoa por aquilo que ela é, pelo seu modo de ser e não por aquilo que ela cometeu, suas ações, seu comportamento e sua conduta infratora:

> Uma pessoa muito ansiosa e considerada socialmente complicada de se relacionar está tão propensa a cometer um delito quanto uma pessoa completamente adaptada, compromissada e considerada modelo de relacionamento social. O delito deve ser julgado pelo Estado para proteger a sociedade, mas a pessoa não pode ser julgada por ter conflitos mentais mais complexos que outros, pois estes não determinam seus atos. Seu comportamento atual é entendido, conforme prevê o Código, a partir das circunstâncias da infração (Ribeiro & Nunes, 2015, p. 309).

Não se trata aqui da personalidade caracterizada tipicamente como psicopata ou ainda da personalidade psicótica. Ambas são previstas por lei, mas em análise de outros institutos, no caso, a culpabilidade no que se refere à imputabilidade ou não, pois parte-se do pressuposto, nestes casos, da verificação dos graus de responsabilização pelo sujeito. A discussão sobre imputabilidade e transtornos mentais é numerosa e controversa, porém não é de psicopatia ou de psicose que se trata no artigo 59. Nos casos onde a pessoa pode responder pelo crime (onde nenhum tipo de patologia está em questão) e que um juiz deve moralmente julgar a 'forma de ser' do acusado conforme o artigo 59, a personalidade não deveria ser levada em conta:

> Desta forma, por exemplo, um diretor renomado de escola, correto, sorridente, equilibrado, assim como o mecânico mal-humorado e de difícil convivência, morador de um bairro mais desfavorecido estão, ambos, propensos a cometer um crime sexual e este fato não pode ser julgado tendo como base o perfil superficial de cada um, mas em consideração ao horror do crime em si. O que está sendo julgado é a hediondez do crime. A punição do acusado deve ser voltada ao fato em si e não à percepção do juiz em relação à historicidade do sujeito, às suas relações sociais, amorosas, profissionais, pessoais (Ribeiro & Nunes, 2015, p. 311).

O julgamento de um ato criminoso deveria se ater ao ato em si, voltado as outras circunstâncias do crime e deixando a moralidade do acusado para as instâncias de tratamento nas detenções. Conforme Zaffaroni assevera:*"Pretender realizar um informe criminológico de um processado é penetrar em um âmbito de privacidade e intimidade de uma pessoa, que a lei presume inocente, e que de modo algum autorizam os mais elementares princípios do Estado de Direito"* (Zaffaroni, 2013 p.740).

Diante desse quadro, o mais importante de se perguntar é como remediar este processo. Conforme havia sido explanado anteriormente, o Estado é mantenedor da ordem e pretende garantir a paz social. Com este discurso, ele é o disciplinador e criador de instrumentos de sujeição e ordenação com fins de perpetuar o poder, conforme a obra de Foucault explica (trabalhos de 1975, 1976, 1977,1978). A supressão deste critério deveria ser seriamente debatida, conforme alguns atores já apontam (Santos & Vieira, 1999), ou ainda a consideração desta circunstância sempre favorável ao réu em vista do caráter complexo das discussões acerca do tema (como pensam Barreiros, 2006 e Galvão, 2007):

> Cada homem é mais que um mero fragmento de mundo, é um microcosmo em ligação direta com o mundo inteiro. No entanto, a capacidade de romper, de maneira adequada, os limites estabelecidos pelo próprio 'eu' apresenta-se variável de homem para homem (...). A consideração que o juiz fizer sobre a personalidade do condenado não pode aumentar a pena decorrente da reprovação da culpabilidade (Galvão, 2007, p.658).

Independentemente da solução prática para este impasse, este debate deve semear outras discussões, mais estudos e pesquisas acerca da justa apreciação do fato e quanto aos critérios para aumentar ou diminuir a pena centrados no crime. Responsabilizar o perfil psicológico do acusado como fator preponderante na sanção, aumentando sua pena por causa de seu modo de ser é regredir na história dos estudos sociais. O Direito Penal estaria punindo injustamente a pessoa em nome do crime. Conforme já afirmamos em outros locais, toda forma de estigmatização é um descontentamento da justiça e um ganho para a desigualdade.

REFERENCIAS

AULAGNIER, P. **Un interprète en quête de sens**. Paris: Payot, 1991.

BALLONE, G. **Psicopatologia e psiquiatria básicas**. José Carlos Souza (org). São Paulo: Vector editora, 2013.

BARREIROS, Y. S. A. **Comentários ao artigo 59 do Código Penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1201, 15 out. 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/9044>. Acesso em: 23 fev. 2015.

BERGERET, J. **Psychologie pathologique: théorie et clinique**. 1972. 9ª edição. Paris : Masson, 2004.

BERLINCK, M. T. **Psicopatologia Fundamental**. São Paulo: Escuta. 2008

FOUCAULT, M. **Surveiller et Punir**. Paris: Gallimard, 1975.

_____. **Il faut défendre la société.** Registro completo das aulas do Collège de France (encontrado na Bibliothèque Interuniversitaire de la Sorbonne), 1975-1976.

_____. **Sécurité, Territoire, Population**. Paris: Gallimard, EHESS, Seuil, 1977.

_____. **Naissance de la Biopolotique**. Paris: Gallimard, EHESS, Seuil, 1978.

GALVÃO, F. **Direito Penal: curso completo, parte geral. 2ª edição revista, atualizada e ampliada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GREENACRE, P. **Trauma, Growth and Personality**. Londres: Hogarth Press, 1954.

GREGO, R. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal. 7ª edição revista e ampliada.** Editora: Impetus, 2014 (a).

_____. **Código Penal Comentado. 8ª edição – revista, apliada e atualizada até 1º de janeiro de 2014.** Niterói Editora Impetus, 2014 (b).

KAPLAN, H. I.; **SADOCK**, **B.J.** (eds.). **Compêndio de Psiquiatria: Ciências do Comportamento e Psiquiatria Clínica**. 9ª edição, Porto Alegre: Artmed, 2007.

LOMBROSO, C. **L'homme criminel: criminel-né, fou moral, épileptique**. Paris : F. Alcan, 1887.

MIRABETE, J. F. **Código Penal Interpretado – texto atualizado de acordo com as leis nº 9.983, de 14-7-2000, 10.028, de 19-10-2000, e 10.224, de 15-5-2001**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2001.

ORSINI, M. R. C. A. ; RIBEIRO, R. C. ; QUERIDO, I. A. ; RAMOS, V. F. O. **As relações familiares e a aprendizagem das interações sociais típicas na depressão crônica**. In: Montiel, J. M.; Bartholomeu, D.; Andrade, M. S. (Org.). Perspectivas em Aprendizagem Humana. São Paulo: Memnon, 2014.

PIAGET, J. **The Child and Reality**. New York: Viking Press, 1973.

PRADO, L. R. **Comentários ao Código Penal: doutrina, jurisprudência selecionada e conexões lógicas com vários ramos do Direito**. 3ª edição, São Paulo: Rvista dos Tribunais , 2006.

PRATTA, E. M. M.; SANTOS, M. A. dos. ***Família e adolescência: a influência do contexto familiar no desenvolvimento psicológico de seus membros***. Psicologia em Estudo, v. 12, n. 2, pp. 247-256, 2007.

REACH, G. **Sommes-nous responsables de notre santé?.** In: Soin et subjectivité. Paris: Presses universitaires de France, 2011.

RIBEIRO, R. C.; NUNES, E. R. **O conceito de Personalidade no âmbito jurídico - os paradoxos teóricos implicados em uma das circunstâncias da dosimetria da pena**. In: Santos, C.R.; Carvalho, D.F.; Nunes, E.R.. (Org.). Polêmicas do Direito. Rio de Janeiro: Lumen, 2015.

SANTOS, P. S. & VIEIRA, M. L. A. **Análise da personalidade para fixação da pena: contradições e ilegalidades no artigo 59 do Código Penal**. Brasília: Revista de informação Legislativa. 1999. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/454. Acessado em 21 de fevereiro de 2015.

SILVA, C. D. M. **Manual de Direito Penal – Parte Geral: artigos 1º ao 120**. Volume I. Rio de Janeiro, Forense, 2008.

WINNICOTT, D. W . **The family and individual development**. London: Paterson Marsh, 1965.

_____. **Intégration du moi au cours du développement**. In : Processus de maturation chez l'enfant. Paris: Payot, 1970.

_____. **L'enfant et le monde extérieur**. Paris: Payot, 1972.

_____. **Through Paediatrics to Psychoanalysis: Collected Papers**. Abingdon: Taylor & Francis, 1896-1971.

ZAFFARONI, E. R. **Manual de direito penal brasileiro**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

CRIMINOLOGIA GENÉTICA: CÁRCERE E SUAS VICISSITUDES

GENETIC CRIMINOLOGY: PRISON AND ITS VICISSITUDES

*Juão Ozilo Silva Ferreira**

*Isael José Santana***

Sumário: Introdução; 1. Breve Explanação acerca das Prisões e suas Vicissitudes; 2. Aspectos Psicológicos Aplicados à Criminologia; 3. Aspectos Sociais Relevantes Aplicados à Criminologia Biológica; Considerações Finais; Referências bibliográficas.

Resumo: A ilicitude advém da decisão da sociedade, mais notadamente do legislador federal, ao determinar quais condutas devem ser criminalizadas. Qualquer pessoa escolhe (livre arbítrio da escola clássica) praticar ou não a ação vedada pela norma em vigência (crime), e posteriormente se busca entender, como, mesmo proibida, as pessoas que as praticam. A criminologia procura desvendar esses procedimentos frente a razão (mistérios), além de expressar repúdio ao determinismo e à noção do delinquente como indivíduo diferente; a noção de crime passa a ser entendida como um comportamento definido pela legislação. Não obstante a esse entendimento, ainda restam pensamentos que expõe a criminalidade como uma característica patológica. O objetivo desse trabalho é observar como ocorre o processo de prisionalização de aqueles que delinquem, os aspectos sociais por trás desse processo de aprisionamento, além de deduzir, brevemente, as possíveis consequências desse cenário em uma sociedade que entende o crime como uma patologia presente em um indivíduo (criminoso nato). Para desenvolver esse estudo será apresentada breves considerações da referida discussão em um cenário envolto pela criminologia biológica, além de brevemente discorrer, com o apoio da psicologia criminal, como o meio social e seus elementos socioeconômicos, discriminantes pode ser determinante para influenciar a conduta. Esse estudo será desenvolvido por meio da dedução utilizando utilizando-se de pesquisa bibliográfica,

* Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS - Unidade Universitária de Paranaíba). E-mail: juaopba@hotmail.com

** Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC- SP). Professor do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS - Unidade Universitária de Paranaíba). E-mail: leasijs@hotmail.com

tendo como marco teórico baseado em autores como Bretas (2010), Barata (2002), Augusto Alvino de Sá (2014) e outros que tratem da temática em estudo.

Palavras-chave: Criminologia; Genética; Cárcere.

Abstract: Unlawfulness comes from the decision of society, most notably the federal legislature, in determining which conduct should be criminalized. Any person chooses (free will of the classical school) to practice or not the action prohibited by the norm in force (crime), and later it is tried to understand, as, even prohibited, the people who practice them. Criminology seeks to unravel these procedures against reason (mysteries), in addition to expressing repudiation of determinism and the notion of the delinquent as a different individual; the notion of crime is understood as a behavior defined by law. Despite this understanding, there are still thoughts that expose crime as a pathological feature. The objective of this study is to observe how the process of prisionalization of those who commit offenses, the social aspects behind this process of imprisonment, and briefly deduce the possible consequences of this scenario in a society that understands crime as a pathology present in an individual (born criminal). To develop this study will be presented brief considerations of said discussion in a scenario surrounded by biological criminology, in addition to briefly discuss, with the support of criminal psychology, how the social environment and its socioeconomic, discriminating elements can be determinant to influence behavior. This study will be developed through the use of a bibliographical research using a theoretical framework based on authors such as Bretas (2010), Barata (2002), Augusto Alvino de Sá (2014) and others who deal with the subject under study.

Keywords: Criminology; Genetic; Prison.

INTRODUÇÃO

Entender as causas do crime sempre foi um objeto de extensa discussão entre os estudiosos das ciências jurídicas, sociais e psicológicas. Sempre se buscou uma razão, uma fórmula pronta que possibilitasse chegar à resposta do porquê das práticas delituosas, qual a motivo das mesmas.

A ilicitude advém da decisão da sociedade, ao determinar quais condutas devem ser criminalizadas, assim o corpo social (qualquer um deles) por meio do legislador federal escolhe quais condutas criminalizar, posteriormente busca entender, mesmo proibida, as pessoas que as praticam, essa é a busca pelo entendimento.

A criminologia procura desvendar esses mistérios, um dos seus objetivos é estudar como ocorrem as técnicas legislativas que rotulam determinadas pessoas como criminosas, além de também, procurar entender o porquê do processo de criminalização e punição daqueles que são acusados e condenados.

Durante anos as escolas criminais procuraram as razões da criminalidade, algumas se pautavam no paradigma biopsicológico, outras se apoiam nas teorias sociais, existem teorias modernas demonstram que o estigma de criminoso é uma construção atribuída de um grupo dominante sobre um grupo dominado, as minorias políticas.

O crime é uma construção social que tem por escopo determinar os bens juridicamente protegidos em determinada sociedade, assim a sociedade determina o que é crime. Inicialmente a criminologia teve como função específica estudar a individualização das causas do comportamento criminoso, a fim de que pudessem alterar a conduta daquele que delinquiu. No transcurso do tempo foi contestada por outros estudiosos como Bretas, que adotam uma faceta do crime como fenômeno externo a pessoa humana.

A nova criminologia expressa o repúdio ao determinismo e à noção do delinquente como indivíduo diferente. A noção de crime passa a ser entendida como um comportamento definido pela legislação/direito. Não obstante a esse entendimento, ainda assim restam entendimentos que expõe a criminalidade como uma característica patológica ou que esta influência a pratica do crime; sem dúvida uma herança da concepção positivista que marcou profundamente os estudos criminológicos.

Diante dessa problemática, convida-se a observar um ambiente em que seria aceitável a existência de uma criminalização biológica, um cenário que determinados pesquisadores pretendem avivar. Pretende-se discorrer quais seriam as consequências de sua aplicação em um sistema penal que estigmatiza socialmente os acusados; cumulativamente, espera-se ainda observar como a psicologia criminal explica os comportamentos ditos delituosos como fatos comuns e desprovidos de anormalidade.

O objetivo desse trabalho é observar como ocorre o processo de prisionalização de aqueles que delinquem, quais são os aspectos sociais por trás desse processo de

aprisionamento; com o apoio da psicologia criminal, demonstrar como são falhas as teorias que descrevem a pessoa que delinquiu como indivíduo anormal a ser estudo e contido; além de deduzir, brevemente, as possíveis consequências desse cenário em uma sociedade que entende o crime como uma patologia presente em um indivíduo.

Para desenvolver esse estudo, propõem-se demonstrar o processo de desenvolvimento das prisões, quem são os principais indivíduos afetados pela pena privativa de liberdade, além de ser exposto as consequências da criminalização dessas pessoas e as vicissitudes que os mesmos sofrem nesse ambiente.

Ato contínuo, será apresentada breves considerações/deduções da referida discussão em um cenário envolto pela criminologia biológica, além de brevemente discorrer, com o apoio da psicologia criminal, como o meio social (e não o corpo), com seus elementos socioeconômicos, discriminantes pode ser determinante para influenciar a conduta.

Esse estudo será desenvolvido por meio da dedução utilizando utilizando-se de pesquisa bibliográfica, tendo como marco teórico baseado em autores como Bretas (2010), Barata (2002), Augusto Alvino de Sá (2014) e outros que tratem da temática em estudo.

1. BREVE EXPLANAÇÃO ACERCA DAS PRISÕES E SUAS VICISSITUDES

A criminologia crítica é uma teoria que diz que o status de criminoso é atribuído a determinadas pessoas através de um processo de etiquetamento, que se desenvolve pela seleção dos bens jurídicos protegidos e seleção dos indivíduos estigmatizados.

Vera Regina Pereira de Andrade (1995) discursa que a criminalidade é um status definido por um processo duplo: a definição jurídica do crime e a seleção que estigmatiza um autor como criminoso por praticar as condutas ditas delituosas.

Considerando esse ponto observar-se-á brevemente como ocorre a seleção dos indivíduos estigmatizados, a fim de chegar a um entendimento de como ocorre (eu) a dominação dos grupos dominantes sobre as minorias. Para tentar alcançar esse objetivo será traçada uma breve consideração da história das prisões no sistema penal.

Conforme Bretas (2010) a sociedade é composta de seis engrenagens relacionadas: o sistema financeiro, os mercados, a demanda de trabalho, o crescimento demográfico, a quantidade de mão de obra disponível e os salários. O autor ensina que

no século XV o sistema financeiro e os mercados tiveram uma grande expansão, aumentando consequentemente a demanda por trabalho; e pelo crescimento demográfico da população não conseguir alcançar esse avanço a quantidade de mão de obra diminuiu, e os salários aumentaram.

Para impedir esses acontecimentos as classes dominantes tomaram diversas contramedidas (BRETAS, 2010, p. 155): incentivar a taxa de natalidade, imposição de salários máximos, proibição da emigração dos trabalhadores nacionais e incentivar a imigração dos estrangeiros, aumentar os preços e efetivar o trabalho infantil.

O aumento da demanda de trabalho deu ao Estado a possibilidade de dispor da mão de obra de mendigos e pobres. Bretas (2010, p. 155-156), inspirado por George Rusche e Otto Kirchheimer, diz que isso possibilitou o surgimento da administração da pobreza, que era dividida em três etapas. A primeira consistia em tolerar a mendicância, desse modo a glorificação da pobreza possibilitava a manutenção dos salários baixos e o fornecimento da mão de obra. Quando a falta de mão de obra foi suprida, iniciou-se a segunda fase, de negação da primeira, aqui a pobreza era desprezada e os ricos desprezavam a caridade, baseados na doutrina calvinista. Por fim, a terceira fase fez a mendicância e a pobreza serem punidas, principalmente para aqueles que são aptos ao trabalho.

Destaca Fernanda Ifanger (2013) que o surgimento dos grandes centros urbanos no mercantilismo tornou a mão de obra cada vez mais necessária, isso acabou por se tornar um problema devido ao baixo crescimento demográfico. De acordo com a autora essa dificuldade logo foi contornada através do sistema penal, que procurou tomar vantagem através da exploração do trabalho dos presos, nesse sentido surgiram punições nas galés, a deportação e os trabalhos forçados.

Ifanger (2013) explana que a falta de mão de obra e o custo da mendicância fez com que o Estado endurecesse sua postura em relação aos sujeitos improdutivos, como mendigos, prostitutas. Nesse sentido surgem as casas de correção para encaminhar esses indivíduos de volta aos eixos. Contudo, a real intenção desses meios era atender aos interesses econômicos da burguesia.

Conforme Rusche e Kirchheimer *(2004, p. 80) "(...) a política institucional para as casas de correção neste tipo de sociedade não era o resultado de amor fraterno ou de um senso oficial de obrigação para com os desvalidos. Era, igualmente, parte do desenvolvimento do capitalismo.".*

Percebe-se que os pobres e mendigos, as minorias econômicas e políticas, eram utilizados como meio de garantir o desenvolvimento econômico por não se encaixarem no modelo de produção. As penas seriam maneiras de que esses indivíduos excluídos e indesejáveis trouxessem algum lucro e garantissem a mão de obra.

> O sistema de punição capitalista assegura a manutenção desse modo de produção, pois os comportamentos que ameaçam esse modelo são selecionados a condição de crimes. O ponto de gravidade do sistema punitivo capitalista é a prisão, onde se pretende introjetar a disciplina e adestrar as classes subalternas, mas na verdade se estigmatiza o indivíduo [...]. (BRETAS, 2010, p. 364).

Conforme Bretas (2010, p. 157- 158) as casas de correção possuíam quatro aspectos cruciais:

> A uma, que a vigilância direta era exercida pela própria instituição. A duas, que a essência das casas prioriza os interesses econômicos [...]. A três, que o público alvo das casas de correção é composto por mendigos, vagabundos, prostitutas, delinquentes, estrangeiros e até crianças rebeldes, estas internadas mediante pagamento vultuoso, arcado pelos pais, para reposiciona-las "nos eixos do bom caminho". A quatro, que os objetivos das casas de correção eram forjar hábitos industriosos nos internos, proporcionando um treinamento profissional, a fim de [...] ser inseridos voluntariamente no mercado de trabalho, com habilidades bastante desenvolvidas.

Do mesmo modo isso ocorreu com as galés, que possuíam finalidades puramente econômicas e não penais. Esses interesses levaram a uma caçada de delinquentes para um recrutamento forçado de mão de obra, com o objetivo de aproveitamento máximo da força de trabalho dos delinquentes (BRETAS).

A pena de prisão também seguiu o mesmo modelo, o deslocamento da punição saiu da esfera do corpo para a esfera da força, para o aproveitamento da mão de obra. Entretanto, a pena de prisão encontrou o declínio, que acabou levando o plano de lucro com a mão de obra delinquente a fracassar.

A revolução industrial foi uma das motivações que contribuíam para isso, o surgimento da máquina trouxe a desvalorização do trabalho manual, acabando com a perspectiva de lucro das prisões (BRETAS, 2010).

Ifanger (2013) conta que na passagem do século XVIII para o XIX o empobrecimento da população aumentou os índices de criminalidade em relação a delitos patrimoniais. Uma vez que os encarcerados não serviam mais para lucro, as

classes dirigentes propuseram a volta de penas cruéis aos delinquentes. Isso significava, basicamente, tornar a vida dos reclusos piores que a das classes subalternas, dar a eles apenas o mínimo e o necessário para sobreviver, essa seria uma forma do cárcere ser utilizado como instrumento de punição. Os meios utilizados para punir seriam a tortura, fome, humilhação, trabalhos forçados inúteis e insalubres.

Kilduff (2010, p.241) explica essa radicalização das classes dirigentes encontrou legitimação para impor políticas criminais mais repressivas pela separação da sociedade em grupos:

> [...] por um lado os "bons" e pelo outro os "maus" os quais deveriam ser separados dos primeiros para não lhes causar danos. Nesta perspectiva, reapareceu com claridade a ideologia burguesa da defesa social, quer dizer, a que permite legitimar a aplicação do poder punitivo por parte do Estado com a finalidade de "proteger" a sociedade do crime.

Wacquant (2007, p. 28 apud KILDUFF, 2010, p.241) diz: "[...] a severidade penal é apresentada [...] por todas e por todos, como uma necessidade saudável, um reflexo vital do corpo social ameaçado pela gangrena da criminalidade.".

Fazendo um paralelo com a realidade atual, observa-se que o abandono da população pobre, que terminou por infelizmente encaminhar alguns deles a seguir o caminho do crime, se deu pela mudança de um "modelo inclusivo de um Estado fordista para um modelo de competitivo de Estado neodarwinista" (BRETAS, 2010, p.322), fazendo nascer uma política de tolerância zero. A mudança do viés sociológico para o viés punitivo do delito faz surgir uma tendência punitivista do crime, que entende que a sociedade não pode se responsabilizar pelas pessoas escolherem cometer crimes pelas circunstancias sociais.

Ao comentar sobre o Estado neodarwinista Luciano Goés declara:

> Embasado no racismo e na eugenia, Darwin traça o caminho ao nível mais alto de progresso da sociedade a partir da regulação da "procriação" dos organismos inferiores com o impedimento do casamento entre indivíduos em estágios de desenvolvimento distintos, evitando, assim, a transmissão hereditária do "gene ruim", degenerativo. No rol darwiniano dos inferiores encontramos: malfeitores, loucos, doentes mentais, violentos, imprudentes, vadios, prostitutas, pobres, viciados, etc., sendo necessárias para a gradativa eliminação desses organismos disfuncionais medidas neutralizadoras, figurando como importante e útil instituição eugênica: o cárcere. (2014, p.86).

Conforme Wacquant (2002) o abandono do Estado social foi um dos processos que contribuíram para o desamparo da pobreza, que caiu nas mãos de um sistema penal repressivo e punitivista. Bretas (2010, p. 325) ao ilustrar a questão, baseado no pensamento de Wacquant, traz como exemplo a reforma social de 1996 nos Estado Unidos. Conforme o autor, essa reforma foi legitimada pela justificativa de que as políticas assistencialistas "alimentavam uma cultura de dependência e entorpeciam seus beneficiários".

Bretas (2010) aponta que Loïc Wacquant não poupou críticas, à reforma social estadunidense de 1996. Uma primeira censura, é sua demonstração que as verbas assistencialistas não eram suficientes para a sobrevivência dos beneficiários; segundo, esses beneficiários eram dependentes da assistência social por não terem qualificação profissional, e pelo mercado não estar estruturado para recebê-los; terceiro, a reforma possibilitou a substituição de um Estado Social por um Estado Penal, transformando a pobreza em uma doença a ser curada; quarto motivo, o assistencialismo destinado à pobreza desapareceu, o atribuído aos ricos não.

Augusto Alvino de Sá (2014, p. 118-119) classifica os problemas carcerários em dois grupos, o primeiro referente à má gestão e falta de interesse público, que promove a falta de condições materiais e humanas para cumprimento da pena, presídios sem infraestrutura; o segundo grupo de problemas carcerários corresponde aos problemas próprios do regime de fechado de prisão, os quais são o isolamento do detento em relação à sua família, sua segregação do mesmo em relação à sociedade, sua convivência forçada no meio delinquente etc.

Uma maneira de inviabilizar as prisões e a punição desmedida seria o fim da relação entre cárcere e fábrica, seguindo os termos da Criminologia Radical, de Juarez Cirino, é necessário "[...] a superação do sistema punitivo capitalista, que tem a prisão como sua instituição central, pressupõe a superação do sistema de produção capitalista, que tem a fábrica como sua instituição central" (BRETAS, 2010, p. 364).

O sistema punitivo da prisão somente será superado a partir de três elementos (BRETAS, 2010): a luta da classe trabalhadora, a eliminação da desigualdade e a superação do capitalismo. Essas seriam as soluções para as classes menos abastadas deixarem de ser estigmatizadas e perderem seus status de classes dominadas.

A pena privativa de liberdade acarreta desde logo uma completa transformação daquele que delinquiu, transforma sua personalidade, tornando-o uma coisa, um ser

sem personalidade, e sem perspectivas de voltar a ser considerado pela sociedade que o rejeita um ser humano digno de atenção e respeito.

> A vida carcerária é uma vida em massa. Sobretudo para os presos evidentemente. Como consequência, ela lhes acarreta, dependendo do tempo de duração da pena, uma verdadeira desorganização da personalidade, ingrediente central do processo de prisionação. Entre os efeitos da prisionação, que marcam profundamente essa desorganização da personalidade, cumpre destacar: perda da identidade e aquisição de nova identidade; sentimento de inferioridade; empobrecimento psíquico; infantilização, regressão. O empobrecimento psíquico acarreta, entre outras coisas: estreitamento do horizonte psicológico, pobreza de experiencias, dificuldades na elaboração de planos a médio e longo prazo. A infantilização e regressão manifestam-se, entre outras coisas, por meio de: dependência, busca de proteção (religião); busca de soluções fáceis; projeção de culpa no outro e dificuldade na elaboração de planos. (SÁ, 2014, p. 120-121).

Verificam-se que os indivíduos estigmatizados, as minorias ou grupos dominados, que recebem o rótulo de delinquente são os indivíduos "indesejados", que não atendem aos interesses dos ricos ou da burguesia. Observa-se uma relação muito próxima entre o punir e os meios de produção, onde se pretende aproveitar ao máximo a exploração de mão de obra daqueles com menor condição financeira. Quando a força de trabalho desses indivíduos não é mais necessária eles são abandonados e sofrem com a miséria, muitas vezes adentrando mais uma vez no mundo do crime.

> O cárcere representa, em suma, a ponta do iceberg que é o sistema penal burguês, o momento culminante de um processo de seleção que começa ainda antes da intervenção do sistema penal, com a discriminação social e escolar, com a intervenção dos institutos de controle dos desvios dos menores, da assistência social etc. O cárcere representa, geralmente, a consolidação definitiva de uma carreira criminosa. (BARATTA, 2014, p. 167).

A burguesia movida pela insegurança, ávida por proteger seu patrimônio quer punir a pobreza, e ainda se recusa a oferecer assistência aos mesmos para não os deixar "acomodados", embora não abram mão de seus privilégios, que são postos acima dos interesses sociais.

2. ASPECTOS PSICOLÓGICOS APLICADOS À CRIMINOLOGIA

Não devemos entender o ilícito como algo individual, pré-determinado, ou algo proveniente de um grupo específico. Conforme já explanado no tópico anterior, via

ensinamentos de Vera Regina Pereira de Andrade (1995), temos o delito, e consequentemente aquele que venha a delinquir, definido por um processo duplo, a partir do momento que a sociedade define a conduta criminosa, e estigmatiza aqueles que a praticam.

A psicologia criminal, neste aspecto prova-se uma aliada, seus amplos campos de atuação permitem estudar o indivíduo que pratica as condutas ilícitas pré-determinadas. Em termos práticos, alguns entenderiam que direito e psicologia possuem um objetivo em comum, ambos se preocupam em entender o comportamento, compreender as pessoas e harmonizar sua convivência.

Todavia, é necessário vislumbrar que a psicologia vai um pouco além, entre seus objetivos está a observar como determinados aspectos da vida de um "Eu" pode afetar seu relacionamento com os "outros". Deve-se atentar que as consequências do comportamento desse "Eu", vão consequentemente refletir no campo do estudo do direito, pois o comportamento deste em relação ao bem-estar coletivo será objeto de leis e outros atos normativos.

Nesse sentido, vislumbra-se o pensamento de Bertoldi, Giese, Freire e Santos (2016 p. 04):

> Sendo assim, é importante que um crime não seja julgado somente pelo delito em si, mas é essencial compreender o motivo que levou o indivíduo a praticá-lo, uma vez que o homem é reflexo do meio em que vive e elementos socioeconômicos, discriminação, abandono, entre outros, podem influenciar em sua conduta. A psicologia criminal, por sua vez, tem por objetivo o estudo da personalidade, buscando entender os fatores que a influenciam, ou seja, biológicos, mesológicos (meio ambiente) ou social. (grifo nosso).

A psicologia criminal tem como objetivo estudar a personalidade do indivíduo, buscando compreender quais os fatores que influenciam as pessoas a cometerem o ato ilícito, se é o ambiente, se são os caracteres biológicos, os aspectos sociais.

Conforme o pensamento de Bertoldi, Giese, Freire *et al* (2016) temos uma pessoa considerada com a personalidade perigosa quando alguém é incapaz de assimilar regras comportamentais. Essas pessoas em potencial são consideradas psicóticas, insensíveis, e incapazes de sensibilidade, propensas a concorrer à um comportamento delituoso.

> Quando o indivíduo não apresenta sensibilidade alguma – com ausência total de remorso ou arrependimento – ficando indiferente, isso pode levá-lo a um comportamento delituoso recorrente e seu diagnóstico é de psicopatia (transtorno de personalidade, antissocial, sociopatia, transtorno de caráter, transtorno sociopático ou transtorno dissocial) (BERTOLDI, GIESE, FREIRE, *et al,* 2016, p. 04).

Penteado Filho (2014, p. 167) vai além afirmando que os transtornos de personalidade dos quais sofrem essas pessoas "Não são tecnicamente doenças, mas anomalias do desenvolvimento psíquico sendo consideradas perturbações da saúde mental".

Independente dessas definições, entende-se ser inadmissível apontar a premissa de o indivíduo ser pré-determinado à delinquir, novamente referindo-se à Penteado Filho (2014) aliado ao pensamento de Durkheim (2001) devemos entender o delito como algo comum, e passível de ocorrer em qualquer sociedade, mesmo indivíduos com boa formação e princípios, que seja plenamente equilibrado pode cometer atos que rompam o pacto social.

O papel da criminologia criminal não estará inserido em contribuir com o aspecto de tornar aqueles que delinquem, que porventura apresentem transtornos sociais como indivíduos anormais.

Contextualizando no âmbito da criminologia genética, a psicologia criminal, jurídica é ferramenta essencial para definir que, ainda que se chegasse a uma comprovação da possibilidade de aquele "portador dos genes da criminalidade" esteja predisposto a cometer atos que vão ao oposto ao pacto social, a solução aplicável não seria um tratamento clínico ou a adoção de uma política de isolamento, extermínio. Necessário seria agir com essas pessoas da maneira como se age com todos os seres humanos: trata-lo com dignidade, respeito, garantir a efetividade de seus direitos e garantias fundamentais.

3. ASPECTOS SOCIAIS RELEVANTES APLICADOS À CRIMINOLOGIA BIOLÓGICA

Por anos as escolas criminais buscaram as causas da criminalidade, seja através do paradigma biopsicológico, ou das teorias sociais. A alvorada criminológica procurou demonstrar que o crime é uma patologia pré-constituída que deveria ser estudada e combatida. Havia a necessidade de diferenciar "eles" (criminosos) de "nós" (indivíduos normais, que não cometem crimes).

> Em sua origem, pois, a criminologia tem como específica função cognoscitiva e prática, individualizar as causas desta diversidade, os fatores que determinam o comportamento criminoso, para combatê-lo com uma série de práticas que tendem, sobretudo, a modificar o delinquente. A concepção positivista da ciência como estudo da causa batizou a criminologia (BARATTA, 2014, p. 29-30).

A partir da década de 1930 percebeu-se que essa concepção não poderia continuar, não haveria como entender a criminalidade como um fenômeno pré-constituído a determinados comportamentos. Conforme Baratta (2014, p. 29) a nova criminologia expressa o repúdio ao determinismo e à noção daquele que delinque como indivíduo diferente. A noção de crime passa a ser entendida como um comportamento definido pelo direito.

Todavia, as heranças da escola positiva continuam a aflorar, ainda restam entendimentos que expõe a criminalidade como uma característica patológica. Os estudos conduzidos pela criminologia, no anseio em descobrir causas físicas, psíquicas e/ou sociais que expliquem as motivações ilícitas, levam essa ciência a amplos campos de atuação.

Diversos avanços foram feitos na área genética, procuram-se as respostas à violência e à criminalidade nos genes, que guardam todas as informações a respeito do funcionamento do organismo.

Álvaro Mayrink (1980) explica que em 1965 foi realizada a primeira investigação a respeito de como poderia existir uma interação entre as anomalias cromossômicas e a conduta antissocial. Court Brown (MAYRINK, 1980) foi um dos primeiros pesquisadores a sugerir a possibilidade de um cariótipo[1] anormal predispor seu portador à delinquência.

Vale lembrar que Lombroso também possuía ideias nesse sentido, de "(...) as raízes fundamentais do crime eram biológicas e que poderiam ser identificadas a partir dos estigmas anatômicos dos indivíduos. " (ALVAREZ, 2002, p. 679).

Consoante lição de Stephen Jay Gould (2014, p. 133), Lombroso:

> Em nenhum momento, transigiu ou abandonou a ideia básica de que o crime tinha raízes biológicas. Limitou-se a ampliar a extensão das causas inatas. Sua teoria original tinha a virtude da simplicidade e surpreendia por sua originalidade: os criminosos são símios que vivem entre nós,

[1] Conjunto de cromossomos de um indivíduo. (Ibidem, p. 407).

> indivíduos marcados pelos estigmas anatômicos do atavismo. As versões posteriores tornam-se mais difusas, mas também mais abrangentes. Embora o atavismo continuasse a ser para ele causa biológica fundamental da conduta criminosa, Lombroso introduziu várias categorias de enfermidade e degenerações congênitas.

Ao longo do tempo, a descoberta da existência de genes possivelmente ligados à criminalidade, possibilitou o desenvolvimento de uma ciência denominada "Criminologia Genética". A corrente defende que pessoas cometem ações ilícitas por serem portadoras dos chamados "genes da criminalidade", como os cromossomos XYY, (FABBRINI; MIRABETE, 2009, p. 21) encontrados em indivíduos caracterizados por propensão à violência e condutas antissociais.

Diante dessa problemática, optou-se por observar um ambiente em que seria aceitável a existência de uma criminalização biológica, e deduzir quais seriam as consequências de sua aplicação em um sistema penal que estigmatiza socialmente os acusados.

A descoberta de uma causa real da criminalidade teria como objetivo puramente a resolução de problemas locais causados pela criminalidade. Uma solução fácil de ser entendida pelo senso comum, que poderia ainda ser usada como justificativa para abandono de o Estado das classes menos favorecidas.

Referida argumentação encontra fundamento no fato de o esteriótipo do criminoso ainda é ligado a bases racistas, que imbuídas pelo senso comum, entendem que apenas aqueles menos favorecidos economicamente seriam os responsáveis por delinquir.

Nesse sentido Augusto Thompson (1998, p.64):

> Pedindo a uma pessoa que descreva a figura de um delinquente típico, teremos, em função da resposta, o retrato preciso de um representante da classe social inferior, de tal sorte que se tende a estabelecer o intercâmbio entre a pobreza e crime. A teoria lombrosiana outro mérito não teve senão o de dar cunho científico a esse sentimento do senso comum. Aliás, os sinais morfológicos do "criminoso nato", descritos pelo pai da Criminologia, casavam-se harmoniosamente com aqueles referentes aos párias da sociedade italiana da época. Ao afirmar que o criminoso é, caracteristicamente, pobre, abre-se facilmente a possibilidade de inverter os termos da equação, para dizer: o pobre é caracteristicamente, criminoso.

A preocupação com os prováveis resultados da criminologia genética encontra fundamentação devido ao fato de a genética ser um ramo científico que cada

vez mais ganha credibilidade a cada dia. É de conhecimento comum que por meio dessa ciência já é possível clonar seres vivos, assim como, também, eliminar desde logo, possíveis doenças ou anomalias que possam se apresentar na vida de um indivíduo, do mesmo modo, em uma fertilização *in vitro* é possível descartar fetos com determinadas anomalias ou que não foram desejados.

Não é objeto de este estudo criticar os avanços genéticos, o que se pretende é apontar os maus usos que poderiam surgir dessas descobertas científicas. Dizer, sem provas concretas, que determinado indivíduo portador de genes específicos são propensos à violência ou criminalidade poderiam trazer sérias consequências.

Hannah Arendt (1989, p. 109), ao tratar de regimes totalitários, destaca que o crime, enquanto ação ou omissão deliberada é passível de castigo; já o vício (o crime como um vício), um defeito inextinguível e determinante, só pode ser exterminado.

A autora, citando Proust lembra que uma "predestinação genética" poderia produzir, em certo ponto, uma tolerância com os transgressores da lei, contudo, em certo momento, essa tolerância poderia vir a desaparecer, substituída pela decisão de eliminar não somente os verdadeiros criminosos, como também, qualquer outro que esteja destinado ao crime.

Luciano Goés (2014, p. 114) declara que surgiria uma gestão diferencial dos criminosos e do crime, surgiria o chamado Direito Penal do Autor, um modelo autoritário e inconcebível, que, se posto em prática, considerando um regime social marcado por estereótipos e preconceitos, viria com o tempo a determinar talvez a eliminação daqueles considerados indesejáveis e não adaptados ao convívio do contrato social

Considerando o amplo processo de criminalização de condutas das minorias sociais em um cenário da criminologia genética, biológica, estaríamos caminhando em um ambiente que levará essas pessoas a ficarem cada vez mais à margem da sociedade, abandonadas, e até mesmo aniquiladas.

Aquele que vem a delinquir é visto com repulsa pela população. O clamor popular, cada vez mais, exige punições mais severas, diversas vezes, quando são noticiados delitos de grande repercussão, a primeira reinvindicação da população é a exigência de penas mais severas, penas de execução.

Considerando essa linha de raciocínio, se o "criminoso genético" for considerado um indivíduo irrecuperável, estaria possivelmente aberto o caminho para inviabilizar a

ressocialização daquele que delinquiu. Justifica-se a premissa baseado no fato de mesmo em nosso atual sistema penal atual, encontramos pessoas encarceradas que não veem finalidade na ressocialização.

As pessoas que estão submetidas a pena privativa de liberdade não acreditam na ressocialização, pela razão de ainda que eles "quitem" sua dívida com a sociedade, ainda assim serão considerados marginalizados e vistos como pessoas inferiores.

Sobre o assunto, vale a pena transcrever algumas considerações sobre o pensamento de Augusto Alvino de Sá (2014, P. 153-154) ao comentar algumas impressões sobre o sistema penitenciário:

> Se os presos tivessem de fato "voz", certamente alguns (ou muitos) já me teria perguntado: "Mas Doutor, o que é que eu vou lucrar se, ao chegar à rua, eu ficar bonzinho e trabalhar? " "Bem, você vai poder viver em paz em sua casa, com sua família e gozar de liberdade. " Ao que ele me retrucaria: "Mas que família, Doutor? Que casa? De que liberdade o senhor está falando? Será que se eu passar para o 'grupo' da sociedade eu terei mais liberdade e serei mais valorizado do que se eu estiver em meu 'grupo'? ".

Considerando o pensamento do autor poder-se-ia considerar que os próprios detentos já enxergam que jamais seriam aceitos pelo 'grupo da sociedade', nunca teriam vida comum como antes de delinquirem, pois sempre serão vistos como pessoas inferiores. O mesmo pode ser aplicável à temática do presente estudo, veja-se que uma vez considerados criminosos, eles não terão mais liberdade para viver e seguir em frente em seu cotidiano em sociedade, até porque, na maior parte dos casos não lhes sobra absolutamente nada. A humilhação, o olhar de reprovação do 'grupo da sociedade', o estereótipo de criminoso pelo qual é taxado após delinquir quebra-lhes o espírito, e retira sua dignidade.

É legítimo recordar que aquele que venha a delinquir não é um indivíduo ligado à presença de anomalias, doenças ou anormalidades, o infrator é um indivíduo que infringe as normas sociais criadas por valores sociais que podem não representar os valores do indivíduo que se encontra a margem dos direitos sociais. De acordo com as Teorias Estrutural e Funcionalista, o crime é produzido pela própria sociedade, ele tem uma função no interior do sistema, por isso ele não deve ser considerado uma moléstia (CABETTE).

"O crime é normal porque uma sociedade isenta dele é completamente impossível" (DURKHEIM, 2001, p. 83). Durkheim vai além dessa afirmação ao dizer que

o crime não somente é normal como também "necessário" para a coesão social, uma sociedade sem crime é indicadora de deterioração social.

