

**Cíntia Teresinha Burhalde Mua
Renato César Cardoso
Ângelo Roberto Ilha da Silva
Orgs.**

NEUROCIÊNCIAS APLICADAS AO DIREITO



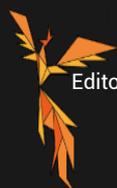
Editora Fundação Fênix

A revolução neurocientífica ocorrida nas últimas décadas alterou profundamente nosso conhecimento empírico sobre o comportamento humano e seus correlatos neurais. Várias perguntas fundamentais surgiram na esteira dessa mudança, em várias áreas, tais como a Economia, a Ética, a Filosofia da Mente, entre muitas outras. Também no âmbito do Direito surgiram temas importantes a serem mais investigados. Neste livro buscamos discutir algumas destas questões: Como o Direito e as Neurociências se inter-relacionam? Como se complementam? A aplicação da Neurociência ao Direito pode funcionar como instrumento de consubstanciação de Direito Humanos e Direitos Fundamentais?

O Neurodireito aplicado viabiliza uma abordagem baseada em evidências? Quais são as suas implicações para a teoria geral do crime, especificamente para a casuística da culpabilidade?

A aplicação da Neurociência ao Direito otimiza a ampla defesa? A formação neurocientífica dos operadores do Direito pode trazer maior eficiência ao sistema de Justiça? A leitura dos meios alternativos de solução de conflitos à luz da neurociência permite, por exemplo, a realização de círculos da paz com psicopatas? O que são vieses e heurísticas? Quais os seus reflexos na tomada de decisão judicial? Como a neurociência pode implementar eficiência no controle do assédio de consumo de hipervulneráveis?

Como se insere o ser-humano-juiz na tomada de decisão judicial? Mais do que um ponto de chegada, temos aqui um ponto de partida para discussões que ainda vão ocupar o universo jurídico por muito tempo e um convite ao leitor para se inteirar delas. Sapere aude!



Editora Fundação Fênix



Neurociências aplicadas ao Direito

Série Direito

Conselho Editorial

Editor

Ingo Wolfgang Sarlet

Conselho Científico – PPG Direito PUCRS

Gilberto Stürmer – Ingo Wolfgang Sarlet

Marco Felix Jobim – Paulo Antonio Caliendo Velloso da Silveira

Regina Linden Ruaro – Ricardo Lupion Garcia

Conselho Editorial Nacional

Adalberto de Souza Pasqualotto -PUCRS

Amanda Costa Thomé Travincas - Centro Universitário UNDB

Ana Elisa Liberatore Silva Bechara – USP

Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos - UERJ

Angélica Luciá Carlini – UNIP

Augusto Jaeger Júnior – UFRGS

Carlos Bolonha – UFRJ

Claudia Mansani Queda de Toledo- Centro Universitário Toledo de Ensino de Bauru

Cláudia Lima Marques – UFRGS

Danielle Pamplona – PUCRS

Daniel Antônio de Moraes Sarmento - UERJ

Daniel Wunder Hachem - PUCPR e UFPR

Daniel Mitidiero - UFRGS

Denise Pires Fincato - PUCRS

Draiton Gonzaga de Souza - PUCRS

Eugênio Facchini Neto - PUCRS

Fabio Siebeneichler de Andrade - PUCRS

Fabiano Menke – UFRGS

Flavia Cristina Piovesan - PUC-SP

Gabriel de Jesus Tedesco Wedy – UNISINOS

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet - PUCRS

Germano André Doederlein Schwartz – UNIRITTER

Gilmar Ferreira Mendes – Ministro do STF, Professor Titular do IDP e Professor aposentado da UNB

Gisele Cittadino - PUC-Rio

Gina Vidal Marcilio Pompeu – UNIFOR

Giovani Agostini Saavedra - Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP

Guilherme Camargo Massaú – UFPel

Gustavo Osna - PUCRS

Hermes Zaneti Jr

Hermilio Pereira dos Santos Filho - PUCRS

Ivar Alberto Martins Hartmann - FGV Direito Rio

Jane Reis Gonçalves Pereira - UERJ

Juliana Neuenschwander Magalhães - UFRJ

Laura Schertel Mendes

Lilian Rose Lemos Rocha – Uniceub

Luis Alberto Reichelt – PUCRS

Luís Roberto Barroso – Ministro do STF, Professor Titular da UERJ, UNICEUB, Sênior Fellow na Harvard Kennedy School,
Mônia Clarissa Hennig Leal – UNISC
Otavio Luiz Rodrigues Jr – USP
Patryck de Araújo Ayala – UFMT
Paulo Ricardo Schier - Unibrasil
Phillip Gil França - UNIVEL – PR
Teresa Arruda Alvim – PUC-SP
Thadeu Weber – PUCRS

Conselho Editorial Internacional

Alexandra dos Santos Aragão - Universidade de Coimbra
Alvaro Avelino Sanchez Bravo - Universidade de Sevilha
Catarina Isabel Tomaz Santos Botelho - Universidade Católica Portuguesa
Carlos Blanco de Moraes – Universidade de Lisboa
Cristina Maria de Gouveia Caldeira - Universidade Europeia
César Landa Arroyo - PUC de Lima, Peru
Elena Cecilia Alvites Alvites - Pontifícia Universidade Católica do Peru
Francisco Pereira Coutinho - Universidade NOVA de Lisboa
Francisco Ballaguer Callejón - Universidade de Granada - Espanha
Fernando Fita Ortega - Universidade de Valência
Giuseppe Ludovico - Universidade de Milão
Gonzalo Aguilar Cavallo – Universidade de Talca
Jorge Pereira da Silva - Universidade Católica Portuguesa
José João Abrantes – Universidade NOVA de Lisboa
José Maria Porrás Ramirez - Universidade de Granada – Espanha
Manuel A Carneiro da Frada – Universidade do Porto
Paulo Mota Pinto – Universidade de Coimbra
Pedro Paulino Grandez Castro - Pontifícia Universidad Católica del Peru
Víctor Bazán - Universidade Católica de Cuyo

Cíntia Teresinha Burhalde Mua
Ângelo Roberto Ilha da Silva
Renato César Cardoso
(Organizadores)

Neurociências aplicadas ao Direito



Editora Fundação Fênix

Porto Alegre, 2022

Direção editorial: Ingo Wolfgang Sarlet
Diagramação: Editora Fundação Fênix
Concepção da Capa: Editora Fundação Fênix

O padrão ortográfico, o sistema de citações, as referências bibliográficas, o conteúdo e a revisão de cada capítulo são de inteira responsabilidade de seu respectivo autor.

Todas as obras publicadas pela Editora Fundação Fênix estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 –
http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Série Direito – 43

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Cíntia Teresinha Burhalde Mua; Ângelo Roberto Ilha da Silva; Renato César Cardoso.
(Orgs).

MUA, Cíntia Teresinha Burhalde; SILVA, Ângelo Roberto Ilha da.; CARDOSO, Renato César. (Orgs). *Neurociências aplicadas ao Direito*. Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2022.

213p.

ISBN – 978-65-81110-62-8



<https://doi.org/10.36592/9786581110628>

Disponível em: <https://www.fundarfenix.com.br>

CDD-100

1. Neurociência. 2. Neurodireito. 3. Neurolaw. Neuroética.

Índice para catálogo sistemático – Direito – 340

Trabalho de autoria de integrantes do Núcleo Interinstitucional de Neurociência Aplicada ao Direito da Escola Superior da Magistratura da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul - AJURIS, em parceria com o Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Rio Grande do Sul CEAF/MPRS.

SUMÁRIO

Apresentação

Os Organizadores 13

Prefácio

José Manuel Muñoz 17

1. A evolução da neurociências do comportamento humano e sua repercussão na teoria jurídica do crime: a casuística da culpabilidade

Ângelo Roberto Ilha da Silva; Daison Nelson Ferreira Dias..... 21

2. Mediação, negociação e práticas restaurativas com psicopatas – reflexões práticas e teóricas

Paulo Valério Dal Pai Moraes..... 53

3. O viés retrospectivo e seus reflexos na tomada de decisão judicial

Maria Cecília Butierres; Eduardo Gomes Philippsen 117

4. Publicidade comportamental e assédio de consumo dos hipervulneráveis, com foco na criança e no idoso: aportes neurocientíficos para superação da ineficiência da contrapropaganda na *internet*

Cíntia Teresinha Burhalde Mua..... 145

5. Ser-humano-juiz: uma visão introdutória sobre os impactos do neurodireito na tomada de decisões judiciais

Ana Maria Bezerra; Renato César Cardoso 193

Apresentação



<https://doi.org/10.36592/9786581110628-00>

É um enorme prazer apresentar à sociedade esta obra, fruto dos trabalhos do Núcleo Interinstitucional de Neurociência Aplicada ao Direito da Escola Superior da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul – ESM/AJURIS, em parceria com o Centro de Aperfeiçoamento e Formação Funcional do Ministério Público do Rio Grande do Sul – CEAF/MPRS.

O Núcleo Interinstitucional de Neurociência Aplicada ao Direito foi concebido com a missão de preparar, formar e aperfeiçoar magistrados e membros do Ministério Público, servidores e alunos no âmbito da Neurociência aplicada ao Direito.

Por intermédio da cooperação interinstitucional, vislumbra tornar a ESM/AJURIS e o CEAF/MPRS centros de referência na seara da Neurociência aplicada ao Direito, quer na formação e aperfeiçoamento de magistrados, membros do MP, servidores e alunos, quer como fomento à pesquisa acadêmico-pragmática, quer na proposição de boas práticas para o sistema de Justiça.

Para tanto o Núcleo Interinstitucional de Neurociência Aplicada ao Direito busca constantemente atingir o seu objetivo geral, que é torna-lo espaço qualificado e democrático de discussão, deliberação e proposição nesta seara, com ampla participação.

Dentre dos objetivos específicos cuidadosamente concertados para o planejamento estratégico do Núcleo, a presente obra despontava, altaneira.

Ei-la.

O livro traz discussões de altíssimo relevo para a compreensão da importância da aplicação da Neurociência ao Direito como instrumento de consubstanciação de Direito Humanos e Direitos Fundamentais. Outrossim, colaciona técnicas aplicadas em áreas específicas do Direito, como a seguir minutaremos.

Ângelo Roberto Ilha da Silva e Daison Nelson Ferreira Dias¹ trabalham com a estruturação das neurociências como área de conhecimento técnico, abordando a formação neurocientífica voltada ao ensino médio e à população geral, bem como à graduação e à pós-graduação, nas cooperações internacionais de pesquisa e junto aos órgãos fomentadores. Outrossim, abordam a imprescindibilidade do conhecimento em Neurociências na formação aos julgadores. Num outro flanco, trazem à lume as implicações das Neurociência ao Direito, à luz da previsão Constitucional da ampla defesa, descortinando a importância do neurodireito para uma abordagem baseada em evidências. Investigam a repercussão da neurociências na teoria jurídica do crime: a casuística da culpabilidade.

Paulo Valério Dal Pai Moraes demonstra a aplicação concreta da neurociência aos métodos autocompositivos, evidenciando técnicas e práticas que estarão disponíveis para mediadores, negociadores, conciliadores, facilitadores e capacitadores a partir do estudo das estruturas neurais e de linguagem dos psicopatas. Para tanto, serão abordados avanços e desafios que os novos estudos neurocientíficos apresentam na área, sendo discutida as autocomposições em espaços envolvendo psicopatas, com foco na tomada de decisão em ambientes de consenso.

Maria Cecília Butierres e Eduardo Gomes Philippsen estudam os reflexos do viés retrospectivo na tomada de decisão judicial, explicitando o processo dual de pensamento, a heurísticas e os vieses cognitivos. Discorrem sobre atribuição de sentido aos fatos, à luz do viés retrospectivo e da falácia narrativa. Apresentam três estudos de caso: erro médico; fraude contra investidores.

Cíntia Teresinha Burhalde Mua ocupa-se do problema do assédio de consumo de hipervulneráveis, sob o recorte da criança e do idoso no ambiente da rede mundial de computadores. A ineficiência da imposição de contrapropaganda é a hipótese de trabalho. Como antídoto, traz à baila algumas reflexões e proposições, pautadas em estudos neurocientíficos, focando alternativas para a eficiência dos instrumentos de controle.

¹ Digo de nota, que o escrito compila extenso cabedal de centros de estudos neurocientíficos, em âmbito nacional e internacional, consolidando grandiosa contribuição para o avanço dos estudos sistêmicos em seara tão complexa quanto a *neurolaw*.

Ana Maria Bezerra e Renato César Cardoso trazem à baila a visão humanista do juiz e os impactos do neurodireito na tomada de decisões judiciais, objetivando apresentar uma compreensão do magistrado como ser-humano-juiz, ou seja, como pessoa em sua integralidade, que não consegue se desprender totalmente de sua história de vida, suas experiências anteriores e crenças previamente estabelecidas, sendo, portanto, influenciado em níveis que fogem, automaticamente, de seu controle deliberativo.

Desejamos a todos uma ótima leitura!

Cíntia Teresinha Burhalde Mua.

Ângelo Roberto Ilha da Silva.

Renato César Cardoso.

(Organizadores).

Prefácio



<https://doi.org/10.36592/9786581110628-01>

Desde que o presidente dos Estados Unidos George Bush (sênior) anunciou na década de 1990 que estávamos na "Década do Cérebro", foram muitos os avanços que a neurociência e as neurotecnologias trouxeram para nossas sociedades. Assim, nos últimos 30 anos assistimos à consolidação dos estudos de imagem cerebral (não sem o *hype* e as crises subsequentes que a antecederam) e as técnicas de estimulação magnética transcraniana (EMT), entre outras. Também pudemos ver como surgiram novas metodologias extremamente promissoras, como a optogenética e a estimulação transcraniana por corrente direta (tDCS). Paralelamente a esse crescimento, proliferaram iniciativas que propõem integrar as descobertas da neurociência a outros campos do conhecimento. É assim que surgem termos e disciplinas como "neuroeducação", "neuromarketing", "neuroética" ou, no que nos interessa aqui, "neurodireito". Mas o neurodireito (*neurolaw*) é apenas uma moda passageira? Ou o encontro da neurociência com a lei pode realmente ser bem sucedido? Ao longo de seus cinco capítulos, este livro, escrito pelos membros do Núcleo de Neurociência Aplicada ao Direito da ESM/AJURIS, dá ampla evidência de por que devemos considerar seriamente a possibilidade de levar a neurociência a um campo aparentemente tão remoto quanto o direito. O encontro entre ambos pode dar resultados frutíferos com importantes implicações para nossas sociedades. Afinal, embora cada uma com seus métodos e protocolos, a neurociência e o direito têm em grande parte como objeto o mesmo fenômeno: o comportamento humano.

A gama de aplicações de que estamos falando é cada vez mais numerosa e diversificada. Entre elas está a teoria jurídica do crime, especialmente no âmbito do estudo da culpa. Nesse sentido, o conhecimento neurocientífico é essencial para que os operadores de justiça tenham ferramentas que lhes permitam ter o retrato mais amplo e preciso possível do grau de autonomia do indivíduo que comete um crime. Ao mesmo tempo, é fundamental que esse conhecimento seja utilizado com justiça e equidade, evitando mal-entendidos ou preconceitos que ameacem as liberdades

fundamentais. Nessa busca, é fundamental encontrar fórmulas que ajudem a neutralizar o efeito dos vieses cognitivos na tomada de decisões judiciais, para as quais a neurociência nos oferece informações muito valiosas. Nesse sentido, seria aconselhável repensar paradigmas com o objetivo de “desmistificar” os juízes, que, como outros seres humanos, possuem um caminho de vida e crenças que podem influenciar inconscientemente suas decisões e afetar sua suposta infalibilidade. Entre esses vieses podemos encontrar os retrospectivos, ou seja, aqueles que intuitivamente levam à visão de que um evento que já aconteceu era previsível ou inevitável à luz de eventos anteriores. Mas as aplicações possíveis não terminam aqui. No campo da mediação e da justiça restaurativa, o estudo do cérebro de indivíduos com traços psicopáticos nos dá pistas sobre como essas pessoas pensam e se expressam, para que possam ser desenhadas técnicas de mediação específicas. Por outro lado, a neurociência também pode nos ajudar a desenhar estratégias para neutralizar o efeito nocivo que o assédio publicitário pode ter, especialmente em pessoas vulneráveis como crianças e idosos.

Todos esses tópicos, discutidos ao longo deste livro, representam algumas das implicações mais importantes do *neurolaw*. Desde já, a neurociência não quer, não deve e não pode substituir o direito. Mas implicações como essas nos apelam para superar nossas dúvidas e sair de nossos guetos disciplinares, pois somente a partir do diálogo e da busca de uma linguagem comum entre os diversos campos do conhecimento podemos nos aproximar de uma compreensão mais profunda do comportamento humano e de um desenho mais justo de políticas públicas. Esse diálogo, é claro, deve ser bidirecional, e o direito também está trazendo novas visões para a neurociência, como evidenciado pelo impulso que as iniciativas estão tendo nos últimos anos para regular a prática neurocientífica por meio de “neurodireitos” ou *neurorights*. Em suma, ainda há inúmeros e grandes desafios no encontro entre neurociência e direito. Este livro representa um importante passo firme nesse sentido, contribuindo também para dois aspectos que me parecem centrais. Um deles é o treinamento, pois somente a partir de um conhecimento preciso das bases neurobiológicas da cognição podem ser evitados mitos, mal-entendidos, *neurohypes* e preconceitos contraproducentes. A segunda, não menos importante, é a constatação de que são crescentes os esforços no Brasil para tornar o neurodireito

uma disciplina consolidada e respeitada, como mostra o trabalho do Núcleo de Neurociência Aplicada ao Direito da ESM/AJURIS e também de outros grupos localizados em universidades tão importantes como a Universidade Federal de Minas Gerais e a Universidade Federal do Rio de Janeiro, entre outras. Não é uma questão menor, dada a liderança e relevância do Brasil para a América Latina e para o mundo. Como pesquisador espanhol, acredito que da Península Ibérica temos uma oportunidade maravilhosa de seguir a luz que esta liderança brasileira nos traz e participar de um diálogo ibero-americano frutífero.

Não gostaria de terminar sem agradecer aos coordenadores e autores não só a honra de escrever o prefácio desta obra mas, sobretudo, o grande prazer e aprendizagem que a oportunidade de a ler me proporcionou.

Dr. José Manuel Muñoz.

*Universidade de Navarra e Centro Internacional de Neurociência e Ética
(CINET).*

Pamplona, Espanha.

Março de 2022.

1. A evolução da neurociências do comportamento humano e sua repercussão na teoria jurídica do crime: a casuística da culpabilidade



<https://doi.org/10.36592/9786581110628-1>

Ângelo Roberto Ilha da Silva¹

Daison Nelson Ferreira Dias²

Sumário: Introdução. 1. A estruturação da neurociências como área de conhecimento técnico. 1.1. Neurociências: formação voltada ao ensino médio e à população geral. 1.2. Neurociências: formação voltada à graduação e à pós-graduação. 1.3. Neurociências: cooperações internacionais de pesquisa. 1.4. Neurociências: órgãos fomentadores. 1.5. Neurociências: formação aos julgadores. 2. A neurociências e a previsão Constitucional da Ampla Defesa. 3. A importância do neurodireito para uma abordagem baseada em evidências. 4. Conceito de neurociências e a aplicação ao direito. 5. A repercussão da neurociências na teoria jurídica do crime: a casuística da culpabilidade. Conclusão. Referências.

Introdução

O direito existe para regular a vida em sociedade, é dizer: o *imperium* estatal impõe-se quando se trata de disciplinar comportamentos no âmbito das relações interpessoais. Dessa forma, ante a prática de agressões intoleráveis contra bens jurídicos essenciais à vida em sociedade, surge o direito penal como intervenção estatal mais gravosa que recai sobre a vida das pessoas.

¹ Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu e do Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP (2001). Pós-doutor pelo PPG em Neurociências da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG (2020). Procurador Regional da República na 4ª Região e membro auxiliar do gabinete da PGR. Sócio-fundador e presidente do conselho consultivo do Instituto Eduardo Correia (IEDC), no qual é co-coordenador.

² Graduado em Medicina pela Universidade Federal de Pelotas, Fellow em Neurorradiologia, SERPAL Clínica de Diagnóstico, Mestre em Neurociências pelo Programa de Pós-Graduação em Medicina e Ciências da Saúde/Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Doutorando em Neurociências, no mesmo programa. Bolsista CAPES/PDSE, Eunice Kennedy Shriver National Institute of Child Health and Human Development (NICHD), Bethesda/MD, EUA, Jan/Dez de 2013.

Em atenção ao fato de que o comportamento humano precisa ser regulado, cumpre perquirir sobre a aptidão de a pessoa responder por seus atos. Nessa senda, há que se inquirir: até que ponto alguém que pratica uma conduta penalmente vedada o faz com liberdade de decisão? A indagação assume maior destaque em um contexto de um Estado Democrático em que são postos em relevo direitos e garantias fundamentais. Importa advertir que quanto maior o rol de preconceitos incorporados pelo sistema penal e quanto maior a rudimentariedade das investigações, mais grosseira será a coleta de evidências e, conseqüentemente, mais pobre será a compreensão dos fatos.

A postura científica então advém em contraposição à postura autoritária. A demonstração de fatos e também de determinadas categorias revela-se, assim, imprescindível para que se possa chegar a desfechos jurídica e cientificamente adequados.³ Dessa forma, cumpre ao direito recepcionar e apropriar-se dos avanços científicos das neurociências.

O escopo deste estudo é proceder a uma aproximação das neurociências em sua formação, em sua compreensão e em sua importância para o Direito. Nesse rumo, realçaremos a afirmação do neurodireito para, ao final, dedicarmos algumas linhas à repercussão prática das neurociências na teoria jurídica do crime valendo-nos de casuística no âmbito da culpabilidade.

1. A estruturação das neurociências como área de conhecimento técnico

As neurociências resultaram de um processo paulatino de cumulação de esforços voltados a responder questões fundamentais sobre o comportamento humano. Desde as primeiras reuniões técnico-científicas, no final da década de 1980,⁴ até a data em que se redigem essas linhas, houve a completa estruturação da

³ HAACK, Susan. *Evidence Matters: Science, Proof, and Truth in the Law*. New York: Cambridge University Press, 2014.

⁴ A MacArthur Foundation Research Network on Law and Neuroscience acumulou no período entre 1984 e 2017, mais de 1.700 publicações na área. Para detalhes, consulte: FAIGMAN, David L.; BONNIE, Richard J.; CASEY, B.J.; DAVIS, Andre; HOFFMAN, Morris B.; JONES, Owen D.; MONTAGUE, Read; MORSE, Stephen J.; RAICHLE, Marcus E.; RICHESON, Jennifer; SCOTT, Elizabeth S.; STEINBERG, Laurence; TAYLOR-THOMPSON, Kim A.; WAGNER, Anthony D.; YAFFE, Gideon. G2i Knowledge Brief: A Knowledge Brief of the MacArthur Foundation Research Network on Law and

formação e da aplicação às diversas áreas para as quais o conhecimento passível de verificação imparcial é indispensável. Dado o escopo deste artigo, fixaremos a citação de referências do geral ao específico, tendo como norte o desenvolvimento da neurociência aplicada à Ciência do Direito Penal, notadamente à culpabilidade.

1.1. Neurociências: formação voltada ao ensino médio e população geral

Iniciativas como o *broadcasting* permitem a difusão da informação em diferentes idiomas a partir de diferentes países fazendo com que documentários, filmes, séries e programas de entrevistas regulares sejam transmitidos literalmente ao mundo todo pela *internet*. No caso da neurociências, as difusões mais famosas no Brasil ocorrem por serviços de *streamings* como o NOW®, o NETFLIX®, o YouTube®, o FACEBOOK® e o Instagram®. A maior parte da programação é produzida nos países de primeiro mundo. Isso ocorre basicamente porque, nesses países, entidades públicas e privadas vêm fomentando a difusão do conhecimento em neurociências do comportamento nas últimas décadas. A *Research!America* é uma associação norte-americana fundada por líderes de universidades e instituições de pesquisa independentes, da indústria, de organizações de pacientes e de sociedades científicas, para defender a difusão dos benefícios da pesquisa científica à população geral. Desde o final da década de 1980, essa associação intensificou a interação junto ao Congresso e à opinião pública norte-americanos para mobilizar apoio à pesquisa médica.

Assim, paulatinamente, constituiu-se um público atento à coerência entre as manifestações dos personagens ficcionais e as informações publicadas pelos órgãos de pesquisa em saúde, notadamente os braços de pesquisa do Governo dos EUA sediados no *National Institutes of Health (NIH)*, em Bethesda, Maryland. Em Washington D.C., o canal de televisão PBS (WETA) está preparando uma série de documentários para o horário nobre chamada *The Youth Mental Health Crisis*, com patrocínio da Fundação Dana e com Ken Burns como produtor executivo, programada para estrear em abril de 2022. Há iniciativas como o *Secret Science Club*,

com sede em Nova Iorque, com palestras ao vivo sobre ciências abertas ao público em geral; e o *BrainWorks*, uma premiada série de televisão apresentada pelo neurocientista da Universidade de Washington, Eric Chudler, que ensina crianças em idade escolar sobre a anatomia do sistema nervoso, sobre como o cérebro funciona e sobre como ocorre a informatização dos dados sobre o funcionamento cerebral.

Nesse espaço, o conhecimento sobre neurociências é testado ao vivo por meio de uma competição de perguntas e respostas destinadas aos estudantes de ensino médio chamada *Brain Bee*. Essas competições são estimuladas pela *Society for Neuroscience* e ocorrem em mais de 50 países. Uma vez por ano, ocorre a versão internacional da competição. Além disso, os neurocientistas que se dedicam à educação do público em neurociências podem ser beneficiados por premiações como o *Science Educator Award*.⁵

Esses são apenas exemplos de como a sociedade norte-americana tem sido preparada para lidar com os avanços das neurociências.

No Brasil, o investimento mais regular advém do Programa Escola de Altos Estudos da CAPES, que financia projetos de universidades nas cinco regiões do Brasil, em diversas áreas, incluindo atividades de neurociências voltadas a jovens e às famílias. Nesse sentido, a Universidade Federal de São Carlos (UFSCar) realizou, em dezembro de 2019, o segundo ciclo da Escola de Altos Estudos Crianças e Adolescentes em Situação de Risco: Dimensões Éticas, Intervenção e Inovação Científica,⁶ com a participação de Ilna Singh, da Universidade de Oxford. Singh trouxe sua experiência com o exame das implicações psicossociais e éticas dos avanços da biomedicina e da neurociência para jovens e famílias e com o estudo das experiências de crianças e jovens utilizado para respaldar a avaliação ética, a tomada de decisão clínica e a formulação de políticas públicas. Outro exemplo brasileiro, nesse sentido, ocorre por iniciativa do Projeto ACERTA (Avaliação de Crianças Em Risco de Transtorno de Aprendizagem), com cooperação multicêntrica (Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Universidade Federal de Santa Catarina e Pontifícia

⁵ SFN. *Science Educator Award*. Disponível em: <https://www.sfn.org/outreach/awards>. Acesso em: 17/07/2020.

⁶ CAPES. *Crianças em Situação de Risco São Tema de Evento na UFSCar*. Disponível em: <https://www.capes.gov.br/36-noticias/10058-criancas-em-situacao-de-risco-sao-tema-de-evento-na-ufscar>. Acesso em: 17/07/2020.

Universidade Católica do Rio Grande do Sul) cujo foco é a otimização do aprendizado das habilidades de leitura e cálculo no ensino básico utilizando a neurociências.

1.2 Neurociências: formação voltada à graduação e à pós-graduação

No Brasil, não há curso de graduação em neurociências. As oportunidades de formação estão concentradas em cursos de especialização, mestrado e doutorado, e de estágio de pós-doutorado. Novamente, nos utilizaremos da experiência internacional para melhor explicar a evolução dos meios de formação, em especial, porque o produto desse processo de educação, ou seja, a produção científica, é depositado em bancos de dados de acesso internacional de modo que a nacionalidade em que o estudo experimental foi produzido, como regra, tem pouca importância, desde que método, resultado e conclusões estejam adequadamente demonstrados. Nesse sentido, há centenas de periódicos destinados à publicação de temas do campo que se constitui como neurociências aplicadas ao direito. Editoras tradicionais na produção jurídica contam com séries voltadas a neurociências aplicadas ao direito.⁷

A Universidade Vanderbilt, em Nashville, EUA, oferece um programa de graduação em neurociências com uma disciplina específica de 3 créditos para neurociências aplicadas ao direito.⁸ Nos países desenvolvidos também se verifica que o maior número de opções de formação em neurociências é em nível de mestrado, doutorado e pós-doutorado. A Universidade Temple, por exemplo, tem um centro para pesquisa em saúde pública e Direito (*Center for Public Health Law Research*) cujos recursos são destinados ao estudo dos mecanismos pelos quais a lei influencia a saúde pública. Nesse centro, as teorias são desenvolvidas a partir de diferentes disciplinas como saúde pública, economia, psicologia, estudos sociais, legais e criminológicos, num contexto em que são cotejadas as informações que

⁷ OXFORD UNIVERSITY PRESS ACADEMIC. *Oxford Series in Neuroscience, Law, and Philosophy*. Disponível em: <https://global.oup.com/academic/content/series/o/oxford-series-in-neuroscience-law-and-philosophy-osnlp/?lang=en&cc=us>. Acesso em: 17/07/2020.

⁸ VANDERBILT UNIVERSITY. COLLEGE OF ARTS AND SCIENCE. *Neuroscience Program*. Disponível em: <https://as.vanderbilt.edu/neuroscience/>. Acesso em: 17/07/2020.

advém dos centros de pesquisa em neurociência aplicadas ao direito.⁹ Assim, apenas a título ilustrativo, temos a Universidade Fordham, em Nova Iorque, cujas pesquisas se desenvolvem no Centro de Neurociências e Direito,¹⁰ e, em Boston, a tradicional Faculdade de Direito de Harvard também tem um Centro para Direito, Cérebro e Comportamento.¹¹

O fato é que algumas instituições de inquestionável competência científica foram precursoras na construção dessa estrutura de formação em neurociências voltada ao estudo do comportamento. O Instituto Max Planck de Neurociência da Flórida (MPFI),¹² primeiro instituto dos EUA da Sociedade Max Planck, oferece aos alunos um doutorado com ênfase em neurociência totalmente financiado. Nessa linha de incentivos financeiros, a *Society for Neuroscience* tem um Programa de Desenvolvimento de Liderança,¹³ com disponibilidade de bolsas, para melhor posicionar estudantes de pós-graduação em neurociência e bolsistas de pós-doutorado em posições de trabalho e de liderança em pesquisas de campo.

1.3 Neurociências: cooperações internacionais de pesquisa

A *International Neuroethics Society* é uma instituição que estimula o desenvolvimento de pesquisa sobre o uso responsável das tecnologias desenvolvidas com os estudos sobre o cérebro. No que tange à Europa, destaca-se a *Federation of European Neuroscience Societies* reunindo 44 sociedades de neurociências, distribuídas em 33 países, e mais de 20.000 neurocientistas,

⁹ TEMPLE UNIVERSITY. CENTER FOR PUBLIC HEALTH LAW RESEARCH. *Understanding How Law Influences Environments and Behavior*. Disponível em: <http://publichealthlawresearch.org/method/understanding-how-law-influences-environments-and-behavior>. Acesso em: 17/07/2020.

¹⁰ FORDHAM UNIVERSITY. SCHOOL OF LAW. *Neuroscience and Law Center*. Disponível em: https://www.fordham.edu/info/24639/neuroscience_and_law_center. Acesso em: 17/07/2020.

¹¹ MASSACHUSETTS GENERAL HOSPITAL. CENTER FOR LAW, BRAIN & BEHAVIOR. Disponível em: <http://clbb.mgh.harvard.edu/>. Acesso em: 17/07/2020.

¹² MAX PLANCK FLORIDA INSTITUTE FOR NEUROSCIENCE. *Graduate Students*. Disponível em: https://mpfi.org/training/graduate-programs/?gclid=EAlaIqobChMI8_H4povU6gIVCGRCh2M8AKVEAAYASAAEgJQOvD_BwE. Acesso em: 17/07/2020.

¹³ SOCIETY FOR NEUROSCIENCE. *Leadership Development Program*. Disponível em: <https://www.sfn.org/initiatives/leadership-development-program>. Acesso em: 17/07/2020.

destinada a promover o ensino e a pesquisa europeus em neurociência.¹⁴ Essa federação é a responsável pela organização anual da Semana da Conscientização sobre o Cérebro.¹⁵

Há diversas iniciativas de cooperação de pesquisa transnacional em neurociências que abrangem temas normativos. O *Canadian Institutes of Health Research*, em parceria com a União Europeia, investiu mais de 45 milhões de dólares americanos e comprometeu 6,7 milhões adicionais às chamadas transnacionais conjuntas em 2019 e 7 milhões às nove chamadas transnacionais conjuntas em 2020.¹⁶

No Brasil, a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior evidencia que as iniciativas dos órgãos de fomento à pesquisa já estão sensíveis a essa realidade. Em 2019, o Convênio CAPES-Yale, Edital 24/2018, PROCESSO Nº 23038.007786/2018-00, selecionou seis estudantes¹⁷ para cursar por até seis anos o Programa Combinado de Ciências Biológicas e Biomédicas, cuja escola doutoral é interdisciplinar e agrega oito especialidades, dentre as quais está a neurociências. Para custear suas atividades, os alunos recebem bolsa, passagens aéreas e auxílio para seguro-saúde. Com o convênio já estabelecido, a submissão de propostas de estudos de neurociências aplicadas ao direito pode ser viável por meio de acordo com o *Soloman Center for Health Law and Policy* da Faculdade de Direito de Yale.¹⁸

Na difusão da neurociência aplicada ao direito no Oriente, há a *International Brain Research Organization* (IBRO), uma fundação que financia a *IBRO Global Advocacy Initiative* para promover a educação pública e a defesa de pesquisas sobre

¹⁴ FEDERATION OF EUROPEAN NEUROSCIENCE SOCIETIES. Disponível em: <https://www.fens.org/About-FENS/>. Acesso em: 17/07/2020.

¹⁵ FEDERATION OF EUROPEAN NEUROSCIENCE SOCIETIES. *Brain Awareness Week*. Disponível em: <https://www.fens.org/Outreach/FENS-Brain-Awareness-Week/>. Acesso em: 17/07/2020.

¹⁶ CANADIAN INSTITUTES OF HEALTH RESEARCH. *CIHR Partners with the European Union to Fund Research in Key Areas*. Disponível em: <https://cihr-irsc.gc.ca/e/51769.html>. Acesso em: 17/07/2020.

¹⁷ CAPES. *Programa CAPES-YALE de Doutorado em Ciências Biomédicas*. Disponível em: <https://www.capes.gov.br/images/stories/download/editais/resultados/08012019-Edital-24-2018.pdf>. Acesso em: 17/07/2020.

¹⁸ YALE UNIVERSITY. YALE LAW SCHOOL. *Cruzan Thirty Years Later: Neuroscience and a Reexamination of a Landmark Right-to-Die Case*. Disponível em: <https://law.yale.edu/yls-today/yale-law-school-events/cruzan-thirty-years-later-neuroscience-and-reexamination-landmark-right-die-case>. Acesso em: 17/07/2020.

o cérebro em países não ocidentais por meio de atividades educacionais e de alcance comunitário, desenvolvendo e disseminando materiais.

1.4 Neurociências: órgãos fomentadores

O comportamento humano é objeto de interesse de diferentes tipos de instituições de fomento à pesquisa. As descobertas sobre as razões do comportamento são aplicáveis a todas as áreas em que a participação das pessoas é elemento da atividade sob análise. Assim, os resultados de uma pesquisa sobre comportamento podem ter aplicação na definição de políticas públicas, de procedimentos reguladores da economia, da educação, dos movimentos sociais, do desenvolvimento de tecnologias etc. Por essas razões, as instituições que fomentam pesquisa têm definido editais bastante abertos no que diz respeito à possibilidade de financiamento de pesquisa e ao país em que o pesquisador realizará o trabalho empírico ou que ficará sediado. Até a definição de linhas de pesquisa específicas sobre a neurociências aplicadas ao Direito, a grande maioria dos estudos incorporados pelo Direito Penal não foram desenvolvidos especificamente em modelos de pesquisa aplicada ao direito. Com a evolução da neurociência, no entanto, houve fomento de pesquisa aplicada especificamente em linhas de neurociências aplicadas ao direito penal.

Em alguns casos, os recursos provêm de instituições de caridade que investem em pesquisa, com a *LifeArc* que se dispõe a financiar pesquisas que tenham baixa expectativa de retorno financeiro, mas cujas matérias são fundamentais à saúde humana.¹⁹ Noutros casos, as fundações fazem investimentos mais amplos no que diz respeito à abrangência das neurociências, compreendendo desde os aspectos da educação da população em geral, passando pelos programas de formação especializada (graduações e pós-graduações) e chegando à formação voltada aos operadores do direito. A Fundação Dana, enquadra-se nessa espécie de fomentadora. Ela financiou uma série de seminários da *American Association for the*

¹⁹ LIFEARC. *Pipeline*. Disponível em: <https://www.lifearc.org/working-with-us/pipeline/>. Acesso em: 17/07/2020.

Advancement of Science sobre a epidemia de opioides para juízes estaduais e juízes especializados, como juízes militares ou tribais.²⁰

O objetivo dos seminários é familiarizar os juízes com os aspectos neurocientíficos, científico-clínico e científico-social do abuso e da dependência de opioides, em razão de serem essas as áreas relevantes na abordagem da dependência química que decorre da prescrição ou do uso abusivo desse grupo de medicamentos, também denominados narcóticos. Nesse sentido, a sociedade americana já despertou para os efeitos da dependência a uma medicação que tem uma estrutura química que pode produzir efeitos semelhantes aos da cocaína e demonstra enfrentamento da questão tanto na perspectiva da saúde quanto na perspectiva do direito.

Uma das iniciativas de pesquisa de neurociências aplicadas ao direito destacável é o *Research Projects on Ethical, Legal, and Social Aspects (ELSA) of Neuroscience*.²¹ Envolvendo países nos continentes Americano e Europeu, o projeto investiga um amplo espectro de temas jurídicos com o apoio das neurociências:

a) as consequências do desenvolvimento de métodos diagnósticos neurocientíficos (por exemplo, tratamento de achados incidentais; "direito de não saber"; previsão muito precoce da doença antes que os sintomas ocorram; diagnóstico na ausência de opções de tratamento; interações entre pacientes com diversidade cultural e o pessoal de saúde; disponibilidade de novos métodos caros);

b) comportamento anormal reduzido a estados cerebrais desviantes (por exemplo, expansão do conceito de doença; ver sintomas psiquiátricos apenas como desequilíbrios neuroquímicos específicos); uso de dados cerebrais e intervenções cerebrais em contextos legais (por exemplo, "leitura cerebral" para a detecção de fraude; intervenção cerebral de criminosos; psicocirurgia; direito dos seguros);

c) neuro-aprimoramento, como alteração de estados mentais (cognitivos, afetivos) e habilidades (por exemplo, cognição, sono, apetite, comportamento sexual)

²⁰ Nos EUA, juízes tribais são os juízes especializados nas questões indígenas. Ver: THE NATIONAL JUDICIAL COLLEGE. NATIONAL TRIBAL JUDICIAL CENTER. Disponível em: <https://www.judges.org/ntjc/tribal-advisory-board/>. Acesso em: 17/07/2020.

²¹ NEURON. *Research Projects on Ethical, Legal, and Social Aspects (ELSA) of Neuroscience*. Disponível em: <https://www.neuron-eranet.eu/en/724.php>. Acesso em: 17/07/2020.

em indivíduos saudáveis por estimulação farmacológica ou elétrica/magnética do cérebro;

d) tecnologias inteligentes e estreita interação homem-máquina (por exemplo, *Ambient Assisted Living, Brain-Computer Interfaces*);

e) alterações de personalidade como efeitos colaterais de terapias neurológicas ou psiquiátricas (por exemplo, estimulação cerebral profunda; implantes cerebrais);

f) o impacto da neurociência moderna nas questões, conceitos e teorias filosóficas tradicionais sobre aspectos fundamentais da natureza humana (por exemplo, a relação entre mente e cérebro, natureza da consciência, identidade pessoal e pessoal, livre arbítrio);

g) biobanco de tecido neural (por exemplo, doação de tecido, doador falecido, proteção de dados, possíveis consequências para parentes);

h) pesquisa clínica com pacientes que sofrem de doenças neurológicas ou psiquiátricas (por exemplo, desenvolvimento de ferramentas para melhorar a avaliação da capacidade de tomada de decisão dos pacientes, análise de medidas legais para proteger aqueles que não têm capacidade de consentir);

i) mudanças sociais e culturais induzidas pelo conhecimento neurocientífico e sua aplicação.

Para o estudo das implicações legais do desenvolvimento do conhecimento neurocientífico, o ELSA também conta com a participação do *Network of European Funding for Neuroscience Research* (NEURON) estabelecido sob a estrutura que reúne Ministérios e organizações de financiamento na Europa, Israel, Turquia e Canadá denominada ERA-NET da Comissão Europeia.^{22,23}

Outra forma de fomento à pesquisa em neurociência e direito é verificada nas premiações conferidas pelas competições *Seed Grant* que ocorrem a cada dois anos. Os prêmios concedidos a 5 (cinco) equipes de pesquisa e cada vencedora recebe 200

²² NEURON. Disponível em: <http://www.neuron-eranet.eu>. Acesso em: 17/07/2020.

²³ NEURON. *Cofund*. Disponível em: <https://www.era-learn.eu/network-information/networks/neuron-cofund/call-for-proposals-for-research-projects-on-ethical-legal-and-social-aspects-elsa-of-neuroscience>. Acesso em: 17/07/2020.

mil dólares americanos (100 mil dólares por ano, por dois anos).²⁴

Com os efeitos nocivos à pesquisa científica internacional consequentes à pandemia de COVID-19, a União Europeia se diferenciou com o lançamento do Programa *Horizon 2020*. Esse programa é o instrumento financeiro que implementa a União da Inovação, uma iniciativa emblemática da Estratégia Europa 2020, que visa a garantir a competitividade global da Europa provendo suporte financeiro a "Pesquisadores de qualquer nacionalidade, qualquer estágio da carreira (candidatos a doutorado, pós-doutorados, pesquisadores confirmados, investigadores principais, etc.) e em qualquer área de pesquisa".²⁵

1.5 Neurociências: formação aos julgadores

Nos Estados Unidos, desde 2006, mais de 30 seminários de neurociências foram organizados pela *American Association for the Advancement of Science* (AAAS), com suporte financeiro da Dana Foundation e em parceria com a Divisão Judicial da *American Bar Association* (ABA), com o Centro Judicial Federal e com o Centro Nacional de Tribunais Estaduais. A cooperação produziu a série intitulada "Questões Emergentes em Neurociências", com dois dias de duração por edição, que está voltada à educação de juízes de tribunais estaduais, federais e administrativos, a fim de que possam entender melhor a função que as neurociências têm desempenhado, e que ainda pode desempenhar, a fim de melhor embasar as decisões desde a admissibilidade de evidências até o julgamento quanto à culpabilidade criminal.

Além disso, são debatidas questões relacionadas aos problemas da neuroética. Pelo braço não-governamental, os EUA contam ainda com a *National Academy of Sciences* (NAS), uma sociedade privada sem fins lucrativos de estudiosos ilustres, estabelecida por uma Lei do Congresso assinada pelo Presidente Abraham Lincoln em 1863.

²⁴ STANFORD UNIVERSITY. WU TSAI NEUROSCIENCE INSTITUTE. *Seed Grants*. Disponível em: <https://neuroscience.stanford.edu/research/programs/seed-grants>. Acesso em: 17/07/2020.

²⁵ EUROPEAN COMMISSION. *Horizon 2020*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/researchers>. Acesso em: 17/07/2020.

O NAS é encarregado de fornecer consultoria independente e objetiva à nação americana em questões relacionadas à ciência e tecnologia e tem dois projetos pertinentes ao escopo deste artigo. Em primeiro lugar, A NAS realiza um *workshop* para orientar o desenvolvimento de materiais didáticos que ajudem os juízes a considerar evidências científicas: Cientistas e especialistas jurídicos recomendarão o *design* de materiais educacionais destinados a melhorar o uso e a consideração da ciência por juízes, em todo o mundo, no gerenciamento de casos que envolvam evidências científicas e tecnológicas. Prevê-se que o *workshop* leve a um esforço global em larga escala baseado em iniciativas nos EUA e no Reino Unido que ajudaram os juízes a entender questões científicas que emergiam nos litígios (genética, neurociência criminal e causalidade de doenças) para que eles pudessem usar esse entendimento para conversar com os profissionais que atuam nos processos, seja como representantes das partes processuais seja como peritos e assistentes técnicos.

Depois, em segundo lugar, a NAS realiza um estudo para formulação de consensos sobre legalidade, regulamentação e ética, de pesquisas sobre o "quimera" e "organoide" cerebrais: Um comitê examinará questões que atendem ao uso de duas tecnologias emergentes de pesquisa em células cerebrais humanas: a) "neuro quimeras" nas quais as células-tronco humanas são transferidas para embriões de animais de laboratório durante o desenvolvimento, atualmente sob controle do *National Institutes of Health* (NIH); e, b) "neuro organoides", nos quais as células-tronco humanas iniciam o desenvolvimento em culturas de laboratório de aglomerados tridimensionais de células que têm sinalização, estrutura e organização, que se assemelham ao tecido cerebral humano, e permitem o estudo de distúrbios do desenvolvimento neurológico, de infecções e de doenças cerebrais, e de possíveis tratamentos. Os consensos devem ser úteis em outras deliberações de agências públicas de fomento, de financiadores do setor privado e de fiscalizadores das atuações profissionais.

Em Washington D.C., o *Federal Judicial Center* tem um programa de treinamento com exercícios de tomada de decisão em casos simulados que desenvolve a percepção dos elementos necessários ao reconhecimento da

confiabilidade das provas.²⁶ O treinamento é voltado para a fase pré-processual e utiliza o formato de seminários que abordam decisões baseadas em evidências, aplicando um instrumento desenvolvido pelo Escritório Administrativo das Cortes Americanas, sobre a decretação ou a revogação de prisão preventiva.²⁷ A doutrina também se ocupa dessa questão desenvolvendo instrumentos de avaliação de risco da liberdade pré-processual baseada em evidências em diversas faculdades de direito que compõe a referência do estudo jurídico norte-americano.²⁸ Em Londres, destaca-se o programa de Neurociência e Direito da *Royal Society*, com seminários e cursos para juízes, advogados e cientistas no Reino Unido, desenvolvidos para explorar os benefícios e os riscos impostos pela aplicação da neurociência ao processo judicial.²⁹

2. A neurociência e a previsão Constitucional da Ampla Defesa

O direito à ampla defesa é um dos direitos mais evocados e está previsto na Constituição Federal de 1988, art. 5º, inc. LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O Direito Penal é a garantia de que o Poder do Estado não será exercido de modo arbitrário contra o cidadão. Não há que se discutir que o particular não tem forças contra a estrutura punitiva do Estado. Nesse condão, a fonte primária de direitos para o exercício do controle de excessos pelo Estado é a Constituição. O núcleo conceitual exposto na última oração do dispositivo supracitado é uma das fontes mais importantes do direito de defesa dos acusados em geral. Afinal, para provar a verdade, não bastaria a previsão de estarem assegurados o contraditório e

²⁶ FEDERAL JUDICIAL CENTER. *Programs and Resources for Judges*. Disponível em: <https://www.fjc.gov/education/programs-and-resources-judges>. Acesso em: 17/07/2020.

²⁷ MCCLURE, David. *Focus Group on Scientific and Forensic Evidence in the Courtroom*. Disponível em: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/220692.pdf>. Acesso em: 17/07/2020.

²⁸ UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. NATIONAL INSTITUTE OF CORRECTIONS. *Pretrial - Risk Assessment*. Disponível em: <https://nicic.gov/assign-library-item-package-accordion/pretrial-risk-assessment>. Acesso em: 17/07/2020.

²⁹ THE ROYAL SOCIETY. *Brain Waves 4: Neuroscience and the Law*. Disponível em: <https://royalsociety.org/topics-policy/projects/brain-waves/responsibility-law/>. Acesso em: 17/07/2020.

a ampla defesa sem que estivessem assegurados, ao mesmo tempo, os meios e recursos inerentes à defesa. Não fosse essa garantia constitucional, o acusado não poderia se valer dos meios de prova suficientes e inerentes a uma defesa eficiente nos transcurso da investigação e do processo ou após a sua condenação. A neurociência se ampara neste ponto da garantia constitucional.

Trata-se da mais vanguardista área do conhecimento no que tange ao comportamento humano. Por somar esforços, é a inevitável via de superação dos esforços isolados e, por essa razão, oferece uma perspectiva mais ampla de compreensão sobre as razões e sobre o agir humanos. Há uma série de recursos técnicos que provê dados objetivos quanto às condições físicas sob as quais as pessoas realizam suas condutas. Em muitos casos, esses recursos aportam dados que podem dirimir dúvidas sobre a ausência de autodeterminação da pessoa quando do momento da ação ou omissão cujos efeitos são pertinentes ao direito penal e por via de consequência ao processo penal, que é o instrumento de realização do primeiro. Aqui, há espaço para reflexões de âmbito da política criminal e da filosofia do direito. No entanto, essas matérias fogem ao escopo dessas linhas.

Podemos ponderar, porém, a quem interessaria um processo penal que refuta meios objetivos de prova? Há duas linhas nas quais se dividiram as respostas possíveis a essa questão: na primeira, interessaria aos que acusam sabendo acusar inocentes; na segunda, interessaria aos que se defendem sabendo serem culpados. Do contrário, aqueles que defendem a justiça comprometida com a equidade, com o respeito aos direitos humanos e com a garantia de um processo que investigue fatos puníveis amparada em elementos sólidos, têm acentuados motivos para celebrar o avanço das neurociências.

3. A importância do neurodireito para uma abordagem baseada em evidências

As neurociências aplicadas ao direito tem suscitado discussões sobre o impacto do uso das neurotecnologias sobre os direitos humanos. Como vimos pelas linhas de pesquisa em neurociências e direito fomentadas em cooperações internacionais, esse é um dos temas previstos pelos editais. A literatura aponta a possibilidade de emergirem quatro direitos a partir dessa interação que seriam

respostas a uma ameaça potencial decorrente da submissão da pessoa ao uso das tecnologias: o direito à liberdade cognitiva, o direito à privacidade mental, o direito à integridade mental e o direito à continuidade psicológica.³⁰

No que tange ao direito penal, por outro lado, a utilização da neurociência como fonte material de direito tem impacto decisivo quanto à avaliação de memória, da credibilidade do depoimento de testemunhas, das circunstâncias delitivas e das condições próprias à pessoa do sujeito da perseguição penal. Desse modo, a preocupação não está nos avanços tecnológicos, mas aos fins a que eles servirão. Nesse sentido, vedar a pesquisa que objetiva compreender os efeitos da aplicação das tecnologias inerentes à(s) neurociência(s) no direito significa vedar o exercício de compreensão dos efeitos que devem ser modulados a favor dos direitos humanos. As pessoas têm o direito de saber se, e em que termos, suas ações foram livres nas circunstâncias em que seus comportamentos estão sendo julgados.

4. Conceito de neurociências e a aplicação ao direito

A neurociência³¹ é uma disciplina interdisciplinar que se constitui com a cooperação entre diferentes áreas de especialidade como matemática, linguística, ciência da computação, engenharia, genética, física, química, biologia, filosofia, psicologia, direito, medicina. Tornou-se importante porque permite a compreensão dos temas estudados tendo como suporte a análise de estudos celulares, moleculares, funcionais, do sistema nervoso que influem no comportamento do

³⁰ Para detalhes, consulte: IENCA, Marcello; ANDORNO, Roberto. Towards New Human Rights in the Age of Neuroscience and Neurotechnology. *Life Sciences, Society and Policy*, v. 13 (5), p. 1-27. Basingstoke: Springer Nature, 2017.

³¹ Sobre o uso do artigo no singular, cabe esclarecer. Tomemos como exemplo a Língua Alemã em que se utiliza o artigo *die* para todas as palavras no plural. Numa tradução desavisada para a Língua Portuguesa, o leitor poderia pensar que o artigo correto a ser utilizado para a palavra frutas (no idioma alemão, *Obst*) seria *die*. No entanto, *frutas* é uma palavra que descreve uma categoria que só existe com a reunião de mais de um tipo de fruta. Por isso, o artigo correto a ser empregado em Língua Alemã é o *das*. Assim, diz-se *das Obst*, e não *die Obst*. O mesmo ocorre com a palavra neurociências. Não reputamos usar *neurociencia* como se fosse possível formar uma disciplina diferente para cada contribuição advinda de qualquer área da produção cultural humana. Dessa forma, em Língua Portuguesa, a palavra "neurociências" confere a ideia de uma área formada pela contribuição plural. Assim, a neurociências remete especificamente à ideia de que se está falando da condição em que se recebem diferentes contribuições para que se possa entender o comportamento humano por meio da influência sobre o sistema nervoso.

indivíduo consigo e com o grupo social com o qual interage. Além disso, as neurociências utilizam modelos preditivos de comportamento baseados em informações automatizadas (modelos computacionais), análise de respostas a intervenções terapêuticas, análise de impacto de medidas de gestão pública sobre o comportamento humano etc. Um de seus grandes diferenciais são as técnicas que permitem a avaliação de resposta funcional no momento em que a pessoa realiza determinada conduta.

A aplicabilidade no estudo do comportamento humano, não apenas em situações de doenças, mas em situações em que a pessoa goza de plena saúde, fez com que seus resultados passassem a ser admitidos pelos ramos especializados do direito. Assim, neuroeconomia e *neuromarketing*, passaram a influir sobre as análises de conteúdo das propagandas que induzem o consumo e de definição das estratégias de mercado que podem violar o direito do consumidor ou modificar os fluxos de negócios com base na análise do comportamento das pessoas em relação aos efeitos das teorias amplamente divulgadas; a neuroquímica, a neurofisiologia e a neurogenética, passaram a determinar as análises que se destinam a revelar desde os níveis determinados como toxicidade etílica para embriaguez ao volante, passando pelos testes de dosagem hormonal nas medidas de castração química, até a avaliação da ativação de eixos neuroendócrinos especificamente relacionados com o estresse de uma determinadas situação a que a pessoa está submetida; a neuroimagem, revelou-se muito útil para a avaliação do comportamento humano ao tempo em que respostas como mentira, libido sexual em situações especificamente vedadas pelo legislador, raiva, nojo, medo e preconceito, estão se manifestando.

Esse cabedal de informações tem sido aportado às demandas sociais sem uma estrutura que demonstre essa sistematização e isso dificulta a compreensão sistemática da matéria advinda da neurociências pelo operador do direito. Cientes desse impacto, desde a década de 1990 a doutrina internacional tem se ocupado dessa questão, sistematizando o conhecimento no que chamou de *neurolaw*. No entanto, como a produção em neurociências ao redor do mundo não está voltada a atender especificamente às questões jurídicas, há a necessidade de observar no que essa produção técnica, especificamente desenvolvida com base na formulação de

modelos voltadas a explicar aspectos pontuais do comportamento humano, é aplicável ao direito, ainda que não seja publicada sob o título específico de *neurolaw*.

Assim, há outros ramos: a neurociência do afeto, cujas pesquisas estão focadas sobre como os neurônios se comportam em relação às emoções; a neurociência do comportamento, cujo foco de estudo repousa sobre como o cérebro afeta o comportamento; a neurociência clínica, na qual neurologistas, psiquiatras, psicólogos e outros terapeutas clínicos, estudam as desordens do sistema nervoso a partir da análise de resultados de pesquisa em neurociência básica (modelos de estudos laboratoriais) a fim de prevenir ou de tratar suas ocorrências; a neurociência cognitiva, cujo escopo está em como o cérebro forma e controla os pensamentos, bem como os processos neurais se desencadeiam; a neurociência computacional, na qual os modelos são definidos para que o processamento automatizado da informação, as técnicas de física e matemática aplicadas, as análises vetoriais gráficas e a representação neuroanatômica viabilizam a compreensão sobre como o cérebro funciona; a neurociência cultural, que se dedica a estudar a interação de fatores genômicos, neuronais e neuropsicológicos, na produção cultural de determinado grupo, cuja contribuição tem sido útil para explicar as variações na saúde populacional, esclarecendo fatores de confusão, em respostas modificadas por hábitos culturais, quando os estudos são desenvolvidos em diferentes grupos culturais; a neurociência do desenvolvimento, a qual estuda como se processa o neurodesenvolvimento quanto à geração, crescimento, funcionamento e mudança, nas diferentes fases da vida humana; a neurociência molecular e celular, que se ocupa do estudo de genes, proteínas, moléculas e células, nas funções realizadas em nível celular e molecular do sistema nervoso e de sistemas correlatos; a neuroengenharia, cujas técnicas são utilizadas para compreender, substituir, reparar ou melhorar o sistema nervoso; a neuroimagem, cujo foco principal é o cérebro, em seus aspectos anatômicos e funcionais, explicando as áreas de ativação ou de inativação correlacionadas ao comportamento humano; a neuroinformática, cuja análise de comportamento ocorre de modo instantâneo com dados coletados em grandes populações (como ocorreu com as análises de comportamento social a

partir de dados coletados em redes sociais por ocasião do pandemia de COVID-19);³² a neurolinguística, cujos estudos avaliam como o cérebro nos permite adquirir, armazenar, compreender e expressar a linguagem, ajudando os terapeutas a estabelecer estratégias que ajudam a desenvolver e/ou a corrigir problemas de linguagem; a neurofisiologia, cujo escopo está em como o cérebro e suas funções se relacionam com as diferentes partes do corpo. Embora tenham sido elencadas em subáreas para facilitar a avaliação da aplicabilidade das neurociências, essas subáreas não subsistem de modo isolado. Além disso, essa breve explanação evidencia a dimensão do impacto dessa revolução de conhecimento para o campo do Direito.

Dan M. Kahan, da Faculdade de Direito de Yale, publicou um estudo em que evidenciou o paradoxo da comunicação científica atual. Segundo Kahan, as sociedades humanas nunca souberam tanto sobre mitigar os perigos que enfrentam, mas que isso leva a um paradoxo porque elas apresentam evidências convincentes de modo conflitante, e afirma que resolver esse paradoxo é o objetivo central de uma nova ciência da comunicação científica que não deve se confundir com uma nova forma de ciência político-partidária.³³

5. A repercussão da neurociências na teoria jurídica do crime: a casuística da culpabilidade

Paralelo à estruturação da neurociências como área do conhecimento dedicada à aplicação de métodos de pesquisa empírica a fim de obter dados que explicassem o comportamento humano, as Ciências Penais foram recepcionando paulatinamente as projeções dessas descobertas na forma de dados primários e, de modo mais elaborado, na forma das produções da filosofia e da doutrina jurídica.

As descobertas em neurociências têm sido utilizadas para a revisão da doutrina do crime, das teorias da pena e para a avaliação dos efeitos das práticas correcionais. O principal norteador tem sido a utilização de tecnologias que ajudam

³² SILVA, Ângelo Roberto Ilha da; DIAS, Daison Nelson Ferreira. *Como o Coronavírus Afeta a sua Vida? Neurociências, Contágio e Direito Penal*. Curitiba: Brazil Publishing, 2020.

³³ KAHAN, Dan M. What Is The "Science of Science Communication"? *Journal of Science Communication*, v. 14 (3), p. 1-10. Thousand Oaks: SAGE, 2015.

a compreender como o funcionamento cerebral amolda, ou determina, o nosso comportamento. Quanto à aplicação ao direito penal, o objetivo é a utilização das técnicas da neurociências para explorar a relação entre o cérebro, a mente, as emoções, as influências sociais, as características ambientais e o comportamento humano, que pode levar à reforma das abordagens restritivas e retributivas ao estudo do crime.

Dentre os destacados campos em que se avultam os progressos da pesquisa translacional estão a plasticidade cerebral, esclarecendo até que ponto o cérebro pode se amoldar em resposta a novos estímulos e às mudanças no ambiente; a formação, a modificação e a extinção da memória, com reflexos sobre a validade da prova testemunhal e sobre o direito ao esquecimento; a emergência dos diferentes tipos de emoções, como nojo, raiva, medo ou pânico, e a consequente modulação do comportamento humano na interação intersubjetiva; os estados alterados de consciência que decorrem de um amplo espectro de situações que vão desde a mudança de rotinas de condicionamento adaptativo (erros na execução inerente à execução de atos rotineiros, ausência de percepção de mudanças nas informações não detectadas ordinariamente por não reputadas como relevantes pelo cérebro, etc.) às alterações decorrentes do uso de drogas; as alterações da percepção dos sentidos, em especial as distorções na percepção auditiva e visual; alterações na coordenação e resposta motora em situações de estresse, respostas neurovegetativas condicionadas pela doutrinação à sociopatia criminosa, a análise objetiva do comportamento na psicopatia criminosa etc. O conjunto de técnicas utilizadas aliado à interpretação dos resultados à luz das neurociências aplicadas à filosofia do direito e ao direito penal conduzem à perspectiva de que a aplicação da neurotecnologia possa permitir a predição de comportamento antissocial. Os dados permitem o reconhecimento do modo com que o comportamento criminoso é estimulado, como se observa no que fora descrito no livro *Sociopatas Criminosos e a Obsolescência Social*,³⁴ por exemplo.

Na teoria do crime, a repercussão das neurociências se faz notar de modo indelével no âmbito do comportamento humano e da culpabilidade, sendo que para

³⁴ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da; DIAS, Daison Nelson Ferreira. *Sociopatas Criminosos e a Obsolescência Social*. Curitiba: Brazil Publishing, 2020.

não nos alongarmos em demasia neste artigo restringiremos à última. A teoria do crime constitui um dos capítulos mais desafiadores e controvertidos do Direito Penal. No decorrer da evolução doutrinária, algumas concepções epistemológicas restaram por prevalecer, cada qual a seu tempo, exercendo influência na doutrina, na legislação e na jurisprudência. Desde o último quartel do século XIX, os sistemas causais até a década de trinta do século XX dominavam o cenário. A partir da década de 1930, o finalismo de Hans Welzel passa a ter um espaço de forma crescente – se bem que entre nós veio a ser apresentado somente na década de 1970, com publicações de João Mestieri,³⁵ Miguel Reale Júnior,³⁶ Luiz Luisi,³⁷ Francisco de Assis Toledo.³⁸ Nos dias atuais, concorrem na doutrina brasileira, além do finalismo, o funcionalismo de Claus Roxin e Günther Jakobs.

Ao nos referirmos a sistemas causais, assim o fazemos em consonância com a lição de Juarez Tavares,³⁹ que alberga na expressão a concepção clássica e a neoclássica. Isso porque, a despeito de entendimento diverso, os sistemas causais convergem em dividir o crime em parte objetiva e subjetiva, a primeira albergando a tipicidade e a ilicitude e a segunda a culpabilidade, com a particularidade de, na concepção neoclássica, advirem, além dos aspectos valorativos ao fato punível, elementos subjetivos e normativos ao tipo penal, ainda que de modo excepcional, o que determinava para essa doutrina os denominados tipos anormais.

Interessante notar que o sistema causal-naturalista foi edificado em um contexto histórico fortemente influenciado pelo ideário segundo o qual as consideradas ciências *par excellence* eram as ciências da natureza. Porém, naquele momento histórico, o avanço tecnológico ainda era muito distante dos recursos hoje disponíveis. A guisa de exemplo, o eletroencefalograma, que tanta contribuição trouxe à psiquiatria e à neurologia surgiu somente em 1929. A tomografia

³⁵ MESTIERI, João. *Curso de Direito Criminal: Parte Especial*. São Paulo: Editora Alba Limitada, 1970. Conforme, ainda: TAVARES, Juarez. *Teorias do Delito (Variações e Tendências)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 106-107.

³⁶ REALE JÚNIOR, Miguel. *Dos Estados de Necessidade*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1971.

³⁷ Que defendeu sua tese de livre-docência na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em 1977, sob o título *O Tipo Penal e a Teoria Finalista da Ação*, a qual foi depois editorialmente publicada: LUIZI, Luis. *O Tipo Penal, A Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal*. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.

³⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. *O Erro no Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1977.

³⁹ TAVARES, Juarez. *Teorias do Delito (Variações e Tendências)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 17-52.

computadorizada remonta ao final da década de 1970.⁴⁰ Para se ter uma leve ideia dos avanços científicos, é de se referir a descoberta segundo a qual os denominados 'neuróticos' poderiam ser, em verdade, epiléticos focais e conscientes, fato que era desconhecido no século XIX".⁴¹ Com o desenvolvimento da teoria freudiana, o termo neurose passou a designar distúrbios mais associados às alterações neurológicas e psiconeuroses emergiu como termo mais associado às alterações funcionais nas quais se enquadravam a histeria e as obsessões, como a hipocondria. Até essa distinção, algumas das pacientes epiléticas foram classificadas como histéricas, equívoco justificado à época, tendo em conta seu contexto histórico. "Hoje em dia é sabido que se pode controlar em grande parte as epilepsias com medicamentos adequados, e não com divã".⁴²

Assim é que os sistemas causais, a despeito do deslumbre com a ciência de sua época, não dispunham, em termos científicos, dos recursos hoje disponíveis. E isso levava a um monismo em que o método da ciência jurídica deveria ser o mesmo das ciências da natureza. Tendo-se em conta um considerável interregno do século XX, as duas orientações que mais exerceram influência sob a égide do Código Penal de 1940 foram o sistema causal na versão neokantista e, notadamente após a Reforma da Parte Geral de 1984, o finalismo.

Importa destacar que tanto no Código Penal com a Parte Geral original como também a Nova Parte Geral de 1984 o livre-arbítrio está subjacente a noção de culpabilidade.⁴³ Isso porque tanto o neokantismo como também o finalismo laboram com a noção de culpabilidade como juízo de censura, o primeiro numa perspectiva psicológico-normativa e o segundo, destituído do componente psicológico, numa concepção normativa pura.

⁴⁰ DIAS, Daison Nelson Ferreira. *Avaliação das Conexões Intra-Corticais e Limites Estruturais da Displasia Cortical Focal tipo Taylor em Pacientes com Epilepsia Refratária*. Porto Alegre: PUCRS, 2011.

⁴¹ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Da Inimputabilidade Penal em face do Atual Desenvolvimento da Psicopatologia e da Antropologia*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 22.

⁴² SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Da Inimputabilidade Penal em face do Atual Desenvolvimento da Psicopatologia e da Antropologia*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 22.

⁴³ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da Silva. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 442 e ss. Para um detalhamento sobre as pesquisas de Benjamin Libet e sua influência na teoria do crime, ver: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da; DIAS, Daison Nelson Ferreira. Benjamin Libet: do *Bereitschaftspotential* à Teoria Dualística *Free Will* e *Free Won't* e sua Repercussão na Culpabilidade como Juízo de Reprovação. *Revista do IBCCrim*, v. 182, ano 29, p. 17-68. São Paulo: Revista dos Tribunais, agosto/2021.

Noutras palavras, para o causal-naturalismo neoclássico, a culpabilidade constitui-se na relação psicológica entre o agente e o fato delitivo ao que se soma a exigibilidade de comportamento conforme o direito como elemento indispensável à caracterização do juízo de reprovação.⁴⁴ Por sua vez, o finalismo, pelo fato de trasladar os elementos subjetivos para a conduta típica, torna a culpabilidade um puro juízo de reprovação.

Num e noutro caso, o livre-arbítrio funciona como pressuposto indispensável ao referido juízo de reprovação ou de censura. Mas, tomando-se o finalismo como parâmetro, enquanto doutrina fortemente presente na Reforma Penal de 1984,⁴⁵ a culpabilidade compreende a imputabilidade penal, o conhecimento potencial da ilicitude e a exigibilidade de comportamento conforme o direito, sendo que nessa compreensão as neurociências têm contribuições fundamentais para as três categorias, a saber: para o estudo da imputabilidade penal, perpassando por contribuições com dados objetivos verificáveis; para o estudo do conhecimento da ilicitude, a partir dos estudos sobre maturidade neuronal e desenvolvimento cognitivo; e, para o estudo da exigibilidade de comportamento conforme o direito, ao considerar, por exemplo, os estudos sobre memória e sobre a afetação que as emoções provocam no comportamento humano.

Cientes de que a exposição dos fundamentos não deve se abster de instrumentar o leitor para que possa formar uma percepção precisa e cientes de que, no Brasil, este tipo de publicação é seminal, explicaremos essas contribuições à compreensão dos fundamentos materiais a partir dos avanços das neurociências no

⁴⁴ Assim: HUNGRIA, Nélon; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. I, t. II, p. 25: "Culpabilidade (culpa 'sensu lato'). Para reconhecimento do crime, como *fato punível*, não bastam a tipicidade e a injuridicidade: é também necessário que haja uma relação subjetiva ou causalidade psíquica vinculando o fato ao agente (culpabilidade, culpa *sensu lato*)." Adiante, por ocasião do comentário relativo à coação moral, lê-se, na p. 256: "Assim, somente a coação moral (irresistível) entra, pròpriamente, no quadro das causas de inculpabilidade. Em tal caso, o coagido contribui com a sua vontade (*coactus, tamen voluit*); mas, como esta não é livre, deixa de ser censurável e, portanto, culpável." Das passagens, fica clara a adesão da teoria psicológico-normativa, consoante a concepção neokantista ou neoclássica. No mesmo sentido, é a doutrina de Aníbal Bruno, para quem há três elementos que entram na estrutura da culpabilidade, quais sejam: a) a imputabilidade; o elemento psicológico-normativo; e c) a exigibilidade, nas circunstâncias, de um comportamento conforme o dever. Confira-se em: BRUNO, Anibal. *Direito Penal: Parte Geral*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. 2º, p. 23 e ss., em especial nas p. 32-33.

⁴⁵ Sobre o ponto, ver: TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 216 e ss.

estudo do livre-arbítrio.

Para Hans Welzel,⁴⁶ o livre-arbítrio consiste na *capacidade de determinar-se conforme um sentido*. Essa noção é fundamental em seu sistema porque – de acordo com a compreensão referida – a culpabilidade dá-se ante a ausência da autodeterminação conforme o sentido por um agente que detinha a capacidade de atuar com autodeterminação. Não obstante, hoje, tem-se afirmado, até com alguma frequência, que as neurociências estariam a infirmar o livre-arbítrio, o que, há de se convir, provocaria uma verdadeira erosão no modelo final.

Evidente que o espaço aqui não permite uma maior digressão sobre a problemática – a qual tem sido tratada em trabalhos monográficos,⁴⁷ em trabalhos coletivos⁴⁸ com artigos mais específicos e em publicações em revistas.⁴⁹ Assim, a abordagem aqui trazida consiste em uma primeira aproximação.

O livre-arbítrio, consoante vimos, é uma espécie de pedra de toque do finalismo, sem o qual o juízo de reprovação torna-se impraticável. Não obstante, o livre-arbítrio tem sido posto em causa, sob invocações supostamente neurocientíficas, o que, de fato, não está respaldado em evidências, ou seja, a neurociência não fez soçobrar o livre-arbítrio.

Este é um ponto crucial na inflexão da qual muitos juristas devem se afastar: não se pode confundir um erro de interpretação de um conjunto de dados obtidos com a aplicação da neurotecnologia com um erro da neurociência. O exemplo mais conhecido dessa precariedade racionalista é a interpretação atribuída aos resultados das décadas de pesquisa sobre livre-arbítrio protagonizadas pelo neurocientista Benjamin Libet. Em síntese, Libet conduziu uma série de experimentos que identificaram a anterioridade de atividade elétrica cerebral em relação à consciência da conduta associada a essa atividade cerebral. Assim, entendeu-se que a existência de atividade cerebral anterior à percepção consciente quanto à vontade de realizar

⁴⁶ WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. 11ª ed. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1969, p. 148.

⁴⁷ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Livre Arbítrio e Direito Penal: Revisão frente aos Aportes da Neurociência e à evolução dogmática*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

⁴⁸ DEMETRIO CRESPO, Eduardo et al. *Neurociencias y Derecho Penal: Nuevas Perspectivas en el Ámbito de la Culpabilidad y Tratamiento Jurídico-Penal de la Peligrosidad* (director Eduardo Demetrio Crespo; coordinator Manuel Maroto Calatayud). Madrid: Edisofer S. L., 2013; CARDOSO, Renato César et al. *Livre-Arbítrio: Uma Abordagem Interdisciplinar*. Belo Horizonte: Artesã, 2017.

⁴⁹ SOUZA, Draiton Gonzaga de. Feuerbach e a Questão do Livre-Arbítrio: Acerca dos Pressupostos Filosóficos do Direito Penal. *Revista de Estudos Criminais*, v. 50, p. 45-60. Porto Alegre, 2013.

um dado comportamento era a prova de que as pessoas não eram livres quanto à decisão de realizar esse comportamento. De modo mais razoável, há duas justificativas para esse erro de interpretação: a primeira repousa sobre o modo com que as pesquisas de ciência básica se desenvolvem.

Os desenhos de pesquisa são voltados a testar uma hipótese experimental, mas o resultado precisa ser bem delimitado quanto à aplicação no contexto mais amplo, não restritivo à semelhança das condições definidas para o experimento do qual se extraíram os resultados. Isso significa dizer que testar a detecção de potenciais elétricos, no caso em comento, impunha a conclusão apenas quanto a existência ou não de registros de atividades elétricas cerebrais. As causas e as consequências desse registro não são explicadas pelos registros em si, mas pelo contexto do comportamento humano nas situações que ocorrem antes, durante e depois do registro. Após a cumulação suficiente de dados nesse sentido, Libet publicou uma revisão em que explicou mais detalhadamente o significado de suas descobertas.⁵⁰

Os maiores críticos daqueles que arguem contra a existência do livre-arbítrio associaram-se em um quarteto mundialmente conhecido como *The Four Horseman*, nomenclatura que faz referência direta aos quatro cavalheiros do apocalipse, em razão de seus ácidos argumentos contrários à religião.⁵¹

No âmbito da inimputabilidade penal, as neurociências demonstram uma realçada capacidade de rendimento propiciando uma precisa compreensão e definição de categorias que por décadas desafiaram os estudiosos. Tomemos o exemplo da psicopatia, a qual era considerada como perturbação da saúde mental enquadrável no antigo art. 22, parágrafo único, do Código Penal, em sua versão original,⁵² e atual art. 26, parágrafo único.

⁵⁰ LIBET, Benjamin. Do We Have Free Will? *Journal of Consciousness Studies*, v. 6 (8-9), p. 47-57. Exeter: Imprint Academic, 1999. Vide, ainda, a seguinte tradução do referido artigo científico com notas explicativas: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da; DIAS, Daison Nelson Ferreira. Nós Temos Livre-Arbítrio? *Veritas*. Porto Alegre, v. 66, nº 1, p. 1-14, jan.-dez. 2021.

⁵¹ DAWKINS, Richard; HARRIS, Sam; DENNET, Daniel C.; HITCHENS, Christopher. *The Four Horsemen: The Conversation that Sparked an Atheist Revolution*. New York: Random House, 2019.

⁵² Isso está expressamente enunciado na Exposição de Motivos da antiga Parte Geral do Código Penal (item 19), a ver-se: "No parágrafo único do art. 22, é facultada a redução da pena no tocante aos que, 'em virtude de perturbação da saúde mental, ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado', não possuíam, no momento da ação, a plena capacidade de entendimento, ou de

Hoje, não obstante, as neurociências definem que a psicopatia, a despeito da denominação, não é uma doença mental tampouco um transtorno ou “perturbação da saúde mental”. Em verdade, o psicopata é um ser humano cujo afeto é indiferente, sendo que dessa forma não está vulnerabilizado pela empatia e, em conformidade com o critério biopsicológico adotado pelo CP, é imputável, porque a cognição e autodeterminação estão preservadas.⁵³

Conclusão

A neurociências aplicadas ao direito penal contribuem para mudar a abordagem da investigação criminal, da punição e da execução das reprimendas, bem como contribuem para embasar mudanças efetivas nas políticas e justiça criminais.

O aspecto translacional da pesquisa em *neurolaw* instrumentaliza o operador do direito, seja pela acusação, pela defesa ou pela jurisdição, para que possa realizar de modo autônomo a apreciação mais acurada quanto aos dados sobre a possibilidade de autodeterminação do sujeito, sobre as circunstâncias relacionadas com o corpo de delito e sobre a influência da história social do agente, da vítima e das testemunhas envolvidas com a materialidade delitiva sob perseguição penal.

É necessário melhorar as condições das prisões superlotadas e tratar as pessoas em situação de cárcere com medidas que respeitem os direitos humanos e que se afastem concreta e efetivamente das condições degradantes que caracterizam a generalidade das prisões no Brasil, superando o que fora definido pelo STF como estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro (ADPF 347). O problema do super encarceramento é agravado pela prática de um processo penal que se abstém de considerar os avanços sobre os meios pelos quais

autodeterminação. O projeto teve em vista, aqui, principalmente, os chamados 'fronteiriços' (anormais psíquicos, psicopatas)".

⁵³ A indiferença afetiva do psicopata e seus desdobramentos como facilitadora de um comportamento criminoso foram explicadas à luz das pesquisas clássicas e vanguardistas em neurociências no livro SILVA, Ângelo Roberto Ilha da; DIAS, Daison Nelson Ferreira. *Psicopatas Criminosos e a Sociedade Vulnerável*. 2ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

o comportamento humano pode ser avaliado e pelos quais as intervenções podem ser medidas em suas efetividades.

Um fato perturbador, mas cientificamente necessário de se enfrentar, é que a maioria das instituições nas quais as penas e as medidas de segurança são cumpridas acaba por estimular a criminalidade e por se configurar em ambiente mais propício à infração penal do que o ambiente no qual o agente se desenvolveu e/ou foi estimulado à prática delitiva. Não obstante as teorias quanto à finalidade da pena, há inegável dever do Estado de oferecer condições ambientais em que a pessoa privada de sua liberdade possa ter seus direitos preservados, sob pena de se lhe imputar, em verdade, duas punições em face da mesma condenação: a privação da liberdade e a privação de seus direitos à existência em condições que não violem a sua dignidade como ser humano.

O ponto de partida para a melhoria do sistema penal é a otimização da persecução penal por meio da incorporação de métodos que mitiguem o poder de utilização do direito penal como meio de qualquer tipo de perseguição (política, ideológica, étnico-racial, religiosa), ou seja, tornando os meios de apuração e punição da infração mais independentes da vontade de grupos ideológicos que podem se utilizar dos recursos públicos para perseguir pessoas cuja única conduta a ser apurada é a discordância, pacífica e constitucionalmente garantida, expressa pelos sujeitos submetidos à perseguição.

No curso da evolução civilizatória que contribui para a independência das instituições destinadas a salvaguardar a sociedade da omissão e da comissão criminosa, emerge a preocupação de parte dos pesquisadores no sentido de que a neurotecnologia poderia ser usada como uma ameaça aos direitos e liberdades civis das pessoas sob o pretexto de se aumentar a segurança pública.

A preocupação é procedente e a solução perpassa a necessária ampliação da difusão dos avanços em neurociências do comportamento humano aplicada ao direito penal. A ausência de recepção dos avanços da neurotecnologia pela doutrina, ciência e jurisprudência, no direito e processo penal, configura o perigoso cenário em que os resultados dos estudos passam a ser mal interpretados, porque não debatidos adequadamente com os operadores do direito, e, conseqüentemente,

funcionem como meio de reiteração de preconceitos arraigados em nossa cultura e que não contribuem para diminuir a criminalidade.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. 2º.

CANADIAN INSTITUTES OF HEALTH RESEARCH. *CIHR Partners with the European Union to Fund Research in Key Areas*. Disponível em: <https://cihr-irsc.gc.ca/e/51769.html>. Acesso em: 17/07/2020.

CAPES. *Crianças em Situação de Risco São Tema de Evento na UFSCar*. Disponível em: <https://www.capes.gov.br/36-noticias/10058-criancas-em-situacao-de-risco-sao-tema-de-evento-na-ufscar>. Acesso em: 17/07/2020.

CAPES. *Programa CAPES-YALE de Doutorado em Ciências Biomédicas*. Disponível em: <https://www.capes.gov.br/images/stories/download/editais/resultados/08012019-Edital-24-2018.pdf>. Acesso em: 17/07/2020.

CARDOSO, Renato César et al. *Livre-Arbítrio: Uma Abordagem Interdisciplinar*. Belo Horizonte: Artesã, 2017.

DAWKINS, Richard; HARRIS, Sam; DENNET, Daniel C.; HITCHENS, Christopher. *The Four Horsemen: The Conversation that Sparked an Atheist Revolution*. New York: Random House, 2019.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo et al. *Neurociencias y Derecho Penal: Nuevas Perspectivas en el Ámbito de la Culpabilidad y Tratamiento Jurídico-Penal de la Peligrosidad* (director Eduardo Demetrio Crespo; coordinator Manuel Maroto Calatayud). Madrid: Edisofer S. L., 2013.

DIAS, Daison Nelson Ferreira. *Avaliação das Conexões Intra-Corticais e Limites Estruturais da Displasia Cortical Focal tipo Taylor em Pacientes com Epilepsia Refratária*. Porto Alegre: PUCRS, 2011.

EUROPEAN COMMISSION. *Horizon 2020*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/en/area/funding-researchers>. Acesso em: 17/07/2020.

FAIGMAN, David L.; BONNIE, Richard J.; CASEY, B.J.; DAVIS, Andre; HOFFMAN, Morris B.; JONES, Owen D.; MONTAGUE, Read; MORSE, Stephen J.; RAICHLE,

Marcus E.; RICHESON, Jennifer; SCOTT, Elizabeth S.; STEINBERG, Laurence; TAYLOR-THOMPSON, Kim A.; WAGNER, Anthony D.; YAFFE, Gideon. G2i Knowledge Brief: A Knowledge Brief of the MacArthur Foundation Research Network on Law and Neuroscience. *MacArthur Foundation Research Network on Law and Neuroscience*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2881618>. Acesso em: 17/07/2020.

FEDERAL JUDICIAL CENTER. *Programs and Resources for Judges*. Disponível em: <https://www.fjc.gov/education/programs-and-resources-judges>. Acesso em: 17/07/2020.

FEDERATION OF EUROPEAN NEUROSCIENCE SOCIETIES. *Brain Awareness Week*. Disponível em: <https://www.fens.org/Outreach/FENS-Brain-Awareness-Week/>. Acesso em: 17/07/2020.

FEDERATION OF EUROPEAN NEUROSCIENCE SOCIETIES. Disponível em: <https://www.fens.org/About-FENS/>. Acesso em: 17/07/2020.

FORDHAM UNIVERSITY. SCHOOL OF LAW. *Neuroscience and Law Center*. Disponível em: https://www.fordham.edu/info/24639/neuroscience_and_law_center. Acesso em: 17/07/2020.

HAACK, Susan. *Evidence Matters: Science, Proof, and Truth in the Law*. New York: Cambridge University Press, 2014.

HUNGRIA, Néelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*, v. I, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

IENCA, Marcello; ANDORNO, Roberto. Towards New Human Rights in the Age of Neuroscience and Neurotechnology. *Life Sciences, Society and Policy*, v. 13 (5), p. 1-27. Basingstoke: Springer Nature, 2017.

KAHAN, Dan M. What Is The "Science of Science Communication"? *Journal of Science Communication*, v. 14 (3), p. 1-10. Thousand Oaks: SAGE, 2015.

LIBET, Benjamin. Do We Have Free Will? *Journal of Consciousness Studies*, v. 6 (8-9), p. 47-57. Exeter: Imprint Academic, 1999.

LIFEARC. *Pipeline*. Disponível em: <https://www.lifearc.org/working-with-us/pipeline/>. Acesso em: 17/07/2020.

LUIZI, Luis. *O Tipo Penal, A Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal*. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.

MASSACHUSETTS GENERAL HOSPITAL. CENTER FOR LAW, BRAIN & BEHAVIOR. Disponível em: <http://clbb.mgh.harvard.edu/>. Acesso em: 17/07/2020.

MAX PLANCK FLORIDA INSTITUTE FOR NEUROSCIENCE. *Graduate Students*. Disponível em: https://mpfi.org/training/graduate-programs/?gclid=EAlaIQobChMI8_H4povU6gIVCcxGRCh2M8AKVEAAYASAAEgJQOvD_BwE. Acesso em: 17/07/2020.

MCCLURE, David. *Focus Group on Scientific and Forensic Evidence in the Courtroom*. Disponível em: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/220692.pdf>. Acesso em: 17/07/2020.

MESTIERI, João. *Curso de Direito Criminal: Parte Especial*. São Paulo: Editôra Alba Limitada, 1970.

NEURON. *Cofund*. Disponível em: <https://www.era-learn.eu/network-information/networks/neuron-cofund/call-for-proposals-for-research-projects-on-ethical-legal-and-social-aspects-elsa-of-neuroscience>. Acesso em: 17/07/2020.

NEURON. Disponível em: <http://www.neuron-eranet.eu>. Acesso em: 17/07/2020.

NEURON. *Research Projects on Ethical, Legal, and Social Aspects (ELSA) of Neuroscience*. Disponível em: <https://www.neuron-eranet.eu/en/724.php>. Acesso em: 17/07/2020.

OXFORD UNIVERSITY PRESS ACADEMIC. *Oxford Series in Neuroscience, Law, and Philosophy*. Disponível em: <https://global.oup.com/academic/content/series/o/oxford-series-in-neuroscience-law-and-philosophy-osnlp/?lang=en&cc=us>. Acesso em: 17/07/2020.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Dos Estados de Necessidade*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1971.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Livre Arbítrio e Direito Penal: Revisão frente aos Aportes da Neurociência e à evolução dogmática*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

SFN. *Science Educator Award*. Disponível em: <https://www.sfn.org/outreach/awards>. Acesso em: 17/07/2020.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Da Inimputabilidade Penal em face do Atual Desenvolvimento da Psicopatologia e da Antropologia*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da; DIAS, Daison Nelson Ferreira. Benjamin Libet: do *Bereitschaftspotential* à Teoria Dualística *Free Will* e *Free Won't* e sua Repercussão

na Culpabilidade como Juízo de Reprovação. *Revista do IBCCrim*, v. 182, ano 29, p. 17-68. São Paulo: Revista dos Tribunais, agosto/2021.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da; DIAS, Daison Nelson Ferreira. Como o Coronavírus Afeta a Sua Vida? *Neurociências, Contágio e Direito Penal*. Curitiba: Brazil Publishing, 2020.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da; DIAS, Daison Nelson Ferreira. Nós Temos Livre-Arbítrio? *Veritas*. Porto Alegre, v. 66, nº 1, p. 1-14, jan.-dez. 2021.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da; DIAS, Daison Nelson Ferreira. *Psicopatas Criminosos e a Sociedade Vulnerável*. 2ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da; DIAS, Daison Nelson Ferreira. *Sociopatas Criminosos e a Obsolescência Social*. Curitiba: Brazil Publishing, 2020.

SOCIETY FOR NEUROSCIENCE. *Leadership Development Program*. Disponível em: <https://www.sfn.org/initiatives/leadership-development-program>. Acesso em: 17/07/2020.

SOUZA, Draiton Gonzaga de. Feuerbach e a Questão do Livre-Arbítrio: Acerca dos Pressupostos Filosóficos do Direito Penal. *Revista de Estudos Criminais*, v. 50, p. 45-60. Porto Alegre, 2013.

STANFORD UNIVERSITY. WU TSAI NEUROSCIENCE INSTITUTE. *Seed Grants*. Disponível em: <https://neuroscience.stanford.edu/research/programs/seed-grants>. Acesso em: 17/07/2020.

TAVARES, Juarez. *Teorias do Delito (Variações e Tendências)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

TEMPLE UNIVERSITY. CENTER FOR PUBLIC HEALTH LAW RESEARCH. *Understanding How Law Influences Environments and Behavior*. Disponível em: <http://publichealthlawresearch.org/method/understanding-how-law-influences-environments-and-behavior>. Acesso em: 17/07/2020.

THE NATIONAL JUDICIAL COLLEGE. NATIONAL TRIBAL JUDICIAL CENTER. Disponível em: <https://www.judges.org/ntjc/tribal-advisory-board/>. Acesso em: 17/07/2020.

THE ROYAL SOCIETY. *Brain Waves 4: Neuroscience and the Law*. Disponível em: <https://royalsociety.org/topics-policy/projects/brain-waves/responsibility-law/>. Acesso em: 17/07/2020.

TOLEDO, Francisco de Assis. *O Erro no Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1977.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. NATIONAL INSTITUTE OF CORRECTIONS. *Pretrial - Risk Assessment*. Disponível em: <https://nicic.gov/assign-library-item-package-accordion/pretrial-risk-assessment>. Acesso em: 17/07/2020.

VANDERBILT UNIVERSITY. COLLEGE OF ARTS AND SCIENCE. *Neuroscience Program*. Disponível em: <https://as.vanderbilt.edu/neuroscience/>. Acesso em: 17/07/2020.

WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. 11ª ed. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1969.

YALE UNIVERSITY. YALE LAW SCHOOL. *Cruzan Thirty Years Later: Neuroscience and a Reexamination of a Landmark Right-to-Die Case*. Disponível em: <https://law.yale.edu/yls-today/yale-law-school-events/cruzan-thirty-years-later-neuroscience-and-reexamination-landmark-right-die-case>. Acesso em: 17/07/2020.

2. Mediação, negociação e práticas restaurativas com psicopatas – reflexões práticas e teóricas



<https://doi.org/10.36592/9786581110628-2>

Paulo Valério Dal Pai Moraes¹

Sumário: Introdução. 1. Métodos autocompositivos e heterocompositivos. 2. Métodos autocompositivos – negociação, mediação, conciliação, justiça restaurativa e círculos de paz. 2.1. Negociação; 2.2. Mediação; 2.3. Conciliação; 2.4. Justiça restaurativa e círculos de paz; 3. Métodos autocompositivos, justiça restaurativa, círculos de paz e os psicopatas e psicossociais; 4. Técnicas de mediação/negociação possíveis envolvendo indivíduos com traços psicopatas; Conclusões.

Introdução

O estudo das neurociências abriu meus horizontes de pesquisa para as mais variadas áreas, pois a visão sistêmica e interdisciplinar é inafastável quando se procura desvendar os mistérios do comportamento humano e não humano.

Foi impositivo, então, buscar aportes de conhecimentos de genética, de biologia, de epigenética, de física quântica e, como não poderia ser diferente, encontrei boa doutrina e variados estudos sobre os psicopatas, trabalhos estes que acabaram sendo, decisivamente, complementados pelas valiosas aulas recebidas de grandes mestres nacionais e internacionais, no Curso de Pós-Graduação em Neurociência e Comportamento que conclui no ano de 2021 na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

¹ Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito do Estado pela PUC/RS. Especialista em Neurociência e Comportamento pela PUC/RS. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/RS. Um dos autores do Manual de Negociação e Mediação do Conselho Nacional do Ministério Público. Primeiro membro do Ministério Público a receber designação do Procurador-Geral de Justiça para exercer as atribuições de Mediador, Negociador, Conciliador e Facilitador de métodos autocompositivos representando o Ministério Público. Autor de vários livros e artigos, individuais e coletivos, em áreas variadas do Direito e dos métodos autocompositivos, realizando capacitações em todo o Brasil sobre os métodos autocompositivos com foco nas neurociências. Professor de Neurociência.

Professores como Adrian Raine, autor do famoso livro *A Anatomia da Violência*, o neurocientista André Palmini e o não menos *expert* Professor Antoine Bechara ofereceram amplos e aprofundados estudos sobre o tema dos psicopatas e da violência, trazendo informações valiosas que precisam ser, ao menos, compartilhadas.

Por outro lado, desde o ano de 2004 realizo capacitações na área dos métodos autocompositivos, em especial no ambiente jurídico, com foco, também, no Ministério Público, pois entendi que os métodos adversariais têm grandes limitações em termos de resolução de conflitos e de problemas.

Nesse desiderato de negociações e espaços de consenso, assim como nos trabalhos adversariais, processuais ou administrativos (investigações em inquéritos civis etc), acabei vivenciando situações diferentes, peculiares, protagonizadas por pessoas que adotavam comportamentos incomuns e que me causavam estranheza, dúvida e sensações que não encontravam explicação nas posturas ordinárias evidenciadas no cotidiano da maioria das pessoas.

Procurando, desta forma, unir minha profunda curiosidade às vivências, observações e a uma postura interdisciplinar que sempre animou minha vida, acabei desenvolvendo o trabalho que ofereço à crítica, tentando trazer alguma contribuição útil para todos que se relacionam - e certamente se relacionam, na maior parte das vezes sem saber - com esses diferenciados seres humanos identificados como psicopatas.

Na forma do que será demonstrado nas breves linhas que seguem, eles estão entre nós, participando dos nossos convívios pessoais, privados e profissionais, sendo que, necessariamente, teremos de com eles consensualizar questões variadas, queiramos ou não.

Senão no cenário pessoal, nós, que trabalhamos no Sistema de Justiça, acabaremos tendo de nos relacionar com pessoas com traços psicopatas, seja no espaço da delinquência e do crime, seja, pasmem, quando temos de empreender negociações nos altos escalões de empresas, instituições e tantos outros espaços nos quais nossas atividades profissionais obrigam a que estejamos inseridos.

Por isso, trago a todos algumas reflexões, sugestões, sem pretensão de definitividade, mas para debate mesmo, objetivando ampliar os estudos sobre os

métodos autocompositivos, sobre as neurociências, bem como para que tenhamos uma vida mais eficiente e menos conflituada, e assim possamos levar algumas técnicas, experiências e propostas de solução às demais pessoas que precisarão se relacionar com esses fascinantes e diferentes seres humanos chamados de psicopatas ou psicossociais.

É um empreendimento ousado, mas é com ousadia responsável que, penso, tendemos a evoluir e a desenvolver novas posturas de vida capazes de melhorar, ou, no mínimo, diminuir a imensa quantidade e qualidade de conflitos e de problemas das nossas comunidades, e isso me anima. Espero que também anime aos futuros leitores e leitoras deste modesto trabalho.

1) Métodos autocompositivos e heterocompositivos

O Brasil, infelizmente, não é um país acostumado a resolver os conflitos que emergem das interações sociais de maneira consensual, pacífica e ágil.

Com efeito, para todos que trabalham na área jurídica, sejam advogados, membros do Ministério Público, magistrados, professores, servidores públicos em geral, é fato público e notório que os foros judiciais se encontram entulhados de processos (físicos e virtuais), continuando o sistema jurídico apostando muito mais nos espaços adversariais do que nas práticas autocompositivas de resolução de conflitos.

Em duas áreas é marcante a proliferação de processos judiciais. A primeira delas são as demandas envolvendo o Estado (União, Estados e Municípios), que, em 2014, contribuía com 51%² do total de feitos judiciais, sendo que a segunda são as relações de consumo, com a maioria dos processos contra bancos, operadoras de planos de saúde, operadoras telefônicas e outros tantos fornecedores.

²Segundo FICHTNER, José Antônio, em palestra proferida no Global Mediation Rio, em 27 de novembro de 2014, no Auditório da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, dos 95 milhões de processos brasileiros 38% são relativos ao setor financeiro e bancário, 6% telefonia, 5% outros e 51% feitos envolvendo União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Tais dados foram parcialmente confirmados pelo Secretário de Reforma do Judiciário, Flávio Croce Caetano, palestrando no mesmo dia, no Global Mediation Rio, apenas referindo que Bancos e Setor Financeiro corresponderiam a 31%. Ainda referiu que temos 17.000 juízes, 12.500 promotores, 6500 Defensores Públicos, 850.000 advogados, 3 milhões de bacharéis e um milhão de matriculados em Faculdades de Direito.

O Ministério Público Brasileiro, em plena sintonia com um dos alicerces do Código de Processo Civil – que busca a ampliação dos espaços de autocomposição, e mesmo com a realidade insuperável de, no ano de 2019, 77.096.939 milhões de processos judiciais no Brasil (noticiado pelo Conselho Nacional de Justiça³), vem procurando melhorar a sua atuação como integrante do sistema de Justiça, e já são muitos os bons exemplos de trabalhos bem feitos em nosso País.

Um excelente exemplo são os 11 centros de mediação comunitária criados pelo Promotor de Justiça Francisco Edson Landim, de Fortaleza, experiência essa paradigmática para a nossa Instituição, e que tem obtido o consenso em conflitos atinentes a questões familiares, problemas de vizinhança, dentre outros.

No Estado do Rio de Janeiro, existe o GMRC – Grupo de Mediação e Resolução de Conflitos⁴ – do Ministério Público, que trabalha tanto com demandas internas encaminhadas por Promotores (as) e Procuradores (as) de Justiça, como também a partir de pedidos externos.

O Amapá conta com o Programa MP Comunitário⁵, inclusive com dois ônibus itinerantes, que realiza trabalho de mediação comunitária em geral, sendo coordenador o colega André Luiz Dias de Araújo.

Em Recife, Pernambuco, foi criado, em 2009, o Núcleo de Justiça Comunitária da Casa Amarela⁶, uma iniciativa da Prefeitura do Recife, do Ministério Público Estadual e da Defensoria Pública, a partir de projeto piloto do MPPE, cuja coordenadora é a colega Sineide Canuto.

No Ministério Público do Rio Grande do Sul foi criado pelo Provimento nº 11/2016, do Procurador-Geral de Justiça, o Núcleo Permanente de Incentivo à Autocomposição – MEDIAR-, integrado por mim, que sou o único Procurador de Justiça, e por Promotores (as) de Justiça especializados (as) na área dos métodos

³CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Em Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça, página 93, disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-c2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>, acessado em 05.02.2021.

⁴GRUPO DE MEDIAÇÃO E RESOLUÇÃO DE CONFLITO DO MP/RJ. Ver em <http://www.mprj.mp.br/cidadao/projetos-e-campanhas/gmrc>, acessado em 04.09.2015.

⁵PROGRAMA MPCOMUNITÁRIO – AMAPÁ. Disponível em <http://www.mpap.mp.br/o-que-e-mp-comunitario>, acessado em 04.09.2015

⁶NÚCLEO DE JUSTIÇA COMUNITÁRIA CASA AMARELA. MP/PERNAMBUCO. Disponível em http://siteantigo.mppe.mp.br/index.pl/clipagem20092705_nucleo e <http://www.mppe.mp.br/mppe/index.php/cidadao/nucleos-e-gts>, acessados em 08.09.2015.

de consenso.

Além de capacitações e orientações a colegas, o MEDIAR já consolidou dezenas de negociações, conciliações e mediações nas áreas ambiental, de urbanismo, improbidade administrativa, saúde, ensino e educação, concessões de água e esgoto, concessões de transporte coletivo urbano e várias outras matérias, estando consolidado como um departamento eficiente, ágil e resolutivo.

Com o objetivo de dar continuidade a esse trabalho de completa alteração da cultura jurídica e da comunidade como um todo - aliás, por si só uma ambiciosa meta, haja vista que a sociedade brasileira está acostumada com um exagerado paternalismo, inclusive e, principalmente, no tocante à resolução de conflitos -, o presente estudo deseja explorar um tema ainda não abordado no âmbito dos métodos consensuais de transformação de problemas, enfatizando a realidade dos psicopatas, que acabam participando dos espaços de conflito a serem dirimidos, o que obriga a que, no mínimo, seja obrigatório conhecê-los, suas características, estratégias, bem como desenvolver algumas técnicas de autocomposição que possam surtir efeitos em relação a esses seres humano tão interessantes.

Em especial na esfera criminal, irei apontar a grande importância do assunto, porque em torno de 25% da população carcerária do EUA seria de psicopatas – a seguir demonstrarei esses números -, sendo fácil imaginar que, no Brasil, provavelmente seja maior esse montante, apesar de não existirem estatísticas sobre isso.⁷

⁷VERAS, Geanilma. Psicopatia dentro do sistema prisional brasileiro – um estudo de caso da Penitenciária Regional de Campina Grande Raimundo Asfora, Serrotão. Disponível em <https://geanilma.jusbrasil.com.br/artigos/296930881/psicopatia-dentro-do-sistema-prisional-brasileiro>, acesso em 08.03.2021: "De acordo com análise documental a partir de relatórios oficiais de visitas por parte de conselheiras estaduais de Direitos Humanos à unidade prisional 'Serrotão' é notória a imprecisão nas informações fornecidas no Relatório de Visitas a Estabelecimentos Penais e a Autoridades da Execução Penal do Estado da Paraíba (período: 12 a 15 de março de 2012) onde a psicóloga Dr.^a Alzenir Stela Cadena de Paula apresentou dados apenas estatísticos no que se refere aos apenados que fazem uso de medicação controlada sem deixar claro o método de acompanhamento, se há psicopatas diagnosticados dentre os detentos e possíveis trabalhos realizados com os mesmos. Diante de um relatório vago, presume-se que neste ano, não houve um trabalho focado no estudo da personalidade dos presos. Em 2013 foi liberado um outro relatório, o Relatório de visita à penitenciária Regional de campina Grande Raimundo Asfora-Serrotão (03 de junho de 2013) realizado pelo Conselho Estadual de Diretos Humanos- CEDH/PB² onde não consta nenhuma referência no que tange à entrevista com profissionais do setor psicológico/psiquiátrico ou qualquer dado ou estatística concernente ao acompanhamento dos detentos nesta unidade inseridos."

Membros do Ministério Público, Advogados, Magistrados, Defensores Públicos, Assistentes Sociais, em suma, servidores públicos em geral, acabam mantendo interlocuções com psicopatas, porque existem muitos espaços de negociação e de mediação nos quais eles estão participando sem que os profissionais sequer tenham noção das personalidades com a quais estão se relacionando, muito menos dos perigos a que estão expostos.

Por isso, tratarei da chamada *Justiça Restaurativa*, que é uma nova maneira de resolver conflitos, por intermédio da qual, em uma das suas vertentes, porque é um amplo e diversificado espaço consensual de trabalho, participam o ofensor, a vítima da ofensa e o mediador/facilitador, procurando evidenciar aspectos das características dos psicopatas, bem como algumas maneiras de identificá-los, para que os profissionais que laboram nesses espaços consensuais estejam melhor preparados para enfrentar os desafios que envolvem este tipo de interlocução.

Por incrível que possa parecer, as grandes discussões em torno dos psicopatas na área do Direito não avançam nos métodos da mediação, da negociação e muito menos nas práticas restaurativas.

Isso autoriza que se diga que, simplesmente, não há abordagens na área jurídica, e mesmo na não jurídica, sobre maneiras adequadas de negociar/mediar com psicopatas.

Há, portanto, uma lacuna mais do que evidente nesse sentido, o que obriga a que se apresente este ensaio, como forma de diminuir um pouco as carências teóricas e práticas sobre o tema.

Os métodos autocompositivos e heterocompositivos⁸ são processos de resolução de problemas manejados com o objetivo de pacificar o convívio em sociedade.

⁸ GOMMA DE AZEVEDO, André. *Perspectivas metodológicas do processo de mediação: apontamentos sobre a autocomposição no direito processual*. Disponível em <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/segunda-parte-artigos-dos-professores/perspectivas-metodologicas-do-processo-de-mediacao-apontamentos-sobre-a-autocomposicao-no-direito-processual>, acessado em 29.03.2021.

*Conflito*⁹ pode ser definido como um desacordo agudo ou um antagonismo de interesses, ideias, valores ou posturas, em que existe uma resistência recíproca por parte dos envolvidos.

As causas dos conflitos são, de um modo geral, bens, princípios, territórios, valores, relações pessoais, aspectos esses que evidenciam ser bastante produtivo enfrentar a resolução de controvérsias dessa espécie a partir da pauta da *oportunidade*, pois a complexidade e a criatividade do ser humano não devem ser desprezadas, mas sim potencializadas, de forma a que a síntese dos processos de conversação resulte na produção de algo melhor e mais adequado para todos.

Cabe a cada um de nós, então, neutralizar ou, no mínimo, compreender as barreiras culturais, ideológicas, burocráticas e atinentes à legislação, a fim de evitá-las ou, até mesmo, conformá-las de maneira útil à produção de resultados de consenso, o que se pode fazer com perseverança, otimismo e técnica, sendo as principais delas a capacidade de realmente escutar e a de respeitar o interlocutor.

Os métodos para a resolução de conflitos podem ser divididos de maneira sintética¹⁰ em adversariais e não adversariais¹¹.

Os métodos adversariais assim poderiam ser caracterizados¹²:

Partes enfrentando-se;

Um terceiro supre a vontade das partes e toma a decisão;

Se um ganha, o outro perde. Tudo, ou nada;

A decisão é baseada na lei ou em precedente, mas não necessariamente resolve o problema satisfazendo as partes.

⁹Sobre os vários critérios para qualificar os conflitos e disputas ver NAZARETH SERPA, Maria de. *MEDIAÇÃO – Uma solução judiciosa para conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, pp. 22-28.

¹⁰Precisamos destacar que existem inúmeros outros métodos de resolução de conflitos. Apenas a título de exemplo e para ilustrar, HIGHTON, Elena e ALVAREZ, Gladys S.. Em *Mediación para Resolver Conflictos*. 2ª Ed., 3ª reimp., Buenos Aires: Ac-Hoc, 2008, referem além da negociação, mediação, conciliação e arbitragem a *medalloa* (se oferece para atuar como árbitro pelo sistema de arbitragem da última oferta feita pelos envolvidos), "Alto-bajo", pericia arbitral, avaliação neutra prévia, perito neutro, esclarecedor de questões de fato, conselheiro especial, *ombudsman* e tantos outros.

¹¹Sobre o tema ver POSSATO, Fabio Antunes e MAILLART, Adriana Silva. Em *Os meios autocompositivos de solução de conflitos e as comunidades de baixa renda: um enfoque sobre a efetividade na busca pela pacificação social e a prevenção da violência*. Disponível em <https://www.redalyc.org/pdf/934/93429992003.pdf>, acesso em 20.03.2021.

¹²MORAES, Paulo Valério Dal Pai e MORAES, Márcia Amaral Corrêa. *A Negociação Ética para Agentes Públicos e Advogados*. Prefácio de Juarez Freitas. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 141-147.

Os métodos não adversariais são¹³:

Partes juntas e cooperativas;

Partes mantêm controle do procedimento e acordam a própria decisão;

Todos se beneficiam com a solução que criaram;

A decisão a que chegaram resolve o problema em conformidade com os interesses, sem o auxílio da lei ou de precedente.

Quanto às formas de resolução de conflitos¹⁴, poderíamos resumir em:

- Autotutela (ou autodefesa) – imposição pela violência moral ou física de uma vontade sobre outra. Ex.: legítima defesa, estado de necessidade, desforço imediato;
- Autocomposição – partes chegam voluntariamente ao acordo que construíram, sem intervenção vinculativa de terceiro. Podendo ser dividida em: a.1 direta ou bipolar. Ex.: negociação; a.2 assistida, triangular ou indireta. Ex.: mediação e conciliação;
- Heterocomposição – imposição de uma decisão por um terceiro, ao qual as partes estão vinculadas. Caracteriza-se pela lide, substitutividade e definitividade. Pode ser: a.1. pura – processo judicial; a.2. arbitragem.

A partir de tais classificações didáticas, discorrerei sinteticamente sobre alguns aspectos da mediação, da conciliação, da negociação, da justiça restaurativa e dos círculos de paz¹⁵, com o objetivo apenas de fazer uma introdução ao tema, para, após, desenvolver os assuntos da neurobiologia e dos psicopatas aplicados no trato dos métodos autocompositivos.

¹³ MORAES, Paulo Valério Dal Pai e MORAES, Márcia Amaral Corrêa. *A Negociação Ética para Agentes Públicos e Advogados*. Prefácio de Juarez Freitas. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 141-147.

¹⁴ GOMMA DE AZEVEDO, André. *Perspectivas metodológicas do processo de mediação: apontamentos sobre a autocomposição no direito processual*. Disponível em <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/segunda-parte-artigos-dos-professores/perspectivas-metodologicas-do-processo-de-mediacao-apontamentos-sobre-a-autocomposicao-no-direito-processual>, acessado em 29.03.2021.

¹⁵ Os aspectos introdutórios sobre os métodos autocompositivos estão em MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Novo Código de Processo Civil – O Ministério Público e os métodos autocompositivos de conflitos – Negociação, Mediação e Conciliação. Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil*. Organizadores Cláudio Barros Silva e Luciano de Faria Brasil. Autores Adriano Luís de Araújo et all. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, páginas 147 até 183.

2. Métodos autocompositivos – negociação, mediação, conciliação, justiça restaurativa e círculos de paz

2.1. Negociação

No âmbito da mediação¹⁶ e da conciliação – que, grosso modo, objetivam assistir e facilitar a negociação entre os envolvidos –, poderão e deverão ser adotadas técnicas de negociação. Fundamental, então, rapidamente desmitificar a expressão *negociação*, porque, para alguns, estaria associada às práticas de troca de bens, comércio, valores econômicos etc., quando, em realidade, não é esse o verdadeiro sentido da palavra.

A palavra *negociar*, etimologicamente, significa "negar o ócio"¹⁷. Ou seja, é necessário que o sujeito esteja ativo, que tenha consciência do caminho que vai da ignorância ao conhecimento.

Dessa forma, o termo *negociação* que será utilizado aqui não se refere a negócios comerciais, mas a toda forma de solução adequada – alguns usam o termo *alternativa* – de conflitos, controvérsias ou problemas, que tenha o condão de proporcionar ajuste por intermédio de uma boa troca de informações, em suma, de uma boa comunicação.

Em nível mundial, tais métodos que se valem da negociação são chamados de *Alternative Dispute Resolution* (ADRs)¹⁸, expressão que, para o português, pode ser traduzida como Métodos Alternativos de Solução de Conflitos – MASCs.

Na base dos MASCs, então, está a negociação. A negociação, grosso modo e para fins didáticos, contempla a existência de dois métodos básicos, quais sejam:

¹⁶A mediação, segundo GARCEZ, José Maria Rossani, em *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2.a edição revista e ampliada. 2003. P. 35., é aquela em que "...um terceiro, imparcial, auxilia as partes a chegarem, elas próprias, a um acordo entre si, através de um processo estruturado."

¹⁷MORAES, Paulo Valério Dal Pai e MORAES, Márcia Amaral Corrêa. *A Negociação Ética para Agentes Públicos e Advogados*. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2012. p. 75 e seguintes.

¹⁸Sobre a origem dos ADR ver GARCEZ, José Maria Rossani, em *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2.a edição revista e ampliada. 2003 e *Negociação, Mediação e Arbitragem – Curso básico para programas de graduação em Direito*. Coordenado por SALLES, Carlos Alberto de., LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes e ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012, p. 5.

- o competitivo, ou distributivo¹⁹;
- o colaborativo, ou integrativo²⁰.

O método competitivo caracteriza-se quando um dos interlocutores objetiva maximizar vitórias sobre o outro. É o chamado *ganha-perde*, no qual o resultado substantivo, objetivo, tem valor preponderante, em detrimento do resultado subjetivo representado pela criação de um bom relacionamento entre os envolvidos.

Já a postura colaborativa tem como preocupação do negociador atender aos *interesses de ambos*, de modo a que seja obtido um resultado substantivo (objetivo), mas, na mesma medida, aprimorado o relacionamento. É o chamado *ganha-ganha*, que tem na distinção entre *posição* e *interesse* a chave para a consecução do consenso.

Posição é a postura inicial demonstrada pelo negociador, mas que poderá não corresponder ao seu real *interesse*, ou seja, ao que o negociador efetivamente deseja para a satisfação das suas necessidades.

O exemplo clássico fornecido pela Escola de Negociação de Harvard é o caso da laranja e das duas meninas que a disputavam. Ambas possuíam a mesma *posição*: "quero a laranja". A mãe das meninas, não suportando mais a disputa, pegou uma faca, cortou a fruta ao meio e deu uma parte para cada filha. A primeira, insatisfeita com a atitude, pergunta por que razão a mãe fez aquilo, pois desejava a laranja inteira para fazer um orifício em uma das extremidades e sorver o suco da fruta. Com apenas metade, isso não seria possível. Este era o seu *interesse*: sorver o suco da fruta diretamente. A segunda filha, da mesma forma, ficou insatisfeita, pois queria somente a casca da laranja para fazer letrinhas, conforme havia aprendido em aula. Com metade da laranja, não teria o material necessário para tanto. Este era o seu *interesse*. Em realidade, a mãe das meninas poderia ter feito apenas uma

¹⁹Sobre a negociação distributiva, de maneira minuciosa, ver LEWICKI, Roy L., SAUNDERS, David M. e MINTON, John W.. *Fundamentos da Negociação*. Porto Alegre: Editora Bookman, 2ª edição. 2002. pp. 76 até 115.

²⁰Sobre a negociação integrativa, de maneira minuciosa, ver LEWICKI, Roy L., SAUNDERS, David M. e MINTON, John W.. *Fundamentos da Negociação*. Porto Alegre: Editora Bookman, 2ª edição. 2002. pp. 116 a 140.

pergunta: “para que vocês querem a laranja?”²¹. Após a resposta, não precisaria adotar a conduta inadequada que efetivou. Bastaria descascar a laranja e entregar a fruta para a primeira, e toda a casca para a segunda filha. Assim, teria a satisfação das duas partes envolvidas no conflito, com o estabelecimento de uma conclusão ganha-ganha.

Esse singelíssimo exemplo, com as modificações e adaptações incluídas no exemplo original da Escola de Harvard, bem informa sobre as propostas simples, mas poderosas, que a negociação pode proporcionar àqueles que, de fato, objetivam solucionar de maneira adequada conflitos, controvérsias e problemas.

Os métodos competitivos ainda se caracterizam pela adoção de posturas inflexíveis, rígidas e formais, ao passo que os colaborativos, pelo oposto. Os procedimentos judiciais refletem com precisão os métodos competitivos, em que um dos lados pretende ganhar e fazer com que o outro perca. Nesse desiderato, são aplicadas condutas inflexíveis, rígidas e formais, geralmente estabelecendo-se uma linguagem escrita e submetendo-se esses procedimentos a rituais que organizam este tipo de comunicação, a fim de que seja estabelecido o contraditório e permitida a ampla defesa recíproca.

A rigidez das colocações, geralmente lineares e com propostas carentes de alternativas, faz com que a relação se torne formal, estando um dos interlocutores, ou ambos, atrelados, exclusivamente, ao resultado substantivo, material, objetivo, nenhuma importância tendo o relacionamento para o futuro. O método colaborativo adota posturas exatamente contrárias a essas, caracterizando uma negociação mais maleável e dinâmica. Além disso, a estratégia competitiva está alicerçada na doutrina, na jurisprudência e nos pareceres, enquanto a colaborativa busca a solução do conflito nos fatos expostos à mesa ou on-line por ambas as partes, no diálogo sobre eles, com o objetivo de que seja encontrado um resultado equânime para todos, por intermédio do consenso. No modelo competitivo, vigoram a *personalização*, o prazer raivoso de subjugar, a autoestima, o exibicionismo. O colaborativo, porém, é *despersonalizado*; nele são afastadas abordagens pessoais

²¹Em MORAES, Paulo Valério Dal Pai e MORAES, Márcia Amaral Corrêa. *A Negociação Ética para Agentes Públicos e Advogados*. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2012, p. 118.

(chamadas de *defesas competitivas*), pois o objetivo é solucionar o problema²².

Ainda é possível verificar, no modelo competitivo, a chamada *queda de braço* – disputa por *posições* – enquanto, na opção colaborativa, são pretendidas soluções mais bem acomodadas aos interesses. Como resultado do modelo competitivo, aquele que perdeu a disputa, muitas vezes, acaba não cumprindo o acordo, motivando a já conhecida maior inadimplência e a menor adesão. O resultado das negociações colaborativas é inverso a este, havendo uma maior adesão e adimplência, porque o comprometimento espontâneo de ambos é sentido pelos envolvidos como produto da vontade de cada um deles, o que estimula a que, por coerência, cumpram o pactuado.

Por derradeiro, a postura competitiva resulta em maior demora, porque é um contra o outro. Na postura colaborativa, obtém-se maior celeridade, pois é um a favor do outro. Mesmo pontuando que o método colaborativo é o mais adequado para todos, em cursos e aulas de negociação é fundamental o conhecimento do método competitivo, a fim de que possam ser neutralizados seus efeitos e, assim, realinhada a negociação²³.

2.2. Mediação

A mediação é uma negociação cooperativa facilitada por um terceiro imparcial - não neutro²⁴. Esse terceiro deve auxiliar as partes a conversar, a escutar, a perguntar, a entender os sinais não verbais de linguagem (proxêmica, cinésica, paralinguística, tacêsica, cronêmica e outras), de modo a que sejam orientadas para a produção de um resultado consensual por elas criado.

Outra característica da mediação utilizada no Brasil, e que talvez seja a marca que a distingue da conciliação, é que ela é informal, porém *estruturada*. Isso quer

²²Em MORAES, Paulo Valério Dal Pai e MORAES, Márcia Amaral Corrêa. *A Negociação Ética para Agentes Públicos e Advogados*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 143.

²³Em MORAES, Paulo Valério Dal Pai e MORAES, Márcia Amaral Corrêa. *A Negociação Ética para Agentes Públicos e Advogados*. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2012. p. 146.

²⁴Faço o alerta, porque não há como as pessoas serem neutras. Elas têm sua história de vida, sua cultura, convicções e não podem simplesmente neutralizar toda a *bagagem* que as acompanha quando de uma mediação, assim, como acontece, também, com os julgadores. Preconizo, então, que o mediador deva se pautar pela imparcialidade.

dizer que não está sujeita a regras processuais, mas segue um rito de eficácia. Assim, quando tratamos de mediação, ao menos no Direito Brasileiro, devemos considerar o cenário no qual são seguidas as fases, tais como: 1) Preparação da mediação; 2) Apresentação das regras da mediação na declaração de abertura da interlocução; 3) Narração dos fatos pelas partes e identificação dos problemas; 4) Detecção dos interesses e necessidades; 5) Recontextualização ou reenquadramento; 6) Geração de opções; 7) Seleção das opções; 8) Propostas; 9) Acordo; 10) Avaliação da mediação²⁵.

Os motivos para que assim seja estão atrelados ao conceito de mediação incluso no artigo 165, §3º, do Código de Processo Civil:

§3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

A referência a um vínculo anterior quer significar que existirão questões emocionais em jogo. Por isso, é fundamental a utilização da técnica da mediação, a qual se vale de um tempo maior de interlocução, do manejo do alívio das emoções pela externalização das posições e dos interesses, a fim de que seja alcançado um ponto de relativa objetivação e criatividade, que é o ambiente apropriado para que as partes encontrem, por elas próprias, a solução do conflito. O objetivo da mediação, portanto, é o empoderamento, e não o acordo, pois tem como foco a implementação de uma pedagogia social, por intermédio da qual as pessoas possam, por elas mesmas, aprender a resolver seus problemas.

Também é a mediação no CPC *não coercitiva*. As partes precisam aceitar participar da mediação, pois é um cenário de autoajuste. Isso está particularmente claro no artigo 334, §4º, I, e §5º, do CPC:

²⁵ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Processo Civil - Ministério Público e os Métodos Autocompositivos de Resolução de Conflito - Negociação, Mediação e Conciliação*. Em Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil. Organizadores Cláudio Barros Silva e Luciano de Faria Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

(...)

§4º A audiência não será realizada:

I – se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual.

(...)

§5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

É *transformadora*, pois o objetivo da mediação igualmente estaria em alterar as relações entre os litigantes pelo controle da comunicação entre eles, pela mudança das suas percepções relativamente às suas histórias e pelo equilíbrio de forças²⁶. A grande transformação estaria no empoderamento acima comentado e na educação sobre as técnicas de negociação, para que as partes aprendam a resolver os futuros conflitos, por intermédio do reconhecimento mútuo de interesses e sentimentos, com vistas à aproximação e humanização pela empatia. É importante esse alicerce da mediação, porque seu principal objetivo é a formação da filosofia da paz, por meio da qual as pessoas precisam aprender a praticar posturas que possam resultar no autoajuste, valendo-se da adequada comunicação, a fim de evitar que se acomodem e haja o deslocamento do problema para as Instituições de Estado, como forma de resolver conflitos que podem ser solucionados diretamente pelos envolvidos.