A adoção de uma criminologia biológica desperta perigos sobre as consequências que poderiam advir para qualquer grupo social específico que por ventura seja identificado com os genes da criminalidade. Em razão do nosso estudo se focar no âmbito social, destacamos as consequências se presentes nas camadas menos abastadas socialmente, ou em grupos étnicos que recebem preconceituosamente o estigma de criminoso.

Conforme Baratta:

> As maiores chances de ser selecionado para fazer parte da "população criminosa" aparecem, de fato, concentradas nos níveis mais baixos da escala social (sub proletariado e grupos marginais). A posição precária no mercado de trabalho (desocupação, sub ocupação, falta de qualificação profissional) e defeitos de socialização familiar e escolar, que são características dos indivíduos pertencentes aos níveis mais baixos, e que na criminalidade positivista e em boa parte da criminologia liberal contemporânea são indicados como as causas da criminalidade, revelam ser, antes, conotações sobre a base das quais o status de criminoso é atribuído. (2010, p 165)

A criminologia positivista, conforme os ensinamentos de Vera Regina Pereira de Andrade, e por consequência a criminologia genética, busca incessantemente selecionar novos delinquentes, e buscar motivos para legitimar o processo de desigualdade social.

Nas palavras da autora:

> Pois não se trata de "explicar" causalmente a criminalidade, mas de instrumentalizar e justificar, legitimando-a, a seleção da criminalidade e a estigmatização dos criminosos operada pelo sistema penal. E não se trata, igualmente, de "combatê-la", porque a função do sistema é, precisamente, a de construí-la ou geri-la seletivamente. (1995, p.11)

A afirmação faz parecer que esse sistema se baseia em um processo de criar criminosos e puni-los; com a criminologia genética ele poderia se aperfeiçoar de maneira mais cruel, pois agora se terá a possibilidade e legitimidade para se livrar desses indivíduos que são tidos como indesejáveis e marginalizados bastando estarem presentes características, no caso os genes, que os predispõe à violência.

Essa visão que trará um ambiente ainda mais grave na percepção de uma sociedade movida pela vingança privada é totalmente inadmissível e incompatível em

um Estado Democrático de Direito, e trará violações extremamente graves aos direitos e garantias fundamentais.

É necessário mudar o foco de enfrentamento ao delito, não se trata de descobrir causas do delito, mas sim de promover e conseguir maneiras de permitir que essas minorias estigmatizadas possam voltar a ser tratadas com dignidade e respeito.

Na lição de Zaffaroni:

> "(...) é necessário um saber que permita ajudar a estas pessoas a superar ou reverter a deteriorização causada pelo sistema penal e a deteriorização condicionada previamente e que o fez 'bom candidato' para o sistema, isto é, um saber que permita ajudar às pessoas criminalizadas a reduzir seus níveis de vulnerabilidade ao sistema penal. (1998, p. 26).

Diante da criminologia genética, a volta da criminologia positiva, há a necessidade de trabalhar a ideia que aquele que delinquiu não é um indivíduo "outro", um ser estranho que apenas merece asco, sofrimento e punição pelos erros que tenha cometido. Se algum indivíduo vem a delinquir é pertinente desenvolver maneiras de evitar que volte a reincidir, de ser 'um bom candidato ao sistema'.

O raciocínio é aplicável perante a criminologia genética no sentido de, ainda que aquele "portador dos genes da criminalidade" seja predisposto à cometer atos que vão ao oposto ao pacto social, a solução aplicável não seria um tratamento clínico ou a adoção de uma política de isolamento, extermínio. Necessário seria agir com essas pessoas da maneira como se age com todos os seres humanos: trata-lo com dignidade, respeito, garantir a efetividade de seus direitos e garantias fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A fim de compreender os aspectos sociais relevantes aplicados à possível adoção da criminologia biológica, partindo do ponto de observação da criminologia crítica, foi desenvolvido um estudo em dois tópicos, que têm por objetivo discorrer ainda que parcial a problemática.

O primeiro tópico se dedicou em demonstrar quem são indivíduos rotulados como criminosos, quais são as intenções da criminalização desses indivíduos e as vicissitudes que os mesmos sofrem pelo processo de prisionação. Verificou-se que os indivíduos estigmatizados, as minorias ou grupos dominados, a quem são denominados

o rótulo de delinquente são os indivíduos “indesejados”, que não atendem aos interesses das classes dominantes.

Observou-se uma relação muito próxima entre os meios de punição e de produção, onde se pretende aproveitar ao máximo a exploração de mão de obra daqueles com menor condição financeira. Quando a força de trabalho desses indivíduos não é mais necessária eles são abandonados e sofrem com a miséria. A insegurança em relação ao seu patrimônio com as classes desprivilegiadas economicamente, leva a burguesia a querer punir a pobreza, além de se recusar a oferecer assistência aos mesmos.

Em seguida procurou-se fazer um estudo do motivo desse processo de rotulação e punição de determinadas classes sociais ser legitimado. Percebe-se que essa validação decorre através da construção do medo sobre a sociedade e a passagem de uma impressão de segurança de as medidas repressivas trarão tranquilidade ao corpo social novamente.

Por fim, no último tópico foram tecidas breves deduções de um cenário de aplicação da criminologia genética, diante dos fatos desenvolvidos nos tópicos anteriores, que trataram do processo de estigmatização e seleção dos acusados de delitos.

Observa-se que a criminalidade das classes menos abastadas ocorre e se legitima através de um processo de abandono, desigualdade e manipulação. Pessoas têm na maior parte do tempo sua força de trabalho explorada, as mesmas passam necessidade e não recebem assistência do Estado.

Grande parte desses indivíduos não está em um mesmo patamar de igualdade, uma vez que a norma jurídica é aplicada de maneira desigual e não proporcional aos danos que o certo comportamento ilícito pode causar. E, a manipulação decorre do fato de que apenas os delitos cometidos por determinadas classes sociais são vistos com repulsa e exigem o clamor popular de punições mais severas.

Um cenário social que demonstra resultados tão preocupantes poderia ser abalado ainda mais diante da volta da criminologia positivista, com a possível adoção da criminologia genética. Corre-se o risco tornar ainda mais doloroso e injusto o sistema penal, além de condenar os direitos e dignidade dos acusados/condenados pela prática de delitos.

É necessário mudar o foco de enfrentamento ao delito, não se trata de descobrir causas do delito, mas sim de promover e conseguir maneiras de permitir que essas minorias estigmatizadas possam voltar a ser tratadas com dignidade e respeito. Necessita-se que seja trabalhada a ideia de que aquele que delinquiu não é um um ser estranho que apenas merece punição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVAREZ, Marcos César. A Criminologia no Brasil ou Como Tratar Desigualmente os Desiguais. In: **Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro. vol.45. n.4. 2002. p. 677-704.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. In: **Revista CCJ/UFSC**, nº 30, p. 24-36, ano 16, junho de 1995. Disponível em: <http://periodicos.ufsc.br/index. php/sequencia/article/view/15819> Acesso em out. 2015.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. 6. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal:** introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. e.d. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BERTOLDI, Maria Eugênia; GIESI, Fernanda; FREIRE, Andrea; SANTOS, Luciana. **Psicologia Jurídica Aplicada À Criminologia e sua Relação com o Direito.** Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/967-1095-1-pb.pdf. Acesso em agosto de 2017.

BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. **Fundamentos da Criminologia Crítica**. Curitiba: Juruá, 2010.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. A Criminologia no século XXI. In: **Revista Electrónica del Centro de Investigaciones Criminológicas de la USMP**. 3. ed. Peru, 2007. p. 1-33. Disponível em: <http://www. derecho. usmp.edu. pe/centro_inv_criminologica/revista/revista_electronica3.ht>. Acesso em: 20 mai. 2015

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Criminologia**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1980.

DURKHEIM, Émille. **As regras do método sociológico**. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

GOÉS, Luciano. **A "tradução" de Lombroso na obra de Nina Rodrigues:** o racismo como base estruturante da criminologia brasileira. Rio de Janeiro, Revan: 2016.

GOULD, Stephen Jay. **A Falsa Medida do Homem**. Tradução de Valter Lellis Siqueira.3.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

IFANGER, Fernanda Carolina de Araújo. **Sistema Penal x Sistema Econômico: resenha da obra punição e estrutura social**. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/161-RESENHA-DE-LIVRO. Acesso em jun. 2016.

KILDUFF, Fernanda. O controle da pobreza operado através do sistema penal. In: **Rev. Katál.** Florianópolis v. 13 n. 2 p.240- 249 jul. / dez.2010. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rk/v13n2/11.pdf. Acesso em jun. 2016

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**, volume1: parte geral, art. 1º a 120 do CP. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. ***Punição e estrutura social***. Tradução de Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

PENTEADO, Nestor Sampaio. **Manual Esquemático de Criminologia.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos: o crime e o criminoso, entes políticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

WACQUANT, Loïc. A ascensão do Estado penal nos EUA. In: **Discursos sediciosos**: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Revan, n. 11, p. 15-22, jan. / jun. 2002.

ZAFFARONI, E. Raúl. Criminologia: aproximacion desde un margem. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1998.

Grupo de Trabalho 04

Saúde mental e solução de conflitos

REFLEXOS JURÍDICOS E PSÍQUICOS DO ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO

LEGAL AND PSYCHIC EFFECTS OF THE PSYCHOLOGICAL HARASSMENT AT WORK

*Jaíne Gouveia Pereira França**

*Aline Gouveia Pereira***

Sumário: Introdução; 1. Aspectos históricos e conceituais; 1.1 No âmbito psicológico; 1.2 No âmbito jurídico; 2. Espécies de assédio moral; 3. Comportamentos característicos nas situações de assédio moral nas organizações; 4. Dinâmica intersubjetiva da identidade no trabalho e o processo de adoecimento; 5. Consequências do assédio moral; 5.1Consequências para saúde da vítima; 5.2. Consequências jurídicas; 6. Medidas para prevenir o assédio moral no ambiente laboral; 6.1 Medidas organizacionais; 6.2 Medidas jurídicas; Considerações finais; Referências.

Resumo: O presente artigo mostrará como o assédio moral quando praticado no ambiente corporativo gera efeitos em diferentes áreas do conhecimento, especialmente, Psicologia e Direito. Nesta perspectiva, é importante analisar os reflexos desta agressão sob estes dois ângulos que estão interligados, pois, sabe-se que o trabalhador tem o direito fundamental a condições de trabalhado dignas e saudáveis para seu bem-estar físico e mental, primordiais a um bom desenvolvimento pessoal e profissional. Ocorre que em muitas empresas esses direitos não são respeitados, causando grandes danos aos trabalhadores que repercutem tanto na esfera jurídica como na psique do lesado. O método de procedimento a ser utilizado é o de pesquisas bibliográficas em sites, revistas, jornais, doutrinas, jurisprudências e legislação. Já o método de abordagem é dedutivo, ou seja, parte-se de uma análise geral para extrair conclusões particulares. O estudo abordará aspectos históricos do assédio moral laboral tanto no âmbito jurídico quanto no psíquico, demonstrando quais os efeitos legais decorrem desse ato ilícito e como

* Pós-graduanda direito e processo do trabalho; Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP; jainegouveiap@gmail.com

** Graduada em Psicologia; Universidade de Franca - UNIFRAN; aline6332@gmail.com

essas práticas são nocivas à saúde mental do trabalhador, apontando inclusive algumas formas de se evitar o assédio moral no trabalho.

Palavras-chave: Assédio Moral; Ambiente Corporativo; Saúde Mental. Reflexos; Jurídico.

INTRODUÇÃO

O assédio moral no trabalho pode ser conceituado como a prática reiterada de condutas abusivas e ilícitas que se manifestam através de palavras, atos, comportamentos, escritos, entre outros, de empregados ou empregador e que ocasionam dano à personalidade, à dignidade da pessoa humana e à sua saúde física e mental.

É de suma importância estudar o assédio moral no trabalho que ocorre desde a escravidão, mas somente após estudos da psicologia começaram as regulamentações em outros países e a atenção ao problema, porém no Brasil ainda não há legislação específica que regulamente o tema e a prática é frequente em muitas empresas.

O método de procedimento a ser utilizado é o de pesquisas bibliográficas em sites, revistas, jornais, doutrinas, jurisprudências e legislação. Já o método de abordagem é dedutivo, ou seja, parte-se de uma análise geral para extrair conclusões particulares.

Quanto à estrutura, o artigo abordará um pouco da história do assédio moral no trabalho, discorrendo sobre as diversas espécies existentes. Abordará também as legislações brasileiras as quais é possível enquadrar o assédio moral para fins de punição à empresa e compensação à vítima.

Discorrerá ainda que para a compreensão do assédio moral no trabalho, no âmbito psíquico, é necessário abordar a psicodinâmica da intersubjetividade que considera a identidade como uma construção contínua e que envolve o indivíduo tanto no aspecto pessoal quanto profissional.

O estudo tratará, inclusive, das consequências do assédio moral laboral, tanto para a saúde física e mental do trabalhador, quanto na esfera jurídica, se referindo a possibilidade de rescisões contratuais e indenizações.

Por fim, serão elencadas diversas medidas preventivas, organizacionais e jurídicas, para que haja conscientização nas empresas e efetiva prevenção e punição do assédio moral no ambiente laboral.

1. ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS

1.1 No âmbito psicológico

Segundo Ávila (2009) O termo assédio moral foi utilizado pela primeira vez na área da Biologia, e não surgiu no campo das relações humanas. Mas através das pesquisas realizadas por Konrad Lorenz, na década de 1960. O pesquisador denominou mobbing o comportamento agressivo observado em um grupo de animais de pequeno porte físico em situações de invasões de território por outros animais. O grupo tentava expulsar o invasor solitário por meio de atitudes coletivas e intimidações:

> Os estudos acerca desse fenômeno nas relações de trabalho iniciaram-se a partir das investigações difundidas por Heinz Leymann, pesquisador em Psicologia do Trabalho, que em 1984 publicou um ensaio científico pelo National Board of Occupational Safety and Health in Stokolm, sendo o pioneiro a descrever as consequências do denominado mobbing na esfera da neuropsíquica da pessoa exposta a humilhações e hostilidades no ambiente do trabalho. (ÁVILA, 2009, p.21 apud GUEDES, 2003, p.34).

Ainda, conforme Ávila (2009) o mobbing é considerado como terror psicológico ou psicoterror no conceito de Leymann, no qual a vítima é submetida a um processo de invasão sistemática de seus direitos, conduzindo-a à exclusão do mercado de trabalho, pois torna a vítima incapaz de encontrar um emprego em razão dos desgastes psicológicos suportados no ambiente de trabalho anterior.

O assédio moral, também conhecido como mobbing pode levar a vítima a se distanciar do mercado de trabalho pela incapacidade de encontrar um novo emprego, devido a abalos psicológicos adquiridos em experiências anteriores no ambiente organizacional.

No Brasil, o termo difundido por Margarida Barreto, é assédio moral, utilizado na área acadêmica e entre atores sociais, seguindo o modelo francês de Marie-France Hirigoyen, definido como ataques repetitivos e intencionais de uma pessoa ou grupo a

uma ou mais pessoas, para atormentar, prejudicar e provocar, com efeitos nocivos à saúde. (SOBOLL, 2008)

No conceito de Hirigoyen:

> O assédio moral no trabalho é toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se sobretudo por comportamentos, palavras, atos, escritos que podem trazer dano à personalidade, à dignidade ou a integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho. (HIRIGOYEN, 2006, p.65).

As formas abusivas de tratar o trabalhador caracterizam o assédio moral e afetam diretamente sua saúde física e psíquica, bem como a dignidade e personalidade, dentro e fora do ambiente corporativo.

Conforme Barros (2013, p.355) Assédio moral é, portanto, toda conduta consumada no âmbito das relações de trabalho, com o propósito de, por meio de palavras ou comportamentos, denegrir, ridicularizar ou atingir a honorabilidade dos trabalhadores.

Para Barreto e Heloani (2015) as tensões e conflitos fazem parte da vida de todos, o que vai demandar em significados e sentidos que englobam tanto o corpo físico como o histórico-social, o existencial e as relações de poder, os direitos humanos fundamentais e a dimensão da afetividade ética.

O trabalhador sadio é aquele que apresenta um bom equilíbrio entre corpo e mente; está em harmonia com seu entorno físico e social; controla plenamente suas faculdades físicas e mentais. (BARRETO, HELOANI, 2015, p.554).

Nesta perspectiva, as pessoas possuem seus conflitos diários e inevitáveis. No entanto, o trabalhador para ser considerado saudável, não deve ser apenas isento de doenças, mas ter condições de adquirir equilíbrio entre o físico, psíquico e social.

Complementando o exposto, Jorge destaca:

> A atual tendência de inserir o empregado de tal modo ao ambiente empresarial que o impeça de manifestar os outros domínios de sua existência, acarreta, indiscutivelmente, sérios danos à sua saúde mental, porque, acossado pela necessidade de sobrevivência, já não sabe ao certo o que representa como pessoa; sabe apenas – e muito bem – as obrigações e direitos decorrentes da condição de trabalhador. (JORGE, 2013, p.354).

Dessa forma, o trabalhador que não pode expressar-se como uma pessoa plena no âmbito de sua existência no ambiente organizacional, está sujeito a danos psíquicos,

pois tem conhecimento de seu dever de trabalhador ao mesmo tempo em que se sente perdido com relação ao sentido e representatividade de sua pessoa para a organização.

1.2 No âmbito jurídico

Já no âmbito jurídico, o conceito é semelhante ao relatado no item anterior, porém com o diferencial de que a conduta deve ser reiterada para que haja a caracterização do assédio moral.

Nesse contexto discorre Maurício Godinho Delgado:

> Define-se o assédio moral como a conduta reiterada seguida pelo sujeito ativo no sentido de desgastar o equilíbrio emocional do sujeito passivo, por meio de atos, palavras, gestos e silêncios significativos que visem ao enfraquecimento e diminuição da autoestima da vítima ou a outra forma de tensão ou desequilíbrio emocionais graves. (DELGADO, 2015, p. 696).

Logo, não basta que seja praticado condutas isoladas no ambiente laboral, é necessário que as agressões ocorram frequentemente, no sentido mesmo de perseguição à vítima.

Reforçando o entendimento, para Rodolfo Pamplona Filho (2006, p. 50), o assédio moral é uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica do indivíduo, de forma reiterada, tendo por efeito a sensação de exclusão do ambiente e do convívio social.

Observa-se que como a conduta é reiterada, ela constrange, humilha, atinge por diversas vezes o mesmo indivíduo, fazendo com que ele se sinta excluído do ambiente laboral e que ele se afaste das outras pessoas, minado o seu convívio social.

Quanto a história, pode-se afirmar que os atos caracterizadores do assédio moral existem desde a escravidão, em que os donos dos escravos os tratavam como objetos, com constantes torturas físicas e psicológicas, com perseguições e muitos assassinatos.

Embora as condutas sejam bem antigas, foi somente a partir de estudos na área da psicologia em 1984 com Heinz Leymann é que se iniciou as definições de assédio moral.

Assim, diversos países adotaram legislações regulamentando o assédio moral nas relações de trabalho, assim discorre Lima Filho:

> No âmbito europeu a Suécia, a França, a Finlândia e a Holanda foram os primeiros Estados a estabelecerem em seus ordenamentos jurídicos um marco regulador do assédio moral no âmbito das relações laborais. A Bélgica também editou norma a respeito do *mobbing* (Lei de 11.06.02 - art. 32.3), enquanto na Itália embora não exista ainda uma lei específica de caráter geral sobre o fenômeno, mas apenas uma proposição do Comitê de Trabalho do Senado (Proposição n. 122) ainda não aprovada, na Região do Lácio o assédio moral foi disciplinado. [...] Na Espanha as Leis 51/2003 e 62/2003 tratam assédio discriminatório. (LIMA FILHO, 2007, p. 154).

Assim, os citados países foram adotando regulamentações a fim de coibirem a prática do assédio moral nas relações de trabalho.

Já no Brasil, segundo Fernanda de Carvalho Soares e Bento Herculano Duarte (2014) não existe uma legislação federal específica regulamentando punições para o assédio moral laboral, há apenas leis esparsas instituídas por Estados ou Municípios e ainda restritas ao funcionalismo público.

Entretanto, temos a Constituição Federal de 1988 que embora não se refira especificamente ao assédio moral, contém dispositivos que tutelam a dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> [...]
>
> III - a dignidade da pessoa humana;
>
> IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. (BRASIL, 1988).

E pode-se considerar que o assédio viola claramente o princípio da dignidade humana e atinge drasticamente o os valores sociais do trabalho.

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet dignidade da pessoa humana é:

> A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2012, p. 37).

Dessa forma, quando o trabalhador sofre por assédio moral, ele se submete à tratamento desumano e degradante, prejudicando sua saúde e inviabilizando sua convivência com os demais empregados.

Ademais, segundo Marco Aurélio Aguiar Barreto (2007, p. 117), no artigo 225 da Constituição Federal, consta a segurança do direito a um meio ambiente equilibrado como bem essência à sadia qualidade de vida, o que insere nesse contexto o meio ambiente do trabalho.

Logo, se o operário for assediado ele estará convivendo em um ambiente de trabalho desequilibrado que lhe proporcional mal-estar, prejudicando consequentemente sua saúde.

Há ainda a lei 8.080/90 que dispõe, entre outros aspectos, a promoção, proteção e recuperação da saúde, determinando em seu artigo 2º que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício e no § 2º do mesmo artigo que o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Assim, as empresas também devem adotar medidas para promover e proteger a saúde dos trabalhadores, evitando qualquer atitude que possa prejudicá-la.

Existe também a lei 9.029/95 que segundo Marco Aurélio Aguiar Barreto (2007, p. 119) proíbe qualquer espécie de discriminação que limite a manutenção da relação de emprego, inclusive, tornando possível a reintegração do empregado e ressarcimento pecuniário por considerar eivada de nulidade a despedida.

Na própria CLT também encontramos dispositivos proibitivos de condutas como o dano moral e embora não utilizem exatamente esse termo, é possível fazer o enquadramento pela abrangência da lei.

Nesse âmbito há o artigo 483 da CLT que permite a rescisão contratual e pedido de indenização pelo empregado quando lhe forem exigidos serviços além de suas forças, contrários ao contrato, à lei e aos bons costumes, quando tratado com rigor excessivo, ou ainda se houver contra ele ou pessoa de sua família ato lesivo da honra ou boa fama.

Em síntese, em que pese não haver no Brasil legislação específica sobre assédio moral, é possível reprimir a conduta, enquadrando-a em artigos constitucionais ou infraconstitucionais.

2. ESPÉCIES DE ASSÉDIO MORAL

O assédio moral se divide em várias espécies, podendo ser vertical descendente; vertical ascendente; horizontal; misto; individual; coletivo e institucional, organizacional ou corporativo

O vertical descendente é aquele praticado pelo superior hierárquico e têm como alvo seus subordinados. Segundo Sérgio Pinto Martins (2014, p.29) o superior pretende afirmar-se perante os subordinados. Tenta mostrar que detém poder na organização. Objetiva destacar-se perante seus subordinados ou querer afirmar que ele manda no local.

Já o assédio moral vertical ascendente é o oposto do anterior, em que o assediado é o superior hierárquico.

Sérgio Pinto Martins assim o descreve:

> Pode ocorrer o assédio moral vertical ascendente quando um grupo de subordinados se insurge contra o chefe em razão da forma de chefiar e de utilizar mudanças radicais no sistema de trabalho. Os métodos do chefe não são aceitos pelo grupo. As ordens de serviço não são cumpridas e há hostilidades ao chefe. O objetivo é desestabilizá-lo. Isso ocorre muitas vezes em relação a um chefe que em idade inferior à dos demais funcionários do setor, que não aceitam uma pessoa mais nova determinando regras para pessoas mais velhas ou mais experientes. Um trabalhador pode ser promovido sem que isso seja aceito pelos demais colegas. Pode também ocorrer o assédio com o objetivo de uma pessoa passar a ocupar o assédio com o objetivo de uma pessoa passar a ocupar o cargo do chefe. Esse tipo de assédio moral pode ocorrer em casos de fusão entre empresas ou de uma empresa comprar outra e uma pessoa passar a ser chefe dos seus antigos colegas de trabalho. (MARTINS, 2014).

Assim é perfeitamente possível que o chefe seja assediado e sofra as mesmas consequências que um subordinado, pois embora ele detenha mais poder, ele é uma pessoa comum e sente as mesmas humilhações e constrangimentos que qualquer empregado.

Outra espécie comum, é o assédio moral horizontal, ocorrido entre os próprios colegas de trabalho, assediado e assediador estão no mesmo nível hierárquico. Segundo Denise de Fátima Stlader (2008, p. 77) é o tipo de assédio que ocorre quando dois empregados disputam a obtenção de uma mesmo cargo ou uma promoção, ou quando o empregador, buscando maior produtividade, impulsiona a competição entre os colegas, ou ainda por inveja e inimizades.

Já o assédio moral misto, conforme especifica Sergio Pinto (2014, p. 29), ocorre quando o cerco é feito pelo superior ao subordinado e também entre pessoas que estão no mesmo grau de hierarquia na empresa.

Ainda, segundo o mesmo autor, há também o assédio moral coletivo ativo, em que um grupo assedia uma pessoa e o individual, feito contra uma pessoa específica. (MARTINS, 2014).

Por fim, existe também o assédio moral institucional, organizacional ou corporativo que nas lições de Sérgio Pinto (2014, p. 29) ocorre quando a empresa determina trabalho que implica prejuízo à dignidade dos seus trabalhadores ou na forma como ela organiza o trabalho.

Nesse caso, o assédio acontece por meio de diversas medidas empresariais, como as citadas também por Sérgio Pinto (2014, p.29), quando o empregado tem que pagar prendas por não cumprir metas; revistas íntimas; proibição de uso de banheiro, entre outras.

Observa-se, contudo, que o assédio moral é bem amplo, podendo ocorrer de diversas formas, sendo praticados inclusive por empregados e tendo como alvo também superiores.

3 COMPORTAMENTOS CARACTERÍSTICOS NAS SITUAÇÕES DE ASSÉDIO MORAL NAS ORGANIZAÇÕES

Soboll diz que em função das consequências, os comportamentos que caracterizam o mobbing podem ser listados em cinco grupos, conforme proposto por Leymann. O mobbing afeta as possibilidades do trabalhador para:

> (I) comunicar-se adequadamente: as autoridades fazem ameaças verbais, boatos com o fim de isolar, ataques verbais sobre a qualidade de seu trabalho, fazem o trabalhador silenciar e lhe negam a possibilidade de comunicação adequada.
>
> (II) manter contatos sociais: os colegas o evitam, não falam com ele; as autoridades proíbem que falem com ele; é designado a lugares de trabalho isolados; rejeitado, considerado ninguém.
>
> (III) manter sua reputação pessoal: é submetido a ridicularização e zombaria; caçoam de alguma falta de habilidade, de sua herança étnica, da maneira de se movimentar ou de falar.

> (IV) manter sua situação de trabalho: não designam tarefas ou designam tarefas sem sentido.
>
> (V) manter sua saúde física: designam trabalho perigoso; praticam agressão física e assédio sexual. (SOBOLL, 2008, p.36).

Essa violência no ambiente de trabalho é capaz de afetar a vida do trabalhador não apenas psicologicamente, mas na esfera social, familiar, bem como a saúde e integridade física.

Conforme discorre Jorge, é bastante elucidativa, no particular, a transcrição de trecho do pioneiro estudo realizado pela psicóloga francesa Marie-France Hirigoyen:

> Essa guerra psicológica no local de trabalho agrega dois fenômenos: - o abuso de poder, que é rapidamente desmascarado e não é necessariamente aceito pelos empregados; - a manipulação perversa, que se instala de forma mais insidiosa e que, no entanto, causa devastações muito maiores. O assédio nasce como algo inofensivo e propaga-se insidiosamente. Em um primeiro momento, as pessoas envolvidas não querem mostrar-se ofendidas e levam na brincadeira desavenças e maus-tratos. Em seguida, esses ataques vão se multiplicando e a vítima é seguidamente acuada, posta em situação de inferioridade, submetida a manobras hostis e degradantes durante um período maior. Não se morre diariamente de todas as agressões, mas perde- -se uma parte de si mesmo. Volta-se para casa, a cada noite, exausto, humilhado, deprimido. E é difícil recuperar-se. (...) é a repetição dos vexames, das humilhações, sem qualquer esforço no sentido de abrandá-las, que torna o fenômeno destruidor (...) os que estão em torno, por preguiça, egoísmo ou medo, preferem manter-se fora da questão. Mas quando esse tipo de interação assimétrica e destrutiva se processa, só tende a crescer se ninguém de fora intervier energicamente. (...) O assédio torna-se possível porque vem precedido de uma desvalorização da vítima pelo perverso, que é aceita e até causada pelo grupo. Essa depreciação dá uma justificativa, a posteriori, à crueldade exercida contra ela e leva-a a pensar que ela realmente merece o que está acontecendo. (JORGE, 2013, p.355).

A partir dos dois fenômenos citados, observa-se que o abuso de poder não é bem aceito pelos trabalhadores, mas a manipulação se instala de forma mais discreta, no entanto traz prejuízos ainda maiores para a vítima. No início, as pessoas levam na brincadeira para não demonstrarem que foram ofendidas, mas com o passar do tempo vão sendo submetidas a situações degradantes durante um longo período, sentindo-se acuadas. É a repetição das humilhações que caracterizam o fenômeno como devastador. Esta situação tende a crescer se ninguém de fora intervier. O agressor e muitas vezes o próprio grupo, ao desvalorizarem a vítima, levam-na a acreditar ser merecedora de toda violência sofrida.

4 DINÂMICA INTERSUBJETIVA DA IDENTIDADE NO TRABALHO E O PROCESSO DE ADOECIMENTO

Utilizando como referencial a teoria Psicodinâmica do Trabalho, entende-se que "não há crise psicopatológica que não esteja centrada numa crise de identidade", uma vez que "a identidade constitui a armadura da saúde mental. (SOBOLL, 2008, p.148)

A mesma autora acrescenta que para a compreensão da relação saúde-doença diante do assédio moral e organizacional no trabalho é essencial abordar a dinâmica intersubjetiva da identidade no trabalho:

> Nessa perspectiva, a identidade é constituída permanentemente ao longo da vida do sujeito e está vinculada à noção de alteridade: "é a partir do olhar do outro que nos constituímos como sujeito". Não é o trabalho como atividade que em si mesma produz a identidade. É a oportunidade de encontro entre a subjetividade do trabalhador, a objetividade da tarefa e o olhar do outro que atribui ao trabalho essa função. "A identidade só pode ser conferida pelo olhar do outro", por meio dos mecanismos de reconhecimento. (SOBOLL, 2008, p.148).

Nesse sentido, a identidade é uma construção contínua e subjetiva que ocorre por meio da maneira como o outro nos percebe ao longo da vida, portanto, não é o trabalho em si que poderá produzi-la, mas uma combinação da subjetividade do trabalhador, da tarefa objetiva do trabalho e do reconhecimento do outro.

Assim, ainda segundo Soboll:

> O reconhecimento pode transformar o sentido do trabalho, pois ao ter reconhecido a qualidade, há também o reconhecimento da dedicação e das angústias que envolveram a sua execução. Porém o reconhecimento raramente é conferido de modo satisfatório, o que desestabiliza o referencial em que se apoia a identidade. (SOBOLL, 2008, p.149).

É por meio do reconhecimento de seu esforço e dedicação que o trabalhador constata o sentido da atividade que exerce. Quando não há este reconhecimento a base para a construção da identidade torna-se comprometida.

5 CONSEQUÊNCIAS DO ASSÉDIO MORAL

5.1 Consequências para saúde da vítima

O assédio moral causa graves consequências para a saúde da vítima.

Campos (2006) menciona que o equilíbrio emocional da pessoa e o seu modo de se relacionar com o mundo e com os demais indivíduos podem ser afetados pelo assédio moral. A baixa autoestima, sentimento de impotência e a insegurança geram comportamentos de isolamento, intolerância, frustração e agressividade nos relacionamentos afetivos do indivíduo, inclusive nas relações com familiares.

Desse modo, observa-se como consequência do assédio moral nas organizações a alteração do equilíbrio emocional da pessoa e da maneira de se relacionar com os demais indivíduos. Comportamentos de isolamento e agressividade podem ocorrer nas relações afetivas devido à baixa autoestima e insegurança.

Segundo Barros:

> O assédio moral no trabalho com relação à vítima, traz efeitos desastrosos, pois além de conduzi-la à demissão, ao desemprego, à dificuldade de relacionar-se, há os sintomas psíquicos e físicos, que variam um pouco entre as vítimas, dependendo do sexo. As mulheres são sujeitas, com exclusividade, a crises de choro; são também mais sujeitas a palpitações, tremores, tonturas, falta de apetite, enquanto os homens têm sede de vingança, ideia e tentativa de suicídio, falta de ar e possibilidade de uso de drogas. A depressão, a insônia, a sonolência durante o dia e a dor de cabeça também se encontram presentes em ambos os sexos numa proporção mais equilibrada entre eles. (BARROS, 2013, pg.342).

As vítimas de assédio moral no trabalho podem ter prejuízos que vão desde o pedido de demissão e dificuldades para relacionar-se socialmente até problemas com a saúde física e psíquica. As mulheres são mais suscetíveis a um maior número de sintomas físicos que os homens.

Sob o ponto de vista de saúde, o assediado pode ter crises de choro, ansiedade, dores, palpitações, tremores, sentimento de inutilidade, insônia, aumento de pressão, perda da memória, dificuldade de concentração. (MARTINS, 2014. p.84).

De acordo com Freire entre as consequências, ainda há o transtorno adaptativo:

> A depressão e o transtorno do estresse pós-traumático e a ansiedade generalizada são as doenças psiquiátricas mais frequentemente diagnosticadas em pacientes que sofreram assédio moral. A OMS ainda assinala que há também o chamado 'transtorno adaptativo', que consiste em uma condição psiquiátrica decorrente de uma resposta individual a estressores, juntamente com algumas mudanças sociais na vida do indivíduo afetado. Os sintomas são sinais de

> aflição e incapacidade para trabalhar ou desempenhar outras atividades. (FREIRE apud OMS, 2004, p.16).

A partir destes dados, contata-se que os danos psicológicos decorrentes do assédio moral no trabalho são muitos e podem trazer sérias consequências como a incapacidade de exercer suas funções laborais, assim como outras atividades externas.

5.2 Consequências jurídicas

Além de todos os efeitos físicos e psíquicos narrados anteriormente, o assédio moral também repercute na esfera jurídica.

A vítima do assédio moral pode rescindir indiretamente seu contrato de trabalho por falta grave do empregador, situação comum quando a espécie de assédio praticado é o vertical descendente ou organizacional.

Rescisão indireta, segundo Vólia Bonfim (2017, p. 1094), é a faculdade que possui o empregado de romper o contrato por justo motivo quando o empregador praticar uma das hipóteses previstas em lei como justa causa.

E o artigo que descreve as hipóteses de justa causa para rescisão por ato do empregado é o 483 da CLT e segundo Denise de Fátima Stadler (2008, p. 85), muitos comportamentos descritos como de assédio moral podem ser enquadrados em várias alíneas do art. 483 da CLT, da rescisão indireta, como rigor excessivo, perigo manifesto de mal considerado e o descumprimento de obrigações contratuais.

Nesse sentido também discorre Maurício Godinho Delgado:

> O assédio moral perpetrado pelo empresário ou suas chefias constitui infração do empregador, que pode se capitular, por exemplo, em qualquer de três alíneas do art. 483 da CLT (preceito que regula a rescisão indireta do contrato de trabalho). Cite-se, por exemplo, a alínea “a": exigência de serviços superiores as forças do trabalhador: defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato. Cite-se também a alínea “b": tratamento do trabalhador com rigor excessivo, por parte do empregador ou superior hierárquico do obreiro. Cite-se, finalmente, a alínea “e”: pratica pelo empregador; ou seus prepostos, contra o empregado ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama".
>
> Sendo cometido por colegas de trabalho contra outro trabalhador, pode ser capitulado na alínea in fine (mau procedimento), ou na alínea (ato lesivo da honra ou de boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa...) do art. 482 da CLT, constituindo infração do (s) trabalhador (es) assediador (es). (DELGADO, 2015).

Observa-se então que é perfeitamente possível que a vítima do assédio moral rescinda seu contrato de trabalho e pleiteie todas as verbas rescisórias que são devidas na despedida pelo empregador sem justa causa, como aviso prévio, décimo terceiro, férias mais um terço, fundo de garantia, multa de 40%, entre outras.

E mesmo quando o empregador não saiba da ocorrência do assédio moral, ou seja, se o assédio for cometido por colegas de trabalho, assédio moral horizontal, é possível a responsabilização do empregador, pois de acordo com Godinho (2015, p. 1325) a ele compete a atribuição de criar e manter ambiente hígido de trabalho no estabelecimento e na empresa (nesta Linha, as regras dos arts. 29, caput e 157 da CLT).

É possível enquadrar também no artigo 225 da Constituição Federal sobre a obrigação de propiciar um meio ambiente equilibrado e no artigo 2º § 2º da lei 8.080/90, pois a promoção e proteção da saúde também é dever do empregador.

Outrossim, o pleito das verbas rescisórias decorrentes da rescisão indireta, em casos de assédio moral por discriminação, pode ser fundamentado no artigo 4º da lei 9.029/95 que faculta ao empregado que tiver sua relação de trabalho rompida por ato discriminatório requerer a percepção em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida de juros. (BRASIL, 1995).

Além da possibilidade da rescisão indireta e o recebimento de todas as verbas rescisórias, o assediado também pode pleitear judicialmente a indenização por danos morais decorrentes do assédio moral, quando, segundo Godinho (2015, p.696) atingir o próprio núcleo do patrimônio moral da pessoa da pessoa humana que vive do trabalho.

E para fundamentar o pleito de indenização por danos morais, pode-se invocar o artigo 5º, inciso X da Constituição Federal que determina ser 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 (BRASIL, 1988), cumulando-os ainda com os artigos 186 e 927 do Código Civil que dispõe a obrigação de reparar o dano de todos que cometerem ato ilícito causando danos a outrem.

Ademais, cabe argumentação com base nos incisos III e IV do artigo 1º da Constituição Federal que versam sobre a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho.

Quanto ao dano moral, o empregador também é responsável pela indenização ainda que não tenha sido ele o autor do ato, mas seus empregados ou prepostos, por força do artigo 932 do Código Civil.

Corroborando com a argumentação dispõe Sônia Mascaro Nascimento:

> De acordo com os arts. 932, III, 933, 934 E 935 do Código Civil vigente os quais devem ser combinados com os arts. 1521, III, 15222 e 1523 do mesmo diploma legal, o empregador responde pelos danos que causar a terceiros em decorr1~encia de obrigação contraída pela empresa, firmando relações jurídicas nacionais ou internacionais, por atos praticados por seus empregados ou prepostos, nacionais ou estrangeiros, com fundamento nas culpas in vigilando e in elegendo, entendimento ratificado pela súmula n. 341 do Supremo Tribunal Federal. (NASCIMENTO, 2011, p. 165).

Assim, caso o empregado ingresse com ação judicial solicitando indenização por danos morais, mesmo que o ato tenha sido cometido sem o conhecimento do empregador, ele deverá arcar de imediato com a indenização e segundo Sônia Mascaro Nascimento (2011, p. 167) poderá descontar eventuais prejuízos causados pelo referido empregado, quando este tiver agido com dolo ou se houver permissão por meio de contratos individuais ou coletivos de trabalho, firmado no curso da relação laboral ou no ato da contratação.

Cabe, ainda, ao empregador ingressar com ação de regresso contra o empregado ou preposto autor do ato ilícito desde que tenham agido com dolo ou culpa, conforme entendimento do Enunciado nº 44 da primeira Jornada de Direito Civil do centro de estudos judiciários do Conselho da Justiça Federal.

Por todo exposto, conclui-se que o trabalhador, vítima do assédio moral não ficará desemparado, sendo possível rescindir seu contrato de trabalho e pleitear judicialmente indenização por danos morais decorrentes do ato ilícito, indenização esta que deverá ser paga pelo empregador, ainda que a prática seja de autoria de seu empregado e que não se tenha ciência do ocorrido, por isso é de extrema importância que o empregador adote medidas afim de coibir qualquer prática de assédio moral no ambiente corporativo, conforme se verificará no próximo capítulo.

6 MEDIDAS PARA PREVENIR O ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE LABORAL

6.1 Medidas organizacionais

Após análise dos conceitos e consequências do assédio moral no trabalho para a saúde mental do trabalhador, torna-se relevante pensarmos em medidas preventivas, a fim de evitar maiores transtornos para as pessoas envolvidas.

Dessa forma, o Ministério da Saúde avaliando as consequências do assédio para a vida do indivíduo lançou uma cartilha denominada Assédio Moral: conhecer, prevenir, cuidar (Brasil, 2015) que tem como objetivo desenvolver ações para a promoção da saúde do trabalhador e manutenção de ambientes laborais mais saudáveis.

> Promover saúde nos locais de trabalho é aprimorar a capacidade de compreender e analisar o trabalho de forma a fazer circular a palavra, criando espaços para debates coletivos. A gestão coletiva das situações de trabalho é critério fundamental para a promoção de saúde e a prevenção de adoecimento. Trata-se de compreender as situações nas quais os sujeitos trabalhadores afirmam a sua capacidade de criação e de avaliação das regras de funcionamento coletivo instituídas nas organizações de saúde. (BRASIL, 2011, p. 33).

Nesta perspectiva, os autores expõem a importância do diálogo e da compreensão no ambiente organizacional, o que pode ocorrer por meio de debates coletivos. A promoção de saúde torna-se possível através da gestão coletiva e criação de espaços para que os trabalhadores possam demonstrar e desenvolver sua capacidade criativa.

Corroborando com o exposto, segue instruções do Ministério da Saúde:

> As ações de prevenção das violências institucionais, como o assédio moral, passam por ações coletivas e solidárias. Alguns autores sugerem como medidas preventivas:
>
> Criação de um clima social com uma atmosfera aberta e respeitosa, com tolerância à diversidade, em que a existência de frustração e o atrito são aceitos, mas também propriamente administrados.
>
> Garantia que os estilos de liderança e as práticas administrativas na organização são aplicados a todos os funcionários de forma igual, garantindo tratamento justo e com respeito, e que a sensibilidade para necessidades pessoais e a vulnerabilidades são levadas em conta.
>
> Garantia de que os gestores tenham acesso às ações educativas para administrar conflitos.
>
> Criação de ambientes profissionais com metas, regras e responsabilidades claras e nítidas.
>
> Criação e manutenção de cultura organizacional em que o assédio moral e os maus-tratos aos servidores não são tolerados. (BRASIL, 2015 p.17).

De acordo com as orientações do Ministério da Saúde (2015) encontrar ambientes que favoreçam o diálogo, a participação, a ética, a transparência, o respeito à diversidade e a valorização do trabalhador, objetivando a saúde dos trabalhadores constitui-se no desafio institucional para evitar a violência no trabalho.

Os trabalhadores também podem assumir atitudes que contribuam para evitar a violência, buscando informações sobre o assédio moral e a violência no trabalho e resolvendo os conflitos pelo diálogo, se necessário com a presença de um mediador. (BRASIL, 2015 p.19).

Como bem relatou o Ministério da Saúde, para a prevenção das violências institucionais, é importante a criação de um ambiente organizacional voltado para o diálogo, respeito à diversidade e valorização do trabalhador.

6.2 Medidas jurídicas

Além das medidas já citadas anteriormente, as empresas também podem adotar medidas jurídicas para a prevenção e punição do assédio moral laboral.

Nesse contexto, discorre Sônia Mascaro Nascimento:

> [...] podemos elencar no ordenamento jurídico brasileiro algumas ferramentas que podem ser de grande valia à prevenção do assédio moral. Uma delas são as convenções e acordos coletivos de trabalho, verdadeiros instrumentos normativos dotados de força e reconhecimento constitucional para negociar melhores condições de trabalho. (NASCIMENTO, 2011, p. 138).

Amauri Mascaro Nascimento afirma que as convenções coletivas de trabalho desempenham um papel impulsionador da lei, uma vez que diversos direitos trabalhistas nascem naquela s e depois passam para esta. [...]. Permitem ajuste de detalhes inadequados para a lei. (NASCIMENTO, 2000, p. 86).

Assim, é perfeitamente possível que sindicatos organizem convenções coletivas ou acordos coletivos com os empregadores dispondo de medidas preventivas que deverão ser adotas pelas empresas a fim de orientar, coibir e punir práticas de assédio moral no trabalho, pois ainda segundo Amauri Nascimento (2000, p. 86), as convenções coletivas de trabalho são dotadas de efeito normativo e obrigacional sobre as entidades signatárias quanto aos direitos e deveres que nessa qualidade fixarem entre si.

Grandes empresas multinacionais, como a Volkswagen na Alemanha, já possuem normas deste caráter, proibindo, por exemplo, que um empregado espalhe boatos (SCHMIDT, 2001, p. 154).

Logo as normas coletivas são de grande valia, essencialmente após a entrada em vigor da lei 13.467/2017, também conhecida como reforma trabalhista, pois o artigo 611-A dessa lei determina que as convenções e acordos coletivos valerão mais que a própria lei, em determinados casos.

Além das convenções e acordos coletivos, seria interessante também criar um órgão dentro da própria empresa para informar e tratar sobre questões de assédio moral.

Nesse sentido discorre Martha Halfeld Furtado Mendona Schmidt:

> Com relação à formação de organizações internas da empresa, poder-se-ia criar, ao menos nas empresas de médio e grande porte, um conselho composto de membros eleitos e designados pelos empregados representativos de todas as categorias profissionais presentes na empresa, incluindo-se até um representante do sindicado de trabalhadores, que estaria mais isento de eventuais retaliações, por ser alheio àquele ambiente, para a discussão e análise de situações de assédio moral, em reuniões periódicas, no intuito de incutir medo da punição no eventual assediador e de proteger o eventual assediado. (SCHMIDT, 2001, p. 155).

Dessa forma, o conselho seria muito eficaz, pois permitiria a conscientização de todos os empregados da empresa sobre a ilicitude e consequência do assédio moral e possibilitaria que eventuais conflitos fossem resolvidos no âmbito interno, evitando ações judiciais.

Enfim, todas as práticas descritas tanto no âmbito organizacional quanto no jurídico são relevantes para coibir as práticas de assédio moral nas empresas e evitar ou diminuir a responsabilização judicial do empregador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após todo o exposto, observa-se que assédio moral é uma prática antiga e que começou a ser regulamentado por diversos países somente em 1984 após os estudos de Heinz Leymann. Entretanto, no Brasil não há legislação específica, mas há como enquadrar o assédio moral em artigos constitucionais como à dignidade da pessoa

humana, valores sociais do trabalho, meio ambiente equilibrado, direito à honra e imagem e em leis infraconstitucionais, como a lei 8.080/90 (dispõe sobre a prevenção e proteção à saúde), lei 9.025/95 (proíbe práticas discriminatórias no trabalho) e a própria CLT.

No âmbito da responsabilidade do empregador, ela subsiste com base nos artigos 932, III, do Código Civil e na CLT e ocorre mesmo quando o assédio seja cometido por funcionários de mesmo nível hierárquico, sem a ciência do empregador.

Há diversas espécies de assédio moral, como o vertical descendente, do chefe para com o subordinado; o vertical ascendente, dos subordinados para com o chefe, o horizontal, entre empregados do mesmo nível hierárquico; o misto praticado por superior e outros empregados para com um subordinado; o moral coletivo ativo, quando um grupo assedia um indivíduo; o individual, feito com determinada pessoa e por fim o institucional quando o trabalho imposto pela empresa prejudica os trabalhadores.

A prática gera sérias consequências físicas e psíquicas para o trabalhador que vão desde ansiedade a quadros depressivos. A partir da tendência de inserir o indivíduo no mercado de trabalho sem considerá-lo como uma pessoa de valores e necessidades individuais, torna o assédio frequente e suas consequências cada vez mais desastrosas para as vítimas desta violência.

A identidade do trabalhador é construída ao longo de sua vida e esta não pode ser vista de forma dissociada nos âmbitos pessoal e profissional. Esta construção está pautada no reconhecimento do indivíduo como uma pessoa plena em sua existência. No entanto, muitas vezes esse reconhecimento não ocorre, o que torna este processo psíquico comprometido e traz consequências para a saúde mental do trabalhador.

Assim, quando o trabalhador é impedido de expressar-se para além de suas funções laborais, sente-se perdido, não reconhece sentido na função que exerce e na sua representatividade como pessoa para a organização.

Já no âmbito jurídico, o assédio moral ocasiona a possibilidade de rescisão indireta fundamentada pelo artigo 483 da CLT e o pleito judicial de indenização por danos morais decorrentes de ato ilícito conforme prevê os artigos 186 e 927 do Código Civil.

Assim para que o empregador evite demandas judiciais por assédio moral, é preciso que ele adote ferramentas para coibir e punir práticas de assédio moral. É fundamental exercer o diálogo, respeito à diversidade, ética e compreensão no ambiente

laboral. É necessário, ainda, a regulamentação em convenções e acordos coletivos e a formação de um conselho responsável em realizar palestras informativos sobre o conceito, condutas e consequências do assédio moral, e receber denúncias, mediar conflitos, advertir e punir o agressor e proteger a vítima.

Por todo exposto, é de extrema importância e urgência que as empresas adotem as medidas elencadas, pois somente quando empregador e empregados se conscientizarem do que é assédio moral, dos graves e irreversíveis danos que ele causa ao alvo e que existem meios para responsabilizar e punir o agressor, é que haverá a efetiva minimização do assédio moral no trabalho, proporcionando ambientes laborais saudáveis e condições dignas de trabalho.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Maria Rita Manzarra Garça. **Assédio moral: problema antigo, interesse recente**. 2008. Disponível em: http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/23353-23354-1-PB.pdf. Acesso em: 20/09/2017;

ÁVILA, Rosemari Pedrotti de. As consequências do assédio moral no ambiente do trabalho. São Paulo: LTr, 2009. 160 p;

BARRETO, Marco Aurélio Aguiar. **Assédio moral no trabalho: da responsabilidade do empregador – perguntas e respostas.** São Paulo: LTr, 2007;

BARROS, Alice Monteiro de. Assédio moral. In: FERREIRA, Januário Justino (Coord.); PENIDO, Laís de Oliveira (Coord.). Saúde mental no trabalho: coletânea do Fórum de Saúde e Segurança no Trabalho do estado de Goiás. Goiânia: Cir Gráfica, 2013;

BOMFIM, Vólia**. Direito do trabalho**. 14ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método. 2017;

BOTELHO, Silvane Prisco Côrrea. **Assédio moral no ambiente de trabalho**. 2006. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1452. Acesso em: 20/09/2017;

BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. 168p;

BRASIL. Decreto Lei 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 21/09/2017;

BRASIL. Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em: 21/09/2017;

BRASIL. Lei 9.025 de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM. Acesso em: 21/09/2017;

BRASIL. Lei n 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 14 jul. 2017. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 21/09/2017;

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. Subsecretaria de Assuntos Administrativos. Assédio moral: conhecer, prevenir, cuidar. Brasília, 2015;
CAMPOS, Rose. Assédio moral e constante. *Psique*: Ciência e Vida, ano I, n. 4. São Paulo: Escala, 2006;

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 14 ed. São Paulo: LTr, 2015;

FAÇANHA, Raimunda Célia de Oliveira. **O assédio moral nas relações de trabalho**. Monografia apresentada à Faculdade Cearense parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito. 2014. Disponível em: https://www.faculdadescearenses.edu.br/biblioteca/TCC/DIR/O%20ASSEDIO%20MORAL%20NAS%20RELACOES%20DE%20TRABALHO.pdf. Acesso em: 20/09/2017;

FREIRE, Paula Ariane. **Assédio moral e saúde mental do trabalhador**. **Trab. educ. saúde**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 367-380, outubro de 2008. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-77462008000200009&lng=pt_BR&nrm=iso>. Acesso em 26 de setembro de 2017;

HELOANI, José R. Montes; BARRETO, Margarida M. Silveira; **Violência, saúde e trabalho: a intolerância e o assédio moral nas relações laborais**, 09/2015*, Serviço Social & Sociedade,* Vol. 123, pp.544-561, São Paulo, Brasil, 2015;

HIRIGOYEN, M. F. **Assédio moral: a violência perversa no cotidiano**. 8 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006;

JORGE, Manoel; Silva Neto. **Assédio moral, saúde mental do trabalhador e atuação do Ministério Público do Trabalho.** FERREIRA, Januário Justino (Coord.); PENIDO, Laís

de Oliveira (Coord.). Saúde mental no trabalho: coletânea do Fórum de Saúde e Segurança no Trabalho do estado de Goiás. Goiânia: Cir Gráfica, 2013;

MARTINS, Sérgio Pinto. **Assédio Moral no emprego**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014;

MELO, Raul Henrique Beserra; Melo, Ruana Beserra; ISAÍAS, Stéfani Linhares. **A evolução histórica do assédio moral nas relações de trabalho no Brasil e no mundo. 2017.** Disponível em: https://jus.com.br/artigos/57476/a-evolucao-historica-do-assedio-moral-nas-relacoes-de-trabalho-no-brasil-e-no-mundo. Acesso em 15/09/2017;

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 26 ed. São Paulo: LTr, 2000;

NASCIMENTO. Sônia Mascaro. **Assédio Moral**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011;

SCMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça. **O assédio moral no direito do trabalho.** São Paulo: Revista Direito do Trabalho, v. 27, n. 103, jul/set. 2001; SOARES, Fernanda de Carvalho;

DUARTE, Bento Herculano. **O assédio moral no ordenamento jurídico brasileiro**. 2014. Disponível em: http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1309397/Ass%C3%A9dio+moral+nas+rela%C3%A7%C3%B5es+de+trabalho/2f21e360-7ff2-4a1e-abf3-c65128a17a92?version=1.2. Acesso em 20/09/2017;

SOBOLL, Lis Andréa Pereira. **Assédio moral/organizacional**: uma análise da organização do trabalho. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008;

STADLER, Denise de Fátima. **Assédio moral**: uma análise da teoria do abuso de direito aplicada ao poder do empregador. São Paulo: LTr, 2008.

A SAÚDE MENTAL NO CÁRCERE BRASILEIRO: UMA ANÁLISE JURÍDICA E PSICOLÓGICA

MENTAL HEALTH IN BRASILIAN PRISON: A LEGAL AND PSYCHOLOGICAL ANALYSIS

*Nathália de Assis Camargo Franco**

Sumário: Introdução; 1. O agente penitenciário; 2. Psicologia social; 3. Kurt Lewin e a saúde mental; 4. A saúde mental e os agentes penitenciários; 5. Metodologia; 6. Considerações finais; Anexos.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo mostrar o cárcere brasileiro, com foco na saúde mental dos agentes penitenciários. Essa é uma realidade esquecida pelo governo, pelos pesquisadores e pela sociedade em geral e, por isso, busca-se, aqui, dar mais visibilidade à categoria, proporcionando-lhes um acompanhamento psicológico para uma efetiva ressocialização dos presos. A maioria dos estudos foca nos presos, deixando de lado aqueles que lidam com os eles. O ambiente carcerário é um ambiente de muita tensão e riscos e, por isso, é fundamental que se dê atenção aos agentes que trabalham nesse ambiente e que, via de regra, não são valorizados. Essa classe é imprescindível para a segurança e ressocialização dos presos.

Palavras-chave: Direito; Pesquisa Empírica; Cárcere; Saúde Mental.

Abstract: The purpose of this article is to show the Brazilian prison, focusing on the mental health of prison staff. This is a reality that is forgotten by the government, researchers and society in general and, therefore, we seek, here, to give more visibility to the category, providing a psychological support to the agents, so that we can talk about ressocialization of prisoners. Most studies focus on prisoners, leaving behind those who deal with prisoners. The prison environment is an environment wiht a lot of tension and many risks and, therefore, it's fundamental tha attention is paid to agents

* Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – FDRP/USP, São Paulo (Brasil).

who work in this ambiente and who, as a rule, are not valued. This class is essential for the safety and for re-socialization of prisoners.

Keywords: Law; Empirical Research; Prison; Mental Health.

INTRODUÇÃO

O cárcere brasileiro é muito negligenciado pelo governo e pela sociedade. Além da grande população carcerária, há inúmeros problemas nesse contexto que ficam escondidos e, assim, nunca são resolvidos. O número de agentes penitenciários é muito menor do que o recomendado pela lei (DEPEN, 2014) e isso faz com que eles fiquem constantemente em alerta, já que o risco de rebeliões e violência é grande. Com isso, o nível de estresse dos agentes é muito alto e muitos desenvolvem diversos problemas comportamentais, chegando, em casos extremos, a cometer suicídios (SILVA, 2017).

Diante disso, é urgente que haja uma providência em relação ao cárcere. É inadmissível que agentes se suicidem por conta do serviço extremamente desgastante e das condições precárias. Não é possível falar em ressocialização dos presos, a qual é o objetivo principal do cárcere, se nem mesmo os agentes que lidam com eles possuem uma boa saúde mental. Um acompanhamento psicológico desses agentes torna-se imprescindível para melhorar a saúde deles e poder proporcionar um ambiente de trabalho mais saudável.

Dentro do ambiente carcerário, na maioria das vezes, dá-se o foco aos presos. Antes de cuidar destes, é preciso dar suporte àqueles que irão lidar com esses presos, que são os agentes penitenciários. O número de suicídios de agentes no ano de 2017 foi exorbitante e nem mesmo esses números trouxeram a atenção das autoridades aos agentes. Um ambiente de trabalho deve ser sadio, com as mínimas condições e o mínimo de suporte, o que não é o que acontece na prática no país atualmente.

1. O AGENTE PENITENCIÁRIO

O agente penitenciário é o profissional responsável por salvaguardar a sociedade civil. Ele promove a cidadania e possui papel de ordenador social (SAP, 2017,

p. 5). Seu ambiente de trabalho é o ambiente carcerário, em que há diversos setores, como enfermaria, gaiola[1], pavilhão, portaria, entre outros (LOURENÇO, 2010).

Para se tornar agente penitenciário, independentemente do posto que o candidato vá ocupar, ele deve passar no concurso público para tal profissão, promovido pela Secretaria de Administração Penitenciária. O concurso abrange uma prova escrita (feita pela Vunesp), uma prova de condicionamento físico, um teste de aptidão psicológica e uma investigação social (MORETTI, 2017). Depois de aprovado, o agente passará por um treinamento e, quando começar a trabalhar na penitenciária, será designado ao posto de trabalho.

O livro "Diário de um agente de segurança penitenciária" retrata essa designação. "Bom dia, primeiramente irei apresentar todos os setores da carceragem e depois vocês serão escalados cada um para o seu setor de trabalho no plantão de hoje e no final da tarde conversaremos sobre todas as ocorrências do dia" (GIMENES, 2015, p. 35).

Para o presente artigo, não há distinção entre os agentes penitenciários de cada setor, já que todos têm contato com os detentos e há revezamento de setores. Sendo assim, considera-se agente penitenciário aquele que foi aprovado no concurso de agente penitenciário, independente do cargo ou da função.

2. PSICOLOGIA SOCIAL

Todas as pessoas vivem em sociedade, dependendo umas das outras. A interação entre as pessoas influencia nas ações de cada uma delas, induzindo a determinados atos ou reações, os quais não seriam os mesmos se não houvesse essa influência.

Philip Zimbardo, professor da Universidade de Standford desde 1968, fez um experimento, em que criou uma espécie de prisão com 24 participantes. Estes se dividiam entre presos e guardas. Um experimento para durar 15 dias não durou nem uma semana, pois começou a se observar casos de violência, depressão, ameaças, mesmo tendo sido proibida a agressão física (LOURENÇO, 2010).

[1] Espaço que serve de intercomunicação entre um setor da instituição e outros, como no acesso aos pavilhões de residência dos presos (LOURENÇO, 2010, p. 114).

Para Zimbardo, se se colocar pessoas boas em uma situação infernal, esta sempre vencerá. Segundo ele, uma prisão tem forças poderosas que se sobrepõem a anos de socialização. Essa prisão fictícia reflete a situação carcerária atual: muita violência e muito estresse, mesmo havendo pessoas civilizadas dentro dela (LOURENÇO, 2010, p. 34).

Sobre esse experimento, há um filme chamado "The Stanford Prison Experiment", de Brent Emery, Lizzie Friedman, Christopher McQuarrie, Lauren Bratman, Karen Lauder e Greg Little. Foi produzido também um livro, de autoria de Philip Zimbardo, "The Lucifer effect", que retrata o experimento.

> Chegamos ao fim de nossa jornada através dos lugares escuros que aprisionam as mentes dos nossos companheiros de viagem. Nós testemunhamos as condições que revelam o lado brutal da natureza humana e fomos surpreendidos pela facilidade e extensão para o qual as pessoas boas podem tornar-se tão cruéis para com os outros. Nosso foco conceitual tem tentado entender melhor como ocorrem tais transformações. Apesar de o mal poder existir em qualquer cenário, nós olhamos mais de perto a sua criação nas prisões e nas guerras. Tornam-se tipicamente diversos, em que autoridade, poder e domínio são misturados e, quando cobertos pelo segredo, suspendem nossa humanidade e nos roubam as qualidades que nós, seres humanos valorizamos mais: cuidar, ter gentileza, cooperação e amor[2] (ZIMBARDO, 2007, tradução nossa).

Assim, a Psicologia Social pode ser definida como "o estudo científico de manifestações comportamentais de caráter situacional suscitadas pela interação de uma pessoa com outras pessoas ou pela mera expectativa de tal interação, bem como dos processos cognitivos e afetivos suscitados pelo processo de interação social" (RODRIGUES, 2000).

Sendo assim, a Psicologia Social estuda a interação entre as pessoas e entre as pessoas e o meio em que elas estão inseridas, analisando o reflexo dessa interação em suas ações. Com isso, evidencia-se a importância que o meio tem na vida das pessoas e o seu reflexo nas atitudes delas.

[2] We have come to the end of our journey through the dark places that imprison the minds of our fellow travelers. We have witnessed the conditions that reveal the brutal side of human nature and have been surprised by the ease and the extent to which good people can become so cruel to others. Our conceptual focus has been on trying to understand better how such transformations take place. Although evil can exist in any setting, we have looked most closely into its breeding ground in prisons and wars. They typically become crucibles, in which authority, power, and dominance are blended and, when covered over by secrecy, suspend our humanity, and rob us of the qualities we humans value most: caring, kindness, cooperation, and love.

A cognição social, um dos ramos da Psicologia Social, é a análise de como as pessoas são influenciadas pelo meio em que estão, ou seja, além de a interação com os outros influenciar nas ações das pessoas, o próprio ambiente tem uma determinação nessas ações.

Em qualquer circunstância que a pessoa esteja, ela codifica informações do contexto social em que está inserida, interpreta e elabora essa informação através de processos de avaliação e representa esse conhecimento em memória para mais tarde recuperá-lo e utilizá-lo em processos de pensamento e julgamento, guiando, assim, o comportamento (GARRIDO; AZEVEDO; PALMA, 2011).

3. KURT LEWIN E A SAÚDE MENTAL

Por toda a sua carreira, Kurt Lewin se dedicou em descrever o comportamento humano dentro de seu contexto social e físico. Seu conceito de psicologia era prático. Seu conhecimento sobre a teoria de campo da física fez com que ele imaginasse que as atividades psicológicas também ocorrem dentro de um campo psicológico, chamado Teoria do Espaço Vital (PSICOSOPHIA, 2014).

O conceito de espaço vital de Kurt Lewin refere-se aos fatos que determinam o comportamento do indivíduo em certo momento (EVANGELISTA, p., 2010). Esses fatos incluem as pessoas e o meio, sendo este o meio fenomenológico, ou seja, o ambiente em que a pessoa está inserida.

Outro estudo de Lewin foi sobre o comportamento social das pessoas em relação ao meio. Para isso, ele fez uma analogia com as engrenagens de uma máquina. A sincronia do mecanismo de um relógio é o resultado da precisa mensuração do espaço tempo, mas se uma engrenagem quebrar, mesmo tendo funcionado corretamente no passado, o relógio se tornará impreciso, pois suas partes são interdependentes. O relógio depende de energia, das engrenagens e do ponteiro para funcionar, além do espaço onde ele esta inserido: o defeito (quebra da engrenagem) resultou de uma queda que o relógio sofreu. Contudo, o relógio pode ser consertado e voltar a funcionar no futuro. No momento do diagnóstico, a queda do relógio é um evento passado e o conserto, um evento futuro, ambos presentes no campo. Assim também o comportamento humano não depende só do presente, mas também do passado e do futuro (PSICOSOPHIA, 2014).

Lewin estende a teoria de campo, incluindo em sua concepção a família, os grupos sociais, a pessoa, entre outros. Para ele, o meio seria uma teia de relacionamentos e todas essas atividades ocorrem no campo psicológico chamado espaço vital, o qual é a interação entre indivíduo e ambiente. Além disso, o campo da pessoa engloba tanto os fatos presentes, quanto os passados e os futuros.

Entende-se por campo o conjunto de realidades físicas e psicológicas, em mútua interdependência. Em uma conotação mais restrita, é o espaço de vida, em que se destacam a pessoa e o ambiente (LOURENÇO, 2010, p. 29).

Segundo a teoria de campo, o comportamento humano depende de dois fatores: da totalidade dos fatos existentes e do campo dinâmico de forças. Este é o chamado campo psicológico, que é o espaço de vida da pessoa e seu ambiente psicológico. O modelo de comportamento proposto por essa teoria é representado pela equação:

$C = f (P, M)$

Nesta equação, (C) é o comportamento, sendo resultado da função (f) interação entre a pessoa (P) e o seu meio externo (M). Assim, a pessoa é representada pelas suas características genéticas e pela sua aprendizagem em contato com o meio (PORTAL EDUCAÇÃO, 2013).

Dessa maneira, pode ser inserido também no conceito de campo, o ambiente de trabalho. Este influencia na vida das pessoas da mesma maneira que a família e os grupos sociais. Logo, todos estes fatores são fundamentais para a saúde mental do indivíduo.

O espaço de trabalho determina muitas ações das pessoas. Um ambiente de trabalho saudável é fundamental para a saúde mental das pessoas, já que elas passam a maior parte do tempo nesse ambiente.

4. A SAÚDE MENTAL E OS AGENTES PENITENCIÁRIOS

Os agentes penitenciários são responsáveis por salvaguardar a sociedade civil. Para isso, eles fazem o tratamento penal, a manutenção da segurança, a vigilância, e a custódia da pessoa presa nos sistema prisional durante a execução da pena de prisão ou da medida de segurança (SAP, 2017, p. 5).

Pesquisa realizada pelo Instituto de Ciência e Tecnologia da Universidade de Manchester na Inglaterra, realizada em 1987, procurou demonstrar o nível de estresse

de cada profissão, atribuindo uma nota. A escala variava de 0 a 10 e o nível de estresse laboral dos funcionários penitenciários era de 7,5, ocupando a terceira posição das profissões mais sujeitas ao estresse decorrente do trabalho (LOURENÇO, 2010, p. 54).

Em estudo feito por Tartaglini & Sanfran em 1997, o nível de estresse debilitante é mais alto entre os agentes penitenciários. Entre estes, os níveis de ansiedade, distúrbios de comportamento e abuso do álcool são mais altos do que os níveis da população em geral. A prevalência de distúrbios emocionais é de 18,6% entres esses trabalhadores (FERNANDES et al., 2002, p. 2).

Um estudo realizado com agentes penitenciários da região metropolitana de Salvador (FERNANDES et al., 2002, p. 5) revelou que a maioria dos agentes não foi treinada para a função. Suas atividades são muito complexas e lidar com infratores exige uma prévia preparação. Um treinamento adequado é imprescindível para que o agente saiba como exercer sua autoridade sem recorrer à violência. Assim, essa falta de preparo faz com que o agente não saiba lidar com os problemas do dia-a-dia do trabalho, culminando em uma desestabilidade emocional, sendo, pois, uma situação alarmante.

Além disso, esse estudo mostrou que as condições de trabalho, a jornada excessiva, outros aspectos da organização do trabalho e um maior tempo no sistema estão associados com a prevalência de distúrbios psíquicos. A indisponibilidade de tempo para o lazer e a ausência de prática de esporte também corroboram para esses distúrbios. Outro aspecto a ser analisado é a atividade extra, remunerada, nas horas de folga. Esta pode prejudicar os agentes e provocar mais estresse.

O Sindicato dos Agentes de Vigilância e Escolta Penitenciária de São Paulo (Sindespe) apontou para um aumento do número de suicídios de agentes penitenciários no ano de 2017 em relação aos três últimos anos, desde quando a entidade começou a fazer o levantamento. No ano de 2016, houve cinco suicídios, enquanto que até setembro de 2017, já foram sete suicídios (aumento de 40%) (STOCHERO, 2017).

Além disso, o sindicato fez um relatório com dados do Departamento de Perícias Médicas Estado de São Paulo mostrando que mais de 6,7 mil servidores se afastaram por problemas de saúde (27% do total dos servidores da Secretaria de Administração Penitenciária). Desse total, 2.982 dos afastamentos foram por transtornos mentais e comportamentais (STOCHERO, 2017).

A Organização Mundial da Saúde (OMS) define saúde como não só a ausência de doença, mas também a situação de perfeito bem-estar físico, psíquico e social

(ANDRADE, Daiana Souza, 2015). O ambiente de trabalho precisa abarcar boas condições psicológicas e sociológicas, de modo a atuar positivamente no comportamento das pessoas. Contudo, o atual ambiente das prisões não possui essas condições benéficas ao trabalhador, o que só tem trazido prejuízos e doenças à categoria.

5. METODOLOGIA

A metodologia se pauta em análises teóricas e pesquisa empírica. As análises teóricas se baseiam em estudos do nível de estresse laboral dos agentes penitenciários e dos índices de suicídio de agentes nos últimos anos, além da análise da psicologia social e da relação entre o meio de trabalho e os suicídios.

A pesquisa empírica abrange entrevistas com os agentes penitenciários a respeito do nível de estresse e da cogitação de suicídio. Além disso, haverá entrevistas com as famílias de agentes que se suicidaram sobre o comportamento deles dentro de casa.

Com o intuito de avaliar os transtornos mentais em países em desenvolvimento, a Organização Mundial da Saúde (OMS) patrocinou o desenvolvimento do instrumento de pesquisa *Self-Reporting Questionnaire* (SRQ). Ele derivou de instrumentos de *screening*[3] para a morbidade psíquica, os quais eram usados em pesquisa psiquiátrica (SANTOS et al., 2011, p. 3):

> O Self-Reporting Questionnaire (SRQ; Harding et al., 1980) compreende 24 itens, que são divididos em duas seções. Os primeiros 20 itens são desenvolvidos para detectar distúrbios não psicóticos e os outros quatro destinados a distúrbios psicológicos[4] (MARI; WILLIANS, 1986, p. 1, tradução nossa).
>
> Ele foi dividido em quatro seções contendo classificações baseadas em sintomas reportados pelo paciente (divididos em grupos) e doze itens que representam a visão dos psiquiatras sobre as anormalidades manifestadas[5] (MARI; WILLIANS, 1986, p. 1, tradução nossa).

[3] *Screening* é o exame de indivíduos assintomáticos para identificação presuntiva de doença não reconhecida anteriormente. É o chamado rastreamento. Por meio de exames clínicos ou laboratoriais rápidos, os indivíduos são classificados em suspeitos ou não suspeitos de ter determinada doença. (ELUF-NETO; WÜNSCH-FILHO, 2000).

[4] The Self-Report Questionnaire (SRQ; Harding eta! 1980) comprises 24 items, which are divided into two sections. The first 20 items are designed to detect non-psychotic dis orders, and the remaining four intended to screen for psychotic disturbance.

[5] It is divided into four sections, containing ratings based on symptoms reported by the patient (arranged in ten groups) and 12 items that represent the psychiatrist's view of the 'manifest abnormalities'.

A versão brasileira possui apenas os 20 primeiros itens, pois só abrange os distúrbios não psicóticos. O SRQ é autoaplicável, contendo escala dicotômica (sim/não) para cada uma de suas questões. Ele se destina à detecção de sintomas, sugerindo nível de suspeição de algum transtorno mental. Sua versão brasileira é de rápida compreensão e rápida aplicação.

Pela sua rápida compreensão e seus resultados positivos, a metodologia do presente artigo inclui o SRQ como mecanismo de entrevista aos agentes penitenciários. Em anexo (anexo A), há o questionário de autorrelato que será aplicado aos agentes, sendo que cada resposta "SIM" vale um ponto e as respostas "NÃO" valem zero. Aquele que obtiver somatória maior ou igual a sete será considerado um possível caso de transtorno mental (UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA "JÚLIO DE MESQUITA FILHO", 1997).

Valendo-se da triangulação de métodos, além da análise quantitativa feita através do SRQ, far-se-á uma análise qualitativa dos agentes, garantindo que eles possam mostrar sua rotina de maneira mais palpável, já que ela não é muito conhecida. Esta contará com entrevistas semiabertas, dando possibilidade de o pesquisado responder o que ele quiser às questões, que apenas nortearão a entrevista. Dessa maneira, há maior contato com os agentes e com sua realidade, a qual é, muitas vezes, desconhecida.

A triangulação de métodos consiste na combinação da pesquisa qualitativa com a pesquisa quantitativa. Esta propicia o conhecimento da magnitude e da eficiência do programa sob estudo, podendo analisar a dimensão do problema. Já a pesquisa qualitativa garante a diversidade de posições dos grupos sociais que formam a pesquisa, pois sua dimensão é mais aberta e há mais chances de o entrevistado expressar suas opiniões (GARNELO, 2006).

Como os dados a respeito da saúde mental dos agentes penitenciários são escassos, optou-se por utilizar a triangulação de métodos para, assim, conseguir um maior número de informações e possibilitar uma análise mais minuciosa dos dados.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho tem o objetivo de dar maior visibilidade à categoria dos agentes penitenciários, a qual é muito desvalorizada pela sociedade. Além disso, busca

melhorar a saúde mental dos agentes, pois os estudos mostram que eles possuem muitos distúrbios mentais em decorrência do ambiente de trabalho.

Diante do exposto, uma alternativa aos distúrbios psicológicos seria um acompanhamento psiquiátrico dos agentes penitenciários, dando maior estabilidade emocional a eles. Além disso, treinamento dos agentes ao assumirem o cargo é imprescindível para que eles saibam como impor sua autoridade sem violência.

Essa combinação de treinamento prévio e acompanhamento psicológico, além de um ambiente de trabalho mais saudável, é imprescindível para que o número de suicídios e de distúrbios psicológicos entre os agentes diminua. É fundamental que as pessoas possuam uma boa saúde mental, já que a mente é o que move as pessoas e a saúde é um dos direitos sociais garantidos pela Constituição Federal, além de ser direito dos trabalhadores.

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
>
> IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, **saúde**, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;
>
> XXII - **redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde**, higiene e segurança; (grifo nosso).

É dever do governo e de toda a sociedade dar efetividade aos direitos fundamentais presentes na Constituição Federal. Ambos devem fazer com que os direitos não estejam somente na legislação, mas sejam postos em prática e efetivados na vida coletiva.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Daiana de Souza. **Psicopatologias em Agentes Penitenciários:** uma Relação entre Trabalho e Saúde. Psicologado artigos. Jan. 1015. Disponível em < https://psicologado.com/psicopatologia/psicopatologias-em-agentes-penitenciarios-uma-relacao-entre-trabalho-e-saude>. Acesso em 26 set. 2017.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Vade Mecum Saraiva**. 23 ed. atual. e ampl. São Paulo Saraiva, 2017.

DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional). **Levantamento nacional de informações penitenciárias** – junho de 2014. Disponível em: < http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 29 ago. 2017

ELUF-NETO, José; WÜNSCH-FILHO, Victor. Screening faz bem à saúde? **Revista da Associação Médica Brasileira,** São Paulo, v. 46, n. 4, out./dez. 2000.

EVANGELISTA, Paulo. **Interpretação crítica da teoria de campo lewiniana a partir da fenomenologia.** Artigo elaborado para o Centro de Formação e Coordenação de Grupos em Fenomenologia. Disponível em: <http://www.fenoegrupos.com.br/JPM-Article3/pdfs/evangelista_teoria_de_campo.pdf>. Acesso em: 14 set 2017.

FERNANDES, Rita de Cássia Pereira et al. Trabalho e cárcere: um estudo com agentes penitenciários da Região Metropolitana de Salvador, Brasil. **Cadernos de saúde pública.** Rio de Janeiro, mai-jun 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2002000300024&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 24 out. 2017.

GARNELO, Luiza. Avaliação por triangulação de métodos: abordagem de programas sociais**. Cadernos de Saúde Pública.** Rio de Janeiro, v. 22, n.5, mai. 2006. Disponível em < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2006000500025>. Acesso em: 25 set 2017.

GARRIDO, Margarida Vaz; AZEVEDO, Catarina; PALMA, Tomás. **Cognição social**: Fundamentos, formulações actuais e perspectivas futuras. Psicologia, v. 25, n. 1 Lisboa, jun. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-20492011000100006>. Acesso em: 28 set. 2017.

GIMENES, Anderson. **Diário de um agente de segurança penitenciária.** Rio de Janeiro: Editora Multifoco. 1 ed. 2015.

LOURENÇO, Arlindo da Silva. **O espaço de vida do Agente de Segurança Penitenciária no cárcere:** entre gaiolas, ratoeiras e aquários. Teses (Doutorado em Psicologia) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

MARI, J. & WILLIANS, P.A. (1986). **A validity study of a psychiatric screening questionnaire (SRQ-20) in primary care in the city of São Paulo**. Brit. J. Psychiatry, 148.

MORETTI, Isabella. **Concurso de Agente Penitenciário 2017 SP:** mais de 1 mil vagas. Via carreira, 2017. Disponível em: < https://viacarreira.com/concurso-de-agente-penitenciario-2017-sp-103249/>. Acesso em: 23 out. 2017.

PORTAL EDUCAÇÃO. **Teoria de Campo de Lewin.** Psicologia, 01 abr. 2013. Disponível em: < https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/psicologia/teoria-de-campo-de-lewin/41442>. Acesso em: 27 set. 2017.

PSICOSOPHIA. **Teoria do Espaço Vital de Kurt Lewin.** Psicologia, 2014. Disponível em: <http://pisicosophia.webnode.com/vertentes-pisicologicas/teoria-do-espa%C3%A7o-vital-de-kurt-lewin/>. Acesso em: 28 set. 2017.

RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. **Psicologia Social.** Rio de Janeiro: Vozes Ltda., 2000.

SANTOS, Kionna Oliveira Bernardes. Avaliação de um instrumento de mensuração de morbidade psíquica: estudo de validação do self-reporting questionnaire (srq-20). **Revista Baiana Saúde Pública Miolo**, Bahia, v. 34, n.3, mar. 2011. Disponível em: < http://files.bvs.br/upload/S/0100-0233/2010/v34n3/a1881.pdf>. Acesso em 25 set. 2017.

SECRETARIA DE ADMINISTRÇÃO PENITENCIÁRIA. **Manual de legislação e base de cálculo do demonstrativo de pagamento.** 2017. Disponível em: <http://www.sap.sp.gov.br/download_files/pdf_files/drhu/manuais/manual-asp.pdf>. Acesso em 20 set. 2017.

SILVA, Antônio Geraldo; ROCHA, Rosylane Mercês. O trabalho invisível e adoecedor dos agentes penitenciários. **Conselho Federal de Medicina**. [S.l.], 10 jul. 2017. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=26867:2017-04-20-14-03-49&catid=46:artigos&Itemid=18>. Acesso em: 30 ago. 2017.

STOCHERO, Tahiane. Número de suicídios de agentes penitenciários no estado de SP aumenta em 2017, diz sindicato. **Globo.com.** São Paulo, 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/numero-de-suicidios-de-agentes-penitenciarios-no-estado-de-sp-aumenta-em-2017-diz-sindicato.ghtml>. Acesso em: 20 out. 2017.

UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA "JÚLIO DE MESQUITA FILHO". **SRQ (*Self-Report Questionnaire*) –** questionário de auto-relato. Programa Geral de Saúde e Segurança do Trabalhador, 1997. Disponível em < http://www.fmb.unesp.br/Home/Departamentos/Neurologia,PsicologiaePsiquiatria/ViverBem/srq_com_escore_para_entrevistador.pdf>. Acesso em: 25 set. 2017.

ZIMBARDO, Philip. **The Lucifer Effect:** Understanding How Good people Turn Evil. New York: Random House, 1 ed. 2007.

ANEXOS

1. ANEXO A: *Self-Report Questionnaire* (SRQ) – questionário de autorrelato.

<u>SRQ (SELF-REPORT QUESTIONNAIRE) – QUESTIONÁRIO DE AUTORRELATO</u>

- DADOS PESSOAIS

NOME:

- ORIENTAÇÕES PARA REALIZAÇÃO DO TESTE

RESPONDA ÀS SEGUINTES PERGUNTAS A RESPEITO DA SUA SAÚDE.

1. Tem dores de cabeça frequentes? ( ) SIM [1] ( ) NÃO [0]

2. Tem falta de apetite? ( ) SIM [1] ( ) NÃO [0]

3. Dorme mal? ( ) SIM [1] ( ) NÃO [0]

4. Assusta-se com facilidade? ( ) SIM [1] ( ) NÃO [0]

5. Tem tremores de mão? ( ) SIM [1] ( ) NÃO [0]

6. Sente-se nervoso(a), tenso(a) ou preocupado(a)? ( ) SIM [1] ( ) NÃO [0]

7. Tem má digestão? ( ) SIM [1] ( ) NÃO [0]

8. Tem dificuldade para pensar com clareza? ( ) SIM [1] ( ) NÃO [0]

9. Tem se sentido triste ultimamente? ( ) SIM [1] ( ) NÃO [0]

10. Tem chorado mais do que de costume? ( ) SIM [1] ( ) NÃO [0]

11. Encontra dificuldades para realizar com satisfação suas atividades diárias? ( ) SIM [1] ( ) NÃO [0]

12. Tem dificuldades para tomar decisões? ( ) SIM [1] ( ) NÃO [0]

13. Tem dificuldades no serviço (seu trabalho é penoso, causa sofrimento)? ( ) SIM [1] ( ) NÃO [0]

14. É incapaz de desempenhar um papel útil em sua vida? ( ) SIM [1] ( ) NÃO [0]

15. Tem perdido o interesse pelas coisas? ( ) SIM [1] ( ) NÃO [0]

16. Sente-se uma pessoa inútil, sem préstimo? ( ) SIM [1] ( ) NÃO [0]

17. Tem tido ideias de acabar com a vida ( ) SIM [1] ( ) NÃO [0]

18. Sente-se cansado (a) o tempo todo? ( ) SIM [1] ( ) NÃO [0]

19. Tem sensações desagradáveis no estômago? ( ) SIM [1] ( ) NÃO [0]

20. Cansa-se com facilidade? ( ) SIM [1] ( ) NÃO [0]

TOTAL:

NOME RESPONSÁVEL PELA APLICAÇÃO DO TESTE:

DATA:

A CONSTELAÇÃO SISTÊMICA E OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: UMA ANÁLISE SOBRE A CONSCIÊNCIA COLETIVA

SISTEMIC CONSTELLATIONS AND THE ALTERNATIVE MEANS OF CONFLICT SOLUTION: AN ANALYSIS ABOUT COLLECTIVE CONSCIOUSNESS

Nathália Silva e Santos[*]

Sumário: 1. Introdução; 2. Breves reflexões sobre a consciência; 3. A constelação sistêmica; 4. Aplicação da constelação sistêmica no Poder Judiciário Brasileiro; 4.1. Pontos controvertidos; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas.

Resumo: O presente artigo analisa as contribuições da técnica da constelação sistêmica, desenvolvida por Bert Hellinger, para a compreensão e solução de conflitos humanos no âmbito jurídico. A pesquisa tece considerações sobre os meios de autocomposição dos conflitos – consagrados pela Lei nº 13.140/2015 e pelo Novo Código de Processo Civil – sobre o desenvolvimento da consciência humana, bem como observa o estabelecimento do Direito Sistêmico no ordenamento jurídico brasileiro. Outrossim, este estudo discorre sobre a relação entre os aspectos fenomenológicos, psicológicos e jurídicos na aplicação da constelação sistêmica no cerne dos meios alternativos de solução de conflitos. Por fim, com base nos dados do CNJ, constata-se que a constelação sistêmica é um instrumento inovador e efetivo para assegurar o acesso à justiça, porém deve utilizada com ponderação e cautela.