O *controle das partes* é outra característica básica da mediação, pois são elas que terão o controle sobre a controvérsia, criando pontos de consenso a partir da criatividade, do respeito e da compreensão das razões de cada um. Assim, têm elas o poder de continuar o procedimento de mediação, ou, a qualquer tempo, extingui-lo, caso concluíam que o acordo não é possível. Também podem adiar a conversa para

²⁶ GOMMA, André citando BUSH, Baruch e FOLGER, Joseph – *The Promise of Mediation*, em <www.arcos.org.br/livrosetudosdemediacaoov.2>. Acessado em 03.12.2013.

outra sessão ou organizar os diálogos da forma que, eventualmente, seja mais profícua, em situações de interlocuções conjuntas, separadas, com advogados ou qualquer outra forma que possa viabilizar o consenso.

A mediação é *não opinativa*. Esta característica parte do entendimento que uma parte da doutrina possui sobre o tema quanto à existência de basicamente dois tipos de posturas do mediador, quais sejam a avaliadora e a facilitadora. Na avaliadora, o mediador assume uma posição mais interventiva, avalia e emite prognósticos, recomendações, podendo pressionar as partes para que fechem o acordo (avaliador-restrito), chegando, até mesmo, a oferecer propostas (avaliador-amplo)²⁷. Na postura facilitadora, o mediador é menos ativo nas pressões, devendo as partes, por si só, encontrarem o consenso, dando a elas um sentimento de efetiva participação e controle sobre a resolução do problema. Entendem os adeptos da postura facilitadora que ela é mais profícua para o efeito de que as partes se autoajustem, encontrem as soluções e se empoderem, com vistas à futura resolução de conflitos.

Particularmente, não acho adequado ao mediador não opinar. Existem inúmeras situações em que as partes estão freadas em suas posições, e o mediador tem a lucidez de pensar uma alternativa que poderá satisfazer a ambos. Não irá ele opinar, então, por quê?

Nas mediações em que participei²⁸, muitas opiniões menos emocionais propostas pelos mediadores foram muito exitosas e geraram resultados de consenso importantes.

Mas é útil saber os paradigmas da doutrina especializada, sendo fundamental, da mesma forma, realizar alguns acréscimos que a experiência no trato dos métodos autocompositivos fornece.

²⁷ GOMMA, André de Azevedo citando Leonard L. Riskin, da Universidade do Missouri, em *Estudos de Arbitragem em Mediação e Negociação*. Brasília: Editora Brasília Jurídica, Universidade de Brasília, 2002.

²⁸ Conforme Portaria nº 2752/2020, assinada pelo Procurador-Geral de Justiça Dr. Fabiano Dallazen, em 18.12.2020, por intermédio da qual fui nomeado para "...atuar como mediador, conciliador e negociador do Ministério Público do Rio Grande do Sul, executando as técnicas autocompositivas em casos concretos, mediante a realização de reuniões internas e interinstitucionais, participação em audiências judiciais e confecção de peças processuais...". Ao que tenho notícia, o primeiro mediador oficialmente nomeado na história do Ministério Público brasileiro, o que me torna extremamente agradecido e honrado.

Ainda alinharia como particularidade da mediação a *ênfase no futuro*, orientando as partes para que não perquiram de culpas ou do passado, devendo focarem-se no presente e na prospecção de alternativas úteis e criativas para resolver as controvérsias.

A mediação precisa, também, ser *confidencial*, promovendo a credibilidade e a confiança nesse espaço de obtenção do consenso, aspecto esse fundamental para que as partes se sintam livres para manifestarem suas opiniões, sentimentos, emoções e ideias, sem qualquer barreira ou medo de que venham a sofrer prejuízos decorrentes do que aconteceu nas sessões de mediação. Por fim, são exigidas paciência e suficiência de tempo para o bom desenvolvimento do procedimento de mediação, pois, normalmente, envolve sentimentos, valores, diferenças culturais e necessidades existenciais, questões essas que precisam um maior amadurecimento, reflexões, liberação de tensões e tudo mais que seja necessário para que as pessoas possam manter uma comunicação profícua e humana.

Para tanto, o mediador intervém, buscando manter ou converter as partes em negociadores reflexivos e razoáveis, com o fim de que possam trocar dados e ideias sobre seus interesses, comunicando-se sem interferências recíprocas. Isso pode ser feito por intermédio das técnicas chamadas *uso de perguntas, situações hipotéticas, escuta ativa, respeito e validação dos envolvidos*, buscando gerar empatia entre as partes. Cabe ao mediador, portanto, estabelecer um ambiente construtivo, o que é conseguido pela fixação de regras para o diálogo, começando pelo respeito ao facilitador como líder, a obediência à agenda de trabalho e ao processo de mediação, mas sempre dando oportunidade de conversa e intercâmbio.

É importante, por isso, que o mediador ajude as partes a clarificarem seus valores e exigências mínimas, diminuindo exigências pouco razoáveis e afrouxando posições rígidas e inflexíveis, com vistas à busca de ganhos conjuntos, o que é feito pela promoção de posturas colaborativas, já vistas anteriormente. Ainda é atribuição do bom mediador manter viva a chama da negociação, zelando para que não sejam cortados os canais de comunicação e evitando extremos que levem à inadequada ocorrência da impossibilidade de retorno ao veio do consenso.

Por fim, cabe ao mediador desenhar e redigir com as partes os núcleos de um possível acordo.

2.3. Conciliação

Conciliar provém do latim *conciliare*, que significa reunir, compor e ajustar os ânimos divergentes. A conciliação diferencia-se da mediação, pois esta é mais ritualística, demorada, enquanto a conciliação é rápida, ágil e informal. O conciliador faz propostas de soluções, diversamente do mediador. Portanto, o conciliador intervém diretamente para a obtenção do acordo, enquanto o mediador é um facilitador que busca o empoderamento das partes.

Essas referências estão em sintonia com o artigo 165, §2º, do CPC novo:

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

A menção à ausência de vínculo anterior entre as partes remete para a existência de conflitos objetivos, tais como relacionamentos de consumo massificados entre bancos e seus milhões de clientes, planos de saúde, ou, no caso de conflitos individuais, acidentes de trânsito, por exemplo, nos quais não estarão em jogo questões emocionais complexas e antigas.

Também é característica da conciliação, a *canalização das discussões para áreas onde o acordo é mais provável*, inclusive sugerindo uma quantidade específica, quando este seja o ponto de discórdia, para que o acordo aconteça, isso logo após a escuta dos pontos de vistas divergentes.

O conciliador poderá comentar sobre os riscos da não resolução por acordo, assim como as consequências pessoais e judiciais que poderão decorrer da falta de consenso.

Por vezes, exercendo a sua maior possibilidade de intervenção, ao conciliador caberá convencer alguma parte de que sua visão é distorcida da realidade ou que representa exigência indevida, de modo a mostrar as vantagens de um acordo antecipado, ressaltando os prós e os contras que o acordo acarretará para cada uma das partes. Ainda pode o conciliador oferecer novas fórmulas de acordo não

pensadas antes, sugerir que se repartam as diferenças e informar como foram tratados casos semelhantes, aspectos estes que bem ressaltam as diferenças entre a conciliação e a mediação.

2.4. Justiça Restaurativa e círculos de paz

A Justiça Restaurativa é uma nova maneira de fazer Justiça diversa da Justiça Retributiva.

Um dos precursores do movimento de Justiça Restaurativa é Howard Zehr, o qual distingue ambas as maneiras de Justiça²⁹:

Justiça retributiva: O crime é uma violação contra o Estado, definida pela desobediência à lei e pela culpa. A justiça determina a culpa e inflige dor no contexto de uma disputa entre ofensor e Estado, regida por regras sistemáticas.

Justiça restaurativa

O crime é uma violação de pessoas e relacionamentos. Ele cria a obrigação de corrigir os erros. A justiça envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança.

Assim, Zehr³⁰ apresenta seu conceito de justiça restaurativa descrevendo-o:

A justiça restaurativa

1. Tem foco nos *danos* e consequentes *necessidades* (da vítima, mas também da comunidade e do ofensor).
2. Trata das *obrigações* resultantes *desses danos* (obrigações do ofensor mas também da comunidade e da sociedade).
3. Utiliza processos *inclusivos* e *cooperativos*.
4. Envolve todos os que têm um *interesse* na situação (vítima, ofensores, membros da comunidade e a sociedade).
5. Busca reparar os danos e *corrigir* os males, dentro do possível.

²⁹ ZEHR, Howard. *Trocando as lentes – Justiça Restaurativa para o nosso tempo*. Tradução de Tânia Van Acker. 4ª edição comemorativa do 25º anos de aniversário. São Paulo: Palas Athenas, 2020, p. 185.

³⁰ Ob. cit., pp. 239 e 240.

Oferecendo uma visão prática da Justiça Restaurativa, Zehr³¹ afirma que este tipo de Justiça

(...) foi muito além da utilização de encontros vítima-ofensor para casos de roubo. No entanto, embora os encontros ou conferências vítima-ofensor continuem sendo a forma predominante de justiça restaurativa praticada nos Estados Unidos, duas novas formas de encontro foram criadas – todas com raízes em comunidades indígenas. Ambas ampliam bastante o círculo de envolvimento e impacto. Descrevi as Conferências de Grupos Familiares e os Círculos no capítulo 9 (...)O que ficou claro é o valor de se aumentar o número de interessados envolvidos e, em muitas situações, o número de assuntos abordados nesses encontros.

Um exemplo concreto é mencionado por Zehr³²:

Em várias comunidades da Califórnia, as conferências restaurativas estão sendo usadas para manter os jovens fora do sistema penal. Com base no modelo neozelandês, essas conferências incluíam o jovem que causou o dano, seus familiares, a pessoa lesada e seus apoiadores, membros da comunidade e, por vezes, policiais. Através de um acordo com a promotoria, os facilitadores podem oferecer um 'Miranda reverso', ou seja, o processo é mantido em confidencialidade e as informações ali reveladas não serão usadas contra o ofensor em procedimentos futuros. Planos consensuais de quadro partes são firmados: endireitar as coisas para a vítima, a família, a comunidade e para si mesmo. As taxas de reincidência são incrivelmente baixas, em especial para jovens afro-americanos.

O Manual de Justiça Restaurativa do Tribunal de Justiça do Paraná³³ apresenta uma síntese útil para este compartimento do trabalho:

³¹ Ob. cit., p. 246.

³² Ob. cit., p. 247.

³³ Em <https://www.tjpr.jus.br/documents/14797/7836487/Manual+JR+-+NUPEMEC+TJPR.pdf/2dee4c67-fc1a-40ae-a896-9b86a7d631a1>, acesso em 26.11.2020, pp. 3 e 4.

Inspirados em Howard Zehr (2014), no contexto da prática de crimes e de conflitos, somos desafiados a trocar a lente retributiva (que dá uma resposta punitiva pronta sem verificar as necessidades da vítima ou do ofensor) por lentes restaurativas que ampliam o campo de visão a partir dos interesses da vítima, do ofensor, dos familiares, dos amigos, da sociedade.

Para as vítimas é possível, segundo Zehr, oferecer uma sensação de restauração, mesmo que no âmbito simbólico permitindo respostas para algumas questões que a preocupam, por exemplo: Por que eu? Essa pessoa tinha alguma coisa pessoal contra mim? Essa pessoa vai voltar? Eu poderia ter feito alguma coisa para não me tornar uma vítima? Muitas outras dúvidas podem e devem ser esclarecidas. Para além das exigências legais que implicam a participação da vítima (oitiva, intimação da sentença, intimação de cumprimento da pena), é preciso dar a oportunidade para que ela (a vítima) expresse e valide sua raiva, seu medo e dor para fazer do processo restaurativo uma experiência de justiça (que não se deve confundir com vingança). Essas respostas poderão dar início ao processo de recuperação que pode ser longo, pode até não ressarcir suas perdas materiais, nem aplacar seu luto pela dor física ou perda de um ente querido (em casos mais graves), mas poderá transformar o medo em necessidade de seguir como sobrevivente com alguma sensação de segurança. A Justiça Restaurativa trabalha precipuamente em três dimensões: a) da vítima; b) do ofensor; c) da comunidade.

Passo a explaná-las, individualizadamente: a) dimensão da vítima: a Justiça Restaurativa procura buscar o seu empoderamento, na medida em que o conflito compromete o sentido de autonomia. No sistema tradicional a vítima é vista apenas como objeto de prova, quando em verdade é a principal atingida pelo conflito e deveria participar ativamente de sua resolução. A Justiça Restaurativa oportuniza à vítima esta participação e o conhecimento das medidas que estão sendo adotadas para reparar o mal sofrido. Essa dimensão (a da vítima) é essencial no processo restaurativo ainda que ocorra de maneira indireta ou simbólica (exemplo: homicídio, em que a vítima é representada pela família; tráfico de drogas, em que a vítima é sociedade); b) dimensão do ofensor: busca incutir nele o senso de responsabilização, para que compreenda efetivamente as consequências da sua conduta e o mal causado e contribua, conscientemente, com a construção de mecanismos para a reparação desse mal. O agressor não se sente responsável pelo dano quando é condenado a repará-lo por meio de

uma decisão verticalizada. Muitas vezes, sente-se vítima da sociedade quando é condenado a reparar o dano e não percebe que a sua reparação é uma forma de amenizar o mal. Trabalha-se também com o ofensor o sentido de pertencimento. Para que se sinta responsável pela resolução do conflito deve se sentir parte da comunidade que desestruturou com a sua conduta. Assim como a vítima, a presença do ofensor também pode ser indireta ou simbólica (exemplo: falecimento no curso do processo); c) dimensão da comunidade: pretende resgatar e fortalecer o senso de coletividade e o sentimento de corresponsabilidade, no estabelecimento de inter-relações horizontais. Em grande parte das relações conflituosas, a comunidade na qual a vítima e o ofensor pertencem é atingida pelo conflito e deve ter a prerrogativa de colaborar na restauração dos interessados. A participação ativa da comunidade diminui a sensação de impunidade, que muitas vezes decorre do desconhecimento do processo e das medidas aplicadas. O sentimento de inoperância do Estado leva as pessoas a querer fazer 'justiça com as próprias mãos'.

Portanto, nos espaços de práticas restaurativas, onde são necessários aportes de sensibilidade e sutileza incomuns, porque são enfrentadas situações graves envolvendo psicopatas, crianças, adolescentes, abusos físicos e psicológicos, deverá o profissional conhecer as possibilidades aqui apresentadas, o que otimizará o seu trabalho e evitará danos maiores a mentes em formação, a vítimas, familiares, e mesmo, aos profissionais que atuam nesses espaços de Justiça.

Uma das práticas restaurativas mais utilizadas para essas situações é o círculo de paz.

Criados pela referência internacional, Kay Pranis ³⁴, o círculo de paz corresponde a uma mediação facilitada por pessoa capacitada para o uso da técnica, consistindo, mais uma vez ressaltado, de maneira brevíssima, no seguinte³⁵:

Existem vários métodos para aplicação das práticas restaurativas como conferências familiares (circular narrativa), mediação transformativa, mediação vítima-ofensor (Victim Offender Mediation), a conferência (conferencing), os círculos de pacificação (Peacemaking Circles), círculos decisórios (sentencing circles), a restituição (restitution), entre outros. O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná optou por iniciar a implementação da Justiça Restaurativa, no ano de 2014, através dos círculos de construção de paz, iniciando processo de capacitação de servidores e magistrados nessa técnica, ministrado pela Escola Superior da Magistratura da Associação de Juízes do Rio Grande do Sul - AJURIS. De acordo com Kay Pranis (2010), o formato espacial do círculo simboliza liderança partilhada, igualdade, conexão e inclusão. Também promove foco, responsabilidade e participação de todos. Os círculos de construção de paz viabilizam o encontro entre pessoas, suscitam afinidades, criam ou fortalecem vínculos e promovem compreensões recíprocas – ainda que os interessados estejam representados por advogados, que também são convidados para participar do procedimento – e de terceiros atingidos pelo conflito. Há círculos menos complexos (celebração, diálogo, aprendizado, construção de senso comunitário, compreensão) e mais complexos (restabelecimento/apoio, conflito, tomada de decisão, reintegração). A Justiça Restaurativa é conduzida por um conciliador/mediador capacitado, que orienta e coordena os participantes. Antes, porém, do agendamento do círculo com todos os interessados, os participantes realizam encontros individuais com os conciliadores/mediadores, chamados de

³⁴ Em http://www.livingjusticepress.org/index.asp?Type=B_BASIC&SEC=%7B5EA7355F-29D7-411D-A977-BF092BC6CC9C%7D, acesso em 25.11.2020: "Kay Pranis is a national leader in restorative justice, specializing in peacemaking Circles. She served as the Restorative Justice Planner for the Minnesota Department of Corrections from 1994 to 2003. Before that, she worked six years as the director of reserch services at the Citizen`s Council on Crime and Justice. She has written and presented papers on peacemaking Circles and restorative justice in the United States, Canada, Australia, and Japan. Since 1998, Key has conducted Circle trainings in a diverse range of communities – from schools to prisons to workplaces to churches, from rural farm towns in Minnesota to Chicago`s South Side." Kay Pranis é a idealizadora dos processos circulares para a pacificação dos conflitos.

³⁵ Manual de Justiça Restaurativa do Tribunal de Justiça do Paraná, acesso já citado, pp. 9-11.

pré-círculos, oportunidade em que estes expõem as diretrizes e objetivos do encontro e colhem o consentimento quanto à participação no procedimento, que será reduzido a termo. Os conciliadores/mediadores definem o momento oportuno para a ocorrência dos círculos, após um ou mais pré-círculos. Podem participar dos círculos vítima, ofensor, advogados, familiares e a comunidade em que os interessados estão inseridos. Em um espaço seguro discorrem sobre os fatos, os anseios e possibilidades da vítima e do ofensor, os prejuízos financeiros e emocionais que sofreram, buscando compreender as possibilidades de restauração a partir dos interessados e com a colaboração da família e da comunidade. A construção do consenso é feita pelos participantes – sem direcionamentos do conciliador/mediador – desde que os termos observem a ordem pública e os bons costumes e não impliquem em compromissos para terceiros que não participaram do encontro.

Kay Pranis³⁶ explica a formação dos círculos de paz:

Os participantes se sentam nas cadeiras dispostas em roda, sem mesa no centro. Às vezes se coloca no centro algum objeto que tenha significado especial para o grupo, como inspiração, algo que evoque nos participantes valores e bases comuns. O formato espacial do círculo simboliza liderança partilhada, igualdade, conexão e inclusão.

Usando elementos estruturais intencionais (cerimônia, um bastão de fala, um facilitador ou coordenador, orientações, a um processo decisório consensual) os Círculos objetivam criar um espaço onde os participantes se sentem seguros para serem totalmente autênticos e fiéis a si mesmos.

No âmbito dos círculos de paz, é utilizada a técnica do *objeto da palavra*, que pode ser qualquer objeto que possa evocar simbolicamente o significado do encontro, tal como uma balança da justiça, um livro, uma vela, um porta-retratos, uma bússola, ou seja, algo que tenha uma expressão emocional para o grupo, que se reúne com o objetivo de dirimir ou minimizar conflitos externos e internos, danos

³⁶ PRANIS, Kay. *Processos Circulares de construção de paz*. Tradução de Tânia Van Acker. 4ª edição. São Paulo: Palas Athena, 2019, pp. 25 e 26.

físicos e emocionais, objetivando a restauração de elementos personalíssimos afetados pelo evento, na dimensão da vítima, do ofensor e da comunidade.

O *objeto da palavra*, que será escolhido pelo mediador, é passado de forma sequencial para todos, seja no sentido horário ou anti-horário, de maneira que todos tenham oportunidade de se manifestar abertamente, sem censuras ou apartes – exceto situações de falta de urbanidade, agressões verbais e desvios em geral quanto à educação e às regras do encontro-, garantindo o oferecimento de oportunidade de fala e de expressão aos envolvidos, para que contem a sua história pessoal ou se manifestem especificamente sobre o problema em questão.

O uso do *objeto da palavra* promove a escuta ativa, pois os participantes dos círculos têm de obedecer a sua ordem de fala, facilitando, então, a efetiva escuta de cada um sobre as percepções diversas de cada um sobre o ponto, conflito, problema ou controvérsia sob análise.

Além disso, essa estrutura prática dos círculos de paz estimula o autocontrole, ativando as estruturas do córtex pré-frontal ventromedial, orbitofrontal e pré-frontal dorso lateral³⁷, regulando as emoções geradas pelo conflito, porque a pessoa é compelida a não se manifestar enquanto não chegar a sua vez, treinando os envolvidos em um eventual crime, alunos e professores de uma escola com problemas, colegas de trabalho em conflito, em suma, quaisquer pessoas participantes de inter-relacionamentos que tenham sido abalados, a diminuir a ativação das amígdalas cerebelares – responsáveis pela ativação de comportamentos alicerçados em ameaças ao organismo e ativadoras do circuito HPA de descarga de adrenalina e cortisol.

O autocontrole e a autorregulação são habilidades desenvolvidas nos círculos de paz, sendo o *objeto da palavra* um exemplo excelente para ilustrar este fim, porque a pessoa sentirá as emoções que o problema evoca, mas terá de se controlar e não dar vazão a comportamentos diversos do escutar, respirar, pensar, refletir, contextualizar (pois várias pessoas darão as suas impressões do problema), para, só então, manifestar-se na sua vez de fala.

³⁷ Sobre essas estruturas cerebrais ver CONSENZA, Ramon M. e GUERRA, Leonor B. *Neurociência e Educação – Como o cérebro aprende*. Porto Alegre: Artmed, 2011, pp. 87-92.

Nas práticas circulares também é usada a técnica do uso de perguntas, que deverão ser previamente organizadas pelo mediador, sendo esses questionamentos colocados pelo facilitador para estimular que todos declinem suas interpretações, suas histórias³⁸, como já dito, e assim sejam prospectados os vários ângulos de percepção do problema em foco.

Como visto, as práticas circulares valem-se de técnicas de *storytelling*, fazendo, assim, a conjugação do hemisfério esquerdo com o direito³⁹, e se afastando da restrição imposta pela postura adversarial representada por um processo judicial ou administrativo, espaços esses que se valem, predominantemente, do lado esquerdo do cérebro, devido à utilização em massa das estruturas linguísticas, sem espaço para o fundamental trabalho emocional restaurativo.

Isso acontece, porque cada um conta a sua história sobre o evento que gerou a necessidade do círculo de paz, e as histórias são vividas no hemisfério direito do nosso cérebro, servindo, principalmente, para que seja possível compreender melhor os vários significados das ocorrências de vida que experienciamos.

De fato, toda história tem seus personagens, seu roteiro e desenvolvimento do enredo para, então, chegar ao seu final. Essa estrutura do *storytelling* facilita que as pessoas possam, por intermédio da empatia⁴⁰, viver também as histórias pela perspectiva dos outros, o que traz excelentes resultados em termos de compreensão recíprocas e práticas de consenso.

É no hemisfério direito que temos a predominância das emoções e das linguagens não verbais⁴¹. Por isso toda a significação dos artefatos usados na

³⁸ PRANIS, Kay. *Processos Circulares de Construção de Paz – Série da Reflexão à Ação*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010, pp. 28, 56 e 57.

³⁹ GOLEMAN, Daniel. *FOCO – Atenção e seu papel fundamental para o sucesso*. Tradução Cássia Zanon. 1ª edição. Rio de Janeiro: Objetiva, 2014, páginas 185 e 202.

⁴⁰ CONSENZA, Ramon M. e GUERRA, Leonor B. *Neurociência e Educação – Como o cérebro aprende*. Porto Alegre: Artmed, 2011, pp. 132-135.

⁴¹ VAN DER KOLK, Bessel. *O Corpo guarda as marcas – cérebro, mente e corpo na cura do trauma*. Tradução Dolnaldson M. Garschagen. Rio de Janeiro: Sextante, 2020, página 57: "...as imagens mostravam claramente que a evocação do trauma passado ativava o hemisfério direito do cérebro e desativava o esquerdo. Sabemos hoje que as duas metades do cérebro realmente falam línguas distintas. O hemisfério direito é intuitivo, emocional, visual, espacial e tátil; o esquerdo é linguístico, sequencial e analítico. Enquanto o lado esquerdo do cérebro se encarrega da fala, o lado direito recebe a música da experiência. Comunica-se por intermédio de expressões faciais e da linguagem corporal, e também produzindo os sons do amor e da tristeza: catando, xingando, chorando, dançando ou imitando. O hemisfério direito é o primeiro a se desenvolver no útero materno. E transmite a comunicação não verbal entre mães e bebês. Sabemos que o hemisfério esquerdo já

técnica, da mesma forma, contribuindo imensamente para que sejam dirimidos os nós que integram um conflito complexo.

Não bastasse isso, no desenvolvimento dos trabalhos em círculo, os participantes poderão ser convidados a colocar no centro do círculo – são utilizadas toalhas, mandalas, tecidos - símbolos que representem as emoções experimentadas por cada um, podendo ser objetos, palavras escritas em cartões etc., prática essa que possui o fim de promover a autoconsciência e engajar os hemisférios cerebrais.

Como resultado, as pessoas têm condições de trabalhar seus problemas emocionais com o auxílio da técnica, pois ela promove a exposição em relação ao foco do problema, que muitas vezes é representado por um trauma⁴².

Ressalto que essas observações introdutórias sobre os métodos autocompositivos não foram aprofundadas porque não é este o objetivo deste trabalho.

Em realidade, essas conceituações iniciais têm o objetivo de apresentar os cenários autocompositivos para que eles sirvam de paradigma fático nos quais serão feitos os *links* com as discussões neurocientíficas e de linguagem, pertinentes aos psicopatas.

3. Métodos autocompositivos, justiça restaurativa, círculos de paz e os psicopatas e psicossociais

Uma importante realidade que se coloca aos mediadores, negociadores, conciliadores e profissionais que atuam em Justiça Restaurativa e círculos de paz é a possibilidade de estarem ou terem de manter interlocuções com sociopatas e psicopatas.

Tenho proferido várias palestras e capacitações sobre o tema relativo a esses fascinantes personagens do nosso cotidiano, porque estão entre nós, e não haveria

está ativado quando as crianças começam a compreender a linguagem e a falar, o que lhe capacita a dar nomes às coisas, compará-las, entender suas inter-relações e começar a comunicar aos demais suas próprias experiências únicas e subjetivas."

⁴² Sobre Trauma ver VAN DER KOLK, Bessel. *O Corpo guarda as marcas – cérebro, mente e corpo na cura do trauma*. Tradução Dolnaldson M. Garschagen. Rio de Janeiro: Sextante, 2020, sem dúvidas, a melhor e mais completa obra tratando deste assunto.

como desprezar uma abordagem sobre eles.

Não pretendo esgotar o tema, pois isso obrigaria a uma monografia somente sobre esses indivíduos - ditos por alguns, *sem consciência* -, mas, como disse acima, é necessário que se tente preencher essa lacuna que existe nos métodos autocompositivos, devido às importantes consequências que podem decorrer de interlocuções autocompositivas com psicopatas.

Robert D. Hare⁴³ assim descreve essas personalidades:

Os psicopatas são predadores sociais que conquistam, manipulam e abrem caminho na vida cruelmente, deixando um longo rastro de corações partidos, expectativas frustradas e carteiras vazias. Sem nenhuma consciência ou sentimento, tomam tudo o que querem do modo mais egoísta, fazem o que têm vontade, violam as normas e expectativas sociais sem a menor culpa ou arrependimento.

(...)com frequência encantadores (...) sua marca registrada é a assombrosa falta de consciência, seu jogo é a autossatisfação à custa dos outros (...) muitos passam algum tempo na prisão, outros não.

(...)usando seu charme e suas habilidades camaleônicas para semear a devastação na sociedade, deixando um rastro de vidas arruinadas por onde passam (...) formam a imagem de uma pessoa autocentrada, fria, que não sente remorso, com profunda falta de empatia, incapaz de estabelecer relação calorosa.

José G. V. Taborda⁴⁴ acrescenta:

o comportamento criminoso reiterado, a crueldade na prática de delitos, o desprezo pelas normas sociais, a propensão ao engano, à fraude e à mentira, bem como a incapacidade de correção e de aprender com os erros que algumas pessoas apresentam ao longo da vida (...)

⁴³ HARE, Robert D. *Sem Consciência – O mundo perturbador dos PSICOPATAS que vivem entre nós*. Tradução Denise Regina de Sales, revisão técnica: José G. V. Taborda. Porto Alegre: Artmed, 2013, páginas 19 e 20.

⁴⁴ TABORDA, José G. V. *Sem Consciência – O mundo perturbador dos PSICOPATAS que vivem entre nós*. Apresentação à edição brasileira da obra. Tradução Denise Regina de Sales, revisão técnica: José G. V. Taborda. Porto Alegre: Artmed, 2013.

Hare⁴⁵ faz um esclarecimento necessário dizendo que

(...) alguns médicos e pesquisadores, assim como a maioria dos sociólogos e criminologistas que acreditam que a síndrome é forjada inteiramente por forças sociais e experiências do início da vida, preferem o termo sociopatas, enquanto aqueles, incluindo este autor, que consideram que fatores psicológicos, biológicos e genéticos também contribuem para o desenvolvimento da síndrome geralmente usam o termo psicopata.

Para mim, o termo psicopata traduz melhor a realidade desse tipo de personalidade, porque os novos estudos de epigenética⁴⁶ e sobre traumas evidenciam que determinadas pessoas têm maiores propensões para a metilação⁴⁷ (genes que ficam desligados, metilados, porque a metilação impede a transcrição, que é a cópia que o RNA faz do gene, cópia esta que é como uma receita, um código para a produção de proteínas, que serão responsáveis pelos nossos

⁴⁵ Ob. cit., p. 39.

⁴⁶ FRANCIS, Richard c. *EPIGENÉTICA-Como a ciência está revolucionando o que sabemos sobre hereditariedade*. Tradução Ivan Weisz Kuck. Revisão Técnica Denise Sasaki. 1ª edição. Rio de Janeiro: Zahar, 2015. Também sobre epigenética o fabuloso livro de LIPTON, Bruce H. *A Biologia da Crença – O poder da consciência sobre a matéria e os milagres*. Tradução Yma Vick. São Paulo: Butterfly Editora, 2007.

⁴⁷ ANTUNES, Daniel. Em

<http://ead.hemocentro.fmrp.usp.br/joomla/index.php/noticias/adotepauta/669-mecanismos-epigeneticos>, acessado em 07.10.2021: " Em 1975, foi proposto o primeiro mecanismo epigenético, a metilação do DNA, que influencia a expressão gênica e possui um padrão herdável. Esse mecanismo explica, em partes, as mudanças nos padrões de expressão gênica e a diferenciação celular ao longo do desenvolvimento. A metilação consiste na adição de um radical metil (CH₃) no carbono 5 da base nitrogenada citosina que é seguida por uma base guanina (lembre-se que as bases nitrogenadas do DNA são: citosina, guanina, adenina e timina). Após a adição do radical metil, a base nitrogenada metilada passa a se chamar 5-metil-citosina. Essa adição é feita por enzimas DNA-metil-transferases (DNMTs) que podem ser de 3 tipos: DNMT3A e DNMT3B são responsáveis por fazer novas metilações; enquanto a DNMT1 cuida da manutenção da metilação. A manutenção feita pela enzima DNMT1 é importante, uma vez que a desmetilação do DNA pode ocorrer de forma passiva, ou seja, naturalmente, ao longo das várias etapas da replicação. Se não houver a atividade da DNMT1, a citosina será desmetilada. Daniel ainda acrescentou que, além do processo passivo, a desmetilação também pode ocorrer pela atividade enzimática. A metilação do DNA leva ao recrutamento de proteínas que causam a compactação da cromatina, impedindo que a enzima RNA-polimerase se ligue à molécula. Dessa forma não ocorre a expressão gênica, uma vez que a RNA-polimerase é a enzima responsável pela transcrição, ou seja, pela síntese de RNA a partir da informação contida na fita do DNA. Daniel explicou que, normalmente, regiões da molécula de DNA nas quais não existem genes ativos (regiões chamadas de heterocromatina) são notadamente compactadas e metiladas. *Resumidamente, a metilação é quando impede que o DNA produza proteína?*, perguntou uma das alunas'. *A metilação impede a transcrição o que, conseqüentemente, inviabiliza a formação de proteínas*, explicou o pesquisador. *Então o DNA não-codificante é metilado? Grande parte dele, sim*".

comportamentos e alterações físicas e mentais) de genes que alteram a sua expressão genética, do que outros, em decorrência de eventos graves de abusos, abandonos, carência alimentar, ausência de pátrio poder etc..⁴⁸

Vale ressaltar o fascínio que esses seres humanos exercem sobre todos nós. Basta verificar a imensa quantidade de filmes, livros, novelas, que os descrevem e até "glamourizam".⁴⁹⁵⁰

Alguns números sobre a incidência dessas personalidades no tecido social trazem um grande alerta e reforçam a necessidade de estudo.

Conforme afirma Robert Hare⁵¹

para se ter uma ideia do tamanho do problema que enfrentamos, devemos considerar que existem, no mínimo, 2 milhões de psicopatas na América do Norte; entre os cidadãos de Nova York, seu número é enorme - 100 mil. E essas estimativas são conservadoras.

Continua Hare⁵², no seu livro *Sem Consciência*, cuja edição é de 2013, dizendo:

(...)Em um artigo recente no *The New York Time*, Daniel Goleman escreveu: `Os dados sugerem, em geral, que de 2 a 3% da população sejam psicopatas, e essa porcentagem dobra para grupos criados em famílias desagregadas de cidades do interior.

Há fontes⁵³ afirmando que 1% da população EUA é de psicopatas e 4% sociopatas.

⁴⁸ VAN DER KOLK, Bessel. *O Corpo guarda as marcas – cérebro, mente e corpo na cura do trauma*. Tradução Dolnaldson M. Garschagen. Rio de Janeiro: Sextante, 2020.

⁴⁹ GUIMARÃES, Rafael Pereira Gabardo. *O Perfil Psicológico dos Assassinos em Série e a Investigação Criminal*. Em <http://www.revistas.pr.gov.br/index.php/espc/edicao-2-artigo-5>, acesso em 27.11.2020.

⁵⁰ TELLES, Elton. Em <https://gmconline.com.br/noticias/meu-psicopata-favorito/>, acesso em 27.11.2020.

⁵¹ Ob. cit., p. 19 e 20.

⁵² Ob. cit., p. 83.

⁵³ Disponível em PSYCHOLOGIA. Em <https://psychologia.co/psychopath-vs-sociopath/>, acesso em 27.11.2020.

Outras⁵⁴ citam que 4% dos CEOs e líderes de negócios são psicopatas, segundo Paul Babiak (com Robert Hare), psicólogo de pesquisa e *coach* executivo. Nesses estudos, Hare e Babiak observaram que cerca de 29% dos psicopatas corporativos também são valentões. Ainda refere essa fonte, citando o Dr. Christopher Bayer, psicólogo e psicanalista de Nova York, e psicólogo de *Wall Street*, que 10% das pessoas na indústria de serviços financeiros são psicopatas. Por fim, citam que Sherre Decovny, escritor da revista CFA, e, conforme escrito na edição de março/abril da Revista, afirma que 10% dos funcionários de *Wall Street* são psicopatas.

Robert Hare⁵⁵ ainda especifica que “Em média, nas prisões dos Estados Unidos, cerca de 20% dos detentos de ambos os sexos são psicopatas. Os psicopatas são responsáveis por mais de 50% dos crimes graves cometidos”.

Também estimam os cientistas que 40 a 70% da população carcerária nos Estados Unidos da América é de pessoas antissociais⁵⁶. Imaginemos no Brasil...

Não bastasse tudo isso, afirma Robert Hare⁵⁷ que existem os psicopatas *subcriminosos*, que

(...) nunca vão para a prisão (...) Eles (...) são advogados, médicos psiquiatras, acadêmicos, mercenários, policiais, líderes religiosos, militares, empresários, escritores, artistas etc., e não infringem a lei ou, pelo menos, não são descobertos nem condenados. Esses indivíduos são tão egocêntricos, frios e manipuladores quanto o psicopata criminoso típico, porém, sua inteligência, formação familiar, habilidades sociais e circunstâncias de vida permitem que construam uma fachada de normalidade e que consigam o que querem com relativa impunidade.

⁵⁴ QUORA. Em <https://translate.google.com.br/translate?hl=pt-BR&sl=en&u=https://www.quora.com/What-percentage-of-people-are-psychopaths-sociopaths&prev=search>, acesso 27.11.2020.

⁵⁵ Ob. cit., p. 98.

⁵⁶ TIIHONEN, Jari e outros, em <https://www.nature.com/articles/s41380-019-0488-z.pdf?origin=ppub>, acesso em 29.11.2020: “The prevalence of antisocial personality disorder (ASPD) is 1–3% in the general population and 40–70% in prison populations, and the corresponding figures for its most severe manifestation, psychopathy, are about 1% in the general population and 10–30% among incarcerated offenders [1–5]. ASPD is characterized by aggression, hostility, callousness, manipulateness, deceitfulness, and impulsivity, and psychopathy is an extreme manifestation of ASPD”

⁵⁷ Ob. cit., p. 123.

Não fosse tudo isso suficiente para atentar-nos à necessidade do presente estudo, ainda existem os *Narcisistas*, também considerados psicopatas por alguns⁵⁸, e que se valem das mesmas estratégias de mitomania, fraudes, golpes e toda ordem de crueldades que são realizadas no tecido social.

Como visto, esses seres humanos estão entre nós, basta ver o famoso caso do neurocientista James Fallon⁵⁹, que analisava há mais de 20 anos o perfil das estruturas cerebrais dos psicopatas que estudava, sendo que, ao chegar ao final de uma pilha de tomografias, encontrou uma em especial que apresentava um padrão claro de patologia. Surpresa! Era a tomografia dele mesmo!

Por isso, é possível afirmar com facilidade, não com tranquilidade, que os profissionais do Ministério Público, do aparato policial, do Poder Judiciário, das Defensorias Públicas, em suma, o *staff* do Estado, *lato sensu*, que trabalha com métodos autocompositivos envolvendo menores, adolescentes, adultos em geral, prisioneiros, com toda a certeza manterão interlocuções com psicopatas.

Então, deverão estar capacitados para atuar em espaço de negociação e de mediação com essas personalidades. Tenho proferido aulas para a Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul, Delegados (as), Inspetores (as), Comissários (as),

⁵⁸ SOUZA, Ricardo de Oliveira. Em <https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2019/09/05/voce-sabe-reconhecer-um-psicopata.htm>, acesso em 27.11.2020. Na matéria é dito: "Em um novo estudo, publicado no final de agosto no periódico *Molecular Psychiatry*, do grupo Nature, cientistas da University of Eastern Finland, da University of Helsinki e do Karolinska Institutet na Suécia compararam células-tronco de psicopatas violentos e de pessoas normais para analisar a expressão de alguns genes e algumas proteínas associados ao transtorno no cérebro de psicopatas violentos. O resultado mostrou que a psicopatia está associada a alterações importantes na expressão de alguns genes e nas vias moleculares relacionadas à resposta imune do organismo. A expressão desses genes explicou entre 30% e 92% na variação de sintomas da psicopatia. O transtorno também foi associado à expressão alterada de proteínas relacionadas ao metabolismo da glicose e do sistema opioide, presente no sistema nervoso humano. Com essa descoberta, os cientistas acreditam que o uso por longos períodos de medicamentos como naltrexone ou buprenorphine, que regulam o sistema opioide, podem ser um tratamento com bons resultados para quem sofre do transtorno... Psicopatia x narcisismo Iguamente considerado um transtorno de personalidade antissocial, o transtorno de personalidade narcisista tem algumas características em comum com a psicopatia, como a ausência de empatia. Contudo, os narcisistas julgam-se superiores e especiais, exigindo de todos atenção e admiração. Como nem sempre recebem tudo aquilo que acham merecer, acabam frustrados e podem se tornar agressivos. Como as características que o tornam especial só existem na cabeça dele, o narcisista logo é 'desmascarado' e enxerga isso como perseguição, injustiça e má vontade das pessoas ao seu redor", explica Souza." (grifos meus)

⁵⁹ FALLON, JAMES. Em https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/12/131223_psychopath_inside_mv, acesso em 27.11.2020.

Agentes em geral, e também para o Ministério Público, procurando passar algumas técnicas de negociação e de identificação de psicopatas. Parte delas mostrarei aqui, sem ter a pretensão, obviamente, de apresentar qualquer *receita de bolo*, porque, como já mencionou Robert Hare⁶⁰, são como *camaleões*.

Começo por dizer que os psicopatas se sentem magneticamente atraídos por presas. Pessoas boas, honestas, ingênuas, pois, como todo predador, exploram as vulnerabilidades dos seus alvos.

A sedução, a atratividade, a aparência e o envolvimento são ferramentas usuais. Em especial a mitomania, a compulsão de mentir, que ativa estruturas do circuito mesolímbico dopaminérgico⁶¹, dando-lhes prazer até mesmo nas mais singelas mentiras, como não atender o telefone, dizer que não pode fazer algo que deve fazer por alguma desculpa insólita, ou mencionar que leu livros ou artigos, quando não o fez. Inventam as estórias mais absurdas, que, se bem avaliadas, não encontrarão lógica.

Alguns indícios, após algum convívio, poderão sinalizar para a existência de um (a) psicopata. Um deles são os relacionamentos superficiais.

Psicopatas não possuem amizades profundas. Isso porque a amizade pressupõe vulnerabilizar-se, trocando informações íntimas, e, por vezes, sigilosas, o que não é cabível aos psicopatas, pois são mestres do disfarce e da dissimulação⁶².

⁶⁰ HARE, Robert D. *Sem Consciência – O mundo perturbador dos PSICOPATAS que vivem entre nós*. Tradução Denise Regina de Sales, revisão técnica: José G. V. Taborda. Porto Alegre: Artmed, 2013.

⁶¹ CAMARGO, Paulo Sérgio. Disponível em <https://www.otempo.com.br/interessa/mitomania-mentir-demais-pode-ser-sinal-de-doenca-1.2385753>, acessado em 31.12.2020: "...explica o autor do livro 'Não Minta para Mim! Psicologia da Mentira e Linguagem Corporal', Paulo Sergio Camargo. Mas, segundo o especialista, embora sejamos todos naturalmente mentirosos e nem sejamos os únicos a mentir - alguns estudos mostram que até os macacos enganam uns aos outros para conseguir mais comida -, o mentir compulsivamente é sinal vermelho para doenças psicológicas sérias. Para ele, apesar de o transtorno não constar no Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-5), a mitomania, ou "síndrome do Pinóquio", é uma doença. 'Na mitomania, a pessoa começa a mentir compulsivamente por tudo e por qualquer motivo, e ela está ligada a fatores comportamentais, como a baixa autoestima. A pessoa precisa superar o sentimento de inferioridade e compensa na mentira. Por isso, adolescentes são mais propensos a desenvolverem isso, mas isso pode vir da infância quando a criança vê que com a mentira pode se obter vantagens ou não ser punido. Para o mitômano, quando ele mente, libera a dopamina, que é o hormônio do prazer. Então, ele não consegue controlar a mentira, porque o cérebro fica viciado na sensação de bem-estar e adrenalina e sempre quer mais. É o mesmo que acontece em pessoas viciadas em drogas". (grifos meus)

⁶² HARE, Robert D. *Sem Consciência – O mundo perturbador dos PSICOPATAS que vivem entre nós*. Tradução Denise Regina de Sales, revisão técnica: José G. V. Taborda. Porto Alegre: Artmed, 2013.

De fato, não tem sentido para eles expor suas realidades, características e intenções, justamente porque demonstrarão, obviamente, seu desejo de prazer egoísta, desmedido e incontido, além da natural frieza e calculismo⁶³.

Isso não quer dizer que não possam ser populares, que tenham grande audiência, que sejam públicos, porque a vontade de serem cortejados, admirados, sentidos como líderes, estimula que empreendam, obcecadamente, na busca de ascensão nos seus espaços de convívio, motivo pelo qual acabam à frente de instituições públicas e privadas, alcançam altos cargos de poder, e podem ser ovacionados pelos seus triunfos objetivos. Mas mostrar a sua verdade, jamais!⁶⁴

A busca de espaços e cenários, tais como gerar uma família, o abrigo poderoso de estruturas de trabalho idôneas, o próprio *amor* e a *amizade*, apenas como conceitos por eles declarados, poderão ser mantos de disfarce úteis para driblar qualquer desconfiança de pessoas mais treinadas a identificá-los (las).

Outra característica marcante, mas que também exige algum tempo, é o isolamento que fazem das suas vítimas, procurando afastá-las de amigos, da família e das influências externas ao seu âmbito de controle, buscando dominar pela emoção, seja infantilizando, seja desmerecendo a vítima, para criar uma aura de proteção ilusória que eles, os psicopatas, estariam a fornecer. Colocam-se como vítimas de algum fato de menor importância que potencializam, sendo este um indicador importante, que deve ser atentado, pois se constitui em uma tática conhecida como *chamariz*⁶⁵.

Contudo, uma maneira sutil de verificar a possibilidade de estarmos diante de um (a) psicopata é a *incoerência discursiva*.⁶⁶ Ou seja, prestando atenção às narrativas por eles (elas) apresentadas, encontraremos *furos*, *incompatibilidades* entre situações por eles (elas) descritas, desarmonias lógicas do discurso. Por

⁶³ HARE, Robert D. *Sem Consciência – O mundo perturbador dos PSICOPATAS que vivem entre nós*. Tradução Denise Regina de Sales, revisão técnica: José G. V. Taborda. Porto Alegre: Artmed, 2013.

⁶⁴ HARE, Robert D. *Sem Consciência – O mundo perturbador dos PSICOPATAS que vivem entre nós*. Tradução Denise Regina de Sales, revisão técnica: José G. V. Taborda. Porto Alegre: Artmed, 2013, p. 52-55.

⁶⁵ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *A Negociação Ética para Agentes Públicos e Advogados: medição, conciliação, arbitragem, princípios, técnicas, fases, estilos e ética da negociação*. Prefácio de Juarez Freitas. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 202.

⁶⁶ HARE, Robert D. *Sem Consciência – O mundo perturbador dos PSICOPATAS que vivem entre nós*. Tradução Denise Regina de Sales, revisão técnica: José G. V. Taborda. Porto Alegre: Artmed, 2013, pp. 136-142

exemplo, a pessoa pode referir: “tu sabes que eu não sou de pedir dinheiro, aliás, odeio isso, e por me fazer mal nunca faço, todavia estou em uma situação econômica precária e injusta, e, por uma questão de bom senso, já que temos uma amizade longa, é justo que me emprestes R\$ 10.000,00”.

Veja-se que nesse exemplo são utilizadas estratégias para confundir a vítima, alegando que não faz algo, mas, na realidade, faz. Todavia, assim o faz porque é *justo* (para ele ou ela) que o faça!

Aliás, esta é outra especial característica: sempre oferecerão uma explicação racional para tudo, convencendo-se do seu agir correto, em que pese o agir ter sido totalmente incorreto para o senso comum, constituindo-se esse em um mecanismo de autoproteção que auxilia na ausência de culpa marcante nos psicopatas.

Na mesma linha, não respondem às perguntas que lhes fazem, tergiversam, e costumam mudar de assunto, propondo outro raciocínio, sem abordar o raciocínio proposto pelo seu interlocutor.

Essa característica talvez aconteça, justamente, pela diferente ativação dos hemisférios cerebrais nos psicopatas.

Hare⁶⁷ comenta que

Na maioria das pessoas, os dois lados do cérebro têm funções especializadas diferentes. O hemisfério cerebral esquerdo tem a habilidade de processar informações de modo analítico e sequencial e desempenha papel crucial na compreensão e uso da linguagem. O hemisfério direito processa informações simultaneamente, como um todo; desempenha papel importante na percepção de relações espaciais, na formação de imagens na mente, na experiência emocional e no processamento da música.

E continua o Professor Hare⁶⁸, dizendo que

(...) enquanto, na maioria das pessoas, o lado direito do cérebro desempenha papel central na emoção, resultados de pesquisas recentes em laboratório mostram que, em psicopatas, nenhum dos dois hemisférios, é proficiente nos

⁶⁷ Ob. cit., p. 136.

⁶⁸ Ob. cit., p. 142.

processos da emoção. O motivo ainda é um mistério. Entretanto, uma implicação intrigante consiste em que os processos cerebrais responsáveis pelas emoções em psicopatas são desfocados, resultando em uma vida emocional rasa e descolorida.

Aponta Hare ⁶⁹ uma reflexão importante: "Novos dados experimentais sugerem que os processos linguísticos bilaterais são característica também da psicopatia". Esclarece o autor que, talvez por isso, uma das características marcantes da psicopatia seja a incoerência, declarações contraditórias. Ou seja, os dois hemisférios teriam funções linguísticas e manifestariam posições divergentes sobre o mesmo assunto.

Outra consequência seria a conduta de manifestar *palavras vazias*. Ex.: "mas ele dizia tantas vezes que me amava". "Eles conhecem o significado formal das palavras, mas não o significado emocional"⁷⁰.

Daniel Goleman ⁷¹ reforça essas características estruturais e funcionais, afirmando:

Em vez de registrar a emoção nos centros límbicos do cérebro, os sociopatas apresentam atividade nas áreas frontais, especialmente nos centros de linguagem. Eles falam a si mesmos *sobre* as emoções, mas não as sentem diretamente como ocorre com outras pessoas. Em vez de terem uma reação emocional de baixo para cima, os sociopatas `sentem` de cima para baixo.

Acrescenta Goleman⁷², comentando que o lado

"(...) .mais sombrio da empatia cognitiva emerge quando alguém a utiliza para identificar a fraqueza de uma pessoa e tira vantagem disso. Essa estratégia caracteriza sociopatas, que usam a empatia cognitiva para manipular outrem. Não sentem ansiedade, de forma que a ameaça de uma punição não os detém."

⁶⁹ Ob. cit., p. 136.

⁷⁰ HARE, Robert D. Ob. cit., p. 137.

⁷¹ FOCO. Ob. cit., p. 102.

⁷² GOLEMAN, Daniel. FOCO. Ob. cit., pp. 101 e 102.

Mesmo que rapidamente, é importante classificar as formas de empatia.

Na *empatia emocional*, unimo-nos à outra pessoa e sentimos junto com ela. A sintonia ocorre através de circuitos cerebrais automáticos, espontâneos e ascendentes⁷³, ou seja, emergem das regiões basais e límbicas do cérebro para o córtex pré-frontal, em uma cascata de eventos emocionais.

A *simpatia*⁷⁴, segundo Ângelo Roberto Ilha da Silva e Daison Nelson Ferreira Dias, seria a "...capacidade de sentir algo quando se sabe que outra pessoa está sentindo algo, ou seja, é uma espécie de solidariedade afetiva pelo que se sabe que o outro está sentindo".

Daniel Goleman⁷⁵ também apresenta uma terceira forma de empatia, que é a *preocupação empática*, afirmando que

(...) vai além: ela nos faz nos preocuparmos com a pessoa, faz com que nos mobilizemos para ajudar se for preciso. Essa atitude compassiva se forma numa parte profunda do cérebro, nos sistemas primários de baixo para cima vinculados ao afeto e ao apego, ainda que eles se misturem com circuitos mais reflexivos, de cima para baixo, que avaliam o quanto valorizamos o bem-estar alheio.

Por fim, a *empatia cognitiva*⁷⁶, que "nos permite assumir a perspectiva do outro, compreender seu estado mental e, ao mesmo tempo, administrar nossas próprias emoções enquanto avaliamos as dela. São todas operações mentais descendentes."

Christian Keysers, da Universidade de Groningen, Holanda, afirma⁷⁷ o que segue sobre a empatia cognitiva: "Eles não têm falta de empatia, mas **têm uma opção**

⁷³ GOLEMAN, Daniel. *FOCO*. Ob. cit., p. 99.

⁷⁴ ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto, FERREIRA DIAS, Daison Nelson. *Psicopatas Criminosos e a sociedade vulnerável*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 111.

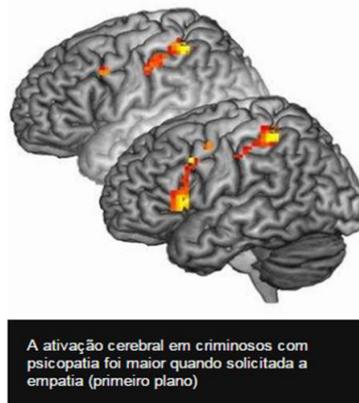
⁷⁵ *FOCO*, ob. cit., p. 99.

⁷⁶ GOLEMAN, Daniel. *FOCO*, ob. cit., p. 99.

⁷⁷ KEYSERS, Christian. Em <https://www.bbc.com/news/science-environment-23431793>, acesso em 28.11.2020: "Now scientists have found that only when asked to empathise did the criminals' empathy reaction, also known as the mirror system, fire up the same way as it did for the controls. Without instruction, they show reduced activity in the regions of the brain associated with pain. This mirror system refers to the mirror neurons in our brain which are known to activate when we watch someone do a task and when we do it ourselves. They are thought to play a vital role in the ability to empathise with others. Christian Keysers from the University of Groningen, the Netherlands, and

para ligá-lo e desligá-lo. Por padrão, parece que ele está desligado." Segundo é referido neste estudo, eles podem usar centros de empatia emocional quando desejam, o que facilita que façam suas encenações enganosas de uma maneira tão real que não são descobertos em sua linguagem cinestésico-corporal.

Na pesquisa do Professor Keysers, psicopatas criminosos foram colocados em um *scanner* cerebral, e assistiram a vídeos de uma pessoa ferindo outra e foram solicitados a ter empatia pelo indivíduo com dor. Evidenciaram, então, que somente quando perguntados a imaginar como se sentiu a pessoa receptora da dor é que a área do cérebro relacionada à dor se acendeu, conforme imagem que abaixo apresento⁷⁸:



O resultado da pesquisa bem evidencia a periculosidade desses fantásticos seres humanos, *experts* em leitura e imitação das emoções dos outros, e a dificuldade de identificá-los.

Em uma síntese impactante, os psicopatas leem as emoções dos outros, a linguagem não verbal das pessoas, de uma forma focada, predominantemente

senior author of the study, said it could change the way psychopathic criminals were viewed. "The predominant notion had been that they are callous individuals, unable to feel emotions themselves and therefore unable to feel emotions in others. 'Our work shows it's not that simple. They don't lack empathy but they have a switch to turn it on and off. By default, it seems to be off.' The fact that they have the capacity to switch empathy on, at least under certain conditions, could have a positive side to it, Prof Keysers said. 'The notion psychopaths have no empathy at all was a bleak prospect. It would make it very hard for them to have normal moral development. "Now that we've shown they have empathy - even if only in certain conditions - we can give therapists something to work with,' Prof Keysers told BBC News."

⁷⁸ KEYSERS, Christian. Disponível em <https://www.bbc.com/news/science-environment-23431793>, acessado em 31.12.2020.

racional, fria, e, por isso, são exímios leitores de emoções, com capacidade total de imitação e replicação, naturais ao melhor ator ou atriz das variadas artes cênicas.

David Eagleman⁷⁹ propõe uma reflexão bastante realista e contundente sobre a dimensão desumana com que acontecem alguns comportamentos de psicopatas em violências e genocídios. Transcrevo suas lições:

Lasana Harris, da Universidade de Leiden, na Holanda, tem feito uma série de experimentos que nos aproximam mais da compreensão de como isso acontece. Harris procura alterações na rede social do cérebro, em particular no córtex pré-frontal medial (CPFM). Essa região se torna ativa quando você interage com outras pessoas ou pensa nelas – mas não é ativa quando estamos lidando com objetos inanimados, como uma xícara de café.

Harris mostra aos voluntários fotografias de pessoas de diferentes grupos sociais, por exemplo, sem-teto ou viciados em drogas. E descobriu que o CPFM é menos ativo quando os participantes observam um sem-teto. É como se a pessoa parecesse um objeto

Como afirma Harris, quando alguém desativa os sistemas que veem um sem-teto como outro ser humano, não é necessário experimentar as pressões desagradáveis de se sentir mal por não lhe dar dinheiro. Em outras palavras, o sem-teto tornou-se desumanizado: o cérebro o vê mais como objeto e menos como gente. Não é de surpreender que seja menos provável uma pessoa tratá-lo com consideração. Como explica Harris: `Se você não diagnostica corretamente as pessoas como seres humanos, talvez as regras morais que são reservadas para a pessoa humana não se apliquem.

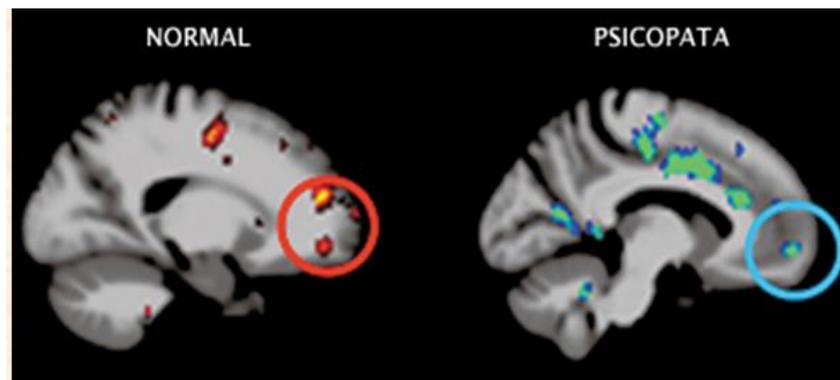
A desumanização é um componente fundamental do genocídio. Os nazistas viam os judeus como inferiores a humanos, e os sérvios da antiga Iugoslávia viam os muçulmanos da mesma maneira.

Jean Decety⁸⁰ apresenta estudo mostrando a hipoativação do córtex pré-frontal ventromedial dos psicopatas. Conforme a matéria:

⁷⁹ EAGLEMAN, David. *Cérebro uma Biografia*. Tradução Ryta Vinagre. Coordenação de Bruno Fiuza. 1ª edição. Rio de Janeiro: Rocco, 2017, p. 182.

⁸⁰ DECETY, Jean. Em http://www2.uol.com.br/vivermente/noticias/psicopata_neuroimagem_empatia_amigdala.html, acesso em 29.11.2018

equipe coordenada pelo psicólogo Jean Decety captou imagens do cérebro de 121 presidiários enquanto olhavam fotografias de pessoas sentindo dor em situações corriqueiras, como prendendo o indicador em uma gaveta ou topando a unha do dedo do pé na parede. Eles foram orientados a imaginar aquilo acontecendo com eles mesmos ou com alguém próximo – uma conhecida técnica de mudança de perspectiva que costuma despertar a empatia, isto é, a capacidade de reconhecer e experimentar os sentimentos alheios. A resposta neural de todos os voluntários foi equivalente quando se imaginaram na situação: foram acionados, normalmente, centros de percepção da dor e das emoções. O resultado, porém, foi diferente quando eles pensaram em outra pessoa. Psicopatas revelaram menor coordenação entre o funcionamento da amígdala – região de processamento das emoções, do medo – e do córtex pré-frontal ventromedial, área que atua no autocontrole, empatia e moralidade.



Dan Ariely⁸¹ informa sobre estudo feito por uma equipe de pesquisadores da *University of California*, em Los Angeles, coordenado pela Dra. Yaling Yang, dados muito interessantes e que podem explicar alguns aspectos da menor ativação das estruturas pré-frontais em psicopatas, que são mitômanos.