Palavras-chave: constelação sistêmica, solução de conflitos, relações humanas, Bert Hellinger, Direito Sistêmico.

[*] Pós-graduanda em Direito Processual Civil Empresarial pela Faculdade de Direito de Franca (FDF), Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense – UFF (2016). Advogada. Email: nathaliasesantos@gmail.com. Telefones para contato: (16) 3325-3992, (16) 99641-5678. Avenida Caramuru, 2100, apto 324, Edifício Itaúna. CEP 14030-300, Ribeirão Preto – São Paulo. Link para acessar o Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4024115667444956>.

Abstract: The present article analyses the technical contributions of systemics constellation, developed by Bert Hellinger, for the comprehension and solution of human conflicts in the legal scope. The research has considerations about the means of self-composition of conflicts – enshrined in Law 13.140/2015 and the New Code of Civil Procedure – on the development of human consciousness, as well as observing the establishment of Systemics Law in the Brazilian legal system. Moreover, this study discusses about the relationship between phenomenological, psychological and legal aspects in the application of systemics constellation at the heart of alternative means of conflict resolution. Finally, based on data from the CNJ, it is noted that the systemic constellation is an innovative and effective instrument to ensure access to justice, however it should be used with ponderation and caution.

Keywords: systemic constellation, conflict resolution, human relationships, Berth Hellinger, Systemic Law

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente, cabe ressaltar que o conflito é algo intrínseco à condição humana, presente na constituição da sociedade desde os primórdios da evolução, surge da interação social. Nas civilizações mais primitivas e remotas os conflitos eram resolvidos por meio da lei do mais forte, a partir do advento do Código de Hamurabi as controvérsias passaram a ser solucionadas com base na proporcionalidade entre o ato praticado e a pena. Hodiernamente, o ordenamento jurídico é muito diferente desses pretéritos regramentos. O Direito está em constante modificação, na medida em que a sociedade se desenvolve, ele se aperfeiçoa.

No Brasil, a cultura da judicialização arraigou-se à sociedade, o que culminou no abarrotamento do Poder Judiciário. As maneiras de autocomposição dos conflitos emergiram como forma de descongestionar a instituição judicial e inauguraram um novo paradigma jurídico. A mediação e a conciliação, que podem ser judiciais ou extrajudiciais, visam harmonizar as controvérsias, estimular a celeridade processual, e promover a desjudicialização.

Esses métodos de resolução de conflitos vêm ganhando cada vez mais destaque na legislação brasileira: com a Resolução n.125/10 do Conselho Nacional de Justiça; em 2015 com a Lei 13.140/15, a qual instituiu o marco legal da mediação no Brasil; em 2016 com a vigência do Novo Código de Processo Civil, que consagrou a primazia dos meios consensuais de solução de conflitos. O país está em um processo de transição, ou seja, está deixando a tradicional cultura da judicialização que enaltece os litígios para adotar a cultura preventiva.

Nesse diapasão, o art. 3º, § 3º do Novo CPC, determina que os operadores do Direito devem estimular as práticas dos meios alternativos de solução de demanda e outros métodos, dentre os quais se pode inserir a terapia da constelação sistêmica. O Direito Sistêmico é um método sistêmico-fenomenológico de solução de conflitos, que está sendo desenvolvido com base nos ensinamentos Bert Hellinger, abrangendo a aplicação das técnicas de constelação no campo jurídico.

A técnica auxilia na compreensão e harmonização dos distúrbios comportamentais e situações de conflitos, com a realização de uma análise fenomenológica do caso, esclarece o que gerou o confronto, favorece o desenvolvimento da empatia entre os participantes, bem como permite observar a consciência coletiva do constelado.

Na esfera judicial, os conflitos levados para uma sessão de constelação, em regra, tratam sobre questões de origem familiar, tais como: alimentos, guarda de filhos, divórcios, alienação parental. O magistrado Sami Storch é pioneiro mundial na implantação da constelação familiar no Poder Judiciário e, desde quando começou a aplicar a técnica, obteve resultados significativos.

Insta salientar que a intenção deste artigo não é esgotar a complexidade envolvida na discussão dos assuntos expostos, mas sim ser um estudo demonstrativo e preliminar sobre a aplicação da técnica de constelação familiar no Poder Judiciário, como uma tentativa de contribuir e estimular os estudos acadêmicos sobre essas questões, tendo em vista a relevância e contemporaneidade da matéria.

2. BREVES REFLEXÕES SOBRE A CONSCIÊNCIA

Na concepção da psicologia sócio-histórica, o homem é considerado um ser ativo, social e histórico, essa condição do ser humano reflete na constituição de suas maneiras de pensar, sentir e agir, ou seja, em sua consciência (FURTADO, 2007, p. 81). Essa definição muito se assemelha aos fundamentos da técnica terapêutica sistêmica, desenvolvida por Bert Hellinger, a constelação sistêmica, também conhecida como constelação familiar; às reflexões sobre a consciência coletiva do sociólogo Émile Durkeim, bem como às reflexões de Sigmund Freud sobre a psicologia das massas, senão vejamos.

A constelação familiar, temática aborda neste artigo, não pode ser perfeitamente compreendida, sem que se aborde a filosofia hellingeriana sobre a consciência. Nessa técnica, criada por Hellinger, possibilita saber que espécie de conflito de consciência está por trás do problema, quais vínculos, eventos e comportamentos dos indivíduos e dos grupos estão atuando no caso, a partir daí o constelador familiar consegue oferecer caminhos para a solução do conflito (SCHNEIDER, 2007, p. 29). É evidente, portanto, a necessidade de se analisar as consciência humanas para o melhor entendimento sobre a constelação sistêmica, uma vez que os níveis conscienciais influenciam diretamente nas relações sociais.

De acordo com o estudo hellingeriano, o indivíduo é regido pela consciência individual e coletiva, a primeira conduz o indivíduo pelos sentimentos da culpa e da inocência e pode ser caracterizada como boa ou má, enquanto a segunda se consiste nas regras, costumes, valores e crenças presentes no grupo em que o indivíduo está inserido. Isto é, a consciência coletiva estabelece a coesão do grupo social, haja vista que promove a harmonia e a organização das relações de trocas entre os membros do grupo (HELLINGER, 2015, p. 23). Nas palavras do psicoterapeuta, “a consciência é, em primeiro lugar, um sentimento que nos ajuda a perceber como devemos agir para assegurar a nossa vinculação a um grupo importante para nós” (HELLINGER, 2005, p.62).

Segundo Hellinger, cada ser humano é regido por três espécies de consciências, quais sejam: consciência sistêmica ou coletiva, consciência individual ou pessoal e consciência suprema ou universal. O presente artigo tratará mais detalhadamente da consciência coletiva.

A identificação das espécies de consciências é importante para entender os desequilíbrios tratados na constelação familiar, sobretudo a consciência coletiva. A consciência sistêmica é responsável por reger o equilíbrio e definir os papéis de cada

indivíduo no grupo, se manifesta em padrões comportamentais, em relacionamentos, nos estados de saúde, etc.

> Muitos fenômenos anímicos que se manifestam nas constelações relacionam- se com os processos dessa consciência coletiva, que pode ser de um grupo, uma horda, um clã, uma estirpe ou uma família. Como geralmente não sentimos essa consciência, só podemos percebê-la em seus efeitos sobre os grupos. Na medida em que podemos percebê-la, isso nos dá a possibilidade de assumir conscientemente a condução, conseguindo boas soluções que satisfaçam a consciência grupai e simultaneamente ajudem a superar suas limitações. (SCHNEIDER, 2007, p. 28)

Nesse sentido, a consciência se caracteriza como um conhecimento inerente ou um saber instintivo, ligado às relações interpessoais. É o saber sobre o que é preciso para pertencer ao sistema; o saber relacionado com a sensação de dívida e; o saber sobre a própria contribuição para a ordem do grupo, para que possa funcionar como tal (HELLINGER, p. 62, 2005).

Tomando como base a análise feita por Freud, em "Psicologia das massas a análise do eu", a psicologia individual e a grupal não podem ser absolutamente diferenciadas, porque a psicologia do individuo já é, em si mesma, uma função das relações entre uma pessoa e outra (FREUD, 1921, p. 29). Esses dois ramos da psicologia são praticamente indissociáveis, poruqe no psiquismo particular, o "outro" é considerado enquanto referência, modelo, colaborador e rival, portanto a psicologia individual é também, desde sua gênese, psicologia social (FREUD, 1921, p. 10).

> Temos de concluir que a psicologia da massa é a mais velha psicologia humana; aquilo que, negligenciando todos os vestígios da massa, isolamos como psicologia individual, emergiu somente depois, aos poucos, e como que parcialmente ainda, a partir da velha psicologia da massa. (...) A psicologia individual deve ser, isto sim, tão velha quanto a psicologia da massa, pois desde o início houve dois tipos de psicologia, a dos indivíduos da massa e a do pai, chefe ou líder. (FREUD, 1921, p. 66).

A abordagem freudiana sobre a psicologia das massas trata o ser humano como membro de um grupo social, uma tribo, um povo, uma instituição, uma classe, uma casta, ou como componente de uma aglomeração que se organiza como massa, em determinado momento, para atingir uma finalidade. Ocorre que a organização social, em

que o indivíduo se insere, constitui a chamada "mente coletiva", consoante destaca Le Bon:

> A peculiaridade mais notável apresentada por um grupo psicológico é a seguinte: sejam quem forem os indivíduos que o compõem, por semelhantes ou dessemelhantes que sejam seu modo de vida, suas ocupações, seu caráter ou sua inteligência, o fato de haverem sido transformados num grupo coloca- os na posse de uma espécie de mente coletiva que os faz sentir, pensar e agir de maneira muito diferente daquela pela qual cada membro dele, tomado individualmente, sentiria, pensaria e agiria, caso se encontrasse em estado de isolamento. Há certas idéias e sentimentos que não surgem ou que não se transformam em atos, exceto no caso de indivíduos que formam um grupo. O grupo psicológico é um ser provisório, formado por elementos heterogêneos que por um momento se combinam, exatamente como as células que constituem um corpo vivo, formam, por sua reunião, um novo ser que apresenta características muito diferentes daquelas possuídas por cada uma das células isoladamente. (LE BON apud FREUD, 1921, p. 13) (grifei)

Nesse diapasão, observa-se que as colocações supracitadas compreendem o indivíduo sempre como um componente de um grupo, visto que o homem é um ser inerentemente social e se relaciona com as condições sociais. Regressando ao estudo da psicologia sócio-histórica, tem-se que a convivência em grupo promoveu o desenvolvimento da capacidade de união entre os componentes grupais e a "retenção coletiva do conhecimento", desde os primórdios da evolução humana, consequentemente, a consciência coletiva deriva-se da convivência em sociedade:

> (...) as descobertas de um indivíduo não se cindiam a ele próprio e eram socializadas com o grupo. Essa espécie de consciência coletiva é fruto da convivência em bando (a horda primitiva) e posteriormente, assim que o repertório lingüístico acumulado permitiu a retenção na memória desses conteúdos e os passava de geração a geração, temos o aparecimento das condições necessárias para o estabelecimento da cultura humana. (FURTADO, 2007, p. 81)

A consciência coletiva também foi objeto de estudo do sociólogo Émile Durkheim, segundo ele:

> O conjunto das crenças e dos sentimentos comuns à média dos membros de uma mesma sociedade forma um sistema determinado que tem vida própria; podemos chamá-lo de consciência coletiva ou comum. Sem dúvida, ela não tem por substrato um órgão único; ela é,

> por definição, difusa em toda a extensão da sociedade, mas tem, ainda assim, características específicas que fazem dela uma realidade distinta. De fato ela é independente das condições particulares em que os indivíduos se encontram: eles passam, ela permanece. (...) Ela é, pois, bem diferente das consciências particulares, conquanto só seja realizada nos indivíduos. Ela é o tipo psíquico da sociedade, tipo que tem suas propriedades, suas condições de existência, seu modo de desenvolvimento, do mesmo modo que os tipos individuais, muito embora de outra maneira. (DURKHEIM, 2010, p. 50) (grifei)

A visão do sociólogo deixa ainda mais evidente a semelhança das concepções sobre a consciência coletiva com os estudos desenvolvidos por Hellinger. Para Durkeim, o conjunto de crenças, costumes, valores do indivíduo, compõe um sistema que possui "vida própria". Essa perspectiva sistemática é abordada detalhadamente por Hellinger, cujo sistema caracteriza-se como um conjunto de elementos que se mantêm unidos ou vinculados, em razão de interesses comuns ou de forças que os rodeiam.

O trabalho sistêmico fenomenológico, proposto pela técnica de constelações familiares, permite vislumbrar os conflitos sob novos ângulos, posto que é necessário transcender o conceito de consciência individual para aplicá-lo. Ao passo que a consciência individual possui restrições em sua percepção e proporção, a consciência coletiva além de reger as relações interpessoais para a manutenção do grupo, também sustenta o sistema. Com isso, analisar todo o sistema é o melhor caminho para compreender os indivíduos e os conflitos.

Ademais, a consciência direciona o indivíduo ao encontro do que ele deve fazer para pertencer a um determinado grupo, e como deve se proteger para não ser punido ou excluído. A consciência avalia alguma ação como comportamento correto, em função da necessidade e das possibilidades de se pertencer ao grupo (JAKOB, 2006, p. 27). Hellinger destaca que existem forças atuantes na consciência de grupo, quais sejam: pertinência, hierarquia e equilíbrio.

> Quando essas forças não são respeitadas, são criados os emaranhamentos. As consequências do desrespeito às ordens, os efeitos desse desrespeito são o surgimento de doenças, conflitos, sentimentos de infelicidade e, no caso da escola, as dificuldades e os transtornos de aprendizagem e de comportamento. As gerações seguintes (ou quem chega depois) passarão a reproduzir esses efeitos de forma inconsciente. (BRAGA, 2009, p. 278).

Diante do exposto, a consciência, lato sensu, é entendida como um órgão psíquico que preza pelo equilíbrio das relações interpessoais, todavia esse conceito não é suficiente para compreendê-la. O ser humano é, inevitavelmente, um ser social, pois se encontra vinculado ou influenciado pelo grupo social a que pertence. Na convivência social o indivíduo adquire crenças, valores, costumes, capazes de influenciar no desenvolvimento da consciência tanto pessoal quanto coletiva. Logo, para a melhor compreensão das relações humanas, do indivíduo e dos conflitos, é imprescindível que se analise o desenvolvimento consciencial do ser humano como um todo – o indivíduo, seu contexto e suas relações interpessoais – é esse tipo de estudo que a técnica da constelação familiar propõe observar.

3. A CONSTELAÇÃO SISTÊMICA

Bert Hellinger é psicoterapeuta, teólogo, filósofo e psicanalista alemão, nascido em 1925. Por meio da abordagem fenomenológica, o estudioso desenvolveu a técnica sistêmica da constelação familiar, com o propósito de compreender, por completo, os desequilíbrios existentes nas relações humanas. Hellinger desenvolveu seus estudos baseado em suas experiências pessoais e seu trabalho recebeu a influência das: Física Quântica; Gestalt; Terapia Familiar; Hipinoterapia; Programação Neurolinguística (PNL) e a Análise Transacional. O psicoterapeuta ganhou papel de destaque na esfera profissional e hoje é visto como um dos terapeutas-chave da psicoterapia atual, sua teoria se propaga pelo mundo, hoje as constelações sistêmicas estão sendo usadas no contexto familiar, em empresas e no judiciário (CRUZ; CHIQUETTI, 2017, p. 277).

A constelação familiar ou sistêmica possui o propósito de promover a análise dos padrões comportamentais de grupos familiares ou até mesmo grupos de trabalho. Essa técnica funciona, predominantemente, pelo viés da dinâmica de grupo, na qual se busca considerar o papel de cada membro do grupo no sistema e sua relação interpessoal, mas também podem ser utilizados bonecos ou outros objetos para representar os membros do sistema. Na dinâmica grupal, os participantes se dispõem a representar membros do sistema do constelado sob a condução do facilitador (constelador), os participantes percebem sensações e movimentos das forças ocultas que regem o sistema.

Em outras palavras, a constelação familiar é aplicada a um grupo de pessoas, se caracteriza por ser trabalho grupal de projeção da imagem interna de um conflito, utilizando pessoas como representantes, ou até mesmo com o uso bonecos (SCHNEIDER, 2007). Cabe acrescentar que a teoria sistêmica, entende existem dinâmicas e forças que influenciam o comportamento dos indivíduos quando introduzidos em um conjunto (DIAS, 2014).

Cumpre ressaltar que a técnica busca identificar a causa que desencadeou os conflitos dentro de determinado sistema e investigar maneiras para reequilibrá-lo. Na aplicação das constelações familiares, o constelador volta seu olhar para os emaranhamentos que envolvem os conflitos, observa a teia relacional que os desequilíbrios se inserem. O facilitador busca acompanhar a composição do campo, de maneira fenomenológica, o que permite a compreensão de questões que não são percebidas se não observadas de maneira sistemática.

O constelado indica uma questão para ser trabalhada, escolhe pessoas para representar os "personagens" do seu sistema e os posiciona conforme sua intuição determina:

> A aplicação o do trabalho consiste em que, nós, como clientes numa Constelação, sejamos solicitados pelo facilitador o mínimo possível a respeito de informações a nosso respeito e a respeito do tema que queremos trabalhar. O facilitador pede apenas que digamos o que queremos. Em seguida somos convidados pelo facilitador a escolher, aleatoriamente, entre pessoas (de um grupo), ou figuras (quando do trabalho individual), ou desenhos, algo ou alguém que possa representar a questão por nós colocada e posicioná-los no espaço seguindo nossos sentimentos ou percepção interna. (CARMO, 2015, p. 13).

As Varas de Família estão mais adstritas à aplicação dessa técnica, pois envolvem problemáticas complexas diretamente ligadas aos aspectos emocionais, porém a tendência é que essa prática se alastre em outros ramos Direito. A constelação familiar, como instrumento de resolução de embates judiciais, se atém ao conflito, visando o estabelecimento de uma composição equilibrada e um acordo pacificador, dentro dos limites impostos pela legislação vigente (CÉSPEDES, 2017, p. 53).

Observa-se, portanto, que na teoria sistêmica, os grupos são controlados por forças que interferem no comportamento de seus membros, as quais consistem na própria consciência coletiva. O processo de constelação familiar permite a identificação

e manifestação dessa consciência, com isso se torna possível verificar os emaranhados sistêmicos do constelado e solucionar os desequilíbrios existentes. Por derradeiro, a técnica, através de sua abordagem fenomenológica, destaca a relevância das relações interpessoais, uma vez que demonstra que os seres humanos sempre estão inseridos nos contextos de grupo por serem interdependentes uns dos outros.

4. APLICAÇÃO DA CONSTELAÇÃO SISTÊMICA NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

A aplicação da constelação sistêmica na seara jurídica nacional, a qual tem se espalhado rapidamente pelos Tribunais brasileiros, contribuiu para a atribuição específica de significado ao denominado Direito Sistêmico. O Direito Sistêmico é um método sistêmico-fenomenológico de solução de conflitos, possui sustentáculo na filosofia de Bert Hellinger sobre as constelações familiares.

Essa expressão foi introduzida no direito pátrio pelo magistrado Sami Storch, quem deu início ao uso das constelações no Poder Judiciário. Storch é pioneiro mundial na instauração dessa técnica hellingeriana na esfera judicial, ele começou a utilizar o método na Comarca do município de Amargosa, interior da Bahia. Desde o início da aplicação da constelação sistêmica, em ações de família (divórcio, guarda, alimentos), Storch atingiu índices elevadíssimo de acordos, segundo o CNJ (2015)[6] o referido magistrado chegou a conseguir até 100% de acordos com o uso da constelação familiar antes das audiências de conciliação.

Consoante as concepções de Rosa e Storch:

> O Direito Sistêmico não é um novo direito, mas o mesmo direito vigente de cada dia, porém interpretação, percebido e aplicado de uma forma hermenêutica, chamada sistemática, que aliás, não surge do nada nem cai do céu, mas resulta de uma síntese da experiência humana em vários domínio. Segundo Sami Storch, Direito Sistêmico é "uma visão do direito, pela qual só há direito quando a solução traz a paz e equilíbrio para todo o sistema". Isso porque "em um sistema, o desequilíbrio de qualquer pessoa se reflete nos outros", de modo que não se pode ter a solução para um elemento isolado do sistema. (ROSA, 2014, p. 53)

[6] Segundo notícia do CNJ. Disponível em: <https://goo.gl/PGff1A>. Acesso em: 28 de agosto de 2017.

Pode-se vislumbrar que o Direito Sistêmico inaugura uma nova forma de "pensar" o Direito. Com o advento do Novo Código de Processo Civil, a possibilidade de utilização de novos meios para garantir o efetivo acesso à justiça conquistou um importante espaço normativo. O NCPC tem incentivado, cada vez mais, a desjudicialização, porém os instrumentos autenticamente jurídicos são mostrado insuficientes para solucionar, por completo, as demandas.

> Os juízes de Família buscam a realização de acordos, o que, embora muitas vezes seja conseguido, nem sempre produz efeitos concretos, no sentido amplo, uma vez que, sem a minimização dos conflitos emocionais subjacentes, os conflitos jurídicos tendem a reanimar-se (...). O Judiciário, no entanto, na interface psicojurídica, pode ser um lócus apropriado como intermediário da utilização de modernos recursos de ajuda psicológica, viabilizados por meio de práticas sistêmicas conduzidas dentro da visão sistêmico-construtivista (...) Famílias que passam por crises podem ser ajudadas. (CEZAR-FERREIRA, 2004, p. 55)

Com efeito, o desenvolvimento do Direito Sistêmico no Brasil permite o "olhar" mais humanizado e sensível sobre as questões jurídicas, bem como o tratamento mais aprofundado do conflito. A técnica da constelação sistêmica, aplicada no Poder Judiciário, se esforça para apaziguar os embates emocionais, os quais costumam ser o fomento de diversos litígios.

> Deve-se considerar o fato de a origem conflituosa está além do litígio judicial em si. Quando aí chega, traduz-se na incapacidade entre as partes de resolverem por si só seus conflitos. A demanda judicial, além de denotar a precariedade na resolução de conflitos, traz encoberta um pedido desconhecido que traduz um desejo não satisfeito de uma pessoa ou de um grupo, do qual o que pleiteia é apenas o porta-voz. A fim de estabelecer um sentido mais eficaz, revelando sistemicamente as razões conflituosas mais subterrâneas, foi idealizado um projeto de pesquisa no qual buscou-se verificar qual seria o impacto das Constelações Sistêmicas Familiares quando utilizadas em audiências de conciliação em Varas de Família. (CRUZ; CHIQUETTI, 2017, p.278)

A teoria sistêmica desenvolvida por Hellinger, quando incorporada ao meio jurídico, potencializa a resolução de conflitos, pois as constelações familiares propiciam que os indivíduos entrem em contato com as raízes do conflito e se abrem para enxergar, sob nova perspectiva, o problema. Devido ao êxito da aplicação da constelação familiar

no âmbito judicial, embora não haja nenhuma legislação que trate especificamente deste método, ela está se disseminando rapidamente nos territórios nacional e internacional, o TJDF, por exemplo, possui um projeto para o desenvolvimento desta prática, assim como existem vários cursos de extensão e de especialização sobre a temática.

O incentivo à resolução de conflitos por meios alternativos e uso de novas técnicas para facilitar o consenso, se deve ao abarrotamento do Poder Judiciário, com questões de grande e pequena relevância. A resolução nº 125/10 do CNJ, a Lei de Mediação e o Novo Código de Processo Civil concretizam a mudança de paradigma da cultura jurídica nacional. Hodiernamente, o Brasil está em um processo de transição de um modelo excessivamente judicializado para um modelo preventivo de prestação judicial, o qual é regido pela premissa de que se deve priorizar pelo esgotamento de todas as formas de solução pacífica de conflitos antes da propositura de ação judicial.

Nesse sentido, o art. 3º, § 3º do Novo CPC, determina que os operadores do Direito devem estimular as práticas de conciliação, mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos. O rol dos métodos de solução de conflitos não é taxativo, desse modo compreende-se que a prática da constelação sistêmica se insere nesse contexto, como meio alternativo possível de ser aplicado no âmbito judicial.

Insta salientar que as constelações sistêmicas, ao serem utilizadas no Poder Judiciário, não possuem o escopo de substituírem a conciliação e a mediação, mas sim sensibilizar as partes para facilitar a realização de acordos e restabelecer o diálogo. Geralmente as sessões são realizadas antes das audiências de conciliação.

Por fim, destaca-se que o Direito Sistêmico propõe, enquanto método sistêmico-fenomenológico de solução de conflitos, atuar na origem do problema. Ou seja, busca compreender a consciência coletiva que rege o sistema que as partes pertencem, identificar as dificuldades da ação e, assim, solucionar o conflito da melhor maneira possível. Cumpre reiterar que a grande missão do Direito Sistemático é sensibilizar e humanizar a perspectiva dos operadores o Direito sobre os litígios.

4.1. Pontos controvertidos

A utilização da constelação familiar no ambiente jurídico é algo totalmente inovador, embora esteja se mostrando extremamente eficaz, principalmente nas Varas

de Família – em casos de divórcio, alimentos, guarda de filhos, alienação parental – carece de estudos mais aprofundados sobre o assunto. A falta de trabalhos sobre a matéria dá margem à desconfiança, tanto da parte dos operadores do Direito quanto da sociedade em geral.

Destaca-se que não é objetivo deste artigo prolongar-se na discussão das controvérsias sobre a técnica, mas sim analisar a constelação familiar no âmbito fenomenológico, psicológico e sua relação com os meios alternativos de resolução de conflitos e, assim, observar o desenvolvimento do Direito Sistêmico. A partir deste momento serão apresentadas algumas impressões lacônicas sobre as polêmicas do método hellingeriano no cerne jurídico.

Diversos tipos de problemas podem ser objeto de uma constelação sistêmica, porém quando esta técnica é aplicada no Poder Judiciário, faz-se necessário que a atuação seja focal:

> Como a Constelação trabalha com a solução, limitou-se trabalhar o ponto "essencial" do conflito, àquele que motivara o pleito judicial. Aliás, "essencial" é uma palavra-chave para Hellinger, situando-a como referencial básico na condução de sua técnica; cerne orientador para se intervir no campo sistêmico de alguém. Ponto de largada e, ao mesmo tempo, ponto de chegada a partir do qual um constelador direciona seu trabalho. Há que haver, ainda, um esvaziamento interior, não julgamento e ausência de intencionalidade. (CRUZ; CHIQUETTI, 2017, p. 289)

Muitas vezes, a cadeia sistêmica das partes é muito densa e possui diversos emaranhamentos, não se restringindo apenas àquele ponto "essencial" determinado pelo operador do direito.

Outro ponto diz respeito à laicidade estatal. O Brasil é oficialmente um Estado laico, consoante art. 5º, VI da CRFB/88, no entanto algumas pessoas criticam a aplicação da técnica na seara judicial, por entendem que o método hellingeriano é religioso. Entretanto, os estudiosos sobre o assunto defendem que a técnica não possui qualquer conotação religiosa, portanto não haveria violação da laicidade estatal com a utilização da constelação sistêmica no Judiciário (STORCH, 2017).[7]

[7] STORCH, Sami. Entrevista cedida ao Programa Fantástico. Disponível em: <https://goo.gl/K2ww44>. Acessado em: 25/10/2017.

A questão mais problemática sobre a aplicação da constelação sistêmica diz respeito à esfera criminal, mais precisamente, à violência doméstica contra a mulher. Em virtude dos resultados positivos das constelações familiares, existem muitos projetos em vários Tribunais do Brasil, que pretendem ampliar a utilização da técnica para além das Varas de Família, para as Varas Especializadas de Violência Doméstica e Familiar contra Mulher.

As dificuldades de efetivação da Lei Maria da Penha "têm evidenciado as resistências e limites do sistema de justiça em garantir uma prestação jurisdicional adequada nos casos envolvendo violência de gênero" (SEVERI, 2016, P. 82). Mesmo com o marco legislativo da Lei Maria da Penha, as mulheres continuam sofrendo discriminação e não possuem garantia alguma de que seus direitos serão respeitados. Isso leva a questionar se o método hellingeriano seria adequado para tratar dessas questões, posto que poderia representar mais um obstáculo à efetivação dos direitos humanos das mulheres, como por exemplo, ao prejudicar o deferimento das tutelas protetivas de urgência. Esse assunto merece um estudo detalhado, dada sua complexidade.

5. CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico brasileiro está em transição do modelo litigioso para o modelo preventivo de solução consensual das demandas. Os meios alternativos de solução de conflitos surgiram em virtude da sobrecarga de processos no Poder Judiciário, com o objetivo de descongestionar. Com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, o ordenamento jurídico passou a dar um maior incentivo no uso de técnicas que facilitem e estimulem a resolução consensual das demandas, pois além de promoveram o descongestionamento judicial, promovem o acesso à justiça.

Não se pode olvidar que o Poder Judiciário desempenha um trabalho social emblemático, porém as formações dos operadores do Direito não os preparam para lidar com as questões sentimentais humanas. O olhar do operador do Direito, em regra, é engessado à análise pura e fria do ordenamento jurídico, o que representa um grande óbice à prestação jurisdicional satisfativa.

> O juiz aprendeu na faculdade o que é a briga, o que é confronto, o que é processo. Ele não foi treinado para conciliar, mediar, para restabelecer o diálogo entre as partes, para entender o que as pessoas sentem, para permitir que as pessoas manifestem suas emoções, seus sentimentos e angústias (CURY, 2017).[8]

Em virtude da complexidade das relações humanas, os operadores do Direito devem encarar os litígios por um viés mais humanizado e é isso que a constelação sistêmica pretende estabelecer. Por meio da intersecção entre aspectos ligados à Psicologia e ao Direito, as questões emocionais são tratadas como componentes do conflito, elementos decisivos para sua solução e prevenção. Essa visão torna o sistema judicial mais próximo do ideário de justiça.

O homem é inerentemente um ser social, conforme foi demonstrado pelas concepções: psicologia sócio-histórica; da psicologia das massas freudiana; da consciência coletiva de Durkeim; da constelação familiar. Os conceitos apresentados possuem muitas semelhanças e todos apontam para a necessidade de uma análise sistemática, ou seja, ir além do indivíduo para se compreender as relações interpessoais. A constelação familiar possui uma abordagem sistêmica-fenomenológica, que contribui para compreender os elementos geradores dos conflitos. Essa técnica permite acessar o que está oculto, algo que está presente no sistema e que muitas vezes não é compreendido – a consciência coletiva. Sendo assim, o método hellingeriano possibilita que as partes tomem consciência dos emaranhados do sistema, oportunizando a prestação jurisdicional satisfativa, o restabelecimento do diálogo, a maior compreensão dos desequilíbrios, a harmonia nos relacionamentos, o reconhecimento de papéis e, até mesmo, o estabelecimento de um acordo.

A aplicação da constelação familiar tem se mostrado, inegavelmente, inovadora e efetiva para assegurar o acesso à justiça e o amparo à sociedade, tendo em vista os dados positivos divulgados pelo CNJ. Porém, a técnica começou a ser utilizada há pouco tempo na seara Judiciária e carece de estudos acadêmicos mais aprofundados para a obtenção de dados mais concretos e precisos.

Conclui-se, portanto, que a constelação sistêmica é um instrumento que possui potencial para melhorar ainda mais os resultados das sessões de conciliação. A humanização do Direito, por meio do método hellingeriano, poderá aproximar a

[8] CURY, Cesar. Entrevista do desembargador do TJ/RJ cedida ao Fantástico. Disponível em : <https://goo.gl/K2ww44>. Acessado em: 25/10/2017.

prestação judicial do ideário de justiça, desde que seja aplicada por pessoal devidamente capacitado, com ponderação e cautela, até porque essa técnica ainda é desconhecida por boa parte dos operadores do Direito. Todavia, há muito que se examinar, como por exemplo, se essa técnica é adequada para os casos que envolvem violência doméstica contra a mulher.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRAGA, Ana Lucia de Abreu. Psicopedagogia e Constelação familiar: um estudo de caso. Revista Psicopedagogia: Ribeirão Preto, 2009; 26 (80): p. 274 - 285.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Brasília, 2010. Disponível em: <https://goo.gl/sL9Tbp>. Acessado em: 26/08/17.

CÉSPEDES, Adele Speck Rendón. A Constelação Familiar aplicada ao Direito Brasileiro a partir da Lei de Mediação. TCC (graduação) - Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de Ciências Jurídicas. Julho de 2017. p. 58. Disponível em:

<https://goo.gl/uzNxb1>. Acessado em: 26/08/17.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. Família, separação e mediação: uma visão psicojurídica. São Paulo: Editora Método, 2004.

CHIQUETTI, Taciana; CRUZ, Carlos Henrique Souza da. Psicologia Jurídica e Direito de Família: para além da perícia psicológica. Manaus: UEA Edições, 2017. 311 p.

DIAS, Cristiana Kaipper. As contribuições da teoria sistêmica de Bert Hellinger para a compreensão das relações humanas e resolução de conflitos. Revista Eletrônica da Fainor, Vitória da Conquista, v.7, n.1, p.3-17, jan./jun. 2014.

FREUD, Sigmund. Psicologia das Massas e Análise do Eu e outros textos. Obras Completas Companhia das Letras - (1920-1923). Vol. 15. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 352.

FURTADO, Odair. In Psicologia sócio-histórica: uma perspectiva crítica em psicologia. Ana Mercês Bahia Bock, Maria da Graça Marchina Gonçalves, Odair Furtado (orgs.). - 3. ed. - São Paulo : Cortez, 2007.

HELLINGER, B. A paz começa na alma. Patos de Minas: Atman, 2003.

A simetria oculta do amor: por que o amor faz os relacionamentos darem certo. São Paulo: Cultrix, 1998.

_____. A simetria oculta do amor: por que o amor faz os relacionamentos darem certo. São Paulo: Cultrix, 1998.

_____. Conflito e Paz: uma resposta. São Paulo: Cultrix, 2005.

_____. Constelações familiares: o reconhecimento das ordens do amor. São Paulo: Cultrix; 2004.

_____. O amor do espírito na Hellinger Sciencia. Minas Gerais: Atman; 2009.

_____. Ordens do Amor: um guia para o trabalho com constelações familiares. São Paulo: Cultrix, 2007.

ROSA. Amilton Plácido da. Direito sistêmico: a justiça curativa, de soluções profundas e duradouras. In: Revista MP Especial, ano 2, ed. 11, janeiro de 2014, Ministério Público do Mato Grosso do Sul, pp. 50-57.

SEVERI, FABIANA CRISTINA. O gênero da justiça e a problemática da efetivação dos direitos humanos das mulheres. Revista Direito e Práxis, v. 7, p. 80-115, 2016. Disponível em: < https://goo.gl/fMWhTh>. Acessado em: 25/10/2017.

SCHNEIDER, Jakob Robert. A prática das constelações familiares. Patos de Minas: Atman, 2007. p. 216.

VADE MECUM. OAB e concursos. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 8. ed. atual. eampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas.

4. ed. São Paulo: Método. 2016.

OS BENEFÍCIOS DA MULTIPARENTALIDADE À LUZ DAS DECISÕES DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

MULTIPARENTALITY BENEFITS IN THE LIGHT OF BRASILIAN JUDICIARY DECISIONS

*Thais Zandavalli Steinacker**

*Carolina Zandavalli Steinacker***

Sumário: 1. Introdução; 2. Princípios norteadores do Direito de Família; 2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana; 2.2 Princípio da afetividade; 2.3 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; 3. Filiação; 4. Multiparentalidade: Análise das decisões judiciais; 4.1 Recurso Extraordinário nº 898.060 STF; 4.2 Recurso Especial nº 1.622.330 STJ; 4.3 V. Acórdão proferido pelo TJ/SP; 4.4 Sentença explicativa de 1º grau da Comarca de Sobradinho/DF; 5. Conclusão; Referências.

Resumo: No presente trabalho analisaremos as recentes decisões judiciais que possibilitam a aplicação da multiparentalidade no ordenamento pátrio. Para tanto utilizaremos o método dedutivo através de pesquisas jurisprudenciais e doutrinárias. Trataremos em um primeiro momento dos princípios constitucionais mais utilizados na análise do Direito das Famílias, bem como a imprescindível aplicação para possibilitar a multiparentalidade. Nesse sentido, observaremos que a filiação passa por mudanças, vez que os critérios biológicos, afetivos e registral podem ser cumulados ou sobrepostos uns aos outros. Isso porque a relevância da filiação socioafetiva que em certos casos se sobrepõe a biológica, tem autorizado o reconhecimento da existência de ambos os vínculos. Ainda quanto a filiação analisaremos o melhor interesse da criança para o caso concreto. Diante desse conjunto de questões, aparece a multiparentalidade como alternativa para que o filho não tenha que escolher entre pai e/ou mãe biológico e afetivo, vez que considera os dois como responsáveis por sua formação. Passamos a analisar decisões judiciais pátrias de diferentes instâncias a fim de observar as

* thais.steinacker@gmail.com
**carol_zs_@hotmail.com

considerações realizadas acerca de quais os benefícios o reconhecimento da multiparentalidade traz ao instituto familiar. Concluímos que o super princípio da dignidade humana ampara o reconhecimento da multiparentalidade visando beneficiar o instituto familiar em busca de legitimidade.

Palavras-chave: Família; Princípios Constitucionais; Filiação, Multiparentalidade.

Abstract: In the present work, we will analyze the recent court decisions that allow the application of multiple parenthood in the national order. Therefore it will be used a deductive method through jurisprudence and literature researches. Initially, it will be introduced the most used constitutional principles in Family Rights analyses, just like the essential application to enable multiple parenthood. For that matter, filiation undergoes changes since biological, affective and record criteria may be cumulated and overlapping each other. The relevance of social affection, that in some cases overcomes the biological, has been authorizing the recognition of existence for both bonds. Still in terms of filiation, we will analiyze the best interest of the child in the concrete case. In sight of this series of questions, multiple parenthood comes up as an alternative so the child does not have to choose between biological or affection father/mother, once that it considers both as responsible for its formation. We proceed to analyzed parental judicial decisions from differents degrees of jurisdiction in order to observe the considerations made about which beneficts the recognition of multiple parenthood brings to family institution. We conclude that the super principle of human dignity sustain the recognition of multiple parenthood aimming benefit that family institution seeking legitimacy.

Keywords: Family; Constitutional Principles; Filiation; Multiple Parenthood.

1 INTRODUÇÃO

A temática envolvendo o Direito das Famílias esta em constante busca por aperfeiçoamento através dos doutrinadores e aplicadores do direito que revisitam institutos de acordo com os anseios da sociedade e embasado por princípios

constitucionais. Isso porque a lei posta não consegue acompanhar a dinamicidade das relações pessoais, cabendo então à jurisprudência analisar as possibilidades das pretensões postuladas.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal em resposta a grande demanda de questões judiciais acerca do tema da multiparentalidade, proferiu tese em sede de Repercussão Geral 622 nos seguintes termos: "a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios".

Na esteira do raciocínio, as famílias multiparentais são compostas por duas ou mais mães e/ou dois ou mais pais que em decorrência da formação do seu instituto familiar criaram laços afetivos e/ou biológico com o descendente e buscam legitimar essa relação.

Partindo do princípio que o relacionamento com múltiplas figuras parentais atende ao melhor interesse da criança e do adolescente, as decisões judiciais que concedem a multiparentalidade fundamentam-se nos benefícios que o reconhecimento do vínculo pluriparental gerará a criança e ao adolescente.

Entretanto, o aplicador do direito deverá estar atento para a real existência entre o elo afetivo e biológico e a necessidade de coexistirem, vez que qualquer intenção apenas de cunho patrimonial, sem consideráveis benefícios de crescimento pessoal ao descendente, deverá ser afastada.

Portanto, em razão de se tratar de direito fundamental do indivíduo, a declaração da multiparentalidade repercute diretamente na esfera moral da criança e do adolescente devendo ser cautelosas as decisões judiciais ao reconhecer a pluralidade dos laços familiares observando sempre a dignidade e o melhor interesse da criança e do adolescente.

2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA

Primeiramente, cumpre apontarmos que a estrutura familiar se trata da primeira forma de relação e organização que o ser humano tem contato, vez que desde

seu nascimento ele se torna membro de uma família aonde surgiram suas primeiras manifestações culturais, sociais, patrimoniais, pessoais e éticas.

Entretanto, com o passar dos anos essa estrutura passa por modificações e alterações em razão das necessidades do instituto familiar, de seus indivíduos e da sociedade como um todo.

Considerando essa necessidade em se adaptar a realidade atual, houve a promulgação da Constituição Federal de 1988 que trouxe significativas mudanças no âmbito do Direito das Famílias, principalmente o destaque dado a força normativa auferida aos princípios constitucionais implícitos e explícitos.

Nesse sentido, as relações familiares abrangem diversos princípios constitucionais e infraconstitucionais, se adaptando ao ramo abordado. No presente artigo estudaremos os princípios mais importantes e utilizados para a fundamentação das decisões judiciais, a saber: dignidade da pessoa humana, afetividade e melhor interesse da criança.

2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é a base do ordenamento jurídico presente na Carta Magna de 1988, conforme o artigo 1º, inciso III da Constituição Federal.

Na lição de Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 23), "o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana constitui, assim, base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente. "

Nesse sentido, por se tratar de um princípio máximo, da dignidade da pessoa humana decorre diversos outros princípios constitucionais, como por exemplo, a solidariedade, liberdade, afetividade e o direito à busca da felicidade.

Com a previsão deste princípio, a Constituição Federal permite o reconhecimento de diversas modalidades de família, mesmo aquelas que não são previstas expressamente.

A utilização do princípio da dignidade da pessoa humana nos tribunais pátrios é um fato recorrente, fundamentando numerosas decisões, em especial no âmbito

familiar, defendendo o irrestrito respeito à identidade e à integridade de todo o indivíduo.