O estudo foi feito a partir de uma agência de empregos, e identificou, em primeiro lugar, mentirosos patológicos, os quais foram colocados em *scanner* cerebral (Fmri – Ressonância Magnética Funcional). Transcrevo, até porque o comentário realiza alguns esclarecimentos estruturais formativos do cérebro que

⁸¹ ARIELY, Dan. *A mais pura verdade sobre a desonestidade: por que mentimos para todo mundo: inclusive para nós mesmos*. Tradutor Leonardo Abramowicz. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, pp. 148 e 149.

contribuirão para que os não iniciados nos estudos neurocientíficos possam compreender melhor:

Em geral, há dois tipos de matérias que preenchem o cérebro humano: cinzenta e branca. A massa cinzenta é apenas outro nome para as coleções de neurônios que compõem a maior parte do cérebro; o material que nos permite pensar. A matéria branca é constituída da fiação que conecta essas células cerebrais. Todos nós temos massa cinzenta e branca, mas Yang e seus colaboradores estavam especificamente interessados nas quantidades relativas desses dois tipos no córtex pré-frontal dos participantes. Eles constataram que os mentirosos patológicos tinham 14% menos de massa cinzenta do que o grupo de controle, uma constatação comum para muitos indivíduos psicologicamente comprometidos. O que isso poderia significar? Uma possibilidade é que, como os mentirosos patológicos possuem menos células cerebrais (massa cinzenta) alimentando seu córtex pré-frontal (uma área crucial para distinguir entre o certo e o errado), acham mais difícil levar a moralidade em conta, o que torna mais fácil mentir. Porém isso não é tudo... Yang e seus colegas também constataram que os mentirosos patológicos tinham de 22% a 26% a mais de matéria branca no córtex pré-frontal do que os mentirosos não patológicos. Com mais matéria branca (lembre-se de que isso é o que liga a matéria cinzenta), os mentirosos patológicos provavelmente são capazes de estabelecer mais conexões entre recordações e ideias diferentes, e essa maior conectividade e acesso ao mundo das associações armazenadas na massa cinzenta podem ser o ingrediente secreto que os torna naturalmente mentirosos...talvez esse seja um elemento crucial na racionalização de nossos atos desonestos.

Compatíveis com esses estudos são as conclusões de Sajous, Turner, Anderson e outros⁸², tendo o Professor Adrian Raine e outros⁸³ realizado trabalho em que encontraram até 11% de redução no córtex pré-frontal de psicopatas malsucedidos. Importante essa ressalva, pois os psicopatas bem-sucedidos, que são aqueles que dificilmente são pegos ou que não cometem crimes, não apresentam a mesma redução nas estruturas frontais. Exatamente por isso, possuem uma condição diferenciada para arquitetar golpes, enganar as pessoas, e,

⁸² SAJOUS-TURNER, Ashly. ANDERSON, Nathaniel E.. WIDDOWS, Matthew. WYALAKANT, Prashanth. Em: https://www.researchgate.net/publication/334262578_Aberrant_brain_gray_matter_in_murderers, acesso em 28.11.2020: "This study examined gray matter differences among incarcerated male offenders comparing those who have committed a homicide and those who have not. We report widespread reductions in gray matter affecting brain regions involved in emotional processing, behavioral control, executive function, and social cognition. These results were stable when comparing against both subcategories of violent and minimally violent groups. Comparisons between the violent (non-homicide) and non-violent groups yielded mostly null results, suggesting that major individual differences distinguish those who committed homicide, and that brains of ordinary violent offenders do not differ much, structurally, from minimally violent and antisocial inmates. The reductions in Gray matter among homicide offenders were evident in a number of brain areas important for affective processing, social cognition, and strategic behavioral control, Prominently featured in these results are the orbitofrontal/ventromedial prefrontal cortex, the anterior temporal cortex, insula, medial prefrontal/anterior cingulate and precuneus/posterior cingulate cortex. For example, the abilities to assess the cognitive perspective and emotional states of others is often described as theory of mind (ToM) and empathy, and these abilities are important for effective social-cognitive function and adaptive social behavior. Prior neuroimaging studies suggest important roles for the orbitofrontal cortex, medial prefrontal cortex, temporal poles, insula and anterior cingulate cortex in tasks that require assessment of others cognitive states and feelings..."

⁸³ RAINE, ADRIAN et al. Em

https://www.researchgate.net/publication/12648946_Reduced_Prefrontal_Gray_Matter_Volume_and_Reduced_Autonomic_Activity_in_Antisocial_Personality_Disorder, acesso em 28.11.2020. Tradução livre: "Foi constatado que grandes danos à substância cinzenta e branca no córtex pré-frontal e déficits autonômicos resultam em personalidade pseudopsicopática em pacientes com distúrbios neurológicos, mas não se sabe se as pessoas com transtorno de personalidade anti-social (TPA) na comunidade que não têm os traumas cerebrais também apresentam déficits pré-frontais sutis. Os volumes de substância cinzenta e branca pré-frontal foram avaliados por meio de ressonância magnética estrutural em 21 voluntários da comunidade com DPA (grupo DPA) e em 2 grupos de controle, compreendendo 34 indivíduos saudáveis (grupo de controle), 26 indivíduos com dependência de substância (grupo dependente de substância), e 21 controles psiquiátricos. A atividade autonômica (condutância da pele e frequência cardíaca) também foi avaliada durante um estressor social no qual os participantes deram um discurso em vídeo sobre suas falhas. O grupo APD mostrou uma redução de 11,0% no volume de substância cinzenta pré-frontal na ausência de lesões cerebrais ostensivas e redução da atividade autonômica durante o estressor. Esses déficits previam a adesão ao grupo independentemente dos fatores de risco psicossocial. Até onde sabemos, esses achados fornecem a primeira evidência de um déficit cerebral estrutural no DPA. Esse déficit estrutural pré-frontal pode estar por trás da baixa excitação, baixo condicionamento ao medo, falta de consciência e déficits de tomada de decisão que caracterizam o comportamento anti-social e psicopático."

por isso, a distinção. Adrian Raine e outros⁸⁴⁸⁵ informam sobre a não redução do córtex pré-frontal.

Em estudo recente⁸⁶, todavia, foi aprofundada a distinção entre os psicopatas malsucedidos e os bem-sucedidos, tendo sido concluído que estes últimos diferem dos primeiros por não terem as características de irresponsabilidade, impulsividade e negligência que acabam culminando por serem pegos em suas desonestidades. Também é discutido pela ciência⁸⁷ o fato de os psicopatas de sucesso poderem ser pessoas que não praticam crimes, e usam a dominância da falta de medo justamente para, de maneira positiva, empreenderem no sentido de satisfazerem suas necessidades e seus desejos.

A categoria dos psicopatas bem-sucedidos, portanto, abre a reflexão para um grande número de pessoas que atuam intensamente no tecido social, não praticam crimes, mas podem, de maneira mais ou menos ética, valerem-se do seu foco, da melhor capacidade pré-frontal etc., para a obtenção de benefícios pessoais, em detrimento dos outros, utilizando-se ou não de armadilhas ou golpes, porém, no intuito de satisfazer seus ávidos desejos por recompensas.

Outra diferença substancial entre as pessoas normais e os psicopatas é que as amígdalas destes chegam a ser 18% menores do que a das pessoas normais, conforme documentou estudo de Adrian Raine e outros⁸⁸. Isso é compatível com a

⁸⁴ RAINE, Adrian et. All. Em

<https://dept.wofford.edu/neuroscience/NeuroSeminar/pdfFall2009/Successful-UnsuccessfulfMRI.pdf>, acesso em 28.11.2020, apresentam aprofundadas pesquisas sobre o tema.

⁸⁵ RAINE, Adrian et. All. Em

https://www.researchgate.net/publication/43346832_Successful_and_Unsuccessful_Psychopaths_A_Neurobiological_Model, acesso em 28.11.2020, no qual é feita meta análise sobre os psicopatas bem sucedidos e os mal sucedidos.

⁸⁶ MULLINS-SWEATT, Stephanie W., GLOVER, Natalie G. at all. *The search for the successful psychopath*. Em

https://www.researchgate.net/publication/229432078_The_search_for_the_successful_psychopath, acesso em 29.11.2020.

⁸⁷ WALLACEL, Louise, HEYML, Nadja, SUMICHL, Alexander, FIDO, Dean. *A systematic review on the current conceptualisations of successful psychopathy*. Em

file:///C:/Users/usuario10/Downloads/Systematic%20review-%20successful%20psychopathy%20manuscript_LW_preprint.pdf, acesso em 29.11.2020.

⁸⁸ RAINE, Adrian et all. Em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3192811/>, acesso em 28.11.2020: "Individuals with psychopathy showed significant bilateral volume reductions in the amygdala compared with controls (left, 17,1%; right, 18,9%). Surface deformations were localized in regions in the approximate vicinity of the basolateral, lateral, cortical, and central nucleio of the amygdala. Significant correlations were found between reduced amygdala volumes and increased total and facet psychopathy scores, with correlations strongest for the affective and interpersonal facets of psychopathy. CONCLUSIONS Results provide the first evidence, to our knowledge, of focal

grande marca identificadora dos psicopatas malsucedidos, que é a ausência de medo, o que lhes dificulta a tarefa da tomada de decisão, pois necessitamos sentir em relação às opções que temos à nossa frente, e quando esse *sentir* é deficiente, por não indicar dados relevantes sobre os riscos da ação, acaba sendo subavaliado o contexto do evento e os psicopatas culminam por serem pegos.

Robert M. Sapolsky⁸⁹ comenta sobre essa característica dos psicopatas:

A dissociação entre medo e agressividade é evidente em psicopatas violentos, que são a antítese do amedrontamento: eles são psicológica e subjetivamente menos reativos à dor; suas amígdalas respondem de maneira um tanto impassível aos habituais estímulos assustadores e são menores do que o normal⁹⁰. O que cabe na imagem da violência psicopática; ela não é consequência de uma reação impulsiva a uma provocação. Em vez disso, é um ato apenas instrumental, que usa os outros seres humanos como meios para um fim, ato este que é executado com uma indiferença fria, implacável e reptiliana.

Isso explica por que são caçadores vorazes de recompensas, desejos, estímulos, prazeres, especialmente vinculados ao dinheiro, ao poder, ao sexo, à beleza, às drogas, compulsão por compras, bebidas alcoólicas e, com certeza, à mentira.

Na figura abaixo⁹¹, mostro o estriado ventral - nos animais chamado de *nucleus accumbens* -, o qual é responsável pelas nossas decisões alicerçadas em recompensas para o organismo. Qualquer experiência de prazer, com o consequente

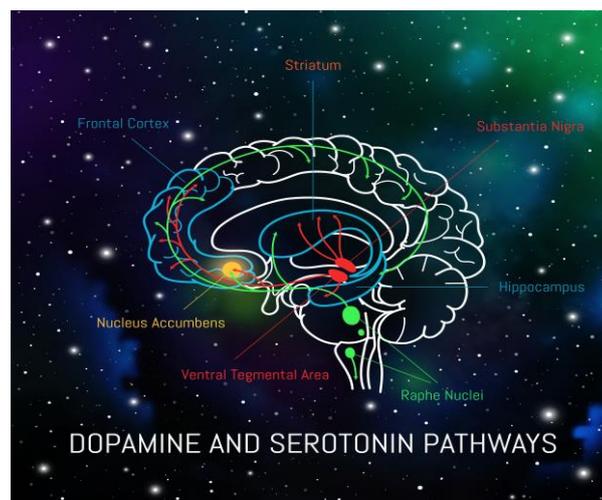
amygdala abnormalities in psychopathic individuals and corroborate findings from previous lesion studies. Findings support prior hypotheses of amygdala deficits in individuals with psychopathy and indicate that amygdala abnormalities contribute to emotional and behavioral symptoms of psychopathy."

⁸⁹ SAPOLSKY, Robert. M. *COMPORTE-SE: a biologia humana em nosso melhor e pior*. Tradução Giovanni Salimena e Vanessa Bárbara. 1ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2021, p. 49.

⁹⁰ BLAIR, R. "Neuroimaging of Psychopathy and Antisocial Behavior: a Targeted Review". *Curr Psychiatry Rep.*, v. 12, n. 1, p. 76, 2010; K. Kiehl, *The Psychopath Whisperer: The Nature of Those Without Conscience*. Woodland Hills, CA; Crown Books, 2014; M. Koenigs et AL., "Investigating the Neural Correlates of Psychopathy: A Critical Review", *Mol Psychiatry*, v. 16, n 8, p. 792, 2011., Apud SAPOLSKY, Robert M., ob. cit., p. 49.

⁹¹ Imagem adquirida no Site Oficial 123RF, https://br.123rf.com/?gclid=EAlalQobChMlyNKCx6Wv9gIVyASRCh1TTA8VEAAYASAAEgL-S_D_BwE&gclid=aw.ds#googtrackad06, acesso em abril de 2021.

despejo de dopamina, passa por essa estrutura. Conforme pode ser visto na figura, a linha vermelha indica o caminho da dopamina, a qual sinalizará para os centros executivos do córtex pré-frontal esquerdo para que tomem uma decisão que possa satisfazer aquela necessidade ou desejo decidido no estriado ventral como recompensadora ao organismo. Assim que funciona a mente do corrupto e de qualquer pessoa, seja para atividades ilegais ou legais. Vamos à gravura:



Fonte: veronikaby©123RF

Apenas destaco que a porção superior, o estriado dorsal, é a responsável pelo armazenamento dos nossos hábitos. A razão é simples: definido pelo estriado ventral que aquela ação dá prazer, automaticamente é liberada dopamina, esta memória, caso seja constantemente ativada (este também é o princípio do treinamento, quando a reiteração da prática converte-a em hábito) passa para a parte superior, constituindo-se, após muitas ativações como essa, em um hábito.

Em rápidas palavras, perdoem-me a brevidade para os acostumados ao estudo em questão, este é, basicamente, o mecanismo da adição, do vício.

Todas essas descobertas são importantíssimas para a humanidade, porque permitem a realização de outras pesquisas para saber as causas do alto percentual de personalidades antissociais nas comunidades, o que está diretamente associado a todo o trabalho que é desenvolvido na justiça restaurativa, em especial na sua dimensão preventiva, de modo a que possam ser traçadas estratégias de proteção a crianças e adolescentes nos espaços escolares, familiares, comunitários, e, assim, o

Ministério Público, o Poder Judiciário e a sociedade como um todo possam atuar com eficiência e eficácia no combate à criminalidade e na proteção das pessoas.

Com efeito, os maus-tratos têm direta relação com a formação de pessoas antissociais⁹²⁹³⁹⁴, além de ocasionarem uma série de doenças mentais, tais como TEPT (transtorno do estresse pós-traumático), ansiedade, depressão, abuso de drogas, abuso de comida, transtorno bipolar e outros.

São abusos de toda ordem, abusos físicos, abusos psicológico-emocionais, abusos sexuais, negligência, sendo estimado que, nos Estados Unidos da América, no ano de 2018, 1 em cada 7 crianças foi abusada de alguma forma⁹⁵.

⁹² AFIFI, TRACIE O.; FORTIER, JANIQUE, SAREEN, JITENDER. ASSOCIATIONS OF HARSH PHYSICAL PUNISHMENT AND CHILD MALTREATMENT IN CHILDHOOD WITH ANTISOCIAL BEHAVIORS IN ADULTHOOD.

[HTTPS://JAMANETWORK.COM/JOURNALS/JAMANETWORKOPEN/FULLARTICLE/2722572#:~:TEXT=HOWEVER%2C%20THE%20ASSOCIATION%20WITH%20ANTISOCIAL,WITH%20ANTISOCIAL%20BEHAVIORS%20IN%20ADULTHOOD](https://jamanetwork.com/journals/jamanetworkopen/fullarticle/2722572#:~:text=HOWEVER%2C%20THE%20ASSOCIATION%20WITH%20ANTISOCIAL,WITH%20ANTISOCIAL%20BEHAVIORS%20IN%20ADULTHOOD), ACESSO EM 29.11.2020: "ARE HARSH PHYSICAL PUNISHMENT IN THE ABSENCE OF CHILD MALTREATMENT AND CHILD MALTREATMENT WITH AND WITHOUT HARSH PHYSICAL PUNISHMENT IN CHILDHOOD ASSOCIATED WITH ANTISOCIAL BEHAVIORS IN ADULTHOOD? FINDINGS IN THIS CROSS-SECTIONAL STUDY USING NATIONALLY REPRESENTATIVE DATA ON 36 309 ADULTS, HARSH PHYSICAL PUNISHMENT IN THE ABSENCE OF CHILD MALTREATMENT AND CHILD MALTREATMENT THAT THEY HAD EXPERIENCED WERE ASSOCIATED WITH ANTISOCIAL BEHAVIOR. TOGETHER, THESE ISSUES ARE ESTIMATED TO ACCOUNT FOR 45.5% AND 47.3% OF ANTISOCIAL BEHAVIORS AMONG MEN AND WOMEN, RESPECTIVELY, IN THE UNITED STATES. MEANING PREVENTING HARSH PHYSICAL PUNISHMENT AND CHILD MALTREATMENT MAY BE ASSOCIATED WITH DECREASES IN ADULT ANTISOCIAL BEHAVIORS IN THE GENERAL POPULATION."

⁹³ THIBODEAU, ERIC L., CICHETTI, DANTE, ROGOSCH, FRED. C-CHILD MALTREATMENT, IMPULSIVITY, AND ANTISOCIAL BEHAVIOR IN AFRICAN AMERICAN CHILDREN: MODERATION EFFECTS FROM A CUMULATIVE DOPAMINERGIC GENE INDEX. EM

[HTTPS://WWW.NCBI.NLM.NIH.GOV/PMC/ARTICLES/PMC4786073/](https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4786073/), ACESSO EM 20.11.2020.

⁹⁴ ESPOSTI, Michelle Degli; PEREIRA, Snehal M Pinto; HUMPHREYS, David K.; D SALE, Richard; BOWESD, Lucy. *Child maltreatment and the risk of antisocial behavior: A population-based cohort study spanning 50 years*. Em

<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0145213419304582>, acesso em 29.11.2020.

"Results: Child maltreatment was associated with higher levels of antisocial behavior at all seven timepoints across the life-course (7–50years). Antisocial behavior was elevated during childhood and adulthood in individuals who were maltreated, independently of confounding factors. Individuals who experienced multiple types of maltreatment were at the greatest risk of antisocial behavior. Each additional maltreatment type was associated with an increased risk during both childhood (B = 0.173; SE = 0.024; $p < .001$) and adulthood (B = 0.137; SE = 0.014; $p < .001$). There was limited evidence that child maltreatment was associated with within-person rates of change, indicating that the increased risk of antisocial behavior did not change over time. Conclusions. Child maltreatment is associated with an increased risk of antisocial behavior, with a persistent and stable association remaining up to age 50. Our results highlight the burden of child maltreatment and the importance of providing long-term support for individuals who experience child maltreatment."

⁹⁵ Em <https://www.dosomething.org/us/facts/11-facts-about-child-abuse#:~:text=It's%20estimated%20that%20at%20least,sexual%20abuse%2C%20and%20psychological%20abuse.&text=Boys%20and%20girls%20experience%20similar,%25%20and%2051%25%20respectively>), acesso em 29.11.2020.

Tais abusos acabam resultando em mais violência para a sociedade, pois constroem crianças com sensibilidade reduzida, afeto restrito, que são características de personalidades antissociais.

IBRAHIM, Karim, EILBOTT, Jeffrey A.. VENTOLA, Pamela. HE, George. PELPHREY, Kevin A.. SUKHODOLSKY, Denis G.⁹⁶, estudando crianças autistas (possuem afeto restrito e insensibilidade) demonstraram que possuem redução no volume da amígdala, sinalizando que o mesmo pode acontecer com crianças com características antissociais, sendo usada esta expressão porque não é aceita a nomenclatura "psicopata" para crianças.

BUCHWEITZ, Augusto; FRANCO, Alexandre Rosa e GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo realizaram estudo financiado pelo BID⁹⁷ sobre maus-tratos:

A violência entre adolescentes vem crescendo em números alarmantes. **Os efeitos da exposição à violência** nessa faixa etária incluem deterioração do **desempenho escolar**, dificuldade de concentração, problemas de frequência às aulas e aumento da taxa de abandono escolar. Ela rouba do jovem o desenvolvimento pleno de seu 'capital mental' – ou seja, do seu potencial cognitivo e social para enfrentar a vida e tornar-se o adulto que ele quer ser. Pensando nas questões acima, o Instituto do Cérebro do Rio Grande do Sul – PUCRS e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) apresentam o projeto VIVA, que tem como objetivo investigar os efeitos da violência e do estresse na aprendizagem e no cérebro adolescente. A partir de um trabalho conjunto entre as instituições, a Secretaria Estadual de Educação do Rio Grande do Sul e as escolas estaduais, alunos de diferentes regiões de Porto Alegre serão convidados a participar da pesquisa. **O estudo combina medidas de desempenho**

⁹⁶ IBRAHIM, karim, EILBOTT, Jeffrey A.. VENTOL A, Pamela. HE, George. PELPHREY, Kevin A.. SUKHODOLSKY, Denis G. Em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7173634/>, acesso em 29.11.2020. "In summary, children with ASD+DB showed reduced amygdala–vIPFC connectivity that was associated with levels of externalizing behaviors. These findings provide unique insights into a putative mechanism of emotion dysregulation in ASD that could pose increased risk of disruptive behavior in children with ASD. This study also provides the first evidence of a possible distinct neural mechanism of correlates of emotion processing in children with ASD and co-occurring disruptive behaviors, which is consistent with studies of children with DBDs without ASD. Further, the presence of CU traits may have implications for identifying neural mechanisms of aggression in ASD. These findings also support the development of biomarkers that could serve as neural targets for next-generation personalized treatments in ASD."

⁹⁷ BUCHWEITZ, Augusto, FRANCO, Alexandre Rosa. GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo. Em <https://www.pucrs.br/inscer/viva-vida-e-violencia-na-adolescencia/>, acesso em 29.11.2020.

escolar e de habilidades cognitivas, avaliações do funcionamento do cérebro e avaliações moleculares do hormônio cortisol, um indicativo de estresse, para desvendar os efeitos da violência na cognição do adolescente. São investigados diversos fatores mediadores que podem influenciar o desempenho na escola.

Primeiros resultados:

Os resultados preliminares indicam que os índices neurais e moleculares investigados podem informar efeitos do ambiente tóxico no desempenho cognitivo dos adolescentes, e alertar para mais um fator negativo para a aprendizagem e desenvolvimento cognitivo. O cortisol medido pelas amostras indica que há discrepância entre controles (jovens que não passaram pela violência) e jovens que passaram.

Em relação às imagens da ressonância, os resultados preliminares apontam que áreas do cérebro conhecidas como marcadoras somáticas estão desativadas em crianças vitimizadas. O pesquisador explica que isso vem de uma hipótese do Antonio Damasio, que as sensações corporais estão marcadamente associadas com regiões do cérebro. Por exemplo, ansiedade tem relação com aumento de batimentos cardíacos; estes marcadores somáticos influenciam a tomada de decisão, sendo que não há decisão totalmente racional. As áreas envolvidas com a integração de marcadores somáticos com a tomada de decisão estão desligadas nessas crianças.

Em síntese, apresenta-se um grande desafio para o trabalho de Justiça Restaurativa realizado pelo Ministério Público, pelo Poder Judiciário e pelas demais instituições públicas e privadas no trato dos temas que envolvem o desenvolvimento e a proteção de crianças e adolescentes, constituindo-se tal atividade de labor um vetor fundamental para a transformação social, principalmente sob o foco da segurança e da saúde da sociedade em geral.

Pretendo, agora, refletir sobre algumas estratégias de negociação e de mediação que poderão ser úteis em interlocuções com pessoas que indiquem traços⁹⁸ de personalidade antissocial.

⁹⁸ Sobre a conceituação de traço, ver DAVIDSON, Richard J. e BEGLEY Sharon. *O Estilo Emocional do Cérebro*. Tradução de Diego Alfaro. Rio de Janeiro: Sextante, 2013, páginas 10 e 11: "O estado emocional é a menor e mais efêmera das unidades das emoções. Ele costuma durar poucos segundos e tende a ser desencadeado por um experiência – por exemplo, o surto de alegria ao vermos a colagem feita por nosso filho no Dia das Mães, a sensação de realização ao terminarmos

4. Técnicas de mediação/negociação possíveis envolvendo indivíduos com traços psicopatas

As avaliações em termos de doenças mentais não podem seguir uma postura de tudo ou nada, porque elas normalmente acontecem na dimensão de um espectro, variando, portanto, em graus.

Por isso, reitero, não existe *receita de bolo*, mas algumas táticas⁹⁹ e estratégias que poderão ser adotadas, considerando as características predominantes dos psicopatas.

um grande projeto no trabalho, a raiva que sentimos quando precisamos trabalhar durante um feriado... Um sentimento que persiste e se mantém consistente ao longo de minutos ou de horas, ou até de dias, é um *humor* – como quando dizemos `ele está de mau humor´. Um *traço* emocional é o que caracteriza uma pessoa não só durante dias, mas também durante anos. Costumamos classificar uma pessoa que resmunga o tempo todo de rabugenta e aquela que se exaspera com facilidade de nervosa. Um traço emocional – como a raiva crônica de quem tem pavio curto – aumenta a probabilidade de vivenciarmos um estado emocional específico (a fúria, por exemplo), por diminuir o limiar necessário para sua manifestação. O *estilo* emocional é um modo consistente de respondermos às nossas experiências de vida...O estilo emocional influencia a probabilidade de apresentarmos determinados estados emocionais, traços emocionais e humores. Os estilos emocionais têm uma correlação muito próxima com os sistemas cerebrais subjacentes do que os estados ou traços e por isso podem ser considerados os átomos de nossa vida emocional – seus elementos constituintes fundamentais. Por outro lado, a *personalidade*, um conceito muito mais utilizado para descrevermos as pessoas, não é fundamental nesse sentido nem se baseia em mecanismos neurológicos. Ela consiste em um conjunto de qualidades que compreendem traços e estilos emocionais específicos. Considere, por exemplo, um traço de personalidade bastante estudado, a *amabilidade*. Pessoas extremamente amáveis são empáticas, atenciosas, amigáveis, generosas e prestativas. Porém cada um desses traços emocionais é, ele próprio, o produto de diferentes aspectos do estilo emocional. Ao contrário da personalidade, o estilo emocional pode ser relacionado com um conjunto de propriedades cerebrais específicas e características (...) O estilo emocional tem seis dimensões (...)Elas derivam de descobertas da pesquisa neurocientífica moderna e são: *Resiliência*: a velocidade com que nos recuperamos de uma adversidade. Atitude: por quanto tempo conseguimos sustentar as emoções positivas. Intuição social: a facilidade com que captamos os sinais sociais emitidos pelas pessoas ao nosso redor. Autopercepção: nossa capacidade de perceber as sensações corporais relacionadas com as emoções. Sensibilidade ao contexto: a capacidade de regularmos nossas respostas emocionais para que correspondam ao nosso contexto social. Atenção: quão aguçada e clara é nossa concentração (...) A classificação dessas seis dimensões é resultado de meus mais de 30 anos de pesquisa neurocientífica afetiva, trabalho corroborado com as descobertas de colegas do mundo inteiro e por elas complementado, também. Elas correspondem a propriedades do cérebro e a seus modos de funcionamento e são indispensáveis a qualquer modelo das emoções e do comportamento humanos."

⁹⁹LEWICKI, Rou L., SAUNDERS, David M., MINTON, John. W.. *Fundamentos da negociação*. 2ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2002, apud MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *A Negociação Ética para Agentes Públicos e Advogados – Mediação, Conciliação, Arbitragem, Princípios, Técnicas, Fases, Estilos, Ética da Negociação*. Prefácio de Juarez Freitas. Belo Horizonte: Fórum, 2012, páginas 160 e 161: "Henry Mintzberg e J. Brian Quinn, que dominam o campo das estratégias de negócios, definem estratégia como `a forma ou o plano que integra os maiores objetivos, políticas e sequências de ação de uma organização em um todo coeso´, e afirmam que `uma estratégia bem formulada ajuda a organizar e alocar os recursos de uma organização em uma postura única e viável, baseada em suas competências e deficiências internas relevantes, mudanças antecipadas no ambiente e

Na forma vista, os psicopatas possuem a predominância de atendimento às suas necessidades, aos seus desejos, tudo isso com muito baixa resposta ao medo, o que os torna predadores focados, eficientes e extremamente competitivos.

A competição para eles é um prazer, um jogo, motivo pelo qual uma boa tática é não entrar em sintonia de competição com eles, pois isso aguça a capacidade de atenção, foco e determinação que possuem, contra aquele que objetiva se contrapor aos seus desejos.

Devemos considerar, então, que as melhores estratégias de negociação e de mediação deverão premiar uma postura bem controlada, calma e de não aceitação do confronto, procurando colocar-se de forma cooperativa, mas não servil, na medida em que esta última postura, da mesma forma, estimula neles a tomada de decisões que otimizem mais e mais seus lucros e o atendimento das suas expectativas.

Estratégias como elogios razoáveis, ou seja, do tipo que possam ser verificados em concreto sempre são úteis, porque valorizam o poder do psicopata, circunstância essa muito cara a eles, que precisam se sentir controlando a situação. O exagero nessa prática, todavia, será contraproducente, porque evidenciará o conhecido "puxar o saco", gerando ainda mais desrespeito em relação a você.

É interessante o aspecto acima abordado. Quase como um paradoxo, buscam pessoas vulneráveis para satisfazer suas necessidades, mas poderão admirar e respeitar aquelas outras que demonstrarem segurança e técnica na implementação de melhor forma de se relacionar com eles. Em suma, gostam das pessoas inteligentes, que planejam e colocam adequadamente as questões, porque entendem-se com esses mesmos perfis, sendo o narcisismo a característica

movimentos contingentes de oponentes inteligentes'. Outra definição de estratégia, particularmente útil por suas aplicações na negociação, vem da teoria dos jogos. Em termos de teoria de jogo, a estratégia é 'um plano completo: um plano que especifique quais escolhas [um jogador] fará em todas as situações possíveis'. No desenvolvimento da estratégia, vamos estabelecer um planejamento de como ela será implementada, ou seja, quais os recursos persuasivos, pessoais, de linguagem, de postura, de troca de informações, de tempo, de espaço, de oportunidade etc, iremos nos valer, podendo ser definido, também, o melhor momento do início, a duração e o fim da negociação. Relativo às táticas⁹⁹, estas são '...movimentos adaptadores de curto prazo, criados para decretar ou buscar estratégias amplas (ou de um nível maior), que, por sua vez, fornecem estabilidade, continuidade e direção aos comportamentos táticos (...)As táticas, então, estão subordinadas à estratégia; são estruturadas, direcionadas e guiadas por considerações estratégicas."

estrutural que alicerça essas posturas.

Yann Duzert e Monica Simionato¹⁰⁰ assim comentam sobre a melhor maneira de lidar com pessoas competitivas:

Você nunca seduzirá um autoritário competindo com ele, falando mais que ele. Você o seduzirá e transformará a sua vaidade com condescendência, respeito e sorriso amistoso. Madre Theresa costumava dizer que a paz começa com um sorriso (...) Os autoritários gostam de ser saudados com reverências, sentir-se fortes, sentir que sabem tudo. Faça uso de metáforas: leve-os, por dedução, a alcançar a sua conclusão: nunca diga o que deve ser feito. Use histórias que o façam vir em sua direção, sem forçá-los (grifos meus)

Ressalto mais uma vez, que os elogios precisam ter amparo na realidade, ou seja, devem ser verdadeiros, porque as mentiras são facilmente identificadas pelos psicopatas por razões óbvias: são mitômanos por excelência. Ninguém melhor do que um “mentiroso” por essência para saber quando uma mentira está sendo contada. Por tudo isso, não seja ingênuo em tentar enganar um (uma) psicopata com “mentirinhas” elogiosas.

O uso de perguntas e o autocontrole serão as ferramentas mais importantes para que o negociador ou o mediador tentem prospectar desses exímios negociadores competitivos o maior número de informações que eles possam fornecer, postura essa que revelará a eles que estão lidando com um interlocutor profissional, esperto, fazendo com que eles o respeitem e, talvez, até façam concessões tendentes a futuras obtenções de resultados mais lucrativos.

Jamais pode ser esquecido que, por terem baixa ativação das amígdalas, os psicopatas têm profundas reduções no sentimento de medo, motivo pelo qual arriscam mais e atuam no padrão comportamental de que nada têm a perder. Isso lhes concede uma vantagem natural em atividades que possam envolver maior arrojo, como movimentações financeiras, apostas etc.

A grande vulnerabilidade dos psicopatas é a baixa ativação das estruturas relativas aos marcadores somáticos, em especial em áreas como as amígdalas,

¹⁰⁰ Newgociação – A Neurociência da Negociação. Rio de Janeiro: Qualitymark Editora, 2021, p. 34.

conforme já mostrado em estudos anteriormente, fazendo com que tenham prejuízo na tomada de decisões, o que, por aparentemente paradoxal que possa parecer, acaba diminuindo-lhes a *performance*, especialmente se observadas as circunstâncias sob o enfoque de médio ou longo prazo.

De fato, decisões complexas não são predominantemente marcadas pela razão e pela lógica, mas sim influenciadas, em maior medida, pelas emoções. A intuição não é um termo neurocientífico, e sim popular, revelando a hipótese teórica proposta por António Damásio¹⁰¹, e que acabou sendo confirmada na prática pelo Professor Antoine Bechara¹⁰², por intermédio do famoso estudo chamado *Iowa Gambling Task*.

Nesse estudo, feito em 1990, foram analisadas pessoas psicopatas e pessoas consideradas normais, por eletrodos colocados no dedo indicador delas, os quais

¹⁰¹ DAMÁSIO, António R.. *O Erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*. Tradução Dora Vicente, Georgina Segurado. 3ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, página 163. Sobre os marcadores somáticos assim informa: "Mas imagine agora que *antes* de aplicar qualquer análise de custos/benefícios às premissas, e antes de raciocinar com vista à solução do problema, sucede algo importante. Quando lhe surge um mau resultado associado a uma dada opção de resposta, por mais fugaz que seja, você sente uma sensação visceral desagradável. Como a sensação é corporal, atribuí ao fenômeno o termo técnico de estado *somático* (...) e, porque o estado `marca` uma imagem, chamo-lhe *marcador* (...) e incluo tanto as sensações viscerais como as não viscerais quando me refiro aos marcadores-somáticos. Qual a função do *marcador-somático*? Ele faz convergir a atenção para o resultado negativo a que a ação pode conduzir e atua como um sinal de alarme automático que diz: atenção ao perigo decorrente de escolher a ação que terá esse resultado (...). O sinal somático protege-o de prejuízos futuros, sem mais hesitações, e permite-lhe depois *escolher entre um número menor de alternativas*. A análise custos/benefícios e a capacidade dedutiva adequada ainda têm o seu lugar, mas só *depois* de esse processo automático reduzir drasticamente o número de opções. Os marcadores-somáticos podem não ser suficientes para a tomada de decisões humana normal, dado que, em muitos casos, mas não em todos, é necessário um processo subsequente de raciocínio e de seleção final. Mas os marcadores-somáticos aumentam provavelmente a precisão e a eficiência do processo de decisão (...) Em suma, os *marcadores-somáticos são um caso especial do uso de sentimentos gerados a partir de emoções secundárias. Essas emoções e sentimentos foram ligados, pela aprendizagem, a resultados futuros previstos de determinados cenários*. Quando um marcador-somático negativo é justaposto a um determinado resultado futuro, a combinação funciona como um campainha de alarme. Quando, ao contrário, é justaposto um marcador-somático positivo, o resultado é um incentivo."

¹⁰² BECHARA, Antoine. Em https://en.wikipedia.org/wiki/Iowa_gambling_task, acesso em 29.11.2020: "The Iowa gambling task (IGT) is a psychological task thought to simulate real-life decision making. It was introduced by Antoine Bechara, Antonio Damasio, Hanna Damasio and Steven Anderson,[1] then researchers at the University of Iowa. It has been brought to popular attention by Antonio Damasio (proponent of the somatic marker hypothesis) in his best-selling book *Descartes' Error*. The task was originally presented simply as the *Gambling Task*, or the "OGT". Later, it has been referred to as the Iowa gambling task and, less frequently, as *Bechara's Gambling Task*. [3] The Iowa gambling task is widely used in research of cognition and emotion. A recent review listed more than 400 papers that made use of this paradigm."

mediam a impedância¹⁰³ da pele. Assim, pela ativação das glândulas sudoríparas, era possível saber quando a pessoa tomou uma decisão, bem como a valência dela, ou seja, se sua decisão foi boa ou ruim para ela, segundo os marcadores somáticos (despejo de neurotransmissores. Se boa a escolha, libera dopamina. Se má a escolha, libera adrenalina e cortisol).

As decisões seriam sobre um jogo constituído de 4 baralhos em um computador (baralho A, B, C e D). No primeiro lance, apareciam valores de 100 dólares em A, 100 dólares em B, 50 dólares em C e 50 dólares em D, e a pessoa tinha de fazer a escolha. Todos começam escolhendo os baralhos A ou B, cujo valor de ganho seria 100 dólares. Só que, após virar a carta, aparecia nos baralhos A ou B que a pessoa tinha perdido 150 dólares, 100 dólares ou 50 dólares, resultados esses que somente seriam constatados após a opção pela carta respectiva. Havia, portanto, baralhos ruins e baralhos bons, estes sendo o C e o D, que sempre ofereciam menos dinheiro, mas, após abertos, no verso ou subtraíam menos, ou nada subtraíam do ganho mostrado inicialmente.

Como resultado, após 20 jogadas, os pacientes com características psicopáticas continuavam a apostar nos baralhos ruins A e B, mas as pessoas normais, após 20 jogadas, passavam a escolher C e D, não de maneira consciente, porque essa mudança somente foi constatada pelo Monitoramento de Resistência Galvânica (MPGP) de impedância. É que há uma reação de ansiedade nas pessoas normais antes de fazer uma escolha ruim, é um alerta natural, porque ativam mais as amígdalas, enquanto que, nos pacientes com problemas mentais, inexistente tal reação. Então, decidem rápida e friamente e erram muito mais. Avaliaram, ainda, que existem 3 estágios na decisão: a) período pré-palpite; b) período do palpite; c) período conceitual. O período de palpite somente começa após 50 jogadas, sendo que, já com 20 jogadas, as pessoas normais já começavam a se orientar para as cartas C e D no

¹⁰³ Disponível em :

[https://pt.wikipedia.org/wiki/Imped%C3%A2ncia_el%C3%A9trica#:~:text=De%20uma%20maneira%20mais%20simples,forma%20de%20calor%2C%20temos%20a,acesso em 29.11.2020: "De uma maneira mais simples, impedância é a carga resistiva total de um circuito CA \(Corrente alternada\), ou seja, quando um determinado componente cria uma resistência e gasta energia em forma de calor, tem-se o Efeito Joule, isso chamado de resistência e, se o componente não gasta energia em forma de calor, temos a reatância, então, quando estão presentes a resistência e a reatância, chamamos de impedância."](https://pt.wikipedia.org/wiki/Imped%C3%A2ncia_el%C3%A9trica#:~:text=De%20uma%20maneira%20mais%20simples,forma%20de%20calor%2C%20temos%20a,acesso+em+29.11.2020%3A%22De+uma+maneira+mais+simples,+imped%C3%A2ncia+%C3%A9+a+carga+resistiva+total+de+um+circuito+CA+(Corrente+alternada),+ou+seja,+quando+um+determinado+componente+cria+uma+resist%C3%BAncia+e+gasta+energia+em+forma+de+calor,+tem-se+o+Efeito+Joule,+isso+chamado+de+resist%C3%BAncia+e,+se+o+componente+n%C3%A3o+gasta+energia+em+forma+de+calor,+temos+a+reat%C3%A2ncia,+ent%C3%A3o,+quando+est%C3%A3o+presentes+a+resist%C3%BAncia+e+a+reat%C3%A2ncia,+chamamos+de+imped%C3%A2ncia.%22%22)

período de pré-palpite, tudo intuitivamente, sendo, portanto, a intuição a grande inteligência multimilenar que possuímos.

A diferença ocorre porque, antes de optar, as pessoas normais têm uma forte manifestação fisiológica (adrenalina e cortisol), portanto, emocional, ao imaginarem os baralhos A e B, manifestação fisiológica essa que se reduz quando imaginam a opção pelos baralhos C e D, e aí decidem, inconscientemente, por estes dois últimos. Aliás, é assim que tomamos todas as nossas decisões de vida!

A fase conceitual, que é quando a pessoa descobre o conceito de que os baralhos A e B são ruins, e o C e D, bons, acontece nas pessoas normais somente após o 80º lance, sendo que, em algumas vezes, sequer acontece. O estranho é que os pacientes anormais sabem que os baralhos bons são o C e o D desde o 20º lance, e referem isso, após, para o pesquisador. Todavia, como gostam de arriscar e fazem a interpretação do entorno com base em argumentos racionais e lógicos, dizem que arriscavam porque achavam que a sorte iria mudar até o final dos 100 lances. Ou seja, por terem prejuízos funcionais no córtex pré-frontal ventromedial, não aprendem com as experiências com valência negativa.

Esta é uma informação que os leitores deste trabalho, sejam negociadores, mediadores, facilitadores de círculos de paz e de justiça restaurativa, precisam ter, pois é crucial sabermos lidar com essas *máquinas humanas de pensar* em espaços de negociação, fora deles, e na vida em geral.

Não entrar em conflito com eles, mas sempre deixar uma ideia indireta e transversa de que podem estar sabendo, ou mesmo que sabem, das suas mentiras e que, portanto, não tentem manipulá-lo (la). Não é boa técnica, então, expô-los (las) dizendo que estão mentindo. É uma tática completamente contraprodutiva e estimuladora de reações inimagináveis, dependendo do tipo de negociação.

Na execução dessas posturas de colocação de ideias indiretas, deixando em dúvida o psicopata sobre seu conhecimento a respeito da mentira por ele colocada, valerão muito as técnicas de linguagem não verbal, fazendo gestos com a cabeça e parafraseando uma eventual resposta mentirosa, mas sem apontar ostensivamente.

Psicopatas se mostrarão amigos e confiáveis. Em que pese verdadeira amizade e confiança serem qualidades impossíveis para eles, porque não têm empatia e emoções com valência positiva em relação aos outros, é recomendável

que seus interlocutores negociadores, mediadores, facilitadores, foquem em extrair deles as informações necessárias, valorizando-os, porque a sensação de poder que lhes é oferecida é como uma droga motivadora para que permaneçam em alguma atividade que desejamos que façam.

Não deixar transparecer que você deseja muito algo é extremamente salutar para negociar com psicopatas, porque a não observância deste comportamento oferecerá o que mais gostam: a perversão de fazer outros sofrerem por não conseguirem o que desejam, devido à negativa do psicopata. O sofrimento alheio lhes dá prazer, principalmente se é gerado sobre pessoas poderosas. Quase como se sugar a energia mental de pessoas honestas e poderosas lhes transferisse o mesmo poder¹⁰⁴, o que aponta pessoas assim como um alvo muito valioso.

Ameaças não impõem medo ao psicopata, mas aos subcriminosos a colocação indireta de que as pessoas em geral podem ficar sabendo das suas estratégias não éticas pode ser um motivo importante para dissuadi-los a algo (a vivência *camaleônica* do subcriminoso é o que mais importa – o disfarce).

Essas algumas das táticas e estratégias que poderão auxiliar o mediador, o negociador ou os facilitadores em justiça restaurativa e em círculos de paz a terem uma atuação mais profícua e segura em espaços autocompositivos com psicopatas.

Conclusões

Conforme mencionei no início deste ensaio, tenho realizado capacitações em órgãos públicos procurando debater esses conhecimentos teóricos e práticos sobre os métodos autocompositivos e os psicopatas, o que tem gerado muita surpresa por

¹⁰⁴ Sobre o assunto veja-se o assassinato de Giani Versace pelo psicopata Andrew Cunanan. Em <https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/historia-o-assassinato-de-gianni-versace.shtml>, acesso em 29.11.2020: "Em 15 de julho de 1997, o estilista Gianni Versace, fundador e dono da Versace, uma das maiores empresas de moda do planeta, foi assassinado aos 50 anos na porta de sua mansão em Miami, nos Estados Unidos. No dia 15 de julho de 1997, Versace voltava para casa de uma caminhada quando foi baleado duas vezes por Andrew Cunanan, jovem norte-americano de 27 anos, natural da Califórnia. O assassino era, segundo as investigações da polícia, um psicopata. Inteligente, extrovertido, mentiroso patológico e com um grande desdém por valores como empatia ou remorso, Cunanan cometeu cinco assassinatos de abril a julho de 1997, sendo o de Versace o último. Em 97, aos 27 anos, Andrew cometeu quatro assassinatos em doze dias, inclusive do magnata do ramo imobiliário Lee Miglin, em Chicago. Depois de dois meses de fuga e nomes falsos, ele matou Versace em Miami com dois tiros."

parte de profissionais das áreas de segurança e da justiça, porque nunca o assunto havia sido colocado nas formações e capacitações das quais participaram.

Impressiona que exista tal nível de carência de estudos sobre a psicopatia na esfera jurídica, mas isso é compreensível por vários fatores.

O primeiro deles é a grande dificuldade de se diagnosticar alguém como psicopata, o que envolve profundos estudos não somente das estruturas neurais do indivíduo, como também há que ser aferida toda uma escala de itens que foram desenvolvidos por Robert Hare¹⁰⁵, além de um estudo social da vida da pessoa.

É claro que falo aqui em uma situação extrema em que a definição sobre a pessoa ser ou não psicopata seria fundamental para algum tipo de consequência jurídica, demandando, então, que houvesse uma perquirição profunda nesse sentido, a fim de que pudesse ser emitido um laudo.

Todavia, na maior parte das vezes, não há a necessidade dessa definição formal, bastando para a utilidade dos estudos aqui declinados que os profissionais saibam conhecer as características, as estratégias, a linguagem e alguns comportamentos dos psicopatas, a fim de que, identificando no seu dia a dia essas personalidades, possam com mais *expertise* adotar comportamentos melhor adaptados a esses indivíduos nas interlocuções que mantiverem.

O segundo fator é que, de um modo geral, para efeitos de sancionamento penal, tem prevalecido o entendimento jurídico de que psicopatas têm consciência do caráter ilícito das ofensas à Lei que praticam. Exatamente por isso é que são colocados, independentemente da psicopatia ou não, nos locais ordinários de encarceramento, estejamos tratando de menores de idade, ou, também, de maiores de idade. Ou seja, não haveria motivo para maiores gastos de numerário buscando

¹⁰⁵ DAYNES, Kerry. FELLOWES, Jessica. *Como Identificar um Psicopata – Cuidado! Ele pode estar mais perto do que você imagina*. Tradução Mirtes Frange de Oliveira Pinheiro. São Paulo: Cultrix, 2012, páginas 20 e 21: "Atualmente, o padrão internacional para avaliação e diagnóstico de psicopatia é a escala PCL-R (lista de verificação de psicopatia – *Psychopathy Checklist Revised*), criada pelo Dr. Robert Hare em 1991. Trata-se de um instrumento extensamente pesquisado que mede o grau em que uma pessoa demonstra as vinte qualidades fundamentais de um psicopata. A avaliação por meio da escala PCL-R é complexa e tem de ser feita por um psicólogo devidamente qualificado e altamente treinado. A pontuação baseia-se em extensas entrevistas e análises de informações provenientes de arquivos. Fazer 30 pontos ou mais na escala PCL-, de um total de quarenta pontos, é suficiente para ser considerado 'psicopata' (...) A pontuação média do criminoso comum varia entre 19 e 22."

enquadrar alguém como psicopata, porque a consequência máxima de punição seria a mesma e compatível com o delito praticado.

O terceiro fator está em um profundo desconhecimento da área jurídica dos temas neurocientíficos, o que talvez pudesse ser resumido em apenas uma constatação insólita, que é voz corrente e pacífica no meio jurídico: a crença de que as decisões jurídicas são técnicas e exclusivamente racionais.

Quero dizer com isso que simplesmente não ingressa no espaço jurídico a realidade cristalina manifestada pela neurociência no sentido de que somos seres emocionais e é a partir do estudo das emoções e dos sentimentos que motivam os comportamentos, inclusive no tocante aos psicopatas, que se torna viável a adoção de posturas que promovam uma melhor tomada de decisão na vida.

Por isso, reputo como muito importante que se possa levar para o âmbito jurídico, nele incluídos os métodos autocompositivos de resolução de problemas, a questão do estudo dos psicopatas, porque abrirá reflexões sobre formas mais seguras de realizar negociações, mediações e, principalmente, práticas restaurativas com esses indivíduos.

De fato, a ausência de conhecimentos sobre a ocorrência de psicopatas no ambiente jurídico pode levar a que não sejam adotadas as cautelas adequadas na realização de práticas de justiça restaurativa, podendo ser colocados frente a frente um psicopata e sua vítima, o que seria extremamente perigoso, por si só.

Não apenas por isso, psicopatas são ávidos caçadores de informações, seja sobre as vítimas, seus parentes, ou mesmo informações variadas que podem vir a ter acesso participando de programas de autocomposição e de justiça restaurativa, sendo difícil aquilatar o espectro de usos que esses dados poderiam gerar, quando manipulados por mentes focadas na traição, no abuso, na obtenção de vantagens ilícitas e na mentira.

De minha parte, após 32 anos trabalhando como Promotor e Procurador de Justiça, olho para trás e constato a diferença que teria feito estar capacitado para manter interlocuções com esses seres diferentes, muitos deles estelionatários, assassinos, receptadores, pais, mães, em suma, muitos dos que passaram por mim, seja sob a forma de processos ou no chamado atendimento de partes, quando

abrimos nosso gabinete para ouvir a comunidade, suas demandas, consultas, necessidades e problemas.

Muito mais do que isso, o interesse despertado em membros do Ministério Público e Policiais (Delegados, Agentes, Comissários etc.) é passível de ser aferido por intermédio dos questionamentos que fazem nas capacitações, apresentação de casos concretos vividos e situações em que tiveram de manter interlocuções com pessoas difíceis ou *diferentes*, e que, na maior parte das vezes, sequer são identificadas como psicopatas.

Por isso, entendi que poderia contribuir com o presente ensaio, o qual servirá ao menos para que negociadores/mediadores tenham alguma referência teórica e prática que possam consultar e utilizar nos seus espaços de trabalho, capacitando-os para, no mínimo, estarem alertas quando aparecerem alguns dos comportamentos acima discutidos nas interlocuções que mantiverem.

Como visto, as implicações dos novos achados neurocientíficos para a mediação, para a conciliação, para a negociação, para a justiça restaurativa e para os círculos de paz são imensas, não sendo exagerado dizer, na minha ótica, da fundamentalidade do aporte de tais descobertas para que se possa trabalhar com profissionalidade no âmbito dos métodos autocompositivos.

Ainda preciso ressaltar que a minha condição de profissional voltado para a mudança de cultura no espaço jurídico, impõe que sejam prospectadas melhorias nas práticas de mediação/negociação, não podendo me furtar a tentar apresentar algo de útil, quando os estudos acima mostram, com veemência, a relevância do assunto tratado, sabido, agora, da enorme quantidade de indivíduos psicopatas que existem encarcerados ou transitando entre os profissionais que atuam no sistema de Justiça (falo de Investigadores, Assistentes Sociais, Delegados, Agentes, Membros do Ministério Público, Advogados, Defensores Públicos, Magistrados, vítimas e seus parentes, réus e seus parentes, etc).

Para finalizar, reconhecendo a completa ausência da abordagem neurobiológica na formação dos profissionais do Direito, resolvi dedicar boa parte de minha vida a esse campo do conhecimento, porque tenho profundo respeito por todos os que participam de espaços de consenso, além de ter compreendido que estes mesmos espaços podem estar sendo vivenciados por indivíduos psicopatas.

Espero que este modesto, mas sincero trabalho, possa contribuir, de alguma forma, para auxiliar as comunidades, e ajudar a solucionar, ou, ao menos diminuir, os conflitos, controvérsias e problemas que, por desventura, estejam prejudicando o desenvolvimento integral e humanizado das pessoas.

BIBLIOGRAFIA

AFIFI, TRACIE O.; FORTIER, JANIQUE; SAREEN, JITENDER. ASSOCIATIONS OF HARSH PHYSICAL PUNISHMENT AND CHILD MALTREATMENT IN CHILDHOOD WITH ANTISOCIAL BEHAVIORS IN ADULTHOOD. [HTTPS://JAMANETWORK.COM/JOURNALS/JAMANETWORKOPEN/FULLARTICLE/2722572#:~:TEXT=HOWEVER%2C%20THE%20ASSOCIATION%20WITH%20ANTISOCIAL,WITH%20ANTISOCIAL%20BEHAVIORS%20IN%20ADULTHOOD](https://jamanetwork.com/journals/jamanetworkopen/fullarticle/2722572#:~:text=however%2C%20the%20association%20with%20antisocial,with%20antisocial%20behaviors%20in%20adulthood), ACESSO EM 29.11.2020.

ANTUNES, Daniel. Em: <http://ead.hemocentro.fmrp.usp.br/joomla/index.php/noticias/adotepauta/669-mecanismos-epigeneticos>, acessado em 07.10.2021.

ARIELY, Dan. *A mais pura verdade sobre a desonestidade: por que mentimos para todo mundo: inclusive para nós mesmos*. Tradutor Leonardo Abramowicz. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BECHARA, Antoine. Em https://en.wikipedia.org/wiki/Iowa_gambling_task, acesso em 29.11.2020.

BLAIR, R. "Neuroimaging of Psychopathy and Antisocial Behavior: a Targeted Review". *Curr Psychiatry Rep.*, v. 12, n. 1, p. 76, 2010.

BUCHWEITZ, Augusto, FRANCO, Alexandre Rosa. GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo. Em <https://www.pucrs.br/inscer/viva-vida-e-violencia-na-adolescencia/>, acesso em 29.11.2020.

CAMARGO, Paulo Sérgio. Disponível em <https://www.otempo.com.br/interessa/mitomania-mentir-demais-pode-ser-sinal-de-doenca-1.2385753>, acessado em 31.12.2020.

CONSENZA, Ramon M. e GUERRA, Leonor B. *Neurociência e Educação – Como o cérebro aprende*. Porto Alegre: Artmed, 2011.

DAMÁSIO, António R.. *O Erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*. Tradução Dora Vicente, Georgina Segurado. 3ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

Giani Versace pelo psicopata Andrew Cunanan. Em <https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/historia-o-assassinato-de-gianni-versace.phtml>, acesso em 29.11.2020.

DAVIDSON, Richard J. e BEGLEY Sharon. *O Estilo Emocional do Cérebro*. Tradução de Diego Alfaro. Rio de Janeiro: Sextante, 2013.

DAYNES, Kerry. FELLOWES, Jessica. *Como Identificar um Psicopata – Cuidado! Ele pode estar mais perto do que você imagina*. Tradução Mirtes Frange de Oliveira Pinheiro. São Paulo: Cultrix, 2012.

DECETY, Jean. Em http://www2.uol.com.br/vivermente/noticias/psicopata_neuroimagem_empatia_a_migdala.html, acesso em 29.11.2018.

DEGLI, Michelle Esposti, PINTO PEREIRA, SNEHAL M., KHUMPHREYS, DSALE, David, BOWES, LUCY. *Child maltreatment and the risk of antisocial behavior: A population-based cohort study spanning 50 years*. Em <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0145213419304582>, acesso em 29.11.2020.

DUZERT, Yann. SIMIONATO, Monica. *NEWGOCIAÇÃO – A Neurociência da Negociação*. Rio de Janeiro: QUALITYMARK Editora, 2021.

EAGLEMAN, David. *Cérebro uma Biografia*. Tradução Ryta Vinagre. Coordenação de Bruno Fiuza. 1ª edição. Rio de Janeiro: Rocco, 2017.

FALLON, JAMES. Em https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/12/131223_psychopath_inside_mv, acesso em 27.11.2020.

FICHTNER, José Antônio, em palestra proferida no Global Mediation Rio, em 27 de novembro de 2014, no Auditório da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro.

FRANCIS, Richard c. *EPIGENÉTICA-Como a ciência está revolucionando o que sabemos sobre hereditariedade*. Tradução Ivan Weisz Kuck. Revisão Técnica Denise Sasaki. 1ª edição. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

GARCEZ, José Maria Rossani, em *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2.a edição revista e ampliada. 2003.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação, Mediação e Arbitragem – Curso básico para programas de graduação em Direito*. Coordenado por SALLES, Carlos Alberto de., LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes e ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

GOLEMAN, Daniel. *FOCO – Atenção e seu papel fundamental para o sucesso*. Tradução Cássia Zanon. 1ª edição. Rio de Janeiro: Objetiva, 2014.

GOMMA DE AZEVEDO, André. *Perspectivas metodológicas do processo de mediação: apontamentos sobre a autocomposição no direito processual*. Disponível em <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/segunda-parte-artigos-dos-professores/perspectivas-metodologicas-do-processo-de-mediacao-apontamentos-sobre-a-autocomposicao-no-direito-processual>, acessado em 29.03.2021.

GOMMA, André citando BUSH, Baruch e FOLGER, Joseph – *The Promise of Mediation*, em <www.arcos.org.br/livrosestudosedemediacaoov.2>. Acessado em 03.12.2013.

GOMMA, André de Azevedo citando Leonard L. Riskin, da Universidade do Missouri, em *Estudos de Arbitragem em Mediação e Negociação*. Brasília: Editora Brasília Jurídica, Universidade de Brasília, 2002.

GUIMARÃES, Rafael Pereira Gabardo. *O Perfil Psicológico dos Assassinos em Série e a Investigação Criminal*. Em <http://www.revistas.pr.gov.br/index.php/esp/edicao-2-artigo-5>, acesso em 27.11.2020.

HARE, Robert D. *Sem Consciência – O mundo perturbador dos PSICOPATAS que vivem entre nós*. Tradução Denise Regina de Sales, revisão técnica: José G. V. Tabora. Porto Alegre: Artmed, 2013.

HIGHTON, Elena e ALVAREZ, Gladys S.. Em *Mediación para Resolver Conflictos*. 2ª Ed., 3ª reimp., Buenos Aires: Ac-Hoc, 2008.

IBRAHIM, karim, EILBOTT, Jeffrey A.. VENTOLA, Pamela. HE, George. PELPHREY, Kevin A.. SUKHODOLSKY, Denis G.Em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7173634/>, acesso em 29.11.2020.

ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto, FERREIRA DIAS, Daison Nelson. *Psicopatas Criminosos e a sociedade vulnerável*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

KEYSERS, Christian. Em <https://www.bbc.com/news/science-environment-23431793>, acesso em 28.11.2020.

KIEHL, K. *The Psychopath Whisperer: The Nature of Those Without Conscience*. Woodland Hills, CA; Crown Books, 2014.

KOENIGS, M. et AL., "Investigating the Neural Correlates of Psychopathy: A Critical Review", *Mol Psychiatry*, v. 16, n 8, p. 792, 2011.

LEWICKI, Roy L., SAUNDERS, David M. e MINTON, John W.. *Fundamentos da Negociação*. Porto Alegre: Editora Bookman, 2ª edição.2002.

LIPTON, Bruce H. *A Biologia da Crença – O poder da consciência sobre a matéria e os milagres*. Tradução Yma Vick. São Paulo: Butterfly Editora, 2007.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai e MORAES, Márcia Amaral Corrêa. *A Negociação Ética para Agentes Públicos e Advogados*. Prefácio de Juarez Freitas. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Novo Código de Processo Civil – O Ministério Público e os métodos autocompositivos de conflitos – Negociação, Mediação e Conciliação. Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil*. Organizadores Cláudio Barros Silva e Luciano de Faria Brasil. Autores Adriano Luís de Araújo et all. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

MULLINS-SWEATT, Stephanie W., GLOVER, Natalie G. at all. *The search for the successful psychopath*. Em https://www.researchgate.net/publication/229432078_The_search_for_the_successful_psychopath, acesso em 29.11.2020.

NAZARETH SERPA, Maria de. *MEDIAÇÃO – Uma solução judiciosa para conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

POSSATO, Fabio Antunes e MAILLART, Adriana Silva. Em *Os meios autocompositivos de solução de conflitos e as comunidades de baixa renda: um enfoque sobre a efetividade na busca pela pacificação social e a prevenção da violência*. Disponível em <https://www.redalyc.org/pdf/934/93429992003.pdf>, acesso em 20.03.2021.

PRANIS, Kay. *Processos Circulares de construção de paz*. Tradução de Tânia Van Acker. 4ª edição. São Paulo: Palas Athena, 2019.

RAINE, Adrian et. All. Em <https://dept.wofford.edu/neuroscience/NeuroSeminar/pdfFall2009/Successful-UnsuccessfulfMRI.pdf>, acesso em 28.11.2020.