Podemos concluir que com a proteção da dignidade humana há igual dignidade para todas as entidades familiares (DIAS, 2009). Nesse sentido, o Estado visa proteger o instituto familiar independente de sua espécie, vez que a dignidade humana se trata de norma de inclusão que possibilitará o reconhecimento de modalidades familiares ainda não previstas expressamente (MALUF, 2013).

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana é o valor básico do nosso ordenamento jurídico, devendo ser observado e ponderado em todas as decisões judiciais, vez que protege a integridade e as necessidades básicas do indivíduo.

2.2 Princípio da afetividade

Conforme exposto no item anterior, a afetividade decorre da dignidade da pessoa humana, que é algo absoluto, base do Estado Democrático de Direito. Apesar de ter enorme incidência nas atuais decisões judiciais, o princípio da afetividade não está expresso no texto constitucional.

Entretanto, tal ausência não o faz menos importante daqueles que estão explícitos, vez que para muitos doutrinadores e com acolhimento da jurisprudência, o princípio da afetividade é o principal fundamento para as relações familiares atuais.

Observa Paulo Lôbo a retomada da real finalidade do instituto familiar com o princípio da afetividade

> A família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevalecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares. (LÔBO, 2011, p. 71)

Atualmente, o instituto familiar busca viver em equilíbrio de relações. A igualdade dos gêneros e a proteção à criança e ao adolescente modificam o modo de pensar da família. Ocorre que cada vez mais a família se mantém apenas com aquilo que é bom e saudável para o instituto, não se prendendo mais tanto a conceitos culturais e religiosos.

Maria Berenice Dias apresenta exemplo sobre a aceitação da afetividade na Constituição Federal:

> Ao serem reconhecidas como entidade familiar merecedora da tutela jurídica as uniões estáveis, que se constituem sem o selo do casamento, tal significa que o afeto, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico. (DIAS, 2009, p. 69)

Cumpre destacarmos que o afeto tem grande incidência na filiação, tendo em vista que o Código Civil admite a possibilidade da adoção, logo uma relação de afeto, igualando filhos biológicos e afetivos.

Deste modo, o princípio da afetividade está contido na Carta Magna de maneira implícita, decorre em especial do princípio da dignidade da pessoa humana e auxilia o reconhecimento de novas entidades familiares não previstas expressamente no ordenamento jurídico.

2.3 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Encontramos o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente no art. 227, *caput,* da Constituição Federal ao tratar da declaração dos direitos fundamentais em relação à criança e ao adolescente.

Assim como os idosos, as crianças e adolescentes também se encontram em situação de fragilidade perante a sociedade, devendo, portanto, receber tratamento diferenciado do Estado a fim de garantir o seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, com condições de liberdade e dignidade.

Ao passo que além da proteção constitucional destinada as crianças e aos adolescentes, em 1990 foi promulgada a Lei 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), legislação especial que visa proteger os direitos dos menores de 18 anos.

Ensina Flávio Tartuce (2014) que o princípio do melhor interesse da criança, ou *best interest of the child,* foi reconhecido na Convenção Internacional de Haia que trata da proteção dos interesses das crianças.

Nesse sentido, o ECA considera criança a pessoa com idade entre zero e 12 anos incompletos e adolescente aquele que tem entre 12 e 18 anos de idade.

Paulo Lôbo pondera a respeito da proteção as crianças antes e depois do reconhecimento do princípio em questão:

> O princípio do melhor interesse ilumina a investigação das paternidades e filiações socioafetivas. A criança é o protagonista principal, na atualidade. No passado recente, em havendo conflito, a aplicação do direito era mobilizada para os interesses dos pais, sendo a criança mero objeto da decisão. O juiz deve sempre, na colisão da verdade biológica com a verdade socioafetiva, apurar qual delas contempla o melhor interesse dos filhos, em cada caso, tendo em conta a pessoa em formação. (LÔBO, 2011, p. 75/76)

Podemos citar outra norma protetiva às crianças e adolescentes, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 1989, ratificada pelo Brasil através do Decreto-Lei n. 99.710/90, o qual dispõe em seu art. 3º:

> Art. 3. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

Analisado o caso concreto, o juiz deverá ponderar o melhor interesse da criança diante do fato relatado, vez que por mais inédita que seja uma relação familiar, não cabe ao Direito e nem ao Judiciário impor limites a uma família que se baseia no amor, afeto e respeito entre seus integrantes.

Desta feita, o princípio do melhor interesse da criança busca a proteção daquele cidadão, assegurando os seus direitos fundamentais de forma a conduzir o menor de 18 a uma sociedade saudável que o respeitou e o assegurou em uma época de fragilidade.

3. FILIAÇÃO

Atualmente, a doutrina e a jurisprudência elencam três critérios determinantes da filiação a fim de se estabelecer os fatos que irão gerar a conexão nas relações jurídico-parentais, a saber: critério da verdade legal, critério da verdade biológica e critério da verdade afetiva.

O primeiro critério que analisaremos, o da verdade legal, decorre imperativamente de norma posta, no art. 1.597 do Código Civil, mas que atualmente não pode mais ser vista como verdade absoluta.

Para Maria Berenice Dias (2009) o que presume de fato a lei não é o estado de filiação, mas sim a fidelidade da esposa ao seu marido. Isso por que até pouco tempo a mulher era obrigada a casar virgem, não podia trabalhar, devendo apenas se dedicar ao lar conjugal sendo submissa ao marido. Diante de tais atitudes a conclusão óbvia a que se chegava era que o filho poderia ser apenas do cônjuge.

Logo, segundo o critério da verdade legal para que haja a filiação legítima ou legal basta que haja matrimônio válido ou anulável, desde que ainda não tenha sido decretada a anulação (MALUF, 2013).

Enquanto que para o critério da verdade biológica não basta que o sujeito seja considerado pai biológico para que seja reconhecido o estado de filiação, é necessário comprovar o *animus* de pai e filho, ou seja, que aquele indivíduo reconheça o outro como filho.

Em razão da afetividade que é demonstrada a diferença entre a origem genética e a filiação biológica e, portanto, pai é quem cria, educa e dá amor e o genitor é somente o que gera.

Destarte, mesmo caracterizado o vínculo genético entre genitor e filho, o estado de filiação só ficará configurado quando houver a afetividade entre os indivíduos, ou seja, para se ter a filiação biológica deverá estar presente o vínculo genético e o vínculo afetivo.

Por outro lado, o critério da verdade afetiva poderá ser caracterizado quando se está diante de uma relação que se baseia no afeto, na solidariedade, no *animus* de um indivíduo em cuidar de outro como se seu filho fosse, sem o vínculo genético.

Nesse caso, poderão ser manifestadas na adoção, na reprodução assistida heteróloga, na adoção à brasileira e pela adoção informal ou de fato, ou seja, o chamado filho de criação.

O art. 1.593 do Código Civil menciona as espécies de parentesco como natural ou civil e esclarece que ele pode resultar da consanguinidade ou outra origem.

Ao falar em outra origem o *Codex* inova no que até então se entende por família e abre margem para interpretações amplas e inovadoras, abarcando outras espécies de parentesco além do biológico, civil ou adoção.

Cumpre ressaltarmos que o magistrado deverá analisar o caso concreto para declarar o vínculo afetivo entre o demandante e o demandado. Ademais, apesar de a doutrina elencar requisitos (MALUF, 2013) para a caracterização da posse do estado de

filiação, por se tratar de tema em constante mudança não poderá ficar adstrito a esses rígidos conceitos.

Concluímos que as relações familiares estão cada vez mais sendo embasadas pelo vínculo afetivo, sendo devidamente reconhecida pela jurisprudência e doutrina atual. Isso porque o Direito, mais especificamente o de Família, está em constante mudança não podendo ficar apenas creditado em regras que não se atualizam.

4. MULTIPARENTALIDADE: ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS

O reconhecimento da multiparentalidade pelo Supremo Tribunal Federal auxilia a derrubada da premissa até então observada nos Tribunais de que a parentalidade sociafetiva prevaleceria sobre a biológica, tendo em vista que o julgado permitiu a coexistência de pais biológicos e afetivos no registro civil do filho.

Conforme anteriormente elucidado, entendemos por multiparentalidade como o instituto que reconhece o direito de o filho possuir dois ou mais pais e/ou duas ou mais mães legitimados: o pai(s) e/ou mãe(s) biológicos e o pai(s) e/ou mãe(s) socioafetivos.

O referido instituto vem se firmando na jurisprudência atual através dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e da proteção constitucional a família socioafetiva.

Entretanto, o reconhecimento de famílias multiparentais até há pouco tempo se mostrava tão controverso que era possível encontrarmos em um mesmo Tribunal de Justiça entendimentos diferente acerca da multiparentalidade, como por exemplo, as apelações julgadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rio Grande do Sul, ambas em 2009.

Na Apelação Cível nº 70029363918 houve o reconhecimento da possibilidade de família multiparental, sendo que Acórdão aplicou a teoria tridimensional de filiação para permitir a determinação de uma multiplicidade de critério de filiação, fazendo coexistir a um só tempo o critério biológico, afetivo e ontológico (MALUF, 2013).

Enquanto que no segundo julgado, Apelação Cível nº 70027112192, o Acórdão entendeu pela impossibilidade jurídica do pedido, fundamentando que ninguém poderá ser filho de dois pais.

Pacificando o entendimento dos Tribunais de Justiça pátrios, em setembro de 2016 no julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060 de Repercussão Geral nº 622, o STF reconheceu a existência de famílias multiparentais, consubstanciado nos princípios da dignidade da pessoa humana, paternidade responsável, afetividade e direito a busca da felicidade.

Iniciaremos a análise das decisões judiciais com o estudo do Acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 898.060 pelo STF, sob a lavra do Ministro Relator Luiz Fux, como passamos a expor.

4.1 Recurso Extraordinário nº 898.060 STF

Primeiramente, cabe destacarmos que a análise feita do Acórdão proferido pelo Ministro Relator Luiz Fux será exclusivamente de direito, tendo em vista que a Suprema Corte brasileira não reexamina fatos.

O voto do Ministro Relator considera como eixo central o instituto da família e discute a impossibilidade de hierarquização entre as espécies de filiação. Para isso, o Ministro Relator fundamenta sua decisão consubstanciada, principalmente, no super princípio da dignidade humana e o direito à busca da felicidade.

Durante a lavratura do voto, há considerações a paternidade responsável, bem como são apresentadas decisões do direito comparado a fim de fazer jus ao reconhecimento da multiparentalidade, entretanto, a dignidade da pessoa humana e o direito à busca da felicidade se destacam.

Nesse sentido, o Acórdão relaciona a dignidade humana e o direito à busca da felicidade, *in verbis:*

> O sobreprincípio da dignidade humana, na sua dimensão de tutela da felicidade e realização pessoal dos indivíduos a partir de suas próprias configurações existenciais, impõe o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de modelos familiares diversos da concepção tradicional. O espectro legal deve acolher, nesse prisma, tanto vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto aqueles originados da ascendência biológica, por imposição do princípio da paternidade responsável, enunciado expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição.

No reconhecimento da multiparentalidade pela mais alta corte do país há crucial importância as considerações que foram feitas a dignidade humana e o direito à busca da felicidade que todos possuem.

Apesar de a consideração ao direito à busca da felicidade não ter previsão expressa no ordenamento jurídico pátrio, o STF já proferiu decisões que abrangem e reconhecem o direito aludido.

Importante mencionarmos que o direito à busca da felicidade visa proteger o instituto familiar de cada pessoa daqueles modelos de realidade familiar pré-concebidos pela lei, amparando o instituto conforme se constitui para cada um.

Contudo, diversas indagações são trazidas ao mencionar o direito a busca da felicidade, como por exemplo: 1) O que é felicidade? 2) O que me tornaria feliz, poderia também tornar outra pessoa feliz e vice versa? 3) Seria a busca da felicidade um direito de todo o coletivo ou apenas daquele indivíduo em busca de um reconhecimento? 4) O ser humano é capaz de ser constantemente feliz ou após alcançar o seu objetivo, sua felicidade do momento pontual será aos poucos esquecida? 5) A subjetividade da condição do direito a busca da felicidade não seria um empecilho para o Estado garantir como um direito fundamental? 6) Seguindo o direito a busca da felicidade, o que faz a maioria feliz poderia suprimir a felicidade da minoria se for contraria aquela?

Nesse caso, para a psicologia o estudo da felicidade é algo recente. Podemos citar a idéia de felicidade proposta por Ekman (1992) como sentimento básico que tem respostas fisiológicas semelhantes em todas as culturas e em todos os indivíduos, se tratando de uma resposta a situações do cotidiano.

Ainda, a felicidade é estudada hoje como fator preventivo na saúde mental dos indivíduos. Na esteira do raciocínio, podemos citar a conclusão de Huppert e Whittington (2003) de que morbidade e mortalidade estão mais intensamente relacionadas à ausência de emoções positivas do que à presença de emoções negativas e Watson (2000) percebe que as baixas incidências de emoções positivas, como a felicidade, parecem estar relacionadas com depressão melancólica.

Assegurar a felicidade a um indivíduo é também medida de prevenção dentro da saúde coletiva. Vivemos hoje uma epidemia de neuroses na qual o suicídio é a segunda maior causa de mortes de jovens no mundo, segundo a OMS, logo a prevenção da saúde mental se torna um assunto de todos.

Fica claro a crucial importância da felicidade como meio de prevenção a saúde mental no âmbito psicológico, entretanto, acreditamos que no âmbito jurídico a fundamentação ao reconhecimento de família multiparental consubstanciado principalmente no direito a busca da felicidade traz caráter muito subjetivo ao tema. Isso porque existem outros princípios em nosso ordenamento jurídico que criam a possibilidade de amparo ao reconhecimento da multiparentalidade de maneira mais concreta.

Por fim, cabe destacarmos a reflexão feita no Acórdão acerca da impossibilidade de decidir entre a filiação afetiva e a biológica:

> Não cabe à lei agir como o Rei Salomão, na conhecida história em que propôs dividir a criança ao meio pela impossibilidade de reconhecer a parentalidade entre ela e duas pessoas ao mesmo tempo. Da mesma forma, nos tempos atuais, descabe pretender decidir entre a filiação afetiva e a biológica quando o melhor interesse do descendente é o reconhecimento jurídico de ambos os vínculos. Do contrário, estar-se-ia transformando o ser humano em mero instrumento de aplicação dos esquadros determinados pelos legisladores. É o direito que deve servir à pessoa, não o contrário.

Destacamos a consideração realizada quanto ao melhor interesse do descendente que seria o reconhecimento jurídico de ambos os vínculos (afetivo e biológico). Trata-se de acertada decisão da nossa Suprema Corte, vez que há repercussão nas demandas que abarcam o tema.

A implicação da multiparentalidade na vida da criança é a declaração de legitimidade de uma realidade que já é percebida e vivida pelo indivíduo.

Na área de desenvolvimento humano na psicologia, John Bowlby, constrói a teoria do apego após estudos com crianças institucionalizadas. Nesse estudo, Bowlby observou que a criança percebe o papel materno como aquele indivíduo que proporciona segurança e com quem a criança possa criar o apego. Logo, a criança entende desde seu nascimento que sua principal fonte de cuidado é aquele que proporciona segurança e afeto, no qual a criança pode criar laços de confiança.

Pesquisas como a de Harlow (1958) comprovam mencionada teoria e demonstram que o apego não está relacionado com vínculos biológicos ou com o aleitamento materno. Mencionadas pesquisas, demonstram que o bom cuidador, aquele que oferece um ambiente seguro e possibilita o apego, o amor e o afeto, são essenciais para a o pleno desenvolvimento da criança, tanto física quanto emocionalmente.

Destacamos, por fim, que a qualidade do cuidado não possui relação com o número de pessoas que irão desenvolver esse cuidado ou se há laços sanguíneos com a criança.

Ante o estudo de diversas decisões dos Tribunais de Justiça pátrios, bem como de sentença de 1º grau, observamos frente ao caso concreto que a melhor alternativa ao descendente será a da coexistência dos vínculos afetivos e biológico se assim for constituída seu entendimento de unidade familiar.

4.2 Recurso Especial nº 1.622.330 STJ

Extrai-se do relatório do Recurso Especial que a autora registrada por pai afetivo só descobriu sua origem genética no momento em que precisou de um transplante de sangue. Ingressou com a Ação de Investigação de Paternidade c.c com Anulação de Registro Civil visando confirmar sua filiação biológica.

Em sede de Recurso de Apelação, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul manteve a sentença de primeiro grau e decidiu que, no caso concreto, a paternidade socioafetiva imperava sobre a verdade biológica.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça em Acórdão publicado em 07 de agosto de 2017 e em consonância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, decidiu pela coexistência das filiações biológica e afetiva no registro de nascimento da autora, reconhecendo a multiparantalidade.

Nesse sentido, o julgado contribuiu com diversas considerações sobre o tema, *in verbis:*

> A paternidade sociafetiva realiza a própria dignidade da pessoa humana por permitir que um indivíduo tenha reconhecido seu histórico de vida e a condição social ostentada, valorizando, além dos aspectos formais, como a regular adoção, a verdade real dos fatos. Mas o direito de conhecer sua origem genética, a partir da busca da paternidade biológica, é também um direito básico, que ostenta idêntica hierarquia jurídica.

Cabe destacarmos, mais uma vez, a fundamentação embasada no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana ao reconhecer a dupla filiação. Isso porque, o Ministro Relator ponderou o histórico de vida da autora com o pai afetivo, bem como o seu direito de conhecer sua origem genética.

O voto dispõe ainda:

> A igualdade entre as paternidades biológica e afetiva amplia a proteção dos interesses dos filhos, de modo que todos os pais devem assumir as responsabilidades decorrentes da paternidade. Ou seja, os pais, não importando sua origem, têm obrigações, tais como fornecer ao filho um sobrenome, ainda que outrem tenha registrado a criança, prover a pensão alimentícia e assegurar-lhe o direito de herança.

Os benefícios considerados pelo *decisum* para reconhecer a multiparentalidade são o direito que uma pessoa tem de ter no seu registro de nascimento o espelho de sua verdadeira família, assim como ela é e não como expressou a Constituição Federal de 1988.

Diante do reconhecimento da dupla filiação, tanto ascendentes como o descendente tem legitimados e amparados o seu instituto familiar, influenciando diretamente na formação psíquica e social de cada integrante desse grupo.

4.3 V. Acórdão proferido pelo TJ/SP

O presente caso trata-se de Ação Declaratória de Maternidade Socioafetiva c.c Retificação de Assento de Nascimento proposta por madrasta e enteado em conjunto no polo ativo, visando apenas incluir no assento de nascimento do requerente o patronímico da coautora e manter o patronímico da mãe biológica falecida.

Os autores apresentaram a demanda informando que o coautor perdeu sua mãe biológica três dias após o seu parto. Narraram que meses depois, seu genitor conheceu a coautora e se casaram quando o coautor tinha dois anos, sendo criado por ela como filho até a idade adulta.

No julgamento realizado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo houve a reforma da sentença do Juízo de 1ª instância, declarando a maternidade socioafetiva da madrasta, sem prejuízo e concomitante com a maternidade biológica.

O Acórdão considerou os benefícios do reconhecimento da multiparentalidade ao enteado, *in verbis:*

> A autora poderia simplesmente adotar o enteado, mas por respeito à memória da mãe, vítima de infortúnio, que comoveu toda a comunidade, que a homenageou, atribuindo seu nome a uma rua e a um Consultório Odontológico Municipal, e por carinho a família dela, com quem mantém estreito relacionamento, optou pela presente via.
>
> (...)

> As fotografias anexadas mostram a autora, durante muitos anos, participando efetivamente de fatos e momento importantes na formação da criança, nos seus aniversários, nas reuniões da escola, nos passeios, viagens, festas, mas também, na reclusa do lar, sobressaindo em todas as imagens, desde aquelas em que ainda está seguro no colo, até as mais recentes, já adulto e estudante de Direito, mesma profissão da requerente, a expressão de felicidade.

Observamos que o Acórdão pondera as relações do filho com a mãe biológica e com a mãe afetiva. Considera de igual importância tanto a estreita relação do descendente com seus avôs maternos biológicos quanto a dedicação da mãe afetiva no decorrer da vida do filho, desde criança até a idade adulta.

O Acórdão ainda trata que a relação exposta na demanda se mostra há muito tempo consolidada, constituindo uma unidade familiar que satisfaz os anseios legítimos dos autores e de suas famílias.

Por fim, cabe destacarmos que a fundamentação do Acórdão foi consubstanciado no princípio da afetividade e no da dignidade da pessoa humana, reforçando um padrão de fundamentação encontrado nas decisões de reconhecimento da dupla filiação.

4.4 Sentença explicativa de 1º grau da Comarca de Sobradinho/DF

Finalizando a análise das decisões judiciais reconhecendo a multiparentalidade e em uma sequência lógica de instâncias do Poder Judiciário, agora analisaremos a sentença proferida pelo Juízo de 1ª instância da Comarca de Sobradinho/DF.

Cabe informarmos que a sentença foi proferida em 06 de junho de 2014, ou seja, anterior ao Recurso Extraordinário nº 898.060. Entretanto, se mostra de vital importância pela clareza do proferido pela Magistrada e pela forma como o tema é esmiuçado.

O caso em tela se trata de Ação Negatória de Paternidade proposta pela filha em face de seu pai afetivo e seu pai biológico. A autora relata na inicial que o pai biológico é proprietário da fazenda em que sua família trabalhava e ameaçava a genitora de demissão caso a paternidade fosse revelada.

Em razão disso, o pai afetivo e marido da genitora optou por registrar a autora como se sua filha fosse e assim a criou.

Cumpre destacarmos, primeiramente, a didática da r. sentença estudada, vez que divide em tópicos e assim consegue analisar e considerar cada ponto do caso concreto, a saber: 1) paternidade socioafetiva; 2) paternidade biológica; 3) multiparentalidade; 4) direitos e efeitos jurídicos em decorrência do reconhecimento da dupla filiação.

A sentença versa a respeito do reconhecimento da multiparentalidade, *in verbis:*

> O direito ao reconhecimento da MULTIPARENTALIDADE está embasado nos direitos da personalidade, que se visualizam através da imagem que se tem, honra e também privacidade da vida, direitos estes que se revestem essenciais à própria condição humana. Por derradeiro, em atenção ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente, sempre sublinhado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, a MULTIPARENTALIDADE se desenha com cores que anunciam um novo caminho social.

E aplicando o instituto da dupla filiação ao caso concreto dispôs:

> No caso sub judice, destaco que não se mostra plausível afastar a paternidade socioafetiva de YYY, com quem XXX manteve relacionamento filial por todos seus 10 anos de vida. Quem a criou e a manteve foi YYY, pessoa pobre, analfabeta e agricultora.
>
> Por outro lado, não se pode deixar de enxergar a confortável situação financeira de ZZZ, que possui alto padrão de vida. Deixar de estender à infante as benesses que esta paternidade pode lhe oferecer, é não atentar para o melhor interesse da criança, Princípio Constitucional e basilar do Estatuto da Criança e do Adolescente!

Observamos que apesar de o pai biológico deixar claro a ausência de afeto em relação a autora, a sentença considerou sua confortável situação financeira e os benefícios que iriam trazer o reconhecimento da paternidade para a autora menor de idade.

Nesse sentido, cabe a ponderação de que o vínculo biológico foi reconhecido apenas consubstanciado na situação patrimonial do genitor. Ocorre que nesse ponto há uma linha tênue das decisões judiciais que reconhecem a família multiparental observando o caráter patrimonial.

Isso porque se não for observado minuciosamente o caso concreto para que o reconhecimento apenas com fins patrimoniais busque trazer reais condições de melhor desenvolvimento ao descendente, a multiparentalidade poderá contrariar aquilo que

busca e defende, vez que poderá abrir a possibilidade para a busca ao Judiciário visando o reconhecimento apenas com fins meramente patrimoniais

Um exemplo que pode ser citado de caso de multiparentalidade que entendemos que deveria ser rechaçado: um indivíduo adulto que conviveu apenas com pai afetivo durante a toda sua vida, busca o reconhecimento da multiparentalidade visando se beneficiar da herança do pai biológico. Nesse caso, observamos que não há chances de haver a criação de laços de afetividade, tendo em vista o falecimento do genitor.

Por outro lado, reconhecendo a multiparentalidade no caso em tela, a sentença preservou todo o amor e afeto que a autora recebeu por parte do pai afetivo, bem como visualizou que suas condições materiais poderiam ser melhoradas em razão do amparo do pai biológico.

Importante ressaltarmos que sentença não descartou a possibilidade de haver uma relação de afeto entre o pai biológico e a autora, acredita até que com o tempo poderá ser construído tal sentimento, mas *a priori* o reconhecimento da paternidade ocorreu frente aos benefícios financeiros que poderão ser possibilitados a autora, ainda menor de idade e de condições humildes.

Desta feita, a sentença reconheceu a dupla filiação do pai afetivo e do pai biológico e ainda estabeleceu a guarda ao pai afetivo e a genitora com a convivência livre com pai biológico, bem como o condenou ao pagamento de alimentos mensais.

5. CONCLUSÃO

A jurisprudência analisada no presente artigo demonstrou as considerações realizadas pelos julgados a respeito dos benefícios trazidos ao instituto familiar de cada caso com o reconhecimento da multiparentalidade.

Em razão da dinamicidade das decisões judiciais, podemos analisar diversos tipos de fundamentações e ponderações de valores mesmo que a conclusão seja a mesma, o reconhecimento da dupla filiação.

Cumpre destacarmos que o entendimento antes pacífico da jurisprudência no que tange a impossibilidade jurídica do pedido da multiparentalidade não é mais majoritário. Isso porque o Poder Judiciário, em recentes decisões, inicia uma ponderação

de princípios constitucionais com a norma posta, corroborado pelo julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060 pelo STF reconhecendo a família multiparental.

Nesse sentido, verificamos em todas as decisões analisadas a aplicação prática aos princípios constitucionais de proteção ao indivíduo, em especial o da dignidade da pessoa humana.

Até o início das decisões admitindo a dupla filiação, haviam discussões realizadas pela doutrina e pela jurisprudência a respeito de qual vínculo deveria prevalecer, o biológico ou o afetivo.

De outra feita, com o reconhecimento da multiparentalidade haverá a coexistência entre o vínculo afetivo e o biológico, demonstrando que a discussão acima mencionada está ultrapassada, vez que há real possibilidade de existência dos dois vínculos em sintonia.

Entretanto, o foco do presente artigo foi o de analisarmos se a coexistência entre o vínculo afetivo e o biológico poderia trazer algum efeito negativo para o filho e quais os benefícios do reconhecimento do vínculo pluriparental reconhecido pelas decisões judiciais.

A conclusão que chegamos é que a coexistência entre o vínculo afetivo e o biológico não traz nenhum efeito negativo, vez que se trata de reconhecimento para produzir os efeitos jurídicos de situações que está há muito tempo consolidadas para aquele instituto familiar. Ademais, difícil de imaginar uma ocasião em que o dobro de afeto e zelo poderia prejudicar a criança ou adolescente.

Importante ressaltarmos a crucial consideração ao super princípio da dignidade humana em todas as decisões analisadas a fim de legitimar as situações vividas nos casos apresentados.

Declarado o reconhecimento da multiparentalidade, deverá produzir todos os efeitos jurídicos referentes à filiação, ou seja, direito ao nome dos pais, direito aos alimentos, detenção do poder familiar pelos declarados pais e direitos sucessórios.

Desta feita, as análises das decisões judiciais de reconhecimento da multiparentalidade mostram-se de crucial importância para o tema, vez que pela ausência de norma posta, o Poder Judiciário toma a frente e busca suprimir com fundamentos legais e princípios lógicos a inexistência do pronunciamento legislativo, não deixando o Direito se tornar retrógrado e ultrapassado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 18 de setembro de 2017.

_____. Decreto n. 99.170, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm> Acesso em: 18 de setembro de 2017.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 20 de setembro de 2017.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 20 de setembro de 2017.

_____. Poder Judiciário do Estado do Distrito Federal. Comarca de Sobradinho, processo nº 2013.06.1.001874-5, Magistrada: Ana Maria Gonçalves Louzada, julgado em 09/06/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraodinário n. 898.060. Min. Rel. Luiz Fux, publicação em 24/08/2017

_____.Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.622.330. Min. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, publicação em 07/08/2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70029363918, Des. Rel.: Claudir Fidelis Faccenda Oitava Câmara Cível, julgado em 07/05/2009.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº70027112192, Des. Rel: Claudir Fidelis Faccenda Oitava Câmara Cível, julgado em 02/04/2009

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Cível nº 0006422-26.2011.8.26.0286, Des. Rel: Alcides Leopoldo e Silva Júnio, julgado em 14/08/2012.

BOWLBY, John. Attachment. Col: Attachment and Loss. Vol. I. Londres: Hogarth, 1969.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direitos de famílias, São Paulo: RT, 2009, ed. 5ª.

EKMAN, Paul. An argument for basic emotions. Cognition & Emotion. University of California, 1992.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2012, ed. 9º.

HARLOW, Harry F. The nature of love. American Psychologist, American Psychological Association, Washington, D. C., v.13, Agosto, 1958.

HUPPERT, Felicia; WHITTINGTON, Joyce. Evidence for the independence of positive and negative well-being: Implications for quality of life assessment. British Journal of Health Psychology, Cambridge, The British Psychological Society,v.8, n.1, fevereiro, 2003.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: famílias. São Paulo: Saraiva, 2011, ed. 4ª

MALUF, Carlos Alberto Dabus. Curso de Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2013.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Direito de Família. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014.

UNICEF. Declaração Universal do Direito das Crianças. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10127.htm> Acesso em 20 de setembro de 2017.

WATSON, David. Mood and temperament. New York: Guilford Press, 2000.

Grupo de Trabalho 05
Gênero e memória

REPENSANDO A TRANSEXUALIDADE ENQUANTO PATOLOGIA

RETHINKING TRANSEXUALITY AS PATHOLOGY

*Ana Luiza Rodrigues**

Sumário: 1. Introdução; 2. O contexto atual da patologia transexualismo; 3. A falácia do discurso patologizador; Conclusão; Referências bibliográficas.

Resumo: O presente trabalho pretende repensar os critérios utilizados pelo Conselho Federal de Medicina para caracterização da transexualidade enquanto patologia, critérios estes que têm, mesmo que indiretamente, sido usados como fundamentos para decisões judiciais sobre os direitos de personalidade de transexuais. Introdutoriamente são apresentados resultados de pesquisa empírica e trechos de decisões judiciais para demonstrar que o discurso da patologia e da necessidade de realização do procedimento transgenitalizador estão presentes nas fundamentações. Na sequência é apresentado o contexto da transexualidade enquanto patologia, indicando que há um movimento pela sua retirada do rol de doenças psiquiátricas. Apresentado então o posicionamento de CFM em relação ao tema, notadamente com a análise da Resolução 1.955/2010 que autoriza o procedimento transgenitalizador. São explicitados os critérios que o CFM para configuração do "transexualismo" e combatidos com os argumentos utilizados por Judith Butler em "Desdiagnosticando o Gênero".

Palavras Chave: Transexualidade; patologização; decisão judicial.

Abstract: The present work intends to rethink the criteria used by the Federal Medical Council to characterize transsexuality as pathology, criteria that have, even if indirectly, been used as grounds for judicial decisions on the personality rights of transsexuals. Introductory results are presented empirical research and excerpts from judicial decisions to demonstrate that the discourse of pathology and the need to perform the

* Mestranda da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Endereço eletrônico: al.oliveira12@gmail.com

transgenitalizer procedure are present in the grounds. In the sequence is presented the context of transsexuality as pathology, indicating that there is a movement for its withdrawal from the list of psychiatric diseases. The positioning of CFM was then presented in relation to the topic, especially with the analysis of Resolution 1955/2010 that authorizes the transgenitalizer procedure. The CFM criteria for configuring "transsexualism" are discussed and countered with the arguments used by Judith Butler in "De-diagnosing Gender."

Keywords: Transsexuality; pathology; judicial decision.

1 INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário tem utilizado o diagnóstico médico da transexualidade[1] como critério para procedência de pedidos de retificação de registro civil de transexuais.

Tais fatos podem se verificar a análise de dados coletados em pesquisa empírica realizada por Flores, Duro e Brum (2017) que mapeou as decisões da 2ª instância do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que tratavam da retificação de registro civil de transexuais. A pesquisa abrangeu todas as 34 decisões proferidas entre 1986 e 2016, das quais 54,5% condicionaram a procedência, ou seja, a retificação do registro civil, a prévia ou eminente ocorrência da cirurgia de transgenitalização.

Note-se que o fator condicionante em tais decisões, qual seja, a realização da cirurgia transgenitalizante (neocolpovulvoplastia e neofaloplastia de caráter experimental) esconde um dado importante, a patologização do indivíduo trans, visto que a realização dos procedimentos só é autorizada pelo Conselho Federal de Medicina "como tratamento dos casos de transexualismo". (art. 1º da Resolução n. 1.955/2010 do CFM).

[1] Há de se ressalvar que o termo transexualismo é predominantemente utilizado no âmbito médico para designar a patologia descrita nos manuais. Conforme dicionário da língua portuguesa é o "sentimento de profunda inadequação ao próprio sexo, acompanhado pelo desejo de adquirir as características físicas externas do sexo oposto, por meio de tratamento clínico e procedimento cirúrgico". Sendo uma das finalidades deste artigo repensar dita 'inadequação' ao gênero/corpo como uma patologia, adota-se o termo transexualidade para referenciar tal condição, advertindo-se que apenas quando se tratar de citação, também indireta, é que se preservou o uso da palavra trasexualismo.

O condicionamento à procedência dos pedidos judiciais à realização da cirurgia de trangenitalização, e a retomada do discurso que patologiza o indivíduo trans na fundamentação das sentenças pode ser observado em excertos de decisões de outros Tribunais, como o do Estado de Minas Gerais: "*A parte autora (....) juntou laudo psicológico em que atesta que a parte autora apresenta "Transtorno de Identidade de Gênero: Disforia de Gênero"*[2]*; "o relatório médico acostado às fls. 16/18, elaborado por profissional ligado à Universidade Federal de Uberlândia, revela não só que a parte é transexual, como também o seu desejo em realizar a cirurgia de transgenitalização*"[3]; ou ainda, "*como é cediço, os transtornos da identidade sexual têm sido objeto de aprofundados estudos da ciência médica, já se tendo classificado o transexualismo como distúrbio patológico que evidencia a não aceitação do próprio sexo, já que o indivíduo se sente como integrante do gênero oposto*"[4].

A discussão sobre a prescindibilidade da realização da cirurgia de transgenitalização para retificação dos assentos civis chegou ao Supremo Tribunal Federal que reconheceu em 2014 a repercussão geral para admissão do Recurso Extraordinário[5].

2 O CONTEXTO ATUAL DA PATOLOGIA *TRANSEXUALISMO*

No Código Internacional de Doenças (CID – 10) a transexualidade é caracterizada como um transtorno de identidade sexual (de gênero[6]), da categoria dos Transtornos de Personalidade e do Comportamento Adulto, inserido dentro do capítulo V, que relaciona os Transtornos Mentais e Comportamentais.

A Organização Mundial da Saúde descreve o *transexualismo* da seguinte forma:

> Trata-se de um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto. Este desejo se acompanha em geral de um sentimento de mal estar ou de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado. (OMS, 2008).

[2] Decisão do Processo n. 1.0702.15.039065-7/001.
[3] Decisão do processo n. 1.0702.15.030891-5/001.
[4] Decisão do processo n. 1.0232.10.002611-0/001.
[5]Recurso Extraordinário 670422. Relator:Dias Tóffoli.
[6] No Código Internacional de Doenças a categoria de transtornos mentais na qual está inserido o Transexualismo (F64) é denominada *Gender identity disorders*, e não "Transtorno de Identidade Sexual". Disponível em: <http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2016/en#/F60-F69>.

O Manual Diagnóstico e Estatístico de Doenças Mentais (DSM-V) classifica a transexualidade como uma "Disforia de Gênero" e indica os pressupostos para o diagnóstico separadamente para crianças e adulto / adolescentes, critérios detidamente analisados adiante.

O Conselho Federal de Medicina, ao regular a realização da cirurgia de transgenitalismo no Brasil por meio de Resolução 1.955/10, adverte que a definição de *transexualismo* (pressuposto para realização dos procedimentos) deve observar a ocorrência mínima dos seguintes critérios:

> 1) Desconforto com o sexo anatômico natural; 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo posto; 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; 4) Ausência de transtornos mentais.

Como bem observa Bento e Pelúcio (2012, p. 572 e 578) a patologização da sexualidade continua operando, agora não mais direcionada às ditas "perversões" ou à homossexualidade, mas aos "transtornos de gênero". Os documentos citados (CID-10, DSM-V e Resolução 1.955/10 do CFM) demonstram, como asseveram as autoras, que as pessoas transexuais são vistas pelas instituições que produziram as diretrizes como portadoras de determinadas características desviantes comuns que as torna classificáveis a um transtorno, ignoradas quaisquer variáveis históricas, geográficas, culturais, sociais e econômicas, e ainda, que são textos que materializam uma visão hegemônica do gênero, binário (homem e mulher) e heteronormatizado, isto é, que as normas sociais que conferem legitimidade ao discurso que categoriza o diferente como doente são fundadas em uma visão de mundo que normaliza apenas o homem e mulher heterossexuais.

A despeito da invocação da transexualidade enquanto patologia na fundamentação das decisões judiciais e a ainda persistente manutenção da transexualidade no CID e no DSM, recentes estudos médicos apontam razão ao movimento que defende sua despatologização.

Os resultados da pesquisa realizada no México por ROBLES, Rebeca et al (2017), apontam que a transexualidade não se trata, em si, de uma doença psiquiaátrica, mas

que as condições sociais a que são submetidos os indivíduos que assim se percebem é que geram outros transtornos outros de ordem psiquica. Um dos objetivos da pesquisa, corroborado pelos resultados obtidos, é indicado no título atribuído pelos pesquisadores*: "Removing transgender identity from the classification of mental disorders: A Mexican field study for ICD-11".* Tendo em vista que ainda este ano um novo Código Internacional de Doenças (CID 11) será publicado, oportuna a pesquisa e suas conclusões, que podem ocasionar de fato a despatologização da transexualidade, como ocorreu com a homossexualidade que em 1973 foi retirada do DSM pela Associação Americana de Psiquiatria do DSM e em 1990 do CID.

Merece ser visto com certo otimismo o posicionamento da Associação Americana de Psiquiatria que alterou em 2013 o termo que designava o *transexualismo* de "distúrbio de identidade de gênero" (DSM-IV) para "disforia de gênero" (DSM-V), de modo a deslocar o enfoque da patologia, que nem sempre acompanharia a identidade de gênero, para o sofrimento que a condição pode causar, mas que não é inexoravelmente a causa. (LIMA, 2017).

Vale ainda destacar a posição do Conselho Federal de Psicologia que, ao emitir uma nota técnica em 2013, asseverou expressamente que a transexualidade e travestilidade não constituem condição patológica. (LIMA, 2017).

3 A FALÁCIA DO DISCURSO PATOLOGIZADOR

Como antedito, o DSM-V separa o diagnóstico da "Disforia de Gênero" para crianças e adultos / adolescentes. Tendo em vista que no Brasil o processo transgenitalizador só é autorizado para maiores de 18 anos, idade em que se pode dar início a hormonoterapia (os procedimentos cirúrgicos só podem ser realizados em maiores de 21 anos), o presente trabalho se volta para os critérios de diagnóstico em adolescentes e adultos.

O diagnóstico de "Disforia de Gênero" do DSM se dá em duas partes. A primeira denominada de "Incongruência acentuada entre o gênero experimentado/expresso e o gênero designado", e a segunda parte descrita como "o sofrimento clinicamente significativo ou prejuízo no funcionamento social, profissional ou em outras áreas importantes da vida do indivíduo".

Para que o primeiro critério seja verificado o indivíduo deve manifestar no mínimo duas das seis situações que seguem transcritas:

> 1. Incongruência acentuada entre o gênero experimentado/expresso e as características sexuais primárias e/ou secundárias (ou, em adolescentes jovens, as características sexuais secundárias previstas). 2. Forte desejo de livrar-se das próprias características sexuais primárias e/ou secundárias em razão de incongruência acentuada com o gênero experimentado/expresso (ou, em adolescentes jovens, desejo de impedir o desenvolvimento das características sexuais secundárias previstas). 3. Forte desejo pelas características sexuais primárias e/ou secundárias do outro gênero. 4. Forte desejo de pertencer ao outro gênero (ou a algum gênero alternativo diferente do designado). Disforia de Gênero. 5. Forte desejo de ser tratado como o outro gênero (ou como algum gênero alternativo diferente do designado). 6. Forte convicção de ter os sentimentos e reações típicos do outro gênero (ou de algum gênero alternativo diferente do designado). (ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSIQUITRIA, 2013).

Os critérios adotados pelo CFM e utilizados no Brasil são claramente inspirados nos do DSM acima transcritos. Estes últimos foram analisados por Judith Butler em "*Desdiagnosticando o Gênero"*[7]. Desse modo, utilizando esse referencial teórico, pretende-se analisar os critérios adotados pelo CFM e observar em que medida os argumentos utilizados por Butler servem para verificar a pertinência dos utilizados no caso nacional. Os critérios do CFM, e indiretamente do DSM-V são parâmetros para várias decisões judiciais que analisam os direitos de personalidade de transexuais e que, em sua fundamentação, retomam o argumento da patologia ou da prescindibilidade da realização do procedimento transgenitalizador, especialmente da cirurgia de transgenitalismo que só é autorizada nos casos prescritos pelo CFM, como condicionantes para a procedência dos pedidos de retificação de registro civil.

Retomando a Resolução 1.955/10 do CFM temos que a realização das cirurgias, neocolpovulvoplastia e neofaloplastia de caráter experimental, só é autorizada para "tratamento dos casos de transexualismo", e que para o Órgão há uma definição própria de *transexualismo*, para a qual se deve observar no mínimo a ocorrência concomitante dos critérios designados.

[7] Ressalvo que Butler se refere ao critérios do DSM – IV, e não ao V que aqui faço referência, o que não interfere no objetivo deste trabalho que é utilizar, e na medida do cabível, os argumentos por ela aventados para descontração dos critérios de diagnóstico utilizados pelo CFM. Ainda, a Resolução 1.955 do CFM é de 2010, data em que ainda vigia o DSM – IV, objeto do estudo de Butler.