RAINE, Adrian et. All. Em https://www.researchgate.net/publication/43346832_Successful_and_Unsuccessful_Psychopaths_A_Neurobiological_Model, acesso em 28.11.2020.

RAINE, ADRIAN et all. Em https://www.researchgate.net/publication/12648946_Reduced_Prefrontal_Gray_Matter_Volume_and_Reduced_Autonomic_Activity_in_Antisocial_Personality_Disorder, acesso em 28.11.2020.

RAINE, Adrian et all. Em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3192811/>, acesso em 28.11.2020.

RAINE, Adrian. GLENN, Andrea. Em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2794920/>, acesso em 28.11.2020.

SAJOUS-TURNER, Ashly. ANDERSON, Nathaniel E.. WIDDOWS, Matthew. WYALAKANT, Prashanth. Em https://www.researchgate.net/publication/334262578_Aberrant_brain_gray_matter_in_murderers, acesso em 28.11.2020.

SAPOLSKY, Robert. M. *COMPORTE-SE: a biologia humana em nosso melhor e pior*. Tradução Giovani Salimena e Vanessa Bárbara. 1ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

SOUZA, Ricardo de Oliveira. Em <https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2019/09/05/voce-sabe-reconhecer-um-psicopata.htm>, acesso em 27.11.2020.

TELLES, Elton. Em <https://gmconline.com.br/noticias/meu-psicopata-favorito/>, acesso em 27.11.2020.

TIIHONEN, Jari e outros, em <https://www.nature.com/articles/s41380-019-0488-z.pdf?origin=ppub>, acesso em 29.11.2020.

TABORDA, José G. V.. *Sem Consciência – O mundo perturbador dos PSICOPATAS que vivem entre nós*. Apresentação à edição brasileira da obra. Tradução Denise Regina de Sales, revisão técnica: José G. V. Taborda. Porto Alegre: Artmed, 2013.

THIBODEAU, ERIC L., CICHETTI, DANTE; ROGOSCH, FRED. CHILD MALTREATMENT, IMPULSIVITY, AND ANTISOCIAL BEHAVIOR IN AFRICAN-AMERICAN CHILDREN: MODERATION EFFECTS FROM A CUMULATIVE DOPAMINERGIC GENE INDEX. EM <HTTPS://WWW.NCBI.NLM.NIH.GOV/PMC/ARTICLES/PMC4786073/>, acesso em 202.11.2020.

VAN DER KOLK, Bessel. *O Corpo guarda as marcas – cérebro, mente e corpo na cura do trauma*. Tradução Dolnaldson M. Garschagen. Rio de Janeiro: Sextante, 2020.

VERAS, Geanilma. Psicopatia dentro do sistema prisional brasileiro – um estudo de caso da Penitenciária Regional de Campina Grande Raimundo Asfora, Serrotão. Disponível em <https://geanilma.jusbrasil.com.br/artigos/296930881/psicopatia-dentro-do-sistema-prisional-brasileiro>, acesso em 08.03.2021.

WALLACEL, Louise, HEYML, Nadja, SUMICHL, Alexander, FIDO, Dean. *A systematic review on the current conceptualisations of successful psychopathy*. Em <file:///C:/Users/usuario10/Downloads/Systematic%20review->

%20successful%20psychopathy%20manuscript_LW_preprint.pdf, acesso em 29.11.2020.

WIKIPEDIA. IMPEDÂNCIA. Em https://pt.wikipedia.org/wiki/Imped%C3%A2ncia_el%C3%A9trica#:~:text=De%20um%20maneira%20mais%20simples,forma%20de%20calor%2C%20temos%20a, acesso em 29.11.2020.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes – Justiça Restaurativa para o nosso tempo*. Tradução de Tânia Van Acker. 4ª edição comemorativa do 25º anos de aniversário. São Paulo: Palas Athenas, 2020.

SITES DE INSTITUIÇÕES ACESSADOS

QUORA. Em <https://translate.google.com.br/translate?hl=pt-BR&sl=en&u=https://www.quora.com/What-percentage-of-people-are-psychopaths-sociopaths&prev=search>, acesso 27.11.2020.

DO SOMETHING. [https://www.dosomething.org/us/facts/11-facts-about-child-abuse#:~:text=It's%20estimated%20that%20at%20least,sexual%20abuse%2C%20an%20psychological%20abuse.&text=Boys%20and%20girls%20experience%20similar,%25%20and%2051%25%20respectively\).](https://www.dosomething.org/us/facts/11-facts-about-child-abuse#:~:text=It's%20estimated%20that%20at%20least,sexual%20abuse%2C%20an%20psychological%20abuse.&text=Boys%20and%20girls%20experience%20similar,%25%20and%2051%25%20respectively).), acesso em 29.11.2020.

MENTAL HEALTH AMERICA OF EASTERN MISSOURI <https://www.mha-em.org/im-looking-for/mental-health-knowledge-base/conditions/127-psychopathy-vs-sociopathy>, acesso em 11.10.2021.

PSYCHOLOGIA. Em <https://psychologia.co/psychopath-vs-sociopath/>, acesso em 27.11.2020.

ESTRIADO VENTRAL. Em https://www.google.com/search?q=striatum+reward&source=lnms&tbm=isch&sa=X&ved=2ahUKEwi0jcT3i6btAhWIGbkGHQZtAdMQ_AUoAXoECAUQAw&biw=1276&bih=640#imgrc=e3aKB-s5JKw_5M, acesso em 28.11.2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Em Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça, página 93, disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>, acessado em 05.02.2021.

GRUPO DE MEDIAÇÃO E RESOLUÇÃO DE CONFLITO DO MP/RJ. <http://www.mprj.mp.br/cidadao/projetos-e-campanhas/gmrc>, acessado em 04.09.2015.

PROGRAMA MP COMUNITÁRIO – AMAPÁ. <http://www.mpap.mp.br/o-que-e-mp-comunitario>, acessado em 04.09.2015.

NÚCLEO DE JUSTIÇA COMUNITÁRIA CASA AMARELA. MP/PERNAMBUCO. http://siteantigo.mppe.mp.br/index.pl/clipagem20092705_nucleo e <http://www.mppe.mp.br/mppe/index.php/cidadao/nucleos-e-gts>, acessados em 08.09.2015.

NUPEMEC PARANÁ. <https://www.tjpr.jus.br/documents/14797/7836487/Manual+JR+-+NUPEMEC+TJPR.pdf/2dee4c67-fc1a-40ae-a896-9b86a7d631a1>, acesso em 26.11.2020, página 3 e 4.

http://www.livingjusticepress.org/index.asp?Type=B_BASIC&SEC=%7B5EA7355F-29D7-411D-A977-BF092BC6CC9C%7D, acesso em 25.11.2020:

3. O viés retrospectivo e seus reflexos na tomada de decisão judicial



<https://doi.org/10.36592/9786581110628-3>

Maria Cecília Butierres¹

Eduardo Gomes Philippsen²

Sumário: Introdução. 1. O Processo Dual de Pensamento. 2. As Heurísticas e os Vieses Cognitivos. 3. Atribuindo Sentido aos Fatos: o Viés Retrospectivo e a Falácia Narrativa. 3.1 O Viés Retrospectivo. 3.1.1. Erro Médico. 3.1.2. Fraude contra Investidores. Conclusão. Referências.

Introdução

No dia a dia, as pessoas precisam tomar inúmeras decisões, desde as mais simples, como escolher a roupa que será usada, até as mais complexas ou de altíssima responsabilidade, no âmbito pessoal ou profissional. Seria humanamente impossível que cada uma destas decisões fosse precedida de um estudo apurado e aprofundado. Há decisões que são tomadas simplesmente de forma intuitiva, fundadas em heurísticas, para facilitar a tomada de decisão em contextos de incerteza e/ou de limitação de racionalidade. No entanto, no processo decisório, dependendo do contexto, poderão ocorrer desvios, os chamados vieses cognitivos (*cognitive biases*), dentre eles o viés retrospectivo.

O estudo das heurísticas e vieses, já bastante conhecido no âmbito da Psicologia e da Economia Comportamental, tende a se consolidar com o avanço no estudo das neurociências. Por meio da ideia de múltiplas redes neurais que funcionam em conjunto, evolui-se na ideia de que a atividade cerebral atua por meio de um processamento automático e por meio de um processamento analítico. Anuncia-se, assim, o aperfeiçoamento explicativo de um processo que já fora

¹ Mestre e Doutoranda em Direito pela UFRGS. Doutora em Psicologia Social pela UFRGS. Pós-Doutora em Psicologia Forense e do Testemunho pela UFP-Porto/Portugal. Professora Universitária.

² Mestre em Direito pela UFRGS. Juiz Federal.

detectado há algumas décadas pelos psicólogos.

No presente artigo, a partir da análise de estudos empíricos e bibliografia especializada, notadamente da Psicologia Cognitiva e Social, busca-se demonstrar que, não raras vezes, a atribuição de responsabilidade, civil ou penal, pode ser influenciada e prejudicada pelo viés retrospectivo. Esse viés, essencialmente, se refere à tendência de acreditar, depois de ter tomado conhecimento do resultado, que se estava diante de um evento previsível. Por isso, é também conhecido como fenômeno do “eu sabia o tempo todo” (*knew-it-all-along*).

1. O Processo Dual de Pensamento

O ponto básico para a compreensão do significado e da forma de atuação das heurísticas e vieses cognitivos tem sido apontado como a percepção de que nosso cérebro busca economizar energia, estabelecendo estratégias de decisão que facilitam essa economia. Diz-se, simplificada, que o cérebro se vale de duas formas de pensar: uma mais e outra menos econômica. Os psicólogos Stanovich e West³ foram pioneiros na utilização da denominação Sistema 1 (S1) e Sistema 2 (S2).

No *best-seller Rápido e Devagar*, Kahneman adotou a terminologia para descrever “a vida mental com a metáfora de dois agentes”: o “Sistema 1 opera automática e rapidamente, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário”.⁴ Enquanto o Sistema 2 destina a atenção às atividades mentais laboriosas que o requisitam, incluindo cálculos complexos. Nessa linha, o S1 costuma ser associado ao impulso e à capacidade de produzir respostas rápidas. Ou seja, uma organização de raciocínio realizada com agilidade para a ação imediata,

³ STANOVICH, Keith E; WEST, Richard F. Individual Differences in Reasoning: Implications for the Rationality Debate. *Behavioral and Brain Sciences*, vol. 23, n. 5, 2000. p. 645-665. DOI: 10.1017/S0140525X00003435. Stanovich e West cunharam a expressão Sistema 1 e Sistema 2, embora, diversos estudos anteriores já tratassem, por meio de diferentes terminologias, do raciocínio baseado em dois processos. Por exemplo: EVANS, Jonathan St B. T. Heuristic and Analytic Processes in Reasoning. *British Journal of Psychology*, v. 75, n. 4, nov. 1984. p. 451-468 DOI: 10.1111/j.2044-8295.1984.tb01915.x. LEVINSON, Stephen C. Interactional Biases in Human Thinking. In: GOODY, Esther (Ed.) *Social Intelligence and Interaction*. New York: Cambridge University Press, 1995. p. 221-260. SLOMAN, Steven A. The Empirical Case for Two Systems Reasoning. *Psychological Bulletin*, vol, 119, n. 1, 1996. p. 3-22. DOI: 10.1037/0033-2909.119.1.3

⁴ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar: As duas Formas de Pensar*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 29.

sendo acionado inúmeras vezes nas decisões diárias. Assim, é visto como uma forma de pensar intuitiva, que exige pouco esforço.

Ao passo que, no S2, o processamento é feito de modo mais lento e detalhado – devagar – para a tomada de decisões que exijam maior atenção. Trata-se de um sistema analítico, lógico, em que o comportamento é influenciado pela escolha e concentração, demandando um maior gasto energético. O S2 é capaz de lidar com novas informações e situações, que são processadas por meio de regras mais lógicas. Essas regras podem ser combinadas entre si e gerar novas estruturas lógicas.⁵

As teorias duais sobre a forma de processar informações têm origens remotas em Freud.⁶ Epstein, por exemplo, desenvolveu a *Cognitive Experimental Self Theory* (CEST), na integração do inconsciente cognitivo e psicodinâmico.⁷ Na esquematização de Epstein, o pensamento poderia ser experimental ou racional, de forma que, no experimental, as decisões seriam tomadas automaticamente, sem que houvesse o pleno domínio.⁸

O processo dual e as teorias duais de sistema (*dual-process and dual system*

⁵ SLOMAN, Steven A. Two Systems of Reasoning. In: GILOVICH, Thomas; GRIFFIN, Dale; KAHNEMAN, Daniel (Org). *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*. New York: Cambridge University Press, 2002.

⁶ “Ele (Freud) identificou os princípios do processo primário como realização de desejos, deslocamento, condensação, representação simbólica e associação. (...) supunha que eles minavam continuamente as tentativas das pessoas de pensar racional e conscientemente. A única esperança de pensar racionalmente, acreditava ele, era tornar o inconsciente consciente, o que era o objetivo da psicanálise. Ele considerava o pensamento racional e consciente como apenas a ponta do iceberg. O fundamento de toda atividade mental consistia, segundo ele, na parte submersa, o inconsciente que operava no processo primário.” EPSTEIN, Seymour. Integration of the Cognitive and the Psychodynamic Unconscious, *American Psychologist*, vol. 49, n. 8, ago.1994, p. 709. Tradução nossa. No original: “He identified the principles of the primary process as wish fulfillment, displacement, condensation, symbolic representation, and association. (...) he assumed that they continuously undermined people's attempts at conscious, rational thinking. The only hope for thinking rationally, he believed, was to make the unconscious conscious, which was the aim of psychoanalysis. He regarded rational, conscious thinking as only the tip of the iceberg. The foundation of all mental activity consisted, he held, of the submerged part, the unconscious that operated by the primary process.”

⁷ Para Freud, a noção de pensamento consciente era a apenas a ponta de um iceberg, em que o inconsciente era grande parcela encoberta. Caberia à psicanálise tornar o inconsciente consciente. FREUD, Sigmund. *Compêndio da Psicanálise*. Trad. Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2014.

⁸ EPSTEIN, Seymour. Integration of the Cognitive and the Psychodynamic Unconscious. *American Psychologist*, vol. 49, n. 8, sep. 1994. p. 709-724. DOI: 10.1037//0003-066X.49.8.709

theories) têm sido objeto de revisões críticas.⁹ Apontando controvérsias (inclusive em relação à terminologia 'Sistema'), Evans e Stanovich expressamente proclamaram-se tanto críticos, quanto defensores das teorias de dois processos. Assim, argumentaram que o processamento do tipo 2 irá se distinguir do tipo 1, essencialmente, pela sua natureza, a qual envolve dissociação cognitiva e pensamento hipotético e por seu forte carregamento nos recursos de memória de trabalho que são requeridas.¹⁰ Além disso, o processo dual tem sido objeto de investigação das neurociências. Ou seja, "a imagem neural é um método cada vez mais popular para testar hipóteses de dois processos (...) eles [estudos] geralmente fornecem forte apoio às reivindicações dos teóricos do processo duplo."¹¹

Ao se tratar do tema, é importante evitar maniqueísmos, por meio de distinções categóricas, que possam conduzir a crenças equivocadas de "pensamento bom-ruim", no sentido de que o S1 é sempre falho e o S2 é perfeito; ou então, de que as decisões acertadas são tomadas pelo S2, que pretensamente seria abstrato e livre, ao passo que o S1 seria o culpado pelos vieses cognitivos. Kahneman, inclusive, fornece diversos exemplos, contextualizados, em que o S1 permite o processamento de respostas altamente satisfatórias.¹²

⁹ Sem deixar de ressaltar que nem todas as teorias de processo dual são as mesmas, Evans e Stanovich sistematizaram cinco pontos controversos sobre essas teorias: i) definições múltiplas e vagas são oferecidas por vários teóricos. Por exemplo, a distinção entre consciente e inconsciente é altamente problemática, por conta das definições vagas e discutíveis de consciência; ii) não é pacífica a ideia de que existem dois sistemas cognitivos com um conjunto de atributos definidores. Muitos atributos da lista de propriedades do tipo 1 ou do tipo 2 são apenas correlações, não definindo características propriamente; iii) existe um *continuum* de estilos de processamento. Os modos de processamento podem variar continuamente; iv) os dados do processamento único podem ser oferecidos para explicar fenômenos de processo duplo; v) as evidências para o processamento duplo são ambíguas. EVANS, Jonathan St B. T.; STANOVICH, Keith E. Dual Process Theories of Higher Cognition: Advancing the Debate. *Perspectives on Psychological Science*, vol. 8, n.3, 2013. p.223–241. DOI: 10.1177/1745691612460685

¹⁰ EVANS, Jonathan St B. T.; STANOVICH, Keith E. Dual Process Theories of Higher Cognition: Advancing the Debate. *Perspectives on Psychological Science*, vol. 8, n.3, p.223–241. DOI: 10.1177/1745691612460685

¹¹ EVANS, Jonathan St B. T.; STANOVICH, Keith E. Dual Process Theories of Higher Cognition: Advancing the Debate. *Perspectives on Psychological Science*, vol. 8, n.3, p.223–241. DOI: 10.1177/1745691612460685. Tradução nossa. No original: "Neural imaging is an increasingly popular method for testing dual-process hypotheses in both the psychology of reasoning and social cognition (...) they generally provide strong support for the claims of the dual-process theorists".

¹² KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar: As Duas Formas de Pensar*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

Damásio¹³ explica que pensamento é constituído amplamente por meio de imagens e representações simbólicas, cada uma delas “marcada” por um sentimento positivo ou negativo, vinculado diretamente a estados corporais ou somáticos. Assim, quando a imagem de um fato futuro (a probabilidade de que algo ocorra) é associada a um marcador somático negativo, soa um alarme; e quando se associa a um marcador positivo, tem-se um estímulo positivo. Daí reconhecer-se que o pensamento intuitivo e o pensamento analítico estão continuamente ativos, interagindo em uma “dança do afeto e da razão”: embora até seja possível fazer “a coisa certa” sem uma análise – como, por exemplo, esquivar-se de um objeto em queda –, é improvável que se possa utilizar o raciocínio analítico sem a orientação do afeto ao longo do percurso.¹⁴

2. As Heurísticas e os Vieses Cognitivos

As heurísticas¹⁵ funcionam como uma espécie de “atalho mental”, que facilita o processo de tomada de decisão em situações de imperfeição ou de limitação cognitiva. Ou seja, quando temos poucas informações e/ou tempo e precisamos tomar uma decisão, nossa mente utiliza-se de determinados mecanismos para economizar tempo e energia, a fim de tomar decisões rápidas. Trata-se de “um procedimento simples que ajuda a encontrar respostas adequadas, ainda que geralmente imperfeitas, para perguntas difíceis”.¹⁶ Estas perguntas via de regra são

¹³ DAMÁSIO, António R. *O Erro de Descartes: Emoção, Razão e o Cérebro humano*. 3 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

¹⁴ SLOVIC, Paul; FINUCANE, Melissa L; PETERS, Ellen; MACGREGOR, Donald G. Risk as Analysis and Risk as Feelings: Some Thoughts about Affect, Reason, Risk and Rationality. In: SLOVIC, Paul. *The Feeling of Risk: New Perspectives on Risk Perception*. New York: Earthscan, 2010. p. 24.

¹⁵ A palavra heurística tem origem grega, com o significado de “servindo para descobrir”. Originalmente, foi vista como um instrumento positivo para a tomada de decisão, uma vez que permitia a tomada de decisões satisfatórias em situações de incerteza. Posteriormente, os estudos de Psicologia passaram a avaliar as ações das heurísticas em hipóteses que poderiam ser resolvidas de acordo com a ciência das probabilidades, nas quais as heurísticas produziam resultados ruins. Assim, os termos heurísticas e vieses viraram quase sinônimos e passaram a ser usados indistintamente, o que representa uma indesejável confusão: a heurística pode ser a explicação para um viés ou um erro, mas ela própria não é um erro; já o viés é o resultado de um processo cognitivo, mas não é o processo (que é a heurística). GIGERENZER, Gerd. Is the Mind Irrational or Ecologically Rational? In: PARISI, Francesco; SMITH, Vernon L. (Org). *The Law and Economics of Irrational Behavior*. Stanford: Stanford University Press, 2005.

¹⁶ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar: As Duas Formas de Pensar*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 127.

sobre fatos, presentes ou futuros, que são desconhecidos, mas são relevantes para a tomada de decisão: estimar a probabilidade de que determinado fato ocorra, ou o valor de uma quantidade incerta.

Em 1974, Kahneman e Tversky¹⁷ publicaram, na revista *Science*, o artigo *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, que passou a ser considerado um marco no estudo de heurísticas e de vieses cognitivos. Nesse artigo, os autores mencionaram três heurísticas que são utilizadas para estimar probabilidades e prever valores: a heurística da representatividade, a heurística da disponibilidade e a heurística de ajustamento/ancoragem.

A heurística da representatividade refere-se à análise sobre a probabilidade de algo (ou alguém) pertencer a determinada classe, quando as características apresentadas são representativas das características da classe. No caso de eventos, avalia-se a probabilidade “pelo nível no qual ele é similar às principais características do processo ou população a partir do qual ele foi originado.”¹⁸ O conhecido exemplo da heurística da representatividade consiste na descrição das características de uma pessoa hipotética (“Steve”), que combinaria com o estereótipo de um bibliotecário, tais como uma pessoa tímida, retraída e detalhista. Seguidas da entrevista sobre qual a provável profissão de Steve, dentro de uma lista na qual inclui a profissão bibliotecário. Em geral, os entrevistados ignoram a taxa base, isto é, o percentual de profissionais em cada uma das atividades (por exemplo, o fato de existirem mais fazendeiros do que bibliotecários) e respondem de acordo com as características estereotipadas. Evidentemente que se trata de um exemplo produzido num contexto experimental, portanto, necessária cautela em termos de generalização.

No contexto forense, um exemplo que poderia ser dado da heurística da representatividade é a tendência de interpretação do comportamento ansioso de uma testemunha como sinal de mentira. Ou seja, o processamento de uma reação particular como representativa de uma classe. Assim, a crença de que tão somente por meio da análise de gestos e de comportamentos é possível identificar a mentira

¹⁷ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science*, vol. 185, n. 4157, set. 1974. DOI: 10.1126/science.185.4157.1124

¹⁸ TONETTO, Leandro M.; KALIL, Lisiane L.; MELO, Wilson V.; SCHNEIDER, Daniela Di Giorgio; STEIN, Lilian M. O Papel das Heurísticas no Julgamento e na Tomada de Decisão sob Incerteza. *Estudos de Psicologia*. Vol. 23, n. 2, abr./jun. 2006. p. 186. DOI: 10.1590/S0103-166X2006000200008.

pode ser propícia para o raciocínio intuitivo de que se a testemunha está nervosa, significa que ela está faltando com a verdade.¹⁹

A heurística da disponibilidade é “o processo de julgar a frequência (de um evento) segundo a facilidade com que as ocorrências vêm à mente”.²⁰ Acontecimentos em grande escala são frequentemente lembrados de forma mais fácil e rápida do que aqueles fatos que ocorrem em pequena quantidade. Porém, a disponibilidade de eventos também é afetada por fatores, como a familiaridade e o impacto do acontecimento. Esses fatores facilitam a fixação de determinado fato na memória, porém podem induzir à superestimação ou à subestimação de riscos. Por exemplo, a heurística da disponibilidade pode levar a um aumento na percepção da probabilidade de ocorrência de acidentes de trânsito logo após o indivíduo ter presenciado um. No âmbito coletivo, a heurística da disponibilidade está na origem das chamadas cascatas de disponibilidade.²¹

A heurística do ajustamento ou ancoragem demonstra que, em situações de incerteza, em que “as pessoas devem realizar estimativas ou decidir sobre alguma quantia, elas tendem a ajustar a sua resposta com base em algum valor inicial disponível, que servirá como âncora.²² A partir deste dado numérico disponível (a “âncora”), as estimativas são feitas através de ajustamentos na direção que se considera a correta (para mais ou menos). O desvio ocorre porque estes ajustamentos (ou seja, o afastamento da âncora) são, via de regra, insuficientes. A

¹⁹ SOUSA PIRES, Luís Felipe. *Prova Testemunhal*. Coimbra: Almedina, 2013.

²⁰ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar: As Duas Formas de Pensar*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 166.

²¹ As cascatas de disponibilidade referem-se a um processo de crença coletiva que se retroalimenta, e pelo qual uma percepção expressa sobre algo desencadeia uma corrente de reações que aumenta ainda mais a plausibilidade da crença por meio da sua crescente disponibilidade (presença) no discurso público. Este processo é impulsionado por razões informativas e reputacionais: de um lado, a exposição exagerada de determinada informação faz com que ela seja ainda mais valorizada e, conseqüentemente, novamente mais exposta à opinião pública. Há uma espiral de disponibilidade; de outro lado, cria-se um ambiente em que determinadas opiniões passam a ser consideradas “corretas”, causando uma pressão social para que todos pensem da mesma forma, dificultando o surgimento de qualquer crítica séria à opinião dominante e, conseqüentemente, reforçando o fato ou opinião beneficiado pela disponibilidade. KURAN, Timur; SUNSTEIN, Cass. Availability Cascades and Risk Regulation. *Stanford Law Review*, vol. 51, n. 683, 1999. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12209&context=journal_article> Acesso em 28 fev. 2021.

²² TONETTO, Leandro M.; KALIL, Lisiane L.; MELO, Wilson V.; SCHNEIDER, Daniela Di Giorgio; STEIN, Lilian M. O Papel das Heurísticas no Julgamento e na Tomada de Decisão sob Incerteza. *Estudos de Psicologia*. Vol. 23, n. 2, abr./jun. 2006, p. 186. DOI: 10.1590/S0103-166X2006000200008.

estimativa afasta-se do número real em direção ao número-âncora".²³ A heurística da ancoragem pode causar impactos no contexto jurídico, como por exemplo, no âmbito cível na fixação de valores indenizatórios em pedidos de dano moral²⁴, ou no âmbito penal, na dosimetria da pena ou na aplicação de multas.

Após os primeiros trabalhos de Kahneman e Tversky, inúmeras heurísticas passaram a ser identificadas, tais como a heurística do afeto, a heurística do reconhecimento, a heurística do hiato.²⁵ Diante da crescente complexidade do mundo, é esperável que um número cada vez maior de heurísticas atue na tomada de decisões, visto que a simplificação do pensamento é fundamental ante a quantidade de informações disponíveis e a correspondente dificuldade de processá-las analiticamente.

O Poder Judiciário brasileiro tem se notabilizado por receber um número elevadíssimo de processos. Números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) revelam que os processos judiciais rondam a casa dos oitenta milhões, com significativa taxa de congestionamento.²⁶ Este fenômeno pode levar a uma menor racionalização no julgamento dos casos e na criação de um ambiente perfeito para a ação das heurísticas, o que se dá em razão de ao menos três fatores: a) inexistência de tempo suficiente para a análise criteriosa dos processos; b) inexistência de instrução processual adequada; c) menor necessidade de prestação de contas acerca das decisões proferidas.

Deve-se salientar que nem sempre as heurísticas conduzirão a avaliações equivocadas ou a decisões fracas. As heurísticas, como regra, são úteis, o seu uso e os resultados delas decorrentes são previsíveis. Quando estamos em situações em que temos escassez de informações, de tempo, de estresse ou ambiente hostil, e,

²³ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*. New Haven: Yale University Press, 2008.

²⁴ LEAL, Fernando; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Direito é sempre relevante? Heurística de Ancoragem e Fixação de Valores Indenizatórios em Pedidos de Dano Moral em Juizados Especiais do Rio de Janeiro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 8, n. 2, ago. 2018. p. 777-799. Disponível em: <<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/issue/view/244/showToc>> Acesso em 03 mar. 2021.

²⁵ EYSENCK, Michael W.; KEANE, Mark T. *Manual de Psicologia Cognitiva*. 7 ed. Trad. Luís Fernando M. Dorvillé; Sandra Maria M. da Rosa. Porto Alegre: Artmed, 2017.

²⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2019*. Brasília: CNJ, 2019. Segundo o relatório, no final de 2018, em todos os órgãos do Poder Judiciário, havia 78.691.031 ações pendentes de resolução.

precisamos tomar decisões rápidas e com baixo custo adotamos determinadas heurísticas. Assim, "usamos atalhos mentais porque frequentemente estão corretos. Algumas vezes, são meios simples para chegarmos a conclusões fundamentadas".²⁷

No entanto, a utilização do processo heurístico de tomada de decisão pode resultar em decisões subótimas, chamadas de vieses cognitivos (*cognitive biases*).²⁸ Assim, os vieses representam erros no processo de tomada de decisão automática, que resultam em decisões abaixo do ideal. Não se trata de uma falha ética, nem de uma patologia mental; ou de algo que seja deliberadamente realizado com o intuito de provocar injustiças.

Por exemplo, Korteling, Brouwer e Toet²⁹ propõem que os vieses surgem de mecanismos intrínsecos do cérebro, que são fundamentais para o funcionamento das redes neurais biológicas. Trata-se de uma proposta de explicação baseada na estrutura da rede neural para vieses cognitivos, que explicariam por que nosso cérebro tende sistematicamente a padrões de tomada de decisão heurística. Para tanto, baseia-se em quatro princípios básicos da rede neural: associação, compatibilidade, retenção e foco. Esses princípios formariam a base de nossas inclinações para associar; combinar; priorizar e reter informações. Para os diferentes vieses cognitivos, esses mecanismos poderiam contribuir em vários graus para a distorção da informação.

Dada a ampla gama de contextos ambientais em que os vieses cognitivos podem atuar, são inúmeros os tipos catalogados pela literatura. Priest³⁰, por exemplo, compilou quase uma centena de vieses cognitivos identificados especialmente pela Psicologia, Cognitiva e Social, e pela Economia Comportamental. Embora o número seja alto, uma inspeção detalhada revela muitas semelhanças entre eles, sendo, por vezes, frequente a mudança de denominação para identificar

²⁷ STERNBERG, Robert J.; STERNBERG, Karin. *Psicologia Cognitiva*. 7 ed. Trad. Noveritis do Brasil. São Paulo: Cengage Learning, 2017. p. 432.

²⁸ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science*, vol. 185, n. 4157, set. 1974. DOI: 10.1126/science.185.4157.1124

²⁹ KORTELING, Johan E.; BROUWER, Anne-Marie; TOET, Alexander. A Neural Network Framework for Cognitive Bias. *Frontiers in Psychology*, vol. 9, article 1561, sep. 2018.

DOI:10.3389/fpsyg.2018.01561

³⁰ PRIEST, Henry. *Biases & Heuristics*. Illinois: Independent Publisher, 2019.

situações similares ou, então, a utilização de denominações distintas para identificar situações em que um viés exemplifica outro.

A Economia, há algum tempo, vem se utilizando das descobertas da Psicologia para rever seus paradigmas clássicos, como a teoria da escolha racional. No Direito, Rachlinski³¹, jurista e psicólogo norte-americano, tem dedicado inúmeros estudos sobre os vieses cognitivos. O autor observa que, intuitivamente, sem qualquer conhecimento especializado de Psicologia, inúmeros profissionais, incluindo os do Direito, têm desenvolvido meios para se defenderem dos erros de percepção e de julgamento. No entanto, quando estamos lidando com seres humanos em decisões judiciais, não raras vezes, está em avaliação, a culpabilidade de um réu; a credibilidade de uma testemunha ou a capacidade argumentativa de um advogado, e, portanto, não bastam boas intenções para evitar os erros.

O estudo de heurísticas e de vieses está abrangido pela compreensão de que o comportamento humano pode ser irracional (ou limitadamente racional), e esta falha na racionalidade não é aleatória ou assistemática, mas, ao contrário, plenamente previsível.³² Portanto, o sistema deve criar mecanismos que potencializem a utilização de métodos de desviesamento (*debiasing methods*). Para tanto, "a primeira providência para não enveredar em desvios cognitivos consiste em conhecê-los".³³

³¹ RACHLINSKI, Jeffrey J. Heuristics and Biases in the Courts: Ignorance or Adaptation? *Cornell Law Faculty Publications*, n. 810, 2000. p. 61-65. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/810/>> Acesso em 28 fev. 2021.

³² ARIELY, Dan. *Predictably Irrational - The Hidden Forces that Shape our Decisions*. London: Harper Collins Publishers, 2008, livro digital Kindle, posição 153. "My further observation is that we are not only irrational, but predictably irrational – that our irrationality happens the same way, again and again. Whether we are acting as consumers, businesspeople, or policy makers, understanding how we are predictably irrational provides a starting point for improving our decision making and changing the way we live for the better". Tradução nossa: "Minha observação adicional é que não somos apenas irracionais, mas previsivelmente irracionais - que nossa irracionalidade acontece da mesma maneira, repetidamente. Quer estejamos atuando como consumidores, empresários ou formuladores de políticas, entender como somos previsivelmente irracionais fornece um ponto de partida para melhorar nossa tomada de decisão e mudar para melhor a maneira como vivemos."

³³ FREITAS, Juarez. *A Hermenêutica Jurídica e a Ciência do Cérebro: Como lidar com os automatismos mentais*. Revista da Ajuris, vol. 40, n. 130, jun. 2013. Disponível em: <<http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/297/232>> Acesso em 03 dez. 2020.

A seguir, serão traçadas considerações sobre o viés retrospectivo, que está relacionado com as heurísticas da representatividade e da disponibilidade.³⁴

3. Atribuindo Sentido aos Fatos: o Viés Retrospectivo e a Falácia Narrativa

A necessidade de o cérebro encontrar sentido nos fatos, ignorando a aleatoriedade que muitas vezes comanda a realidade, pode ser ilustrada pelo viés retrospectivo e pela falácia narrativa.

3.1 O Viés Retrospectivo

Fischhoff foi pioneiro na identificação do viés retrospectivo (*hindsight bias*),³⁵ por meio de pesquisas cujos resultados foram divulgados no clássico artigo *Hindsight ≠ Foresight: the effect of outcome knowledge on judgment under uncertainty*, publicado em 1975 no *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*.³⁶ De início, ele propõe uma simples e fundamental observação: uma análise retrospectiva difere de uma prospectiva, na medida em que o observador detém a informação sobre o resultado, no primeiro caso, e não a detém, no segundo. A partir de experimentos, o autor pôde constatar que, efetivamente, o

³⁴ FIRSCHHOFF, Baruch. "Hindsight ≠ foresight: the effect of outcome knowledge on judgment under uncertainty". *Quality & Safety in Health Care*, vol. 12, n.4, ago. 2003. p. 304-312. DOI: 10.1136/qhc.12.4.304.

³⁵ "Baruch Fischhoff foi o primeiro a demonstrar esse efeito 'eu-sempre-soube', ou viés retrospectivo (*hindsight bias*), quando era estudante em Jerusalém. Junto com Ruth Beyth (outro de nossos alunos), Fischhoff conduziu um estudo antes da visita do presidente Richard Nixon à China e à Rússia, em 1972. Os participantes da pesquisa indicavam probabilidades para 15 possíveis resultados de iniciativas diplomáticas de Nixon. Mao Zedong concordaria em se encontrar com Nixon? Os Estados Unidos seriam capazes de conceder reconhecimento diplomático à China? Após décadas de inimizade, os Estados Unidos e a União Soviética conseguiriam concordar em alguma coisa significativa? Depois que Nixon voltou de sua viagem, Fischhoff e Beyth pediram às mesmas pessoas para lembrar a probabilidade que haviam sugerido originalmente para cada uma das 15 conclusões possíveis. Os resultados foram claros. Se um evento havia ocorrido de fato, as pessoas exageravam a probabilidade que haviam indicado para aquilo anteriormente. Se o evento possível ainda não houvesse ocorrido, os participantes erroneamente recordavam que sempre o haviam considerado improvável. Experimentos posteriores mostraram que as mesmas pessoas eram impelidas a exagerar a precisão não só de suas previsões originais, mas também a das que eram feitas pelos outros." KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar: As duas Formas de Pensar*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 253-254.

³⁶ Para a elaboração deste artigo, foi utilizada a versão republicada no periódico *Quality & Safety in Health Care*, vol. 12, n.4, ago. 2003.p. 304-312. DOI: 10.1136/qhc.12.4.304.

conhecimento do resultado de determinado fato aumenta a percepção da probabilidade de ocorrência deste mesmo fato; e, mais ainda, as pessoas não têm conhecimento da influência destes vieses nos seus julgamentos.³⁷

O viés retrospectivo se refere à tendência de acreditar, depois de tomar conhecimento do resultado, que se estava diante de algo que poderia ter sido previsto. Ou seja, "ocorre quando olhamos uma situação de modo retrospectivo e acreditamos que veríamos facilmente e de modo antecipado todos os sinais e eventos que levaram a um resultado particular".³⁸ Por isso, é também conhecido como o fenômeno do "eu sabia o tempo todo" (*knew-it-all-along*).³⁹

Assim, é comum que as pessoas exagerem na avaliação do que poderiam ter previsto, após a ocorrência de um fato com resultado adverso; em casos de acidentes, por exemplo, é comum que se julgue o que aconteceu como facilmente previsível e que, portanto, deveria ter sido evitável se houvesse um mínimo de cautela. Em outras palavras, as pessoas superestimam a sua capacidade de fazer previsões e acreditam que os outros deveriam ser capazes de fazer previsões muito mais acuradas do que o possível.

O viés retrospectivo envolve uma falha na recuperação do sentimento de incerteza que precede um evento. Roese e Vohs⁴⁰ explicam que esse viés decorre essencialmente de três fatores: i) entrada cognitiva, ou seja, as pessoas recordam-se seletivamente das informações de acordo com o que sabem ser verdadeiro num momento posterior e procuram impor significação a esse conhecimento; ii) entrada metacognitiva, no sentido de que quanto mais fácil a explicação da causalidade de um evento, maior será a tendência de considerá-lo previsível; iii) entrada motivacional, que reflete a necessidade do ser humano de ver o mundo como ordenado e previsível, pois nada pode ser mais ameaçador do que estar à mercê do

³⁷ FIRSCHHOFF, Baruch. "Hindsight ≠ foresight: the effect of outcome knowledge on judgment under uncertainty". *Quality & Safety in Health Care*, vol. 12, n.4, ago. 2003. p. 304-312. DOI: 10.1136/qhc.12.4.304.

³⁸ STERNBERG, Robert J.; STERNBERG, Karin. *Psicologia Cognitiva*. 7 ed. Trad. Noveritis do Brasil. São Paulo: Cengage Learning, 2017. p. 430.

³⁹ HOFFRAGE, Ulrich; POHL, Rüdiger F. Research on Hindsight Bias: A Rich Past, A Productive Present, and a Challenging Future. In: HOFFRAGE, Ulrich; POHL, Rüdiger F. (Ed.). *Memory. Special Issue on Hindsight Bias*, vol. 11, n. 4/5, jul.set. 2003. p. 5.

⁴⁰ ROESE, Neal J.; VOHS, Kathleen D. Hindsight Bias. *Perspectives on Psychological Science*, vol. 7, n. 5, 2012, p. 411-426. DOI: 10.1177/1745691612454303.

desconhecido e do aleatório.

Em relação a esse último fator, a psicologia social costuma relacionar o viés retrospectivo ao chamado “fenômeno do mundo justo”, como o resultado da necessidade humana de acreditar que “as pessoas têm o que merecem”.⁴¹ Somos educados e passamos a pressupor que o bem é recompensado e o mal é punido. Há uma necessidade de acreditar que o mundo é justo, e, portanto, quando ocorre uma tragédia, é mais confortável do ponto de vista psicológico atribuí-la à má conduta de alguém, do que ao simples acaso. O acaso minaria completamente a crença no mundo justo, que se refere a suposições de um mundo gerenciável, em que as pessoas recebem o que merecem.⁴²

Estudos empíricos na área da psicologia vêm demonstrando que o viés retrospectivo pode se apresentar em três níveis: i) distorção da memória: a fim de sentir um conforto cognitivo diante da surpresa do acontecimento, os indivíduos podem criar falsas memórias sobre julgamentos realizados antes do acontecimento. Costuma ser manifesto frequentemente pela expressão “eu disse que isso aconteceria”; ii) inevitabilidade: diz respeito a crenças sobre o estado objetivo do mundo; sobre o passado como um evento predeterminado (“tinha que acontecer”; “nessas circunstâncias nenhum resultado diferente seria possível”); iii) previsibilidade inerentemente subjetiva: envolve a sensação de crença de um indivíduo de que, se estivesse na situação, teria a capacidade de prever o ocorrido (“eu poderia saber que isso aconteceria”).⁴³

O viés retrospectivo afeta a interpretação dos fatos, por isso, não pode ser confundido como o viés do resultado (*outcome bias*), o qual se refere à tendência de deixar-se influenciar pelo conhecimento do resultado, no julgamento da qualidade de uma determinada decisão. Ambos possuem o traço comum de se referirem a avaliações *ex post*, relativamente a uma conduta *ex ante*. No entanto, o traço distintivo é o seguinte: o desvio retrospectivo afeta a análise sobre o juízo de

⁴¹ MYERS, David G. *Psicologia Social*. Trad. Daniel Bueno; Maria Cristina Monteiro; Roberto C. Costa. 10 ed. Porto Alegre: Artmed, 2014. p. 271.

⁴² LERNER, Melvin J. *The Belief in a Just World*. New York: Springer, 1980. p. 9.

⁴³ BLANK, Hartmut; NESTLER, Steffen; VON COLLANI, Gernot; FISCHER, Volkhard. How Many Hindsight Biases are There? *Cognition*, vol. 106, n. 3, 2008. p. 1408-1440. DOI: 10.1016/j.cognition.2007.07.007.

probabilidades que deveria ter sido feito, no passado, de que determinado fato viesse a ocorrer; já o viés do resultado afeta a análise sobre a qualidade de uma decisão tomada no passado.⁴⁴ Como, muitas vezes, a decisão deve levar em consideração aspectos probabilísticos, fica claro que ambos os vieses possuem pontos de conexão e, na prática, tendem a ocorrer conjuntamente, distorcendo ainda mais as avaliações acerca das decisões do que cada um deles, isoladamente considerado.⁴⁵

No dia a dia, o viés retrospectivo produz poucos prejuízos, pois poucos julgamentos requerem que se ignorem as consequências já conhecidas; ao contrário, este conhecimento dos resultados permite que se aprenda rapidamente com as experiências. No entanto, não se pode esquecer que uma das consequências do viés retrospectivo é a chamada "miopia", a qual envolve o erro na localização da causa do problema em razão do foco na causa errada ou, então, no exagero do impacto da causa certa. Além disso, o viés retrospectivo pode levar a um excesso de confiança impeditivo do planejamento de novas maneiras de atacar um problema, pois psicologicamente os indivíduos acreditam que sabiam que o fato ocorreria.⁴⁶

Essas consequências adversas do viés retrospectivo, como a atenção míope a uma compreensão causal ou o excesso de confiança na certeza dos julgamentos realizados *ex post*, são especialmente danosas quando se julgam condutas sob o ponto de vista da atribuição de responsabilidades, o que é a rotina dos Tribunais.

A lei está repleta de exigências de que os tribunais determinem o que as pessoas deveriam ter sabido, poderiam ter previsto e realmente sabiam, todas elas feitas à luz do que hoje é conhecido por todos. Tudo, desde determinar se um réu foi negligente ou determinar se a decisão de um administrador era tão errônea de

⁴⁴ HENRIKSEN, Kerm; KAPLAN, Harold S. Hindsight Bias, Outcome knowledge and Adaptive Learning. *Quality & Safety in Health Care*, vol. 12, n. 2, 2004. p. 46. DOI: 10.1136/qhc.12.suppl_2.ii46: "O viés retrospectivo é a tendência das pessoas que têm conhecimento do resultado de exagerar na capacidade que teriam de prever as consequências antecipadamente, enquanto o viés do resultado diz respeito à influência que o conhecimento do resultado produz na avaliação da qualidade da decisão." Tradução nossa. No original. "*Hindsight bias is the tendency for people with outcome knowledge to exaggerate the extent to which they would have predicted the event beforehand, while outcome bias refers to the influence of outcome knowledge on evaluations of decision quality*".

⁴⁵ BARON, Jonathan; HERSHEY, John C. Outcome Bias in Decision Evaluation. *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 54, n. 4, 1988. p. 569–579. DOI: 10.1037/0022-3514.54.4.569.

⁴⁶ ROESE, Neal J.; VOHS, Kathleen D. Hindsight Bias. *Perspectives on Psychological Science*, vol. 7, n. 5, 2012, p. 411–426. DOI: 10.1177/1745691612454303.

modo a caracterizar a dissipação de valores, identificar se uma invenção não era óbvia, envolve recriar um julgamento *ex ante* à luz do conhecimento *ex post*. Os processos cognitivos que servem bem às pessoas na maioria dos contextos podem levá-las a desvios, nestes julgamentos jurídicos que não são familiares.⁴⁷

De acordo com Rachlinski⁴⁸, os julgamentos *ex post* acerca de decisões *ex ante*, tomadas pelos Tribunais, podem se dar em relação aos seguintes aspectos: i) julgamentos acerca de *standards* objetivos (o que a pessoa deveria ter sabido); ii) julgamentos acerca de *standards* subjetivos (o que a pessoa efetivamente sabia); iii) julgamento sobre o que era previsível em um dado momento. Assim, julgar uma conduta como negligente pressupõe que se faça algo que as pessoas não conseguem fazer: “ver o mundo com os olhos do demandado antes que o resultado adversotenha ocorrido”. Porém, o que ocorre é o contrário: as pessoas sempre julgam a conduta alheia pelos seus resultados, “com a sabedoria nascida do evento”, o que, por motivos óbvios, era inacessível para a pessoa real acusada de ter provocado um dano. Quando um Tribunal é chamado a analisar o *standard* objetivo (o que alguém deveria ter sabido), tem-se um convite para a ação do viés retrospectivo. Em relação ao *standard* subjetivo, a ação do viés retrospectivo pode aparecer. Julgadores (juízes e jurados) podem considerar que, se um dano era previsível, ele foi de fato previsto.

O viés retrospectivo (*hindsight bias*) não se confunde com a chamada “teoria da cegueira deliberada” (*Willful Blindness*). Casos de cegueira deliberada se referem a informações contemporâneas ao evento, que estavam disponíveis, mas eram ignoradas. Por isso, essa teoria é muito conhecida como “teoria do avestruz”.⁴⁹ Ao

⁴⁷ GULATI, Mitu; RACHLINSKI, Jeffrey J; LANGEVOORT, Donald C. “Fraud by Hindsight”. *Northwestern Univerisity School of Law*, vol. 98, n. 3, 2004. p. 779. Tradução nossa. No original: “The law is filled with requirements that courts determine what people should have known, could have foreseen, and actually knew, all of which are made in the full light of what is now known to all. Everything from determining whether a defendant was negligent or determining whether a manager’s decision was so erroneous so as to constitute waste, to identifying whether an invention was non-obvious, involve recreating an *ex ante* judgment in the light of *ex post* knowledge. The cognitive processes that serve people well in most contexts might lead them astray in making unfamiliar legal judgements.”

⁴⁸ RACHLINKSI, Jeffrey J. A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight. *Cornell Law Faculty Publications*, 1998, Paper 801, pp. 590-591.

⁴⁹ “A doutrina da cegueira deliberada advém do sistema anglo-saxão (*willful blindness*), em que o agente se colocaria deliberadamente em posição de ignorância ou dúvida a fim de dar curso à sua ação delitativa, por isso também chamada por alguns de *teoria do avestruz*. Não obstante, há dúvidas

passo que no viés retrospectivo, as pessoas sentem que “sabiam o tempo todo”, ou seja, acreditam que o fato era altamente previsível depois de tê-lo conhecido. No viés retrospectivo, o indivíduo exagera a sua capacidade de estimar a probabilidade de um evento quando visto *ex post*; ao passo que na cegueira deliberada, o indivíduo busca manter-se em um estado de desconhecimento a fim de eximir-se de eventual responsabilização por atos ilícitos.

O estudo do viés retrospectivo pode ser particularmente útil para o sistema jurídico em uma variada gama de hipóteses, pois, ao contrário do que à primeira vista pode parecer, não se trata de um viés que acomete apenas leigos. Nos julgamentos que envolvam a responsabilização, civil e penal, a atenção à influência desse viés é especialmente importante, tendo em vista que o sistema jurídico necessariamente julga a conduta após o dano ter ocorrido.

Analisamos duas situações específicas de casos em que o viés retrospectivo pode influenciar decisões judiciais: casos de erro médico e casos de fraude contra investidores.

3.1.1. Erro Médico

Médicos podem oferecer estimativas significativamente distintas ao realizarem diagnósticos de pacientes. E, no caso de responsabilização médica por culpa, a atuação do viés retrospectivo é um campo propício, dado que determinados sintomas podem conduzir a estimativas significativamente distintas, a depender do diagnóstico que vier a ser confirmado.

A doutrina aponta a possibilidade de ação do viés retrospectivo em processos contra psiquiatras que são acusados de negligência no tratamento de pacientes que vieram a cometer suicídio. Quando se trata de demandas relacionadas com a medicina, muitas vezes pode-se incorrer no pensamento mágico de que as questões de previsibilidade são absolutas e permitem uma resposta objetiva (sim ou não).

quanto a sua equiparação ao dolo eventual, nos moldes da *civil law*. (...) A invocação da doutrina tem sido utilizada em crimes como, por exemplo, o de lavagem de dinheiro, em que o agente se colocaria deliberadamente em posição de ignorância no que se refere ao delito antecedente à lavagem de ativos”. SILVA, Ângelo Roberto Ilha. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 373.

Assim,

Propomos que o pensamento mágico na determinação da negligência por suicídio tenha as seguintes características distintivas: uma concepção de previsibilidade em termos absolutos, sim ou não, em oposição ao raciocínio mais probabilístico e de risco-benefício no qual o clínico deve se envolver; o uso de retrospectiva em vez de reconstrução das condições sob as quais o clínico exerceu a previsão; falha em reconhecer a incerteza que envolve o julgamento clínico; explicação unicausal em vez de multicausal para o suicídio; uma percepção do médico como agente ativo, o paciente como vítima passiva; peso desproporcional dado aos meios específicos de morte como um fator para determinar se o suicídio poderia ter sido previsto ou evitado; e uma percepção dos meios de morte como se estivesse exclusivamente sob o controle do médico.⁵⁰

Burstztajn *et al* apresentam o seguinte exemplo de como o que denominam de pensamento mágico – isto é, o pensamento influenciado pelos vieses – pode influenciar no julgamento da conduta médica:

Uma mulher de meia idade foi hospitalizada por depressão com alguma ideia suicida. Tratada com medicação antidepressiva, ela mostrou melhora consistente no humor ao longo de várias semanas no hospital. No final desse período, a paciente se preparou para a alta. Como ela planejava passar algum tempo fora do estado em uma área onde as farmácias eram escassas, ela pediu um mês de fornecimento de seu medicamento antidepressivo. Seu médico, lembrando que a paciente havia sido seriamente suicida quando estava fora do medicamento e observando que não mostrava evidências atuais de depressão,

⁵⁰ BURSZTAJN, Harold; GUTHEIL, Thomas G; BRODSKY, Archie; SWAGERTY, Evelynne L. 'Magical Thinking', Suicide, and Malpractice Litigation". *Bulletin American Academy Psychiatry and Law*, vol. 16, n. 4, 1988, p. 370-371. Tradução nossa. No original: "We propose that magical thinking in the determination of negligence for suicide has the following distinctive characteristics: a conception of foreseeability in absolute, yes-or-no terms as opposed to the more probabilistic, risk-benefit reasoning in which the clinician must engage; the use of hindsight rather than reconstruction of the conditions under which the clinician exercised foresight; failure to acknowledge the uncertainty that surrounds clinical judgment; unicausal rather than multicausal explanation for the suicide; a perception of the physician as active agent, the patient as passive victim; disproportionate weight given to the specific means of death as a factor in determining whether the suicide could have been foreseen or prevented; and a perception of the means of death as if it were exclusively under the physician's control."

atendeu a essa solicitação. Dois dias após a alta, a paciente tomou o suprimento de medicação do mês inteiro e morreu. O marido da paciente processou seu médico por negligência, alegando que a paciente não deveria receber uma quantidade tão grande de medicamentos, porque, se tomado de uma só vez, representava uma dose letal.⁵¹

O erro de avaliação, segundo os autores, decorre da ênfase inadequada nos meios específicos usados para o suicídio. Como referem,

(...) o resultado seria o mesmo se a paciente tivesse se enforcado, cortado os pulsos ou pulado de uma janela - algo que ela teria liberdade de fazer fora do hospital. Se ela tivesse usado algum desses outros meios em vez do medicamento, a avaliação retrospectiva da responsabilidade poderia ter se concentrado mais adequadamente na questão de saber se ela estava segura para deixar o hospital no momento da alta.⁵²

O conhecimento do resultado e, sobretudo, do meio utilizado para o suicídio constitui uma informação tão saliente que é praticamente impossível ignorá-la. O viés retrospectivo condiciona a análise de modo a considerar que a overdose era a consequência relevante mais provável. Os múltiplos desdobramentos que a alta da paciente poderia causar, incluindo a melhora, só podem ser imaginados sob uma perspectiva *ex ante*. Após o fato, tem-se como incontroversa a incapacidade de a paciente ter recebido alta e pressupõe-se que a overdose dos medicamentos seria a única forma de cometimento do suicídio.

⁵¹ BURSZTAJN, Harold; GUTHEIL, Thomas G; BRODSKY, Archie; SWAGERTY, Evelynne L. 'Magical Thinking', Suicide, and Malpractice Litigation. *Bulletin American Academy Psychiatry and Law*, vol. 16, n. 4, 1988, p. 370. Tradução nossa. No original: "The outcome would have been the same if the patient had hanged herself, slit her wrists, or jumped from a window—any of which she would have been free to do outside the hospital. Had she used any of these other means instead of the medication, the retrospective assessment of liability might have focused more appropriately on the question of whether she was safe to leave the hospital at the time of her discharge."

⁵² BURSZTAJN, Harold; GUTHEIL, Thomas G; BRODSKY, Archie; SWAGERTY, Evelynne L. 'Magical Thinking', Suicide, and Malpractice Litigation". *Bulletin American Academy Psychiatry and Law*, vol. 16, n. 4, 1988, p. 370. Tradução nossa. No original: *The outcome would have been the same if the patient had hanged herself, slit her wrists, or jumped from a window—any of which she would have been free to do outside the hospital. Had she used any of these other means instead of the medication, the retrospective assessment of liability might have focused more appropriately on the question of whether she was safe to leave the hospital at the time of her discharge.*

Como consequência desses julgamentos em retrospectiva, Arkes⁵³ menciona o crescimento da prática chamada "medicina defensiva", que vem a ser o tratamento não com a finalidade de promover a cura do paciente, mas sim de reduzir as possibilidades de processos judiciais alegando erro médico contra o profissional da saúde. Médicos temerosos de que eventual decisão de juízes ou jurados seja influenciada pelo desvio retrospectivo passam a recomendar testes e exames para tentar identificar toda e qualquer doença, mesmo as altamente improváveis. Disso decorre o aumento do custo da medicina e a imposição de ônus desnecessários aos pacientes.

Em ações de indenização motivadas por erro médico, os vieses cognitivos podem agir diretamente sobre a avaliação feita pelo julgador, ou por meio do perito médico, que possui papel decisivo neste tipo de demanda. No campo das perícias médicas, há ainda de ser considerado um fator estimulante para a ação de vieses: os *experts* têm o interesse de se mostrarem competentes e bem informados. Embora esse interesse seja visualizado com maior nitidez em sistemas adversariais, como o dos EUA, Reino Unido ou Austrália, em que os peritos são contratados e remunerados pelas partes, não há dúvidas que ele atua nos demais sistemas, ainda que inconscientemente. Em busca de demonstrar que teriam a capacidade de efetuar diagnósticos acurados, os peritos têm a tendência de aversão a qualquer conclusão que leve à ambiguidade. Apontar o erro alheio, enfim, potencializa a impressão de competência profissional que todos, conscientemente ou não, valorizam.⁵⁴

3.1.2. Fraude contra Investidores

No cenário norte-americano, a *security fraud* é aquela praticada no âmbito de fundos de investimento ou de previdência privada, em que os administradores dos fundos enganam os investidores com o objetivo de auferir vantagens financeiras. Em processos que envolvem este tipo de fraude, os Tribunais devem estabelecer que os

⁵³ ARKES, Hal Richard. The Consequences of the Hindsight Bias in Medical Decision Making. *Current Directions in Psychological Science*, out.2013, p. 358. DOI: 10.1177/0963721413489988

⁵⁴ BERLIN, Leonard. Malpractice Issues in Radiology - Hindsight Bias. *American Journal of Roentgenology*, vol. 175, n. 3, set/2000. p. 600. DOI: 10.2214/ajr.175.3.1750597.

administradores dos fundos sabiam e o que eles não sabiam, no momento da prática da ação inquinada de fraudulenta.

Para minorar as consequências quase inevitáveis do viés retrospectivo, desenvolveu-se a teoria da fraude em retrospectiva - *fraud by hindsight* (FBH) - como uma tentativa de isolar os julgamentos dos efeitos do viés retrospectivo. Por exemplo, muitos Tribunais passaram a exigir, em processos que se alega a ocorrência de fraudes em investimentos, que os requerentes apresentem detalhadamente fatos que demonstrem fortemente a ocorrência de uma conduta dolosa por parte dos administradores; busca-se evitar, ao máximo, a instauração de processos em que a caracterização de uma fraude derive apenas do viés retrospectivo.

Na chamada fraude em retrospectiva, o que hoje pode parecer uma conduta fraudulenta, em muitas circunstâncias pode ter sido apenas um otimismo equivocado. O viés retrospectivo dificulta a distinção entre erro e fraude, o que implica consequências jurídicas nos campos das responsabilidades civil, administrativa e criminal.

Também para os casos em que se alega negligência, o viés se faz presente. Sempre se pode alegar que alguns sinais indicavam que os investimentos não teriam os resultados esperados: relatórios ou balanços parciais, notícias sobre fatos relevantes, etc. Após o conhecimento do resultado, estes sinais podem passar a ser considerados como demonstrações seguras de que o investimento poderia fracassar, com a consequente conclusão de que o fato de o administrador os ter ignorado caracteriza negligência ou culpa.⁵⁵

No Brasil, a possibilidade de imposição de responsabilidade civil nos casos que são classificados como de gestão temerária também é fortemente influenciada pelo viés retrospectivo e pelo viés do resultado. O art. 4.º, § único, da Lei n.º 7.492/86, estabelece como crime, punido com pena de reclusão de 2 a 8 anos, a "gestão temerária", sem qualquer especificação acerca dos requisitos que configurariam este

⁵⁵ GULATI, Mitu; RACHLINSKI, Jeffrey J; LANGEVOORT, Donald C. Fraud by Hindsight. *Northwestern University School of Law*, 2004, vol. 98, n. 3, p. 773-791; RACHLINKSI, Jeffrey J. A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight. *Cornell Law Faculty Publications*. 1998, Paper 801, p. 592.

crime⁵⁶. Como refere Mazloum:

A experiência tem mostrado que absolutamente 'todos' os casos de alegada gestão temerária que culminam em processos criminais são apurados a partir de um determinado resultado negativo, olvidando-se a autarquia fiscalizadora (o Banco Central do Brasil) da atividade financeira de investigar eventuais operações que, embora na origem se apresentassem igualmente temerárias, foram regularmente liquidadas, sem prejuízo econômico para quem quer que seja. Daí exsurge a estranha conclusão: se a operação deu lucro, o operador é arrojado e bem-sucedido; se deu prejuízo, é um gestor temerário, distinção que parece inexistente no dispositivo em comento.⁵⁷

Quando se vincula a licitude de uma atividade de risco ao resultado bem-sucedido, e a ilicitude ao prejuízo – sem que a lei faça qualquer distinção ou menção ao resultado – tem-se claramente a demonstração de um julgamento sob a influência dos vieses.

3.2. Falácia Narrativa

Se o viés retrospectivo faz com que se vejam fatos previsíveis onde, em realidade, havia pouca previsibilidade, a falácia narrativa faz com que se construam narrativas causais em uma sequência de fatos que, muitas vezes, decorre de mero acaso. Segundo Taleb⁵⁸, quando se avaliam fatos em sequência, a mente humana tende a criar narrativas causais, sem que necessariamente haja uma verdadeira relação de causalidade entre eles. Estas ligações causais são mais frequentes na mente humana do que na realidade. A falácia narrativa impede que se reconheça a verdadeira natureza de fatos aleatórios e imprevisíveis.

⁵⁶ Lei 7.492/1986: "Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira: Pena - Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único. Se a gestão é temerária: Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa."

⁵⁷ MAZLOUM, Ali. *Crimes do Colarinho Branco*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 65.

⁵⁸ TALEB, Nassim Nicholas. *A Lógica do Cisne Negro O impacto do altamente improvável*. Trad. Marcelo Schild. 21 ed. Rio de Janeiro: BestBusiness, 2020.

A falácia narrativa aborda nossa capacidade limitada de olhar para sequências de fatos sem costurar uma explicação nelas, ou, equivalentemente, forçar uma ligação lógica, uma flecha de relacionamento, sobre elas. Explicações unem fatos. E tornam os fatos mais fáceis de se lembrar; e os ajudam a fazer mais sentido. Essa propensão pode dar errado quando aumenta nossa impressão de entendimento.⁵⁹

No mundo do Direito, a construção de narrativas é fundamental: faz parte do trabalho de advogados e de juízes, principalmente quando se discute a responsabilização – cível ou criminal – sobre determinado fato. Conforme Robbennolt e Hans⁶⁰, os julgadores (juiz ou jurados) usam um “modelo de história/narrativa” (*story model*) a partir das provas apresentadas em um processo – isto é, dos fatos conhecidos. Evidentemente, muitas lacunas existirão, sendo os fatos conhecidos um percentual da totalidade de fatos relevantes. Estas lacunas são preenchidas pela narrativa construída pelos avaliadores dos fatos: histórias que contam com maior número de provas e que são internamente consistentes, plausíveis e coerentes tendem a obter mais aceitação.

Quando provas de fatos são organizadas sob a forma de uma narrativa, a decisão é frequentemente tomada no sentido de dar credibilidade à história, em uma proporção muito maior do que quando as provas são apresentadas isoladamente, sem um fio condutor que as una; por isso, sustenta-se que a narrativa ou história corresponde à “estrutura mental” que sustenta a decisão de um corpo de jurados.⁶¹

De acordo com Epstein⁶², a *narratividade* é uma das características do sistema experimental, juntamente com outra característica importante, a de fazer associações. Por sua natureza, as narrativas são naturalmente mais atrativas do que conceitos abstratos ou informações técnicas – o que explicaria porque adicionar anedotas ou histórias em uma explicação incrementa o seu poder de persuasão. Ao

⁵⁹ TALEB, Nassim Nicholas. *A Lógica do Cisne Negro O impacto do altamente improvável*. Trad. Marcelo Schild. 21 ed. Rio de Janeiro: BestBusiness, 2020. p. 101.

⁶⁰ ROBBENNOLT, Jennifer K; HANS, Valerie P. *The Psychology of Tort Law*. Nova York: New York University Press, 2016, Edição Digital *Kindle*, posição 443.

⁶¹ PENNINGTON, Nancy; HASTIE, Reid. Explaining the Evidence: Tests of the Story Model for Juror Decision Making. *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 62, fev.1992, p. 189-206.

⁶² EPSTEIN, Seymour. Integration of the Cognitive and the Psychodynamic Unconscious. *The American Psychologist*, vol. 49, n. 8, ago. 1994. p. 713.

contrário de uma representação mental analítica (que é lógica, formal, teórica), uma representação mental narrativa é assemelhada a uma história, concreta, específica, convincente, imaginativa, interpessoal e inclui personagens, cenários, intenções, emoções e ações.

A dificuldade natural do ser humano de lidar com fatos aleatórios e a consequente necessidade de extrair sentido do mundo produzem as falácias narrativas:

Falácias narrativas surgem inevitavelmente de nossa tentativa contínua de extrair sentido do mundo. As histórias explicativas que as pessoas consideram atraentes são simples; são mais concretas do que abstratas; atribuem papel maior ao talento, estupidez e intenções do que à sorte; e focam antes em uns poucos eventos notáveis ocorridos do que nos incontáveis eventos que deixaram de ocorrer. Todo evento proeminente recente é um candidato a se tornar o núcleo de uma narrativa causal. Taleb sugere que os humanos se iludem constantemente construindo relatos inconsistentes do passado e acreditando que são verdadeiros. Boas histórias fornecem um relato simples e coerente acerca das ações e intenções das pessoas.⁶³

A falácia narrativa "está associada à nossa vulnerabilidade em relação à interpretação excessiva e à nossa predileção por histórias compactas sobre verdades cruas" e ela "distorce gravemente nossa representação mental do mundo, e é particularmente aguda quando se trata de um evento raro".⁶⁴ A narratividade, ou a tendência a perceber e impor narratividade e causalidade "são sintomas da mesma doença – redução de dimensão"⁶⁵, isto é, a necessidade natural do ser humano de diminuir a complexidade do mundo, de forma a criar uma ilusão de compreensão e, até mesmo, de domínio potencial sobre os fatos.

⁶³ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar: As duas Formas de Pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 249.

⁶⁴ TALEB, Nassim Nicholas. *A Lógica do Cisne Negro O impacto do altamente improvável*. Trad. Marcelo Schild. 21 ed. Rio de Janeiro: BestBusiness, 2020. p. 100-101.

⁶⁵ TALEB, Nassim Nicholas. *A Lógica do Cisne Negro O impacto do altamente improvável*. Trad. Marcelo Schild. 21 ed. Rio de Janeiro: BestBusiness, 2020. p.108.

A capacidade de construir narrativas que se revelam lógicas e provocam um sentimento de inevitabilidade possui uma relação íntima com o viés retrospectivo. Tome-se o exemplo de um fato provocado por uma pluralidade de causas: após o conhecimento do resultado, aquilo que poderia ser visto como um desconcertante feixe de eventos aleatórios passa a ser considerado como um fluxo coerente de causas que dá sentido ao ocorrido, tornando até difícil imaginar que o fato poderia ter se desenvolvido em outra direção.⁶⁶

Conclusões

O ser humano tem dificuldades de lidar com a ideia de acaso e busca fortemente uma explicação para todos os eventos, de modo a considerá-los a consequência natural e previsível dos fatos anteriores. Uma análise retrospectiva que tenda a considerar inevitável o resultado - sem levar em consideração as inúmeras influências que eventos aleatórios podem produzir - chegará à conclusão de que o dano ocorrido era perfeitamente previsível e poderia ter sido evitado; e se não o foi, isso se deve a uma conduta negligente, apta a caracterizar a culpa ou, em casos extremos, até mesmo o dolo eventual.

Quanto maior a complexidade dos casos, maior a dificuldade de coleta das informações necessárias para uma adequada análise (a instrução probatória, em um processo judicial) e do processamento de todas as informações relevantes para que se chegue a uma conclusão adequada: a existência de causalidade entre ação e dano, a existência do elemento subjetivo de um tipo penal (dolo ou culpa), etc. A sobrecarga analítica que daí decorre pode culminar com a impossibilidade de se chegar a uma decisão adequada em um tempo razoável; tudo isso representa um estímulo à ação do raciocínio automático, que propiciará conclusões mais rápidas e com aparência de racionalidade, mas, muitas vezes, exageradamente influenciadas pela ação de vieses.

Pode-se dizer, normalmente, que a ação dos vieses – e, em especial, do viés retrospectivo – tende a produzir resultados do tipo “falso positivo”, isto é, a

⁶⁶ HENRIKSEN, Kerm; KAPLAN, Harold S. Hindsight Bias, Outcome knowledge and Adaptive Learning. *Quality & Safety in Health Care*, vol. 12, n. 2, 2004. p. 46. DOI: 10.1136/qhc.12.suppl_2.ii46

imputação de responsabilidade em casos em que isto não seria adequado. Por intermédio do viés retrospectivo, vê-se indevidamente determinado evento como uma consequência altamente provável de determinada conduta, o que reflete na análise sobre a existência de negligência em quem pratica a conduta.

BIBLIOGRAFIA

ARIELY, Dan. *Predictably Irrational - The Hidden Forces that Shape our Decisions*. London: Harper Collins Publishers, 2008.

ARKES, Hal Richard. The Consequences of the Hindsight Bias in Medical Decision Making. *Current Directions in Psychological Science*, out.2013, p. 358. DOI: 10.1177/0963721413489988.

BARON, Jonathan; HERSHEY, John C. Outcome Bias in Decision Evaluation. *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 54, n. 4, 1988. p. 569–579. DOI: 10.1037/0022-3514.54.4.569.

BERLIN, Leonard. Malpractice Issues in Radiology - Hindsight Bias. *American Journal of Roentgenology*, vol. 175, n. 3, set/2000. p. 600. DOI: 10.2214/ajr.175.3.1750597.

BLANK, Hartmut; NESTLER, Steffen; VON COLLANI, Gernot; FISCHER, Volkhard. How Many Hindsight Biases are There? *Cognition*, vol. 106, n. 3, 2008. p. 1408-1440. DOI: 10.1016/j.cognition.2007.07.007.

BURSZTAJN, Harold; GUTHEIL, Thomas G; BRODSKY, Archie; SWAGERTY, Evelynne L. 'Magical Thinking', Suicide, and Malpractice Litigation". *Bulletin American Academy Psychiatry and Law*, vol. 16, n. 4, 1988,

DAMÁSIO, António R. *O Erro de Descartes: Emoção, Razão e o Cérebro humano*. 3 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

EYSENCK, Michael W.; KEANE, Mark T. *Manual de Psicologia Cognitiva*. 7 ed. Trad. Luís Fernando M. Dorvillé; Sandra Maria M. da Rosa. Porto Alegre: Artmed, 2017.

EPSTEIN, Seymour. Integration of the Cognitive and the Psychodynamic Unconscious. *The American Psychologist*, vol. 49, n. 8, ago. 1994.

EVANS, Jonathan St B. T. Heuristic and Analytic Processes in Reasoning. *British Journal of Psychology*, v. 75, n. 4, nov. 1984. p. 451-468 DOI: 10.1111/j.2044-8295.1984.tb01915.x.

EVANS, Jonathan St B. T.; STANOVICH, Keith E. Dual Process Theories of Higher Cognition: Advancing the Debate. *Perspectives on Psychological Science* 8(3) 223–241. DOI: 10.1177/1745691612460685.

GIGERENZER, Gerd. Is the Mind Irrational or Ecologically Rational? In: PARISI, Francesco; SMITH, Vernon L. (Org). *The Law and Economics of Irrational Behavior*. Stanford: Stanford University Press, 2005.

FREUD, Sigmund. *Compêndio da Psicanálise*. Trad. Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2014.

GULATI, Mitu; RACHLINSKI, Jeffrey J; LANGEVOORT, Donald C. Fraud by Hindsight. *Northwestern University School of Law*, 2004, vol. 98, n. 3. p. 773-791.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar As Duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KAMIN, Kim A.; RACHLINSKI, Jeffrey J. Ex Post ≠ Ex Ante: Determining Liability in Hindsight. *Law and Human Behavior*, vol. 19, n. 1, 1995. DOI: 10.1007/BF01499075.

KURAN, Timur; SUNSTEIN, Cass. Availability Cascades and Risk Regulation. *Stanford Law Review*, vol. 51, n. 683, 1999. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12209&context=journal_articles> Acesso em 28 fev. 2021.

HENRIKSEN, Kerm; KAPLAN, Harold S. Hindsight Bias, Outcome knowledge and Adaptive Learning. *Quality & Safety in Health Care*, vol. 12, n. 2, 2004. DOI: 10.1136/qhc.12.suppl_2.ii46

LEAL, Fernando; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Direito é sempre relevante? Heurística de Ancoragem e Fixação de Valores Indenizatórias em Pedidos de Dano Moral em Juizados Especiais do Rio de Janeiro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 8, n. 2, ago. 2018. p. 777-799. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/issue/view/244/showToc> Acesso em 03 mar. 2021.

LEVINSON, Stephen C. Interactional Biases in Human Thinking. In: GOODY, Esther (Ed.) *Social Intelligence and Interaction*. New York: Cambridge University Press, 1995. p. 221-260.

MAZLOUM, Ali. *Crimes do Colarinho Branco*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MYERS, David G.; DEWALL, C. Nathan. *Psicologia*. Trad. Cristiana de Assis Serra e Luiz Cláudio Queiroz de Faria. 11 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2020.

PENNINGTON, Nancy; HASTIE, Reid. Explaining the Evidence: Tests of the Story Model for Juror Decision Making. *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 62, fev.1992, p. 189-206.

RACHLINKSI, Jeffrey J. A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight. *Cornell Law Faculty Publications*. 1998, Paper 801, p. 592.

ROBBENNOLT, Jennifer K; HANS, Valerie P. *The Psychology of Tort Law*. Nova York: New York University Press, 2016, Edição Digital Kindle.

ROESE, Neal J.; VOHS, Kathleen D. Hindsight Bias. *Perspectives on Psychological Science*, vol. 7, n. 5, 2012, p. 411-426. DOI: 10.1177/1745691612454303.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

SLOMAN, Steven A. Two Systems of Reasoning. In: GILOVICH, Thomas; GRIFFIN, Dale; KAHNEMAN, Daniel (Org). *Heuristics and Biases. The Psychology of Intuitive Judgment*. New York: Cambridge University Press, 2002.

SLOVIC, Paul; FINUCANE, Melissa L; PETERS, Ellen; MACGREGOR, Donald G. Risk as Analysis and Risk as Feelings: Some Thoughts about Affect, Reason, Risk and Rationality. In: SLOVIC, Paul. *The Feeling of Risk New Perspectives on Risk Perception*, New York: Earthscan, 2010.

SOUSA PIRES, Luís Felipe. *Prova Testemunhal*. Coimbra: Almedina, 2013.

STANOVICH, Keith E; WEST, Richard F. Individual Differences in Reasoning: Implications for the Rationality Debate. *Behavioral and Brain Sciences*, vol. 23, n. 5. p. 645-665. DOI: 10.1017/S0140525X00003435.

STERNBERG, Robert J.; STERNBERG, Karin. *Psicologia Cognitiva*. 7 ed. Trad. Noveritis do Brasil. São Paulo: Cengage Learning, 2017. p. 432.

TALEB, Nassim Nicholas. *A Lógica do Cisne Negro O impacto do altamente improvável*. Trad. Marcelo Schild. 21 ed. Rio de Janeiro: BestBusiness, 2020.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*. New Haven: Yale University Press, 2008.

TONETTO, Leandro M.; KALIL, Lisiane L.; MELO, Wilson V.; SCHNEIDER, Daniela Di Giorgio; STEIN, Lilian M. O Papel das Heurísticas no Julgamento e na Tomada de Decisão sob Incerteza. *Estudos de Psicologia*. Vol. 23, n. 2, abr./jun. 2006. p. 186. DOI: 10.1590/S0103-166X2006000200008.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science*, vol. 185, n. 4157, set. 1974. DOI: 10.1126/science.185.4157.1124.

4. Publicidade comportamental e assédio de consumo dos hipervulneráveis, com foco na criança e no idoso: aportes neurocientíficos para superação da ineficiência da contrapropaganda na *internet*



<https://doi.org/10.36592/9786581110628-4>

Cíntia Teresinha Burhalde Mua¹

Sumário Introdução. 1.Publicidade comportamental. 2.Publicidade e obesidade infantil. 3. Publicidade abusiva dirigida ao idoso e superendividamento. 4.Função social da publicidade. 5.O problema da ineficiência da contrapropaganda na *internet*: crítica e proposições com base em aportes neurocientíficos. Conclusão.

Introdução

A publicidade abusiva, mormente quando veiculada pela *internet* e direcionada para os grupos de consumidores hipervulneráveis (como idosos, crianças e adolescentes, *verbi gratia*), impõe a adoção de contramedidas eficientes.

O presente artigo aborda o assédio de consumo de hipervulneráveis, no espectro da criança e os produtos obesogênicos, bem como dos idosos e o superendividamento, expondo o problema da ineficiência da imposição de contrapropaganda no ambiente da rede mundial de computadores, trazendo à baila algumas reflexões e proposições, pautadas em estudos neurocientíficos, tendo como

¹ Doutoranda em Direito pela PUCRS. Mestre em Instituições de Direito do Estado (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2006). Especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional (UFRGS, 2015). Especialista em Direito Processual Civil (PUCRS, 1998). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1995). Juíza de Direito desde 1998. Docente, pesquisadora e conteudista na Escola Nacional de Formação de Magistrados desde 2014. Docente no PPGD da PUCRS, Docente no PPGD da FMP/RS. Docente no Centro de Formação de Pessoas do Tribunal de Justiça do RS desde 2015. Coordenadora dos Núcleos de Estudos sobre Processo Coletivo (desde 2008) e Neurociência Aplicada ao Direito (desde 2018), ambos na Escola Superior da Magistratura da AJURIS. Membro do IBDP. Assessora da Presidência da AJURIS. Membro do Centro de Inteligência do Poder Judiciário gaúcho. Membro do LIODS (Laboratório de Inovação e ODS) JUSClima, do Conselho Nacional de Justiça. Membro do Núcleo de Inovação e Administração Judiciária (NIAJ) da ESM/AJURIS. Assessora da Presidência da Associação dos Juizes do RS. Autora de livros e artigos científicos.
<http://lattes.cnpq.br/9922069811486300> ; <https://orcid.org/0000-0002-3478-1840>

premissa a maior eficiência possível dos instrumentos de controle.

O *e-commerce*² no Brasil faturou mais de R\$ 61 bilhões em 2019, cerca de quatro vezes a mais que em 2010. As regiões Sul e Sudeste responderam, juntas, por mais de 90% do faturamento. Em 2019, cerca de 10,7 milhões de novos consumidores aportaram ao comércio eletrônico, um incremento de 17% em relação ao ano imediatamente anterior³. No primeiro semestre de 2021, o faturamento já atingiu R\$ 53,4 bilhões, o que representa um incremento de +31,0% em relação ao mesmo período de 2020. O valor médio gasto por compra (ticket médio) chega a R\$ 534,42, 22,0% a mais que o mesmo interregno em 2021⁴.

Independentemente da regulamentação do CONANDA⁵, crianças⁶ passam, em média, mais de 4h⁷ diante de aparelhos de televisão ou dispositivos móveis conectados à internet, estando expostas aos apelos do consumo, sendo considerada com os maiores influenciadores de compras nas famílias, algo em torno de 80%⁸.

Quanto aos idosos, apesar da clara dicção do artigo 230, da Magna Carta⁹, da regulamentação da Política Nacional¹⁰ e do Estatuto do Idoso¹¹, o sistema bancário investe massivamente em publicidade que apresenta o crédito consignado,

² O Decreto nº 7.962/2013 regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico.

³ Conforme dados disponíveis em <https://www.ebit.com.br/webshoppers/webshoppersfree>. Acesso em 01/06/2020.

⁴ Conforme dados disponíveis em <https://www.ebit.com.br/webshoppers/webshoppersfree>, Acesso em 25/10/2021.

⁵ Resolução nº 163/2014, disponível em <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=4&data=04/04/20>. Acesso em 02/06/2020.

⁶ A arquitetura protetiva à criança [e ao adolescente], tem esteio no princípio da prioridade integral (artigo 227, caput, CF/88), Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), Lei nº 13.257/2016, que dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância. No que concerne à vedação da publicidade dirigida ao público infantil, merecem destaque os artigos 2º, 3º, 4º e 86 do ECA, bem como o artigo 37, § 2º da Lei nº 8.078/1990, Código de Defesa do Consumidor.

⁷ Conforme documentário da Empresa Brasil de Comunicação, Caminhos da Publicidade: publicidade infantil, disponível em <https://youtu.be/5vXNpBRw51Y>, acesso em 09/07/2020.

⁸ Sobre o tema: DA SILVA, Michelle Felix. Influência do consumidor infantil no processo de compra familiar, disponível em https://www.ifspcaraguatatuba.edu.br/images/conteudo/TCC_MICHELLE.pdf, acesso em 10/07/2020

⁹ Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

¹⁰ BRASIL. LEI nº 8.842/1994. Brasília, DF, janeiro de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8842.htm, acesso em 01/10/2021.

¹¹ BRASIL. LEI nº 10.741/2003. Brasília, DF, janeiro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm, acesso em 01/10/2021.

regulamentado pela Lei n.º 10.820/2003¹²¹³, como solução para uma fatia de mercado com poder de compra de R\$ 575 bilhões em 2019¹⁴ e R\$ 784,81 bilhões em 2021¹⁵. Em janeiro de 2021, o volume total contratado cresceu 14% em relação a janeiro de 2020¹⁶, atingindo o recorde de R\$ 442,8 bilhões¹⁷.

Importa ainda gizar que o investimento publicitário para esta modalidade creditícia redundou em R\$ 340 bilhões, dos quais R\$ 127 bilhões (ou 37% deste universo)¹⁸ estão vinculados a benefícios de aposentadoria concedidos pelo RGPS¹⁹.

Este ensaio utiliza, na abordagem, o método hipotético-dedutivo; na investigação, o procedimento tipológico e estruturalista; interpretação tópico-sistemática valendo-se das técnicas de pesquisa exploratória e explicativa,

¹² BRASIL, Lei nº 10.820/2003. Brasília, DF, dezembro 2003. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.820.htm, acesso em 25/10/2021.

¹³ Apenas para que não passe *in albis*, desde logo mencionamos que, recentemente, houve temporária flexibilização da margem consignável, por intermédio da Lei nº 14.131/2021, que dispõe sobre o acréscimo de 5% (cinco por cento) ao percentual máximo para a contratação de operações de crédito com desconto automático em folha de pagamento até 31 de dezembro de 2021; e altera a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14131.htm, acesso em 25/10/2021.

¹⁴ Conforme informações colhidas em <http://www.portaltransparencia.gov.br/funcoes/09-previdencia-social?ano=2019>, valores restritos ao pagamento dos benefícios de aposentadoria vinculados ao RGPS (BRASIL. CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. PREVIDÊNCIA SOCIAL. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/funcoes/09-previdencia-social?ano=2019>. Acesso em 10/07/2020).

¹⁵ Conforme informações colhidas em <http://www.portaltransparencia.gov.br/funcoes/09-previdencia-social?ano=2021>, valores restritos ao pagamento dos benefícios de aposentadoria vinculados ao RGPS (BRASIL. CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. PREVIDÊNCIA SOCIAL. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/funcoes/09-previdencia-social?ano=2021>. Acesso em 25/10/2021).

¹⁶ Para maior aprofundamento, vide Relatório de Economia Bancária – 2020 do Banco Central, disponível em https://www.bcb.gov.br/content/publicacoes/relatorioeconomiabancaria/reb_2020.pdf, acesso em 25/10/2021.

¹⁷ Dados disponíveis em <https://noticias.r7.com/economia/volume-do-credito-consignado-bate-recorde-e-supera-r-440-bi-15032021>, acesso em 25/08/2021.

¹⁸ https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2019/09/24/internas_economia,784744/febraban-e-abbc-apresentam-regras-de-autoregulacao-para-consignado.shtml, acesso em 09/07/2020

¹⁹ Inobstante as normas regulamentares protetivas: Instrução Normativa nº 28, de 19 de maio 2008 e a Portaria 1.959, de 8 de dezembro de 2017, conforme excerto de reportagem disponível em <https://apublica.org/2020/05/idosos-refens-de-emprestimos-consignados-aguardam-batalha-juridica-em-meio-a-pandemia/>, acesso em 09/10/2020, "(...) Desde janeiro de 2017, a Ouvidoria do INSS recebeu quase 130 mil reclamações sobre empréstimos consignados feitos sem autorização. Já a plataforma consumidor.gov.br, que em agosto de 2019 se tornou referência para registro dessas ocorrências, contabiliza, desde então, outras 9,1 mil queixas sobre crédito consignado a beneficiários do INSS. (...)”

instrumentalmente documental (bibliográfica).

1. Publicidade comportamental

Os anúncios pagos na rede mundial de computadores em geral enquadram-se em ou uma ou mais das seguintes categorias: *Links* patrocinados na rede de pesquisa *Google*, na rede de display *Youtube* e nas redes sociais, como *Facebook*, o que inclui *WhatsApp* e *Instagram*.

Nestes grandes modais, inúmeros recursos de *marketing* podem ser utilizados, podendo ser citados, exemplificativamente, aplicações (texto, vídeos, banners); micro-sites, hot sites ou *promo pages*; janelas intercaladas; *frames* e *iframes*; janelas *pop-up*; *Spam*.²⁰²¹

Conforme EREMBERG (2003)²²

A publicidade elabora e se apropria das técnicas que melhor lhe convém, entrelaça formas tradicionais de arte com as que lhe são características (em função de seus próprios media (e prepara novas condições de existência dos consumidores que a receberem e que, por ela, tem alterada sua visão de mundo, suas expectativas e seu comportamento pessoal, interpessoal ou grupal.

(...) a publicidade não reluta em estimular os mais profundos significados na mente e alma década consumidor, induzindo-o ao comportamento ativo e predispondo-o ao gesto pacificador do consumo.²³

A publicidade explora as heurísticas (atalhos cognitivos) como instrumentos

²⁰ Apesar da indiciária abusividade na remessa de e-mails em massa, o entendimento prevalente no STJ é no sentido da improcedência de pedidos de dano moral em decorrência do recebimento de *Spams*. Vide Resp. 844.736/DF; AREsp 764115.

²¹ Para aprofundamento sobre estes recursos de marketing (e vários outros), vide EREMBERG, Jean Jacques. Publicidade patológica na internet à luz da legislação brasileira. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 57 a 66.

²² ob.cit., p. 25

²³ grifamos

subliminares²⁴ de convencimento desde sempre; este uso foi potencializado pela associação à tecnologia comunicacional²⁵.

A Comissão de Valores Mobiliários (CVM), lançou uma série denominada CVM Comportamental, em três volumes, sendo um deles dedicado exclusivamente ao consumidor²⁶, abordando sete vieses, que podem levar a erros de percepção, avaliação e julgamento: efeito adesão, efeito halo, falácia dos custos irre recuperáveis, heurística²⁷ do afeto, ilusão de controle, viés da atribuição, viés do ponto cego.

Passaremos, a seguir, a analisá-los.

O efeito adesão é utilizado para convencer a maioria das pessoas a adotar dado comportamento de consumo, o que rotineiramente leva a compras impulsivas, desconsiderando o real valor de uso do produto ou serviço, bem como as alternativas concorrenciais.

A maior influência do efeito adesão ocorre em circunstâncias de "incerteza, pânico ou nos momentos em que há pressão para tomar decisões"²⁸, principalmente quando "não há clareza sobre a situação econômica ou em épocas de crise"²⁹

Efeito halo é atalho cognitivo instrumental à qualificação de pessoas, produtos, serviços, marcas, pelas primeiras impressões, que funcionam como um enquadramento para das demais características. "Se a publicidade for bem-sucedida em criar uma impressão positiva, é bem provável que ela se estenda ao produto."³⁰

²⁴ Registramos que está em tramitação na Câmara dos Deputados, o PL 2442/2019 (Nº Anterior: PL 1840/2011), que proíbe a utilização de mensagens subliminares na propaganda veiculada nas emissoras de radiodifusão. Inteiro teor disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E156418B2A4A179E8179475AD624ED2A.proposicoesWebExterno1?codteor=899655&filename=PL+2442/2019+%28N%C2%BA+Anterior:+PL+1840/2011%29, acesso em 10/06/2020.

²⁵ Sobre o tema: LÉVY, Pierre. As Tecnologias da Inteligência. Rio de Janeiro: Editora 34, 1993.

²⁶ Série CVM COMPORTAMENTAL, 3º volume. Disponível em <http://pensologoinvisto.cvm.gov.br/serie-cvm-comportamental-vol-3-vieses-do-consumidor/>, acesso em 05/06/2020

²⁷ Conforme obra citada, "*Heurísticas são regras de bolso (ou atalhos mentais) que agilizam e simplificam a percepção e a avaliação das informações que recebemos. Por um lado, elas simplificam enormemente a tarefa de tomar decisões; mas, por outro, podem nos induzir a erros de percepção, avaliação e julgamento que escapam à racionalidade ou estão em desacordo com a teoria da estatística. Esses erros ocorrem de forma sistemática e previsível, em determinadas circunstâncias, e são chamados de vieses.*"

²⁸ ob.cit., p. 7

²⁹ idem

³⁰ ob. cit., p. 9

Este viés pode ser catalisado pela nossa tendência de confirmar nossas próprias impressões/opiniões, também denominado viés de confirmação.³¹

A falácia dos custos irrecuperáveis deturpa a tomada de decisão consciente, no presente, pelo apego emocional a produtos ou a custos havidos no passado, os quais não são mais passíveis de recuperação. É decorrência da tendência humana da aversão à perda³².

Na heurística do afeto³³, o processo de tomada de decisão é influenciado "por emoções que se manifestam automática e inconscientemente."³⁴

A ilusão de controle sobre eventos futuros, "levando a uma exposição exagerada a vários prejuízos potenciais"³⁵, está correlacionada com "(...) outros vieses, como o Otimismo Exagerado, a Autoconfiança Excessiva e o Viés de Confirmação."³⁶

O viés de atribuição contempla "(...) um conjunto de vieses que explicam erros sistemáticos – que cometemos ao procurar explicações causais para os acontecimentos, seja em relação ao nosso comportamento ou ao alheio."³⁷

O atalho cognitivo conhecido como viés do ponto cego "(...) é a propensão a acharmos que nossos julgamentos são imparciais, enquanto os das demais pessoas

³¹ ob. cit., p. 8

³² ob. cit., p. 12

³³ *"Em importante estudo de 2002 sobre a Heurística do Afeto, Slovic e seus colegas descreveram experimentos em que as preferências dos indivíduos eram manipuladas por meio do controle dos estímulos que lhes eram apresentados por pesquisadores. Por exemplo, apresentar rostos sorridentes ou desaprovadores se associava ao fato de a pessoa gostar ou não de um caractere chinês (cujo significado era desconhecido) apresentado logo em seguida. Slovic e demais apontaram duas formas pelas quais o raciocínio experiencial do Sistema 1 pode nos levar a decisões enganosas: quando nossas reações afetivas são influenciadas por terceiros ou quando o sistema não consegue interpretar satisfatoriamente o estímulo recebido. A primeira situação é explorada em propagandas com modelos sorrindo, imagens agradáveis ou com os dizeres "Natural", "Nova fórmula" ou "Sem gordura trans" nas embalagens. O uso de eufemismos como "defensivo agrícola" em vez de "agrotóxico" também se destina a gerar impressões positivas ou diminuir as negativas."* Série CVM COMPORTAMENTAL, 3º volume. Disponível em <http://pensologoinvisto.cvm.gov.br/serie-cvm-comportamental-vol-3-vieses-do-consumidor/>, acesso em 05/06/2020, p. 14

³⁴ ob. cit., p. 13

³⁵ Série CVM COMPORTAMENTAL, 3º volume. Disponível em <http://pensologoinvisto.cvm.gov.br/serie-cvm-comportamental-vol-3-vieses-do-consumidor/>, acesso em 05/06/2020, p. 17

³⁶ idem

³⁷ Série CVM COMPORTAMENTAL, 3º volume. Disponível em <http://pensologoinvisto.cvm.gov.br/serie-cvm-comportamental-vol-3-vieses-do-consumidor/>, acesso em 05/06/2020, p. 20

são tendenciosos"; ³⁸um "(...) 'metaviés' que abre caminho para os demais erros sistemáticos de julgamento."³⁹

KAHNEMAN (2012) vaticina que a pesquisa hodierna é capaz de trazer a lume "não só os prodígios como também as falhas do pensamento intuitivo."⁴⁰

Ademais, pontua com muita precisão: "nós somos cegos e somos cegos para nossa própria cegueira"⁴¹.

Apesar da importância do tema, sendo evidente a zona gris entre persuasão e manipulação no uso das heurísticas nas peças publicitárias, o artigo 29 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária⁴², diz expressamente que

não se ocupa da chamada propaganda subliminar, por não se tratar de técnica comprovada, jamais detectada de forma juridicamente incontestada, mas condena tentativas destinadas a produzir efeitos subliminares em publicidade ou propaganda.

Na contramão da linha negacionista articulada pelo atual Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, a matéria é objeto do Projeto de Lei nº 2442/2019⁴³, *verbis*:

Art. 2º O art. 38 da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, passa a vigorar acrescido do seguinte dispositivo:

"Art. 38⁴⁴

³⁸ ob.cit., p. 24

³⁹ idem

⁴⁰ KAHNEMAN, Daniel. Rápido e devagar: duas formas de pensar [recurso eletrônico]. Tradução Cássio de Arantes Leite. - Rio de Janeiro: Objetiva, 2012

⁴¹ KAHNEMAN, Daniel. Rápido e devagar [recurso eletrônico]: duas formas de pensar. Tradução Cássio de Arantes Leite. - Rio de Janeiro: Objetiva, 2012

⁴² Disponível em <http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>, acesso em 10/06/2020

⁴³ Inteiro teor disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E156418B2A4A179E8179475AD624ED2A.proposicoesWebExterno1?codteor=899655&filename=PL+2442/2019+%28N%C2%BA+Anterior:+PL+1840/2011%29, acesso em 10/06/2020.

⁴⁴ A legislação em referência sofreu alterações, sendo introduzida a alínea j, com outro objeto, pela Lei 13.424/2017. Desta feita, se aprovada a proposta do PL 2442/2019, certamente haveria ementa retificativa, para que a alínea e incisos referentes à vedação da propaganda subliminar fosse incluída sob o signo "l" e não "j", como consta na proposta original.

j) É vedada, na propaganda comercial de bens e serviços pelas emissoras de radiodifusão, a veiculação de mensagens e o uso de recursos destinados à sensibilização subliminar do consumidor, como tais entendidos:

I - veiculação de imagens, falas ou mensagens por pequenas frações de tempo ou de modo a não serem percebidas conscientemente pelo espectador;

II – utilização de efeito estroboscópico;

III – exibição de formas estáticas ou em movimento e de símbolos arquetípicos nas imagens, ou a estas superpostos, alusivos à sexualidade das pessoas;

IV – veiculação de mensagem sonora alusiva à mercadoria anunciada, reproduzida ao contrário ou mesclada a outras falas;

V – uso de trilha sonora musical, música de fundo ou ruído incidental que faça menção a sexualidade, aumento da virilidade ou feminilidade, ou comportamento violento ou agressivo;

VI – outros recursos assemelhados que venham a ser caracterizados na regulamentação desta lei."

CALAZANS (1992) define "subliminar como qualquer estímulo abaixo do limiar da consciência, estímulo que, não obstante, produz efeitos na atividade psíquica"⁴⁵.

A propaganda subliminar atua abaixo do limiar de percepção. A grande complexidade é estabelecer padrões científicos para este divisor de águas, que é idiossincrático e circunstancial e nos remete a estudos de semiótica⁴⁶, em especial a pragmática, quando consumidor interage com o signo, atribuindo-lhe significado⁴⁷.

Neste contexto, importante gizar a diferenciação conceitual entre percepção subliminar⁴⁸ e persuasão subliminar.

A primeira, conforme preceituam SCHÜTZ e DE JESUS⁴⁹

⁴⁵ CALAZANS, Flávio. Propaganda subliminar multimídia. São Paulo: Summus, 1992, p. 39.

⁴⁶ Para maior aprofundamento do tema, PEIRCE, C. S. Semiótica e filosofia. São Paulo: Cultrix, 1972.

⁴⁷ MORIS, Charles W. Fundamentos da Teoria dos Signos. Trad. Milton José Pinto. São Paulo: Edusp, 1976 apud CALAZANS, ob.cit., p. 196.

⁴⁸ Também denominada como subcepção por McCleary, R., & Lazarus R. (1949). Autonomic discrimination without awareness. *Journal of Personality Change*, n. 18, p. 171-179. Disponível em <https://doi.org/10.1111/j.1467-6494.1949.tb01238.x>, acesso em 10/10/2021.

⁴⁹ SCHÜTZ, Ronaldo; DE JESUS, Saul Neves. Percepção subliminar: longe dos olhos, perto do coração. *Dos Algarves*. Disponível em <http://www.dosalgarves.com/revistas/N13/1rev13.pdf>, acesso em 10/10/2021.

trata-se da percepção que não atinge o limiar da consciência, mas cuja presença é detectada e registrada pelo organismo, o que pode ser atestado por meio de respostas verificadas (comportamentos manifestos) bem como por alterações cerebrais constatadas pelas técnicas imagiológicas.

Conforme ensina KEY⁵⁰, os estudos sobre a percepção subliminar remontam a Demócrito (400 a.C.), passando sob o crivo de Platão e Aristóteles em sua teoria dos "umbrais da Consciência". O tema também ocupou Montaigne (1580) e Leibniz (1698), até chegar a Freud e seu contemporâneo Poetzle, que em 1919 formulou a "teoria da exclusão", a embasar a teoria dos sonhos.⁵¹

Já a *persuasão* subliminar seria "a capacidade que uma mensagem teria de influenciar o receptor. O grau de persuasão varia de acordo com o tempo de exposição à mensagem e a personalidade do receptor."⁵²

A dinâmica da persuasão subliminar suplanta o modelo matemático comunicacional de SHANNON e WEAVER, esquematizado a seguir⁵³:

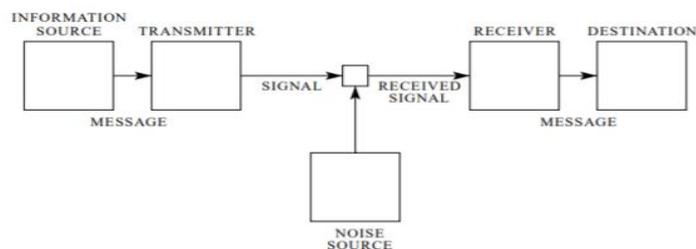


Fig. 1— Schematic diagram of a general communication system.

Fonte: SHANNON, Claude E.

Na vereda do modelo de SHANNON, que atravessa séculos de vigência, a mensagem inicial (informação) perpassa por um transmissor (mídia), que emite um

⁵⁰ KEY, Wilson Bryan. *Subliminal Seducton*. Nova York: Signet Books, 1974 apud CALAZANS, Flávio. *Propaganda subliminar multimídia*. São Paulo: Summus, 1992, p. 32.

⁵¹ CALAZANS, Flávio. *Propaganda subliminar multimídia*. São Paulo: Summus, 1992, p. 32

⁵² NERY, Vanda Cunha Albieri; SILVA Natassia Catita *Propaganda subliminar: um estudo sobre a sua interpretação*, OPSIS, vol. 7, nº 8, jan-jun 2007. disponível em <https://revistas.ufg.br/Opsis/article/view/9412/6488>, acesso em 10/10/2021, p.7/16.

⁵³ SHANNON, Claude E.; *A Mathematical Theory of Communication*. *System Technical Journal*, vol. 27, p. 379-423; 626-653, July, October, 1948. Disponível em <https://people.math.harvard.edu/~ctm/home/text/others/shannon/entropy/entropy.pdf>. Acesso em 10/10/2021, p. 2.

sinal. O sinal pode ou não ser afetado por uma fonte de ruído, alterando a qualidade do conteúdo da mensagem recebida pelo destinatário.

Mas, digno de nota, entre a mensagem inicial e a recebida pelo destinatário há uma zona de interferências dinâmicas, que devem ser consideradas na equação.

Por isso, o nó górdio desta teoria seminal é a entropia (ou a incerteza⁵⁴) e seus diferentes graus e condicionantes.

O conceito, ontologicamente relacionado à Física, especificamente à Termodinâmica, foi adaptado para a teoria matemática da comunicação como desordem, advinda de um canal de ruído ou do excesso de informações disponíveis para uma mesma escolha. Quanto menor é o grau de miscelânea, menor é a entropia e, conseqüentemente, o gradiente de escolhas é mais restrito, favorecendo uma tomada de decisão consciente.

As mensagens subliminares, no feixe teórico em exame, estão contidas no conceito de entropia, pois atuam assertivamente no ambiente de tumulto que favorece múltiplos estímulos concomitantes, dificultando a escolha derivada da percepção seletiva.

Mas, digno de nota, ainda que matematicamente a subliminaridade possa estar contida no contexto de entropia – conformando dado estatístico relevante para a psicologia experimental (pois se torna mensurável e controlável em experiências científicas), a percepção e, com mais ênfase, a persuasão subliminar não podem ser compreendidas em formato tão obtuso; pois ambas tem principiologia e propósitos próprios, operando abaixo do liminar da consciência. Não são meras circunstâncias ou ínfimas interferências sobre a mensagem principal. São, em si mesmas, mensagens.

Ademais, a persuasão racional soçobra ao modelo AIDA⁵⁵, acrônimo de Atenção, Interesse, Desejo e Ação e seus homólogos em inglês, língua do seu criador,

⁵⁴ Idem, p. 12

⁵⁵ Conforme LONDERO, Rodolfo Rorato. Ainda AIDA? – uma revisão histórico-crítica da hierarquia dos efeitos publicitários, Revista Interamericana de Comunicação Midiática, v. 16, n. 31, 2017, p. 138-158 “(...)o modelo AIDA é, na verdade, apenas a forma mais conhecida de hierarquia dos efeitos, definição referente aos diversos modelos de publicidade que compreendem os efeitos como um processo sequencial envolvendo cognição, afeição e conação” (p. 139). Disponível em <https://periodicos.ufsm.br/animus/article/view/21084>, acesso em 14/10/2021.

LEWIS (1898)⁵⁶.

Este esquema pretende traduzir o percurso racional do consumidor na jornada de compra e, conseqüentemente, as diretrizes de *marketing* indutoras destes comportamentos. Como passar da atenção para o interesse, deste para o desejo e, finalmente, à ação de compra, tem ocupado lugar de destaque na formulação de propagandas.

Contudo, como explica BRIDGER (2018)⁵⁷, o arquétipo AIDA opera em nível consciente, sendo possível, teoricamente, que o agente, a qualquer momento, saiba em que estágio da caminhada de consumo se encontra.

Mas, muitas vezes, o comportamento antecede a ação por estímulos inconscientes - espectro da persuasão subliminar, tais como: "mapeamento de destaques", "fluência do processamento", "primeiras impressões" e "heurística do afeto":

As pessoas podem agir porque alguma coisa - como as primeiras impressões ou a fluência do processamento do design - disparou inconscientemente o comportamento, e só depois elas alinham as atitudes com o comportamento⁵⁸.

Este alinhamento decorre da necessidade humana de evitar contradições entre crenças e ações, evitando a *dissonância cognitiva*, locução cunhada por FESTINGER⁵⁹, tema que tem ocupado articulistas no estudo dos comportamentos do consumidor no pré e pós-compra e tem permeado as pesquisas de *marketing* desde a década de 1970⁶⁰.

FESTINGER⁶¹ tangencia elementos da persuasão subliminar na seguinte passagem da sua obra clássica, *verbi gratia*:

⁵⁶ LEWIS, E. St. Elmo. *Financial Advertising: for commercial and savings banks, trust, title insurance, and safe deposit companies, investment houses*. Indianapolis: Levey Bros. & Company, 1908.

⁵⁷ BRIDGER, Darren. *Neuromarketing: como a Neurociência aliada ao *desing* pode aumentar o engajamento e a influência dos consumidores*. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra, 1 ed., São Paulo: Autêntica Business, 2018.

⁵⁸ *idem*

⁵⁹ FESTINGER, Leon. *A theory of cognitive dissonance*. Evanston, IL: Row, Peterson, 1957

⁶⁰ LUZ, Victoria Vilasanti; FINOTI, Lucas Lira; DIAS, Helison Bertoli Alves; TOALDO, Ana Maria Machado *Dissonância Cognitiva nas Pesquisas do Comportamento do Consumidor: Um Estudo Sistemático*. v. 8 n. 13 (2018), *Revista de Administração do UNISAL*, p. 98-116.

⁶¹ *Ob.cit.*, p. 167

Despertar interesse está além dos métodos de persuadir o povo a agir, ou do poder de criar uma convicção; e agora falaremos apenas do poder do interesse humano, porque uma peça publicitária pode ser interessante, mas não convincente, mas devemos primeiro ter o interesse de um homem antes que ele esteja aberto à convicção. Como o interesse é apenas uma atenção prolongada, então coisas que buscam atenção geralmente o retêm até que o interesse seja despertado.

A rigidez da hierarquia de efeitos⁶² proposta por LEWIS - e sua corolária insuficiência para explicar o fenômeno da persuasão subliminar - foi evidenciada por seus críticos, como KRUGMAN⁶³ e EHRENBERG⁶⁴ e, finalmente, VAUGHN⁶⁵, que aportou metodologia mais abrangente, conhecida como "grade FCB", contemplando quatro combinações entre cognição, afeição e conação.

A teoria de LEWIS estaria situada no primeiro quadrante; no segundo, a afeição teria primazia no percurso de consumo (VAUGHN); os terceiro e quarto quadrantes relacionam-se às teorias de KRUGMAN e EHRENBERG, que se ocupam das compras repetitivas e/ou por impulso.⁶⁶

Neste contexto, há inconsistência científica nas conclusões acerca da inexistência da persuasão subliminar, mormente com base no modelo AIDA⁶⁷ que,

⁶² Aliás, a própria hierarquia dos efeitos em si é questionada como método cientificamente válido, porque não é empiricamente mensurável. Os estágios propostos no modelo de LEWIS não ocorrem de forma estanque e sucessiva. O conceito serve mais como explicação didática para o planejamento da propaganda e das estratégias de *marketing* do produto e/ou serviço, pois a fenomenologia da percepção demonstra que as etapas entrelaçam-se e que não há uma ordem pré-definida de interação ou ocorrência. Sobre o assunto, ver MERLEAU-PONTY. Fenomenologia da percepção. São Paulo: Martins Fontes, 2011

⁶³ KRUGMAN, Herbert E. Publicidade na televisão – Aprendizagem sem envolvimento. In: JONES, John Philip (org.). A publicidade como negócio. São Paulo: Nobel, 2002

⁶⁴ EHRENBERG, A. (2000). Repetitive Advertising and the Consumer. *Journal of Advertising Research*, v 40, n. 6, p 39-48. Disponível em <https://www.cambridge.org/core/journals/journal-of-advertising-research/article/abs/repetitive-advertising-and-the-consumer/E4BBF005C3880EB586C1C88E3286E6EA>, acesso em 14/10/2021.

⁶⁵ VAUGHN, Richard. How advertising works: a planning model. *Journal of Advertising Research*, v. 20, n. 5, p. 27-33, 1980.

⁶⁶ Conforme LONDERO, Rodolfo Rorato. Ainda AIDA? – uma revisão histórico-crítica da hierarquia dos efeitos publicitários, *Revista Interamericana de Comunicação Midiática*, v. 16, n. 31, 2017, p. 149 e 150.

⁶⁷ Como visto em DE FRANCESCHI JÚNIOR, Reginaldo. Limiar: uma visão publicitária sobre os limites da percepção. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo. Escola de Comunicação e Artes. Departamento de Relações Públicas, Publicidade e Turismo. São Paulo: 2009. USP. Disponível em https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/27/27154/tde-20102009-215257/publico/dissertacao_final.pdf, acesso em 01/10/2021.

como trazido a lume, não contempla complexidade compatível com a tessitura da propaganda em nível pré-consciente, estranha ao domínio do modelo de LEWIS⁶⁸.

Como acentua BRIDGER⁶⁹,

Otimizar o *design* de um produto pode ser o suficiente para diferenciá-lo, mesmo que suas qualidades básicas não sejam diferentes daquelas dos produtos concorrentes. Por exemplo, acentuar o destaque visual, facilitar o processamento, e disparar associações sensoriais e emocionais certas.

A persuasão subliminar ancora-se na ativação do querer e do gostar, cujos circuitos neurais e neurotransmissores são diferentes; o primeiro produz a dopamina; o segundo, opioides e endocanabíoides, respectivamente⁷⁰.

Retomando as lições de KAHNEMAN⁷¹, ao tratar do viés da autoconfiança excessiva, contextualiza a ilusão de validade, aduzindo que a “confiança subjetiva em um julgamento não é uma avaliação raciocinada na probabilidade de que esse julgamento esteja correto”, pois diz respeito à coerência entre a informação e o “conforto cognitivo em processá-la”. Esta coerência subjetiva não necessariamente corresponde à verdade.

Na linha deste trabalho, a ilusão de validade exsurge, na visão desta ensaísta, como atalho mental para fugir da dissonância cognitiva.

⁶⁸ No mesmo sentido, entre outros, BEATTY, Sharon E.; HAWKINS, Del I.. Subliminal Stimulation: Some New Data and Interpretation. *Journal of Advertising*, vol. 18, n. 3, 1989, p. 4–8, <http://www.jstor.org/stable/4188728>, acesso em 14/10/2021.

⁶⁹ BRIDGER, Darren. *Neuromarketing: como a Neurociência aliada ao *desing* pode aumentar o engajamento e a influência dos consumidores*. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra, 1 ed., São Paulo: Autêntica Business, 2018

⁷⁰ Conforme BRIDGER, Darren. *Neuromarketing: como a Neurociência aliada ao *desing* pode aumentar o engajamento e a influência dos consumidores* [recurso eletrônico]. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra, 1 ed., São Paulo: Autêntica Business, 2018, “*O cérebro tem dois sistemas distintos para gostar e para querer*” [...envolvendo] “*circuitos neurais e neurotransmissores químicos distintos (...) o sistema de querer usa dopamina; o sistema de gostar opioides e endocanabíoides. (...) O sistema de querer (desejar ou ansiar) é ativado com mais facilidade que o sistema de gostar (o prazer em si).*”

⁷¹ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar* [recurso eletrônico]. Tradução Cássio de Arantes Leite. - Rio de Janeiro: Objetiva, 2012

Outrossim, a teoria do prospecto⁷² assume assaz relevância no estudo da persuasão subliminar, tendo em vista que considera a inconsistência do comportamento dos decisores diante do risco.

O estudo seminal de KAHNEMAN e TVERSKY, ao tempo em que critica a teoria da utilidade esperada⁷³ - através da apresentação de inúmeras situações em que seus axiomas são sistematicamente violados -, evidencia a importância dos limiares pré-conscientes na tomada de decisão.

Neste diapasão, a forma como o produto ou serviço é apresentado, as características do decisor e do destinatário da ação de compra e o uso de heurísticas são alguns dos elementos que se entrelaçam no percurso decisório, no campo da persuasão subliminar.

Nas palavras dos autores:

Uma característica essencial da presente teoria é que os portadores de valor são mudanças na riqueza ou bem-estar, ao invés de estados finais. Esta suposição é compatível com princípios básicos de percepção e julgamento. Nosso aparato perceptivo é sintonizado com a avaliação de mudanças ou diferenças, em vez da avaliação de magnitudes absolutas. Quando respondemos a atributos como brilho, volume, ou temperatura, o contexto passado e presente da experiência define uma adaptação nível, ou ponto de referência, e os estímulos são percebidos em relação a esta referência ponto. Assim, um objeto em uma

⁷² KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk *Econometrica*, Vol. 47, n. 2., mar. de 1979, pp. 263-291. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/1914185>, acesso em 10/10/2021.

⁷³ Ob.cit., p. 2: "EXPECTED UTILITY THEORY has dominated the analysis of decision making under risk. It has been generally accepted as a normative model of rational choice, and widely applied as a descriptive model of economic behavior, e.g. Thus, it is assumed that all reasonable people would wish to obey the axioms of the theory, and that most people actually do, most of the time. The present paper describes several classes of choice problems in which preferences systematically violate the axioms of expected utility theory. In the light of these observations we argue that utility theory, as it is commonly interpreted and applied, is not an adequate descriptive model and we propose an alternative account of choice under risk." Tradução livre: "A teoria da utilidade esperada dominou a análise da tomada de decisão sob risco. Tem sido geralmente aceita como um modelo normativo de escolha racional, e amplamente aplicado como um modelo descritivo de comportamento econômico (...) presume-se que todas as pessoas razoáveis desejariam obedecer aos axiomas da teoria (...) O presente artigo descreve várias classes de problemas de escolha em que as preferências violam sistematicamente os axiomas da teoria da utilidade esperada. À luz dessas observações, argumentamos que a teoria da utilidade, como é comumente interpretada e aplicada, não é um modelo descritivo adequado e propomos uma alternativa de escolha sob risco."

determinada temperatura pode ser sentido como quente ou frio ao toque dependendo da temperatura a que se adaptou. (...) ⁷⁴

Ademais, merecem relevo os elementos transversais da persuasão subliminar, mormente quando a comunicação ocorre por intermédio de mídias sociais.

Neste contexto, destaca-se a teoria da identidade social de TAJFEL ⁷⁵, bem como as evidências psicométricas ⁷⁶ aferidas numa escala tridimensional, validada por CAMERON (2004) ⁷⁷.

TAJFEL define identidade social como "um autoconceito do indivíduo que deriva da consciência de sua adesão a um grupo social (ou grupos), juntamente com o valor e o significado emocional atribuído a essa adesão". ⁷⁸

CAMERON, a seu turno, perfilou os seguintes indicadores baseados na teoria da identidade social de TAJFEL:

- (1) centralidade cognitiva (a quantidade de tempo gasto pensando em ser um membro do grupo);
- (2) afeto dentro do grupo (a positividade dos sentimentos associados à pertença ao grupo);

⁷⁴ Texto original em inglês: "An essential feature of the present theory is that the carriers of value are changes in wealth or welfare, rather than final states. This assumption is compatible with basic principles of perception and judgment. Our perceptual apparatus is attuned to the evaluation of changes or differences rather than to the evaluation of absolute magnitudes. When we respond to attributes such as brightness, loudness, or temperature, the past and present context of experience defines an adaptation level, or reference point, and stimuli are perceived in relation to this reference point [23]. Thus, an object at a given temperature may be experienced as hot or cold to the touch depending on the temperature to which one has adapted."

⁷⁵ TAJFEL, H. (1978). Differentiation between social groups. London: Academic Press; TAJFEL, H.; TURNER, J. C. (1979). An integrative theory of intergroup conflict, In: W. G. Austin & S. Worchel (Eds.), The social psychology of intergroup relations. Monterey, CA: Brooks-Cole, 1979, p. 33/47

⁷⁶ Estudo de caso interessante na pesquisa de NASCIMENTO, Thiago Gomes. Escala Trifatorial da Identidade Social (ETIS): Evidências de sua Adequação Psicométrica. Psico-USF, Bragança Paulista, v. 22, n. 2, p. 217-234, mai./ago. 2017. Disponível em www.scielo.br <http://dx.doi.org/10.1590/1413-82712017220203>, acesso em 10/10/2021.

⁷⁷ CAMERON, James E. A Three-Factor Model of Social Identity. Self and Identity, p. 239-262, 17 fevereiro de 2007. Disponível em <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13576500444000047>, acesso em 12/10/2021.

⁷⁸ Texto original em inglês: "that part of an individual's self-concept which derives from his [or her] knowledge of his [or her] membership of a social group (or groups) together with the value and emotional significance attached to that membership". TAJFEL, H. (1978). Differentiation between social groups. London: Academic Press, p. 63.

(3) laços dentro do grupo (percepções de semelhança, vínculo e pertencimento com outros membros do grupo)⁷⁹.

Dentro deste cenário, a construção de uma identidade social positiva, através de ações estratégicas que desafiem, por exemplo, a dinâmica da hierarquização advinda da comparação intergrupala, bem como os "laços psicológicos que ligam o self ao grupo"⁸⁰, são elementos centrais da identidade social.

BOZKURT et al⁸¹ estudam os efeitos da homofilia no comportamento do consumidor (pré e pós venda).

Segundo os autores, a influência da etnia dos comentadores de uma propaganda em mídia social pode ser acentuada ou mitigada "(...) pelo nível de identidade étnica dos consumidores, intensidade de uso da mídia social e associações étnicas da postagem."

Consumidores dos grupos minoritários tendem a avaliar mais favoravelmente um produto ou serviço se os comentadores que os antecederam pertencerem ao mesmo grupo étnico. Outrossim, o número de recomendações cresce, quando houver endosso prévio de outros indivíduos com os quais o consumidor se identifique etnicamente e/ou as características do fornecedor atentarem para idêntico enlace. "No entanto, os consumidores do grupo minoritário serão mais fortemente influenciados por este efeito do que os seus homólogos do grupo majoritário."⁸²

Nesta conjuntura, a revisão bibliográfica de BOZKURT et al oferece suporte empírico para a utilização da homofilia baseada em etnicidade e, a partir dela, novo *insights* no contexto no *marketing*.

⁷⁹ Texto original em inglês: "(1) *cognitive centrality* (the amount of time spent thinking about being a group member (...)); (2) *ingroup affect* (the positivity of feelings associated with membership in the group); (...) (3) *ingroup ties* (perceptions of similarity, bond, and belongingness with other group members). CAMERON, James E. A Three-Factor Model of Social Identity. *Self and Identity*, p. 239-262, 17 Feb 2007. Disponível em

<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13576500444000047>, acesso em 12/10/2021, p. 4

⁸⁰ idem

⁸¹ BOZKURT, Sıddık; GLIGOR, David; HOLLEBEEK, Linda D. Ethnicity's effect on social media-based comment intention: Comparing minority and majority consumers, *Psychology and Marketing*, julho de 2021. Disponível em <https://doi.org/10.1002/mar.21549>, acesso em 09/10/2021.

⁸²Ob.cit., texto original em inglês (tradução livre), p. 4/16: "However, minority group consumers will be more strongly influenced by this effect than their majority group counterparts."

A mesma lógica pode ser utilizada para outros critérios de segmentação do consumidor focal, inclusive a intersecção entre eles, como gênero e idade, por exemplo.

DEHAENE e colaboradores propõem uma taxinomia envolvendo o processamento neuroquímico de estímulos visuais, nos limiares de percepção subliminar, pré-conscientes e conscientes⁸³, com base em ampla revisão de literatura, envolvendo estudos neuroimagéticos.

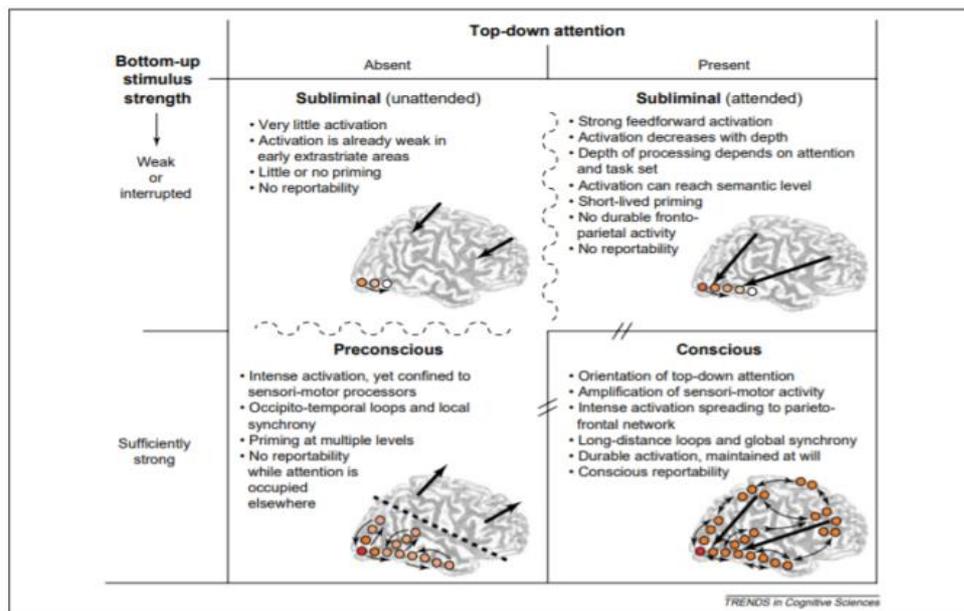
O limiar subliminar ocorre quando a intensidade dos estímulos é fraca ou entrecortada; atenção presente ou não. No primeiro caso, ocorre uma maior ativação do lobo fronto-parietal, a qual pode atingir interpretação semântica, mas sem reportabilidade. No segundo, há pequena atividade cerebral nas áreas estriadas e o *priming* é muito reduzido ou inexistente.