O primeiro critério é "desconforto com o sexo anatômico natural", similar ao "desconforto persistente com o seu sexo" (critério "B" do DSM – IV). Aqui o CFM categoriza o sexo (gênero) como "natural", absolutamente biológico, desconsiderando a carga cultural e social que as construções do gênero binário, homem e mulher, carregam, e em que medida (se é que há alguma) estes estereótipos refletem alguma naturalidade. O CFM ao se posicionar com o discurso do "sexo natural" pressupõe que o "sexo anatômico natural", querendo se referir a genitália com a qual se nasce, é indissociável de toda a carga cultural do gênero correspondente, que nada tem de natural ou metafísica. O desconforto carrega a premissa de que ao nascer com pênis se é homem, e o homem com a carga de toda a masculinidade que a cultura machista impõe. De outro lado, e como única variável possível, ao nascer com uma vagina automaticamente o individuo é categorizado como mulher, a mulher social e culturalmente construída, e que considerada "natural" em razão da correspondência de sua genitália ao seu gênero, paradoxalmente se distancia de sua natureza ao refletir um padrão determinado pelo patriarcado.

Nesse sentido, cabível a reflexão de Butler (2009, p. 119), mas aqui em direção ao CFM, ao questionar as normas convencionais e mais ou menos fixas sobre as únicas possibilidades de ser homem ou mulher. Sentir-se bem com o "sexo natural", biológico, pressupõe adequação as normas que determinam como únicas alternativas ser homem ou mulher. Mas e quem não se sente bem com as normas sociais, com as determinantes homem e mulher? Para o CFM se este indivíduo pretende a reformulação do corpo e atende aos critérios, sofre de "transexualismo", e o tratamento seria o procedimento transgenitalizador que necessariamente culmina com a cirurgia de transgenitalismo.

O segundo critério é o "desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto", e guarda consonância com o critério "A" do DSM – IV. O CFM replica aqui mais uma vez o discurso binário: perder as características do próprio sexo e "ganhar as do sexo oposto". O discurso binário não dá conta da multiplicidade de expressões de sexo e gênero que podem ser construídas pelo indivíduo, e não apenas atribuídas a ele já ao nascer. É o que se observa, por exemplo, no caso de pessoas trans que pretendem a realização de procedimentos médicos e cirúrgicos para se moldarem a aparência convencional de homem ou mulher, sem que isso implique a intervenção genital. Há mulheres trans que não pretendem a ablação do pênis, mesmo porque o órgão sexual lhes proporciona

prazer. É uma mulher trans, que não deixa de ser uma mulher, mas uma mulher com pênis. Nesse caso o Judiciário ao negar a retificação de registro a essa mulher por não ter realizado a neocolpovulvoplastia estaria impondo o enquadramento daquele corpo à normatividade binária, exercendo um controle que transcende às relações de prazer, e não se esqueça, impondo a esterilização.

Retomando o segundo critério do CFM, requer atenção a linguagem "desejo expresso". Como bem verificado por Butler (2013, p. 115) "é requerido um ato de fala com o qual uma pessoa insiste que ela *é* do outro sexo", apontando para a insistência do desejo, e que se conecta com o terceiro critério do CFM que é "permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos". Aqui a utilização dos termos "permanência", "contínua" e "consistente" revelam a necessidade de certeza quanto à condição do indivíduo, o que muito se assemelha ao critério "A" do DSM – IV: "Uma persistente e forte identificação com o gênero cruzado (não um mero desejo de pertencer ao outro sexo por qualquer vantagem cultural)". Pertinente a crítica de Butler que basicamente questiona qual seria essa vantagem tão exacerbada a ponto de fazer o indivíduo tomar atitudes tão extremadas como o enfrentamento de todo o aparato médico e legal, um diagnóstico e uma cirurgia de alto risco. Talvez a de ser homem em nossa sociedade? Mas há de se questionar se não é mais fácil se enquadrar e corresponder ao sexo biológico do que tentar as vantagens de ser um homem. E mais, nas palavras de Butler (2013, p. 117), "o diagnóstico não questiona se há problema com as normas de gênero que são aceitas como fixas e imutáveis, se essas normas produzem sofrimento intenso e desconforto, se impedem algumas pessoas de desempenhar suas funções (...)".

O último critério indicado na Resolução é "ausência de transtornos mentais". Importante pontuar que originalmente a redação era "ausência de outros transtornos mentais", o que fazia incluir o ali tratado "transexulismo" como uma patologia dentre outras. A alteração da redação indica que o CFM tem caminhado para a despatologização. Contudo, o critério que prevê a ausência de transtornos mentais para realização da cirurgia parece insensível por ignorar completamente às condições sociais que cercam as pessoas transexuais (notadamente aquele em processo de transição). A marginalização a qual são submetidos, o preconceito e a violência cotidiana, o abandono familiar, e mesmo a inadequação com o corpo que inegavelmente gera sofrimento, afinal são as pessoas que se sentem desconfortáveis que buscam a intervenção cirúrgica.

A própria patologização pode fazer com que indivíduo se assimile enquanto doente e gerar sofrimento emocional que não pode ser vinculado a transexualidade, mas às condições sociais a que são submetidos os indivíduos trans. Como assevera Butler (2013, p. 96/97): "receber o diagnóstico de transtorno de identidade de gênero - TIG – é ser, de certa maneira, considerado doente, errado, disfuncional, anormal e sofrer uma certa estigmatização em consequência desse diagnóstico".

E ainda:

> O diagnóstico reforça formas de avaliação psicológica que pressupõem que a pessoa diagnosticada é afetada por forças que ela não entende. O diagnóstico considera que essas pessoas deliram ou são disfóricas. Ele aceita que certas normas de gênero não foram adequadamente assimiladas e que ocorreu algum erro ou falha. Ele assume pressupostos sobre os pais e as mães e sobre o que seja ou o que deveria ter sido a vida familiar normal. Ele pressupõe a linguagem da correção, adaptação e normalização. Ele busca sustentar as normas de gênero tal como estão constituídas atualmente e tende a patologizar qualquer esforço para produção do gênero seguindo modos que não estejam em acordo com as normas vigentes (ou que não estejam de acordo com uma certa fantasia dominante do que as normas vigentes realmente são). (BUTLER, 2013, p. 97).

Exigir que estes indivíduos não desenvolvam, nesse contexto, qualquer transtorno psiquiátrico é no mínimo insensível, é exigir superpoderes.

O que justifica então a aceitação dos textos produzidos pela Associação Americana de Psiquiatria, Organização Mundial da Saúde e Conselho Federal de Medicina como parâmetros para tratar a pessoa trans como portadoras de uma patologia? Para Bento e Pelúcio (2012, p. 578) o êxito de textos que materializam uma visão cultural hegemônica do gênero e mesmo assim se apresentam como universais (ainda que para uma categoria específica como a dos médicos brasileiros no caso do CFM) é a cientificidade atribuída a seu conteúdo. Contudo, as autoras questionam o que de fato há de científico nos métodos adotados para a designação da transexualidade como patologia. Para elas, os princípios científicos de testabilidade e verificabilidade dos documentos podem ser questionados em cada uma de suas formas de apresentação, e utilizando como exemplo o DSM, que trata dos "transtornos de identidade de gênero, asseveram que o próprio documento em sua sessão "Achados laboratoriais associados" adverte a não existência de qualquer teste diagnóstico específico para o "Transtorno de Identidade de Gênero".

O próprio DSM-V coloca em xeque a cientificidade da atribuição de patologia que faz da "Disforia de Gênero" ao indicar sob o subtítulo "Questões Diagnósticas Relativas a Cultura" que a sexualidade, notadamente suas variantes, pode se tratar mais de uma questão cultural do que médica:

> Existem relatos de indivíduos com disforia de gênero em muitos países e culturas. O equivalente à disforia de gênero foi também relatado em pessoas que vivem em culturas com outras categorias de gênero institucionalizadas além de masculino ou feminino. Não está claro se, no caso desses indivíduos, os critérios diagnósticos de disforia de gênero seriam preenchidos. (DSM-V, 2013, p. 458).

Acrescente-se como fator de condescendência indireta desses textos a aceitação social tácita da heteronormatividade binária como padrão válido de conduta. As pessoas internalizaram por muito tempo, não apenas como correto, mas como única perspectiva possível ser apenas homem ou mulher que para sê-lo deveria viver de um determinado modo. Os questionamentos e as novas perspectivas sobre as possibilidades de se viver a vida podem impulsionar esses manuais e classificações a refletir argumentos verdadeiramente científicos.

CONCLUSÃO

O que se observa então é que os tribunais, ainda que indiretamente, ao adotarem o discurso da patologização e da heteronormatividade binária, impondo a necessidade de realização da cirurgia de transgenitalização, transcendem sua responsabilidade decisória ao profissional da saúde que, com base nos critérios do CFM, decidem quais aqueles "portadores da patologia transexualismo" estão aptos a realizar o procedimento médico e alcançar seus desdobramentos, entre eles a retificação do registro civil.

Os critérios para diagnósticos apontados pelo CFM, e indissociavelmente sua interpretação pelo profissional da saúde acabam por ser os verdadeiros e primeiros julgadores. Contudo, os novos avanços da psicologia e da medicina, como demonstra o resultado da pesquisa de Robles et al (2017), indicam o caminho para despatologização da transexualidade, como ocorreu com a homosexualidade. Dessa forma, os juízes terão de assumir a tarefa genuinamente decisória em relação aos transexuais, e apenas não

replicar na fundamentação das decisões judiciais os resultados de laudos médicos. Restará assim imprescindível aos juízes, e mesmo à comunidade médica, a adoção de outros critérios para aferição da possibilidade e necessidade de realização do procedimento transgenitalizador, que observem a autonomia do indivíduo em relação ao gênero e os desdobramentos daí advindos.

Retirar a transexualidade dentre o rol das patologias psiquiátricas é dar autonomia a esses indivíduos, autonomia sobre seus próprios corpos e sobre a forma de levar sua vida. È retirar das mãos dos médicos e/ou do juiz a decisão sobre quem e como ser, sem esperar que as "autorizações" e "tutelas", mesmo ao atingirem o objetivo almejado por aquele que pleiteia, o faça sob o discurso da patologia que falacia a transexualidade como inadequação à normatividade binária, inadequação tamanha que adoentiza.

A patologização da transexualidade, embora tenha sob um preço alto garantido o acesso ao processo transgenitalizador gratuitamente pelo SUS, mais restringiu do que concedeu acesso aos direitos das pessoas trans, porque autorizou o "tutelamento dos corpos e das subjetividades" dessas pessoas (BENTO; PELÚCIO, 2012, p. 574), condicionando-as a receberem "favores do Estado" caso assumissem publicamente serem "portadoras de uma doença", "um desvio" que autoriza por meio de uma tutela o recrudescimento da falta de autonomia daqueles "fadados ao incurável".

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSIQUIATRIA. **Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais – V**. 2013. Disponível em: <http://c026204.cdn.sapo.io/1/c026204/cld-file/1426522730/6d77c9965e17b15/b37dfc58aad8cd477904b9bb2ba8a75b/obaudoeducador/2015/DSM%20V.pdf>. Acesso em: 30 set. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n. 2.803 de 19 de novembro de 2013. ***Redefine e amplia o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS).*** Brasília, 19 nov. 2013. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html>. Acesso em: 27 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 670422**. Relator: Dias Tóffoli. Brasília, 21 nov. 2014. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/listarProcesso.asp?PesquisaEm=tema&PesquisaEm=controversia&PesquisaEm=ambos&situacaoRG=TODAS&situacaoAtua

l=S&txtTituloTema=&numeroTemaInicial=&numeroTemaFinal=&acao=pesquisarProcesso&dataInicialJulgPV=&dataFinalJulgPV=&classeProcesso=RE&numeroProcesso=670422&ministro=&ordenacao=asc&botao=>. Acesso em: 30 ago. 2017.

BENTO, Berenice; PELÚCIO, Larissa. Despatologização do gênero: a politização das identidades abjetas. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 20, n. 2, p. 569-581, jun. 2016. ISSN 1806-9584. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2012000200017/22863>. Acesso em: 5 nov. 2017.

BUTLER, Judith. Desdiagnosticando o gênero. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, p. 95-126, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312009000100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 31 ago. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.955 de 3 de setembro de 2010. **Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM n. 1.652/02**. Brasília, 3 de set. 2010. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2010/1955>. Acesso em: 30 ago. de 2017.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Nota técnica sobre processo transexualizador e demais formas de assistência às pessoas trans.** Brasília, 2013, Disponível em: <http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2013/09/Nota-t%C3%A9cnica-processo-Trans.pdf>. Acesso em: 27 maio 2017.

FLORES, Maicon Varella; DURO, Renato Dias; BRUM, Amanda Neto. Alteração do Registro Civil de Transexuais: Uma análise empírica do posicionamento do TJ/RS. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, Ribeirão Preto, v. 4, n. 2, p. 39-54, jun. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.19092/reed.v4i2>. Acesso em: 30 de ago. 2017.

LIMA, Luiza Ferreira. **A 'verdade' produzida nos autos: uma análise de decisões judiciais sobre retificação de registro civil de pessoas transexuais em Tribunais brasileiros**. 2015. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. <doi:10.11606/D.8.2015.tde-22122015-094918>. Acesso em: 25 maio 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde – CID-10**. Centro Colaborador da OMS para a Classificação de Doenças em Português, FADUSP. São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/cid10.htm>. Acesso em: 28 maio 2017.

ROBLES, Rebeca et al. **Removing transgender identity from the classification of mental disorders: a Mexican field study for ICD-11**. The Lancet Psychiatry, v. 3, p. 850 – 859, set. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1016/S2215-0366(16)30165-1>. Acesso em: 28 maio 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Processo - AC** 1.0702.15.039065-7/001. Relator: Hilda Teixeira da Costa. Belo Horizonte, 30 set. 2016. Disponível em:

<http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=10702150390657001>. Acesso em: 30 set. 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Processo - AC** 1.0702.15.030891-5/001. Relator: Vasconcelos Lins. Belo Horizonte, 15 dez. 2015. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=10702150308915001>. Acesso em: 30 set. 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Processo - AC** 1.0232.10.002611-0/001 . Relator: Sandra Fonseca. Belo Horizonte, 28 set. 2012. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=10232100026110001.> Acesso em: 30 set. 2017.

ARQUÉTIPOS ORIUNDOS DE FIGURAS MÍTICAS INCORPORADOS NOS COMPORTAMENTOS DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO

ARCHETYPES DERIVED FROM MYTHIC FIGURES EMBEDDED IN BEHAVIORS OF GENDER VIOLENCE

*Cecília Rodrigues Ribeiro**

*Eliane Rodrigues Nunes***

*Lucas Manoel Alves Ribeiro****

Sumário: Uma premissa essencial; Violência contra a mulher: um estudo jurídico, psico, antropológico; Referências.

Resumo: Neste estudo pretende-se entender as conjunturas psicossociais e antropológicas em relação a imagem de submissa da mulher. Esta visão pode ser igualmente encontrada nos mitos da humanidade, que seja no imaginário, no politeísmo ou no monoteísmo. A inscrição nos mitos deixa a entender as convicções dos seus autores e revela representações de uma cultura, uma sociedade e uma época, que vai atravessar os tempos e formar um modelo. Assim, apresenta-se os mitos do feminino e as suas consequências primeiro na metapsicologia como fruto de um fantasma masculino e posteriormente na ordem social e jurídica contemporâneas. Serão debatidos

* Doutoranda em Antropologia pela École de Hautes Études en Sciences Sociales & Universités Sorbonne Paris Cité, Université Paris - Diderot. Psicóloga, mestre e especialista em Psicopatologia Clínica. cecilia.rodrigues.ribeiro@gmail.com

** Professora, Mestre na Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Universidade Salgado de Oliveira & Universidade Federal de Goiás. Conselheira do Conselho Penitenciário Estadual. elianenunes.prof@gmail.com

*** Mestre em Direito do Ambiente do Ordenamento e do Urbanismo pela Universidade de Coimbra. Advogado (PUC-GO), especialista em Direito Civil e Processo Civil, Sócio-proprietário do escritório Ribeiro De Santis Associados. ribeiro.lucasma@gmail.com

alguns dogmas atuais como as restrições da cultura mulçumana, a busca patológica por padrões de beleza impostos, a imagem santificada ou sacrificada da mulher ao longo da história, até chegar aos atos de violência culturalmente permitidos como a violência doméstica e dificuldade em combatê-los.

Palavras-chave: violência, imagem do feminino, passividade e sacrifício.

Abstract: In this article we will discuss the psychosocial and anthropological conjectures behind the submissive image of women. This vision can be found in many myths from the imaginary lore but also in monotheism and polytheism myths. The presence of these images in myths unearths the authors' convictions and reveals a representation of a society, a culture and a time. It passes through time and forms a model. We will present some of these myths and their consequences, as a main subject of men's phantasms, in metapsychology and their enduring effect on today's social and legal orders. We will also discuss some dogmas like the restrictions of Islam, the pathological search for beauty patterns, the sanctified or sacrificed image of women and finally, acts of violence shunned by society like domestic violence.

Keywords : violence, feminine representations, passivity and sacrifice

Uma premissa essencial:

"*Non au leadership des femmes*" (Não à liderança das mulheres). Esta é a frase que foi lançada nas redes sociais na Arábia Saudita no dia 26 de setembro de 2017, dia em que a mulher ganhou direito de dirigir no país. Tendo em vista a grande divulgação desse tipo de comportamento nas redes sociais e os debates vulgarizados e banalizados que eles geram na mídia, é preciso esclarecer que este artigo é científico e não pretende discutir posições políticas ou preferências à movimentos que se instalam na contemporaneidade, principalmente na situação atual do Brasil onde discussões vazias sobre política se misturam à história e evolução dos direitos do homem. Isso posto, entende-se também, que as ciências humanas e sociais devem debater e dialogar de maneira interdisciplinar e é nesse sentido, de fazer encontrar o direito, a psicologia, a

sociologia e a antropologia, que este artigo se elabora em torno da discussão sobre a violência contra a mulher e a imagem de passividade e de sacrifício que a legitima.

Violência contra a mulher: um estudo jurídico, psico, antropológico

As convicções de uma época e uma sociedade podem ser entendidas à partir da inscrição do mito na cultura. Os mitos, tanto nas religiões politeístas ou monoteístas, atuais ou passados, são fantasias criadas para entender as origens existencialistas seja do homem, das relações entre eles, daquilo que os rodeia ou dos seus desejos e sentimentos. O mito ganha seu poder na capacidade representativa da língua (conforme pesquisa de tese em curso de Cecília Rodrigues Ribeiro) e pode simbolicamente evocar as relações sociais de forma metafórica, carregando consigo, portanto, a marca etiológica dessas representações. Ainda sobre os mitos, segundo Green (2011), é preciso ora entender o arcaico, fonte original da língua, ora a metáfora que dá origem às suas criações. O mito seria, seguindo essa lógica, metáfora pura de um arcaico já esquecido.

Neste trabalho em específico, o mito em questão é o mito da diferença dos sexos e suas consequências na identidade da mulher, no seu papel na sociedade e nas relações sociais. Os mitos escolhidos são os que, no contexto preciso em questão e no ponto de vista desta pesquisa, trazem mais carga emocional na forma como as relações sociais foram criadas. Dessa forma, uma seleção radômica e que não pretende ser nem extensa nem generalista. Ao leitor a quem nos dirigimos, pedimos que as crenças pessoais sejam colocadas à parte. Por fim, espera-se analisar como algumas sociedades pensaram a diferenciação dos sexos no sentido a colocar a mulher como a 'perdedora dessa guerra', colocando a soberania masculina dentro da legislação, do poder socioeconômico, até a violação dos direitos humanos e no que tange à violência contra a mulher.

Primeiramente, observamos que algumas bases mitológicas e ideológicas estabelecem a imagem da mulher como passiva e esta convicção é marcada historicamente, desde os mitos da criação. Por exemplo, o mito da criação da espécie humana na igreja cristã, o mito de Eva, conta que a primeira mulher no cristianismo simbolizava a tentação, a responsável pela perda do paraíso terrestre, o desejo de sexo visto como depravação/erro (e veremos à seguir a repressão da sexualidade feminina). Essa imagem da mulher vai influenciar todos os modelos ocidentais de governo pois são

representações que agem de maneira a fundar os alicerces de hierarquização sexual baseada na diferenciação sexual e que se reflete nas relações sociais (Monteiro e colaboradores, 2004). As representações da ordem da criação do ser humano e da queda original do paraíso colocam a mulher como alvo de críticas desde a sua primeira aparição: Santo Agostinho considerava o próprio corpo feminino como fonte pecaminosa do erro por causa da culpa de Eva (e assim todas as mulheres) pela queda do homem.

> A mulher que tu me deste por companheira, deu-me desse fruto (...). Disse também Deus à mulher: Eu multiplicarei os trabalhos dos teus partos. Tu parirás teus filhos em dor, e **estarás debaixo do poder de teu marido, e ele te dominará**. (Gênesis, antigo testamento – *grifo nosso*).

Como se verifica, então, nos escritos da religião cristã, o homem é a imagem e a glória de Deus enquanto que a mulher é a imagem mundana do pecado mortal. Nessa lógica, o filho de uma divindade masculina e de uma representação humana de mulher será o salvador da humanidade é ele se assemelha ao pai (e não à natureza mundana da mãe). Por sua vez, o juízo moral da mãe é inspiração para anulação da sexualidade feminina. A imagem mítica de Maria é de maternidade e virgindade que se sobrepõem paradoxalmente e, assim, o filho da maior representação materna é uma criança nascida de uma concepção imaculada, não sexualizada. Para guardar intacta a condição divina de Cristo, são criadas as representações de castidade e a concepção imaculada de Maria (Monteiro e cols., 2004), visto que a imagem da mulher é vinculada ao pecado. À partir desse momento, o prazer não estará mais assegurado na concepção e as mães guardarão, desta forma, este caráter divino, até como forma de controle de natalidade.

Por outro lado, a mulher sexualizada nas escrituras é Madalena, indigna até ser absolvida por Cristo, ou seja, novamente a divindade masculina que deve purificar a mundaneidade feminina. A imagem difusa da mulher é, ainda hoje, essa polaridade: ora imagem purificada ('garota para casar') *versus* a imagem promíscua, imagem do pecado da carne; estereótipo repetido e reafirmado pelas próprias mulheres. "*Assim, a característica da mulher está subjugada à sua função para o homem: reprodução ou prazer masculino*" (Ribeiro, 2014, p. 190). Se destaca, em consequência, o alto número de violência contra a mulher e que se encontra parcialmente justificada e pautada na

imagem de promíscua do mito original. A vulnerabilidade da mulher está estampada nas manchetes e defendida repetidamente nas redes sociais.

O imaginário se confunde nas figuras míticas ancestrais. Na Idade Média, as mulheres serão maioria na caça às bruxas da inquisição: 85% de todos os bruxos e bruxas que foram executados era mulheres (Barbara Ehrenreich & Deirdre English, 2010).

O monoteísmo criou novas formas de dominação feminina que no politeísmo se difundiam em várias representações. Por exemplo, no islamismo, dentre as mulheres do profeta, nenhuma se destaca pelo seu poder divino, mas todas são conhecidas pela adoração e submissão à Mohamed. Nas palavras do Corão:

> Ô, vous les femmes du prophète ! Vous n'êtes comparables à aucune autre femme (...) Restez dans vos maisons, ne vous montrez pas dans vos atours comme le faisaient les femmes au temps de l'ancienne ignorance.
>
> Ó vois, mulheres do profeta! Vós não sois comparáveis a nenhuma outra mulher; Fiquem em vossas casas, não vos mostreis em público como faziam as mulheres no tempo da **antiga ignorância** (Tradução livre, *grifo nosso*).

É à partir dessa narração que o costume do porte do véu se instala. A mulher escrava não usa o véu em oposição à mulher dita livre e, portanto, vinda de uma família de domínio patriarcal, cobre o rosto e o corpo, pois ambos são de domínio ou do marido ou do pai – e na ausência de ambos, ela fica sob o domínio de um tio (Abdelouahed, 2012). Conforme citado acima somente as mulheres do profeta usariam o véu originalmente no mito, mas as traduções e tradições da cultura impõem atualmente a obrigatoriedade de resguardar o corpo feminino para o uso particular do homem que possui este direito. "*Embora os mitos cristãos sejam mais próximos da cultura brasileira e, assim sendo, mais facilmente aceitáveis, a representação final é a mesma: a soberania do homem sob a mulher*" (Ribeiro, 2014, p.192).

A questão sobre o uso ou não do véu não cabe aos nossos modelos ocidentais de ditar e esse não é nosso objeto. O que nos interessa nesse ponto é mostrar como que a criação dos mitos criam as representações e padrões onde o masculino detém o poder divino e terrestre. E nesse sentido, esses modelos impõem regras ao direito das mulheres, regras que são ditadas no sentindo de manutenção da ordem e da soberania do poder do homem: uma mulher viúva, sem filhos homens, não tem direito à herança,

nem à casa, nem à algum tipo de sobrevivência econômica, rejeitada pela família de origem e pela família de aliança (Abdelouahed, 2012). Os direitos se misturam nas imagens submissas criadas pela mitologia.

Lembrando que as teorias de Direito têm berço nas civilizações politeístas, seria interessante de retomar igualmente alguns mitos politeístas e perspectivá-los em seguida à imagem evolutiva de passiva e de sacrifício do feminino. Tomemos Antígona, primeiramente, filha do rei Édipo, teria se sacrificado para defender a honra e a alma de seu irmão:

> Ó cidade de meus pais, terra tebana! Ó deuses, autores de minha raça! Vejo-me arrastada! Chefes tebanos, vêde como sofre a última filha de vossos reis, e que homens a punem, por haver praticado um ato de piedade! (Antígona, Sófocles).

O conflito entre as leis divinas e as leis dos homens é o centro desta tragédia. Personagem trágico muito conhecido no meio jurídico, Antígona desobedece às leis humanas e impede o ultraje de não enterrar um membro da família, fato que, segundo a sociedade da época, era defendido como direito divino:

> No desfecho da trama, Sófocles deixa a entender seu ponto de vista sobre justiça: contrabalancear as leis humanas e individuais com as leis universais, no caso, divinas. De fato, dever-se-ia buscar um ponto de harmonia entre a dignidade universal de, por exemplo, prestar as homenagens a um ente querido falecido em contraposição às leis que não devem se submeter aos caprichos de um déspota. **O resultado do choque dessas duas posições será direcionado na figura da protagonista, que sofrerá as consequências por relativizar a lei e se indagar com aquilo que é moral, justo e, portanto, legal.** Embora no fim a morte da personagem seja declarada como suicídio, o ato deste sacrifício é considerado heróico. As questões de direito e justiça colocadas pela peça sofocliana se tornam, por conseguinte, uma representação emblemática da sociedade ateniense e Antígona é a imagem de sacrifício feminino em prol de uma legislação mais humana (Ribeiro, 2014, p. 192 – 193).

Em nome de uma visão mais sensível de humanidade e de uma individualização de cada caso perante às leis, a linhagem feminina se sacrifica. Em contraposição, quanto à genealogia masculina, essa sensibilidade vem através do perdão: os heróis das mitologias são geralmente poupados das danações divinas. Por exemplo, no cristianismo, Isaque, filho de Abrãao, será, no final, poupado pela mão divina. Como

vimos com Antígona, a genealogia feminina não terá o mesmo destino: o sacrifício se funde à figura feminina.

Ainda na mitologia greco-romana, Andrômeda também se dispõe à morte em nome da honra de sua família. Conta o mito que o deus Poseidon estava injuriado com a vaidade da rainha, a mãe de Andrômeda. O rei, pai de Andrômeda, a acorrenta em uma pedra como sacrifício ao deus até que seja salva pelo herói Perseu. Seu destino, portanto, é de ser a vítima, indefesa e passiva até que a genealogia masculina venha lhe salvar: um padrão típico da literatura e do cinema infantil (década de 50 até os anos 90).

> Andrômeda é um retrato de sua cidade Etiópia, mas também da passividade e fragilidade que entorna a imagem feminina. É importante lembrar que o sofrimento de Andrômeda é devido também à sua beleza, fato que dita igualmente os padrões atuais – a mulher é um ser de beleza eterno e assim a imposição de certos padrões baseados no sacrifício é aceita e considerada rotineira (Ribeiro, 2014, p. 193).

Destarte, a imagem da mulher é ligada ao belo através da obrigação, sendo a beleza seu atributo mais valorizado: esta é a herança de Andrômeda à atualidade (imagem debatida atualmente desde a entrada da mulher no mercado de trabalho e o fim do casamento arranjado. A reflexão crucial que se pode elaborar é que esta representação dá ao homem o direito de governar e de ditar as leis para impedir que a mulher ganhe território. Isso, da mesma forma como nos explica Foucault (1977) que os modelos de disciplina e discursos de ordem serão ditados para a manutenção do poder. Entender os mecanismos por trás do discurso de sujeição e de perpetuação do poder é o centro de sua obra e que serve de paradigma para pensar a sociedade moderna.

Em outra passagem, Pandora, a primeira mulher e um instrumento de vingança de Zeus, portará a alegoria da causadora da libertação de todos esses males. Conta o mito que ela é, literalmente, portadora de uma caixa onde se concentram todos os males que assolam a humanidade pelos quais, por causa de sua curiosidade, ela se torna culpada. Ainda hoje a mulher é centro de culpa nas representações arquetípicas: a mulher é a portadora dos males na Terra e sob si mesma. Vale lembrar aqui o relato de mulheres vítimas de abuso e que, no ato da ocorrência, são indagadas como portadoras da culpa.

Em um outro cenário, Ifigênia, filha primogênita de Agamenon que temendo por sua vida e por seu prestígio, decide sacrificar sua filha em seu lugar através de um ato de

fingimento de obrigação paternal: um casamento arranjado. A peça inicia-se com uma cena caótica e anárquica; o sacrifício feminino vai ser a resolução final dessa crise e a redenção dos personagens através da expurgação pela passividade de Ifigênia (Foley, 1985). Ao partir para Tróia, o rei teria irritado a deusa Artêmis que exige um sacrifício em troca de sua passagem no mar. Agamenon, declara para a jovem que ela partirá em matrimônio enquanto que, na verdade, o ato se tratava de uma dissimulação e o destino de Ifigênia seria o auto sacrifício pela glória narcísica de seu pai. Aqui, guerra e casamento estariam ligados pela imagem do sacrifício, transformando, através de uma cena ritualística, o sacrifício feminino em um elemento crucialmente matrimonial (Foley, 2001).

Também para Psiquê, o casamento é visto como sacrifício e morte. Dita o mito que Psiquê não tinha pretendentes, a deusa Afrodite é a grande arquiteta desse cenário. Terceira filha de um rei, Psiquê estava em débito com o Estado e a família, o casamento sendo uma obrigação feminina. Ao consultar um oráculo, o pai descobre que sua filha desposará a morte. Seguindo este destino anunciado, ela é acorrentada a uma pedra no alto de uma montanha, aguardando a morte. Nesse momento, Eros, filho de Afrodite e enviado por ela, se encontra com Psiquê e, apaixonado pela sua beleza, decide raptá-la e levá-la ao seu castelo. Impõe uma condição ao contrato nupcial que salvava a vida de Psiquê: que ela não lhe faça perguntas e que ela nunca veja seu rosto. O casamento aqui é morte e submissão desde a primeira representação (Johnson, 1921).

> Não é preciso lembrar que essas jovens imagéticas são virgens e representação heróica da mulher no berço da cultura ocidental. A genealogia feminina se dispõe ao sacrifício que será ligado à tragédia, herdeira desta tradição. Abdelouahed (2012) explica que há uma gratuidade nas ações quando o sacrifício é do lado feminino que o tornam escandaloso independente da sociedade. Seria a passividade uma condição erógena e exclusiva às mulheres? Pois é neste firmamento que essas imagens se produzem, e seria esta a justificativa dos atos de violência contra a mulher (Ribeiro, 2014, p.195).

Legitimidade de posse do corpo do outro é um eco que se encontra nessas figuras míticas. Ao homem sempre foi associado o público e o externo, sendo, logicamente, a imagem da razão e consequentemente aquele que têm o controle e o poder (Jaggar & Bordo, 1997).

> A lógica do pensamento verticalizado, da comprovação e metodologia científicas são os bons frutos dessa época. Para Françoise Héritier (Jacques André, 1999), a diferenciação sexual está no centro do pensamento do ser humano, sendo que a sexualidade será o motor para a elaboração das primeiras teorias. A necessidade da prova física está associada a esta visão masculinizada onde aquilo que é subjetivo deveria ser subjugado. Assim, uma herança de outra ordem permanece no modelo de feminino dos dias de hoje: a mulher como um ser incompleto e irracional (Ribeiro, 2014, p. 197).

A lógica de manutenção do poder é perpetuada, dessa forma, igualmente dentro da casa, na família nuclear. Assim, quando a mulher foi obrigada por causa da guerra a entrar no mercado de trabalho, algumas jornadas de trabalho de 14 e 18 horas ainda era vistas na maquinaria operada pela mão-de-obra feminina e alterações salariais, às vezes exacerbadas, eram comuns (Vaz & Laimer, 2010). Com a crença de que o homem deveria trabalhar para sustentar a família, esse tipo de ação não era vista como um descumprimento da lei, mesmo se na constituição de 32 já encontrava-se a descrição de salários e condições igualitárias. Mesmo em estudos atuais, estes valores ainda perduram em certos contextos:

> Essa permanência das obrigações domésticas e do cuidado como tarefas de responsabilidade predominantemente feminina no mundo privado impactam a segregação sexuada no mercado de trabalho. Mesmo que as mulheres tenham alcançado uma participação crescente no mercado de trabalho, obtendo efeitos mais positivos na busca pela igualdade e cidadania, elas ainda encontram limites para a realização de sua autonomia. Uma consequência visível da articulação entre trabalho profissional e trabalho familiar e doméstico é perceptível na transformação da noção de tempo e de espaço. Novas fronteiras se desenham entre o tempo de trabalho e outros tempos sociais, e são as mulheres que vivem mais intensamente a tensão da pluralidade dos tempos (Neves, 2013, p. 418)

Atualmente, alguns países árabes ainda não permitem o trabalho salariado à mulher e em outros o trabalho é visto como secundário à sua missão primeira que é dedicar-se ao casamento. Geralmente, o desnível salarial e o preconceito baseado nessas crenças populares na repartição de funções de liderança ainda persistem.

> Como na vida "real", na publicidade, por exemplo, a mulher assume várias funções tais como, fonte de desejo masculino, esposa, mãe e carreira profissional. Estatísticas mostram que, cada vez mais, as mulheres tornam-se independentes, estudam mais, têm menos filhos,

> vivem mais, mas, continuam ganhando menos em relação aos homens, além de sentirem que a desigualdade no tratamento em questão de gêneros ainda é muito forte na sociedade brasileira, mesmo com os avanços econômicos femininos. (Nunes, palestra de 2012).

Para alguns leitores, pode parecer difícil pensar hoje em dia que um empreendedor prefira deliberadamente um homem diante de uma mulher que tenha as mesmas capacidades. De fato, relatos de entrevistas de emprego contam que o planejamento familiar, a idade da mulher (entre 26 e 32 anos e, assim, próxima de uma possível gravidez), a situação civil (mães solteiras são temidas quanto à capacidade de organização da casa e do trabalho enquanto que mulheres solteiras, sem filhos, aos 40 anos são indagadas como sendo difíceis de relacionar-se), entre outros são estereótipos debatidos tanto no Brasil quanto em alguns países da Europa:

> Mas a questão não é ter as capacidades para o emprego. Essas crenças estariam tão arraigadas de forma que o patriarcalismo e o machismo não deixam o empresário perceber que, por vezes, ele estaria preterindo um homem pela sua superioridade de gênero (Ribeiro, 2014, p. 199).

Alguns pesquisadores (Ribeiro, 2014; Neves, 213; Fernandes, 2013; Nunes, 2012; Vaz & Laimer, 2010; Brito, 2000; Bastos, 1990) frisam que, no Brasil, a diferenciação de tratamento atual baseia-se fortemente em circunscrições históricas da época colonial e imperial. Na época, a alteração no coeficiente de renda (de acordo com a classe e status social), determinava se a pessoa era propensa à subordinação ou à supremacia e, de fato, os costumes sociais são refletidos no mercado de trabalho de forma involuntária. Hábitos são fundados em posições políticas, ideológicas e socioculturais, sem isentar-se dessa carga mitológica da posição de inferioridade da mulher e superioridade masculina:

> São sintomas de problemas de mercado, ainda, os seguintes dados: quase 20% dos psicólogos do sexo masculino combinam um emprego dentro com outro fora da psicologia (este percentual é o dobro do encontrado entre as mulheres), o que se atribui à demanda social para o que homem ganhe mais e assuma maiores encargos na família, ainda presente em nossa sociedade de forma bem forte; contrariamente, é mais de duas vezes superior o percentual de mulheres sem qualquer trabalho, quando comparadas com os homens. Esses dados refletem uma característica marcante do mercado de trabalho, não só brasileiro -

> a sua clara segmentação por sexo (...), presente mesmo quando analisamos uma 'profissão predominantemente feminina' (Bastos, 1990).

Em resumo, dentro e fora de casa, mecanismos de manutenção da ordem masculina perduram mesmo após evoluções no sentindo de direitos humanos, profissionais e sociais iguais: "*a sociedade insiste em outorgar ao macho um papel paternalista, exigindo uma postura de submissão da fêmea"* (Dias, 2012, p.19). Essa resistência contra o partilhamento do poder é, provavelmente, oriunda destas imagens que representam as funções de sacrifício e de passividade do feminino. Não se pretende justificar as imagens de submissão do feminino, mas contextualizar a visão onde a sociedade é condicente em relação à uma falsa inferioridade e, consequentemente, a legitimidade da violência contra a mulher:

> Quando o senso comum se cristaliza como modo de pensar e de sentir de uma sociedade, forma o sistema de preconceitos. Esse sistema de preconceitos ou representações permeia **todas** as relações sociais, podendo afetar de forma profunda e negativa **estabelecendo diferenças entre as pessoas,** negando direitos fundamentais e gerando conflitos (Cavalcanti, 2012, p. 35 – grifo nosso)**.**

Exemplificando a atualidade e a gravidade dessas representações, temos a a declaração do presidente espanhol José Manuel Castelao Bragaño proferida no dia 06 de outubro de 2012: "*As leis são como as mulheres... existem para ser violadas".* Sobre este evento, Eliane Nunes Rodrigues declara que este discurso "*representa o panorama atual da ineficácia das leis do nosso país. O panorama jurídico contemporâneo é pautado pela violação de direitos"* (2011, p.47). E devemos aqui acrescentar: o panorama jurídico atual se pauta, em muitos casos, pela violação de direitos da mulher. Em países como a Turquia, a Jordânia, o Líbano, a Indonésia e a Venezuela o direito de se casar com a vítima de estupro perdurava até poucos meses atrás e em alguns este 'direito do homem' perdura ainda.

Diante desse quadro, a maior gravidade é aquela que se apresenta por este tipo de violência. De fato, é exatamente por entender que esta dialética da hierarquia do poder não privilegia as mulheres que as leis brasileiras prevêem a violência contra a mulher (Cavalcanti, 2012): "*Qualquer ação ou omissão baseada no gênero que cause*

morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial" (Lei n.°11.340/2006, Lei Maria da Penha). Se não existisse um volume alto de casos marcados por esta cólera contra a valorização da mulher, as leis não teriam sentido de existir. A desvalorização e a dependência afetiva e/ou financeira caracterizam os quadros de violência doméstica (Cunha & Pinto, 2012).

> Existem situações mais íntimas em que a submissão feminina ainda está presente, como as relações sexuais nas quais as diferenças de gênero são fortemente dominantes. Apesar dos avanços, a mulher ainda permanece desqualificada em suas relações, com elevada frequência de abusos psicológicos, talvez na tentativa de velar as marcas deixadas por outras formas de ameaças dos parceiros (Rafael & Moura, 2014, p.152).

Ao que tudo indica, estas concepções advindas dos mitos e culturas arraigados na sociedade ainda estariam efetivamente presentes nos quadros da violência de gênero no Brasil. Segundo o dossiê elaborado pela Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (Flacso), com o apoio do escritório no Brasil da ONU Mulheres, da Organização Pan-Americana da Saúde/Organização Mundial da Saúde (OPAS/OMS) e da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (SPM) do Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos, dos 4.762 assassinatos de mulheres registrados em 2013 no Brasil, 50,3% foram cometidos por familiares, sendo que em 33,2% destes casos, o crime fora praticado pelo parceiro (atual ou ex). Essas quase 5 mil mortes representam **13 homicídios femininos diários em 2013.** O Mapa da Violência 2015 revela ainda que, entre 1980 e 2013, um total de 106.093 brasileiras foram vítimas de assassinato. Na década de 2003 a 2013, o número de vítimas do sexo feminino cresceu de 3.937 para 4.762, ou seja, mais de 21% de crescimento. O Mapa também mostra que a taxa de assassinatos de mulheres negras aumentou 54% em dez anos, passando de 1.864, em 2003, para 2.875, em 2013 (Flacso, 2015).

A constatação de que a violência praticada por questões de gênero ocorre principalmente por companheiros e ex-companheiros retrata a condição das relações afetivas marcadas por estes mitos culturais que não consideram homens e mulheres em igualdade de direitos, demonstrando a concepção de que foram educadas para tolerar e submeter-se à vontade masculina.

O prazer associado à figura passiva da mulher se incorpora na justificativa para o ato criminoso. "*Esta crença estaria ligada à imagem de sacrifício presente nas*

mitologias e, posteriormente, ao patriarcalismo fortemente benquisto, na época, tanto pelo homem como pela mulher" (Ribeiro, 2014, p. 201). Isso, durante a história e ainda hoje, "*legitimando com base nos papéis de gênero diferenciando, nos valores a eles associados e em uma separação sexual entre as esferas pública e privada"* (Dias, 2012, p.19). Um verdadeiro código de honra baseado nas tradições e costumes violentos foram, assim, induzidos pelos arquétipos oriundos dessas figuras míticas.

REFERÊNCIAS

ABDELOUAHED, Houria. **Figures du féminin en Islam**. Paris: Presses Universitaires de France, PUF, collection Petite Bibliothèque de psychanalyse, 2012.