No caso do limiar pré-consciente, os estímulos são fortes, mas não há atenção focal. Há intensa ativação cerebral, mas ainda restrita ao processamento sensório-motor. Outrossim, não há reportabilidade, enquanto a atenção do consumidor estiver ocupada com qualquer outra coisa.

Finalmente, no caso do limiar consciente, há amplificação da atividade sensório-motora, intensa ativação da rede parieto-frontal, ampla reportabilidade, ativação durável, segundo a vontade do agente.

Esquemáticamente:

⁸³ DEHAENE Stanislas; CHANGEUX, Jean-Pierre; NACCACHE Lionel; SACKUR, Jérôme; SERGENT, Claire. Conscious, preconscious, and subliminal processing: a testable taxonomy. **TRENDS in Cognitive Sciences**, Vol.10 No.5 May 2006. Disponível em https://www.researchgate.net/profile/Claire-Sergent/publication/7177242_Conscious_preconscious_and_subliminal_processing_A_testable_taxonomy/links/5a09ad5a458515afc7b0e2b3/Conscious-preconscious-and-subliminal-processing-A-testable-taxonomy.pdf, acesso em 10/10/2021.



Fonte: DAHAENE e colaboradores

Os autores pontuam que a taxinomia que propõem, em três categorias limiars, resolve inconsistências havidas em estudos que trabalham com apenas duas tipologias⁸⁴.

Não obstante os elementos taxinômicos coligidos possam ser testados “não só com ferramentas de neuroimagem, mas também usando técnicas eletrofisiológicas na vigília”, DAHAENE e colaboradores reconhecem que há outras categorias limiars de conhecimento não consciente, como “os padrões de conectividade latentes e os sistemas cerebrais funcionalmente desconectados”, que poderão ser objeto de estudos futuros.

⁸⁴ Na dicção dos autores: Em estudos experimentais de percepção consciente, o processamento pré-consciente, como uma categoria intermediária, às vezes foi confundido com o processamento subliminar, e às vezes com processamento consciente. Agora mostramos como esta distinção pode fornecer um relato simples de conflitos resultados de neuroimagem estímulos não mascarados tornam-se um contraste entre o processamento subliminar e pré-consciente. Como previsto, apenas os primeiros componentes da ativação occipito-temporal são vistos. De acordo com nossa terminologia, estes são os correlatos do processamento visual pré-consciente (visibilidade potencial, mas sem acesso consciente). Texto original em inglês (tradução livre): In experimental studies of conscious perception, preconscious processing, as an intermediate category, has sometimes been confounded with subliminal processing, and sometimes with conscious processing. We now show how this distinction can provide a simple account of conflicting neuroimaging results unmasked stimuli becomes a contrast between subliminal and preconscious processing. As predicted, only the early components of occipito-temporal activation are seen [18]. According to our terminology, these are the correlates of preconscious visual processing (potential visibility, yet no conscious access)

Passemos ao estudo dos efeitos da propaganda subliminar aplicado em duas frentes: (a) publicidade e obesidade infantil e (b) idoso e superendividamento.

2. Publicidade e obesidade infantil

O artigo 1º, § 1º, da Resolução CONANDA nº 163/2014 (que veda a publicidade dirigida a crianças e adolescentes) define comunicação mercadológica como

(...) toda e qualquer atividade de comunicação comercial, inclusive publicidade, para a divulgação de produtos, serviços, marcas e empresas independentemente do suporte, da mídia ou do meio utilizado.

O § 2º, do mesmo artigo, desenha a abrangência da proscrição, *verbis*:

A comunicação mercadológica abrange, dentre outras ferramentas, anúncios impressos, comerciais televisivos, spots de rádio, banners e (...) a prática do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço e utilizando-se, dentre outros, dos seguintes aspectos:

páginas na internet, embalagens, promoções, merchandising, ações por meio de shows e apresentações e disposição dos produtos nos pontos de vendas.

O artigo 2º da mesma normativa conceitua e categoriza, como abusiva, à luz da política nacional de atendimento à criança e ao adolescente⁸⁵,

- I - linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores;
- II - trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança;
- III - representação de criança;
- IV - pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil;

⁸⁵ Instrumento de densificação da principiologia da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, promulgada pelo Decreto nº 99.710/1990, após a sua aprovação pelo Congresso Nacional, por intermédio do Decreto Legislativo nº 28/1990; da Constituição Federal de 1988, em especial de seu artigo 227, parágrafo único, e parágrafos; em atenção à Lei nº 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente.

- V - personagens ou apresentadores infantis;
- VI - desenho animado ou de animação;
- VII - bonecos ou similares;
- VIII - promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil; e
- IX - promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil.

A rede de proteção à criança⁸⁶ na seara publicitária não é suficiente para aplacar o assédio de consumo multimídia a que estão expostas diuturnamente, principalmente, por meio de anúncios patrocinados na rede de display *YouTube*⁸⁷.

A Pesquisa Nacional de Saúde (PNS) 2019⁸⁸, monitora a ingesta de produtos com alto teor de gorduras e açúcares por crianças menores de 2 anos:

⁸⁶ E ao adolescente, que não é objeto da abordagem deste ensaio.

⁸⁷Na autorregulação da plataforma, os pais acessam à seguinte mensagem que, de per se, é esclarecedora quanto à ineficiência das normas de regência: Anúncios no YouTube Kids. Para proporcionar uma experiência gratuita, o YouTube Kids contém um número limitado de formatos de anúncios pagos. Ao selecionar um vídeo no app, seus filhos verão, antes do vídeo, uma introdução do anúncio, ou seja, uma curta mensagem animada indicando às crianças que um Anúncio pago será reproduzido antes do vídeo selecionado. Em seguida, verão o anúncio em vídeo, que será indicado pela palavra "Anúncio". Estes são Anúncios pagos. Somente Anúncios pagos aprovados como adequados para a famílias serão mostrados. Todos eles passam por um rigoroso processo de análise para verificar se seguem nossas políticas. Anúncios pagos não incluirão cliques para sites ou lojas on-line. Saiba mais sobre nossas políticas de publicidade. Introduções de anúncios são mensagens de animação curtas que aparecem antes de um Anúncio pago. Elas indicam às crianças que um Anúncio pago será reproduzido antes do vídeo selecionado. Vídeos enviados por usuários ao YouTube não são Anúncios pagos e, portanto, não são indicados como Anúncio nem estão sujeitos às nossas políticas de publicidade. Isso também inclui conteúdo sobre empresas que compraram Anúncios no app. Por exemplo, uma pesquisa por trens pode resultar em desenhos animados de trens, músicas e vídeos de trens reais, bem como um comercial de TV para trens de brinquedo enviado por um usuário ou uma empresa fabricante de trens de brinquedo. Não consideramos esses resultados como Anúncios pagos, pois eles não pertencem ao programa de publicidade do YouTube Kids. Da mesma forma, uma pesquisa por chocolate pode exibir um vídeo enviado por um usuário fazendo bolo de chocolate, apesar de não permitirmos Anúncios pagos para confeitários. Saiba mais sobre vídeos no YouTube Kids. Removeremos os vídeos do app do YouTube Kids nos quais o criador de conteúdo tenha indicado uma inserção paga ou endosso de produto usando nossas ferramentas de notificação de inserção paga ou endosso de produto. Quer assistir vídeos sem anúncios pagos com seus filhos? Conheça o app do YouTube Kids com o YouTube Premium. Saiba mais. Disponível em <https://support.google.com/youtubekids/answer/6130541?hl=pt-BR>, acesso em 10/07/2020.

⁸⁸ Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/saude/9160-pesquisa-nacional-de-saude.html?=&t=resultados>, acesso em 10/07/2020

Tabela 5.8.A - Coeficiente de variação das estimativas de crianças com menos de 2 anos de idade que comem biscoitos ou bolachas ou bolo, com indicação do intervalo de confiança de 95%, segundo as Grandes Regiões e a situação do domicílio - 2013

Situação do domicílio e Grandes Regiões	Coeficiente de variação das estimativas de crianças com menos de 2 anos de idade que comem biscoitos ou bolachas ou bolo (Coeficiente)	
	Coeficiente de variação	
	Total	Proporção
Brasil	2,9	1,8
Situação do domicílio		
Urbana	3,2	1,9
Rural	7,0	4,6
Grandes Regiões		
Norte	6,2	4,1
Nordeste	5,0	3,5
Sudeste	5,6	3,1
Sul	7,5	4,5
Centro-Oeste	5,9	3,6

Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional de Saúde 2013.

No mesmo estudo, os percentuais de crianças, por região brasileira, que ingere refrigerantes ou sucos artificiais, são os seguintes⁸⁹:

Tabela 5.9.A - Coeficiente de variação das estimativas de crianças com menos de 2 anos de idade que tomam refrigerante ou suco artificial, com indicação do intervalo de confiança de 95%, segundo as Grandes Regiões e a situação do domicílio - 2013

Situação do domicílio e Grandes Regiões	Coeficiente de variação das estimativas de crianças com menos de 2 anos de idade que tomam refrigerante ou suco artificial (Coeficiente)	
	Coeficiente de variação	
	Total	Proporção
Brasil	3,8	3,3
Situação do domicílio		
Urbana	4,3	3,7
Rural	8,2	6,6
Grandes Regiões		
Norte	7,6	6,2
Nordeste	6,8	6,4
Sudeste	7,3	6,2
Sul	10,1	8,0
Centro-Oeste	7,5	6,1

Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional de Saúde 2013.

Os índices de obesidade infantil no Brasil são alarmantes, conforme excerto de nota oficial do Ministério da Saúde⁹⁰, *verbis*:

⁸⁹ idem

⁹⁰ Conforme o relatório da pesquisa "Obesidade na Primeira Infância", disponível em <http://primeirainfancia.org.br/wp-content/uploads/2015/01/Obesidade-Infantil-v6.pdf>, acesso em

Os registros do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) apontam que uma em cada grupo de três crianças, com idade entre cinco e nove anos, está acima do peso no País. As notificações do Sistema de Vigilância Alimentar e Nutricional, de 2019, revelam que 16,33% das crianças brasileiras entre cinco e dez anos estão com sobrepeso; 9,38% com obesidade; e 5,22% com obesidade grave. Em relação aos adolescentes, 18% apresentam sobrepeso; 9,53% são obesos; e 3,98% têm obesidade grave.⁹¹

A confirmar tal cenário, os dados da pesquisa "Obesidade na Primeira Infância", realizada no contexto do Plano Nacional da Primeira Infância⁹², Projeto Observatório Nacional da Primeira Infância, Mapeamento da Ação Finalística "Criança com Saúde"⁹³:



As crianças também estão submetidas ao influxo massivo do *marketing* televisivo destinado a público diversificado e, portanto, sem que as respectivas peças publicitárias tenham que atentar para as condicionantes da Resolução CONANDA nº

10/07/2020, a "(...) obesidade, caracterizada pelo acúmulo de tecido gorduroso regionalizado ou em todo o corpo, é uma doença crônica, complexa e de etiologia multifatorial, resultante, na maioria dos casos, da associação de fatores genéticos, ambientais e comportamentais."

⁹¹ Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/81-obesidade-infantil-desafia-pais-e-gestores#:~:text=As%20notifica%C3%A7%C3%B5es%20do%20Sistema%20de,%2C98%25%20t%C3%AAm%20obesidade%20grave.>, acesso em 10/07/2020.

⁹² Atendendo o disposto no artigo 3º da Lei nº 13.257/2016, que dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância.

⁹³ Disponível em <http://primeirainfancia.org.br/wp-content/uploads/2015/01/Obesidade-Infantil-v6.pdf>, acesso em 10/07/2020, p.10.

163/2014, incentivando o consumismo, principalmente direcionado a produtos obesogênicos⁹⁴:

A maioria dos alimentos veiculados em propagandas televisivas é considerada obesogênica⁹⁵: em análise qualitativa do marketing alimentício, a pirâmide alimentar reconstruída a partir das propagandas analisadas consta de 60% do grupo de gorduras, óleos e doces, com ausência de fontes de fibras(58-62).

Na idade pré-escolar, o primeiro pedido por qualquer produto se dá por volta dos dois anos. A faixa com maior incidência de solicitações do que é veiculado nas propagandas é entre três e seis anos (...) exposição de apenas 30 segundos a comerciais de alimentos foi capaz de influenciar escolhas alimentares de pré-escolares (...) cada hora em frente à televisão pode ser associada ao aumento de 167 kcal no consumo calórico diário total. (...)

DA SILVA (2017)⁹⁶ destaca que a influência da propaganda no público infantil é ainda mais acentuada quando vivem em meio urbano, quando a televisão ocupa espaço demasiado extenso em suas rotinas. Outrossim, menciona pesquisa científica conduzida por LIMEIRA, para identificar "(...)a influência que as crianças exercem na decisão de compra de seus pais. (...)"⁹⁷:

Os resultados da pesquisa podem destacar que 72% dos entrevistados concordam que os filhos exercem influência no processo de decisão de compra. Observa-se que a maioria das crianças opina nas compras feitas pelos pais, na maioria das vezes os pais pedem conselhos e opiniões do que comprar para si ou para uso coletivo da família com 70%. Conforme Karsaklian (2000) a criança

⁹⁴Conforme o relatório da pesquisa "Obesidade na Primeira Infância", disponível em <http://primeirainfancia.org.br/wp-content/uploads/2015/01/Obesidade-Infantil-v6.pdf>, acesso em 10/07/2020, p. 21.

⁹⁵ O termo foi criado pelo professor de Bioengenharia da Universidade da Califórnia, nos EUA, Bruce Blumberg. Segundo ele, são os obesogênicos os responsáveis por contribuir no ganho de peso sem que o indivíduo tenha consciência de que está engordando. Disponível em <https://ismd.com.br/voce-sabe-o-que-sao-os-obesogenicos/>, acesso em 10/07/2020.

⁹⁶ DA SILVA, Michelle Felix. Influência do consumidor infantil no processo de compra familiar, disponível em https://www.ifspcaraguatatuba.edu.br/images/conteudo/TCC_MICHELLE.pdf, acesso em 10/07/2020

⁹⁷ LIMEIRA, T. M. Comportamento do consumidor brasileiro. Saraiva, 2008, apud DA SILVA, Michelle Félix, ob. cit., p. 22.

não tem poder de decisão do produto apenas na parte de brinquedos ou guloseimas, elas passaram a influenciar a decisão de compra de toda a família.⁹⁸

3.Publicidade abusiva dirigida ao idoso e superendividamento

Consoante já referido neste escrito, nem todo o arcabouço normativo protetivo ao idoso⁹⁹ fez evitar o acintoso incremento do número de pessoas com mais de 60 anos superendividadas¹⁰⁰, principalmente para saldar compromissos de familiares, através do crédito consignado.

A dívida contraída por pessoa física idosa, de boa-fé, pode se tornar insuportável, quando o adimplemento comprometer a manutenção do seu mínimo existencial. A álea pode ser ativa (ausência de clareza na contratação; facilidade de acesso ao crédito, concedido de forma irresponsável) ou passiva (adoecimento, morte de membro da família que contribuía para a composição da renda do grupo, entre outros). Daí falar-se em superendividamento ativo e passivo, respectivamente¹⁰¹.

A hipervulnerabilidade do idoso superendividado é patente. Além das progressivas limitações biológicas decorrentes do avanço etário, outras questões devem ser consideradas.

Primeiramente, os idosos são genuínos migrantes digitais, cuja adaptabilidade dependerá do rompimento de várias barreiras (exógenas e endógenas).

Neste cenário, a divisão tecnológica não pode ser negligenciada, quer sob o enfoque do acesso à tecnologia quer do domínio da técnica e/ou da autodeterminação informacional e sobre seus dados pessoais.

⁹⁸ DA SILVA, Michelle Félix, ob. cit., p. 47.

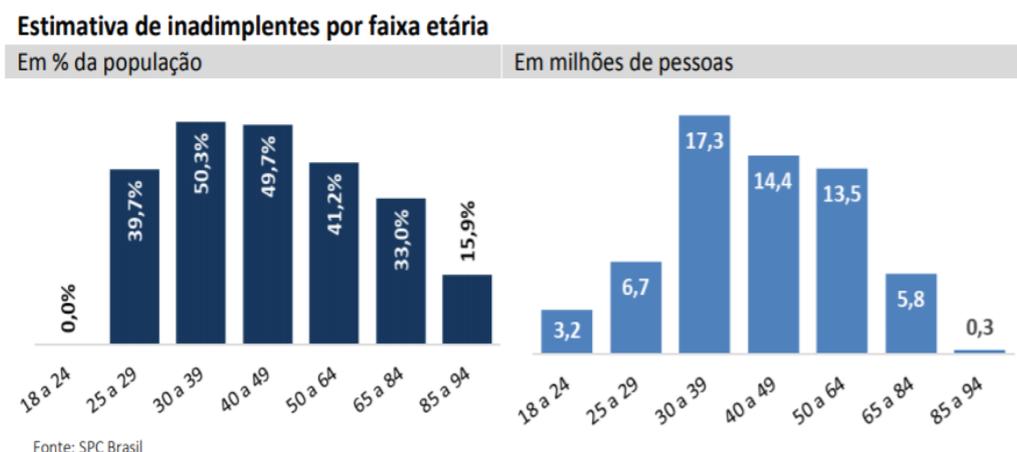
⁹⁹ Artigo 230 da Constituição Cidadã, Lei 8.842/1994 e Lei 10.741/2003

¹⁰⁰ Conforme reportagem do jornal Estadão, "(...)Dados do Serviço de Proteção ao Crédito (SPC Brasil) confirmam esse cenário. No mesmo recorte de período, na comparação entre maio de 2019 e maio de 2018, a população idosa inadimplente cresceu 9,2%. No geral, o aumento no número de inadimplentes foi de 2,3%. A faixa de idade considerada pelo SPC é entre 65 e 84 anos.(...)".

Disponível em [https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,inadimplencia-entre-idosos-e-a-que-mais-cresce-no-pais,70002906845#:~:text=Dados%20do%20Servi%C3%A7o%20de%20Prote%C3%A7%C3%A3o,entre%2065%20e%2084%20anos.](https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,inadimplencia-entre-idosos-e-a-que-mais-cresce-no-pais,70002906845#:~:text=Dados%20do%20Servi%C3%A7o%20de%20Prote%C3%A7%C3%A3o,entre%2065%20e%2084%20anos.,), acesso em 10/07/2020.

¹⁰¹ Sobre conceito de superendividamento ativo e passivo vide <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-tratamento-do-super%20endividamento.pdf>, acesso em 10-05-2020

Conforme dados do relatório da pesquisa "Inadimplência de Pessoas Físicas", realizada por parceria entre a CNDL e o SPC Brasil (dados referentes a janeiro de 2020)¹⁰², o número de idosos inclusos em cadastros de inadimplentes é bastante significativo, principalmente se correlacionado com a base demográfica desta faixa etária na população brasileira:



Segundo pesquisa realizada pela Serasa em outubro de 2021, "7,5 milhões de inadimplentes com mais de 61 anos".¹⁰³

Não se pode ignorar que a violência psicológica e/ou patrimonial muitas vezes está subjacente às contratações deste jaez¹⁰⁴.

Segundo DAURA (2020)¹⁰⁵

Trata-se da vulnerabilidade cognitiva ou comportamental, ilustrativa da racionalidade limitada que caracteriza o comportamento do consumidor, exposto às diversas heurísticas e vieses durante o processo de tomada de decisão,(...)

¹⁰² Disponível em https://www.spcbrasil.org.br/wpimprensa/wp-content/uploads/2020/02/An%C3%A1lise-PF_jan_2019.pdf, acesso em 10/07/2020.

¹⁰³ Conforme reportagem do Jornal do Comércio do RS, disponível em https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/2016/09/economia/523969-brasil-tem-7-5-milhoes-de-inadimplentes-com-mais-de-61-anos-diz-serasa.html, acesso em 27/10/2021

¹⁰⁴ Sobre este tema DAURA, Samir Alves. Superendividamento do Consumidor: Abordagem estrutural e comportamental à luz do princípio do crédito sustentável. Disponível em <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/22098>, acesso em 29-05-2020

¹⁰⁵ ob. cit. p. 121

Consoante revela pesquisa realizada pela UFRGS-PROCON-SP, referida por DOLL e CAVALLAZZI (2017),¹⁰⁶ dentre as motivações para a contratação de empréstimo consignado, o auxílio financeiro a parentes¹⁰⁷ liderava o *ranking*, com 24% dos entrevistados¹⁰⁸:

Para familiares	Reforma da casa	Dívidas	Problemas de saúde	Necessidades básicas	Aquisição de eletrodomésticos	Viajar	Enterro
24	23	15	13	13	3		1

Fonte: pesquisa UFRGS-PROCON-SP

MARQUES; STELZER e CALSING referem que o idoso apresenta uma hipervulnerabilidade potencializada, por fatores tais como escolaridade precária, baixa renda, problemas de afeto ou confiança excessiva, entre outros.¹⁰⁹

¹⁰⁶ DOLL, Johannes; CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli. Crédito consignado e o superendividamento dos idosos. Revista de Direito do Consumidor (RDC), vol. 107 (setembro - outubro 2016). Disponível em

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDCons_n.107.11.PDF, acesso em 10/07/2020.

¹⁰⁷ Conforme reportagem do Estadão: "Administrar as finanças na velhice pode ser uma dificuldade, sobretudo dentro de casa. Mais da metade dos crimes de abuso econômico de idosos envolve os parentes mais próximos, como filhos, netos e sobrinhos. Dados do Disque 100, serviço de denúncias da ouvidoria da Secretaria dos Direitos Humanos do Governo Federal (SDH), mostram que dos tipos de violência cometidos contra os mais velhos, a financeira é a terceira maior do Brasil, atrás da psicológica (intimidação verbal ou não verbal, ameaças e humilhações) e negligência (abandono dos cuidados ao idoso)." Disponível em <https://infograficos.estadao.com.br/focas/planeje-sua-vida/violencia-financeira-um-drama-familiar>, acesso 27/10/2021.

¹⁰⁸ Sobre o assunto, importante verificar os resultados de outra pesquisa desenvolvida pela UFRGS, em parceria com o TJRS, tendo por amostra de mais de 6 mil audiências. In: MARQUES, Cláudia Lima. Conciliação em matéria de superendividamento dos consumidores: Principais resultados de um estudo empírico de 5 anos em Porto Alegre. Disponível em <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/11-Artigo-CLM-Coimbraconciliacao6fimenv-4.1>, acesso em 10/07/2020.

¹⁰⁹ MARQUES, Claudia Lima; STELZER, Joana; CALSING, Renata de Assis (Coordenadoras). Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo [Recurso eletrônico on-line], Florianópolis: CONPEDI, 2017. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/roj0xn13/lu8cyiu0/65nNe4NKEQN9ki3K.pdf>, acesso em 02/07/2020, *verbis*: " (...) o consumidor aposentado mostra-se mais propenso e vulnerável ao superendividamento, pois geralmente são pessoas idosas. Trata-se de uma categoria bastante

A gravidade conjuntural do superendividamento do idoso, levou à edição da Instrução Normativa INSS/PRES nº 28, de 16 de maio de 2008, que estabelece critérios e procedimentos operacionais relativos à consignação de descontos para pagamento de empréstimos e cartão de crédito, contraídos nos benefícios da Previdência Social, para os aposentados vinculados ao RGPS, em atenção ao § 1º, do art. 6º, da Lei nº 10.820, de 17 de dezembro de 2003¹¹⁰.

Ademais, no intuito de reduzir o âmbito de exposição dos aposentados, em 2018, a IN 28/2008 foi atualizada pela Instrução Normativa INSS nº 100/2018, para vedar o assédio de bancos, financeiras e cooperativas de crédito aos aposentados, por um período de 180 dias a contar da concessão do benefício¹¹¹, merecendo destaque o artigo 1º, §§ 1º a 4º¹¹².

despreparada, não sabendo lidar com as adversidades do crédito consignado, seja devido às carências afetivas, a baixa escolaridade, o excesso de confiança, ou em decorrência da baixa renda, fatores que acabam por gerar nesses consumidores consequências negativas. Tais fatores demonstram a existência de uma vulnerabilidade potencializada, necessitando o consumidor aposentado e idoso de um tratamento especial e diferenciado quanto ao crédito consignado. Os motivos mais comuns e que levam o consumidor aposentado a aderir ao crédito consignado é a pressão ou o aliciamento efetuados por membros da família e também fraudes realizadas por bandidos ou aliciadores, popularmente conhecidos por "pastinhas assediadores", que observam os aposentados no interior das agências bancárias para posteriormente os abordarem e utilizarem seus dados pessoais para realizar empréstimos, aproveitando-se da ingenuidade e falta de forças físicas e psicológicas desse tipo de consumidor. o consumidor aposentado mostra-se mais propenso e vulnerável ao superendividamento, pois geralmente são pessoas idosas."

¹¹⁰ Dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento, e dá outras providências.

¹¹¹ O texto consolidado das duas normativas está disponível em <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=77549>, acesso em 05/07/2020.

¹¹² Art. 1º O desconto no valor da aposentadoria e pensão por morte pagas pela Previdência Social das parcelas referentes ao pagamento de empréstimo pessoal e cartão de crédito, concedidos por instituições financeiras, obedecerão ao disposto nesta Instrução Normativa. § 1º Os benefícios referidos no caput, uma vez concedidos, permanecerão bloqueados para a realização de operações relacionadas à consignação de valores relativos a empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e operações de arrendamento mercantil até que haja autorização expressa para desbloqueio por parte de seu titular ou representante legal. (Parágrafo acrescentado pela Instrução Normativa INSS Nº 100 DE 28/12/2018). § 2º O desbloqueio referido no § 1º deste artigo somente poderá ser autorizado após noventa dias contados a partir da Data de Despacho do Benefício - DDB, por meio de serviço eletrônico com acesso autenticado, para tratamento das autorizações emitidas em meio físico ou eletrônico. (Parágrafo acrescentado pela Instrução Normativa INSS Nº 100 DE 28/12/2018). § 3º Fica expressamente vedado às instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil que mantenham Convênios e/ou Acordos de Cooperação Técnica com o INSS, diretamente ou por meio de interposta pessoa, física ou jurídica, qualquer atividade de marketing ativo, oferta comercial, proposta, publicidade direcionada a beneficiário específico ou qualquer tipo de atividade tendente a convencer o beneficiário do INSS a celebrar contratos de empréstimo pessoal e cartão de crédito, com pagamento mediante consignação em benefício, antes do decurso de 180 (cento e oitenta) dias contados a partir da respectiva DDB. (Parágrafo acrescentado pela Instrução Normativa INSS Nº 100 DE 28/12/2018). § 4º As atividades referidas no § 3º deste artigo, se realizadas no prazo de vedação, serão consideradas assédio comercial, e serão punidas nos termos do Capítulo XII, sem prejuízo de

No mesmo diapasão, a Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021, que altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento.

A nova redação do artigo 4º do Código de Defesa do consumidor dita que integram a Política Nacional das Relações de Consumo, o “fomento de ações direcionadas à educação financeira e ambiental dos consumidores;” bem como a “prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor.”

O artigo 5º, CDC passa a prever, dentre os instrumentos da PNR, a “instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa natural;” bem como núcleos de conciliação e mediação especializados. O catálogo do artigo 6º, CDC foi ampliado¹¹³; assim como o texto do artigo 51 do mesmo Código¹¹⁴.

Ademais, a novel disciplina dedica um capítulo inteiro sobre a prevenção do superendividamento da pessoa natural, o crédito responsável e a educação financeira do consumidor¹¹⁵.

Por fim, o novo texto legal detalha o procedimento para a aplicação dos meios alternativos de solução de conflitos na seara do superendividamento, bem como os elementos constitutivos e os efeitos do plano de pagamento da dívida ¹¹⁶.

assim também serem consideradas outras práticas qualificadas como abusivas pelos órgãos de defesa do consumidor. (Parágrafo acrescentado pela Instrução Normativa INSS Nº 100 DE 28/12/2018).

¹¹³ Passando também a constituir-se direitos do consumidor: XI- a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira e de prevenção e tratamento de situações de superendividamento, preservado o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, por meio da revisão e da repactuação da dívida, entre outras medidas; XII - a preservação do mínimo existencial, nos termos da regulamentação, na repactuação de dívidas e na concessão de crédito; XIII - a informação acerca dos preços dos produtos por unidade de medida, tal como por quilo, por litro, por metro ou por outra unidade, conforme o caso.

¹¹⁴ são consideradas abusivas as cláusulas que: XVII - condicionem ou limitem de qualquer forma o acesso aos órgãos do Poder Judiciário; XVIII - estabeleçam prazos de carência em caso de impontualidade das prestações mensais ou impeçam o restabelecimento integral dos direitos do consumidor e de seus meios de pagamento a partir da purgação da mora ou do acordo com os credores;

¹¹⁵ Título I, Capítulo VI-A da Lei 8.078/1980, com a redação dada pela Lei nº 14.181/2021.

¹¹⁶ Título II, Capítulo V da Lei 8.078/1980, com a redação dada pela Lei nº 14.181/2021.

Na constância do período pandêmico, sob um viés protetivo formal, também sobreveio a Lei nº 14.131, de 30 de março de 2021, que incrementou em 5% (cinco por cento) o percentual máximo para a contratação de operações de crédito com desconto automático em folha de pagamento até 31 de dezembro de 2021¹¹⁷; e alterou a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, a lei dos benefícios da Previdência Social.

A alteração legislativa, *s.m.j.*, serve mais à movimentação da economia e menos à efetiva e material proteção ao consumidor, mormente os hipervulneráveis, como o idoso.

4. Função social da publicidade

Numa visão reducionista, a publicidade serve ao mercado, que é a única dimensão de real interesse. As pessoas (consumidoras em potencial ou não) são circunstantes.

Nesta senda, EREMBERG (2003): Para os teóricos da publicidade, ao contrário do sentido em que aponta o ordenamento jurídico, o ser humano e as consequências por ele suportadas pouco ou nada importam quando se trata de buscar o lucro¹¹⁸.

Dessarte, sob esta ótica, uma peça publicitária é eficiente quando apresenta um produto ou serviço plasticamente, com foco no valor agregado correspondente, retornando ao tomador do serviço cada centavo investido na campanha, na forma de lucro com a venda ou a contratação.

Sobre o tema, ADAMI e RODRIGUES (2020)¹¹⁹:

Nessa busca pelo objetivo precípua de vender, percebe-se que a publicidade utiliza-se de discurso que não visa o pleno esclarecimento do consumidor atingido pela sua mensagem. Assim como apontado por Baudrillard, essa

¹¹⁷ Este percentual adicional veio a lume para duas finalidades específicas, quais sejam: "I - amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito; ou II - utilização com finalidade de saque por meio do cartão de crédito."

¹¹⁸ Ob.cit., p. 24.

¹¹⁹ ADAMI, Betina da Silva; RODRIGUES, Gabriela Wallau. Publicidade e informação na sociedade do consumo: Tensões entre a efetivação do direito à informação e a publicidade no cenário contemporâneo. Disponível em <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/12539>, acesso em 15-05-2020

modalidade de discurso serve-se especialmente de um método tautológico, vertido em metáforas. O pensador destaca que "as expressões 'cerveja melhor' (em relação a quê?), 'Lucky Strike', 'cigarro torrefeito' (mas, são-no todos!) levam apenas a uma evidência rodopiante (...) também aqui se opera a 'síntese artificial' do verdadeiro a partir da palavra eficiente".

Evidentemente que esta concepção não resiste ao controle de convencionalidade¹²⁰ (à luz, v.g., dos tratados internacionais incorporados ao nosso ordenamento para a proteção de idosos, pessoas portadoras de deficiências, crianças e adolescente, e.g.) e de constitucionalidade, que preconiza a proteção ao consumidor como direito fundamental.

Constitucional ou convencionalmente, uma peça publicitária será *funcionalmente* eficiente quando, para além da apresentação do produto e do serviço e do retorno financeiro ao investidor, atender às singularidades dos hipervulneráveis (artigo 5º, §§ 2º e 3º CF/88) e às condicionantes da ordem econômica, insertas no artigo 170 da Carta.

Sob a ótica consumerista, a publicidade deverá observar os valores estruturais da identificação (art. 36, caput, do CDC)¹²¹, veracidade (art. 37, §1º, do CDC)¹²², vinculação contratual do ofertante (art. 30, caput, CDC)¹²³, transparência na

¹²⁰ Não olvidamos que os tratados de direitos humanos incorporados na forma do artigo 5º, §3º da CF/88 integram o chamado bloco constitucional, sujeitando-se, pois ao controle de constitucionalidade (sobre o assunto: Ana Maria D'Ávila Lopes. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. Revista de Direito, v. 12, n. 12, 2016. Disponível em <https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1367/1053>, acesso em 20/10/2021.). Contudo, como ensina SARLET, porque os tratados não são incorporados ao Texto constitucional em si, também são parâmetros para o controle de convencionalidade (SARLET, Ingo Wolfgang. Controle de convencionalidade dos tratados internacionais. Conjur. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-controle-convencionalidade-tratados-internacionais>, acesso em 20/10/2021.)

¹²¹ Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

¹²² Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços

¹²³ Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

fundamentação (art. 38, CDC)¹²⁴, correção dos desvios publicitários (art.56, XII, CDC)¹²⁵.

Ademais, a publicidade não poderá ser abusiva (art. 37, §2º, CDC)¹²⁶, aproveitando-se dos vieses cognitivos e armadilhas psicológicas sem qualquer compromisso ético; ao revés: a função social da publicidade impõe o seu direcionamento para um mercado que valorize a dignidade da pessoa humana, o consumo consciente¹²⁷ e a sustentabilidade.

No mesmo sentido, trecho do relatório da CVM Comportamental¹²⁸, quando da abordagem dos vieses que envolvem o processo de compra, sob a perspectiva do consumidor:

(...) não apenas comentamos novos vieses, mas procuramos fazer isso sob a ótica do consumo consciente, mostrando em que sentido eles podem ser obstáculos entre a nossa intenção e as ações de adquirir produtos e serviços que efetivamente atendem nossas necessidades, sem comprometer nosso bem-estar financeiro e levando em conta aspectos de sustentabilidade.

Aconselhável, por exemplo, parar para refletir sobre o quanto realmente necessitamos de determinado produto ou serviço antes de adquiri-lo. Pesquisar antes de comprar é algo que também pode nos garantir uma boa economia, além de evitar o consumo por impulso.

¹²⁴ Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

¹²⁵ Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: (...) XII - imposição de contrapropaganda. Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo.

¹²⁶ Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. (...) § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

¹²⁷ Sobre o assunto, IDEC aponta que "(...) 62% dos brasileiros afirmam que já boicotaram marcas ou empresas por pelo menos um dos seguintes motivos: violações a direitos trabalhistas, testes ou maltrato a animais, crimes ambientais, discriminação de qualquer tipo ou posicionamento político." Disponível idec.org.br/idec-na-imprensa/consumo-consciente-comeca-se-popularizar-no-brasil, acesso em 27/10/2021.

¹²⁸ Série CVM COMPORTAMENTAL, 3º volume. Disponível em <http://pensologoinvisto.cvm.gov.br/serie-cvm-comportamental-vol-3-vieses-do-consumidor/>, acesso em 05/06/2020, p. 4

ERENBERG sustenta que a publicidade pode ser intrínseca (quanto ao conteúdo) ou extrinsecamente (quanto à forma) abusiva¹²⁹.

A abusividade intrínseca afronta os valores estruturais da publicidade consumerista: identificação (art. 36, caput, do CDC), veracidade (art. 37, §1º, do CDC), vinculação contratual do ofertante (art. 30, caput, CDC), transparência na fundamentação (art. 38, CDC), correção dos desvios publicitários (art.56, XII, CDC); bem como as diretrizes do Marco Civil da Internet¹³⁰.

A tipologia da abusividade extrínseca é longa.

Podem ser citados: "subterfúgios para forçar o direcionamento do programa de navegação do usuário a determinados sites"; a "obstrução da saída" da mensagem publicitária, que toma todo o espaço da tela do aparelho do usuário, forçando-o a desligar ou reiniciar o computador; "insinceridade de link" que, sob o pretexto de brinde ou jogo, leva o usuário a uma mensagem publicitária; a "truncagem

¹²⁹ ob. cit., p. 51 e seguintes

¹³⁰ MCI (grifei)

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial; V - não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização; V - manutenção da qualidade contratada da conexão à internet; VI - informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade; VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei; VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que: a) justifiquem sua coleta; b) não sejam vedadas pela legislação; e c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet; IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais; X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei; XI - publicidade e clareza de eventuais políticas de uso dos provedores de conexão à internet e de aplicações de internet; XII - acessibilidade, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, nos termos da lei; e XIII - aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet.

Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet. Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no caput, tais como aquelas que: I - impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet; ou II - em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil.

do fluxo de navegação", com excesso de "páginas intercaladas, banners, janelas pop up"; "desrespeito à privacidade", por intermédio de mineração de dados, instalação de cookies sem a ciência, tampouco a aquiescência do usuário; "remessa indiscriminada e massificada de mensagens" a dado endereço eletrônico (spamming); "uso inadequado de sites de aproximação, corretagem e leilão"; "propaganda subliminar", entre vários outros.¹³¹

5. O problema da ineficiência da contrapropaganda na *Internet*: crítica e proposições com base em aportes neurocientíficos

Considerando a efemeridade das peças publicitárias na rede mundial de computadores, em qualquer de seus suportes (rede de *display*, rede de pesquisas, redes sociais), bem como a customização dinâmica das páginas da *internet* de acordo com o histórico de busca do usuário, redundante operacionalmente inócua a imposição de contrapropaganda a quaisquer de seus agentes, sejam eles *websites* de destinação¹³² (relações *business to consumer*: B2C); de aproximação¹³³ (relações *consumer to consumer*: C2C) ou *marketplaces*¹³⁴ (B2B: *business to business* e B2C).

Consoante THEODORO JÚNIOR (2017)¹³⁵:

¹³¹ Para maior detalhamento sobre as várias categorias citadas, vide EREBERG, ob. cit., p. 53 a 66.

¹³² Também denominados como "Provedor de Aplicação de Internet (PAI) é um termo que descreve qualquer empresa, organização ou pessoa natural que, de forma profissional ou amadora, forneça um conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet, não importando se os objetivos são econômicos.". In: CEROY, Frederico Meinberg. Os conceitos de provedores no Marco Civil da Internet. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/211753/os-conceitos-de-provedores-no-marco-civil-da-internet>, acesso em 15/05/2020.

¹³³ Como AirBnB, Mercado Livre, entre muitos outros.

¹³⁴ "Marketplaces são mercados que unem diversos vendedores, seja no âmbito físico ou on-line. Com o crescimento do uso da tecnologia, especialmente a Internet, um fenômeno observado é o desenvolvimento de *marketplaces on-line*, chamados aqui de *e-marketplaces*, sendo que esses unem diversos vendedores *on-line*, chamados *e-commerces*. Os *e-marketplaces* são canais de venda *on-line* por meio dos quais é possível aos *e-commerces* venderem seus produtos em sites renomados como Mercado Livre, Extra, Americanas, Walmart, Dafiti, Netshoes, dentre outros, sendo que estes cobram um percentual de comissão de acordo com a categoria de produtos vendidos que varia de 10 (dez) a 30% (trinta por cento) por pedido de venda concluído, e esse percentual inclui os investimentos realizados pelo emarketplace em análise de crédito, antifraude, marketing digital". In: Potencial de vendas nos *e-marketplaces*. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ocs/index.php/clav/clav2017/paper/viewFile/6032/1789>, acesso em 23/05/2020.

¹³⁵ THEODORO JR, Humberto. Direitos do Consumidor. 9ª ed. ref., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 122

Na comunidade Europeia, a Diretiva 2000/1331, de 08.06.2000, procura distinguir, nas redes de comunicação, as situações em que o prestador de serviços de intermediação (dito provedor de conteúdo) possa ser ou não responsabilizado pelas informações transmitidas via Internet. A base da distinção é a neutralidade, ou não, do intermediador perante a informação transmitida: a) se o prestador se posta na origem da transmissão, isto é, se cria ou controla a informação, e seleciona o destinatário, torna-se responsável por seu conteúdo; b) se, porém, apenas oferece a informação criada por terceiro, sem qualquer interferência em seu conteúdo, não responde o provedor pela informação de terceiro (Diretiva 2000/1331, art. 12)

Ao parecer, a imposição de publicação de contrapropaganda na página de acesso do fornecedor, mesmo através de recurso estático de *marketing*, obrigatoriamente acessível a todos os usuários que a ela acessem, pode até ser juridicamente possível, mas flagrantemente ineficiente.

Os efeitos negativos da publicidade abusiva (inclusive a subliminar) ou enganosa, mesmo em veículos tradicionais, não podem ser completamente revertidos, diante da impossibilidade científica de retorno ao *status quo ante*.

Sob o ponto de vista psiconeurolinguístico, a criança e o idoso (recorte da abordagem deste ensaio) já foram expostos à mensagem e nada poderá reverter esta situação, mesmo que a veiculação do seu conteúdo seja, por adjudicação estatal, juridicamente proibida, com eficácia *ex nunc*.

E nem se diga que a solução advenha do PL nº 3.617/2019¹³⁶, que altera o Código de Defesa do Consumidor para instituir multa diária em caso de não realização de contrapropaganda (introduzindo os §§ 4º e 5º ao artigo 60 da Lei nº 8.078/90), porquanto a *astreinte* apenas punirá o infrator, mas não resolverá o problema dos efeitos da persuasão abusiva veiculada pela propaganda irregular.

ERENBERG enuncia três motivos para a apontada ineficiência da contrapropaganda, *in casu*¹³⁷:

¹³⁶ Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137351>, acesso em 10/10/2021.

¹³⁷ ob. cit., p. 66 a 70

Primo, não identificado o anunciante¹³⁸, apenas caberá a determinação de retirada da peça publicitária, dirigida ao provedor de aplicação¹³⁹.

Secundo (combinadamente ou não com a primeira objeção), há a questão da extraterritorialidade, quando o provedor, o anunciante (ou ambos) forem estrangeiros.

Terzo, porque a fluidez do fluxo de navegação na internet “torna praticamente impossível fazer com que a contrapublicidade atinja satisfatoriamente os consumidores expostos à mensagem patológica”¹⁴⁰. Por exemplo, um site “visitado pelo internauta muito provavelmente não o será novamente por um longo período de tempo (por vezes o endereço sequer estará ativo numa segunda tentativa de visita)”.¹⁴¹

Os sobreditos obstáculos à eficiência da contrapublicidade podem prejudicar, também, a persecução penal, por infringência aos artigos 67 e 68, CDC¹⁴².

Conclusão

Por todo o exposto, propomos a adoção, em casos que tais, de algumas das

¹³⁸ Apesar da clara disposição do Decreto nº 7.962/2013, art. 2º: “Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, as seguintes informações: I - nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda; II - endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato; (...)”

¹³⁹ Conforme Marco Civil da Internet, art. 15. “O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.”; e do art. 19. “Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.”

¹⁴⁰ ob. cit., p.69

¹⁴¹ ob. cit., p.69

¹⁴² Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva: Pena Detenção de três meses a um ano e multa. Parágrafo único. (Vetado).

Art. 68. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança:

Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa:

Parágrafo único. (Vetado).

diretrizes do *Ethical Guideline*¹⁴³ in *Neuromarketing*¹⁴⁴, quais sejam: (a) restrição para o *marketing* oculto (aquele que no seduz a comprar algo que normalmente não compraríamos); (b) proteção de grupos vulneráveis; (c) participação dos vulneráveis em projetos que promovam a melhoria do seu bem estar-físico e mental; (d) dever de informação (uso de terminologia leiga) aos participantes de todos os detalhes da pesquisa; (e) divulgação de ferramentas e escalas de medição cientificamente comprovados de fontes respeitáveis; (f) garantir regras detalhadas para uma comunicação precisa e ética dos resultados; (g) persuadir com comunicação argumentativa que será ponderada para a tomada de decisão.

Tecnologias neurométricas¹⁴⁵ podem ser aplicadas ao *marketing*, como recursos eficientes para pesquisas envolvendo a qualificação de produtos e serviços; a melhoria da usabilidade e das interfaces da *internet*; a orientação do comportamento do consumo, promovendo a autocrítica a compras impulsivas ou irracionais, apresentando formas de consumo consciente.¹⁴⁶

Por derradeiro, devemos evidenciar a importância do monitoramento dos

¹⁴³ O texto integral do código de ética da NMSBA- Neuromarketing Science & Business Association está disponível em <https://www.nmsba.com/neuromarketing-companies/code-of-ethics>, acesso em 21/10/2021.

¹⁴⁴ Conforme PAREDES, Arthur Ribeiro. Profundamente: Neuromarketing e comportamento de consumo. 1 ed. sem editora. [e-book], a origem do termo está associada à criação da empresa britânica neurosense (1999), "que já atuava com testes neurocientíficos em marcas, produtos e embalagens e campanhas de marketing." A primeira pesquisa acadêmica em neuromarketing deu-se em 2004, com publicação na revista Neuron, tendo por autor o neurocientista americano Read Montague. A pesquisa é conhecida como "o famoso experimento Coca-Cola x Pepsi." "A rápida popularização do neuromarketing veio com sua utilização prática no marketing e na publicidade, sendo possível determinar quais áreas do cérebro são ativadas quando um voluntário é apresentado a um determinado estímulo como um produto, marca, comercial, anúncio publicitário, obtendo assim, seus comportamentos associados."

¹⁴⁵ Como o ELETROENCEFALOGRAMA, criado em 1929, que rastreia e registra padrões de ondas cerebrais superficiais, fornecendo informações, níveis envolvimento, motivação, frustração, carga de trabalho cognitiva entre outros processos emocionais e a RESSONÂNCIA NUCLEAR MAGNÉTICA que, a parti do início da década de 1990, passou a ser utilizada para rastrear a atividade cerebral durante a realização de uma tarefa ou mapeamento da resposta a estímulos (RESSONÂNCIA NUCLEAR MAGNÉTICA FUNCIONAL), tendo por pressuposto a relação diretamente proporcional entre o aumento fluxo sanguíneo e o aumento atividade neuronal. PAREDES, Arthur Ribeiro. Profundamente: Neuromarketing e comportamento de consumo. 1 ed. sem editora. [e-book]

¹⁴⁶ PAREDES, Arthur Ribeiro. Profundamente: Neuromarketing e comportamento de consumo. 1 ed. sem editora. [e-book]

principais biomarcadores, diretamente relacionados com a publicidade comportamental, como a acetilcolina¹⁴⁷, dopamina¹⁴⁸, endorfinas¹⁴⁹, melatonina¹⁵⁰, noradrenalina¹⁵¹, serotonina¹⁵² e ocitocina¹⁵³.

BIBLIOGRAFIA

ADAMI, Betina da Silva; RODRIGUES, Gabriela Wallau. **Publicidade e informação na sociedade do consumo: Tensões entre a efetivação do direito à informação e a publicidade no cenário contemporâneo.** Disponível em

¹⁴⁷ Conforme SILVÉRIO, Gustavo Camargo; ROSAT, Renata Menezes. Memória de longo-prazo: mecanismos neurofisiológicos de formação, Revista de Medicina de Minas Gerais, v. 16, n. 4. Disponível em: <http://rmmg.org/artigo/detalhes/577>, acesso em 20/10/2021., a *"acetilcolina está relacionada com o aumento da síntese de FNC (fator neural de crescimento) e este com a consolidação de informações."*

¹⁴⁸ Para aprofundamento do tema: LINDSTROM, Martin. Brandwashed - O lado oculto do marketing. Controlamos o que compramos ou são as empresas que escolhem por nós?. Tradução Rosemarie Ziegelmaier. São Paulo: HSM Editora, 2002.

¹⁴⁹ Sobre campanha publicitária com foco na ativação da endorfina, ver: CHAGAS, Mariana Ferreira; DA SILVA, Fabio do Nascimento Siqueira. Neuromarketing e comportamento do consumidor: a tomada de decisão na aquisição de um produto ou serviço. Disponível em https://www.convibra.org/congresso/res/uploads/pdf/artigo_pdf9NrEIT16.05.2021_14.24.23.pdf acesso 20/10/2021.

¹⁵⁰ Conforme ensina LORENA, Gimenez do Prado. Neuromarketing e publicidade: como a lógica de consumo é entendida pela ciência. Disponível em <https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqTccs/1711340173.pdf>, acesso em 20/10/2021, p.34: *"(...) a melatonina, gerada pela glândula pineal, é responsável por controlar o sono. Quem dorme pouco, normalmente não produz melatonina o bastante, e isso interfere diretamente no neurotransmissor serotonina. Inclusive, conforme cita Peruzzo (2015), é por esse motivo que algumas grandes liquidações de lojas são feitas de madrugada, já que sem dormir, com pouca serotonina e não estando em íntegras condições de consciência, o consumidor se torna um alvo muito mais fácil."*

¹⁵¹ Sobre o assunto, leciona GUARNIERI, Vanessa. Neuromarketing: uma nova perspectiva para compreender o comportamento do consumidor. http://ric.cps.sp.gov.br/bitstream/123456789/563/1/20141S_GUARNIERIVanessa_TCCGE0066.pdf acesso em 15/10/2021. *"(...) a música é considerada uma ferramenta subliminar, pois com facilidade estimula as emoções prejudicando as tomadas de decisões. Quando estímulos nervosos enviados pelo ouvido chegam ao tálamo, novos impulsos são enviados para outras regiões do cérebro. Uma dessas regiões é o núcleo denominado cerúleo que, quando estimulado intensamente, libera noradrenalina que atua como anestesia no córtex pré-frontal. (...)"*

¹⁵² A maior parte da serotonina é produzida pelo intestino (VEDOVATO, K.; TREVIZAN, A. R.; ZUCOLOTO, C. N.; BERNARDI, M. D. L.; ZANONI, J. N.; MARTINS, J. V. C. P. O eixo intestino-cérebro e o papel da serotonina. Arq. Ciênc. Saúde Unipar, Umuarama, v. 18 n. 1, p. 33-42, jan./abr. 2014. Disponível em <https://www.revistas.unipar.br/index.php/saude/article/download/5156/2982>, acesso em 20/10/2021). Assim, como preconiza NEIVA, Luísa do Amaral. O neuromarketing e a comunicação visual: uma análise da contribuição do estudo de neuromarketing para a comunicação visual das embalagens. Disponível em <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/123456789/1887/2/20839451.pdf>, acesso em 20/10/2021: *"(...) o estudo do neuromarketing necessita do apoio da endocrinologia comportamental e da genética comportamental. (...)"*

¹⁵³ Pesquisas científicas sobre o efeito da ocitocina na economia comportamental podem ser vistas em ZAK, P.J.; KURZBAN, R. & MATZNER, W.T. (2004). The Neurobiology of Trust. Annals of the New York Academy of Sciences, n. 1032, p. 224-27

<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/12539>, acesso em 15-05-2020.

ALGAR Tech. **Internet preditiva: assertividade e inteligência artificial**. Disponível em: <https://algartech.com/pt/blog/internet-preditiva-assertividade-e-inteligencia-artificial/>, acesso em 29-05-2020.

BEATTY, Sharon E.; HAWKINS, Del I.. Subliminal Stimulation: Some New Data and Interpretation. **Journal of Advertising**, vol. 18, no. 3, Taylor & Francis, Ltd., 1989, pp. 4–8, <http://www.jstor.org/stable/4188728>, acesso em 14/10/2021.

BLUMBERG, Bruce; LOBERG, Kristin. **The obesogen effect**. New York: Life & Style, 2018.

BOZKURT, Siddik; GLIGOR, David; HOLLEBEEK, Linda D. Ethnicity's effect on social media-based comment intention: Comparing minority and majority consumers, **Psychology and Marketing**, julho de 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1002/mar.21549>, acesso em 09/10/2021.

BRASIL, Lei nº 12.965/2014. Brasília, DF, abril de 2014. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm, acesso em 21/10/2021.

BRASIL, BANCO CENTRAL, Relatório de Economia Bancária – 2020 do Banco Central. Disponível em https://www.bcb.gov.br/content/publicacoes/relatorioeconomiabancaria/reb_2020.pdf, acesso em 25/10/2021.

Brasil, Comissão de Valores Mobiliários. Série CVM COMPORTAMENTAL, 3º volume. Disponível em <http://pensologoinvestido.cvm.gov.br/serie-cvm-comportamental-vol-3-vieses-do-consumidor/>, acesso em 05/06/2020.

BRASIL, CONANDA, Resolução nº 163/2014, disponível em <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1635.html>. Acesso em 02/06/2020 .

BRASIL, CONAR. Código de Autorregulamentação Publicitária. Disponível em <http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>, acesso em 10/06/2020.

BRASIL, IBGE, PNS - Pesquisa Nacional de Saúde, Ciclo 2019. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/saude/9160-pesquisa-nacional-de-saude.html?=&t=resultados>, acesso em 10/07/2020.

BRASIL, Lei nº 10.820/2003. Brasília, DF, dezembro 2003. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.820.htm, acesso em 25/10/2021.

BRASIL, Lei nº 14.131/2021. Brasília, DF, março de 2021. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.131-de-30-de-marco-de-2021-311647165>, acesso em 25/10/2021.

BRASIL, MINISTÉRIO DA ECONOMIA. COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIA. Série CVM COMPORTAMENTAL, 3º volume. Disponível em <http://pensologoinvisto.cvm.gov.br/serie-cvm-comportamental-vol-3-vieses-do-consumidor/>, acesso em 05/06/2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.442/2019. Proíbe a utilização de mensagens subliminares na propaganda veiculada nas emissoras de radiodifusão. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E156418B2A4A179E8179475AD624ED2A.proposicoesWebExterno, acesso em 10/06/2020.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Brasília, DF, outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 01/10/2021.

BRASIL. CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. PREVIDÊNCIA SOCIAL. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/funcoes/09-previdencia-social?ano=2019>. Acesso em 10/07/2020.

BRASIL. CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. PREVIDÊNCIA SOCIAL. <http://www.portaltransparencia.gov.br/funcoes/09-previdencia-social?ano=2021>, acesso em 25/10/2021.

BRASIL. DECRETO LEGISLATIVO nº 28/1990. Aprova o texto da convenção sobre os direitos da criança, adotada pela assembleia geral das nações unidas, em 20 de novembro de 1989 e assinada pelo governo brasileiro, em 26 de janeiro de 1990. Brasília, DF, setembro de 1990. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/535984>. Acesso em 12/10/ 2021.

BRASIL. DECRETO nº 7.962/2013. Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Brasília, DF, , março de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm. Acesso em 12/10/ 2021.

BRASIL. DECRETO nº 99.710/1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, DF, novembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em 12/10/ 2021.

BRASIL. INSTITUTO NACIONAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. Instrução Normativa INSS Nº 28/2008. Estabelece critérios e procedimentos operacionais relativos à consignação de descontos para pagamento de empréstimos e cartão de crédito,

contraídos nos benefícios da Previdência Social. Brasília, DF, maio de 2008. <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=77549>, acesso em 05/07/2020..

BRASIL. INSTITUTO NACIONAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. Portaria 1.959/2017. Regulamenta os incisos II e VI do art. 58 da Instrução Normativa INSS/PRES nº 28, de 16 de maio de 2008, em atendimento à recomendação de que trata o art. 1º da Resolução CNP/GM/MF nº 1.333, de 28 de setembro de 2017. Brasília, DF, dezembro de 2017. Disponível em https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/portaria-n-1-959-de-8-de-novembro-de-2017-19402843, acesso em 12/10/2021.

BRASIL. LEI nº 10.741/2003. Brasília, DF, janeiro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm, acesso em 01/10/2021.

BRASIL. LEI nº 13.257/2016. Brasília, DF, março de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm, acesso em 01/10/2021.

BRASIL. LEI nº 13.424/2017. Brasília, DF, março de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13424.htm, acesso em 01/10/2021.

BRASIL. LEI nº 14.181/2021. Brasília, DF, julho de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm, acesso em 01/10/2021.

BRASIL. LEI nº 8.069/90. Brasília, DF, julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm, acesso em 01/10/2021.

BRASIL. LEI nº 8.078/1980. Brasília, DF, setembro de 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm, acesso em 01/10/2021.

BRASIL. LEI nº 8.842/1994. Brasília, DF, janeiro de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8842.htm, acesso em 01/10/2021.

Brasil. Ministério da Justiça. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. Prevenção e tratamento do superendividamento. Claudia Lima Marques, Clarissa Costa Lima e Káren Bertoncello. Brasília: DPDC/SDE, 2010. Disponível em <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-tratamento-do-super%20endividamento.pdf> em 10-05-2020 .

BRASIL. REDE NACIONAL PRIMEIRA INFÂNCIA. "Obesidade na Primeira Infância", disponível em <http://primeirainfancia.org.br/wp-content/uploads/2015/01/Obesidade-Infantil-v6.pdf>, acesso em 10/07/2020,

BRASIL. SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 3617, de 2019. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para instituir multa diária em caso de não realização da contrapropaganda. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137351>, acesso em 10/10/2021.

BRIDGER, Darren. **Neuromarketing: como a Neurociência aliada ao desing pode aumentar o engajamento e a influência dos consumidores**. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra, 1ed., São Paulo: Autêntica Business, 2018.

CALAZANS, Flávio. **Propaganda subliminar multimídia**. São Paulo: Summus, 1992.

CAMERON, James E. A Three-Factor Model of Social Identity. **Self and Identity**, p. 239-262, 2007, Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13576500444000047>, acesso em 12/10/2021.

Caminhos da Reportagem: Publicidade Infantil. **TV Brasil**, 25 de nov. de 2011, disponível em <https://youtu.be/5vXNpBRw51Y>, acesso em 09/07/2020.

CEROY, Frederico Meinberg. **Os conceitos de provedores no Marco Civil da Internet**. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/211753/os-conceitos-de-provedores-no-marco-civil-da-internet#:~:text=Para%20Leonardi%2C%20provedor%20de%20servi%C3%A7os,internet%2C%20ou%20por%20meio%20dela>, acesso em 15/05/2020.

CHAGAS, Mariana Ferreira; DA SILVA, Fabio do Nascimento Siqueira. **Neuromarketing e comportamento do consumidor: a tomada de decisão na aquisição de um produto ou serviço**. Disponível em https://www.convibra.org/congresso/res/uploads/pdf/artigo_pdf9NrEIT16.05.2021_14.24.23.pdf, acesso 20/10/2021.

CORONA-CABRERA, Violeta. La necesidad de la neuroética en la investigación de mercados. Estudio del Código de Ética de la Neuromarketing Science and Business Association. **RPE**, Vol. 5, No. 1 Marzo de 2018; Disponível em <http://dx.doi.org/10.16967/rpe.v5n1a4>, acesso em 21/10/2021.

CRUZ, L. F. F. M. Apontamentos sobre as formas de atuação do Estado no domínio econômico. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 90, p. 124-155, 2010.

DA SILVA, Michele Félix. **Influência do consumidor infantil no processo de compra familiar**. Monografia. Instituto Federal de Educação, Ciências e Tecnologia. Disponível em: https://www.ifspcaraguatatuba.edu.br/images/conteudo/TCC_MICHELLE.pdf, acesso em 10/07/2020.

DAURA, Samir Alves. **Superendividamento do Consumidor: Abordagem estrutural e comportamental à luz do princípio do crédito sustentável**. Disponível em <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/22098> , acesso em 29-05-2020.

DE FRANCESCHI JÚNIOR, Reginaldo. **Limiar: uma visão publicitária sobre os limites da percepção**. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo. Escola de Comunicação e Artes. Departamento de Relações Públicas, Publicidade e Turismo. São Paulo: 2009. USP. Disponível em https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/27/27154/tde-20102009-215257/publico/dissertacao_final.pdf, acesso em 01/10/2021.

DEHAENE Stanislas; CHANGEUX, Jean-Pierre; NACCACHE Lionel; SACKUR, Jérôme; SERGENT, Claire. Conscious, preconscious, and subliminal processing: a testable taxonomy. **TRENDS in Cognitive Sciences**, Vol.10 No.5 May 2006. Disponível em https://www.researchgate.net/profile/Claire-Sergent/publication/7177242_Conscious_preconscious_and_subliminal_processing_A_testable_taxonomy/links/5a09ad5a458515afc7b0e2b3/Conscious-preconscious-and-subliminal-processing-A-testable-taxonomy.pdf, acesso em 10/10/2021.

DOLL, Johannes; CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli. Crédito consignado e o superendividamento dos idosos. **Revista de Direito do Consumidor (RDC)**, vol. 107 (setembro- outubro 2016). Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDCons_n.107.11.PDF, acesso em 10/07/2020.

DOLL, Johannes; CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli. Crédito consignado e o superendividamento dos idosos. **Revista de Direito do Consumidor (RDC)**, vol. 107 (setembro - outubro 2016). Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDCons_n.107.11.PDF, acesso em 10/07/2020.

EFING, Antônio Carlos; SOARES, Alexandre Araújo Cavalcante. **Ética do Consumo, Consumo Consciente e Felicidade**. Disponível em <http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v1i48.6657>, acesso em 29-05-2020.

EHRENBERG, A. (2000). Repetitive Advertising and the Consumer. **Journal of Advertising Research**, v 40, n. 6, p 39-48. Disponível em <https://www.cambridge.org/core/journals/journal-of-advertising-research/article/abs/repetitive-advertising-and-the-consumer/E4BBF005C3880EB586C1C88E3286E6EA>, acesso em 14/10/2021.

ERENBERG, Jean Jacques. **Publicidade patológica na internet à luz da legislação brasileira**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

Febraban e ABBC apresentam regras de autorregulação para consignado. **Correio Brasiliense** (on line), publicado em 24/09/2019. https://www.correiobrasiliense.com.br/app/noticia/economia/2019/09/24/internas_economia,784744/febraban-e-abbc-apresentam-regras-de-autorregulacao-para-consignado.shtml, acesso em 25/08/2021

FESTINGER, Leon. **A theory of cognitive dissonance**. Evanston, IL: Row, Peterson, 1957.

FLETRIN, Lonhana Pinheiro; RAMINELLI, Francieli Puntel. **A Reforma do CDC e suas Implicações na Interação online entre consumidor e fornecedor**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3d3d286a8d153a4a>, acesso em 15/05/2020.

GONÇALVES, Marco Antônio. CESCON, Everaldo. **Ética e consumo: o consumo como estratégia ético-política**. Disponível em <http://www.uces.br/etc/revistas/index.php/conjectura/article/view/2187>, acesso 10-05-2020.

GUARNIERI, Vanessa. **Neuromarketing: uma nova perspectiva para compreender o comportamento do consumidor**. Monografia. Faculdade de Tecnologia de Americana. Disponível em http://ric.cps.sp.gov.br/bitstream/123456789/563/1/20141S_GUARNIERIVanessa_TCCGE0066.pdf, acesso em 21/10/2021.

Idosos reféns de empréstimos consignados aguardam batalha jurídica em meio à pandemia. **Pública**, publicado em 7 de maio de 2020. Disponível em <https://apublica.org/2020/05/idosos-refens-de-emprestimos-consignados-aguardam-batalha-juridica-em-meio-a-pandemia/>, acesso em 09/10/2020,

JEFFREY N. Rouder; Richard D. Morey. **The Nature of Psychological Thresholds**. disponível em http://pcl.missouri.edu/sites/default/files/Rouder.Morey_.2009_0.pdf, acesso em 18-05-2020.

JIN, Xialong et al. Significance and Challenges of Big Data Research. **Big Data Research**, n. 2, p. 59–64. 2015.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar [recurso eletrônico]: duas formas de pensar**. Tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk. **Econometrica**, Vol. 47, n. 2., mar. de 1979, pp. 263-291. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/1914185>, acesso em 10/10/2021.

KEY, Wilson Bryan. *Subliminal Seducton*. Nova York: Signet Books, 1974 **apud** CALAZANS, Flávio. **Propaganda subliminar multimídia**. São Paulo: Summus, 1992, p. 32.

KRUGMAN, Herbert E. Publicidade na televisão – Aprendizagem sem envolvimento. In: JONES, John Philip (org.). **A publicidade como negócio**. São Paulo: Nobel, 2002. LÉVY, Pierre. **As Tecnologias da Inteligência**. Rio de Janeiro: Editora 34, 1993.

LEWIS, E. St. Elmo. **Financial Advertising: for commercial and savings banks, trust, title insurance, and safe deposit companies, investment houses**. Indianapolis: Levey Bros. & Company, 1908.

LIMEIRA, T. M. **Comportamento do consumidor brasileiro**. São Paulo: Saraiva [recurso eletrônico], 2ª ed., 2016, 464 p.

LINDSTROM, Martin. Brandwashed. **O lado oculto do marketing. Controlamos o que compramos ou são as empresas que escolhem por nós?** Tradução Rosemarie Ziegelmaier. São Paulo: HSM Editora, 2002.

LONDERO, Rodolfo Rorato. Ainda AIDA? – uma revisão histórico-crítica da hierarquia dos efeitos publicitários, **Revista Interamericana de Comunicação Midiática**, v. 16, n. 31, 2017, p. 138-158 Disponível em <https://periodicos.ufsm.br/animus/article/view/21084>, acesso em 14/10/2021.

LONGHI, João Victor Rozatti; BORGES, Gabriel Oliveira de Aguiar. **Marketing cruzado na Internet e publicidade abusiva: a necessária proteção à privacidade do consumidor**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9910489e4ff31089>, acesso em 20-05-2020.

LORENA, Gimenez do Prado. **Neuromarketing e publicidade: como a lógica de consumo é entendida pela ciência**. Monografia. IMESA e FEMA. Disponível em <https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqTccs/1711340173.pdf>, acesso em 20/10/2021.

LUZ, Victoria Vilasanti; FINOTI, Lucas Lira; DIAS, Helison Bertoli Alves; TOALDO, Ana Maria Machado Dissonância Cognitiva nas Pesquisas do Comportamento do Consumidor: Um Estudo Sistemático. v. 8 n. 13 (2018), **Revista de Administração do UNISAL**, p. 98-116.

MACHADO, Radamés Comassetto. **Marco civil da internet - Análise dos pontos relevantes da Lei nº 12.965/2014**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/30162/marco-civil-da-internet-analise-dos-pontos-relevantes-da-lei-n-12-965-2014>, acesso em 24-05-2020.

MALAGUIAS, Mateus. **E-Commerce C2C: Responsabilidade Civil do Intermediador, Venda Mediante Amostra e Direito de Arrependimento**. Disponível em

<https://mateusmalaquias.jusbrasil.com.br/artigos/554442748/e-commerce-c2c-responsabilidade-civil-do-intermediador-venda-mediante-amostra-e-direito-de-arrependimento>, acesso em 15-05-2020.

MARQUES, Cláudia Lima. **Conciliação em matéria de superendividamento dos consumidores: Principais resultados de um estudo empírico de 5 anos em Porto Alegre**. Disponível em <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/11-Artigo-CLM-Coimbraconciliacao6fimenv-4.1.pdf>, acesso em 10/07/2020.

MARQUES, Claudia Lima; BARBOSA, Fernanda Nunes. **A proteção dispensada à pessoa idosa pelo direito consumerista é suficiente como uma intervenção reequilibradora?** Disponível em <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/430>, acesso em 28-05-2020.

MARQUES, Claudia Lima; STELZER, Joana; CALSING, Renata de Assis (Coordenadoras). **Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo** [Recurso eletrônico on-line], Florianópolis: CONPEDI, 2017. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/.pdf>, acesso em 02/07/2020.

MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. **Responsabilidade Civil do Provedor pelos Danos à Pessoa Humana nos Sites de Redes Sociais**. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2016/09/08/responsabilidade-civil-do-provedor-internet-pelos-danos-a-pessoa-humana-nos-sites-de-redes-sociais/>, acesso em 13/09/2021.

McCleary, R., & Lazarus R. (1949). Autonomic discrimination without awareness. **Journal of Personality Change**, n. 18, p. 171-179. Disponível em <https://doi.org/10.1111/j.1467-6494.1949.tb01238.x>, acesso em 10/10/2021.

MENDES, Luzia. **Como utilizar a análise preditiva no setor de TI?** Disponível em <https://www.interop.com.br/blog/analise-preditiva/>, acesso em 29-05-2020
MERLEAU-PONTY. **Fenomenologia da percepção**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

MORIS, Charles W. **Fundamentos da Teoria dos Signos**. Trad. Milton José Pinto. São Paulo: ESUSP, 1976 apud CALAZANS, ob.cit., p. 196.

NASCIMENTO, Thiago Gomes. Escala Trifatorial da Identidade Social (ETIS): Evidências de sua Adequação Psicométrica. **Psico-USF**, Bragança Paulista, v. 22, n. 2, p. 217-234, mai./ago. 2017. Disponível em www.scielo.br <http://dx.doi.org/10.1590/1413-82712017220203>, acesso em 10/10/2021.

NEIVA, Luísa do Amaral. **O neuromarketing e a comunicação visual: uma análise da contribuição do estudo de neuromarketing para a comunicação visual das embalagens**. Monografia. Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Disponível em <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/123456789/1887/2/20839451.pdf>, acesso em 20/10/2021.

NERY, Vanda Cunha Albieri; SILVA Natassia Catita. Propaganda subliminar: um estudo sobre a sua interpretação, **OP SIS**, vol. 7, nº 8, jan-jun 2007. disponível em <https://revistas.ufg.br/Opsis/article/view/9412/6488>, acesso em 10/10/2021.

Obesogênicos. Instituto Superior de Medicina. s/d. Disponível em: <https://ismd.com.br/voce-sabe-o-que-sao-os-obesogenicos/>, acesso em 10/07/2020.

OECD (2019), **The Role of Digital Platforms in the Collection of VAT/GST on Online Sales**, OECD, Paris. Disponível em www.oecd.org/tax/consumption/the-role-of-digital-platforms-in-the-collection-of-vat-gst-on-online-sales.pdf, acesso em 20-05-2020.

PAREDES, Arthur Ribeiro. **Profundamente: Neuromarketing e comportamento de consumo**. 1 ed. sem editora. [e-book]

PEIRCE, C. S. **Semiótica e filosofia**. São Paulo: Cultrix, 1972.

SANTIAGO, Maria Cristina Paiva; TADDEI, Anna. **Cidadania, Sociedade e Consumo: uma proposta para reflexão**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2bbc1cc8fd0e5f9e>, acesso em 20-05-2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Controle de convencionalidade dos tratados internacionais. **Conjur**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-control-e-convencionalidade-tratados-internacionais>, acesso em 20/10/2021.

SCARCELLA, Luisa. **E-commerce and effective VAT/GTS enforcement: Can online platforms play a valuable role?** Disponível em <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364919303826>, acesso em 21-05-2020.

SCHÜTZ, Ronaldo; DE JESUS, Saul Neves. **Percepção subliminar: longe dos olhos, perto do coração**. Dos Algarves. Disponível em <http://www.dosalgarves.com/revistas/N13/1rev13.pdf>, acesso em 10/10/2021.

SCHWAB, Klaus. **The fourth industrial revolution**. Genebra: World Economic Forum, 2016, *passim*.

SHANNON, Claude E.; A Mathematical Theory of Communication. **System Technical Journal**, vol. 27, p. 379-423; 626-653, July, October, 1948. Disponível em <https://people.math.harvard.edu/~ctm/home/text/others/shannon/entropy/entropy.pdf>. Acesso em 10/10/2021.

SILVÉRIO, Gustavo Camargo; ROSAT, Renata Menezes. Memória de longo-prazo: mecanismos neurofisiológicos de formação, **Revista de Medicina de Minas Gerais**,

v. 16, n. 4. Disponível em: <http://rmmg.org/artigo/detalhes/577>, acesso em 20/10/2021.

STELZER Joana; DO CARMO, Valter Moura. **Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF; Coordenadores: Florianópolis: CONPEDI, 2016.

TAJFEL, H. (1978). **Differentiation between social groups**. London: Academic Press.
TAJFEL, H.; TURNER, J. C. (1979). An integrative theory of intergroup conflict, In: W. G. Austin & S. Worchel. **The social psychology of intergroup relations**. Monterey, CA: Brooks-Cole, 1979, p. 33/47.

THEODORO JR, Humberto. **Direitos do Consumidor**. 9ª ed. ref., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

THOMAS, Andrew R. et alli. **Ethics and Neuromarketing: Implications for Market Research and Business Practice**. Ohio: Springer. ISBN 978-3-319-445609-6 [e-book], *passim*.

ULHOA, Fábio Coelho. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VAUGHN, Richard. How advertising works: a planning model. **Journal of Advertising Research**, v. 20, n. 5, p. 27-33, 1980.

VEDOVATO, K.; TREVIZAN, A. R.; ZUCOLOTO, C. N.; BERNARDI, M. D. L.; ZANONI, J. N.; MARTINS, J. V. C. P. O eixo intestino-cérebro e o papel da serotonina. **Saúde Unipar**, Umuarama, v. 18 n. 1, p. 33-42, jan./abr. 2014. Disponível em <https://www.revistas.unipar.br/index.php/saude/article/download/5156/2982>, acesso em 22/10/2021.

VIANNA, Túlio Lima. **Transparência pública, opacidade privada: o Direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle**. Tese. Curitiba: UFPR. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/26977314_Transparencia_publica_opacidade_privada_o_direito_como_instrumento_, acesso em 20-05-2020.

Volume do crédito consignado bate recorde e supera R\$ 440 bi. **NotíciasR7** (on line), publicada em 15/03/2021, disponível em <https://noticias.r7.com/economia/volume-do-credito-consignado-bate-recorde-e-supera-r-440-bi-15032021> acesso em 25/08/2021;

Webshoppers, **Ebit**, 2021, 44ª ed. Disponível <https://www.ebit.com.br/webshoppers/webshoppersfree>. Acesso em 25/10/2021.
ZAK, P.J.; KURZBAN, R. & MATZNER, W.T. (2004). The Neurobiology of Trust. **Annals of the New York Academy of Sciences**, n. 1032.

5. Ser-humano-juiz: uma visão introdutória sobre os impactos do neurodireito na tomada de decisões judiciais

 <https://doi.org/10.36592/9786581110628-5>

*Ana Maria Bezerra*¹

*Renato César Cardoso*²

Sumário: Introdução. 1.Desmistificando a ideia de superhumanidade do juiz. 1.1. (re)Lançamento do ser-humano-juiz em cada processo?1.2. A busca automática por economia de energia na tomada de decisões. 2. (algumas) Consequências da humanidade do juiz. 2.1. Não-tão-livre convencimento não-tão-motivado no processo penal. 2.2. Vieses cognitivos nas decisões judiciais. 3. Pressupondo necessária a sensibilidade humana, então o que fazer? Lidando com a imprevisibilidade previsível. Considerações finais. Referências.

Introdução

Neurodireito diz respeito a uma área em ascensão, tanto na neurociência como no direito, sendo interdisciplinar por essência, ao tratar das consequências de descobertas das ciências cognitivas para as mais diversas áreas jurídicas. Nesse sentido, o exame do comportamento humano e do funcionamento de sua mente, por meio de experimentos, análises e outros tipos de estudos cientificamente verificáveis, tem permitido compreender de uma maneira mais segura como indivíduos interagem uns com os outros e percebem a si mesmos, gerando reflexos relevantes na concepção que se tem sobre justiça.

A presente pesquisa trata de aspectos gerais e introdutórios dessa área, buscando compreender e demonstrar seus principais impactos, especificamente, na tomada de decisão judicial. Por meio de pesquisa bibliográfica, o objetivo que permeará todo o desenvolvimento do trabalho gira em torno de uma tentativa de

¹ <http://lattes.cnpq.br/3162654202042759>

² <http://lattes.cnpq.br/0182414888427256>

mostrar o juiz como ser humano que não consegue se desprender das características dessa condição, mesmo no momento de vestir a sua toga.

Optou-se por estruturar a escrita em três partes, sendo a primeira destinada a expor que o juiz não deixa de ser humano para analisar casos concretos, estando sujeito a influências implícitas em suas tomadas de decisões. Na segunda parte, serão apresentadas algumas consequências dessa 'humanização' da figura do juiz, em especial relacionadas à análise probatória e à possibilidade de incidência de vieses cognitivos durante todo o processo judicial. Por fim, na terceira parte, será realizada breve reflexão sobre como lidar com a falibilidade do ser-humano-juiz de modo a tentar evitar que eventual interpretação realizada de maneira automática resulte em decisões injustas.

Assim, ao final da leitura, espera-se ter chamado a atenção para a relevância do neurodireito no âmbito das tomadas de decisões judiciais, na medida em que ajuda a compreender como age o ser-humano-juiz.

1. Desmistificando a ideia de superhumanidade do juiz

A cada instante, todo e qualquer indivíduo se vê diante de situações que exigem tomada de decisões, das mais simples às mais complexas. Entre escolher a marca do sabonete que vai usar, comer ou não um chocolate, em que escola matricular o filho, ou em qual área se profissionalizar, o cérebro está em constante funcionamento. Em relação a uma pessoa que exerce a carreira de magistratura, essa exigência de constância decisória não é diferente, a não ser pelo fato de que decide, além do que já se mencionou, acerca de detalhes das vidas de outras pessoas.

De fato, é dado ao juiz um poder decisório relevante, carregado com grandes expectativas de justiça por parte da sociedade à qual pertence. É comum, nesse cenário, que se tenha uma ideia mistificada desse profissional, como se fosse possível que ele se desprendesse de sua condição humana no momento do exercício de sua profissão. Caso não atenda às expectativas, ou melhor, caso falhe em ser imparcial, não está(ria) fazendo um bom papel. Assim, comumente, acredita-se na existência de

"[b]ons juízes (...). Eles colocam seus antecedentes, experiências e alianças de lado e aplicam a lei clara aos fatos claros. Juízes ruins, por contraste, deixam suas opiniões pessoais sobre políticas públicas afetarem suas decisões"³.

No entanto, na realidade, pelo menos na maioria das vezes, não acontece bem assim, já que "tal viés explícito e consciente não é o principal problema que o judiciário enfrenta"⁴. Por mais honestamente comprometidos que sejam, 'bons' juízes não conseguem fugir do funcionamento da mente humana no geral, podendo ser influenciados em um nível mais profundo, inconsciente – e esta, sim, é uma questão ainda mais desafiadora a ser enfrentada.

Muito se debate e estuda, nesse contexto, sobre como melhorar as decisões tomadas por um ser humano a respeito de questões direta ou indiretamente relacionadas a outros seres humanos. Nesse sentido, "em um mundo perfeito, os juízes teriam habilidades intelectuais, interpretativas e argumentativas sobre-humanas e seriam plenamente capazes de proferir as melhores e mais íntegras decisões (...), nos moldes do Juiz-Hércules de Dworkin"⁵. No entanto, "em um mundo real, as soluções jurídicas são tomadas por seres humanos de carne e osso, em um contexto de limitações informacionais, intelectuais, morais e temporais (...)"⁶. Neste primeiro tópico, então, continuaremos a tentar desmistificar a ideia de que o juiz consegue se desviar de características próprias para focar unicamente na (fria) análise de casos concretos, buscando-se apresentá-lo como ser humano que é.

1.1.(Re)lançamento do ser-humano-juiz em cada processo?

Ao ser deparado com um novo caso concreto para ser analisado, um magistrado não deixa de ser, por exemplo, mãe, professor, apreciadora de vinhos ou colecionador de revistas em quadrinhos para ser unicamente juiz(a). Ao interpretar e

³ BENFORADO, 2015, p. 158. Tradução livre. Original: "Good judges (...). They put their backgrounds, experiences, and allegiances to the side and apply the clear law to the clear facts. Bad judges, by contrast, let their personal opinions about policy infect their rulings".

⁴ BENFORADO, 2015, p. 161. Tradução livre. Original: "such explicit, conscious bias is not the major issue that the judiciary faces".

⁵ MARMELSTEIN, 2018, p. 245.

⁶ MARMELSTEIN, 2018, p. 245.

aplicar leis em diferentes contextos, entrando em uma sala de audiência, lendo petições ou redigindo votos, o ser-humano-juiz não tem como se tornar uma página em branco destacada de determinado livro, livre de toda e qualquer influência que esteja “fora [de seu vade mecum] para decidir um caso”⁷.

Nesse sentido, a ideia heideggeriana⁸ de lançamento do ser humano no mundo pode ajudar a compreender que o juiz, assim como qualquer outra pessoa, é inserido em um contexto já dado previamente a essa própria inserção e, a partir daí, passa a introjetar dados do ambiente em que foi lançado, constituindo-se aos poucos e constantemente. Família, amigos, cultura, bairro, país, raça, gênero, tudo ao seu redor o fará ser de um ou outro jeito. E não há como fugir disso, porque mesmo que seja para se revoltar contra os valores aprendidos e passar a agir diferentemente, admite-se que esse comportamento mesmo já ocorreu na sequência e por causa dos acontecimentos anteriores, estando a eles relacionados, ainda que para contradizê-los. Para seguir com a metáfora da página em branco, mesmo que esta seja forçosamente destacada do livro de que fazia parte, certamente ainda lhe restarão traços de pertencimento a algo anterior, como rasgos, manchas ou lacunas.

O juiz, nesse sentido, não consegue, simplesmente, desprender-se de sua história, de onde veio, para onde vai, ao que assiste, o que gosta ou o que o faz sentir medo. Ele não será exatamente (re)lançado no mundo de cada processo em que venha a atuar, mas irá, em vez disso, incluir as novas vivências ao seu histórico de experiências, e vice-versa. Dessa forma, o ser humano, juiz ou não, está em constante construção, de modo que emerge de cada um e todos os contextos no qual foi, está sendo ou será inserido.⁹

Diante do exposto, torna-se falho sustentar a ideia de que um juiz pode escolher ser verdadeiramente imparcial, detentor da justiça esperada pelos assistidos, sem se deixar influenciar por concepções prévias ou alheias. É certo que,

⁷ BENFORADO, 2015, p. 159. Tradução e marcos livres. Original: “(...) *outside his little black book of rules to decide a case*”.

⁸ HEIDEGGER, 2012.

⁹ Apesar de não ser, exatamente, o foco do presente artigo, essa visão de um ser humano que emerge de contextos também encontra ecos, de certa maneira, na perspectiva neurocientífica contemporânea, a qual pode ser aprofundada por meio da consulta dos livros “*The Shape of Thought: How Mental Adaptations Evolve*”, de autor H. Clark Barrett (2014), e “*Surfing Uncertainty: Prediction, Action, and the Embodied Mind*”, de Andy Clark (2015). Para uma noção geral dessa ideia, recomendamos, também, o texto de José Manuel Muñoz (2022, *online*) sobre cognição 4E.

na vida, uma pessoa exerce distintos papéis, e tende a moldar o seu comportamento a depender de onde ou com quem esteja. Dificilmente se verá um juiz de *shorts* e chinelos em uma sala de audiência¹⁰, por exemplo. No entanto, referido molde possui limites: é improvável que a persona-juiz se desvincule da persona-pai ao julgar um caso concreto sobre guarda compartilhada. Nesse sentido, “entram as circunstâncias, dores, história e cultura do magistrado, seu modo de sentir o mundo. A sociedade vê no juiz somente o lado racional ou intelectual. Esquece que tem um emocional”¹¹. Não se consegue, então, desmembrar totalmente o ser-humano de acordo com as funções que exerce em sua vida, pois algo faz dele Artur, e não Ricardo, ou Vera, e não Luciana. Trata-se de um ser integral, e não unicamente funcional. As ciências cognitivas aplicadas ao direito, ou o neurodireito, “elevaram essa crítica a outro patamar”¹², como se verá abaixo.

1.2. A busca automática por economia de energia na tomada de decisões

Descobre-se, cada vez mais, que a realidade da qual uma pessoa faz parte é mais e mais ampla do que se acreditava ser momentos antes. David Eagleman reflete, nesse contexto, sobre a descoberta de algo além da consciência: “apenas quatrocentos anos depois de nossa queda do centro do universo, vivemos a queda do centro de nós mesmos”¹³. Apesar de o senso comum sobre ‘queda’ possuir uma carga negativa, a queda de que trata Eagleman, ao contrário, representa a abertura para um novo e promissor horizonte de compreensão do comportamento humano, o qual não depende(rá) de visões dualistas, metafísicas – e, portanto, misteriosas –, e que possui(rá) consequências para todas as áreas que lidam com esse aspecto, inclusive e especialmente a do direito, sob diferentes perspectivas.

Já se sabe, até o momento, que “você não tem consciência da grande maioria das atividades contínuas de seu cérebro (...)”¹⁴. Seja com base em repetição e

¹⁰ A não ser que a *webcam*, em tempos pandêmicos de audiências por videoconferências, flagre, eventualmente, referida situação inusitada.

¹¹ FERNANDES; LIPP, 2017, p. 38.

¹² MARDEN; WYKROTA, 2018, p. 50.

¹³ EAGLEMAN, 2012, p. 165.

¹⁴ EAGLEMAN, 2012, p. 53.

experiência¹⁵, seja por meio de aprendizagem por feedback¹⁶, seja devido a certo instinto evolutivamente conquistado¹⁷, a maioria da atuação de um ser humano no mundo é automática. Eagleman chama a atenção para essa questão ao tratar sobre os possíveis “circuitos”¹⁸ que são guardados no cérebro. As pessoas, assim, fazem associações implícitas¹⁹ o tempo todo, com o objetivo de dar ao mundo ao seu redor algum sentido que seja – ou, pelo menos, pareça ser – coerente com o que já se sabe anteriormente.

Nesse contexto, a teoria da dissonância cognitiva, de Leon Festinger, evidencia que os seres humanos sentem um desconforto ao lidarem com ideias contraditórias entre si e que, para manterem desejada coerência, é possível, até mesmo, que mudem as suas atitudes, já que são “motivados a manter a consistência entre [suas] cognições”²⁰. Eagleman destaca, nesse sentido, que o cérebro é composto por uma “equipe de rivais”²¹, que competem entre si, a todo momento, para uma prevalecer em detrimento da outra. À medida que equipes vencem outras, e obtêm sucesso em alguma fase do jogo da vida real, o cérebro vai registrando em seu ‘circuito’ essas experiências bem-sucedidas, de maneira que dará ao processo que levou a ela privilégio (automático) quando situação semelhante vier a surgir no futuro.

¹⁵ Por exemplo, em relação às posições básicas do *ballet*, uma bailarina, em suas primeiras aulas, pode parecer que nunca vai conseguir decorá-las; mas, anos depois, ninguém que a assiste no palco duvidará de que aqueles movimentos se tornaram, para ela, tão naturais quanto respirar.

¹⁶ Como é o caso dos sexadores de aves e localizadores de aviões (EAGLEMAN, 2012, p. 54).

¹⁷ Eagleman retrata esse instinto dando o exemplo sobre quais características, no geral, chamam a atenção de seres humanos e os fazem se sentirem atraídos: “[p]ara uma mulher, lábios grossos, nádegas cheias e uma cintura estreita transmitem uma mensagem clara: estou repleta de estrogênio e sou fértil. Para um homem, é o queixo cheio, a barba por fazer e o peito largo. É o que estamos programados para achar bonito. A forma reflete a função. Nossos programas são tão arraigados que há poucas variações na população” (EAGLEMAN, 2012, p. 81). Ressalte-se que, sim, haverá variações, mas estas não serão tão drásticas a ponto de fazer um ser humano ser atraído por uma minhoca. Nesse sentido, “nosso senso de beleza é gravado fundo (e de forma inacessível) no cérebro - tudo com o propósito de realizar algo biologicamente útil” (EAGLEMAN, 2012, p. 81).

¹⁸ EAGLEMAN, 2012, p. 65.

¹⁹ Caso o leitor tenha interesse em medir quão rápido associa duas informações, o que pode demonstrar inclinações pessoais automáticas, indicamos realizar o Teste de Associação Implícita (GREENWALD; MCGHEE; SCHWARTZ, 1998), que é “uma avaliação computadorizada das atitudes implícitas” (MYERS, 2014, p. 115), disponível em: <https://implicit.harvard.edu/implicit/brazil/takeatest.html> (PROJECT IMPLICIT SERVICES, 2022, *online*).

²⁰ MYERS, 2014, p. 126.

²¹ EAGLEMAN, 2012, capítulo 5.

A mente humana, dessa maneira, funciona de forma a economizar o máximo de energia possível, para conseguir dar conta da complexa realidade em que é lançada. Eagleman, nesse sentido, continua: "(...) nem gostaria de ter [consciência da grande maioria das atividades contínuas de seu cérebro] – isso interferiria nos processos cerebrais bem lubrificadas". É nesse aspecto, então, que se insere a ideia de mente preguiçosa²². Dia após dia, indivíduos acordam, tomam banho, escovam os dentes, escolhem uma roupa para vestir, pegam a máscara e o recipiente de álcool em gel, deixam filhos na escola, vão ao trabalho, lidam com prazos, dirigem ou pegam o metrô, ficam doentes, assistem a filmes, pagam contas, dentre diversas outras atividades, sem contar com respirar, fazer a digestão, dormir e sonhar. A todo momento, dessa forma, as pessoas se veem na necessidade de lidar com eventos pessoais, profissionais, biológicos, sociais etc. Nessa perspectiva, sobre referida preguiça, no sentido de busca por economia de energia, destaca-se:

Uma "lei do menor esforço" geral se aplica tanto ao esforço cognitivo quanto físico. Essa lei determina que se há vários modos de atingir um mesmo objetivo, as pessoas acabarão por tender ao curso de ação menos exigente. Na economia da ação, esforço é um custo, e a aquisição de habilidade é impulsionada pelo equilíbrio de benefícios e custos. A preguiça é algo profundamente arraigado em nossa natureza²³.

Dessa forma, a mente humana fará de tudo para simplificar o processo de tomada de decisões no mundo em que está inserida, justamente por meio de 'gravações' realizadas no cérebro com base em ocasiões previamente experimentadas. Por outro lado, é certo que quando, por exemplo, depara-se com algo pela primeira vez, esse automatismo aparenta estar a quilômetros de distância. Nesse contexto, a mente comumente conhecida como consciente também possui papéis relevantes. Daniel Kahneman²⁴, de maneira a simplificar o entendimento desses dois modos básicos de funcionamento do pensamento, apelidou-os de Sistema 1, referindo-se ao modo rápido, automático e inconsciente, e Sistema 2,

²² EUFRASIO; LIMA, 2021, p. 19-23; KAHNEMAN, 2012, p. 48.

²³ KAHNEMAN, 2012, p. 48.

²⁴ KAHNEMAN, 2012, p. 29.

relacionando-o com o modo lento, reflexivo e consciente. Precisa-se deste último, geralmente, para controlar os impulsos do primeiro, realizar uma difícil multiplicação matemática, aprender a dirigir, decidir se vai ou não tentar ter filhos e, no caso de um magistrado, preferencialmente, no momento de calcular a pena imposta a determinado réu.

A busca automática por economia de energia, no entanto, segue sendo regra para a tomada de decisões, de modo a simplificá-la para que se consiga dar conta de toda a complexidade em que se está inserido. Essa característica pode ser demonstrada pela percepção seletiva do mundo²⁵, a qual demonstra que os seres humanos filtram os dados que chegam a ele do mundo exterior, de modo a focalizar a sua atenção naquilo que importa ou, pelo menos, parece importar no momento. A cegueira por desatenção, isso é, "deixar de perceber objetos visíveis quando nossa atenção está direcionada para outro ponto"²⁶ é consequência dessa seletividade da consciência, deixando para a captação implícita grande parte do ambiente em que está inserido.

As associações implícitas que permitem a ação automática no mundo estão relacionadas à ideia de heurísticas, definidas como "procedimento[s] simples que ajuda[m] a encontrar respostas adequadas, ainda que geralmente imperfeitas, para perguntas difíceis"²⁷. Em outras palavras, referem-se a atalhos mentais que são utilizados a todo momento como fruto da busca por economia de energia a que se chama de 'preguiça'. E isso tudo acontece em um nível do qual não temos consciência. Nesse sentido,

[...] [a] maioria de nós vive ocupada, nossa vida é complicada e não podemos gastar todo o nosso tempo ponderando e analisando tudo. Quando temos de fazer julgamentos, [...] usamos regras práticas e simples para nos ajudar. Usamos regras práticas porque, na maior parte do tempo, elas são rápidas e úteis²⁸.

²⁵ MYERS, 2015, p. 81.

²⁶ MYERS, 2015, p. 81.

²⁷ KAHNEMAN, 2012, p. 127.

²⁸ THALER; SUNSTEIN, 2009, p. 24.

Na maior parte das vezes, referidos atalhos mentais são úteis e necessários. No entanto, às vezes, podem levar a equívocos de raciocínio com graves consequências. Nesse contexto, "somos levados a extrair conclusões gerais de eventos que presenciamos e a criar muitas correlações ilusórias, que podem estigmatizar todo um grupo de pessoas apenas porque tivemos uma experiência negativa com alguns membros daquele grupo"²⁹. Seria incorreto, por exemplo, interpretar como perigosas todas as pessoas que estão com a mão dentro do bolso porque, em uma experiência anterior, presenciou-se um crime no qual aquela mão escondia um revólver. As heurísticas estão presentes em todos os seres humanos para simplificar a sua tomada de decisões, e, por incrível que pareça, juízes não escapam delas tão facilmente quanto se espera, como se reflete a seguir:

Você pode supor que um juiz, por causa da natureza de seu trabalho e treinamento, confiaria quase exclusivamente no raciocínio deliberativo, mas a realidade é que os juízes são frequentemente – ou, afirmam algumas pesquisas, predominantemente – decisores intuitivos. Como o resto de nós, eles contam com atalhos mentais quando precisam fazer um julgamento [...]"³⁰

Daqui em diante, dessa maneira, o foco será em como os aspectos tratados neste tópico poderão impactar a tomada e o resultado de decisões judiciais.

2. (Algumas) consequências da humanidade do juiz

O sistema jurídico brasileiro, além da própria expectativa dos cidadãos assistidos pela Justiça e que à sua prática assistem, exige que juízes sejam imparciais, pressupondo que essa seja uma característica possível de ser atingida por deliberação consciente. No entanto, como se viu no tópico anterior, humanos que são, magistrados também possuem toda uma história de vida, com preferências,

²⁹ MARMELSTEIN, 2021, p. 41.

³⁰ BENFORADO, 2015, p. 163. Tradução livre. Original: "You might suppose that a judge, because of the nature of her job and training, would rely almost exclusively on deliberative reasoning, but the reality is that judges are frequently – or, some researches assert, predominantly – intuitive deciders. Like the rest of us, they rely on mental shortcuts when they need to make a judgement".

desgostos, medos e preguiças específicos, podendo ser por tais aspectos influenciados a nível inconsciente e automático, como forma de economizar energia e conseguir lidar com a complexidade da realidade da qual faz parte. Não parece, então, que a racionalidade – no sentido de consciência deliberativa – seja regra para os juízes ao vestirem suas togas. Nesse aspecto, refletem Marden e Vykrota:

Em suma, a atividade judicante – centro das atenções quando se trata de interpretar e aplicar o direito – supõe (dentro da engrenagem apresentada) um decisor (magistrado ou árbitro) racional e “neutro” (tecnicamente, imparcial). Essa racionalidade presumida, entretanto, tem sua estatura questionada pela Psicologia Comportamental na noção de viés³¹.

Desse modo, neste tópico, apresentaremos reflexões sobre algumas das consequências do modo de funcionamento da mente do ser-humano-juiz inserido em um sistema que dele espera e exige que escolha ser imparcial.

Cabe ressaltar, antes de se prosseguir, que, no âmbito deste trabalho, já se trata como distintos os termos imparcialidade e neutralidade. Neutralidade seria não apenas impossível, como indesejada, já que a sensibilidade a valores – tais como previstos no ordenamento jurídico – é indispensável para a análise justa de um caso concreto. A imparcialidade, por sua vez, já diferenciada de neutralidade, ainda assim pressuporia a possibilidade de escolha deliberativa em direção ao desprendimento de influências pessoais, sem levar em consideração os atalhos mentais automáticos e implícitos que atingem seres humanos em geral, e juízes em específico.

2.1 Não-tão-livre convencimento não-tão-motivado no processo penal

A primeira reflexão a ser realizada tem a ver com a análise probatória no âmbito das decisões judiciais, mais especificamente no âmbito do processo penal. No Brasil, é adotado o “sistema do livre convencimento motivado (persuasão racional ou livre apreciação judicial da prova)”, o qual prevê que o “magistrado tem ampla liberdade na valoração das provas constantes dos autos, as quais têm, legal e abstratamente, o

³¹ MARDEN; WYKROTA, 2018, p. 56.

mesmo valor, porém se vê obrigado a fundamentar sua decisão"³²³³. No entanto, será que esse convencimento é mesmo livre? E será que explicitar os motivos que levaram a uma ou outra valoração probatória é suficiente – ou mesmo possível – em todas as situações?

Como se viu no primeiro tópico deste trabalho, os seres humanos 'caíram' do centro de si mesmos, percebendo, por meio da observação de fenômenos jurídicos com enfoque no comportamento humano, que não têm controle consciente de todos os modos de ação no mundo. Mais especificamente, viu-se que não há como o ser-humano-juiz se desprender de sua integralidade para, controladamente, exercer um de seus vários papéis dentro da sociedade de qual é parte. Assim, não consegue ser completamente livre, já que sempre haverá, no mínimo, instâncias implícitas que atuam com base em experiências anteriormente e de alguma forma presenciadas.

Dessa maneira, referido livre convencimento do ser-humano-juiz não é, na prática, tão deliberadamente livre assim. Tome-se as provas testemunhais como exemplo. Algumas pessoas ainda acreditam, por ignorância das evoluções a que chegaram as ciências cognitivas, que a memória humana funciona tal como uma câmera fotográfica, capturando a realidade tal como se mostra originalmente e reproduzindo-a posteriormente sem grandes perdas. Porém, o funcionamento da memória humana – em parte por causa da atenção seletiva também já mencionada nas páginas anteriores – é, na realidade, extremamente falível. Nesse sentido, "humanos não codificam tudo o que observam. Informações armazenadas na memória podem ser esquecidas e informações recuperadas estão sujeitas a ser modificadas"³⁴, na medida em que algumas variáveis³⁵ interferem na codificação e na recuperação de informações.³⁶

³² LIMA, 2016, p. 606.

³³ Art. 155 do Código de Processo Penal: "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas" (BRASIL, 2021).

³⁴ CECCONELLO; STEIN, 2020, p. 174.

³⁵ Fala-se, no contexto da Psicologia do Testemunho, em dois tipos de variáveis, quais sejam as de sistema, que podem ser controladas pelo sistema de justiça, e as de estimacão, que independem dos procedimentos e da manipulação pelo sistema de justiça (WELLS, 1978, p. 1546-1557).

³⁶ SCHACTER; LOFTUS, 2013.

Nessa perspectiva, os testemunhos, por mais confiantes que possam parecer, dizem respeito a um tipo de prova que, por ser dependente da memória humana, deve especialmente não ser considerado de maneira absoluta. Em teoria, então, “não há hierarquia de provas no processo penal, sendo que toda prova tem valor relativo”³⁷. Mas, a prática processual penal demonstra que, geralmente, há “uma sobrevalorização da prova testemunhal em relação aos demais meios probatórios”³⁸. Isso pode se dever ao fato de que alguns juízes que não têm conhecimento sobre o funcionamento da mente e, mais especificamente, da memória humana, e, tendo em vista que “nós tomamos vestimos tapa-olhos desenhados a partir de nossas vidas limitadas”³⁹, interpretam o testemunho de maneira a compará-lo ao ultrapassado modelo da câmera fotográfica, podendo causar injustiças irreparáveis, tais como a prisão de inocentes baseada única ou principalmente em uma prova de reconhecimento de pessoas por testemunha ocular⁴⁰.

No que tange à necessidade de motivação, em algumas situações, esta não parece ser uma solução suficiente quando se leva em consideração o contexto de atalhos mentais inconscientes. Em momentos nos quais o ser-humano-juiz se comporta como “*lazy judge*”⁴¹, nos termos utilizados por George Marmelstein, ou como “juiz copista”⁴², como sinalizado por Maria Helena Megale, o dever de fundamentar pode ser modelado para atender aos objetivos do intérprete, mesmo que de forma inconsciente. Especificamente, em um ambiente cada vez mais valorizador de entendimentos sumulados – que têm o seu valor, vale ressaltar, para a segurança jurídica –, a fundamentação pode se tornar, também, automática. Nesse

³⁷ LIMA, 2016, p. 607.

³⁸ STEIN, 2015, p. 56.

³⁹ BENFORADO, 2015, p. 175. Tradução livre. Original: “*we all wear blinders fashioned from our limited lives*”.

⁴⁰ É possível ter uma noção da seriedade desse problema ao visualizar os vários casos de presos com base em reconhecimento por testemunha ocular que foram inocentados após realização de exame de DNA, com a ajuda do *Innocence Project* (2022, online).

⁴¹ “[o] próprio Juiz Hércules, em seus momentos de fraqueza, pode se comportar como um *lazy judge*. O *lazy judge* é um juiz que quer resolver os seus casos com o menor esforço possível, levando sua vidinha com o mínimo de complicações. Não se trata de um juiz preguiçoso no sentido literal do termo, mas de alguém que adota a lei do menor esforço em tudo o que faz” (MARMELESTEIN, 2018, p. 246).

⁴² Em contraste ao juiz copista, o “juiz autêntico age ciente de que, mesmo em se tratando de casos semelhantes, cada caso é único, o que afasta igualmente cópias de decisões” (MEGALE, 2017, p. 154)

aspecto, “[e]m situações como esta, um juiz é livre para atribuir o significado que apoia seu resultado preferido e ‘encontrar’ a história que apoia esse significado, o tempo todo sentindo que é o texto que está fazendo todo o trabalho”⁴³.

Dessa forma, a necessidade de se motivar o convencimento na análise probatória, embora possa resolver situações nas quais o Sistema 2 está atuando, pode não ser suficiente para trazer a reflexão necessária à tona, de forma a virar mais um procedimento automático em meio a outros diariamente realizados pelos magistrados e seus assessores. Assim, diante da complexidade da sua vida, da quantidade de processos a serem julgados e da pressão em atender expectativas de justiça, o ser-humano-juiz tende a automatizar, também, a motivação, preenchendo lacunas de forma a torná-la coerente com outros elementos previamente analisados no processo, confirmando-os.

Essas observações chamam a atenção para a forma sutil como instrumentos jurídicos podem ser utilizados e manejados pelos automatismos mentais. Pode ser que, quando praticados, esses atalhos não levem a erros, correspondendo à justiça, mas, algumas vezes, essas heurísticas poderão levar a raciocínios errôneos e, eventualmente, a resultados injustos.

2.1. Vieses cognitivos nas decisões judiciais

A segunda reflexão dirá respeito, justamente, a esses equívocos de raciocínio, já introduzidos brevemente nas páginas anteriores. Vieses cognitivos são “desvios sistemáticos em relação aos parâmetros esperados”⁴⁴ pela mente automática. Muito se tem estudado sobre eles no âmbito do direito, então, aqui, chamar-se-á a atenção para o fato de que tratam de descobertas das ciências cognitivas e podem trazer consequências preocupantes para a tomada de decisão judicial, especialmente por se desenvolverem em um nível automático e implícito. As heurísticas, como se viu, “podem levar à decisão certa. Infelizmente, esses processos intuitivos podem

⁴³ BENFORADO, 2016, p. 171. Tradução livre. Original: “*In situations like this, a judge is free to attach the meaning that supports his preferred outcome and “find” the history that backs up that meaning, all the while feeling certain that it is the text that’s doing all of the work*”.

⁴⁴ CARDOSO; HORTA, 2018, p. 146.

resultar, também, em erros sistemáticos quando confiam em pistas irrelevantes e conexões duvidosas"⁴⁵.

Um dos atalhos mentais que pode gerar, em algumas situações, vieses cognitivos diz respeito à etiquetagem⁴⁶. Marmelstein, nesse aspecto, reflete sobre como "a cor da pele, ou o gênero, ou características étnicas ou orientação sexual, funcionam como essas etiquetas ou esquemas mentais automáticos e são capazes de afetar nossos julgamentos, mesmo que não tenhamos consciência disso"⁴⁷. Assim, as ideias prévias que um ser-humano-juiz pode ter a respeito de uma dessas classes podem inclinar a sua preferência para um ou outro lado, na análise de casos concretos. E isso pode acontecer "mesmo que, no nível da consciência, muitos abominem o preconceito contra grupos estigmatizados"⁴⁸, pois "a influência dos preconceitos implícitos nos comportamentos humanos não pressupõe uma intenção deliberada, nem mesmo dissimulada, de discriminar"⁴⁹. Eagleman, por sua vez, reforça essa ideia – tratando da já mencionada equipe de rivais formada na mente humana – de que é plenamente possível que uma pessoa seja não-preconceituosa, mas que, por associações implícitas, atue de maneira inconscientemente preconceituosa em determinados momentos. Nesse sentido, "o cérebro (...) pode ser de duas mentes, e em geral de muitas outras"⁵⁰.

Outro exemplo de viés que pode incidir no momento da tomada de decisão judicial é o viés de confirmação, que "poderá se manifestar durante toda a instrução processual"⁵¹, representando a tendência que o ser-humano-juiz terá de buscar confirmar as suas concepções prévias acerca de determinado assunto, e filtrar as informações contraditórias, com o objetivo de distanciar-se dos desconfortos da

⁴⁵ BENFORADO, 2016, p. 164. Tradução livre. Original: "*can lead to the right decision. Unfortunately, these intuitive processes can also result in systematic errors when they rely on irrelevant cues and dubious connections*".

⁴⁶ "The labeling effect describes cases in which a [verbal] label is affixed to a stimulus and then exerts its distorting influence in subsequent judgement or recall of that stimulus" (POHL, 2017, p. 373). Tradução livre: "O efeito de etiquetagem descreve casos nos quais uma etiqueta [verbal] é fixada a um estímulo e, depois, extrai sua influência distorcida em julgamentos subsequentes ou lembranças daquele estímulo".

⁴⁷ MARMELSTEIN, 2021, p. 54.

⁴⁸ MARMELSTEIN, 2021, p. 54.

⁴⁹ MARMELSTEIN, 2021, p. 25.

⁵⁰ EAGLEMAN, 2012, p. 95.

⁵¹ WOJCIECHOWSKI; ROSA, 2018, p. 49.

dissonância cognitiva e otimizar energia.⁵²

Ainda, a ancoragem se trata de outro atalho mental especialmente perigoso. No momento da fixação de penas, por exemplo, o requerimento pelo órgão ministerial⁵³ pode servir como âncora, ou seja, como “ponto de referência ou de partida, a partir da qual ajustarão suas estimativas e percepções posteriores”. Mesmo quando “tais âncoras sejam aleatórias ou não tragam qualquer informação relevante, as decisões tendem a ser ajustadas a partir delas”⁵⁴. A ordem de julgamentos, ao que tudo indica, pode também ancorar a tomada de decisão, servindo a decisão julgada previamente como parâmetro para as seguintes⁵⁵.

Muitos outros vieses cognitivos já foram identificados e estudados, mas, no contexto deste trabalho, o mais relevante é contribuir para a compreensão de que “até as pessoas eticamente orientadas, que acreditam sinceramente na perversidade do preconceito e defendem que todos devem ser tratados com igual respeito e consideração, podem agir, inconscientemente, de forma discriminatória”⁵⁶. Dessa maneira, seguindo o objetivo de mostrar o juiz como ser humano que é, ele não escapará facilmente da incidência de referidos equívocos de raciocínio, já que “como todos nós, eles caem em rotinas, aderindo ao que eles já sabem, preferem e confiam”⁵⁷. Novamente, reforça-se a ideia, então, de que não consegue, por meio de uma simples escolha conscientemente deliberada, se desprender tão facilmente de sua historicidade e dos elementos que o cercam.

2. Pressupondo necessária a sensibilidade humana, então o que fazer?

Já que a neutralidade, ou seja, a ausência total de valores, é não apenas impossível, como indesejável, sendo a sensibilidade humana, ou seja, a capacidade

⁵² Para ter maior contato, especificamente, com o viés de confirmação nas decisões judiciais, consultar o artigo “A divertida mente do Juiz: um estudo sobre o viés cognitivo de confirmação no âmbito da decisão judicial” (EUFRASIO; LIMA, 2021, p. 15-43).

⁵³ WOJCIECHOWSKI; ROSA, 2018, p. 52.

⁵⁴ WOJCIECHOWSKI; ROSA, 2018, p. 51.

⁵⁵ Nesse sentido, “a condenação de um caso grave, no início da tarde de audiências, pode fixar-se como âncora dos casos que se seguem a ele” (WOJCIECHOWSKI; ROSA, 2018, p. 53).

⁵⁶ MARMELSTEIN, 2021, p. 25.

⁵⁷ BENFORADO, 2016, p. 174. Tradução livre. Original: “like all of us, they fall into routines, sticking to what they already know, prefer, and trust”.

de percepção de valores e sentimentos, por exemplo, essencial, não adiantaria colocar um robô para decidir casos concretos, especialmente os difíceis. No máximo, pelo menos com as tecnologias de que se tem conhecimento no momento, seria útil que algoritmos ajudassem a classificar processos com base em algum critério objetivo pré-definido ou exercesse funções meramente mecânicas. Vale ressaltar, nesse sentido, que o desenvolvimento de sistemas computacionais para algumas (repita-se: algumas) tarefas tipicamente realizadas pela equipe que compõe uma vara judicial poderia economizar, sim, tempo, ocasionando, eventualmente, diminuição de estresse e pressão e, conseqüentemente, diminuição da incidência de vieses cognitivos.⁵⁸

No entanto, não trata este artigo desse assunto em específico, de modo que se optou por refletir sobre atitudes a serem potencialmente postas em prática sem levar em consideração a possibilidade da ajuda de juízes-robôs. O foco deste tópico será, então, apresentar, de maneira muito breve, alguns pontos do que se pode fazer para evitar que os atalhos mentais eventualmente utilizados por magistrados venham a interferir negativamente no resultado de suas decisões judiciais.

2. Lidando com a imprevisibilidade previsível

Saber que somos seres influenciáveis já representa um passo inicial importante, já que, ainda atualmente, há quem defenda que seres humanos são completamente livres para decidir em que pautar as suas decisões. A imprevisibilidade de nossas decisões, dessa forma, já aparece como algo dado, sendo, portanto, previsível. Assim, traçar estratégias de desviesamento pressupõe que se tenha conhecimento confiável acerca do viés em questão.

Assim, apesar de não ser completamente suficiente para eliminar a incidência de vieses cognitivos nas decisões judiciais, "a tomada de consciência acerca dessas ilusões cognitivas [é] importante passo para que o julgador possa

⁵⁸ Há, no entanto, quem defenda pensamento diverso ao estabelecido nesse parágrafo, de modo que recomendamos conferir, por exemplo: VALENTINI, Rômulo Soares. Julgamento por computadores?: as novas possibilidades da juscibernética no século XXI e suas implicações para o futuro do direito e do trabalho dos juristas. 2017. 152 f. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

tomar decisões mais deliberadas [com] engajamento efetivo do Sistema 2"⁵⁹. Até porque, nesse caso, não se está falando de juízes que são conscientemente preconceituosos, mas do ser-humano-juiz que, por mais que tenha vontade sincera de fazer justiça, ainda assim está sujeito a utilizações de atalhos mentais automáticos, sendo influenciado por fatores dos quais não tem exatamente um controle deliberativo.

A compreensão do juiz sobre aspectos das ciências cognitivas, ainda, pode ajudá-lo, desde logo, a traçar estratégias na análise probatória. Por exemplo, saber da falível memória das testemunhas oculares e resistir à tendência de supervalorizar as provas testemunhais⁶⁰ pode reforçar a necessidade de sempre interpretar as provas dependentes da memória humana em conjunto com outras provas⁶¹. Outra estratégia é levantada por Benforado, que chama a atenção para o potencial que teria o recebimento de feedbacks após a tomada de decisões judiciais:

como um juiz sabe, por exemplo, se raça, sexo ou idade impactam seu tratamento dos réus, ou se as sentenças mais duras que profere são eficazes? Os juízes geralmente tomam a decisão e seguem em frente. Mas ver os dados pode ser um antídoto poderoso⁶².

⁵⁹ WOJCIECHOWSKI; ROSA, 2018, p. 64.

⁶⁰ Para uma abordagem mais detalhada, verificar: CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. *Avances en Psicología Latinoamericana*, 38(1), 172-188. Doi: <<http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.6471>>, 2020.

⁶¹ É possível afirmar que a dedicação dos pesquisadores brasileiros da Psicologia do Testemunho – representados, em parte, por colunistas da “Limite Penal”, no *Conjur* (LIMITE PENAL, *online*), tais como Janaina Matida e Aury Lopes Jr. – em direção a chamar a atenção para a área, no Brasil, não vem sendo em vão, já que tribunais e juízes do País estão demonstrando, ainda que tardiamente e aos poucos, reconhecerem a relevância do problema da prisão de inocentes relacionada a provas dependentes da memória humana. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, emitiu aviso oficial contendo recomendação “aos magistrados que reavaliem, com a urgência necessária, as decisões em que a prisão preventiva do acusado foi decretada tão somente com base no reconhecimento fotográfico operado sem a observância do disposto no artigo 226 do CPP, realizado no bojo do procedimento investigatório respectivo” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. AVISO 2^aVP n° 01/2022. Desembargador Marcus Henrique Pinto Basílio, 7 jan. 2022. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultadje/consultaDJE.aspx?dtPub=11/01/2022&caderno=A&pagina=92>. Acesso em: 14 jan. 2022).

⁶² BENFORADO, 2015, p. 177. Tradução livre. Original: “How does a judge know, for example, whether race, gender, or age impact her treatment of defendants, or whether the harsh sentences she hands

Por fim, resta aos pesquisadores da área, assim como aos próprios magistrados, seguirem acompanhando, de maneira constante e criteriosa, as atualizações do neurodireito, tendo em vista ser “vital que continuemos trabalhando para melhor entender as forças que moldam a tomada de decisão judicial”⁶³.

Espera-se que a questão do desviesamento seja mais profundamente estudada e trabalhada em pesquisas posteriores. De qualquer forma, acredita-se na eficiência, pelo menos inicial, funcionando como o primeiro passo em um longo caminho ainda não completamente desvendado, dos pontos neste tópico apresentados, em direção a tomadas de decisões mais transparentes.

Conclusões

Diante do exposto, espera-se que se tenha conseguido lançar luz sobre como o neurodireito pode ajudar a compreender – e, eventualmente, melhorar – a tomada de decisões judiciais, por meio, especialmente, da apresentação do juiz como ser humano e, portanto, sujeito às características favoráveis e desfavoráveis dessa condição.

Por fim, cabe ressaltar que o neurodireito pode contribuir para outros aspectos de um processo judicial e do sistema de justiça como um todo. A área, então, é de extrema importância, e seus impactos são reais para a compreensão do comportamento humano em geral e as consequências de seus modos de funcionamento para o direito, em direção, no caso deste trabalho, a busca por decisões cada vez mais justas.

BILIOGRAFIA

BARRETT, H. Clark. *The shape of thought: How mental adaptations evolve*. Oxford University Press, 2014.

down are effective? Judges usually make calls and move on. But seeing the data could be a powerful antidote”.

⁶³ BENFORADO, 2015, p. 168. Tradução livre. Original: “vital that we continue working to better understand the forces that shape judicial decision-making”.

BENFORADO, Adam. **Unfair**: the new science of criminal injustice. New York: Crown Publishers, 2015.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 21 de março de 2021.

CARDOSO, Renato César; HORTA, Ricardo de Lins. Julgamento e tomada de decisões no direito. **Julgamento e Tomada de Decisão**. São Paulo: Pearson, p. 423, 2018.

CARNELUTTI, Francesco. **Metodologia do Direito**. 1ª edição – 2ª tiragem. Leme, São Paulo: CL EDIJUR, 2020.

CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. **Avances en Psicología Latinoamericana**, 38(1), 172-188. Doi: <<http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.6471>>, 2020.

CLARK, Andy. **Surfing uncertainty: Prediction, action, and the embodied mind**. Oxford University Press, 2015.

EAGLEMAN, David. **Incógnito**: as vidas secretas do cérebro. Tradução de Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Rocco, 2012.

EUFRASIO, Ana Maria Bezerra; LIMA, George Marmelstein. A divertida mente do juiz: um estudo sobre o viés cognitivo de confirmação no âmbito da decisão judicial. In: **Vieses cognitivos e decisão judicial**: contribuições das ciências cognitivas para o Direito / Organizadores: George Marmelstein Lima, Caio Rodrigues Gonçalves e Matheus Casimiro Gomes Serafim – 1. ed. – Fortaleza: Mucuripe, 2021, p. 15-43.

FERNANDES, Og; LIPP, Marilda E. Novaes. **Vidas no fórum**: histórias de personagens da justiça – análise psicológica do comportamento humano. Salvador: JusPodivm, 2017.

GREENWALD, Anthony G.; MCGHEE, Debbie E.; SCHWARTZ, Jordan LK. Measuring individual differences in implicit cognition: the implicit association test. **Journal of personality and social psychology**, v. 74, n. 6, 1998, p. 1464-1480.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução, organização, nota prévia, anexos e notas: Fausto Castilho. Campinas, SP: Editora da Unicamp; Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012.

INNOCENCE PROJECT. **All cases**. Filters: Status – Exonerated by DNA; Contributing Causes of Conviction – Eyewitness Misidentification. c2022.

Disponível em: <https://innocenceproject.org/all-cases/#eyewitness-misidentification,exonerated-by-dna> . Acesso em: 14 jan. 2022.

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

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 4. Ed. rev., ampl. E atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

LIMITE PENAL. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/secoes/columnas/limite-penal> . Acesso em: 14 jan. 2022.

MARDEN, Carlos; WYKROTA, Leonardo Martins. Neurodireito: o início, o fim e o meio. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 2, 2018 p. 48-63.

MARMELSTEIN, George. **Discriminação por preconceito implícito**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

MARMELSTEIN, George. **O direito fora da caixa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. **Um Diálogo da Hermenêutica com a Literatura**: em busca da justiça – 2ª triagem – Belo Horizonte, editora D'Plácido, 2017.

MUÑOZ, José Manuel. El cerebro, mucho más que un superordenador. **Blog del Instituto Cultura y Sociedad**, 2022. Disponível em: <https://institutoculturaysociedad.wordpress.com/2022/01/13/el-cerebro-mucho-mas-que-un-superordenador/> . Acesso em 14 jan. 2022.

MYERS, David G. **Psicologia Social**. Tradução: Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro, Roberto Cataldo Costa; revisão técnica: Elaine Rabelo Neiva, Fabio Iglesias. – 10 ed. – Porto Alegre: AMGH, 2014.

MYERS, David G. **Psicologia**. Tradução: Daniel Argolo Estill, Heitor M. Corrêa; revisão técnica: Angela Donato Oliva. 9 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2015.

POHL, Rudiger F. **Cognitive Illusions**: Intriguing phenomena in thinking, judgement and memory. Oxon: Routledge, 2017.

PROJECT IMPLICIT SERVICES. **Teste de Associação Implícita**. Disponível em: <https://implicit.harvard.edu/implicit/brazil/takeatest.html>. Acesso em: 14 jan. 2022.

SCHACTER, Daniel L.; LOFTUS, Elizabeth F. Memory and law: What can cognitive neuroscience contribute? **Nature Neuroscience**, [S.l.], v. 16, Jan. 2013, p. 119-123.

STEIN, Lilian Milnitsky et al. Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses. Brasília: **Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça (Série Pensando Direito, No. 59)**, 2015.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass. **Nudge**: o empurrão para a escolha certa. Aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade. Tradução Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. AVISO 2ªVP nº 01/2022. Desembargador Marcus Henrique Pinto Basílio, 7 jan. 2022. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultadje/consultaDJE.aspx?dtPub=11/01/2022&caderno=A&pagina=92> . Acesso em: 14 jan. 2022.

VALENTINI, Rômulo Soares. **Julgamento por computadores?**: as novas possibilidades da juscibernética no século XXI e suas implicações para o futuro do direito e do trabalho dos juristas. 2017. 152 f. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

WELLS, Gary L. Applied eyewitness-testimony research: System variables and estimator variables. **Journal of Personality and Social Psychology**, v. 36, n. 12, p. 1546, 1978.

WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. **Vieses da justiça**: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraindutiva. Florianópolis: EModara, 2018.