ANDRÉ, Jacques. **La féminité autrement**. Paris: Presses Universitaires de France, PUF, collection Petite Bibliothèque de psychanalyse, 1999

BASTOS, A. V. P. **Mercado de trabalho: uma velha questão e novos dados**. Brasília: Psicologia ciência e profissão, volume 10, 1990.

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

BRASIL. Lei Maria da Penha. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.

BRITO, J. C. **Enfoque de gênero e relação saúde/trabalho no contexto de reestruturação produtiva e precarização do trabalho**. Rio de Janeiro: Caderno de Saúde Pública, volume 16, 2000.

CAVALCANTI, S. V. S. de F. (2012). **Violência Doméstica – análise da Lei 'Maria da Penha', nº11.340/06**. Salvador: Editora JusPodvim, 2012.

CORAN, traduit par D. Masson, Paris: Gallimard, édition de 2001.

CUNHA, R.S. & PINTO, R.B. **Violência Doméstica – Lei Maria da Penha –comentada artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

EHRENREICH, Barbara & ENGLISH, Deirdre. **Witches, Midwives, and Nurses: A History of Women Healers**. Contemporary Classics. New York: The feminist Press at the City University of New York, 2010

Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (Flacso) Brasil, Dossiê – pesquisas: Mapa-da-violência. http://www.agenciapatriciagalvao. org.br/ dossie/ pesquisas/mapa-da-violencia. 2015.

FERNANDES, M. A. **A inserção da mulher no mercado de trabalho: um estudo sob a perspectiva da psicologia**. Revista Gestão e conhecimento, PUC de Minas, 2013. http://www.pucpcaldas.br/graduacao/administracao/revista/artigos/v2013/Artigo01_2013.pd

FOUCAULT, Michel. **Sécurité, Territoire, Population**. Paris: Gallimard, EHESS, Seuil, 1977.

_____. **Naissance de la Biopolotique**. Paris: Gallimard, EHESS, Seuil, 1978.

FOLEY, Helene. **Ritual Irony, Poetry and Sacrifice in Euripedes**. Ithaqua, New York : Cornell University Press, 1985.

_____. **Female Acts in Greek Tragedy**. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2001.

GÊNESIS, Bíblia Sagrada. Rio de Janeiro: Editora Paumape.

GREEN, André. **Du Signe au discours: psychanalyse et théories du langue.** Paris : Itaque, 2011.

MONTEIRO, A.; RIBEIRO, A.P.; COSTA, E. **A visão da mulher na antropologia: mitos da criação e crenças em relação à gravidez**. Revista Millenium, Instituto Politécnico de Viseu, número 30, outubro, 2004.

NEVES, M. A. **Anotações sobre trabalho e gênero**. São Paulo: Cadernos de Pesquisa, volume 43, nº 149, Maio/Agosto, 2013.

NUNES, Eliane Rodrigues. **A abordagem humana dos direitos – possível garantia da eficácia da lei e do exercício da justiça**. Em: Sistema Punitivo, Direitos & Humanos. Goiânia: Kelps, 2011.

_____. **Medos e Angústias do Universo Feminino Contemporâneo**. Palestra apresentada na XIII Semana Jurídica – A universalidade e a proteção dos vulneráveis, 2012.

RAFAEL, Ricardo de M. R. & MOURA, Anna T. M. S de. **Violência contra a mulher ou mulheres em situação de violência? Uma análise sobre a prevalência do fenômeno**. Rio de Janeiro: Jornal brasileiro de psiquiatria, volume 63, nº2, 2014.

RIBEIRO, C. (2014) **Violência contra a mulher: As origens mitológicas do sacrifício e sujeição do feminino e a nova revanche mitológica no c bate da imagem passiva da mulher.** Em: Violência. Goiânia: Kelps, 2014.

SÓFLOCLES (442 AC) **Antígona**. Fundação Calouste Gulbenkian, serviçoes de educação e bolsas. 9ª edição, 2007.

VAZ, C. F. & LAIMER, L.T. **A inserção da mulher no mercado de trabalho e o surgimento da profissão secretária.** Revista eletrônica: Secretariado executivo em revist@, volume 6, 2010.

LEI MARIA DA PENHA: UMA ESCUTA DOS ANSEIOS DAS MULHERES VÍTIMAS DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E INTRAFAMILIAR SOB A PERSPECTIVA DOS MAGISTRADOS

MARIA DA PENHA LAW: A LISTENING OF THE YAERNINGS FROM THE VICTIMS WOMEN OF DOMENSTIC AND INTRA-FAMILY VIOLENCE UNDER MAGISTRATES PERSPECTIVE

*Flávia Passeri Nascimento**

*Paulo Eduardo Alves da Silva***

Sumário: 1. Introdução;2. As alterações e inovações trazidas pela lei Maria da Penha; 3. A aplicação do instituto da suspensão condicional do processo em determinados casos de violência doméstica contra a mulher; 4. "A melhor decisão"; 5. Método; 6. Resultados e discussão; 7. Considerações finais; Referências.

Resumo: A partir da vedação expressa da Lei nº 9.099/1995 pela Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), além do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424 (ADI 4424) em 2012 pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e da aprovação da Súmula 536 pelo Superior Tribunal (STJ) em 2015, neste artigo será analisado se instituto da suspensão condicional do processo está ou não sendo aplicado aos casos de crime de lesão corporal praticados contra a mulher no ambiente doméstico ou familiar. Além disso, será verificado o resultado do emprego deste mecanismo despenalizador ao invés da pena privativa de liberdade. Para auxiliar nessa descoberta, foi realizada uma entrevista estruturada com dois magistrados, um do sexo feminino e outro do masculino, que já atuaram ou ainda atuam no julgamento de casos que envolvam a violência doméstica contra a mulher, a fim de se descobrir o que eles entendem como "a melhor decisão" para o caso em comento, principalmente no que se concerne ao referido instituto e as suas justificativas utilizadas.

* Mestranda da FDRP/USP.
** Prof. Dr. do curso de graduação em Direito e do Pós Graduação da FDRP/USP.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha; violência de gênero; violência doméstica.

Abstract: The aim of this study is to analyze the enforcement or not of the conditional suspension of the lawsuit provided by the Law 9.099/1995 in some cases of domestic violence against woman judged since 2012. Important to say that the Law 9.099/1995 was banned by the Maria da Penha Law, but some scholars still defend the appliance of the former proceeding. Moreover, the choice for the application of the conditional suspension of the lawsuit over of conviction will be investigated. Lastly, a structured interview with two judges from different sex (female and male) was done in order to find out what they understand "the best decision" for domestic violence against woman is, mainly concerning the conditional suspension of the lawsuit, and how they justify it.

Keywords: Maria da Penha Law; gender violence; domestic violence.

1. INTRODUÇÃO

Ao se falar em Lei Maria da Penha (LMP) a história a que se reporta é a de Maria da Penha Maia Fernandes: uma mulher brasileira vítima da violência doméstica praticada pelo seu, na época, marido (duas tentativas de homicídio que a deixaram paraplégica), e da negligência do Estado brasileiro para punir o seu agressor (ineficácia legislativa e morosidade judicial). Diante tamanha repercussão do caso, entidades internacionais de defesa dos direitos humanos formalizaram uma denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos contra o Brasil, o qual foi responsabilizado por negligência e omissão em relação à violência doméstica contra a mulher e obrigado a cumprir as convenções e tratados internacionais dos quais era signatário. A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania recomendou que o Brasil adotasse várias medidas de combate à violência contra a mulher, entre elas, a elaboração de uma lei específica para este fim. Dessa forma, em 2006 foi sancionada e promulgada a Lei Federal n. 11.340, nominada popularmente como LMP.

As autoras Barsted (2011), Calazans e Cortes (2011), Piovesan e Pimentel (2011) e Severi (2016) entendem que aprovação da LMP representa o resultado de uma

atuação bem-sucedida de *advocacy*[1] feminista brasileira e latino-americana voltada para a institucionalização do papel do Estado brasileiro no enfrentamento da violência doméstica e familiar contra as mulheres, no reconhecimento dos seus direitos humanos e na compreensão de que as mulheres têm o direito a uma vida sem violência.

Além disso, buscou-se romper com as estruturas do patriarcado e suas ressonâncias na hierarquização dos sexos. De acordo com Basterd (2011, p. 16-17):

> Essa Lei adotou a perspectiva feminista de que a violência, especialmente a violência nas relações interpessoais, é um dos principais mecanismos de poder para forçar as mulheres a posições subordinadas na sociedade face à permanência contra elas de padrões discriminatórios nos espaços público e privado.

As autoras Debert e Gregori (2008) afirmam que a questão da violência na relação entre homens e mulheres, resultado de uma estrutura de dominação deles sobre elas, foi denunciada pelo movimento feminista e acrescentam que:

> Tal interpretação não estava presente na retórica tampouco nas práticas jurídicas e judiciárias no enfrentamento de crimes até a promulgação, em 2006, Lei n. 11.340 ("Maria da Penha"). A questão da desigualdade de poder implicada nas diferenças marcadas pelo gênero, ainda que esteja sugerida na Constituição e no delineamento dessa lei, encontra imensas resistências nas práticas e nos saberes que compõem o campo da aplicação e efetividade das leis.

Mesmo considerando a LMP um avanço legislativo no enfrentamento da violência contra a mulher, desde a sua promulgação ela enfrenta resistências, desafios e opositores em vários âmbitos institucionais[2].

Dentre um conjunto de obstáculos que necessitam ser superados, para que efeitos da LMP possam modificar comportamentos e valores discriminatórios e violentos,

---

[1] De acordo com Libardoni (2000: 208) a *advocacy* foi a capacidade de organização e de mobilização política de organizações e movimentos feministas "(...) em favor de uma causa, uma demanda ou uma posição, mas, compreendendo (...) seu significado mais amplo, denotando iniciativas de incidência ou pressão política, de promoção e defesa de uma causa e/ou interesse, e de articulações mobilizadas por organizações da sociedade civil com o objetivo de dar maior visibilidade a determinadas temáticas ou questões no debate público e influenciar políticas visando à transformação da sociedade".

[2] Em setembro de 2007, foi criado o Observatório de Monitoramento da Lei Maria da Penha - O Observe (constituído por um consórcio que congrega 12 organizações) - cujo objetivo é acompanhar o processo de implementação e aplicação desta Lei, a fim de identificar os avanços e as dificuldades para a sua efetiva e plena aplicabilidade, produzindo e divulgando informações relevantes para os movimentos de mulheres e para as instituições públicas de enfrentamento à violência contra as mulheres.

está à dificuldade de acesso à justiça, que, de acordo com Basterd (2011, p. 30), "implica o conhecimento da lei, a possibilidade de fazer uso desse conhecimento, a existência de mecanismos ou canais que transformem o direito potencial em direito real e no tratamento igualitário, livre de preconceitos, oferecido pelo Poder Judiciário".

Pasinato (2011) compartilha do mesmo entendimento e acrescenta que o reconhecimento dessa legislação como uma política pública necessita não somente do empenho do governo, mas também da sociedade, de forma a se alcançar êxito na proteção dos direitos de mulheres que vivem em situação de violência doméstica e familiar.

Outra questão apontada por Basterd (2011) são as concepções ideológicas e políticas escondidas por detrás da máscara de neutralidade e da suposta tecnicidade das decisões judiciais, que impedem ao avanço da legislação pelas instituições da justiça.

Rocha (2007) pontua que, por ser um espaço de reafirmação ou contestação de princípios e hierarquias, no Judiciário deve-se travar a luta pelo enfrentamento da violência de gênero, a fim de ampliar a democracia e criar instrumentos efetivos de defesa e garantia de direitos dos segmentos subalternizados. Para isso, deve-se democratizar o acesso desses setores, além de sanar as falhas e omissões do judiciário no Brasil.

O presente artigo pretende analisar as alterações e inovações trazidas pela LMP ao ordenamento jurídico brasileiro na forma de tratar a violência doméstica e familiar contra a mulher. A partir do entendimento da autora Flauzina (2015), abordar-se-ão as justificativas para a aplicação do instituto da suspensão condicional ao invés de uma pena privativa de liberdade. Por fim, verificar-se-á se o referido instituto está ou não sendo aplicado aos casos de crime de lesão corporal praticados contra a mulher no ambiente doméstico e familiar que se encontram no Fórum Estadual de Ribeirão Preto, Estado de São Paulo, e avaliar-se-á o resultado do emprego deste mecanismo despenalizador ao invés da pena privativa de liberdade. Esta avaliação será efetuada por dois magistrados do referido Fórum, a partir da realização de uma entrevista estruturada, a fim de se descobrir o que eles entendem como "a melhor decisão" para o caso em comento e as justificativas utilizadas.

2. AS ALTERAÇÕES E INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI MARIA DA PENHA

A LMP, no seu Artigo 5º, define a violência doméstica e familiar contra a mulher, seja no âmbito doméstico, intrafamiliar ou em uma relação íntima de afeto, "qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial".

A violência de gênero atinge a todas as mulheres. No entanto é importante destacar que as mulheres negras são potencialmente mais vitimadas[3], em razão do impacto do racismo na sociedade brasileira e de uma consequente vulnerabilização social e institucional, o que resulta em uma vitimização específica sobre elas.

Flauzina (2016) assinala que, ainda que a militância feminista negra tenha participado ativamente na criação da LMP e permaneça na luta da efetivação dela, é evidente a hegemonia dos feminismos brancos na condução das questões concernentes a esta Lei, especialmente na seara jurídica. As potencialidades e limitações dos desdobramentos da LMP às vítimas mulheres negras refletem o sistema racista e a manutenção de padrões históricos discriminatórios.

A LMP trouxe modificações significativas na forma como o ordenamento jurídico brasileiro tratava o problema da violência doméstica contra as mulheres. A Lei reconheceu diferentes formas de violência (física, psicológica, sexual, patrimonial e moral), introduziu as medidas protetivas de urgência, estabeleceu um atendimento por equipes multidisciplinares, e reconheceu as uniões homoafetivas. Previu, ainda, a criação dos Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher com competência cível e criminal (Artigos 14 e 33), tendo os juízes desses juizados a competência para apreciar crimes e questões de direito de família (MACHADO et al., 2012).

Um dos temas mais controversos com relação à aplicação da LMP foi à exclusão expressa, em seu Artigo 41, da aplicação da Lei 9.099/95, uma vez que esta implicava um

[3] Dados do Mapa da Violência 2015: Homicídio de Mulheres no Brasil relevam que, de as taxas de homicídio de mulheres brancas caíram 11,9%: de 3,6 por 100 mil brancas, em 2003, para 3,2 em 2013. Em contrapartida, as taxas das mulheres negras cresceram 19,5%, passando, nesse mesmo período, de 4,5 para 5,4 por 100 mil. Com esse diferencial de crescimento, as taxas de ambos os grupos de mulheres foram se afastando. Essa distância relativa, entre as taxas de vítimas brancas e negras, é denominada de índice de vitimização negra, que é a diferença de percentual entre as taxas de homicídio de mulheres dos dois grupos. Observa-se que o índice de vitimização negra, em 2003, era de 22,9%, isso é, proporcionalmente, morriam assassinadas 22,9% mais negras do que brancas. O índice foi crescendo lentamente, ao longo dos anos, para, em 2013, chegar a 66,7%.

quadro de impunidade dos agressores e não rompia com a lógica do ciclo de violência contra a mulher.

Flauzina (2015) pontua a necessidade de se afastar a aplicação da Lei 9.099/95 aos casos de violência que atentam contra a integridade da mulher no ambiente doméstico e familiar, afirmando que estes não podem ser tratados como crimes de menor potencial ofensivo. Piovesan e Pimentel (2011, p. 113), compartilham do mesmo entendimento e explicam:

> A violência contra mulher era, até o advento da Lei "Maria da Penha", tratada como uma *infração penal de menor potencial ofensivo*, nos termos da Lei 9099/95. Com a nova lei passa a ser concebida como uma violação a direitos humanos, na medida em que a lei reconhece que "a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma as formas de violação dos direitos humanos" (artigo 6º), sendo expressamente vedada a aplicação da Lei 9.099/95.

Como consequência da inaplicabilidade da Lei 9.099/95, houve o afastamento da competência dos Juizados Especiais Criminais nos casos de violência doméstica contra a mulher. Segundo Flauzina (2015) a desarticulação no modelo conciliatório dos Juizados Especiais Criminais no tratamento da referida violência foi uma vitória da militância feminista[4].

Além disso, exclui-se a aplicação do artigo 88 da Lei 9.099/95. Desta forma, as lesões corporais leves praticadas nesse contexto pertenceriam ao regime de processamento da ação penal incondicionada à representação da vítima. A LMP ainda regulou a possibilidade de retratação da representação da vítima, nos termos do Artigo 16, o qual dispõe:

> Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

Diante de um contexto de dúvida com relação à aplicação da Lei Maria da Pena, a Procuradoria-Geral da República ingressou com uma Ação Direta de

[4] O Artigo 17 da Lei Maria da Penha proíbe penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa, condutas antes adotadas pelos Juizados Especiais Criminais.

Inconstitucionalidade com pedido de Medida Cautelar em 2010 (ADI 4424) e, em 2012, o Supremo Tribunal de Justiça reconheceu às questões apontadas acima.

Ao tornar incondicionada a ação penal nos casos de lesão corporal, objetivou-se afastar a necessidade de representação da vítima, impedindo, assim, a possibilidade dela ser constrangida a desistir da denúncia pelo seu/sua agressor(a)[5].

3. A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO EM DETERMINADOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

Na tentativa de criar uma Lei que protegesse a mulher vítima da violência doméstica, verificou-se o surgimento de uma situação paradoxal. De um lado, a militância feminista que acredita que o modo efetivo de punição dos agressores nos casos de violência doméstica são as vias do encarceramento, pois acreditam que estas sejam uma forma de prestação jurisdicional de qualidade. Do outro, a vítima da violência doméstica que rejeita a imposição de pena privativa de liberdade ao seu agressor (FLAUZINA, 2015).

A autora explica que, como a tendência predominante das vítimas é a rejeição ao viés punitivista da LMP, quando o Estado usurpa e se apropria da autonomia da vontade delas na condução e do desfecho do caso, e impõe uma decisão, duas são as consequências observadas.

A primeira é o desestímulo de que as vítimas se pronunciem nos casos após registrada a denuncia nas delegacias. A segunda trata-se da vítima que, impossibilitada de realizar a retratação da representação, altera ou não confirma os fatos em juízo, para beneficiar o agressor na ação penal apurada, e se sujeita, inclusive, a incorrer na prática do crime de denunciação caluniosa (Artigo 339, CP). Ou seja, de vítima ela passa a ser ré de um processo, cujo autor é o Estado (FLAUZINA, 2015).

Por parte das vítimas, haveria um misto de expectativas que se dariam no âmbito moral (desejo de suspensão das agressões; desejo de escuta das suas demandas; desejo de responsabilização do agressor), e no âmbito legal (desejo de que a lei fosse o veículo para isso). No entanto, o que esperam do Direito está fora do âmbito criminal ao qual recorreram. Flauzina (2015, p. 131) explica:

[5] Principalmente nos casos de lesão corporal leve.

> A justiça da resistência[6] quotidiana está, portanto, atrelada a uma intervenção que trabalhe a violência com a atenção dada a uma questão familiar, que considere no seu cômputo o agressor como alguém com quem as vítimas, em sua grande maioria, se importam.

Na lógica dos estudos decoloniais, tanto a questão de gênero, como a questão de raça são estruturantes de uma sociedade patriarcal, hierarquizada e capitalista. O Direito existe para garantir que estas estruturas se mantenham, e a atuação do judiciário corrobora nessa manutenção.

Flauzina (2015), a partir da análise de experiências exitosas do emprego do referido instituto em determinados casos[7], entende que é possível facultar o acordo processual para réus primários, submetendo este a um acompanhamento pela Justiça de, no mínimo, dois anos.

Morato et al.[8] (2011 apud FLAUZINA, 2015) entendem que a decisão do STF na ADI 4424 não abarca a suspensão condicional do processo nos casos de lesão corporal praticada contra a mulher no ambiente doméstico e familiar, pois este é um mecanismo processual válido na apreciação de qualquer crime praticado em juízo comum[9].

Tem-se mostrado exitosa a aplicação deste instituto nos casos supracitados, pois se garante às vítimas a responsabilização dos agressores sem o emprego do cárcere e da consolidação de antecedentes. Como resultado, gera-se uma maior colaboração destas, bem como garantias para uma resposta efetiva à violência praticada. Ademais, com o uso da suspensão condicional do processo, suspende-se o prazo prescricional do crime, garante-se celeridade à responsabilização do réu pelo ato perpetrado contra a vítima, além de facilitar o acesso desta à justiça (FLAUZINA, 2015).

Reconhece-se que, para o real enfretamento da violência de gênero inscrita nas relações domésticas cuja vítima é a mulher, a suspensão condicional do processo nos

---

[6] A Autora no texto "Lei Maria da Penha: entre os anseios da resistência e as posturas da militância" se refere às mulheres vítimas da violência doméstica como "resistência".

[7] A autora afirma que quando o caso possui gravidade expressiva, não se pode aplicar a suspensão condicional do processo devido a ausência de requisitos objetivos e subjetivos. Assim, ressalta que o instituto da suspensão condicional do processo não é uma alternativa a ser utilizada nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher de maneira desmedida, mas com a lucidez de sua limitada função.

[8] MORATO, A. C. et al. Lei Maria da Penha, Ciclo da Violência e a Suspensão Condicional do Processo: Percepções da Prática Experimentada no DF. Revista do MPDFT. v.1, n. 5, 2011, p. 113.

[9] Morato et al. (2011 apud FLAUZINA, 2015) entende que o efeito vinculante da ADI 4424, nos casos de lesão corporal, dá-se com relação a obrigatoriedade da ação pública incondicionada e a vedação da conciliação civil e da transação penal.

termos propostos pode gerar resultados positivos no que tange à responsabilização do agressor, à escuta da vítima e ao cessamento da agressão.

4. "A MELHOR DECISÃO"

O presente artigo pretende analisar se há ou não a aplicação do instituto da suspensão condicional do processo nos casos de crime de lesão corporal leve praticados contra a mulher dentro do ambiente doméstico ou familiar após o julgamento da ADI 4424, ocorrido em 2012, a partir de uma pesquisa empírica a ser realizada com dois juízes, um do sexo feminino e outro do sexo masculino, que já atuaram ou ainda atuam nos referidos casos de violência.

Verificar-se-á os principais argumentos utilizados para justificar a aplicação ou não desse instituto despenalizador.

Ademais, identificar-se-á a opinião de dois juízes sob a aplicação do instituto do "sursis processual" no caso em comento, bem como o tratamento judicial utilizado por eles para solucionar os casos de violência referidos acima, a fim de se descobrir o que eles entendem como "a melhor decisão" a ser tomada.

Ao se usar a expressão "a melhor decisão", pretende-se entender, sob a perspectiva do magistrado, qual a melhor ou as melhores maneiras de se julgar o agressor da violência doméstica e familiar, nos casos de lesão corporal leve, a fim de assegurar a efetiva proteção da mulher vítima dessa violência.

Importante destacar que a perspectiva dos juízes sobre "a melhor decisão" não necessariamente coincide com o que a vítima espera para o seu agressor, ou seja, o que ela entende como "a melhor decisão".

5. MÉTODO

A pretensão inicial deste trabalho era entrevistar dois juízes do Fórum Estadual da cidade de Ribeirão Preto, Estado de São Paulo, sendo um do sexo feminino e o outro do sexo masculino[10].

[10] Optou-se por entrevistar juízes dos dois sexos, a fim de se verificar se o fato de pertencerem a sexos diferentes pode influenciar ou não na decisão proferida.

Diante do curto período para a realização das entrevistas, não foi possível entrevistar juízes que atualmente atuam no Fórum Estadual de Ribeirão Preto com casos de violência doméstica contra a mulher, mas foi possível entrevistar dois juízes, um de cada sexo, que já atuaram ou ainda atuam com os referidos casos.

Para ordenar as entrevistas com os participantes, utilizou-se um roteiro de entrevista estruturado, que abordou as seguintes questões:

- A idade do(a) magistrado(a).
- O período que atua como juiz(a).
- O período que o(a) magistrado(a) atua/atuou com casos de violência doméstica contra a mulher.
- Se o(a) magistrado(a) já aplicou o instituto da suspensão condicional do processo aos casos de lesão corporal leve na violência doméstica e familiar contra a mulher julgados após o julgamento da ADI 4424, em 2012.
- Se o(a) magistrado(a) concorda ou não com a aplicação do referido instituto e a justificativa utilizada.
- Se o(a) magistrado(a) aplica a suspensão condicional da pena nos casos de violência doméstica?
- De acordo com a experiência do(da) magistrado(a) neste assunto, o que ele acredita ser "a melhor decisão", tanto para a vítima, como para o agressor?
- Se o(a) magistrado(a) analisa o caso específico e o julga de maneira singular ou aplica um padrão de decisões aos casos semelhantes.
- Se é do conhecimento do(da) magistrado(a) se nas outras Varas Criminais do Fórum Estadual de Ribeirão Preto/SP utilizam-se as mesmas decisões para o caso em comento ou se há algum magistrado que diverge do entendimento majoritário.
- Se é do conhecimento do(da) magistrado(a) se, com a sua decisão, há grande ou pequeno número de reincidência com relação a violência doméstica.
- Qual a opinião do(da) magistrado(a) sobre a vítima incorrer na prática do crime de denunciação caluniosa (Artigo 339, CP), quando impossibilitada

de realizar a retratação da representação, altera ou não confirma os fatos em juízo, para beneficiar o agressor na ação penal apurada.

- Qual a opinião do(da) magistrado(a) sobre a Justiça Restaurativa nos casos de violência doméstica contra a mulher?

6. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Para se extrair um entendimento sobre a escuta dos anseios das mulheres em situação de violência doméstica e intrafamiliar, sob a perspectiva de magistrados, entrevistou-se dois juízes: um do sexo masculino, o qual atuou por aproximadamente dois anos (de 2012 a 2013) nos casos de violência doméstica contra a mulher; e outra do sexo feminino, a qual atua há cinco anos e meio como juíza nos referidos casos.

Importante destacar que ambos os juízes iniciaram a sua atuação em 2012, ou seja, ano em que a ADI 4424 foi julgada pelo STF e que nenhum deles atuou em casos de violência doméstica contra a mulher na Comarca de Ribeirão Preto/SP.

Os juízes serão referidos neste trabalho em conformidade ao sexo que pertencem, ou seja, "Juiz" e "Juíza", respectivamente.

Com relação à idade deles, o Juiz têm 35 anos e a Juíza, 34.

No que se refere à aplicação do instituto da suspensão condicional do processo aos casos de lesão corporal leve na violência doméstica e familiar contra a mulher julgados após o julgamento da ADI 4424, em 2012, os juízes afirmaram que nunca o aplicaram e que não concordam com a aplicação deste instituto despenalizador.

Ambos entendem que a não aplicação do referido instituto se dá, primeiro, porque a LMP, no seu artigo 41, não permite aplicação da Lei 9.099/1995 e, consequentemente, do sursis processual. Segundo, porque deve haver a condenação do agressor. Segue a justificativa utilizada pelo Juiz:

> Eu não aplicava, o processo seguia normal. Eu lembro que até havia no começo uma divergência sobre a aplicação ou não, mas eu seguia o entendimento inicial de que a Lei 9.099/95 de que não se aplicava aos casos previstos na LMP. Eu lembro que até havia um entendimento de que a suspensão condicional do processo não fazia parte da Lei 9.099/95, salvo engano eram disposições gerais, mas eu não aplicava, seguia o processo e depois, pelo que me recordo, foi pacificado que não se aplica o referido instituto a LMP. Houve até uma súmula: 536 STJ. Não concordo com a aplicação da suspensão condicional do processo. Me lembro que até tinha uma discussão a respeito se seria bom aplicar, pois

> dessa forma o processo ficaria suspenso e, dessa forma, o agressor ficaria sobre vigilância em um período de 2 a 4 anos. Mas eu não concordava. Achava que tinha que correr o processo, pois, embora a pena privativa não seja alta, e temos até a possibilidade de *sursis* penal, eu acho que o efeito secundário da condenação (a reincidência) é importante nesses casos. É uma resposta do Estado. A condenação é sempre uma resposta, ainda que a pena não gere o regime fechado ou até o semi-aberto. É uma resposta e isso, de certa forma, fica no histórico criminal do indivíduo. Se ele vier a cometer crimes posteriores, e até do mesmo tipo, a situação dele muda completamente em relação ao que era no primeiro fato que gerou a primeira condenação.

De acordo com a Juíza:

> Não concordo a aplicação do instituto. Primeiro porque a Lei não permite. Segundo porque eu não concordo com a aplicação. Justificando o porquê, eu acho que a violência doméstica, ainda que resulte em uma lesão leve, é um ato que se reveste de uma alta gravidade. Então um instituto despenalizador, como a suspensão condicional do processo, eu acho que não vai atingir objetivo. Então, por isso, ainda que fosse possível, eu não concordo com a aplicação. Acho que é um instituto que deve ser aplicado para casos, para crimes que chamamos de leves, não tão graves, e a violência doméstica, ainda que resulte em lesão leve, eu entendo que é de alta gravidade, não só pela lesão em sim, mas por todo o contexto, o aspecto cultural de desigualdade e violência contra a mulher.

Em relação à opinião dos magistrados sobre o que eles acreditam ser "a melhor decisão", tanto para a vítima, como para o agressor, nos casos de violência doméstica em que há a prática de crime de lesão corporal leve, o Juiz entende que seria a aplicação da suspenção condicional do processo:

> Eu lembro que eu aplicava o sursis penal e era, de certa forma, uma maneira de monitoramento, pois ele tem as condições do sursis. Eu penso que, onde eu trabalhei, não havia a possibilidade de acompanhamento dessa situação, não tinha isso. Eu apenas decidia, sentenciava, e na hora da fixação da pena eu costumava aplicar o sursis penal.

A Juíza acredita que o "a melhor decisão" seria a aplicação de uma pena ao agressor, "Uma pena que vai levar o agressor a sua atitude, a refletir sobre o seu comportamento. Então eu acho que a pena prevista na Lei é o ideal". Quando

questionada sobre a aplicação do sursis penal nestes casos, a Juíza afirmou que, dependendo da situação, o aplica:

> Já apliquei, dependendo do caso. Se você vê que foi um episódio isolado, não teve tanto gravidade, eles já reataram, às vezes foi numa briga, no calor da discussão, ai você percebe que talvez uma pena privativa de liberdade ali, não seria o ideal. Então eu já apliquei e dependendo do caso eu acho que é viável.

Quanto ao tipo de julgamento proferido pelo(a) ao(a) magistrado(a), ambos afirmaram que analisam o caso de maneira específico e o julga de maneira singular, não adotando um padrão de decisões aos casos semelhantes. De acordo com o Juiz:

> Nesses processos penais, a questão de fundo é fato, né? Então uma sentença padronizada, pelo menos para mim, não ocorria, porque você tem que fazer uma análise fática do que ocorreu para você chegar a um juízo de culpa e depois fixar a pena. Não havia uma padronização. Obrigatoriamente eu tinha que verificar o caso a caso. O que há de padrão são as medidas protetivas, mas mesmo assim precisa-se dar uma análise fática para justificar uma ou outra medida. Então a parte de direito obviamente se repete na fundamentação jurídica, mas há a necessidade da descrição fática, o que acaba diminuindo essas possibilidades de decisões padronizadas.

O entendimento defendido pela Juíza:

> Eu analiso caso a caso, porque ainda que lesão leve, eu já tive casos bem diferentes. Às vezes é um episódio isolado na vida do casal, mas às vezes, ainda que seja um primeiro processo, você verifica que o agressor é uma pessoa violente, que a vítima está em pânico, já houve vários episódios de agressão e, ainda que seja lesão leve, houve uma gravidade concreta ali na agressão. Às vezes a vitima foi agredida com faca. Então você vê que se reveste de uma maior gravidade, mesmo que seja lesão leve. Então eu vou aplicar uma pena, às vezes, até que se aproxima da pena máxima. E tem casos que você verifica que a pena mínima já é suficiente para uma reparação.

O Juiz não soube informar se nas Comarcas onde atuou existia algum magistrado que divergia do entendimento majoritário dos seus pares. “Pelo que eu me recordo, não havia, porque havia certa uniformidade de entendimento e, pelo que eu me recordo, eles também não aplicavam o sursis processual e aplicavam o sursis penal”. A Juíza informou há apenas ela como juíza na Comarca onde atua.

Ao serem questionados se, com as decisões deles, há grande ou pequeno número de reincidência com relação à violência doméstica contra a mulher, o Juiz respondeu:

> O índice de reincidência geral é alto. A impressão pessoal que eu tinha é que havia certo temor, até popular, depois da LMP. A lei foi amplamente divulgada, começou a gerar afastamento (do agressor) do lar, os processos saíram de uma situação comum de "lesão corporal" e tiveram um outro enquadramento, e eu me recordo que, principalmente nas Comarcas pequenas, eu lembro de participar de audiências, e as pessoas mais humildes falavam "agora com a LMP... agora com a LMP...". Eu penso que o índice de reincidência geral é alto... Na LMP também há reincidência. Há um índice de reincidência, inclusive o mesmo agressor, a mesma vítima, isso ocorria, mas, em minha opinião, eu penso que a reincidência talvez fosse um pouco inferior do que a reincidência normal (que não era relacionado estritamente a LMP). Óbvio que eu estou me referindo LMP LPM, não LMP e furto, ou LMP e tráfico, LMP e... Não! Estou dizendo voltar o agressor contra a mesma vítima, contra a mesma mulher, a praticar o delito nessa situação. Pelo que eu me recordo, havia sim certa mitigação. Mas infelizmente e obviamente, depois no futuro, se ele ia voltar a agredir ou outras situações assim... Eu sei que ocorre. Inclusive com vítimas diferentes.

A Juíza informou que não possui a informação exata sobre a reincidência dos agressores, mas pelo que ela observa os casos não têm se repetido, já que os agressores não retornaram ao Fórum para serem julgados por crimes de violência doméstica contra a mulher. Assim, ela afirma que "a principio, acho que está surtindo o efeito desejado. Mas os números especificamente eu não tenho".

Com relação à opinião do (da) magistrado(a) sobre a vítima incorrer na prática do crime de denunciação caluniosa (Artigo 339, CP) quando, impossibilitada de realizar a retratação da representação, altera ou não confirma os fatos em juízo para beneficiar o agressor na ação penal apurada, o Juiz defendeu a seguinte situação:

> Eu lembro que isso era uma situação assim... Gerava-se um cuidado. Era uma situação peculiar, um pouco delicada, vamos dizer assim. No meu caso, quando eu começava uma audiência que era sobre a LMP, eu costumava explicar para a vítima que ela deveria, ainda que por um dever moral obviamente, dizer a verdade sobre os fatos que estavam sendo apurados e que, se por um acaso não tivesse ocorrido o fato que ela denunciou que ela deveria falar. Se tivesse ocorrido, ela deveria falar da mesma forma. Eu lembro que eu a alertava de que acaso verificado que ela estivesse ali mentindo, poderia configurar o delito de denunciação caluniosa, porque ela estaria contrariando o que ela disse na autoridade policial. E na audiência obviamente não era somente eu

quem participava. Participava o MP e poderia então haver uma denuncia dela por esse crime e depois ia ser apreciada e ela poderia inclusive virar ré. Mas de fato o corria. Ocorria da vítima chegar em juízo e querer mentir, de querer falar que "não foi bem assim..." e eram situações constrangedoras. Me lembro que uma vítima que tinha duas marcas de garfo na região do glúteo e falou que caiu sentada duas vezes em cima do garfo. Outras falavam que tropeçaram. Isso era muito comum. Era bastante comum. Eu lembro que se falava muito que seria uma revitimização da vítima, que ela chega lá como agredida e sai de lá como processada. Não é bem assim, né, porque primeiro que o MP geralmente, ou até mesmo eu, poderia requisitar inquérito policial, poderia apurar, e não necessariamente também o fato de ela mentir em juízo, mentir assim, falar que não foi agredida gerava absolvição (do agressor), porque a palavra dela raramente era a única prova constante nos autos. Nesses casos, uma boa parte é flagrante, então tem a palavra do policial, tem o exame de corpo de delito, tem palavra de vizinho, tem palavra de filho, tem a palavra da mão, palavra de parentes, e pelo conjunto, eu me lembro de vários casos que ocorreram de a vítima falar que não é bem assim que não ocorreu, e gerar a condenação do indivíduo pela prática do crime e não gerou nada de denunciação caluniosa a respeito disso. Aliás, eu tenho dúvida se seria possível ou não um configuração de denunciação caluniosa em um caso como esse, porque gerou a condenação. Eu precisava refletir mais, mas, em tese, eu penso que se a vítima mentir para... Porque a situação é uma situação interessante. Porque se ela mentiu de fato, ela tem que ser responsabilizada pelo crime de denunciação caluniosa, como todos têm que ser. Se ela inventou que foi agredida, ela está confessando a prática de um crime, aí terá que ser apurado se ela mentiu ou não. Se ela mentiu, de fato ela tem que ser responsabilizada, vai ter um processo. Se ela não mentiu existe ainda outras possibilidades. É possível verificar um excludente de culpabilidade, uma coação moral irresistível, algo nesse sentindo. Mas na minha visão não há nenhuma excludente, seja de tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade no crime da denunciação caluniosa que se refira LMP especificamente de modo que se fala "não, se verificar que é LMP, não há crime, ou não há culpabilidade, ou o fato é atípico. Não, não é nada disso. Ou é antijurídico". Não, não tem. Eu acho que haveria de ter a responsabilidade, em que pese eu sei o que dizem que seria uma nova vitimização. Ela tem direito de comunicar todas as agressões que ocorreram. Ela tem que comunicar, mas ciente de que o que ela está fazendo é algo que há consequências legais para isso, para o marido dela, para o companheiro, e o processo tem que seguir com uma boa-fé. Outra coisa que eu lembro que era interessante é que há essa coisa popular de "não, é só tirar a queixa, eu vou tirar a queixa". A ação é penal pública incondicionada. A LMP ela tem esse ponto altamente favorável que é das funções da pena, prevenção geral, isso gera o fator intimidativo, ainda que na comunidade, na parte restrita de onde a vítima mora. E a aplicação da Lei certamente gera uma prevenção naquele ambiente. Essa situação, essa divulgação de que basta ela ir em juízo e falar que não foi e não acontece nada, todo mundo vai para a casa, e acabou o processo, não me parece adequada. Boa parte das infrações era de flagrante delito, como eu disse, então, há outras provas. Nas hipóteses que não era flagrante, seria posterior ou algo assim, geralmente não havia essa situação, talvez fosse algo mais amadurecido,

> vamos dizer assim, mais consolidado, talvez ela ou o agressor já tinham saído da casa, então o processo ocorria normalmente. Mas quando era flagrante, às vezes ocorria disso, de situações como essa. Eu me recordo de poucos casos que dependia exclusivamente da palavra dela, por que é isso, há exame de corpo de delito, a materialidade comprovada e geralmente ocorre do policial presenciar logo após a agressão, o fato que ela conta é totalmente inverossímil em relação ao histórico de agressão do exame de corpo de delito. Ocorria, às vezes, eu lembro que era recorrente, de falar que houve um entrevero familiar, que ela partiu para cima dele e ele apenas se desentendeu. Houve casos de inclusive o suposto agressor também ter uma lesão corporal e daí ficar uma zona cinzenta e de dúvida como realmente foi o ocorrido. E daí se houver dúvida é caso de absolvição. Mas isso não necessariamente vai ensejar, em minha opinião, condenação dela por denunciação caluniosa, porque não quer dizer que ela foi lá deliberadamente comunicar um fato criminoso contra o marido dela. E no transcorrer do processo se teria a possibilidade de verificar uma excludente de culpabilidade e tal. Mas, em minha opinião, se comprovado e tipificado que houve realmente e apurado o crime, porque ela não sai de lá condenada por essa crime, depois começa um outro processo para apurar esse crime, se verificado que ela mentiu mesmo, ai tem que ser responsabilizada, ou tipificado alguma hipótese que realmente gere a tipicidade do crime, eu acho que tem que ser responsabilizado sim para inclusive manter o caráter da LMP, intimidativo da LMP, e manter a seriedade da Lei, porque senão é muito comum isso "eu quero tirar a queixa". Eu falava "não minha senhora, isso não existe, o processo começou pelo MP, a ação é penal pública incondicionada". Então eu acho que a efetividade da Lei exige, assim, uma seriedade na aplicação. E também para pensar no futuro, né? Uma mulher que vai lá e sofre agressão do marido, vai na frente do juiz, do promotor, do escrevente... Todo um aparato ali judicial, às vezes na frente do próprio individuo, e mente, ela está se colocando numa situação que ela vai se voltar para o ambiente dela totalmente vitimizada e o individuo sabendo que pode fazer de novo, de novo, de novo, que o máximo que irá acontecer é ela chegar lá e falar que foi mentira e ela que vai sofrer as consequências. Eu acho que não é essa a finalidade da Lei, nem tampouco tratar a mulher como uma inimputável, que não tem discernimento para saber o que ela quer, o que ela não quer e, enfim um salvo conduto para praticar qualquer tipo de crime. Eu acho que não é essa a finalidade, a finalidade é gerar uma punição mais rigorosa, e isso depende da seriedade que todos os envolvidos no ambiente do Fórum passam para isso. Mas para resumir, se for o caso, ela tem que ser responsabilizada se apurado que ela mentiu.

A Juíza entende a vítima não deveria incorrer no crime de denunciação caluniosa:

> Eu acho que tem que ser relevado, porque a gente verifica que muitas vezes elas se retratam mesmo, acho que até na maioria dos casos elas se retratam em audiência visando proteger mesmo o agressor. E a gente percebe que o que ocorreu mesmo foi o episódio que ela narrou na delegacia, no calor dos acontecimentos. Mas a gente percebe que ela está sofrendo as ameaças, pressão psicológica do próprio agressor, às vezes

> depende desse agressor, até mesmo economicamente, então eu acho que você ainda processá-la e apená-la por denunciação caluniosa eu acho que é incentivar ainda mais esse episódio de violência doméstica, porque você inibe a vítima de denunciar, de ir até a delegacia no momento da agressão e acaba por ensejar mais casos de violência. Acho que a gente tem que ver com um pouco de, até mesmo essa versão que ela dá em juízo se retratando, dando essa proteção ao agressor.

No que tange a aplicação da Justiça Restaurativa nos casos de violência doméstica contra a mulher, ambos os juízes entendem-na positiva. Segundo o Juiz, essa Justiça é importante, uma vez que:

> Há o vínculo familiar, sempre vai ter o vínculo familiar. É muito comum terem filhos em comum, não é? Inclusive acaba havendo muitas vezes um choque do juízo da vara da família com o juízo da vara criminal. A Lei tem interferência de relações penais e civis. A LMP tem até umas situações que acabam entrelaçando o crime com o cível, diante da possibilidade de afastamento, suspensão... Que acabam interferindo no direito de vista do pai em relação ao filho. Então, muitas vezes, permanece a situação da agredida e nós temos que fazer uma forma de conciliação, vamos dizer assim, de reajuste, para ver como o pai vai poder visitar o filho, quando pende uma medida protetiva exclusivamente em favor da mulher. Então obviamente é importante para tentar ir no fator causador de tudo isso. Mas na minha época de atuação a Lei não tinha tanto tempo assim, não tinha tanta vivência. Hoje eu penso que talvez esteja mais evoluído nesse sentido, talvez os Fóruns já estejam mais, inclusive com aparato para providenciar uma medida mais nesse sentindo. Na minha época, eu pelo menos na minha inicial, nas Comarcas onde atuei, não contava com essa possibilidade. Mas eu penso que é importante.

De acordo com a Juíza, a Justiça Restaurativa seria o ideal:

> Porque além de a gente apenar o agressor, dar uma resposta para o comportamento dele, que é o que se espera do direito penal, ela visa a uma reflexão, a repensar as atitudes e a melhorar o relacionamento. Então eu acho que teria que ser implantada. Nós aqui ainda não temos, não temos estrutura, não temos um pessoal preparado, mas eu acho que nesses casos ela seria de alta efetividade.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observou-se que, embora o entendimento apontado por Flauzina quanto à aplicação do instituto da suspensão condicional do processo em determinados casos de

violência doméstica contra mulher tenha se mostrado exitoso, pois se garante às vítimas a responsabilização dos agressores sem o emprego do cárcere e da consolidação de antecedentes, o emprego do referido instituto não vem sendo dado pelos juízes entrevistados.

Com relação à aplicação do instituto da suspensão condicional do processo nos casos previstos pela LMP, principalmente no que se refere ao crime de lesão corporal leve, os magistrados entrevistados afirmaram nunca o aplicaram, considerando o intervalo entre a ADI 4424 (2012) e o início do segundo semestre de 2017, data em que as entrevistas foram realizadas.

Os principais argumentos utilizados para afastar essa aplicação foram a não aceitação deste instituto pela LMP, por pertencer à Lei 9.099/1995, e por acreditarem ser insuficiente a aplicação de um instituto despenalizador aos casos de violência doméstica contra a mulher, entendendo como "a melhor decisão" a condenação do agressor, ainda que se aplique a suspensão condicional da pena.

REFERÊNCIAS

BARSTED, Leila Linhares. Lei Maria da Penha: uma experiência bem-sucedida de advocacy feminista. In: CAMPOS, Carmem. Hein de. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 13-37.

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4424**, Procuradoria Geral da República, 2010. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/mulher/combate-violencia/atuacao-do-mpf/ADI-4424-leimariadapenha_PGR.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2017.

_____. **Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

_____. **Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 536. A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha. Disponível em: <https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=stj&num=5>.Acesso em 04 nov. 2017.

CALAZANS, Myllena; CORTES, Iáris. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, Carmem. Hein de. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 39-63.

DEBERT, Guita Grin; GREGORI, Maria Filomena. **Violência de gênero: novas propostas, velhos dilemas.** Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v.23, n. 66, fev. 2008, p. 165-211.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Lei Maria da Penha: entre os anseios da resistência e as posturas de militância. In: FLAUZINA, Ana, et al. **Discursos Negros: legislação penal, política criminal e racismo.** Brasília: Brado Negro, 2015. p. 115-144.

LIBARDONI, Marlene. **Fundamentos teóricos e visão estratégica da advocacy.** Revista Estudos Feministas, CFH/CCE/UFSC, v. 8, n. 2, p. 167-169, 2000.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, et al. **Disputando a Aplicação das Leis: a Constitucionalidade da Lei Maria da Penha nos Tribunais Brasileiros.** Revista Internacional de Direitos Humanos (SUR), v.09, n.16, jun. 2012, p. 65-89.

MAPA da Violência 2015: Homicídio de Mulheres no Brasil. Disponível em: < http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>.

PASINATO, Wânia. Avanços e obstáculos na implementação da Lei 11.340/2006. In: CAMPOS, Carmem. Hein de. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 119-142.

PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Sílvia. A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil. In: CAMPOS, Carmem. Hein de. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 101-118.

ROCHA, Lourdes de Maria Leitão Nunes. Violência de gênero e cumprimento da lei no Brasil: atuação do campo jurídico. In: ALMEIDA, Suely Souza de (org). **Violência de Gênero e Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2007, p. 189-212.

SEVERI, F. C. **Enfrentamento à violência contra as mulheres e à domesticação da Lei Maria da Penha: elementos do projeto feminista de legalidade no Brasil.** Ribeirão Preto – SP, 2016.

DIREITO A MEMÓRIA E VERDADE COMO MECANISMO DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO BRASILEIRA

RIGHT TO MEMORY AND TRUTH AS MECHANIM OF BRAZILIAN TRANSTION JUSTICE

Laís Andrade Furtado Leite

Sumário: Introdução; 1. Justiça de transição brasileira; 1.1 Direito a memória; 1.2 Verdade social; CONCLUSÃO; Referências.

Resumo: A justiça de transição é uma justiça alternativa dos Estados que sofreram grandes violações de direitos humanos adotam para melhorar sua democracia. Suas medidas políticas incluem mecanismos reparatórios para fazer essa conciliação. Seus mecanismos se baseiam em: processar, investigar e punir. O próprio Estado deve fazer as investigações pelos crimes cometidos por ele mesmo, e utilizar mecanismos como: Direito a memória e verdade, responsabilidade criminal, e algumas leis de reparações econômicas. Este texto trata da importância do direito a memória e verdade, que através disso a população pode conhecer a verdade sobre seu passado, sendo então uma forma de prevenção de certos crimes que ainda soldam o Brasil, como por exemplo a tortura, e outras grandes violações de direitos humanos.

Palavras-chave: justiça de transição; direitos humanos; mecanismos reparatórios; direito a memória e verdade; leis e anistia.

Abstract: Transitional justice is an alternative justice for states that have suffered major violations of human rights to improve their democracy. Its policy measures include reparatory mechanisms to make this reconciliation. Its mechanisms are based on: prosecution, investigation and punishment. The State itself must investigate the crimes committed by itself, and use mechanisms such as: Right to memory and truth, criminal responsibility, and some laws of economic reparations. This text deals with the importance of the right to memory and truth, that through this the population can

know the truth about its past, being then a form of prevention of certain crimes that still weld Brazil, as for example the torture, and other great violations of human rights.

Keywords: transitional justice, human rights; reparatory mechanisms; right to memory and truth; amnesty laws.

INTRODUÇÃO

Esse artigo tem o objetivo de analisar o motivo de grandes problemas sociais do Brasil, visto que muitos estão ligados a forma como ocorreu a nossa ditadura, e como ela foi trabalhada na justiça de transição. O Brasil, assim como outros países latino-americanos, vivenciou um profundo período de repressão militar, o famoso Estado de Exceção. Durante este período as violações contra os Direitos Humanos foram muitas. Surgindo as torturas, coações físicas e morais, perante todos aqueles que lutavam contra a Ditadura Militar.

Atualmente, encontra-se em um Estado Democrático de Direito, no qual essas punições e violações eram para supostamente não ocorrerem mais.

Porém é necessário relatar que ainda é muito utilizada a prática de crimes que foram abordados no Estado de Exceção. Por isso também se faz necessário um estudo aprofundado sobre o tema, para entender melhor a história das violências que ainda assombram o Brasil, e mais importante ainda, analisar como ocorreu a Justiça Transicional Brasileira, aliada da insatisfação popular que continua imperando no país sobre esses abusos do passado.

É importante o relato acerca da história do mundo e história brasileira para entender o contexto que se deram esses crimes de lesa-humanidade. E através desse contexto poder entender o que são os direitos humanos e como eles aconteceram no Brasil.

Portanto, esse trabalho pretende apresentar algumas formas de reparação da justiça transicional, e analisar os mecanismos que foram adotados e ainda são adotados no Brasil. Fazendo apenas uma exposição a respeito da responsabilidade criminal, e relatando com mais precisão o direito a verdade e memória, pois é o mecanismo de transição que o Brasil está adotando no presente, considerando-se um

avanço para o país que até então usava a lei de anistia e reparação econômica, como mecanismos da justiça de transição.

Ou seja, este trabalho visa a importância de unir a psicologia com a área jurídica, pois ele traz à tona o Direito a Memória e Verdade, como o meio mais importante para curar a sociedade de um recalque social.

Este direito é um dos enfoques básicos da justiça de transição. Pode se dizer que é um dos pilares dela. Embora ela possa se dar de modo diferente, dependendo da opção de cada país, o direito a verdade, memória e justiça deveriam sempre ser seguidos. Ele é o mais seguro em relação a uma construção da identidade e da memória coletiva.

Além de tudo, trabalhar a memória é trabalhar também o psicológico das pessoas. Não com certo remorso, mas sim como uma superação. Ajudando a aliviar certos estresses, e sentimentos ligados ao ódio e traumas.

E ao analisar a nossa recente ditadura é possível compreender como esse fenômeno ocorre na sociedade.

Ou seja, o trabalho busca enaltecer a importância de manter esse passado na memória com políticas públicas, deixando sempre vivo na cabeça de toda a população os horrores cometidos.

E somente através da psicologia foi possível compreender os atos da atual sociedade brasileira. Entender o porque da tortura e outros desrespeitos ao direitos humanos, ainda serem tão presentes no Brasil.

A pesquisa desse trabalho é bibliográfica, a partir de livros teóricos acerca do tema, documentos eletrônicos, páginas de web sites e documentos escritos, pois se baseia em leis nacionais e tratados internacionais.

O trabalho utiliza o método de análise crítica e qualitativo dos objetos estudados.

1. JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO BRASILEIRA

Com o fim da ditadura militar e início da democracia brasileira, a sociedade clamava pela verdade do seu passado, o que realmente aconteceu nos crimes da ditadura? Quais foram às violações de direitos humanos? Os agentes desses crimes devem ou não ser punidos? O que fazer com as vítimas daquele período?

Todas essas perguntas só poderiam ser respondidas através da justiça de transição.

Como entender essa justiça que se caracteriza não apenas por um modelo comum de justiça, mas sim como uma medida política adotada por países que passaram por grandes violações de direitos humanos?

Alguma das definições:

> Tem por objetivo investigar a maneira pela qual sociedades marcadas por passados de abusos de direitos humanos, atrocidades maciças ou diferentes formas de traumas sociais, incluindo genocídio, crimes contra a humanidade e guerras civis, buscam trilhar um caminho de democracia ou apenas de mais paz.[1]

E ainda:

> Esta se refere ao modo como sociedades lidam com atrocidades passadas cometidas por uma ordem repressiva ou um conflito armado, como superam as divisões ou procuram reconciliação, e como criam um sistema de justiça que previna futuras violações contra os direitos humanos.[2]

Segundo Taiguara Líbano Soares de Souza[3] existem alguns modelos de justiça transicional, que são: "- Busca pela memória e verdade, método adotado pela África do sul; - Responsabilização penal dos torturadores, utilizado pela Argentina e Uruguai; - Reparação econômica, modelo que o Brasil adotou em seu início".[4]

Contudo, entende-se que essa justiça é a base para promover a reconciliação entre o Estado Democrático de Direito e os sofrimentos deixados pelo Estado de Exceção.

Porém, antes de analisar melhor a justiça de transição será feito um breve relato sobre como surgiu à justiça de transição:

O mundo no final da segunda guerra mundial passou por um grande período de desumanização, em que pessoas foram humilhadas, torturadas e a maioria foi morta

---

[1] SANTOS, Roberto Lima. *Crimes da ditadura militar*: responsabilidade internacional do Estado Brasileiro por violação aos direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010. p. 43.

[2] SOUZA, Taiguara Libano Soares e. *Tortura ontem e hoje:* breve balanço da Justiça de Transição no Brasil. Disponível em: <http://www.revistavjm.com.br/artigos/tortura-ontem-e-hoje-breve-balanco-da-justica-de-trans icao-no-brasil>. Acesso em: 12. Fev. 2015.

[3] Membro do mecanismo estadual de prevenção e combate à tortura.

[4] SOUZA, Taiguara Libano Soares e. *Tortura ontem e hoje:* breve balanço da Justiça de Transição no Brasil. Disponível em: <http://www.revistavjm.com.br/artigos/tortura-ontem-e-hoje-breve-balanco-da-justica-de- transicao-no-brasil>. Acesso em: 12. Fev. 2015.

injustamente, foi a partir desse momento que a população mundial clamava por justiça, uma vez que por muito tempo esses atos de horror foram mantidos em silêncio.

Então começaram a ser feitas investigações pelo próprio Estado, pelo Tribunal Internacional Militar de Nuremberg, que investigou o que realmente aconteceu nesse Estado Nazifascista.[5]

Contudo o aperfeiçoamento da justiça transicional deu-se nos séculos XX, principalmente na década de 70 e 80. Época em que ocorriam grandes transformações em alguns países do sul da Europa como Grécia, e principalmente na América Latina, como Argentina, Chile e Brasil. Esse aperfeiçoamento ocorreu em todos os países, porém cada um com suas peculiaridades e avanços.[6]

Um dos exemplos do nascimento desta justiça são os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Em face dos horrores da Segunda Guerra Mundial emerge esse novo direito conhecido como, Direito Internacional dos Direitos Humanos, que também foi melhorado com o passar do tempo. Surgindo sempre novos tratados de ordem internacional, em que o respeito ao indivíduo, integridade física e dignidade humana estão sempre acima de qualquer outro direito.

3. DIREITO A VERDADE E A MEMÓRIA

Este direito é uma das formas de reconhecimento da sociedade e é um dos enfoques básicos da justiça de transição. Pode se dizer que é um dos pilares dela. Embora ela pode se dar de modos diferentes, dependendo da opção de cada país, o direito a verdade, memória e justiça deveriam sempre ser seguidos. Pois é uma forma de acesso à informação, um dos direitos do artigo 5° da Constituição Federal.

Segundo o artigo 5º, XIV:

> **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:
>
> **XIV** - e assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional

[5] SANTOS, Roberto Lima. *Crimes da ditadura militar*: responsabilidade internacional do Estado Brasileiro por violação aos direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010. p. 46.

[6] *Idem*, p. 46.

Ou seja, o direito a memória, verdade e justiça decorrem de um princípio constitucional, sendo então um direito fundamental.

A partir desses direitos, outras áreas passam a atuar como: ações penais[7], comissões de verdade, programas de reparações, justiças de gênero e reforma institucional.

Esse direito faz parte da liberdade de expressão, direito à informação. Sendo um direito das sociedades democráticas.[8]É uma das obrigações impostas ao Estado que passou por uma grande violação de direitos humanos, sendo então não apenas uma alternativa, e sim uma obrigação de investigar, processar e punir.[9] Ele é mais seguro em relação a uma construção da identidade e memória coletiva.

O silêncio nessas sociedades que sofreram com as ditaduras, atinge também ao direito das famílias de mortos e desaparecidos políticos, de não poderem enterrar seus parentes com dignidade.[10]

O direito à verdade é mais seguro em relação a uma construção da identidade e da memória coletiva. Servindo-se de dois propósitos: assegurar o direito à memória das vítimas e também confiar às gerações futuras a responsabilidade de prevenção.[11]

1.1 Direito a memória

Esse direito a memória, muito utilizado por diversos países, é uma das medidas mais inovadoras que serve para manter as vítimas sempre vivas, criados por políticas públicas e sociais como, criação de museus, memoriais, projetos de fotografias, musicas, literatura, eventos comemorativos, renomeação de espaços públicos, etc.[12]

São nestes espaços públicos e privados que vai se erigir a constituição da Memória de fatos, atos e documentos que envolvem períodos do tempo e da vida de uma nação que precisa radicalizar sua identidade democrática, dando oportunidades

[7] Ex: punições, já citadas anteriormente.

[8] SANTOS, Roberto Lima. *Crimes da ditadura militar*: responsabilidade internacional do estado brasileiro por violação aos direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010. p. 58.

[9] *Idem*, p. 56.

[10] *Idem*, p. 57.

[11] PIOVESAN, Flávia. Desarquivando o Brasil. Disponível em: <http://www.desaparecidospoliticos.org.br>. Acesso em: 17. Fev. 2015.

[12] LEAL, Rogério Cesta. *Verdade, memória e justiça*. Disponível em: <http://www.portalmemorias reveladas.arquivonacional.gov.br/media/verdadememoriaejustica.pdf>. Acesso em: 15. Fev. 2015.

para que todos tenham assegurada a manifestação e participação, pois em tais episódios inexistem dois lados, mas apenas um: o da violência violadora.[13]

Através dessa memória, bem analisada, podem surgir movimentos de ativismos dentro do próprio país, como o caso de ONGs que se sensibilizam com essas violações e passam a querer ajudar o Estado e as próprias vítimas que sofreram com isso.

Além de tudo, trabalhar a memória é trabalhar também o psicológico das pessoas. Não com certo remorso, mas sim como uma superação. Ajudando a aliviar certos estresses, e sentimentos ligados ao ódio e traumas. Esse trabalho deve ser realizado não apenas nos indivíduos que sofreram, mas também em todas as pessoas que lidam com ele.

Um ótimo exemplo para melhor entender o direito a memória são as clínicas de testemunho[14] que ocorrem na África do Sul, como já foi dito anteriormente foi o país que ficou famoso por fazer essa opção de medida. Na verdade eles trocam a concessão de uma anistia total ou parcial pela troca de depoimentos e informações.[15]

No Brasil essas clínicas já começaram a ocorrer, porém não existe ainda essa troca de concessão, pois pelo que se sabe apenas as vítimas são ouvidas.[16]

Ou seja, é possível perceber que relevar a memória com políticas públicas é imprescindível também para, o não acontecimento desses abusos, deixando sempre vivo na cabeça de toda a população os horrores cometidos. E não apenas uma luta revanchista.

Como elenca Taiguara Lima Soares e Souza:

> Vale destacar que a luta por Memória, Justiça e Verdade trata-se, pois, de um conjunto de lutas constituintes, um embate que aponta para construção de subjetividades coletiva capazes de criar uma nova forma de comunidade e evitar a repetição do passado autoritário. São lutas que apontam para a construção de uma democracia de fato e resistência ao biopoder que permanece após a abertura do regime político. Não para que se forjem subjetividades revanchistas, mas para

[13] *Idem*.
[14] Também é exemplo de direito a verdade.
[15] SANTOS, Roberto Lima. Crimes da ditadura militar: responsabilidade internacional do estado brasileiro por violação aos direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010. p. 56.
[16] NUZZI, Vitor. Clínicas do testemunho: A voz contra o medo e a dor. Disponível em: <http://www.brasildefato.com.br/node/29509>. Acesso em: 26. Fev. 2015.

> que sejam forjadas subjetividades de valorização da democracia e cultura de direitos.[17]

Sendo as ações penais, para apontar as responsabilidades, mero desdobramento desse direito. Não sendo a principal luta do direito a memória.

O direito a memória prega o não esquecimento. E com isso, pode-se trazer o pensamento do psicanalista Sigmund Freud que ao tratar da memória falava sobre: recordação, repetição e elaboração. Segundo seus estudos, Freud elencou a recordação como viver o passado para superar traumas. Pois quando esses traumas não são superados existe uma repetição dos mesmos atos devido a essa resistência da não superação.[18]

Segundo Maria Rita Khel em:

> Em 1914 Freud estabeleceu, em "Recordar, Repetir, Elaborar", uma importante relação entre o esquecimento promovido pelo recalque e a repetição do sintoma neurótico: a compulsão à repetição seria a maneira enviesada que o neurótico encontra para tentar trazer à consciência uma cena, uma fantasia ou um pensamento, recalcado.[19]

No Brasil, essa busca por direito e memória começou a ocorrer tardiamente, de forma que o período de exceção deixou marcas até os dias atuais, os crimes que ainda são praticados hoje em dia no Brasil, muitos ainda são frutos dessa herança cultural que nos foi deixada.

Comenta sobre isso Maria Rita Khel em seu blog:

> Nosso atraso em termos de direitos humanos, além de envergonhar o país, multiplica a insegurança na sociedade inteira. Já se comprovou que a violência da criminalidade no Brasil é diretamente proporcional à violência das PMs e de outros agentes de segurança contra os cidadãos.[20]

Isso são evidências da ditadura que se sofreu, e como ainda no Brasil a justiça de transição não foi totalmente consolidada, esses crimes tendem a permanecer.

---

[17] SOUZA, Taiguara Libano Soares e. *Tortura ontem e hoje:* breve balanço da Justiça de Transição no Brasil. Disponível em: <http://www.revistavjm.com.br/artigos/tortura-ontem-e-hoje-breve-balanco-da-justica-de- transicao-no-brasil>. Acesso em: 26. Fev. 2015.

[18] KEHL, Maria Rita. A verdade e o recalque: Os crimes do Estado se repetem como farsa. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrissima/100123-a-verdade-e-o-recalque.shtml>. Acesso em: 26. fev. 2015.

[19] KHEL, Maria Rita. Voto contra o retrocesso. Disponível em: <http://blogdaboitempo.com.br /category /colunas/maria-rita-kehl>. Acesso em: 10. fev. 2015.

[20] *Idem.*

Portanto, importantíssimo para a reestruturação de todo país que busca a real democracia, é fazer o reconhecimento de todos esses crimes.

1.2 Verdade social

Esse reconhecimento pode ser através da verdade social, que segundo alguns sociólogos e filósofos se não for trabalhado gera um sintoma social, conforme explica Maria Rita Khel sobre esse sintoma:

> (...) se manifesta por meio de práticas e discursos que se automatizam, independentes das estruturas psíquicas singulares da vida de cada um de seus agentes. Assim como ocorre quando o sintoma individual se torna crônico, sem tratamento, também o sintoma social tende a se agravar com o passar do tempo.[21]

Um desses sintomas pode ser o recalque social. Esse recalque para a psicanálise é a repressão de certos sentimentos extremos, é uma técnica de preservação. E se essa repressão não é trabalhada gera os traumas por não ter exposto essas emoções.[22] Por isso importante falar sobre o tema, e não esconder os sentimentos.

Além do que os próprios psicanalistas informam como é importante para o indivíduo que foi vitimado, tornar público o ato sofrido. Este é um dos primeiros passos para sua cura, não deixando assim ser esquecido esse ato e não ocorrendo um trauma social. Como afirma Walter Benjamin ao dizer que é necessário trazer a experiência bruta em uma experiência coletiva[23], para que esses "recalques sociais" não ocorram mais.

Então, o estudo que deve ser feito na sociedade sobre as opressões do passado tem que ser ressaltado, para não ocorrer o que está acontecendo no Brasil nos dias atuais. É preciso relembrar sempre a população dos fatos ocorridos e também trabalhar a mente daqueles que passaram por esses períodos de exceção para que o sintoma individual não se torne um sintoma social. Sendo importante trabalhar o psicológico não apenas das vítimas (para que passam expor seus sentimentos e

[21] KHEL, Maria Rita. *O preço de uma reconciliação extorquida, tortura e sintoma social*. In: TELES, Edson; SAFADE, Vladimir (Orgs.) *O que resta da ditadura:* a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 124.
[22] RABONI, André. *Repressão e trauma*. Disponível em: <http://acertodecontas.blog.br/cultura/repressao-e- trauma/>. Acesso em: 27. Fev. 2015.
[23] KEHL, Maria Rita. *Os crimes do Estado se repetem como farsa:* artigo de Maria Rita Kehl sobre o trauma da ditadura. Disponível em: <http://blogdaboitempo.com.br/2013/03/25/os-crimes-do-estado-se-repetem-como- farsa-artigo-de-maria-rita-kehl-sobre-o-trauma-da-ditadura/>. Acesso em: 27. fev. 2015.

também não passem adiante esse sentimento oprimido, como forma de tortura), mas também daqueles que tiveram parentes mortos, e não acharam o corpo ou não puderam ver (porque tornar público esse conhecimento, também é uma forma de velar essa morte, através da memória), dos torturadores para que no futuro não repitam os mesmos atos como uma sintomática.[24]

No entanto é interessante evidenciar que no Brasil isso começou a acontecer recentemente e de forma muito lenta. Mas se ocorreu dessa maneira não foi por parte dos opositores do regime militar, que sempre foram ávidos a contar seus sofrimentos. Quem tentou mascarar a realidade do passado foram os próprios militares ao lado da maioria silenciosa do país, a mesma que se silenciou diante dos abusos desse período. Essas pessoas também vivem hoje o sintoma individual, pois o trauma de ter silenciado atos contrários aos direitos humanos, e de tê-los produzido emana uma sensação de um ser animalesco, mesmo sendo o próprio ser humano o único animal capaz de torturar (não existindo relatos de outras espécies animais que também torturam). Pois, os seres humanos possuem o poder de se sensibilizar com a dor do outro, pois pensam e sentem, diferente dos animais (aqueles que não torturam)[25]. Ou seja, a tortura apenas existe porque a sociedade aceita e ela flui como algo "normal". Sendo um crime de oportunidade que pressupõe a impunidade.[26]

Por todos esses motivos elencados pode-se explicar o porquê da tortura ser tão presente no país como ela ainda é. Essa resistência em mostrar o passado apenas reproduz ainda mais a violência cotidiana. E através do recalque social percebe-se a importância de revelar com precisão os fatos passados.

Porém, é importante relatar que o recalque social não é um sintoma novo no Brasil, alguns historiadores informam que possivelmente a forma como se deu a Ditadura Brasileira também é um legado da escravidão brasileira.[27]

E como não existiu a "correção" para esse recalque do passado, o Brasil não pode novamente deixar isso acontecer.

---

[24] KHEL, Maria Rita. *O preço de uma reconciliação extorquida, tortura e sintoma social*. In: TELES, Edson; SAFADE, Vladimir (Orgs.) *O que resta da ditadura:* a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 130.
[25] *Idem,* p. 130.
[26] PIOVESAN, Flávia. *Direito internacional dos direitos humanos e lei de anistia*: o caso brasileiro. In: TELES, Edson; SAFADE, Vladimir (Orgs.) *O que resta da ditadura:* a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 124.
[27] GIL, Maria Roneide Cardoso. *Resenhas.* Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script =sci _arttext&pid=S1516-14982000000200011>. Acesso em: 26. Fev. 2015.

CONCLUSÃO

Ao analisar a real conjuntura da justiça de transição, percebe-se que ela pode ser apenas um meio para o qual se procura melhorias no país. Melhorias essa quando se trata de dignidade humana, de tortura, de mortes injustas e assim por adiante.

O Brasil em seu início adotou a lei de anistia, como um dos mecanismos da justiça de transição. Essa lei até hoje é muito criticada, pois ela impede a punição de certos militares. Porém, ao contrário do que muitos pensam não foi ela que atribui a indenização em dinheiro para as vítimas. Esse caráter pecuniário adveio de outras leis específicas, que foram criadas depois da lei de anistia.

É necessário ressaltar o avanço que o Estado precisa fazer em relação ao mecanismo de memória e verdade. Neste trabalho apresentado, o direito a memória e verdade puseram-se em evidência para mostrar justamente um meio em que se pode lutar por essa justiça de transição. Através dele pode ser analisada a importância de estar sempre na mente dos brasileiros as torturas, e outros atos de crueldade do Estado de Exceção.

É um mecanismo importante porque a verdade traz a tona os sentimentos vividos da época e todas as emoções que foram reprimidas por ambas as partes. Deixando o recalque social ser mais brando, e assim diminuindo o número das repetições desses atos desumanos.

Quando se fala em verdade e memória a CNV é o melhor exemplo para expor, porque foi um dos primeiros passos do Brasil em relação a esses direitos. Essa comissão teve seu término no final de dezembro de 2014, e em seu relatório final ela faz menção a algumas políticas que o Brasil deve passar a adotar para melhorar sua democracia. Mesmo essa comissão tendo sido muito criticada pela sua superficialidade, ela deu o primeiro passo para a mudança, agora cabe ao governo federal se mobilizar para tentar cumprir algumas dessas recomendações. Principalmente em relação a polícia militar, pois algumas organizações não governamentais já noticiaram que o Brasil precisa diminuir o número de mortes civis que foram mortos por policiais. E revisar melhor algumas leis.

Tudo isso faz parte quando se trata da reestruturação que a justiça de transição deve trazer ao país.

Além de outros direitos que ela busca como, a responsabilidade criminal, que faz parte do dever de investigar, processar e punir. Em que o próprio Estado deverá fazer isso em todos os crimes cometidos por ele próprio.

Portanto, conclui- se que o Brasil ainda necessita avançar muito em sua justiça de transição. Há exatamente 30 anos a ditadura militar teve seu fim, e até hoje ela nos deixa lembranças.

É notável que ela não pode se iniciar logo no final do Estado de Exceção devido à força que os militares ainda possuíam na transição para a democracia. Porém com as comissões criadas durante os governos democráticos o Brasil está conseguindo lutar contra esse passado que ainda aterroriza.

A busca por uma democracia melhor não pode parar, o governo precisa buscar mais o direito a memória, criando espaços públicos com homenagem aos que foram torturados, criando mais museus para o povo brasileiro saber realmente tudo o que aconteceu. Ficando na memória de todos para também lutar contra a impunidade dos mesmos crimes que ainda continuam ocorrendo.

Essas recomendações da CNV também devem ser seguidas, pois ela foi criada exatamente para poder ajudar no avanço dessa democracia que o Brasil ainda busca.

Contudo, mesmo agindo lentamente, o Brasil, começa a se preocupar mais com seu futuro democrático e começou a investir nas buscas pelo passado através do direito a memória como um dos mecanismos da justiça de transição.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Denise de. 1979 – A Lei de Anistia é regulamentada por Figueiredo. Jornal do Brasil online. Disponível em: <http://www.blogfalandodehistoria.com/2011/11/1979-lei-da- anistia-e-regulamentada-por.html>. Acesso em: 17 fev.2015.

ARNS, Dom Paulo Evaristo. [*et al*]. *Brasil:* nunca mais. 22. ed. Petrópolis: Vozes, 1985.

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. *Brasil*: nunca mais. São Paulo: Arquidiocese de São Paulo, 1985.

BBC BRASIL. *Entenda como atuará a Comissão da Verdade:* Órgão pretende esclarecer violações de direitos humanos ocorridas entre 1946 e 1988. Disponível

em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/politica/entenda-como-atuara-a-comissao-da-verdade/ n 159 7222406077.html>. Acesso em: 25. Fev. 2015.

BRASIL. *Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*. Disponível em: <http://cemdp.sdh.gov.br/modules/wfchannel/index.php?pagenum=1>. Acesso em: 18. Fev. 2015.

_____. Ministério da Justiça. Comissão da Anistia. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages /MJABFF735EITEMID48C923D22C80 4143AB475A47 E582E1D8PTBRIE.htm>. Acesso em: 19. Fev. 2015.

_____. Presidência da República. *Mortos e desaparecidos políticos*: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/ assuntos/mortos-e-desaparecidos-politicos/programas/comissao-especial-sobre-mortos-e-des aparecidos-politicos>. Acesso em: 18. Fev. 2015.

BRISOLLA, Fábio. *Fundadora da "Tortura Nunca Mais" considera frustrante relatório da CNV*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/12/1560330-fundadora-do- tortura-nunca-mais-considera-frus trante-relatorio-da-cnv.shtml>. Acesso em: 25. Fev. 2015.

CARVALHAL, Ana Paula. *Corte Interamericana decide pela vinculação de sua jurisprudência*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-set-27/observatorio-constitucional-corte-interamericana-decide-vincula cao-jurisprudencia>. Acesso em: 16. Fev. 2015.

CHAISE, Marcela. *Classificação dos crimes*. Disponível em: <http://www .ebah.com.br/content/ ABAAAAZnAAL/classificacao-crimes>. Acesso em: 17. Fev. 2015.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. Nota da CNV sobre os 50 anos do golpe de 1964. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/index.php/outros-destaques/457-nota-da-cnv-sobre- os-50-anos-do-golpe-de-estado-de-1964>. Acesso em: 25. Fev. 2015.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. *Relatório*: parte V – conclusões e recomendações. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/ pdf/relatorio/ volume_ 1_pagina_959_a_976.pdf>. Acesso em: 25. Fev. 2015.

Dicionário informal *on line.* Anistiar. Disponível em: <http://www.dicionario informal.com.br/anistiar/>. Acesso em: 19. Fev. 2015.

FACCIOLLA, Alexandre. *Militares acusados de matar Rubens Paiva não foram anistiados, diz MPF*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-16/acusados-matar-rubens- paiva-nao-foram-anistiados-mpf>. Acesso em: 16. Fev. 2015.

GIL, Maria Roneide Cardoso. *Resenhas.* Disponível em: <http://www.scielo. br/scielo.php?script =sci _arttext&pid=S1516-14982000000200011>. Acesso em: 26. Fev. 2015.

Governo Costa e Silva (1967-1969). Disponível em: <http://www.sohistoria .com.br/ef2/ditadura /p1.php>. Acesso em: 16. Fev. 2015.

IPEA. *Políticas sociais:* acompanhamento e análise. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/ agencia/images/stories/PDFs/politicas_sociais/bps_19_completo.pdf >. Acesso em: 19. Fev. 2015.

JURICIC, Paulo. *Crime de tortura*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

KEHL, Maria Rita. *A verdade e o recalque*: Os crimes do Estado se repetem como farsa. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrissima/100123-a-verdade-e-o- recalque.shtml>. Acesso em: 26. fev. 2015.

_____. *Os crimes do Estado se repetem como farsa:* artigo de Maria Rita Kehl sobre o trauma da ditadura. Disponível em: <http://blogdaboitempo.com.br/2013/03/25/os-crimes-do- estado-se-repetem-como-farsa-artigo-de-maria-rita-kehl-sobre-o-trauma-da-dita d ur a/>. Acesso em: 27. fev. 2015.

_____. *Voto contra o retrocesso*. Disponível em: <http://blogdaboitempo.com.br /category /colunas/maria-rita-kehl>. Acesso em: 10. fev. 2015.

_____. *O preço de uma reconciliação extorquida, tortura e sintoma social*. In: TELES, Edson; SAFADE, Vladimir (Orgs.) *O que resta da ditadura:* a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010.

LEAL, Rogério Cesta. *Verdade, memória e justiça*. Disponível em: <http://www.portalmemorias reveladas.arquivonacional.gov.br/media/ verdadememoria eju stica.pdf>. Acesso em: 15. Fev. 2015.

LIMA, Mateus Fernandes Vilela. Lima. *A federalização dos crimes contra os direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro*. In: OLIVEIRA, Márcio Luis (Coord.). O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos: interface com o direito constitucional contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MAFFEI, Vinicius Setubal. *ADPF 153*: A lei de anistia ante o supremo tribunal federal uma visão constitucional, penal e internacional. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/eduardocabette/ 2013/03/27/adpf-153-a-lei-de-anistia-ante-o-supremo- tribunal-federal-uma-visao-constitucional-penal-e-internacional/>. Acesso em: 16. Fev. 2015.

MEZAROBBA, Glenda. *Entre reparações, meias verdades e impunidade*: o difícil rompimento com o legado da ditadura no Brasil. Disponível em: <http://www.surjournal.org/conteudos/pdf/13/miolo.pdf>. Acesso em: 17. Fev. 2015.

NUZZI, Vitor. *Clínicas do testemunho*: A voz contra o medo e a dor. Disponível em: <http://www.brasildefato.com.br/node/29509>. Acesso em: 26. Fev. 2015.

PASSOS, Najla. *Na América Latina, só Brasil ainda não teve Comissão da Verdade.* Disponível em: <http:// amaivos.uol.com.br/amaivos09/ noticia/noticia.asp ?cod_canal =44&cod_noticia=19535>. Acesso em: 25. Fev. 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Desarquivando o Brasil*. Disponível em: <http://www .desaparecidospoliticos.org.br>. Acesso em: 17. Fev. 2015.

_____. *Direito internacional dos direitos humanos e lei de anistia*: o caso brasileiro. In: TELES, Edson; SAFADE, Vladimir (Orgs.) *O que resta da ditadura:* a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010.

_____. *Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452004000100003& script=sci_arttext>. Acesso em: 27. Fev. 2015.

_____. *Temas de direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA SEGUNDA REGIÃO. *Ação penal contra militares proposta pelo MPF em maio estava trancada por liminar*. Disponível em: <http://www.prr 2.mpf.mp.br/noticias/caso-rubens-paiva-trf2-determina-prosseguimento-da- acao-penal>. Acesso em: 16. Fev. 2015.

RABONI, André. *Repressão e trauma*. Disponível em: <http://acertodecontas .blog.br/cultura/repressao-e-trauma/>. Acesso em: 27. Fev. 2015.

SANTOS, Roberto Lima. *Crimes da ditadura militar*: responsabilidade internacional do Estado Brasileiro por violação aos direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

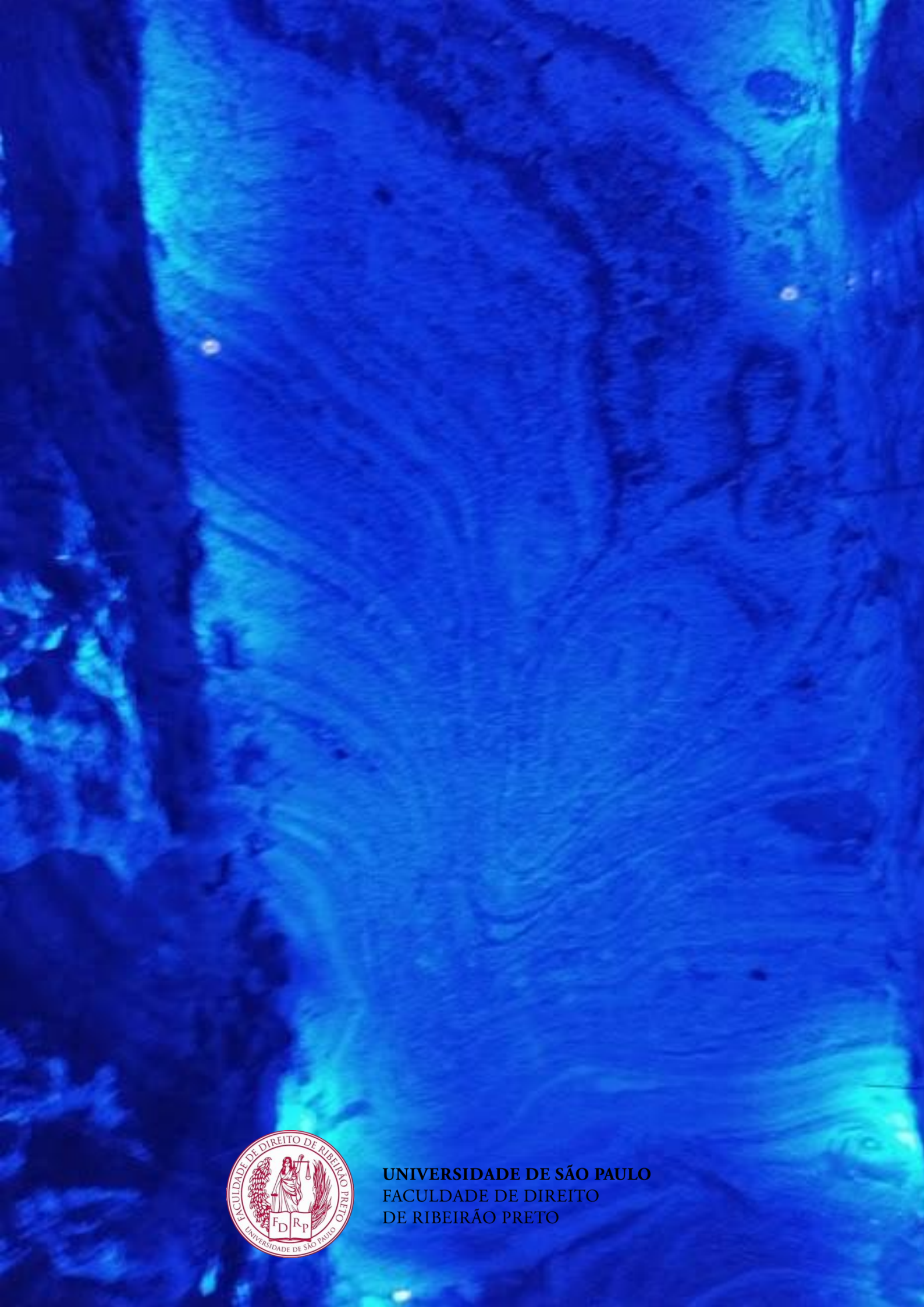
SCARTON, Suzy. *35 Anos da Lei da Anistia*: Da ditadura à democracia: uma longa transição. Disponível em: <http://jcrs.uol.com.br/site/noticia.php?codn=169660>. Acesso em: 18. Fev. 2015.

SOUZA, Taiguara Libano Soares e. *Tortura ontem e hoje:* breve balanço da Justiça de Transição no Brasil. Disponível em: <http://www.revistavjm.com.br/artigos/tortura-ontem-e- hoje-breve-balanco-da-justica-de-trans icao-no-brasil>. Acesso em: 12. Fev. 2015.

Truth Commissions. Disponível em: <http://www.trial-ch.org/en/resources/truth- commissions/ introduc tion.html>. Acesso em: 25. Fev. 2015.

Uma breve história dos Direitos humanos: A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Disponível em: <http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/brief-history/declaration-of-human-rights.html>. Acesso em: 26. Fev. 2015.

VIEIRA, Liszt. *Opinião*: Direito à memória. Disponível em: <http://www.desaparecidospol iticos.org.br/pagina.php?id=188&m=7>. Acesso em: 17. Fev. 2015.



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
DE RIBEIRÃO PRETO